

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Andressa Caroline Schneider

**A TUTELA DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DE
EMPRESAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA LEI 8.884/1994**

Porto Alegre
Outubro de 2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Andressa Caroline Schneider

**A TUTELA DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES DE
EMPRESAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA A PARTIR DA LEI 8.884/1994**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador Professor Doutor Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre
Outubro de 2011

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) agradeço pela oportunidade de aperfeiçoamento.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior agradeço pelo apoio financeiro.

À Secretaria do Programa de Pós-graduação em Direito agradeço pelas orientações e informações sempre úteis.

Agradeço, também, ao orientador desta dissertação, Professor Doutor Augusto Jaeger Junior, que, desde as aulas ministradas no curso de especialização em Direito do Consumidor da UFRGS, ocasião em que o conheci, é constante incentivador das minhas pesquisas, além de interlocutor sempre aberto e disposto ao diálogo acadêmico.

Sou especialmente grata, ainda, aos Professores Doutores Bruno Nubens Barbosa Miragem e Marcelo Schenk Duque, que integraram a banca de qualificação, pelos conselhos inestimáveis e pelo zelo demonstrado em suas observações.

Aos professores e colegas das disciplinas que cursei durante o Mestrado sou grata pela importante contribuição à minha formação.

Ao Leo agradeço por toda a colaboração, simplesmente inestimável.

Por fim, agradeço a todos que me acompanharam ao longo desta jornada: meus familiares, amigos e colegas, a quem dedico, com carinho, esta dissertação.

“Nem sempre se deve dizer tudo, pois seria tolice; mas o que se diz,
é preciso que seja tal como pensamos, senão é maldade”.

Montaigne

RESUMO

Esta dissertação analisa a estrutura do controle da concentração empresarial prevista na Lei de Defesa da Concorrência brasileira e realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a partir da perspectiva do consumidor. Considera a legislação atualmente em vigor e verifica sobretudo a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Verifica o protocolo de apreciação da concentração pela Administração Pública, destacando a interpretação conferida ao artigo 54, § 3º da Lei 8.884/1994 e a sua efetividade. Analisa as formas de mensurar os benefícios decorrentes dos atos de concentração empresarial e de garantir que esses benefícios sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais, como determina a Lei de Defesa da Concorrência. Os três capítulos que formam a presente dissertação apresentam as características das concentrações de empresas e do seu controle e analisam os principais modelos que têm pautado a atuação administrativa neste tema. Os resultados obtidos demonstram que crescem diuturnamente os atos de concentração de empresas apresentados ao CADE e que há um modelo específico de análise de eficiências, já utilizado pela autarquia, que demonstra de forma mais fidedigna a efetividade do requisito da distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da concentração econômica entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

Palavras-chave: Concorrência. Atos de concentração de empresas. Controle estrutural. Eficiências. Tutela do consumidor.

ABSTRACT

This work analyzes the structure of merger control under the Brazilian Antitrust Law as performed by the Brazilian Competition Defense System from the consumer perspective. It considers the currently legislation and checks the work of the Administrative Council for Economic Defense and checks the protocol of assessment of the merger by the Administration, highlighting the interpretation given to the article 54, § 3º of the Law 8.884/1994 and its effectiveness. The text looks at possible ways to measure the benefits of mergers and to ensure that these benefits are distributed equitably among its participants and consumers or final users, as required by the Antitrust Law. The three chapters that make up this work present the characteristics of merger and of their control and analyze the main models that have guided the administrative action in this regard. The results show that there is currently a growth of merger submitted to the Administrative Council for Economic Defense and that there is a specific model that analyses the efficiencies, already used by the Council, which shows more reliably the effectiveness of the requirement for equitable distribution of economic benefits arising from the merger between its participants and consumers or final users.

Keywords: Competition. Concentration of enterprises. Structural control. Efficiencies. Consumer protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC	Ato de Concentração
APRO	Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação
Art.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CC	Código Civil
CDC	Código de Proteção e Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CFDD	Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos
DPDC	Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
DPDE	Departamento de Proteção e Defesa Econômica
etc.	<i>Et cetera</i>
EUA	Estados Unidos da América
FDD	Fundo de Defesa de Direitos Difusos
FGV	Fundação Getulio Vargas
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
Guia	Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal
HHI	<i>Herfindahl-Hirschman Index</i>
MF	Ministério da Fazenda
MJ	Ministério da Justiça
MPF	Ministério Público Federal
OCDE	Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento
ONU	Organização das Nações Unidas
p.	Página
PinCADE	Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ProCADE	Procuradoria Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCC	Termo de Compromissão de Cessaçã
TRF	Tribunal Regional Federal
UE	União Europeia
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
v.	<i>Versus</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	17
1.1 Fenômeno jurídico da concentração de empresas.....	17
1.1.1 Empresa	20
1.1.2 Concentração de empresas	22
1.2 Estruturas de mercado	27
1.2.1 Conceitos relevantes	28
1.2.1.1 Mercado relevante.....	29
1.2.1.2 Poder econômico e de mercado.....	32
1.2.2 Concorrência	36
1.2.3 Concorrência imperfeita	38
1.2.4 Oligopólio	39
1.2.5 Monopólio.....	40
1.3 Fenômeno econômico da concentração de empresas.....	43
1.3.1 Concentrações horizontais	44
1.3.2 Concentrações verticais	46
1.3.3 Concentrações conglomeradas.....	46
1.4 Considerações parciais	47
2 CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	49
2.1 Lei 8.884/1994.....	49
2.1.1 Evolução legislativa	49
2.1.2 Estrutura do SBDC	54
2.1.3 Controle repressivo <i>versus</i> preventivo	57
2.1.4 Controle anterior <i>versus</i> posterior	60
2.1.5 Âmbito de aplicação	65

2.2 Modelo de controle da Lei 8.884/1994	66
2.2.1 Critérios genéricos expostos no <i>caput</i> do artigo 54.....	70
2.2.2 Critérios pontuais expostos no artigo 54, § 3º	72
2.3 Decisões administrativas.....	76
2.3.1 Aprovação	76
2.3.1.1 Condições para a aprovação.....	77
2.3.1.2 Compromisso de desempenho.....	92
2.3.1.3 Acordo de preservação da reversibilidade da operação	93
2.3.2 Aprovação condicional	94
2.3.3 Não aprovação	96
2.3.4 Natureza jurídica das decisões	97
2.4 Considerações parciais	99
3 TUTELA DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO	
DE EMPRESAS	101
3.1 Concorrência e consumidor.....	102
3.1.1 Consumidor	106
3.1.2 Consumidores e o controle da concentração de empresas.....	109
3.1.3 Benefícios	111
3.1.4 Distribuição de benefícios	112
3.1.5 Avaliação dos benefícios.....	114
3.1.6 Escolha da forma avaliativa	120
3.1.7 Outras formas de controle	124
3.2 Análise do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto)	127
3.2.1 Caso gerador.....	129
3.2.2 Opinião da SEAE	133
3.2.3 Opinião da SDE.....	134
3.2.4 Decisão do CADE	138
3.3 Considerações parciais	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS	149
REFERÊNCIAS.....	152

INTRODUÇÃO

A maioria dos países tem na concorrência a melhor forma de aumentar as eficiências produtiva e distributiva, garantindo a inovação e o crescimento econômico.¹ Diuturnamente, observa-se que cresce o número dos que desenvolvem legislações de defesa da concorrência próprias ou aperfeiçoam as existentes².

Mas nem sempre foi assim. As operações de concentração de empresas³, por exemplo, eram, muitas vezes, fomentadas pelos Estados⁴ à medida que permitiam aumentar a competitividade das empresas envolvidas mediante a realização de

¹ PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas na Lei n. 18/2003. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coords.). **Concorrência: estudos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71.

² É o caso da União Europeia (UE), tratando-se de blocos econômicos. O elevado grau de concentração industrial do sistema econômico atual tornou mais complexa a análise econômica levada a cabo pela Comissão Europeia, tornando-se necessária uma flexibilização do sistema de controle das concentrações. O Regulamento relativo às concentrações adotado em 1989 articulava-se em torno do princípio do “interlocutor único”, permitindo à Comissão um controle exclusivo sobre todas as fusões transfronteiriças importantes. Por seu lado, o novo regulamento (139/2004), evitando que a mesma concentração seja notificada a diversas autoridades da concorrência na UE, retoma o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a autoridade jurisdicional competente é aquela que se encontra melhor colocada para analisar cada caso específico de concentração. Informações disponíveis em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_pt.htm>. Acesso em: 21 jul. 2010.

³ Este trabalho analisa as operações de concentração de empresas a partir do controle estabelecido na atual Lei de Defesa da Concorrência, Lei 8.884/1994, isto é, averigua as concentrações passíveis de notificação ao sistema, conforme prevê o artigo 54: “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

⁴ No que tange ao contexto brasileiro, Requião anota que “constituiu política econômica do Governo o estímulo às incorporações e fusões, para aglutinar empresas, tornando-as de grande porte e, assim, aptas à economia de escala, com melhores condições de competição no mercado nacional e internacional. O Decreto-lei nº 1.182, de 16 de julho de 1971, concedeu estímulos fiscais transitórios às fusões, às incorporações e à abertura de capital das empresas. O principal estímulo consistiu na isenção de imposto de renda sobre o acréscimo de valor decorrente da reavaliação dos bens integrantes do ativo imobilizado, acima dos limites da correção monetária até o valor de mercado”. REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2. v., 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 256.

economias de escala⁵ e de escopo⁶, racionalizando os processos produtivo e distributivo.

Entretanto, preocupações com os eventuais efeitos restritivos, no que tange à concorrência, se antes inexistiam, começaram a anunciar-se a partir da última década do século XIX.⁷

Desse modo, a regulação das operações de concentração de empresas tornou-se necessária como forma de enfrentar os prejuízos que essas situações poderiam trazer à concorrência, como a eliminação de concorrentes existentes no mercado, a criação de obstáculos à entrada de novas empresas, a limitação à liberdade de escolha dos consumidores, entre outros.

Se hoje se considera que os Estados não devem favorecer as operações de concentração empresarial (abstendo-se de nelas intervir por meio de qualquer espécie de estímulo), como ocorria no passado, pode-se afirmar, também, que seu papel não é o de proibi-las, permitindo e promovendo, assim, o processo competitivo.

Logo, controlar, examinar, enfim, fiscalizar os eventuais benefícios e prejuízos decorrentes da operação concentracionista que se apresenta à análise da autoridade de defesa da concorrência, considerando a gama de interesses envolvidos e que devem ser resguardados, é a tarefa mais própria aos Estados que pretendem proteger a concorrência.

⁵ Segundo o glossário da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), economias de escala “ocorrem quando o custo médio da firma reduz-se (ou o produto médio aumenta) quando a produção cresce, a preços dados de insumos. De forma análoga, ocorrem quando o custo total de uma firma para produzir um determinado produto/serviço é menor do que o somatório do custo total de duas ou mais firmas para produzirem este mesmo produto/serviço”. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios/E>. Acesso em: 15 out. 2010.

⁶ Segundo o glossário da SEAE, economias de escopo “ocorrem quando o custo total de uma firma para produzir conjuntamente, pelo menos dois produtos/serviços, é menor do que o custo de duas ou mais firmas produzirem separadamente estes mesmos produtos/serviços, a preços dados de insumos. De forma similar às economias de escala, as economias de escopo podem também ser entendidas como reduções nos custos médios derivadas da produção conjunta de bens distintos, a preços dados de insumos”. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios/E>. Acesso em: 15 out. 2010.

⁷ PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas na Lei n° 18/2003. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coords.). **Concorrência**: estudos. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71-72.

Não se pode negar a importância das concentrações. Em alguns casos, a sobrevivência de uma empresa pode estar na associação à outra, o que representa a reunião de *know how*, de patrimônios, a extinção de atividades-meio, passíveis de sobreposição, enfim, a possibilidade de se obter ganhos que provavelmente não seriam conquistados de forma isolada.

Ainda, no que tange às concentrações, ao contrário de antes, hoje os Estados têm métodos para filtrá-las – mesmo que alguma operação tenha eventualmente o apoio de determinado governo⁸. Nesse sentido, como será visto, no caso brasileiro, cumpre à autoridade responsável pela defesa da concorrência apreciar a operação concentracionista sob os mesmos paradigmas do Direito Concorrencial, tenha ou não o apoio governamental, uma vez que a defesa da concorrência é política de Estado, e não de governo⁹.

O CADE¹⁰, durante anos conhecido como um “leão sem dentes”¹¹, por apresentar função importante na defesa da concorrência, mas desprovida de eficácia

⁸ Salomão Filho, recordando o contexto de privatizações da década de 1990, destaca que “as autoridades governamentais, em particular o BNDES, passam a perseguir com afinco a concentração dos mercados e das empresas nacionais. De um lado, nos setores regulamentados, incentivam a concentração ou a cooperação entre empresas (é o que acontece, com particular ênfase, em setores de infra-estrutura sujeitos à influência do órgão em função da necessidade de vultosos financiamentos). Nos setores não-sujeitos a regulação seu papel de órgão executor da política de investimento do Governo federal (art. 23 da lei 4.594/64) passa a ser desempenhado precipuamente através da vinculação da concessão de empréstimos a reestruturações dos setores, que leva a um maior (e, via de regra, bastante acentuado) nível de concentração. Os órgãos de defesa da concorrência, de outro lado, revelando sua fraqueza histórica, pouco ou nada fazem ou conseguem fazer contra esse movimento”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130 e 131.

⁹ Nesse sentido, entrevista concedida por Badin: BACOCINA, Denize Bacoccina; QUEIROZ, Guilherme. **Isto é dinheiro**. Grandes grupos, sim; cartéis, não. Economia. 12 mar. 2010. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/entrevistas/14773_GRANDES+GRUPOS+SIM+CARTEIS+NAO>. Acesso em: 05 set. 2010.

¹⁰ A propósito, Vaz anota que, ainda sob a égide da Lei 4.137/62, “o órgão foi classificado como inoperante e omissivo, quando, na real verdade, muitas vezes estava legalmente impedido de aplicar certas sanções, porque o dinamismo das atividades econômicas havia permitido a certos agentes praticar atos ou adotar condutas ilícitas inconcebíveis para o legislador de 1962”. VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 10.

¹¹ A expressão é de Juliano Basile. BASILE, Juliano. Badin desiste de concorrer a novo mandato no Cade. **Valor Econômico**, São Paulo, 21, 22 e 23 maio 2010. Brasil, p. A3.

(por exemplo, por impor multas¹² com frequência suspensas pelo Poder Judiciário), conta hoje com uma Procuradoria (ProCADE) que é uma aliada importante para assegurar que suas decisões sejam mantidas, o que certamente fez aumentar o zelo das empresas – que, além de não ambicionarem a imposição de multas, por razões evidentes, também não querem ver seu nome associado aos ilícitos concorrenciais, por exemplo, que têm grande repercussão na mídia e, portanto, impacto na opinião pública – e, conseqüentemente, trouxe mais efetividade à Lei de Defesa da Concorrência.

Se a imposição de penas a partir de condutas anticoncorrenciais é tema hodiernamente discutido, isso se repete com menor intensidade quando se fala em uma das principais atribuições do CADE, que é a apreciação das operações de concentração empresarial submetidas a seu crivo, de forma a assegurar que a concorrência, enquanto instituição, e os direitos dos concorrentes e dos consumidores sejam resguardados.

Assim, como o título desta dissertação sugere, pretende-se investigar os mecanismos disponíveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹³, particularmente no controle estrutural, para assegurar a proteção do consumidor¹⁴, dever de proteção estatal de hierarquia constitucional¹⁵, face à tendência concentracionista resultante do fenômeno da globalização.

¹² Os recursos arrecadados com as multas destinam-se ao Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado, no âmbito da estrutura organizacional do Ministério da Justiça (MJ), instituído pela Lei 9.008/1995, e que tem como finalidade gerir o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD). Os infratores da ordem econômica, multados pelo CADE, são os principais financiadores do Fundo. Os recursos arrecadados pelo FDD são aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos e científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas acima. Informações complementares podem ser obtidas no *site* do MJ:

<<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ038B8D53ITEMID14E4BE4972B647A4BD0ACD82E8C978C0PTBRNN.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

¹³ Faz-se necessário observar que não há, na legislação brasileira, qualquer previsão expressa sobre a existência de um sistema brasileiro de defesa da concorrência formalmente constituído. Entretanto, a prática consagrou essa denominação para se fazer alusão aos três entes envolvidos na tutela da concorrência: SDE, SEAE e CADE.

¹⁴ A interação entre Direito do Consumidor e Direito Concorrencial não é novidade. Nos Estados Unidos da América (EUA), por exemplo, a sua *Federal Trade Commission* (FTC), tem como *slogan* o preceito “*protecting America’s consumers*”, que, em português, seria: “protegendo os consumidores americanos”, isto é, estadunidenses (tradução nossa).

Para tanto, esta dissertação analisa a disciplina jurídica da concorrência no Direito brasileiro, concentrando-se no controle das estruturas, isto é, no controle dos “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, como previsto no *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/1994.

A dissertação está organizada em três capítulos, além desta seção introdutória e das considerações finais.

No primeiro capítulo será apresentado o fenômeno da concentração de empresas segundo a legislação brasileira, além das estruturas de mercado e das formas de concentração empresarial.

O segundo capítulo verificará as particularidades do modelo de controle de atos de concentração de empresas no Brasil, delineando suas principais características, além das condições necessárias à autorização desses atos pela autoridade administrativa. Observam-se os parâmetros utilizados na análise dos atos de concentração econômica e a natureza das decisões.

No capítulo final será analisada a tutela dos consumidores¹⁶ face à concentração empresarial, a partir das consequências efetivas e potenciais advindas das operações concentracionistas e de um caso paradigmático da jurisprudência administrativa brasileira.

Ainda, uma última seção exporá os resultados da investigação sob a forma de considerações finais.

O tema da presente dissertação tem, portanto, natureza multidisciplinar. Envolve o estudo dos Direitos da Concorrência e do Consumidor, perpassados pelos Direitos Econômico e Empresarial.

¹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, jul./set. 2009, p. 142-167, p. 142.

¹⁶ A própria *Organization for Economic Cooperation and Development*, em português, Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE), em suas Diretrizes para Empresas Multinacionais (*Guidelines for Multinational Enterprises*), contempla (i) os interesses do consumidor e (ii) a concorrência, como se pode verificar em seu *site*: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2010.

Uma variável importante a destacar é a tramitação do projeto de Lei 3.937/2004, destinado a substituir a Lei 8.884/1994 como diploma que disciplina a defesa da concorrência no Brasil, aprovado pela Câmara dos Deputados no final de 2008. No Senado, o projeto foi recebido como projeto de lei da Câmara 06/2009 e aprovado, com emendas, no final de 2010. O projeto, reapreciado na Câmara dos Deputados, foi aprovado em 05.10.2011 e, por ora¹⁷, aguarda sanção presidencial. De acordo com o texto aprovado, a nova lei entrará em vigor 180 (cento e oitenta) dias depois de publicada.

Por fim, faz-se necessário notar que existe identificação entre pesquisadora e objeto de pesquisa, uma vez que não é possível abdicar da condição de consumidora, o que não impede que se busque um olhar o mais possível independente e desinteressado, a fim de adequar a pesquisa aos seus pressupostos intrínsecos de neutralidade, isenção e imparcialidade.

¹⁷ Observa-se que até o encerramento desta pesquisa, em 24.10.2011, o texto ainda não havia sido sancionado.

1 CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

1.1 Fenômeno jurídico da concentração de empresas

Alude-se correntemente ao fenômeno da concentração de empresas como algo trivial e crescente¹⁸, de certa forma até bem-vindo, uma vez que é um dos símbolos do crescimento econômico de um país.

Verifica-se, nos contextos nacional e internacional, um intenso movimento de fusões e aquisições de empresas. Entre os anos 2000 e 2010, por exemplo, o CADE julgou, anualmente, cerca de 600 atos de concentração¹⁹:

O fenômeno da concentração, embora intensificado nos últimos anos, não pode ser considerado algo novo, uma vez que é observado desde a Revolução Industrial.

Igualmente, não se pode dizer que a recorrência do fenômeno o tornou aceito de forma irrestrita. São muitos os aspectos econômicos, jurídicos, sociais, entre outros, que envolvem uma concentração. A diminuição de custos, por exemplo, um dos emblemas das vantagens produzidas pelas concentrações, pode significar, de forma imediata, a demissão de empregados dos agentes econômicos que de alguma forma se associam. Mas não se pode olvidar que eventuais ganhos de produtividade podem, *a posteriori*, levar à contratação de outros empregados e compensar a perda de empregos outrora causada e, até mesmo, superá-la.

¹⁸ A respeito, sugere-se a leitura de matérias veiculadas na imprensa: PAUL, Gustavo. Fusões e aquisições entre empresas no Brasil voltam a patamar recorde. **O Globo**, Rio de Janeiro, 09 mar. 2010. Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/03/08/fusoes-aquisicoes-entre-empresas-no-brasil-voltam-patamar-recorde-916020096.asp>>. Acesso em: 18 maio 2010, e WESTPHALEN, Ana Luísa. Fusões e aquisições crescem 55% em 2010 e superam R\$ 180 bilhões. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 fev. 2011. Finanças. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/online/mercado-de-capitais/35/385816/fusoes-e-aquisicoes-crescem-55-em-2010-e-superam-r-180-bilhoes>>. Acesso em: 11 mar. 2010.

¹⁹ Conforme informações do CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 21 jan. 2011.

É compreensível, portanto, que, ao ler sobre alguma concentração de empresas divulgada pela imprensa, muitos possam imaginar que terão prejuízos, seja como empregados, seja como consumidores, seja como competidores. E isso se deve, em parte, ao fato de, historicamente, os Estados haverem incentivado a união de empresas a fim de aumentar-lhes a competitividade, sem preocuparem-se com os efeitos eventualmente perniciosos sobre os sujeitos vulneráveis envolvidos, exemplificados em empregados e consumidores e, até mesmo, em alguns competidores e intermediários²⁰ do processo produtivo.

Neste contexto, é necessário referir que, se o fenômeno da economia de escala representa um ganho de produção, redução de custos e vantagens para o consumidor, há um prejuízo decorrente da violação dos mecanismos de funcionamento do mercado, que se torna inoperante como resultado da coordenação das decisões econômicas, que passam a ser controladas por algumas poucas unidades econômicas.²¹

Nas economias de escala, o aumento da produção leva à diminuição de custos. E, para produzir mais, a empresa passa a necessitar de mais recursos – o que a faz crescer e eventualmente fundir-se, incorporar-se, enfim, protagonizar alguma das possíveis formas de concentração. Nesse modelo, a pequena empresa é contraproducente, pois não tem condições de produzir a um custo tão reduzido quanto empresas maiores, o que pode significar um desestímulo ao empreendedorismo e até reforçar a concentração porventura já existente em determinado mercado.

As economias de escala não são, contudo, a única causa da concentração. Há, também, monopólios ou oligopólios (que por natureza são situações de concentração) derivados de situações de fato, como é o caso do acesso a uma fonte

²⁰ Caso daqueles consumidores de insumos. Seria a hipótese, por exemplo, das siderúrgicas frente à fusão de duas mineradoras (fornecedoras de minério de ferro às primeiras).

²¹ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p. 25.

de matéria-prima rara ou de uma condição tecnológica exclusiva, como a patente de invenção, além de outros.²²

Assim, ante os efeitos do movimento concentracionista nos mercados, tornou-se necessária a regulação das relações empresariais – o que fez surgir o Direito da Concorrência²³ (ou Antitruste²⁴, segundo a tradição estadunidense), cujo marco histórico remonta ao final do século XIX, etapa inicial do processo de aglomeração do capital nos países então industrializados. Esse período está ligado ao surgimento, no Canadá, da primeira lei antitruste, em 1889, e, nos Estados Unidos da América (EUA), do *Sherman Act* (em 1890) e do *Clayton Act*²⁵ (em 1914) como reação à então crescente concentração do poder econômico.²⁶

Jaeger Junior assinala que o incremento do comércio em si, das relações envolvendo os agentes econômicos e a utilização de práticas concorrenciais colusórias por eles, normalmente decorrentes de conjugadas práticas concentracionistas, aumentou a possibilidade de serem infringidas regras concorrenciais e, conseqüentemente, de haver comportamentos lesivos ao Direito.²⁷

Percebe-se, desse modo, o porquê de as operações de concentração de empresas interessarem *a priori* ao Direito da Concorrência. Elas podem provocar a consequência imediata de diminuir o número de agentes que atuam no mercado – o

²² NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5. ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149. Além desta autora, Buchain também aponta essa característica das economias de escala: BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p. 25.

²³ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 398.

²⁴ Adaptação da palavra inglesa *trust*, que significa "confiança". Portanto, *antitrust* envolve a ideia de oposição à confiança, de combate às relações de fidelidade entre as empresas. Etimologicamente, lembra Vaz, "o *trust* origina-se de uma instituição do *common law* britânico, próxima ao 'fideicomisso'. É um contrato de lealdade, ou de confiança". VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 90.

²⁵ O *Clayton Act*, segundo Fonseca, "introduz um abrandamento ao rigorismo estabelecido pelo diploma até então vigente ao determinar que a ilegalidade existiria quando o efeito da discriminação pudesse diminuir substancialmente a concorrência, ou mesmo causar dano, destruir ou impedir a concorrência". FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 04, n. 05, 1997, p. 05-34, p. 08.

²⁶ SCHUARTZ, Luís Fernando. **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrenca_moderno.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

²⁷ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 394.

que não é algo necessariamente nocivo à concorrência²⁸, embora tenha a aptidão de alterá-la, de mudar a disposição das peças (isto é, dos concorrentes) no imenso tabuleiro de xadrez que é a concorrência.

Com efeito, se a redução do número de empresas operantes (como resultado da concentração), fenômeno crescente e uma das consequências da crise econômica internacional de 2008, pode, por um lado, causar preocupação e exigir análise criteriosa das autoridades de defesa da concorrência, considerando os bens jurídicos envolvidos e potencialmente afetados, é inegável que, por outro lado, pode aumentar a competitividade das empresas concentradas e, em consequência, beneficiar os seus participantes, os consumidores e a própria instituição da concorrência, pelos ganhos de eficiência advindos.²⁹

A seguir, verifica-se a definição de empresa, o que facilitará a compreensão do fenômeno da concentração empresarial e do seu controle pelo SBDC.

1.1.1 Empresa

A definição de empresa interessa ao presente trabalho à medida que este conceito permeia todas as fases da pesquisa. Verifica-se que a teoria econômica conceitua empresa, de forma genérica, como a combinação realizada pelo empresário dos fatores de produção – capital, trabalho, terra e, atualmente, tecnologia – organizados para obter a maior quantidade possível de produtos ou de serviços ao menor custo.³⁰

²⁸ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 394.

²⁹ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 394.

³⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 38.

O Código Civil (CC) não apresenta um conceito de empresa³¹, mas tão-somente de empresário, definido no artigo 966 como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O empresário, portanto, é o sujeito de direitos, ao passo que a empresa é um fenômeno econômico.

A empresa surge a partir do desenvolvimento de alguma atividade econômica organizada pelo empresário e é exercida por meio do fundo de empresa (estabelecimento). A empresa, nesse sentido, é um ente despersonalizado, pois não apresenta personalidade jurídica própria.³² Não se confundem, portanto, empresa e sociedade, uma vez que poderá haver sociedade empresária³³ sem empresa, desde que, por exemplo, os atos constitutivos da sociedade sejam inscritos no Registro Público de Empresas Mercantis e, de fato, ela não inicie suas atividades.³⁴

Apesar de a Lei 8.884/1994 também não definir empresa³⁵, ao explicitar em seu artigo 1º que “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”³⁶, esclarece que o elemento determinante para a sua aplicação é o exercício de uma atividade econômica. Nesse sentido também o § 3º do artigo 54, *verbis*:

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário (...).

³¹ Na literatura econômica usa-se o termo “firma”. Firmas são organizações que produzem e comercializam bens e prestam serviços, que contratam e utilizam fatores de produção. A teoria da firma foi um conceito criado pelo economista britânico Ronald Coase, em seu artigo *The Nature of Firm*, de 1937.

³² CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 13.

³³ As sociedades não empresárias são chamadas de sociedades simples (artigo 983 do Código Civil).

³⁴ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 14.

³⁵ Observa-se que, neste estudo, utiliza-se a palavra “empresa” como sinônima de empresário, a despeito do eventual atecnicismo desse uso.

³⁶ A respeito, Grau anota que os “atos praticados contra a ordem econômica são atos praticados contra a ordem jurídica”, “contra a parcela da ordem jurídica (mundo do dever ser) que ordena, conforma a ordem econômica e financeira”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 90.

Além disso, o artigo 15 estabelece que a Lei 8.884/1994:

aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de Direito Público ou Privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Pode-se afirmar que a expressão “concentração de empresas” (expressão corrente na doutrina) significa, também, “concentração econômica”, que é a expressão eleita pelo legislador, uma vez que não há, na Lei 8.884/1994 a expressão “concentração de empresas”, verificando-se tão-somente a expressão “concentração econômica”, encontrada no § 3º do artigo 54.

1.1.2 Concentração de empresas

No passado, os altos custos de transporte e de comunicação não permitiam que as empresas atuassem em muitos territórios. Ao contrário, elas atuavam em pequenos espaços, alcançando um número exíguo de consumidores. Nesse cenário, era comum haver determinadas mercadorias com grande presença em certa região e que sequer eram conhecidas em regiões vizinhas.³⁷

As empresas surgidas com a Revolução Industrial, entretanto, já agiam em condições de árdua luta com outras unidades econômicas similares. As de maior dimensão tinham mais chances de sobreviver e, dessa forma, empreenderam ações diversas, tendentes ao crescimento e à diminuição do número de concorrentes, que muitas vezes eram absorvidos ou simplesmente não mais podiam manter-se no mercado de forma paritária com outras empresas que a essa altura já haviam se expandido.

Esse fenômeno concentracionista, embora tenha origem no século XIX, permanece até hoje, destacando-se no processo de globalização ora em curso.

³⁷ SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 231.

Entretanto, a redução dos custos de transporte e de comunicação, entre outros fatores, tornou viável a oferta de produtos e serviços em locais distantes. Como consequência, as empresas passaram a atuar em diversos territórios, aumentando o número de consumidores alcançados e, portanto, o seu tamanho.³⁸

Com efeito, tornou-se possível que as empresas explorassem as economias de escala e de escopo. Por conseguinte, em muitos setores, a produção nacional – e por vezes a internacional – passou a concentrar-se nas mãos de algumas empresas, capazes de absorver outras menores³⁹, o que permite relacionar a concentração empresarial ao aumento de poder econômico⁴⁰ – e a torna objeto de monitoramento pela autoridade de defesa da concorrência face aos danos eventualmente provocados.

De acordo com o glossário da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), são atos de concentração econômica aqueles que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja através de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa, ou do grupo de empresas resultante, igual ou superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).⁴¹

Esta definição guarda similaridade com o § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, segundo o qual, como visto:

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de

³⁸ SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 231.

³⁹ SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 231.

⁴⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 464.

⁴¹ O glossário está disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 23 jan. 2011.

empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Em síntese, a concentração é uma forma excepcional de crescimento das empresas e tem como atributos, por exemplo, a possibilidade de redução de custos, a oportunidade de acesso a fontes de financiamento e a criação de condições para o desenvolvimento de pesquisas.⁴²

Dessa forma, hoje, a aglomeração empresarial pode ser considerada uma forma eficaz de as empresas enfrentarem os desafios de economias a cada dia mais interligadas, mais globalizadas.⁴³

Nesse contexto, Forgioni lembra que existem duas ponderações que cercam as discussões sobre a disciplina das concentrações entre agentes econômicos⁴⁴, vistas a seguir.

Pensa-se, por um lado, que a centralização do capital nas mãos de poucos agentes econômicos faz com que se possa atingir um progresso que não seria alcançado (ou seria, mas de forma lenta) caso o mesmo capital permanecesse pulverizado. Desse modo, pode-se afirmar que o processo de concentração econômica conduz a um maior grau de eficiência, propiciando, por meio da pesquisa e inovação, um desenvolvimento tecnológico que em *ultima ratio* beneficiará os consumidores, entre outros fatores positivos.⁴⁵

Essas constatações tornam-se mais evidentes se relacionadas à necessidade de os países (e blocos econômicos) aumentarem seu grau de competitividade em uma economia global.

⁴² FARIA, Werter R. **Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul**. Brasília: Senado Federal, 1993, p. 32.

⁴³ CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 295.

⁴⁴ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 473.

⁴⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 473.

Por outro lado, pondera-se que o processo de concentração pode levar ao comprometimento do desempenho, da *performance* do mercado uma vez que provoque uma concentração do poder econômico nas mãos de poucos agentes.

Portanto, a disciplina da concentração envolve aspectos antagônicos, pois se a concentração de capitais é indispensável ao desenvolvimento e à eficiência do sistema produtivo, é também fator de instabilidade deste próprio sistema, que estaria em constante (des)equilíbrio pela busca de um mercado ora mais concentrado, ora mais pulverizado.⁴⁶

A seguir, delinea-se o tema da concentração de empresas sob a perspectiva dos seguintes diplomas legislativos: Lei 6.404/1976, Lei 8.884/1994 e CC.

Considerados esses aspectos, verifica-se que a concentração de empresas é, segundo Carvalho:

todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e ativos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não.⁴⁷

Na lei 8.884/1994, há apenas uma menção ao termo “concentração”, prevista no § 3º do artigo 54, segundo o qual “incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica (...)”.

Observa-se, a partir disso, que a Lei de Defesa da Concorrência estabelece um critério genérico de aplicação, uma vez que o *caput* do artigo 54 preceitua que “os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE”.

⁴⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 474.

⁴⁷ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 91-92.

Dessa redação depreende-se que quaisquer espécies de atos, não importando a forma que apresentem, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência⁴⁸ ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser objeto de análise pelo CADE.

E, segundo o § 3º, estão incluídos entre esses atos passíveis de notificação ao Sistema todos os que visem a qualquer forma de concentração econômica (seja por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas (*holding*) ou qualquer forma de agrupamento societário) que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Os instrumentos jurídicos utilizados para a realização de uma operação de concentração são pouco relevantes no que tange à apreciação dos seus efeitos sobre o mercado, visto que as práticas empresariais, hoje, demonstram que não existe mais a adoção de um modelo puro de concentração, mas sim a associação de instrumentos variados visando atender interesses múltiplos.⁴⁹

Com efeito, a lei não poderia ter enumerado os atos restritivos, porque há inúmeras formas por meio das quais os agentes econômicos podem praticar negócios que projetam efeitos lesivos às estruturas do mercado. Acordos de troca de informações econômicas, constituição de rede de distribuidores, contrato de publicidade ou qualquer outro gênero de acordo empresarial podem instrumentalizar práticas restritivas e limitadoras da livre concorrência.⁵⁰ Daí a adoção, pelo legislador, de um critério genérico, que amplia o espectro dos casos passíveis de análise pela autoridade de defesa da concorrência.

⁴⁸ A livre concorrência é uma liberdade instrumental à medida que é necessária ao exercício da livre iniciativa e é um pressuposto seu. A livre concorrência “é essencial para a legitimidade da liberdade de iniciativa”. COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 05, n. 01, 1998, p. 07-26, p. 14-15.

⁴⁹ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 32.

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 126.

No processo concentracionista que se seguiu à Revolução Industrial, houve uma sucessão de formas que forjaram a concentração de empresas. Bulgarelli menciona que “dos cartéis defensivos, ‘pools’, ‘corners’, ‘rings’, ‘trusts’, passou-se ao ‘Konzern’, aos consórcios, aos grupos, às ‘holdings’, às sociedades de investimento, às ‘joint ventures’”⁵¹. E, neste rol, estão incluídas a fusão e a incorporação, “que permaneceram ao lado das demais como uma constante”.⁵²

Segundo Carvalho, a concentração pode ocorrer por meio de qualquer um dos seguintes atos: (i) fusões e incorporações; (ii) aquisição do controle de concorrente por uma empresa (por meio da aquisição da totalidade do capital ou dos ativos ou direitos; por meio da aquisição da maioria do capital com direito a voto; por meio de uma parte dos ativos ou direitos; por meio da aquisição de uma participação minoritária no capital com direito a voto); (iii) aquisição conjunta do controle de outra empresa por mais do que uma empresa; (iv) participações acionárias recíprocas.⁵³

A partir disso, pode-se observar que o objetivo do controle das concentrações de empresas, pela perspectiva da Lei de Defesa da Concorrência, não é avaliar os aspectos formais do processo de concentração em si. O exercício de controle pretende, ao invés, verificar se as metas visadas pela política da concorrência eleita por um determinado Estado são afetadas pela concentração.⁵⁴

1.2 Estruturas de mercado

Para delimitar a possibilidade de uma concentração de empresas oferecer inconvenientes de ordem concorrencial, é necessário examinar alguns conceitos que serão úteis à compreensão da análise realizada pelo SBDC no controle estrutural.

⁵¹ BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

⁵² BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 25.

⁵³ CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 113.

⁵⁴ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 32.

Com efeito, verifica-se que a teoria microeconômica divide em três as espécies de análise: (i) análise da demanda, (ii) análise da oferta e (iii) análise das estruturas de mercado.

A partir da oferta e da demanda são determinados o preço e a quantidade de equilíbrio de determinado bem ou serviço.

O preço e a quantidade, por sua vez, estão relacionados à forma ou estrutura⁵⁵ desse mercado, ou seja, se ele é competitivo, com a presença de muitos fornecedores, ou concentrado em poucas ou em uma única empresa fornecedora.

As estruturas de mercado, que interessam ao presente estudo à medida que este realiza uma análise do controle estrutural, são a concorrência perfeita, a concorrência imperfeita, o oligopólio e o monopólio, cujos aspectos principais serão analisados a seguir.

1.2.1 Conceitos relevantes

Antes de verificar as características das estruturas de mercado, faz-se necessário analisar os conceitos (i) de mercado relevante e (ii) de poder econômico e de mercado.

⁵⁵ A estrutura de mercado é uma classificação do mercado relevante quanto ao número de participantes e o grau de influência de cada um sobre ele. Stiglitz nota que, no mundo real, poucas empresas correspondem aos casos extremos de monopólio e de concorrência perfeita. Normalmente, há algum grau de competição, o que levanta a questão de como avaliá-lo. STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 205.

1.2.1.1 Mercado relevante

O controle dos atos de concentração econômica é indissociável da definição prévia do mercado atingido pela operação, uma vez que é a partir da definição do mercado relevante envolvido que será possível determinar o “palco” exato em que ocorrerão os eventuais efeitos da operação concentracionista que é notificada à autoridade de defesa da concorrência. Assim surge o chamado mercado relevante, comumente dividido em mercado relevante (i) material (ou do produto) e (ii) geográfico.

Devem ser incluídos no mesmo mercado todos os agentes cujos produtos ou serviços sejam considerados pelos consumidores como substituíveis, de modo que a variação no preço de um desses produtos ou serviços, dentro de certa área, cause efeitos positivos ou negativos nas vendas dos produtos das demais empresas consideradas participantes do mercado relevante em questão.

A definição de mercado relevante liga-se à ideia de poder de mercado, cujas características serão vistas no tópico seguinte, à medida que o elemento fundamental para delimitar o mercado é a reação de concorrentes e consumidores ao aumento ou redução dos preços de um dos agentes econômicos. Esse método de delimitação do mercado baseia-se na análise da elasticidade cruzada da procura, que estuda o efeito e as relações proporcionais entre a alteração no preço de um determinado produto e a venda de um segundo produto.

O mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva, enquanto o mercado relevante material é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece. Sua delimitação, como no geográfico, parte da identificação das relações de concorrência.⁵⁶

⁵⁶ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 231.

Em ambos os mercados, geográfico e material, importam à delimitação do mercado relevante dois aspectos: a possibilidade de substituições (i) do lado da procura, que trata da possibilidade de os consumidores substituírem o produto ou serviço por outro em caso de um aumento de preços do primeiro, e (ii) do lado da oferta, que trata da possibilidade de novos *players*, atuantes em mercados relevantes geográficos ou materiais contíguos, ingressarem no mercado em que o preço do produto ou serviço sofreu um aumento ou, em uma situação menos comum, da possibilidade de os consumidores procurarem áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão.

Dessa forma, define-se o mercado relevante a partir da dinâmica da concorrência, que envolve as reações de todos os agentes que o integram a um aumento de preços de determinado produto ou serviço. Nusdeo observa, sob a ótica dos fenômenos reacionais dos agentes, que a análise do cenário de fuga de consumidores ou de ingresso de novos produtores, diante de um aumento de preços, deve ser elaborada a partir dos preços que seriam cobrados em um regime de concorrência, mesmo que em verdade esses preços já tenham alcançado um patamar supracompetitivo.⁵⁷

Do contrário, com a avaliação do efeito de um aumento de preços já acima dos concorrenciais, há o risco de se aumentar demasiadamente a amplitude do mercado afetado, pois os consumidores que permaneceram fiéis diante de um aumento substancial e não transitório, até certo patamar, tenderão a substituir o produto. Enquanto isso, os agentes que consideraram as barreiras à entrada altas demais para compensar seu ingresso poderão, num cenário de preços monopolísticos, verificar a possibilidade de entrada. A finalidade dessa análise é a verificação da existência de limites para o exercício do poder de mercado expresso pela capacidade de aumento de preços. Portanto, se esses limites passarem a existir apenas quando o agente já estiver usufruindo de seu poder, perde-se sua utilidade (de análise) e prejudica-se a compreensão do mercado relevante.⁵⁸

⁵⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

⁵⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

A autora em comento ainda observa que, embora existam critérios para a definição do mercado relevante, sua aplicação pode levar a diferentes resultados, ora ampliando excessivamente o mercado em questão, ora restringindo-o. Em geral, sua delimitação mais ampla tende a descaracterizar a existência de poder de mercado, enquanto sua delimitação mais restrita levará à identificação de um poder de mercado possivelmente superestimado.⁵⁹

A inexistência de critérios únicos de definição do mercado relevante e sua influência na análise da existência de poder de mercado propiciam às partes envolvidas que sejam discutidos os critérios utilizados para definir o mercado relevante – o que balizou, por exemplo, o processo administrativo⁶⁰ envolvendo o *shopping center* Iguatemi⁶¹, em São Paulo, julgado em 2007 pelo CADE, que tratava das cláusulas de raio⁶², comuns em contratos de locação em *shopping centers* e em contratos de *franchising*.

Destaca-se, por fim, que a análise da concentração dos mercados é realizada por meio de modelos descritivos dos tipos de mercado conforme a quantidade de agentes participantes e as características prováveis de seu funcionamento.

⁵⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 30.

⁶⁰ Ato de Concentração 08012.006636/1997-43. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

⁶¹ Para uma análise detalhada do caso, sugere-se a leitura do seguinte artigo: AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. **Textos para discussão**, São Paulo: FGV, n. 264, julho 2010, p. 01-36, p. 25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

⁶² As cláusulas de raio são uma forma de restrição à concorrência, visto que transferem a uma única empresa os direitos de diversos lojistas de se instalarem em uma determinada área. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. **Textos para discussão**, São Paulo: FGV, n. 264, julho 2010, p.01-36, p. 25. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jul. 2010.

1.2.1.2 Poder econômico e de mercado

O poder econômico pode ser definido como a capacidade de determinado agente econômico (i) agir independentemente de seus concorrentes, (ii) comandar preços (*price maker*) e (iii) excluir competidores.⁶³

Grau anota que o poder econômico é a regra e não a exceção. Para ele, “frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas”, mas que foram convertidas, segundo o autor, “em um elemento próprio a [sic] sua constituição natural”.⁶⁴

Conforme Forgioni, a empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e, ainda, impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotaria caso houvesse concorrência naquele mercado. Em síntese, um agente detentor de poder econômico pode impor unilateralmente as regras do jogo aos demais agentes econômicos.⁶⁵

Já o poder de mercado pode ser definido pela capacidade de o agente econômico aumentar substancialmente os preços de seus produtos ou serviços e, assim, maximizar seu lucro por certo período de tempo.

A existência dessa possibilidade, contudo, não significa que ela será invariavelmente a estratégia adotada. O agente pode, ao contrário, adotar uma redução momentânea e predatória de preços para afastar a concorrência e alcançar, assim, um número maior de consumidores.

⁶³ Conforme o voto da ex-conselheira do CADE, Lúcia Helena Salgado, no Ato de Concentração 84/96.

⁶⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 209.

⁶⁵ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 315.

Embora relacionado à dimensão da participação de mercado do agente, o poder de mercado não se identifica plenamente com essas categorias – visto que a capacidade de o agente aumentar preços pode ser reduzida pela possibilidade de os consumidores trocarem seus produtos por outros, substitutos, ou, ainda, de novos agentes ingressarem no mercado e, assim, haver um aumento da concorrência na comercialização do produto ou serviço.

Surge, aí, a necessidade de compreensão do conceito de barreiras à entrada, que podem ser definidas como qualquer fator que exponha *a priori* um concorrente potencial a uma situação de desequilíbrio, de desvantagem, se comparado aos concorrentes já atuantes no mercado examinado. Podem ser barreiras à entrada, por exemplo, a diferenciação de produtos, a integração vertical, as fontes de suprimento de insumos e a complexidade das redes de distribuição – entre outros fatores que desestimulem a entrada de novos concorrentes em determinado segmento econômico. Segundo o glossário elaborado pela SEAE, consideram-se barreiras à entrada:

qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Entre os fatores que constituem importantes barreiras à entrada, cita-se [sic] alguns: (a) custos fixos elevados; (b) custos afundados; (c) barreiras legais ou regulatórias; (d) recursos de propriedade das empresas instaladas; (e) economias de escala ou de escopo; (f) grau de integração da cadeia produtiva; (g) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e (h) a ameaça de reação dos competidores instalados.⁶⁶

Nas palavras de Malard, poder de mercado e posição dominante são expressões sinônimas. “Posição dominante” foi a expressão adotada pela Lei 8.884/1994 para significar a aptidão do agente econômico de, lucrativamente, reduzir a produção abaixo dos níveis competitivos e, em consequência, aumentar ou manter os preços acima daqueles níveis. A conceituação da ex-conselheira do CADE, como lembra Bruna, alinha-se ao conceito de *market power* adotado pelos

⁶⁶ O glossário está disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 23 jan. 2011.

estadunidenses, à medida que significaria a capacidade de o agente, ao reduzir a oferta, aumentar os preços.⁶⁷

Para Bruna, no entanto, não se justificaria a restrição do conceito de poder de mercado somente ao prisma da oferta, conforme a doutrina estadunidense. Ao contrário, para este autor, “deve-se buscar uma definição que abranja também a influência que o detentor de controle sobre a procura possa exercer sobre a concorrência”⁶⁸. Assim, segundo Bruna:

posição dominante é aquela que confira a seu detentor qualidade substancial de poder econômico ou de mercado, a ponto de que possa ele exercer influência dominante sobre a concorrência, principalmente no que se refere ao processo de formação de preços, quer atuando sobre o volume da oferta, quer sobre o da procura, e que lhe proporcione elevado grau de independência em relação aos demais agentes econômicos do mercado relevante.⁶⁹

Dessarte, a posição dominante, como quer Bruna, apresenta essa característica: confere ao agente econômico o exercício de influência dominante e atuação independente.

A literatura econômica sugere que há duas formas de aquisição ou de reforço de poder econômico: a natural e a artificial, relacionadas aos fatores de crescimento interno e externo das empresas.⁷⁰

Na forma natural, o agente econômico angaria uma parcela maior de poder econômico por meio da conquista de novos consumidores, devido à eficiência de seu modo de produção, à qualidade dos bens e serviços ofertados, à utilização bem-sucedida de *marketing*, enfim, devido a diversos fatores que o fazem diferenciar-se dos demais agentes e apresentar alguma vantagem competitiva.

⁶⁷ BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

⁶⁸ BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 114.

⁶⁹ BRUNA, Sérgio Varela. **O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

⁷⁰ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 30.

Na segunda forma, a artificial, realizam-se atos, contratos, entre outros, denominados “atos de concentração”, conforme a nomenclatura eleita pelo legislador na Lei 8.884/1994.

Verifica-se, portanto, que os atos de concentração empresarial possibilitam aos agentes envolvidos adquirir ou reforçar de forma artificial – mas legítima, uma vez que a concentração não é *a priori* interdita – o poder econômico. Com efeito, havendo concentração empresarial poderá haver acúmulo de poder nas mãos dos agentes envolvidos, cabendo à autoridade de defesa da concorrência filtrar a aquisição ou o reforço do poder econômico potencialmente resultante da concentração.

O domínio de parcela substancial do mercado relevante é condição necessária para que um agente efetivamente detenha poder econômico. Ainda assim, não é ele suficiente para que o agente detenha a capacidade de impor unilateralmente as regras de mercado. Para isso, é necessária a observância de três condições adicionais: (i) que a entrada de novas empresas no mercado não seja fácil (tempestiva, provável e suficiente), (ii) que as importações não sejam um antídoto efetivo e (iii) que inexistam competidores efetivos.⁷¹

Embora o poder econômico permita ao agente que o detenha agir de forma independente e com indiferença, em virtude da ausência ou diminuição de um ambiente concorrencialmente saudável, deve-se lembrar, por conjectura, que uma empresa detentora de poder econômico, *a priori*, teria mais condições de investir em pesquisa e inovação, aumentando o bem-estar econômico-social. Entretanto, é inegável que o poder econômico também pode ser exercido (e em regra o é) de forma prejudicial ao bem-estar econômico-social à medida que pode permitir ao seu detentor, (i) a adoção de comportamento de monopolista, sujeitando os pequenos agentes econômicos eventualmente existentes aos seus desígnios, (ii) a elevação desarrazoada de preços dos produtos e serviços ofertados, o que importa em uma transferência arbitrária de renda do consumidor para o produtor, além (iii) da diminuição do número e da qualidade de produtos e serviços outrora ofertados, por exemplo.

⁷¹ Conforme voto do ex-conselheiro do CADE, Ruy Afonso de Santacruz Lima, no Ato de Concentração 08012.006065/98-55.

Conforme apontado por Williamson⁷², como os agentes econômicos buscam atingir seu auto-interesse (se não exclusiva, é inegável que inclusivamente), maximizando lucros, eles apresentam a tendência de aproveitar situações nas quais podem obter vantagens, adotando comportamentos oportunistas.⁷³

Dessarte, sempre que o agente detiver poder econômico e houver incentivos (de diversas ordens) para que exerça este poder, torna-se possível e até mesmo provável que o agente venha a adotar comportamentos oportunistas, utilizando o seu poder econômico, a sua posição dominante para maximizar seu lucro – eventualmente em detrimento do bem-estar econômico-social.

Diante disso, compreende-se com facilidade a importância de um sistema normativo que possibilite o efetivo monitoramento da concentração. É preferível impedir que as empresas obtenham poder econômico do que tentar controlá-lo, uma vez que ele já exista – priorizando a ação preventiva, das estruturas, ao invés da ação repressiva, das condutas.

Como será visto, é por meio da ação preventiva, estrutural, que serão avaliados os impactos das operações de concentração empresarial realizadas pelos agentes econômicos, a fim de verificar seus efeitos potenciais sobre a livre concorrência antes que quaisquer danos possam ocorrer.

1.2.2 Concorrência

A análise do significado e extensão de um mercado considerado competitivo é importante para que se possa compreender o controle da concentração realizado

⁷² WILLIAMSON, Oliver. **The modern corporation: origins, evolutions, attributes.** Journal of Economic Literature, v. 19, n. 4, 1981, p. 1545 *apud* ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Conceito jurídico de ato de concentração. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP.** Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/733>>. Acesso em: 09 out. 2010, p. 07.

⁷³ ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Conceito jurídico de ato de concentração.** Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/733>>. Acesso em: 09 out. 2010, p. 07.

pela autoridade de defesa da concorrência, uma vez que este controle tem, entre seus parâmetros, um mercado ideal, onde a concorrência exista efetivamente.

Os mercados perfeitamente competitivos pressupõem a existência de um grande número de fornecedores, de forma que uma empresa, isoladamente, não é capaz de afetar a oferta de bens e serviços do mercado nem, conseqüentemente, o preço de equilíbrio. O grande número de empresas nesse mercado faz com que elas sejam apenas tomadoras de preços (*price takers*). Esses mercados caracterizam-se, assim, por algumas premissas: (i) são atomizados, pois compostos por grande número de empresas e de consumidores, todos pequenos em relação ao mercado; (ii) apresentam produtos homogêneos, isto é, não existe diferenciação entre produtos ou serviços ofertados pelas empresas concorrentes; (iii) não contam com barreiras à entrada de novas empresas e (iv) apresentam transparência, pois todas as informações sobre lucros, preços etc. são conhecidas por seus participantes.⁷⁴

Os preços nos mercados perfeitamente competitivos são determinados pela interação da oferta e da demanda, de modo que as ações de um único consumidor ou de um único agente econômico não afetam o preço de mercado.⁷⁵

Com efeito, como um agente econômico em um mercado perfeitamente competitivo é em geral semelhante em relação aos demais agentes atuantes naquele mercado, e como ele está vendendo exatamente ou de forma similar o produto que é vendido pelos demais agentes, poderá comercializá-los sem ter de reduzir o preço. Entretanto, se um agente que está inserido em um modelo perfeitamente competitivo tentar aumentar seus preços, ele provavelmente experimentará uma redução em suas vendas, porque os consumidores passarão a comprar dos concorrentes. Dessa forma, o agente será um tomador de preço e terá de cobrar o mesmo preço que todos os outros agentes econômicos que atuam no mercado.⁷⁶

⁷⁴ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96.

⁷⁵ HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 435.

⁷⁶ HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 435.

As empresas perfeitamente competitivas não só produzem bens e serviços pelo menor custo possível, mas também produzem aqueles que os consumidores mais demandam. As empresas, então, produzem um bem ou ofertam um serviço até o ponto em que o custo marginal⁷⁷ de se produzir uma unidade a mais seja igual ao benefício marginal recebido pelos consumidores ao consumir aquela unidade. As empresas ofertam, assim, os bens e serviços que proporcionam aos consumidores um benefício marginal pelo menos tão grande quanto o custo marginal de produzi-los. Dessa forma, alocam de modo eficiente mão de obra, máquinas e outros insumos para ofertar os produtos e serviços que mais interessam aos consumidores. Nesse sentido, a competição perfeita alcança a eficiência alocativa^{78, 79}.

Por fim, identifica-se que, em um ambiente de concorrência, no longo prazo, não existem lucros extraordinários⁸⁰, mas apenas os chamados lucros normais, ordinários.⁸¹

1.2.3 Concorrência imperfeita

Outro conceito importante é o de concorrência imperfeita, que caracteriza a maior parte dos mercados.

Os mercados dominados por algumas poucas empresas são mais prevalentes do que os monopólios. O nível de produto, por exemplo, é menor do que em

⁷⁷ Interessante notar que “os economistas chamam a análise que envolve comparar benefícios marginais contra custos marginais de análise marginal”. HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 62.

⁷⁸ Segundo Buchain, “o conceito de eficiência alocativa, embora não sem grandes críticos, passou a permear toda a aplicação do direito antitruste, de forma que as concentrações econômicas e os acordos verticais não são vistos como um mal a ser evitado, mas admitidos a partir dos ganhos, em termos de eficiência para o consumidor”.BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p. 37.

⁷⁹ HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 456-457.

⁸⁰ Aqueles derivados de estruturas de mercado com agentes dotados de grande poder de mercado e pouco excedente do consumidor (monopólio e oligopólio).

⁸¹ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 96.

concorrência perfeita, porém mais alto do que em casos de monopólio. Já a competição para fornecer novos produtos e serviços é muitas vezes intensa.

Mas outras ineficiências são piores em mercados com concorrência limitada do que em mercados com monopólio. Por exemplo, empresas em concorrência imperfeita gastam mais recursos com práticas de impedimento à entrada do que aquelas em situação de monopólio para reduzir a força da competição e aumentar preços. Tais gastos podem aumentar os lucros, mas desperdiçam recursos e podem piorar a situação dos consumidores.

Ainda, verifica-se que, em mercados de concorrência imperfeita, as empresas podem manter capacidade ociosa para dificultar a entrada de novos *players*. E, por fim, verifica-se que uma empresa pode ganhar vantagem competitiva sobre um rival não por baixar seus próprios custos, mas por aumentar os custos do rival – privando-o do uso das facilidades de distribuição existentes, por exemplo.⁸²

1.2.4 Oligopólio

O oligopólio é uma estrutura caracterizada por um reduzido número de empresas que dominam a oferta de produtos e serviços, como foi, durante anos, o caso, no Brasil, da indústria automobilística. Ou, ao invés, por um grande número de empresas atuantes em que se destacam algumas poucas dominantes, que é o caso, por exemplo, da indústria nacional de cerveja.⁸³

Pode-se afirmar que o setor produtivo brasileiro é altamente oligopolizado, como ilustram as indústrias automobilística, cosmética, química, farmacêutica, de papel etc.⁸⁴

⁸² STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 225-226.

⁸³ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

⁸⁴ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

No oligopólio, há maiores chances de as quantidades ofertadas e os preços fixados tornarem-se alvo de combinação, de conluio entre empresas concorrentes, o que facilita a adoção de uma política de preços comum. Neste caso, as empresas podem agir como monopolistas (a chamada solução de monopólio) e optar por uma concorrência que supere o preço, baseada em publicidade, promoções, além de outras ações.

Verifica-se, ainda, nos oligopólios, a presença de empresas líderes que, em geral, fixam o preço a ser seguido pelas demais, chamadas de empresas satélites.⁸⁵

1.2.5 Monopólio

Os mercados monopolizados apresentam condições diametralmente opostas às dos mercados caracterizados pela concorrência perfeita. Pressupõem a existência de um único fornecedor que domina inteiramente a oferta, de um lado, e todos os consumidores, de outro. Não há, portanto, concorrência, nem tampouco produto substituto ou concorrente.⁸⁶

Nessa estrutura particular de mercado, percebe-se que, ao ser exclusiva, a empresa monopolista determina o preço de equilíbrio, de acordo com sua capacidade de produção: se ela aumentar a oferta, o preço diminuirá; se reduzir a oferta, o preço aumentará. Quando o preço for elevado, haverá uma queda relativamente pequena no consumo do bem ou do serviço, o que redundará em aumento da receita total da empresa (o aumento do preço supera proporcionalmente a queda no consumo). Contudo, isso não significa que o monopolista poderá aumentar os preços indefinidamente: se o preço se elevar em demasia, os consumidores tenderão a reduzir⁸⁷ seu consumo. Assim, quando não houver bens

⁸⁵ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

⁸⁶ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97.

⁸⁷ Desde que não se trate de um produto essencial, como seria o caso de medicamentos com patente vigente.

ou serviços concorrentes ou substitutos, a demanda de mercado tende a adormecer, tornando-se inelástica.⁸⁸

A existência de monopólios pressupõe a presença de barreiras que praticamente impedem a entrada de novas empresas. Essas barreiras à entrada podem advir das seguintes condições: monopólio natural, patentes e controle de matérias-primas básicas.⁸⁹

Destaca-se que, dada a existência de barreiras à entrada de novas empresas, os lucros extraordinários⁹⁰ devem persistir também no longo prazo em mercados monopolizados, diferentemente do que ocorre em situações de concorrência perfeita, quando no longo prazo haverá apenas lucros considerados ordinários.⁹¹

São diversas as fontes de ineficiência nos monopólios e em setores com concorrência imperfeita. Entre elas se destacam o nível de produto, que é restringido, a acomodação gerencial, a falta de disposição para a pesquisa e o comportamento que busca obter renda de monopólio. A seguir, serão verificadas as principais características dessas ineficiências.

Os monopolistas, assim como os agentes econômicos em um cenário de concorrência perfeita, estão em atividade para obter lucros produzindo os tipos de bens e serviços que os consumidores desejam. Mas os monopolistas podem obter lucros por meio de procedimentos que não estão disponíveis para as empresas atuantes em mercados competitivos. Uma das maneiras de fazer com que subam os preços é restringir o nível de produto. Os consumidores, ao adquirirem um bem ou contratarem um serviço de um fornecedor que ostente a condição de monopolista, revelam que estão em melhor situação do que estariam sem o produto – embora

⁸⁸ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97-98.

⁸⁹ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98.

⁹⁰ Outra fonte de ineficiência econômica em situações de monopólio é o fato de o monopolista aplicar recursos de modo improdutivo, ao dedicá-los à obtenção ou manutenção de sua posição de monopólio, na tentativa de impedir a entrada de novos *players*. Por fim, como os lucros recebidos pelo monopolista são chamados de renda de monopólio, denomina-se “busca de renda de monopólio” a tentativa de obter ou manter a renda existente alcançando ou mantendo uma posição de monopólio. STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 225.

⁹¹ VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 99.

estejam pagando mais por ele do que se o bem fosse produzido em um regime de efetiva competição.⁹²

O preço de um bem ou de um serviço, por definição, afere quanto um indivíduo está disposto a pagar por uma unidade extra de um bem ou de um serviço. Ele aponta, em outros termos, o benefício marginal de um bem para o consumidor. Em concorrência perfeita, o preço é igual ao custo marginal. Desse modo, em equilíbrio, o benefício marginal que uma unidade extra proporciona ao consumidor (o preço) é exatamente igual ao custo marginal para a empresa que produz aquela unidade. Para o monopolista, o benefício marginal de produzir uma unidade extra – ou seja, o preço que os consumidores estão dispostos a pagar por uma unidade extra – excede o custo marginal.⁹³

No que tange à acomodação gerencial, há que destacar que é inerente a toda empresa o objetivo de minimizar os custos, qualquer que seja a quantidade e a espécie de bens ou serviços que ela decida produzir ou oferecer. Na prática, porém, empresas que já estão obtendo lucros razoáveis sem alguma competição muitas vezes não têm incentivos para manter os custos em nível baixo, como seria desejável. Essa falta de eficiência administrativa quando as empresas ficam protegidas do risco da concorrência pode ser chamada de acomodação gerencial.⁹⁴

A competição motiva as empresas a desenvolver novos produtos e serviços e maneiras menos dispendiosas de produzi-los, fornecê-los. Um monopólio, ao contrário, permite a obtenção de lucros sem uma política de estímulo ao progresso tecnológico. As indústrias automobilística e siderúrgica estadunidenses, por exemplo, são com frequência acusadas de ineficiência devido à sua complacência tecnológica. No pós-guerra, essas indústrias tinham alcançado uma posição dominante no mundo, enquanto os parques industriais de inúmeros países europeus e do Japão estavam severamente comprometidos, quando não dizimados. Depois de lucros elevados durante muitos anos, elas perderam parcelas significativas de mercado nos anos 1970 e 1980, de modo que empresas automobilísticas e siderúrgicas estrangeiras puderam equiparar-se (e até mesmo superá-las) nos anos

⁹² STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 224.

⁹³ STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 224.

⁹⁴ STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 224-225.

1980, não só por pagarem salários mais baixos aos seus empregados, mas também porque seus avanços tecnológicos lhes permitiram desenvolver processos produtivos mais eficientes.⁹⁵

Mais recentemente tem-se constatado que empresas com poder de monopólio não apenas inovam menos do que fariam em um ambiente de competição, mas também se ocupam em bloquear inovações de rivais com potencial para reduzir seu poder de mercado. Mesmo que não tentem deliberadamente inibir atividades inovadoras de rivais potenciais, podem fazê-lo indiretamente, pois alguns dos insumos mais importantes ao processo de inovação são as próprias inovações anteriores. O monopolista, assim, reduz o incentivo às inovações subsequentes.⁹⁶

1.3 Fenômeno econômico da concentração de empresas

As concentrações podem ser classificadas, segundo a teoria econômica, em horizontais ou verticais, conforme se refiram a agentes econômicos envolvidos na mesma ou em diferentes etapas da cadeia produtiva. Podem, ainda, ser conglomeradas quando reúnem agentes econômicos atuantes em mercados que não apresentem relação com a cadeia produtiva.

A Lei 8.884/1994 não previu à autoridade de defesa da concorrência o exame da forma jurídica do ato – se se trata de uma fusão, de uma incorporação etc. Interessa, sim, verificar se o ato notificado é um ato de concentração e se esse ato integra poder econômico, isto é, se quem celebra esse ato são empresas que detêm, cada uma a seu turno, ou conjuntamente, poder que, mediante aquele ato, concentra-se⁹⁷. Quando o poder de duas ou mais empresas passa a estar em uma

⁹⁵ STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 225.

⁹⁶ STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 225.

⁹⁷ Ou seja, desloca-se para um mesmo centro.

delas apenas, ou seja, em um único centro decisório, ocorre a concentração do poder econômico.⁹⁸

Dessarte, o Direito Concorrencial interessa-se pela concentração à medida que lese a concorrência – e não pela mera agregação do capital, uma vez que poderá ocorrer concentração desacompanhada daquele atributo e, portanto, sem qualquer interesse para o Direito Concorrencial.⁹⁹

Nesse contexto, Carpena sugere a existência de um paradoxo, expresso de forma concreta na disciplina da concentração empresarial, que pode ser benéfica ao consumidor, à medida que permite a formação de economias de escala, e, ao mesmo tempo, pode prejudicá-lo, ao produzir efeitos deletérios, como diminuir ou mesmo eliminar a variedade de opções no mercado.¹⁰⁰

Verificar-se-á, a seguir, a classificação preponderante no que tange às concentrações, uma vez que a perspectiva econômica permite falar na existência de três formas: a horizontal, a vertical e a conglomerada.

1.3.1 Concentrações horizontais

As concentrações horizontais envolvem agentes econômicos que atuam no mesmo mercado relevante, estando, portanto, em direta relação de concorrência.¹⁰¹ O glossário da SEAE define esta forma de concentração como aquela “que envolve

⁹⁸ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

⁹⁹ PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 66.

¹⁰⁰ CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 251.

¹⁰¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 467.

agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em um determinado mercado relevante".¹⁰²

Desse modo, a concentração horizontal é a mais ameaçadora à livre concorrência, pois dela resulta a saída de um concorrente do mercado, aumentando seu grau de concentração.¹⁰³

Nesse contexto, Vaz lembra que, desde Adam Smith¹⁰⁴, defende-se a ideia de que uma pluralidade de agentes econômicos atuando no mercado só traria benefícios ao consumidor¹⁰⁵, uma vez que, do aumento do grau de concentração podem decorrer efeitos prejudiciais à concorrência. O mais citado é o aumento da facilidade para as empresas remanescentes no mercado adotarem um comportamento colusivo, dentro de uma estrutura oligopolizada. Além disso, da operação pode resultar a formação de uma agente líder de mercado, cuja posição dominante desestimule os concorrentes a praticar preços e políticas independentes.¹⁰⁶

Esses efeitos negativos da concentração ocorrem se o mercado envolvido já estiver relativamente concentrado, pois em mercados atomizados, formados por vários concorrentes de pequeno ou médio porte, a união de alguns deles acarretará efeitos mínimos à concorrência.¹⁰⁷

¹⁰² O glossário está disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 23 jan. 2011.

¹⁰³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

¹⁰⁴ Adam Smith é considerado o principal teórico do liberalismo econômico. Segundo ele, "ao buscar seu próprio interesse, o indivíduo frequentemente promove o interesse da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo". Defendendo o valor do interesse individual para garantir o interesse público, Smith criou, neste trecho de sua obra "A Riqueza das Nações", o conceito de "mão invisível do mercado", fundamental para a doutrina do liberalismo. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/biografias/adam-smith.jhtm>>. Acesso em: 22 jun. 2011.

¹⁰⁵ VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 12.

¹⁰⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

¹⁰⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47.

1.3.2 Concentrações verticais

A concentração vertical, de maior complexidade do que a horizontal, integra em uma mesma empresa ou em um conjunto de empresas interdependentes todas ou algumas fases da produção, desde a obtenção da matéria-prima até a comercialização do produto. Visa robustecer a eficácia das empresas e aumentar os lucros por meio de uma organização racional e disciplinada da produção. É conhecida por grupo, *holding* ou *trust* e caracteriza-se sobretudo pelo fato de a autonomia econômica das empresas concentradas desaparecer, permanecendo tão-somente a autonomia jurídica.¹⁰⁸

Segundo o glossário da SEAE, concentração (ou integração) vertical é a “concentração que envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços distintos e que fazem parte da mesma cadeia produtiva”.

1.3.3 Concentrações conglomeradas

As concentrações conglomeradas envolvem empresas que atuam em mercados relevantes apartados, sendo subdivididas, conforme seu escopo ou efeito, em concentrações: (i) de expansão de mercado (*market extension*), (ii) de expansão de produto (*product extension*) e (iii) de diversificação (ou pura). Ainda, de forma residual, são entendidas como conglomeradas as concentrações que não são verticais ou horizontais.¹⁰⁹

Operações de concentração que impliquem a aquisição, por uma empresa, de outra que, embora produzindo a mesma espécie de produto, atue em diverso mercado relevante geográfico, são denominadas “expansões de mercado”. Por sua

¹⁰⁸ CARREIRA, Henrique Medina. **Concentração de empresas e grupos de sociedades**: aspectos histórico-econômicos e jurídicos. Porto: Edições Asa, 1992, p. 18.

¹⁰⁹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 467-468.

vez, as concentrações que envolvem “expansão de produto” encerram a união de empresas produtoras de bens complementares por natureza.¹¹⁰

As concentrações conglomeradas puras envolvem a união de empresas cujos produtos não guardam qualquer relação de concorrência ou caráter de complementaridade.¹¹¹ A título de exemplo, caracterizaria esta espécie de concentração a aquisição de uma editora por uma empresa que explorasse a construção civil.

O glossário da SEAE conceitua a conglomeração como a concentração que “envolve agentes econômicos distintos, que ofertam produtos ou serviços distintos e que podem ou não ser complementares entre si”, mas que não integram a mesma cadeia produtiva. Genericamente, segundo o glossário da secretaria “uma conglomeração é saudável à competição, pois significa a ‘entrada’ de uma empresa em um determinado mercado de produto ou serviço”. No entanto, uma conglomeração pode ter efeitos nocivos à concorrência “quando houver complementariedade [sic] entre os produtos ou serviços envolvidos”.¹¹²

1.4 Considerações parciais

Este capítulo abordou o fenômeno da concentração de empresas, a partir do perfil da empresa e da concentração empresarial, analisando, sucintamente, as razões históricas que forjaram o fenômeno da concentração, além do seu tratamento pela legislação vigente.

¹¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 468.

¹¹¹ FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 468.

¹¹² O glossário está disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 23 jan. 2011.

Verificou-se que a concentração empresarial é um fenômeno caracterizado por operações societárias de aglomeração das mais variadas formas, cujos efeitos podem alterar significativamente a livre concorrência.

Os atos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, além daqueles previstos no § 3º do artigo 54, devem ser submetidos à apreciação do CADE, autoridade a quem cabe ponderar os ganhos e perdas de eficiência, para que o ato seja aprovado irrestritamente, com restrições ou simplesmente não seja aprovado.

Verificaram-se, ainda, as formas de estrutura de mercado e as formas de concentração de empresas, perpassados pela análise de alguns conceitos importantes para a compreensão do fenômeno da concentração, em ambos os aspectos jurídico e econômico – uma vez que na apreciação da distribuição dos benefícios para “os consumidores ou usuários finais”, o fenômeno da concentração será considerado em função da estrutura de mercado e da dinâmica competitiva.

Dessa forma, identificados os traços principais da concentração, o capítulo subsequente busca analisar o controle de atos concentracionistas segundo dispõe a Lei 8.884/1994, de modo que se possa verificar, no terceiro capítulo, se e como os interesses dos consumidores são considerados por meio da apreciação de atos de concentração realizada pelo SBDC.

2 CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Neste capítulo, relata-se o controle da concentração empresarial segundo a Lei de Defesa da Concorrência em vigor, hoje, no Brasil, Lei 8.884/1994, tal como estruturado por seus artigos 54, 55, 56 e 57.

2.1 Lei 8.884/1994

A Lei de Defesa da Concorrência inaugurou, a partir de sua promulgação, em 1994, a ideia de cultura da concorrência, uma vez que, como será visto, até então as iniciativas legislativas nessa matéria não atendiam às necessidades da economia nacional. Por isso, foi saudada como porta-voz de um controle estatal sobre as condutas e as estruturas que seria reconhecido, ao longo dos últimos anos, como importante para o crescimento econômico do país.

2.1.1 Evolução legislativa

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito da Concorrência desenvolveu-se¹¹³ de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular¹¹⁴, à tipificação como crime de

¹¹³ Segundo Oliveira, o caráter instrumental do direito da concorrência, no Brasil, presente desde as suas origens, sempre permitiu que a proteção do consumidor fosse compreendida como uma de suas finalidades. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, 2007, p. 169-181 p. 172.

¹¹⁴ O Decreto-lei 869/1938 criminalizava diversas condutas que atentavam contra a economia popular, conforme se depreende da leitura dos artigos 2º e 3º:
Art. 2º São crimes dessa natureza:

determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência¹¹⁵ e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional¹¹⁶. É necessário

I, destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II, abandonar ou fazer abandonar lavouras ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III, promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;

IV, reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços;

V, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência;

VI, provocar a alta ou baixa de preços, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VII, dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para o fim de subscrição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas;

VIII, exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

IX, gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X, fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a 1:000\$000, com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena: prisão celular de 2 a 10 anos e multa de 10:000\$000 a 50:000\$000.

Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego:

I, celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

II, transgredir tabelas oficiais de preços de mercadorias;

III, obter ou tentar obter ganhos ilícitos, em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas, mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo", etc.)

IV, violar contrato de venda a prestações, fraudando sorteios ou deixando de entregar a coisa vendida, sem devolução das prestações pagas, ou descontar destas, nas vendas com reserva de domínio, quando o contrato for rescindido por culpa do comprador, quantia maior do que a correspondente à depreciação do objeto;

V, fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena: prisão celular de 6 meses a 2 anos e multa de 2:00\$000 a 10:000\$000.

¹¹⁵ A Lei 1.521/1951 alterou dispositivos da legislação então vigente (Decreto-lei 869/1938) sobre crimes contra a economia popular.

¹¹⁶ O Decreto-lei 7.666/1945 estipulava uma série de atos considerados contrários à ordem econômica, como se infere do artigo 1º:

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;

destacar, nesse contexto, por sua importância histórica, o Decreto-lei 7.666/1945, conhecido como “Lei Malaia”, como lembra Ramos¹¹⁷, que definiu os atos contrários à economia nacional e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), o que permite afirmar que, a partir de 1945, já há um esboço de defesa da concorrência no Brasil.

Posteriormente, a Lei 4.137/1962 criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (também chamado CADE), cujo papel, até os anos 1990, foi considerado inexpressivo pela doutrina¹¹⁸, destacando-se, nessa fase, a opção estatal por exercer mero controle de preços.

Mesmo com essas previsões, considera-se que o primeiro diploma a contemplar a defesa da concorrência foi a Lei 4.137/1962, que previu o controle repressivo e, também, preventivo, dos atos de concentração econômica, como demonstra o artigo 74¹¹⁹, ao condicionar “a validade” dos “atos, ajustes, acordos ou

b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;

c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV – a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

¹¹⁷ RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.

¹¹⁸ Nesse sentido, Carpena e Forgioni: CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 110 e FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137.

¹¹⁹ A propósito, transcreve-se o artigo 74 da Lei 4.137/1962:

Art. 74: Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;

convenções” entre as empresas à aprovação e registro do CADE sempre que pudessem ocasionar alguma das hipóteses delineadas naquele artigo, como “padronizar a produção”, “estabilizar os preços”, entre outras.

Em 1991, o artigo 74 da lei em comento foi alterado¹²⁰ pela Lei 8.158/1991 e, após, sobreveio a Lei 8.884/1994, ainda vigente.

e) especializar a produção ou distribuição;

f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.

¹²⁰ Assim ficou redigido o artigo 74:

Art. 74: Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;

b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;

c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;

d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes

§ 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no " caput" , quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 2º Incluem-se nos atos de que trata o " caput" , aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

§ 3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados

Foi a partir da década de 1990, marcada pelo final da fase de transição democrática e caracterizada pelo domínio do discurso neoliberal, que se percebe ter havido uma (re)construção do Direito da Concorrência em âmbito nacional. Diversas empresas estatais com atuação nos setores siderúrgico, petroquímico, de telecomunicações e eletricidade, por exemplo, foram privatizadas, como previsto no Programa Nacional de Desestatização. É neste contexto que a atual Lei de Defesa da Concorrência, Lei 8.884/1994¹²¹, foi promulgada.

Entretanto, é necessário recordar que a Câmara dos Deputados aprovou, no final de 2008, o projeto de lei 3.937/2004, destinado a substituir a Lei 8.884/1994 como diploma que disciplina a defesa da concorrência no Brasil. No Senado, o projeto foi recebido como projeto de lei da Câmara dos Deputados 6/2009, tendo sido aprovado, com emendas, no final de 2010. O projeto, reapreciado na Câmara dos Deputados, foi aprovado em 05.10.2011 e, por ora, aguarda sanção presidencial.

Como já mencionado na introdução deste estudo, a nova lei, que substitui integralmente a Lei 8.884/1994, se sancionada, entrará em vigor 180 dias após a sua publicação.

§ 4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§ 5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§ 6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência.

¹²¹ Privilegiando a proteção administrativa, apesar de haver uma “significativa interface da tutela administrativa com a tutela jurisdicional”, segundo Pfeiffer. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, p.11-39, jan./mar. 2004, p. 11.

2.1.2 Estrutura do SBDC

O SBDC é um sistema formado pelos três entes encarregados da defesa da concorrência no País: a Secretaria de Defesa Econômica (SDE), do Ministério da Justiça, a SEAE, do Ministério da Fazenda, e o CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça. A SEAE e a SDE possuem função analítica e investigativa e são responsáveis pela instrução dos processos administrativos e formulação de pareceres, ao passo que o CADE, como tribunal administrativo, é a instância julgante do Sistema.¹²²

A atuação do SBDC, orientada, como visto, pela Lei 8.884/1994, realiza-se por meio das modalidades preventiva, repressiva e educativa.

A ação preventiva realiza-se por meio da análise das operações de concentração (fusões, incorporações de empresas etc.) e cooperação econômica (*joint ventures*, por exemplo). Essas operações devem ser notificadas ao SBDC em até 15 dias úteis da realização da operação, uma vez preenchidos os requisitos previstos no artigo 54 da Lei 8.884/1994.

A ação repressiva, por sua vez, efetua-se por meio da investigação e punição de condutas anticompetitivas. São exemplos de práticas lesivas à concorrência, como verificado, o cartel e as práticas abusivas de empresas dominantes (acordos de exclusividade, vendas casadas, preços predatórios, entre outras).

Por fim, a ação educativa ocorre por meio da difusão da cultura da concorrência. O SBDC promove seminários, palestras, cursos, programas de intercâmbio (como o PinCADE), publicações etc. a fim de difundir o conhecimento da concorrência.

¹²² Conforme informações disponibilizadas pelo próprio CADE, exemplificando sua ação “educativa”. CADE. **Guia prático do CADE**: a defesa da concorrência no Brasil. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007, p. 13.

A SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), instrui processos administrativos relacionados a condutas anticompetitivas e a atos de concentração, enviando seus pareceres, não vinculantes, ao CADE.

Além de atuar na defesa da concorrência, a SDE, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), é responsável por coordenar a Política Nacional de Defesa do Consumidor. Neste contexto, destaca-se que é crescente a interação¹²³ entre as autoridades de defesa da concorrência e aquelas voltadas para a defesa do consumidor.

Atua, ainda, como Secretaria Executiva do Conselho Gestor do Fundo de Direitos Difusos (CFDD), que tem por finalidade a aprovação de projetos destinados a reparar direitos difusos¹²⁴ lesados.

As multas decorrentes de condenações por práticas anticompetitivas e contribuições pecuniárias previstas em Termos de Compromisso de Cessação (TCC) são destinadas ao fundo.

Já a SEAE emite pareceres não vinculativos sobre os atos de concentração empresarial apresentados ao SBDC e atua em processos administrativos relativos a condutas anticompetitivas. O órgão também atua na promoção da concorrência junto a outros órgãos públicos, principalmente no que tange a setores regulados por agências específicas.

Entre suas atribuições está a de assegurar a defesa da ordem econômica, em articulação com os demais entes encarregados de garantir a defesa da concorrência. A SEAE atua no controle de estruturas de mercado, emitindo pareceres econômicos relativos a operações de concentração. Realiza, também, análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos e realizando investigações, em face de indícios de infração à ordem econômica.

¹²³ Nesse sentido, cita-se a publicação da Portaria SDE/CADE 58/2009 que estabelece mecanismos de atuação integrada entre a SDE, por meio do DPDC, e o CADE para a criação do cadastro nacional de infrações à ordem econômica.

¹²⁴ Considerados direitos de solidariedade, os direitos difusos não são específicos de uma pessoa ou grupo de indivíduos, mas de toda a sociedade.

Segundo o artigo 3º da Lei 8.884/1994, o CADE, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com sede no Distrito Federal, tem jurisdição em todo o território nacional.

A ele compete julgar, em última instância na esfera administrativa, os processos administrativos instruídos pela SDE e pela SEAE. Além disso, o CADE tem o papel de difundir a cultura da concorrência junto à sociedade civil e a outros entes da Administração Pública.

Seu Plenário é composto por um presidente e outros seis conselheiros, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado. Além disso, o mandato do presidente e dos conselheiros é de dois anos, permitida uma recondução. No que tange ao controle dos atos de concentração, o papel do CADE destaca-se, cabendo-lhe exclusivamente o procedimento decisório. Ambas a SDE e a SEAE desempenham atividade auxiliar, opinativa, durante a fase instrutória do procedimento, fornecendo os pareceres técnicos previstos na Lei 8.884/1994.¹²⁵

A estrutura do Sistema sofre críticas à medida que a diversidade de entes¹²⁶ que o compõe ocasiona morosidade na conclusão dos casos que lhe são submetidos e, muitas vezes, sobreposição de atribuições¹²⁷.

¹²⁵ Andrade recorda que essa questão foi discutida no julgamento do Ato de Concentração 0028/1995 (caso Nalco/Exxon Energy Chemicals). O então secretário da SDE determinou o arquivamento do processo, tendo posteriormente alterado a sua decisão prévia, para apresentar uma sugestão de arquivamento. ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002, p. 307.

¹²⁶ Há um autor estadunidense, Douglas North, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1993, que é considerado um dos pais do chamado neoinstitucionalismo, uma das vertentes da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), para quem o desenvolvimento econômico não é uma decorrência de incrementos populacionais, avanços tecnológicos e outros fatores usualmente apontados pelos economistas. Esses seriam símbolos do próprio desenvolvimento econômico, que dependeria, em grande medida, das instituições do país considerado. Tanto que, ao ser indagado, por ocasião do recebimento do Prêmio Nobel, como resumiria sua teoria, afirmou: *institutions matter* – em português, “instituições importam” (tradução nossa). LOPES, Simone Anacleto. Projeto de Lei Geral de Transação em matéria tributária: análise das consequências políticas e econômicas. **Tributação em Revista**, Brasília: Sindifisco Nacional, n. 56, jan./jun. 2010, p. 33-40, p. 39. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/Artigo%20Simone%20Anacleto%20-%20Revista%20Sindifisco%20Nacional.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

¹²⁷ Destaca-se que esses são alguns dos aspectos que o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional pretende corrigir à medida que prevê a reorganização do SBDC, com a criação de um “novo CADE”, que será responsável pela instrução, análise e julgamento dos atos de concentração, extinguindo-se as secretarias como as conhecemos hoje.

Essa delonga é mesmo repreensível, uma vez que, da perspectiva preventiva, o vagar na análise de atos de concentração onera as empresas envolvidas nas operações que são notificadas ao Sistema, gerando um ambiente de incerteza (jurídica, econômica etc.), bem como permite que se alegue, em favor dos agentes, a consolidação da concentração de empresas pela aplicação da “teoria do fato consumado”, dado o longo lapso temporal decorrido entre a notificação da concentração e o seu julgamento pelo CADE.

Da perspectiva repressiva, o atraso na conclusão de investigações, por exemplo, permite a continuidade de práticas ilícitas, o que pode trazer prejuízos incalculáveis à sociedade.¹²⁸

As decisões do CADE são, naturalmente, passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (princípio da inafastabilidade da jurisdição, constitucionalmente assegurado).

2.1.3 Controle repressivo *versus* preventivo

A legislação concorrencial brasileira tutela tanto o aspecto preventivo¹²⁹ da formação de estruturas concentradas de poder econômico quanto o aspecto repressivo, consubstanciado na repressão aos abusos contra a ordem econômica.

O aspecto preventivo do Direito Concorrencial pode ser representado pelo axioma *prius antidotum quam venenum* (primeiro se dá o antídoto, depois o veneno). Aqui, a atuação da autoridade administrativa visa evitar o estabelecimento de estruturas (daí o nome “controle estrutural”) passíveis de comprometer a saúde do ambiente concorrencial, isto é, ela oferece, em primeiro lugar, o “antídoto”. Se este não for utilizado, ou não demonstrar eficácia, então a autoridade poderá “prescrever

¹²⁸ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 21.

¹²⁹ A face preventiva do controle é, com frequência, confundida com o controle prévio, anterior à concretização da concentração que é notificada ao sistema.

o veneno”, consubstanciado em penas impostas àqueles *players* infratores, por haverem cometido infração à ordem econômica (perfazendo o “controle das condutas”).

Portanto, a legislação, ao impor o dever de submissão de determinadas operações de concentração empresarial à análise da autoridade de defesa da concorrência, pretende prevenir que ocorram futuramente danos à concorrência, objeto de controle repressivo, que envolvem condutas – e não mais estruturas.

O controle preventivo, das estruturas, consiste em um procedimento em que se analisa teoricamente a estrutura do mercado envolvido antes e após a concentração notificada ao SBDC e a potencial (re)configuração do mercado a partir da concentração empresarial, a fim de verificar se o ato cria ou reforça posição dominante no mercado.¹³⁰

Apesar disso, Vaz nota que o papel preventivo das autoridades de defesa da concorrência vem sendo mitigado diante da tendência mundial de concentração empresarial, motivada pela urgência que os países têm de fortalecer suas empresas, seus parques industriais – o que leva à substituição do papel preventivo pelo repressivo.¹³¹

A outra vertente da análise concorrencial, chamada repressiva, está na averiguação e repressão de condutas anticompetitivas, entre as quais se incluem cartéis¹³², vendas casadas¹³³, preços predatórios¹³⁴ etc. A definição de infração à ordem econômica está contida no artigo 20 da Lei 8.884/1994, como se infere:

¹³⁰ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 19.

¹³¹ VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-231, p. 222.

¹³² Segundo a definição do glossário da SEAE, a prática de cartel envolve acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis "clássicos", por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, esta conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 15 maio 2011.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Já o artigo 21 da Lei 8.884/1994 apresenta uma lista exemplificativa (*numerus apertus*, portanto) de condutas que, se configurarem hipótese prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica (a exemplo das hipóteses de venda casada, recusa de venda, elevação de preço sem justa causa, entre outras).

Como lembra Pfeiffer, é possível que uma mesma conduta seja considerada infração à ordem econômica e prática abusiva, como previsto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC), caso os pressupostos específicos de cada uma estejam presentes, sem haver *bis in idem*, uma vez que são distintas as esferas tuteladas e diversos os fundamentos para lastrear a tipificação. A título exemplificativo, uma venda casada praticada por um agente econômico com poder

¹³³ Segundo define a SEAE, em seu glossário, venda casada é a prática comercial que consiste em vender determinado produto ou serviço somente se o comprador estiver disposto a adquirir outro produto ou serviço da mesma empresa. Em geral, o primeiro produto é algo sem similar no mercado, enquanto o segundo é um produto com numerosos concorrentes, de igual ou melhor qualidade. Dessa forma, a empresa consegue estender o monopólio (existente em relação ao primeiro produto) a um produto com vários similares. A mesma prática pode ser adotada na venda de produtos com grande procura, condicionada à venda de outros de demanda inferior. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 15 maio 2011.

¹³⁴ Segundo preceitua o glossário da SEAE, preços predatórios envolvem a situação em que uma firma reduz o preço de venda de seu produto, incorrendo em perdas no curto prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, ou possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo. Em muitas definições existentes na literatura microeconômica, a firma reduz o preço de seu produto abaixo de alguma medida de custo, como por exemplo, o custo marginal. Em mercados em que as firmas são idênticas (isto é, igualmente eficientes, com custos marginais parecidos), a prática de preços predatórios não é uma estratégia que deverá ser adotada, pois a "firma predatória" não terá certeza se as outras realmente sairão do mercado. Já em mercados em que as firmas não são idênticas, a mais eficiente poderá ter incentivo em abaixar preço, fixando-o entre (ou até) o custo marginal dela (mais baixo) e o das outras (mais altos), pois ela terá, no máximo, lucro zero no curto prazo, enquanto as outras, se a seguirem, poderão ter grandes prejuízos. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/glossarios>. Acesso em: 15 maio 2011.

de mercado é um ato ilícito que infringe, concomitantemente, o Direito do Consumidor e o da Concorrência.¹³⁵

O sistema brasileiro, como sintetiza Buchain, permite a inserção de elementos justificadores de determinados atos e condutas que, *a priori*, são qualificados como anticoncorrenciais.¹³⁶ Desse modo, inobstante o fato de a Lei de Defesa da Concorrência definir e reprimir as infrações à ordem econômica, há práticas que, embora restritivas da concorrência, ou seja, ainda que possam ser caracterizadas como infrações à ordem econômica, conforme dispõe o artigo 20 da lei em análise, são toleradas¹³⁷ por apresentarem eficiências compensatórias, como será visto nos próximos itens.

2.1.4 Controle anterior *versus* posterior

Os atos de concentração econômica deverão ser apresentados ao exame do SBDC de forma prévia (controle *ex ante*) ou no prazo máximo de 15 dias úteis da sua realização (controle *ex post*), mediante encaminhamento da documentação em três vias à SDE, que por sua vez envia uma via à SEAE e outra ao CADE, sob pena de multa pecuniária e sem prejuízo da instauração de processo administrativo, como prevê o § 5º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, regulamentado pelo artigo 96 da Resolução 45/1997 do CADE¹³⁸.

¹³⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-15, p. 138 e 145.

¹³⁶ BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p. 39.

¹³⁷ Nas palavras de Forgioni, está-se diante das “válvulas de escape”, que seriam meios técnicos, próprios da Lei Antitruste, “que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas”. FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 202.

¹³⁸ Dispõe o artigo 96 da Resolução 45/1997 do CADE:
Art. 96 - O requerimento de aprovação dos atos a que se refere o art. 54 da Lei n. 8.884/94, deverá ser protocolado na Secretaria de Direito Econômico, em 03 (três) vias de idêntico teor, instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do procedimento, conforme previsão regimental, além do comprovante de recolhimento da taxa processual prevista na Lei n. 9.781/99.

Como se vê, o controle *a posteriori* não é uma imposição da norma brasileira, que previu a possibilidade de notificação prévia do ato ao SBDC – ainda que desde a sua realização o ato possa produza efeitos¹³⁹.

Entretanto, esta não é a escolha dos agentes econômicos, que em regra decidem notificar o ato após a sua celebração, muito provavelmente considerando a “teoria do fato consumado”, o que os faz apelar para o problema da segurança jurídica¹⁴⁰ das relações econômicas face ao tempo de análise da operação pelos entes do SBDC e, assim, imaginar que haveria mais chances de uma chancela do que de uma reprovação da concentração pela autoridade de defesa da concorrência.

O controle das concentrações de empresas, que é uma espécie de *rating*, de classificação dos riscos envolvidos na operação apresentada, parte de um pressuposto simples, que pode ser expresso no provérbio “prevenir é melhor do que remediar” – segundo o qual é mais complicado encontrar meios capazes de recriar o ambiente anterior à concentração e de compensar os eventuais prejuízos causados à concorrência e às partes interessadas, competidores e consumidores, do que

§ 1º O requerimento será apresentado, sempre que possível, em conjunto:

I – nas aquisições de controle, pelo adquirente e pela empresa-objeto;

II – nas fusões, pelas sociedades que se fusionam;

III – e nos demais casos, pelas partes contratantes.

§ 2º Os requerentes poderão solicitar a autuação de informações e documentos em autos apartados, visando a preservar confidencialidade em relação ao outro requerente, observados os preceitos dos arts. 44 e seguintes deste Regulamento.

§ 3º Ao final do requerimento, bem como ao de toda e qualquer petição, deverão as requerentes declarar, sob as penas da lei, serem verdadeiras as informações prestadas e autênticos os documentos fornecidos.

§ 4º A falta ou o descumprimento dos requisitos previstos no caput deste artigo, bem como do artigo subsequente, poderá acarretar o não conhecimento do procedimento pelo Plenário do CADE.

¹³⁹ Um vez que, conforme dispõe o artigo 54, § 7º da Lei 8.884/1994, “a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados”. E, segundo o § 9º daquele artigo, “se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão desociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

¹⁴⁰ Fradera observa que o Direito da Concorrência tem como um de seus objetivos equilibrar a eficiência econômica e a segurança jurídica das empresas, realizável mediante a edição de normas estáveis e precisas. FRADERA, Véra Jacob de. A integração europeia e o mercosul: confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 1999, p. 86-95, p. 88.

realizar um controle anterior à concentração. Embora esse pressuposto pertença ao senso comum e seja mesmo intuitivo, é difícil contestá-lo, uma vez que enseja o princípio da prevenção¹⁴¹ e, em última análise, até mesmo o da precaução, tão conhecido no Direito Ambiental.

A análise posterior, prevista na Lei de Defesa da Concorrência vigente, provoca inegável incerteza jurídica, uma vez que as partes envolvidas, após realizarem a operação de concentração, têm de aguardar a decisão administrativa (que deverá ocorrer em até 120 dias, conforme prevê o § 6º do artigo 54 da Lei 8.884/1994).

Esse, entretanto, não é o caminho eleito pela nova lei que deve substituir a Lei 8.884/1994. De acordo com o texto recentemente aprovado pelo Congresso Nacional, haverá a realização de controle apenas prévio (anterior) das concentrações empresariais, de forma que o negócio jurídico realizado não produza qualquer feito até a aprovação do CADE.

De acordo com o texto aprovado no Congresso Nacional, o CADE terá até 240 dias para emitir parecer sobre a operação de concentração econômica apresentada, “a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. Este prazo poderá ser prorrogado por mais 60 ou 90 dias, por requisição das partes envolvidas, no primeiro caso, ou por necessidade fundamentada demonstrada pela autarquia, no segundo caso. Esse novo modelo prevê, ainda, que os negócios jurídicos que resultem em concentrações notificáveis ao Sistema terão eficácia suspensiva, até a prolação de decisão administrativa.

No que tange ao momento considerado paradigma para determinar o início do prazo de 15 dias úteis, em que o ato de concentração celebrado deverá ser notificado (se não o foi previamente), sob pena de haver sanção administrativa,

¹⁴¹ Segundo Pfeiffer, “o fim precípua da tutela de todos os interesses de ordem difusa e coletiva é a prevenção”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39, p. 20.

colaciona-se, a seguir, ementa¹⁴² de recente acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo julgamento teve como relator o Ministro Herman Benjamin:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE MULTA PELO PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. OPERAÇÃO DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTOS. TERMO INICIAL. DATA DA EFETIVAÇÃO DO ATO JURÍDICO COM EFICÁCIA VINCULATIVA. ART. 54 DA LEI 8.884/1994 E ART. 2º DA RESOLUÇÃO 15/1998 DO CADE. PODER REGULAMENTAR DA AUTARQUIA.

1. Cuidam os autos de Mandado de Segurança impetrado contra ato do Presidente do Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, em razão de multa imposta em acórdão proferido pelo Plenário do órgão no Ato de Concentração 08012.005572/99-99.
2. Discute-se a legalidade da sanção aplicada pelo Cade nos termos da Lei Antitruste. O órgão adotou a medida por considerar que a comunicação do ato de concentração ocorrera tardiamente.
3. Conforme disposição do art. 54 da Lei 8.884/1994, com vista à defesa da concorrência, os atos que importem concentração econômica deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE – Secretaria de Direito Econômico, que imediatamente enviará uma delas ao Cade e outra à Seae.
4. O Cade, em virtude de suas atribuições institucionais, deve examinar os atos que possam limitar ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.¹⁴³
5. O sentido do art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994 é prevenir efeitos prejudiciais à livre concorrência advindos de operações que possam resultar em concentração de mercado. O prazo estipulado no dispositivo legal decorre da necessidade de análise das operações em tempo hábil.
6. Com base no Poder Regulamentar, o termo inicial para a apresentação desses atos foi definido pela Resolução 15/1998 do Cade, que prevê, em seu art. 2º, que "o momento da realização da operação, para os termos do cumprimento dos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei 8.884/94, será definido a partir do primeiro documento vinculativo firmado entre as requerentes, salvo quando alteração nas relações de concorrência entre as requerentes ou entre pelo menos uma delas e terceiro agente ocorrer em momento diverso".
7. O STJ tem entendimento segundo o qual os arts. 7º, XIX, e 51 da Lei 8.884/1994 autorizam a edição desse tipo de ato pelo Cade, em observância ao seu poder regulamentar. O art. 2.º da Resolução interpretou o termo "realização", inserto no art. 54, § 4º, da Lei 8.884/1994, como "o primeiro documento vinculativo entre as requerentes". Inexiste, dessa forma, criação de novo prazo.

¹⁴² REsp 615628/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08 jun. 2010, DJe 04 maio 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=10683604&sReg=200302159793&sData=20110504&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 23 maio 2011.

8. Além do mais, a Resolução era de todo desnecessária. Na sua ausência, o Judiciário ainda seria chamado a interpretar as expressões “atos, sob qualquer forma manifestados” e “de sua realização”, constantes originalmente do texto da Lei da Concorrência, não havendo o intérprete de fazê-lo de modo diverso, em virtude da razoabilidade da disposição.

9. Mais do que agente de *repressão*, o Cade é órgão de *prevenção* de abusos anticoncorrenciais. Na selva do mercado, como na vida em geral, prevenir danos à concorrência e ao consumidor é melhor, mais barato e eficiente do que remediar.

10. *In casu*, a recorrida adquiriu a Divisão de Turbinas a Gás Industriais de Grande Porte – *Heavy Duty* – da empresa Alstom France/SA, em 23.3.1999, e somente comunicou o ato de concentração em 25.6.1999.

11. No que se refere à aplicabilidade do *caput* do art. 2º da Lei 8.884/1994, o Tribunal de origem desconsiderou a informação contida no acórdão do Cade proferido no Ato de Concentração 08012.005572/99-99, que consignou: a) "as duas empresas (General Electric Company e Alstom France S/A) atuam no mercado de turbinas a gás de grande porte através de exportações"; e b) "participam com vendas no mercado brasileiro entre 8% e 9% cada uma" (fl. 219, e-STJ).

12. De acordo com o Estudo de Viabilidade encomendado pelo Centro Técnico Aeroespacial do Ministério da Defesa Nacional, realizado em 2003 pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV/EASP, o mercado mundial de turbinas a gás de grande porte é dominado por quatro grandes empresas: General Electric, Siemens-Westinghouse, Alstom e Mitsubishi.

13. A participação das empresas que promoveram o ato de concentração ora analisado era, em 2003, de 40% para a GE e 15% para a Alstom. Dessa maneira, inegável o fato de que a fusão das empresas é ato de concentração que poderia repercutir no Brasil.

14. Recurso Especial provido para denegar a ordem.

Como se infere, o STJ apresenta mais um precedente que reforça o poder regulamentar do CADE, que definiu, por meio da sua Resolução 15/1998¹⁴⁴, o momento da realização da operação concentracionista, para fins de verificação do cumprimento do prazo estabelecido nos §§ 4º e 5º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, como aquele em que há o primeiro documento vinculativo entre as partes requerentes, notificantes do ato ao SBDC.

¹⁴⁴ Disponível

em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>. Acesso em: 16 out. 2011.

Nota-se, entretanto, que a Resolução 15/1998, apesar de citada pelo STJ, foi integralmente revogada pela Resolução 45/2007¹⁴⁵, que prevê, seu artigo 98, que “considerar-se-á como o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo”.

2.1.5 Âmbito de aplicação

O âmbito de aplicação da Lei 8.884/1994 está delimitado, sem prejuízo de convenções e tratados de que o Brasil seja signatário, às práticas cometidas no território nacional ou em que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Com efeito, o local onde o ato ou contrato foi celebrado é irrelevante. Interessa apenas apurar se seus efeitos têm ou terão repercussão no território nacional.

Para que seja mantida a efetividade das decisões do CADE, a Lei 8.884/1994 dispõe ainda que se reputa situada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

Segundo o § 2º do artigo 2º, a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. Dessa forma, a empresa estrangeira que possuir no Brasil uma daquelas entidades, deverá estar ciente de que esta será considerada dotada de capacidade para responder pelos eventuais ilícitos que forem praticados pela empresa-mãe.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n005/Resolucao45.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2011.

¹⁴⁶ VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 263-274, p. 268-269.

Observa-se, portanto, que o legislador tentou evitar qualquer possibilidade de afastar a incidência da norma brasileira, atendendo, segundo Vaz, ao princípio da soberania nacional, previsto no artigo 170, I da CF/88.¹⁴⁷

2.2 Modelo de controle da Lei 8.884/1994

Com as definições envolvendo o fenômeno da concentração, vistas no primeiro capítulo, e aquelas relativas ao momento e à forma dos controles realizados pelo Sistema, analisadas nos últimos tópicos, verifica-se, aqui, o modelo de controle previsto pela Lei 8.884/1994, a partir do exame da acepção do termo “controle.”

Segundo Comparato, a palavra “controle” é um neologismo na língua portuguesa. Com origem na língua francesa, sofreu, entre nós, nítida influência da língua inglesa. Estas duas influências levaram-na a significar “vigilância, verificação, fiscalização” e, também, “ato ou poder de dominar, regular, guiar e restringir”.¹⁴⁸

Nesse sentido, por influência da língua inglesa, a palavra “controle” tem sido utilizada em nossa legislação em ambas as acepções: como “dominação” ou, ainda, como “disciplina”, como “regulação”. Diante disso, no que tange ao “controle de atos e contratos” previsto na Lei 8.884/1994, pode-se afirmar que “controle” significa “fiscalização, regulação, disciplina”¹⁴⁹ da concentração que possa “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”.

A concentração pode, ao diminuir o número de participantes no mercado, facilitar a adoção de condutas anticompetitivas (como aumento de preços, redução da qualidade, diminuição das inovações), assim como, à medida que proporcione

¹⁴⁷ VAZ, Isabel. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 263-274, p. 268-269.

¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1983, p. 14.

¹⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1983, p. 14.

vantagens competitivas para as empresas participantes (como ganhos de escala e redução dos custos de transação), pode também aumentar o bem-estar econômico-social,¹⁵⁰ hipótese que permite a aprovação do ato concentracionista, atendendo ao princípio da razoabilidade.

Como se percebe, não é possível definir, em princípio, se as concentrações afetam positiva ou negativamente o bem-estar econômico-social. Para saber quais os efeitos de uma concentração, é necessária a análise específica de cada caso, conforme suas peculiaridades.

A compreensão de que as operações de concentração envolvem potencialmente efeitos negativos e positivos e que, por isso, não podem ser *per se*¹⁵¹ aprovadas ou reprovadas, encontra-se consagrada na Lei de Defesa da Concorrência, que exige uma ponderação das eficiências de cada ato, nos termos dos §§1º e 2º do artigo 54.¹⁵²

Se, por um lado, o exercício do poder de mercado (decorrente da concentração) pode reduzir o bem-estar econômico-social, os eventuais incrementos de produtividade, acompanhados de diminuição de preços, melhorias na qualidade, maior diversidade de produtos e serviços, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento desse bem-estar pelas vantagens obtidas a partir da concentração e que devem ser partilhadas com os “consumidores ou usuários finais”.

Com efeito, de acordo com o Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal (Guia)¹⁵³, que apresenta orientações específicas¹⁵⁴ para as concentrações horizontais, consideradas mais problemáticas do que as demais, a SDE e a SEAE utilizam como critério básico para a emissão de um parecer favorável

¹⁵⁰ Item 11 do Guia.

¹⁵¹ Fonseca observa que a doutrina estadunidense do *illicitum per se* foi questionada sob o pressuposto de que nem todo monopólio, nem todo ato de concentração econômica é prejudicial para a sociedade. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 04, n. 05, 1997, p. 05-34, p. 08.

¹⁵² Item 12 do Guia.

¹⁵³ Portaria Conjunta SDE/SEAE 50/2001.

¹⁵⁴ Nos EUA, o FTC adotou as *Horizontal Merger Guidelines*. Já no Direito da UE, vigoram, desde 2004, as Orientações relativas às concentrações horizontais.

que os atos de concentração econômica tenham um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico-social.¹⁵⁵

Segundo o item 14 do Guia, geram um efeito líquido não-negativo as concentrações:

- i. que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado;
- ii. ou que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; e
- iii. ou que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.¹⁵⁶

O procedimento adotado pelas secretarias não apresenta caráter vinculante, como destaca o próprio Guia. Por economia processual, elas poderão não aplicá-lo nas operações que não tragam impacto real sobre a concorrência, aplicando-se, nesses casos, um rito sumário¹⁵⁷ de análise.

¹⁵⁵ Item 13 do Guia.

¹⁵⁶ Item 14 do Guia.

¹⁵⁷ De acordo com o artigo 6º da Portaria Conjunta SDE/SEAE 01/2003, o procedimento sumário poderá ser aplicado “às seguintes categorias de operação:

I - franquias: operações envolvendo a compra de franquias por seus franqueadores, desde que não haja alteração do controle das decisões mercadologicamente relevantes;

II - joint-ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente a participação em um novo mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

III - reestruturações societárias no mesmo grupo sem alteração de controle: as reestruturações societárias efetuadas dentro de um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, desde que não se verifique alteração do controle das decisões mercadologicamente relevantes;

IV - entrada no Brasil: aquisição do controle acionário de empresa localizada no território nacional, desde que a(s) empresa(s) adquirente(s) ou o(s) grupo(s) adquirente(s) não exerça(m) atividades no território brasileiro ou tais atividades sejam mínimas;

V - aquisição de empresas fora do país: aquisição do controle acionário de empresa que não exerça quaisquer atividades no território nacional ou, caso exerça, quando tais atividades forem mínimas;

VI - substituição de agente econômico: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados no qual atuava a adquirida ou seu grupo;

VII - baixa participação de mercado: as situações em que a operação gerar o controle de parcela de mercado indubitavelmente baixa, a critério das Secretarias, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

Como visto, segundo o Guia, a avaliação de uma operação de concentração empresarial envolve a análise de seu impacto sobre o mercado envolvido para determinar em que medida a operação concentracionista pode diminuir o grau de concorrência ali existente. Para a determinação do impacto de um ato de concentração sobre o mercado é fundamental sua delimitação, ou seja, a indicação do mercado relevante, avaliando-se os seguintes fatores: existência ou criação de barreiras à entrada de novos concorrentes, dinâmica da concorrência naquele mercado relevante, concorrência potencial – o que permite verificar os impactos jurídico, econômico, social, além de outros, causados pela concentração.

O procedimento adotado pela SEAE e pela SDE para a análise das concentrações consta de cinco etapas principais, a saber:

- i. Etapa I: definição do mercado relevante;
- ii. Etapa II: determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subsequentes;
- iii. Etapa III: exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV;
- iv. Etapa IV: exame das eficiências econômicas gerados pelo ato; e
- v. Etapa V: avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos

VIII - substituição de agente econômico em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja baixa: as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participavam, antes do ato, do mercado envolvido, e em que a participação nos mercados verticalmente relacionados seja indubitavelmente insignificante, a critério das Secretarias;

IX - outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério das Secretarias, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.”

custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.¹⁵⁸

Cumpridas todas as etapas de avaliação do ato pelas secretarias, que emitem pareceres, o CADE poderá (i) aprovar, (ii) aprovar com restrições, hipótese esta em que a autoridade estabelece restrições, visto que a operação pode ocasionar efeitos indesejáveis à concorrência ou, por fim, (iii) não aprovar a operação concentracionista submetida à sua apreciação. Quando da adoção de restrições, a autoridade utiliza, em regra, duas espécies, quais sejam: restrições comportamentais e estruturais, que serão vistas a seguir.

As restrições comportamentais envolvem obrigações de fazer ou de deixar de fazer algo. Assim, por exemplo, a autoridade poderá estabelecer como condição de aprovação da operação que os notificantes do ato alterem determinado contrato que possuem, como, por exemplo, determinado contrato de exclusividade.

Já as restrições estruturais são, segundo o Guia, aquelas que visam restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros.¹⁵⁹ Podem ser identificadas, por exemplo, quando se mostrar necessária a alienação de ativos, consubstanciada em uma planta industrial, em uma propriedade intelectual etc.

2.2.1 Critérios genéricos expostos no *caput* do artigo 54

Após um período em que as concentrações empresariais, apesar de objeto de controle pela autoridade de defesa da concorrência, conforme previa o artigo 74 da Lei 4.137/1962, detinham, contraditoriamente, apoio estatal¹⁶⁰ (velado ou mesmo

¹⁵⁸ Item 25 do Guia.

¹⁵⁹ Item 90 do Guia.

¹⁶⁰ Salomão Filho destaca que a “concentração econômica foi sempre sinônimo de desenvolvimento no país. Sempre houve a crença de que para que o país se desenvolvesse seria preciso concentrar o sistema econômico”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 128.

explícito), como já mencionado na introdução deste estudo, percebe-se ter havido, no Brasil, uma mudança no tratamento dessas operações a partir da promulgação da Lei 8.884/1994.

Essa lei, como visto, ao cuidar das formas de controle de atos e contratos¹⁶¹, estabeleceu que quaisquer atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, têm de ser submetidos à apreciação do CADE.

Essas condições são genéricas. Na primeira (“limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”) verifica-se um cenário de restrições, de inoperabilidade, de modo que, uma vez limitada, a concorrência não poderá transpor determinados limites. Já na segunda (“resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”) há como resultado uma arquitetura de poder que simplesmente é dominante, como define a lei, de forma que impossibilita o acesso a determinado mercado relevante por outros *players*.

Como o agente econômico que domina determinado mercado relevante detém invariavelmente poder econômico, sua vontade prevalece, e ele dispõe de condições para (i) agir independentemente de seus concorrentes, (ii) comandar preços (agindo como *price maker*) e (iii) excluir competidores.

Verifica-se, pois, que a Lei de Defesa da Concorrência apresenta, no que tange ao controle de atos de concentração empresarial, uma hipótese de incidência ampla, o que possibilita a sua aplicação a diferentes casos, pouco importando sua forma ou *nomen juris*.

Entretanto, ela prevê dois critérios objetivos que tornam obrigatória a apresentação de uma dada operação concentracionista ao SBDC, quais sejam: o critério do faturamento e o da participação de mercado.

¹⁶¹ Segundo Jaeger Junior, “o controle promovido por autoridades de concorrência almeja manter desconcentradas as estruturas de mercado, de modo a reduzir a autonomia excessiva de alguns participantes, incrementar a concorrência, a competição, a melhoria da qualidade dos produtos e serviços e beneficiar, com a redução de custos, o consumidor final. Normalmente, os atos somente são aprovados se ficar demonstrado que a transação acarreta benefícios para o consumidor maiores do que as eventuais restrições à concorrência”. JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006, p. 242.

2.2.2 Critérios pontuais expostos no artigo 54, § 3º

O § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/1994 dispõe que estão incluídos nos atos referidos no *caput* aqueles que observem alguns critérios objetivos, a saber: participação de empresas ou grupo de empresas (i) resultante em vinte por cento de um mercado relevante ou (ii) que tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) de faturamento no Brasil.

Desse modo, qualquer operação de concentração de empresas em que se verifique o preenchimento desses critérios está sujeita à análise do CADE, independentemente do instrumento jurídico utilizado. É também indiferente para a aplicação da lei se se trata de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal¹⁶². De acordo com Andrade¹⁶³, os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha de ser apresentado ao Sistema.

Justifica-se a presença desses requisitos objetivos porque se presume que, quando os agentes econômicos preenchem pelo menos um desses requisitos, eles detêm alguma posição dominante, de modo que seus atos podem impactar a estrutura dos mercados.

Nesses casos, portanto, impõe-se a notificação, que é dever das empresas envolvidas na operação e está vinculada a dados¹⁶⁴ detidos por estas (participação

¹⁶² Nesse sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 301 e ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 324.

¹⁶³ ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas**: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002, p. 327.

¹⁶⁴ Esses dados são em regra obtidos em processo de *due diligences* (devida diligência), que teve seu uso consagrado a partir da edição, em 1933, da Lei sobre Títulos e Valores Mobiliários (*Securities Act*) nos EUA, que regulamentou a negociação e oferta de ações e outros títulos emitidos pelas companhias. Essa lei inseriu a possibilidade de os corretores de valores mobiliários, quando demandados por prejuízos causados aos adquirentes das ações, alegarem, em sua defesa, a *due diligence*, ou seja, que agiram diligentemente na investigação e no reporte das informações sobre a empresa emitente das ações por eles negociadas. POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010, p. 22.

em um mercado relevante e faturamento bruto anual), o que pode ocasionar omissões¹⁶⁵ de notificação ao Sistema.

Embora a fixação do critério do faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), no Brasil¹⁶⁶, seja questionável, uma vez que o legislador não previu a possibilidade de correção deste valor, presume-se que as sociedades ou grupos de sociedades que auferem faturamentos elevados apresentam um volume de vendas significativo e, portanto, têm condições de afetar o mercado.

O critério do faturamento tornou-se discutível com o fim da paridade entre o real e o dólar. O valor imaginado pelo legislador tornou-se relativamente pequeno para o mercado de fusões e aquisições internacionais, já que a grande maioria dos grupos econômicos envolvidos nessas operações apresenta um faturamento superior ao disposto objetivamente pela lei.

Portanto, percebe-se que o valor do faturamento apontado pelo legislador, em 1994, já não representa a posição dominante que seguramente representava naquele ano.

Embora este mesmo valor¹⁶⁷ tenha sido mantido no texto recentemente aprovado pelo Congresso Nacional (ainda pendente de sanção presidencial), além

¹⁶⁵ Entretanto, segundo o § 10 do artigo 54 da Lei 8.884/1994, “as mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados”. Além disso, segundo prevê o artigo 56 daquela lei “as Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;
- VII - o número, espécie e valor das ações”.

¹⁶⁶ Note-se que a Súmula 01/2005 do CADE estabeleceu que “na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração”.

¹⁶⁷ Equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

de outro da ordem de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), no caso de um outro grupo envolvido na operação que tenha registrado, no último balanço, “faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”, verifica-se que o texto que deve substituir a Lei 8.884/1994 prevê a possibilidade de adequação (atualização) desses valores por meio de Portaria dos Ministérios da Fazenda e da Justiça.

Uma interpretação possível para esta escolha do legislador, que manteve o montante previsto em 1994 como um dos critérios de faturamento, mesmo decorridos 17 anos, é o fato de que pretende expandir o controle da concentração, à medida que um maior número de agentes econômicos terá de notificar seus atos ao Sistema.

Entretanto, a eleição de algum índice de reajuste inflacionário (como o IPCA-E, do IBGE, ou o IGP-M, da FGV), a ser aplicado anualmente ao valor previsto em lei, poderia ser uma alternativa adequada.

A presunção de posição dominante pelo *market share*¹⁶⁸ de vinte por cento está estabelecida no § 3º do artigo 20 da Lei 8.884/1994.

Segundo o critério do *market share*, podem causar restrições à concorrência todos os atos, independentemente da forma que adotem, que envolvam participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento ou mais de um mercado relevante de bens ou serviços – participação a partir da qual se presume que as opções de escolha do consumidor podem ser comprometidas e que poderá haver exercício arbitrário do poder que esta participação confere.

Considerando que o critério da participação de mercado se refere à apuração de posição dominante detida pelo agente econômico, é possível afirmar que ele é observado em duas hipóteses distintas, quais sejam, (i) quando as operações ou contratos resultarem em participação de empresa ou de grupo econômico igual ou superior a vinte por cento no mercado relevante afetado e (ii) quando uma das

¹⁶⁸ Expressão inglesa que significa “fatia de mercado”, ou seja, refere-se à participação de mercado.

partes da operação ou do contrato já detiver participação igual ou superior a vinte por cento no mercado.

Portanto, não é necessário que o percentual de vinte por cento de um determinado mercado relevante seja alcançado como resultado da operação. Basta que apenas uma das empresas envolvidas na concentração detenha uma participação no mercado relevante de vinte por cento.

O percentual estabelecido, equivalente a vinte por cento da parcela de mercado, admite prova em contrário (presunção *juris tantum*). Dessa forma, é possível, em tese, a existência de posição dominante mesmo com parcela de mercado inferior a este percentual, assim como, por outro lado, é possível demonstrar, em determinados casos, que mesmo com este percentual inexistente poder de mercado.¹⁶⁹

De acordo com a Lei 8.884/1994, se os agentes econômicos se enquadram em um dos critérios objetivos – em que há uma presunção, por ficção jurídica, de potencial exercício de posição dominante – é possível presumir que seus atos de concentração detêm o potencial de alterar a estrutura do mercado relevante em que atuam. Daí decorre que, somente após a análise do ato, o Sistema poderá concluir se, de fato, a operação de concentração pode acarretar efeitos lesivos à ordem concorrencial.

Embora as especificidades de cada mercado variem muito, parece que o critério de participação no mercado (*market share*) contempla de forma mais apropriada a dinâmica da economia nacional.

¹⁶⁹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151, p. 136.

2.3 Decisões administrativas

As decisões da autoridade administrativa podem ser de três ordens, como será visto nos próximos tópicos: aprovação incondicional, aprovação condicional ou não aprovação.

2.3.1 Aprovação

A eficácia dos atos de concentração notificados ao sistema, previstos pelo artigo 54 da Lei 8.884/1994, depende da sua aprovação, caso em que esta retroagirá à data de realização do ato, conforme preceitua o § 7º do artigo em comento. Percebe-se aí que a Lei 8.884/1994 permite que a concentração produza efeitos¹⁷⁰ até seu exame pelo CADE (contanto que os atos não sejam realizados sob condição suspensiva).

A opção legislativa, portanto, torna eficazes, em caráter provisório, os atos de concentração até que sejam aprovados por aquele conselho. Caso este não os analise no prazo¹⁷¹ determinado pelo § 6º do artigo 54, os atos serão reputados aprovados.

Para Schymura, a autoridade de defesa da concorrência deve aprovar a concentração de empresas notificada sempre que exista um mecanismo que assegure um elevado nível de bem-estar aos consumidores. Assim, faz-se necessário verificar se esses mecanismos de fato existem e, nesse caso, se são

¹⁷⁰ Forgioni observa que, “por se tratar de condição resolutiva, nos termos do art. 127 do CC, enquanto a autorização do CADE não for concedida, o ato jurídico produzirá efeitos”. FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 224.

¹⁷¹ O prazo é de 120 dias, uma vez que a SEAE dispõe de 30 dias para emitir parecer técnico, a SDE, de 30 dias para manifestar-se, e o CADE, por fim, de 60 dias. Porém, a decisão da autarquia não está vinculada aos pareceres emitidos pelas secretarias, podendo o CADE decidir de forma contrária aos entendimentos manifestados.

passíveis de implementação, considerando-se que um instrumento que seja aplicável a um setor não necessariamente será aos demais.¹⁷²

A análise das eficiências associadas à operação somente se faz necessária naqueles casos em que há prejuízo à livre concorrência. Com efeito, as operações que não prejudicam ou limitam a livre concorrência devem ser aprovadas sem a necessidade de análise das eficiências. Portanto, devem ser aprovadas mesmo que não apresentem eficiências associadas à operação.¹⁷³

Já nas hipóteses em que, após a análise das condições de entrada no mercado relevante, verifique-se limitação ou prejuízo à livre concorrência, deve ser realizada uma análise pormenorizada das eficiências, podendo ser aprovada a operação quando se constatarem, nos termos do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, a presença de eficiências compensatórias.¹⁷⁴

Deve-se ainda recordar que a aprovação dos atos é passível de revisão pelo CADE (princípio da autotutela administrativa), de ofício ou mediante provocação da SDE, se (i) a decisão basear-se em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado (uma vez que as informações muitas vezes estão apenas em seu poder, não havendo dados suficientes para confrontá-las), se (ii) ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou (iii) não forem alcançados os benefícios visados.

2.3.1.1 Condições para a aprovação

Segundo o § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, são quatro os critérios que podem determinar a aprovação dos atos de concentração de empresas, *verbis*:

¹⁷² SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 237.

¹⁷³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Desse modo, como visto anteriormente, percebe-se que, no Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência não está orientada pela chamada ilegalidade *per se*. Ao permitir a autorização de atos que eventualmente possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou, ainda, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços – desde que atendam às quatro condições elencadas no § 1º do artigo 54 (ou a pelo menos três delas, quando os atos demonstrarem ser necessários por motivos preponderantes da economia nacional¹⁷⁵ e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final), o legislador pátrio preferiu o modelo da regra da razão¹⁷⁶ (*rule of reason*), legitimando a concentração empresarial desde que, para tanto, existam razões plausíveis, como as relacionadas à eficiência e ao bem-estar dos consumidores¹⁷⁷.

Essa percepção, que assume a possibilidade de as concentrações não resultarem, necessariamente, em prejuízo à concorrência, aos consumidores e aos próprios concorrentes, é consequência do desenvolvimento legislativo e

¹⁷⁵ Vaz nota que “os interesses do Estado em expandir e fortalecer sua economia não podem sobrepor-se aos direitos do consumidor e, sobretudo, ao direito de acesso ao consumo”, e destaca que “existe a possibilidade de conciliar a necessidade de fortalecimento da economia nacional com a efetividade dos direitos do consumidor”. VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-23, p. 230.

¹⁷⁶ Pode-se definir a regra da razão como resposta à restritiva regra da proibição *per se*, prevista no *Sherman Act*, aprovado em 1890, nos EUA. Segundo a regra da razão, o que torna ilegal determinada conduta é a restrição desarrazoada da concorrência. Como pondera Forgioni, a regra da razão “é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’”. Percebe-se, portanto, que a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde”. FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 210.

¹⁷⁷ CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 150-151.

jurisprudencial estadunidense, que estabeleceu primeiramente a teoria do ilícito *per se*, como já visto, tornando a livre concorrência um valor absoluto. Mais tarde, considerando os inconvenientes dessa posição, desenvolveu-se a chamada regra da razão, que considera diversos fatores como passíveis de legitimar a concentração.

O paradigma jurisprudencial dessa transformação é o caso¹⁷⁸ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, julgado em 1911 pela Suprema Corte dos EUA, a partir do qual a análise das operações de concentração de empresas ganhou muitas nuances, como a possibilidade de aprovação das operações concentracionistas desde que observadas algumas condições, alguns aspectos capazes de atenuar o eventual aumento de poder de mercado resultante de uma fusão, por exemplo.¹⁷⁹

Portanto, foi a partir do desenvolvimento da regra da razão que diversos países e ordenamentos de blocos econômicos¹⁸⁰ adotaram em suas leis de defesa da concorrência as chamadas “defesas à concentração empresarial”, que são determinadas condições que, uma vez cumpridas, tornam a concentração de empresas passível de ser autorizada.¹⁸¹

¹⁷⁸ O caso é citado, entre outros, por Vaz. AZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-23, p. 223.

¹⁷⁹ VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-23, p. 223.

¹⁸⁰ No que tange à experiência da UE, interessante notar a síntese do Regulamento (CE) nº 139/2004, relativo ao controle das concentrações entre empresas, que assim dispõe: “no que diz respeito ao critério de fundo para a análise das concentrações, o presente regulamento considera que o critério da “posição dominante”, que constitui o critério de fundo utilizado até agora, e o critério da “diminuição substancial da concorrência”, utilizado por outros sistemas jurídicos, produziram resultados bastantes convergentes. O regulamento de 1989 baseava-se no conceito de “posição dominante”, segundo o qual se considera que uma ou várias empresas detêm essa “posição dominante” se possuem o poder económico para influenciar os parâmetros da concorrência, de modo especial, os preços, a produção, a qualidade da produção, a distribuição e a inovação, bem como para restringir significativamente a concorrência. Este critério considera crucial saber se subsiste uma concorrência suficiente após a concentração para que os consumidores disponham de uma escolha suficiente”. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_pt.htm>. Acesso em: 30 jul. 2010.

¹⁸¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

Objetivos

A concentração, como visto nos tópicos anteriores, está associada, em geral, ao poder econômico, uma vez que o aumento das dimensões das empresas tende a diminuir o custo médio de produção e a aumentar o poder de mercado.¹⁸² Com efeito, muitas empresas passam a adotar estratégias permitidas a partir da concentração que, embora lucrativas, podem desconsiderar os interesses dos consumidores.

Conforme Schymura, se se considerar o bem-estar social como paradigma, o efeito resultante do aumento na dimensão das empresas é ambíguo.

A redução do custo médio, por exemplo, é algo oportuno, uma vez que pode levar à redução do preço de comercialização e ao aumento da produção. Além disso, pode levar a elevados investimentos em pesquisa.

O poder de mercado, contudo, é, em princípio, algo desfavorável ao consumidor, pois permite às empresas praticarem preços acima do que seria verificado em um mercado competitivo.¹⁸³

Aumento da produtividade

A Lei de Defesa da Concorrência, ao cuidar da concentração, elege a eficiência como fundamento para a aprovação das concentrações de empresas. É o que se verifica no artigo 54, § 1º, I, “c”, ao prever que o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput* do artigo 54 desde que estes atos atendam a algumas

¹⁸² SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 231-232.

¹⁸³ SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 232.

condições, entre elas, ter por objetivo, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Nesse contexto, também a alínea “a”, que prevê a “produtividade”, que é uma forma de eficiência – a eficiência produtiva.¹⁸⁴

Como visto, a concentração pode ter efeitos benéficos à economia e ao mercado e, nessas situações, deve ser aprovada. Esse é o caso de uma operação que resulte em aumento de eficiência na produção de bens ou na prestação de serviços, uma vez que o aumento da eficiência envolve a realização de economias de escala, que podem se referir à escala de produção, isto é, à redução do custo unitário dos bens produzidos em decorrência do aumento da produção, à especialização das unidades produtivas, à distribuição, à pesquisa e desenvolvimento, aos custos de publicidade e propaganda e de obtenção de capital.¹⁸⁵

Dessa forma, diante de uma concentração em que exista comprovado aumento de eficiência da empresa resultante, exemplo do aumento de produtividade, a autoridade de defesa da concorrência deverá analisar em que medida o meio escolhido (concentração) é proporcional aos fins que pretende obter (eficiência). A autoridade, assim, verifica se não haveria alguma alternativa menos lesiva – se a concentração não levará à eliminação excessiva da concorrência e se seus benefícios serão distribuídos equitativamente entre consumidores e participantes – para se obter os mesmos resultados.¹⁸⁶

¹⁸⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.111.

¹⁸⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 47-48.

¹⁸⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 48.

Melhoria da qualidade de bens ou serviços

A melhoria da qualidade de bens ou serviços trata-se de condição marcada pela subjetividade, pois o produto ou o serviço de determinada empresa pode melhorar sensivelmente de qualidade após a concentração, mas ainda assim não se aproximar daqueles produtos e serviços oferecidos ao mercado por seus concorrentes. Por isso, parece necessário observar-se a qualidade dos produtos e serviços da empresa resultante da concentração e compará-la com a qualidade daqueles produtos e serviços anteriormente oferecidos – sem, contudo, deixar de relacioná-la com os produtos e serviços dos demais concorrentes.

Dessarte, como, hoje, a melhoria da qualidade está associada ao desenvolvimento tecnológico, à capacidade de inovação, parece que não se deveria considerar tão-somente o incremento tecnológico da empresa resultante da concentração, mas, ao invés, o benefício tecnológico que a concentração poderia trazer à indústria nacional.

Conquista de eficiência e de desenvolvimento tecnológico ou econômico

O estudo do Direito da Concorrência é indissociável da doutrina e da jurisprudência estadunidense, por todo o seu legado histórico, como já verificado neste trabalho.

Foi a chamada Escola de Chicago, preponderante nos EUA durante as décadas de 1970 e 1980, que tornou a eficiência econômica o principal objetivo do Direito Concorrencial, ao assumir que o mercado é capaz de se autorregular¹⁸⁷ e que

¹⁸⁷ No que tange à autorregulação do mercado, interessante notar que “na tradicional concepção liberal a economia de mercado não carecia de regulação estadual, visto que a concorrência funcionava como ‘mão invisível’ (Adam Smith) que regulava espontaneamente os mecanismos da economia”. MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível**: mercado e regulação. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13.

as concentrações são uma forma de se atingir a eficiência econômica. Com efeito, as concentrações, especialmente as verticais, deveriam ser objeto de tratamento favorável por parte das autoridades de defesa da concorrência.¹⁸⁸

Entretanto, não se pode negar que o conceito de eficiência carece de unanimidade, transformando-se ao longo dos anos.

A concepção de eficiência, como queria a Escola de Chicago, é alterada à medida que são negados os pressupostos neoclássicos de maximização pura e simples da riqueza global, sem distribuição. Assim, como pondera Salomão Filho:

uma real definição dos consumidores como destinatários diretos das normas antitruste obviamente não pode restringir sua tutela à proteção do interesse de maximização da riqueza total, independentemente de quem deva ser seu beneficiário. Se assim fosse não seria necessário mencionar os interesses dos consumidores especificamente, bastando referir-se ao princípio maximalista neoclássico. É necessário, então, garantir que os ganhos líquidos de escala sejam repassados aos consumidores. É essa a concepção redistributiva da eficiência – ou seja, o ganho repartido com o consumidor. Ora, isso ocorrerá sempre que a instituição *concorrência* for preservada, ou seja, sempre que o lucro extraordinário do agente econômico for limitado pela existência de concorrentes – efetivos ou potenciais – prontos e ansiosos por arrebatá-lhe fatias do mercado.¹⁸⁹

Segundo Oliveira e Rodas, consideram-se eficiências os ganhos de bem-estar cuja obtenção seja provável, verificável e decorrente do ato de concentração (como redução de custos, aumento de qualidade e redução de externalidades negativas).¹⁹⁰

Na Lei 8.884/1994, a eficiência aparece, em primeiro lugar, como excludente de ilicitude. O artigo 20, ao arrolar as condutas que constituem infração à ordem econômica, excepciona, em seu § 1º, que “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a

¹⁸⁸ PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas na Lei n.º 18/2003. SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coords.). **Concorrência: estudos**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71-101, p. 88-89.

¹⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 144-145.

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 124-125.

seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II”, qual seja, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”. A eficiência, aqui, é uma justificativa que afasta a ilicitude que seria, *a priori*, dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Portanto, conforme o § 1º do artigo 20, no que tange ao domínio de mercado relevante, não há falar em infração, isto é, não há falar em ilicitude se a conquista de mercado resultar de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”.

Nesse contexto, Miragem anota que a adoção da eficiência como critério para a definição da regularidade jurídica de uma determinada conduta do agente econômico no mercado é extremamente útil e compatível com o sentido das normas concorrenciais. No regime da Lei 8.884/1994, observa o autor, os denominados ganhos de eficiência, mais do que excluir o caráter antijurídico de uma conduta, servem para legitimar uma determinada operação que implique concentração de mercado.¹⁹¹

Assim, o termo eficiência também ocorre no controle das estruturas, arrolada como um dos possíveis elementos justificadores da concentração de empresas.

Há diferenças, porém, entre a avaliação da eficiência nas estruturas e nas condutas. Enquanto nas estruturas faz-se uma previsão sobre o comportamento futuro dos agentes econômicos, ainda que baseada em dados sobre a estrutura pretérita do mercado, nas condutas está-se diante de um comportamento real, não presumido.

No controle das estruturas, ainda, há um grande traço de política econômica, uma vez que este controle permite que a autoridade molde, de certa forma, a conformação econômica do país. Além disso, no que tange ao controle das estruturas, não se pode olvidar que os resultados advindos de um ato de concentração são incertos e nem sempre verificáveis *a priori*, dependendo de uma

¹⁹¹ MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 158.

série de fatores (como o temporal) para que possam ser identificados com precisão.¹⁹²

No que tange às concentrações, são consideradas eficiências econômicas os incrementos do bem-estar econômico-social gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma. Segundo o Guia, não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a dois anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.¹⁹³

O Guia considera que as eficiências específicas decorrentes da concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, de introdução de uma tecnologia mais produtiva, de apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e de geração de um poder de mercado compensatório.¹⁹⁴

Os incrementos de eficiência, contudo, não são facilmente quantificáveis porque, em primeiro lugar, há o problema da assimetria informacional, uma vez que a autoridade de defesa da concorrência depende de dados fornecidos pelas empresas envolvidas na operação (que têm interesse em sua aprovação). Além disso, incrementos de eficiência projetados podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência sejam verificadas por meios razoáveis e para as quais as causas (como) e os momentos em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados.

Com efeito, o Guia preceitua que as eficiências alegadas não serão consideradas se forem estabelecidas vagamente, de forma especulativa ou se não puderem ser verificadas por meios razoáveis.¹⁹⁵

¹⁹² MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 158.

¹⁹³ Item 71 do Guia.

¹⁹⁴ Item 74 do Guia.

¹⁹⁵ Item 72 do Guia.

Não serão consideradas eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos.¹⁹⁶ Mas, consideram-se eficiências econômicas decorrentes da concentração “as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato, que não possam ser obtidos de outra maneira (‘eficiências específicas’ do ato) e que sejam persistentes a longo prazo”.¹⁹⁷

No que tange ao “desenvolvimento tecnológico ou econômico”, a norma concorrencial considera que o incremento tecnológico permitido pela concentração é fator que faz diminuir os custos e melhorar a qualidade dos produtos e serviços, promovendo um melhor desempenho da economia nacional.

Distribuição equitativa dos benefícios entre os participantes e os consumidores ou usuários finais

Se os consumidores não são os destinatários diretos e imediatos das normas concorrenciais, são, todavia, um dos fins¹⁹⁸ a justificar a proteção que o Direito Concorrencial oferece¹⁹⁹.

Segundo Salomão Filho, se o consumidor é o destinatário econômico final das normas concorrenciais, por outro lado, ele não é o seu destinatário jurídico direto, beneficiando-se da proteção da concorrência enquanto instituição. Para o autor:

¹⁹⁶ Item 73 do Guia.

¹⁹⁷ Item 24 do Guia.

¹⁹⁸ Para Carpena, “a opção pelos interesses dos consumidores, não como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da proteção da concorrência decorre da aplicação dos princípios constitucionais”. CARPENNA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 258.

¹⁹⁹ É com este espírito que a norma concorrencial brasileira é inaugurada, como demonstra seu artigo 1º:

Art. 1º. Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto. A discordância maior está quanto ao sentido a ser dado à expressão “bem-estar do consumidor”. Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa simplesmente eficiência econômica.²⁰⁰

Conforme o Guia, a defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico-social da sociedade. E, em uma economia eficiente, os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços, desfrutando de um nível máximo de bem-estar econômico-social.²⁰¹

Se, por um lado, as normas concorrenciais pretendem assegurar que o mercado se mantenha competitivo e, então, torne-se capaz de oferecer aos consumidores produtos e serviços a preços razoavelmente baixos, além de maior oferta e melhor qualidade (e inovação), por outro, as normas consumeristas buscam assegurar que o consumidor possa, efetivamente, escolher entre as opções disponíveis no mercado sem que sua independência de escolha seja prejudicada²⁰² (por exemplo, pela publicidade enganosa, informação insuficiente ou excessiva).

O bem-estar do consumidor é, a nosso ver, uma decorrência da eficiência econômica, cujos benefícios devem ser distribuídos com os consumidores para garantir-lhes o bem-estar que a concentração inevitavelmente proporcionará – de forma que esses benefícios não sejam apenas mantidos entre os participantes dela. Um dos efeitos dessa eficiência econômica resultado da concentração é o benefício da liberdade de escolha, que repercutirá no bem-estar do consumidor.

Segundo o Guia, mesmo nos casos em que os entes de defesa da concorrência reputarem a operação “necessária por motivo preponderante da

²⁰⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.

²⁰¹ Item 10 do Guia.

²⁰² BADIN, Arthur. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília: IOB/CADE, n. 05, jan./mar. 2005, p.49-86, p. 53.

economia nacional e do bem comum”, o legislador decidiu vetá-la (artigo 54, §2º da Lei 8.884/1994) caso se verifique a possibilidade de “prejuízo” ao consumidor ou ao usuário final.

Além disso, fator importante é a longevidade dos benefícios – razão pela qual, segundo o Guia, as secretarias (SDE e SEAE) procurarão analisar se os efeitos da operação se revertem em benefício do consumidor por período de tempo razoável²⁰³.

Segundo Salomão Filho, ao tratar do controle das concentrações, o legislador optou pelo princípio redistributivo. O artigo 54, § 1º, II prevê, logo após estabelecer o requisito da eficiência, que é preciso também demonstrar que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”.²⁰⁴

Não basta, portanto, a existência da eficiência. É necessária a garantia da efetiva repartição de seus benefícios com os consumidores. Assim, o resultado final da aplicação dessa noção redistributiva de eficiência é a garantia da prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa”.²⁰⁵

Segundo Salomão Filho, existem apenas duas situações em que seria possível confiar na repartição dos ganhos de eficiência com os consumidores. E ambas, conforme o autor, são sugeridas pelo princípio da racionalidade monopolística desenvolvido pela teoria neoclássica. Se, como sugere esse princípio, não se pode esperar do monopolista outro comportamento a não ser a tentativa de maximizar lucro, ele somente teria incentivo para repartir seus rendimentos extraordinários com os consumidores em duas situações, que se analisam a seguir.²⁰⁶

²⁰³ Item 87 do Guia.

²⁰⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.117.

²⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.117-118.

²⁰⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.118.

O primeiro caso é descrito por Oliver Williamson. Em ausência de barreiras à entrada, o agente econômico está impedido de aumentar seus preços, pois há a ameaça constante de entrada de novos concorrentes. Quanto maior for a possibilidade de entrada, maior será o incentivo para que o agente econômico reparta parte de seus ganhos decorrentes da redução de custos com os consumidores, capturando, assim, novas fatias de mercado e diminuindo a ameaça de entrada de novos concorrentes. O problema fundamental e não considerado por Williamson, segundo Salomão Filho, seria a existência de um dado adicional a somar-se à eficiência, consistente na inexistência de barreiras à entrada, somada à eficiência, que faz com que uma determinada concentração não possa ser considerada economicamente danosa e, portanto, não deva ser considerada ilícita.²⁰⁷

No segundo caso, menos frequente, os ganhos de eficiência produtiva seriam tão extraordinários que o ponto de equilíbrio do empresário passa a ser um preço inferior ao cobrado anteriormente. Ora, se a redução de custos for relevante o suficiente para fazer com que essa identidade se verifique em um ponto onde o nível de preços é ainda menor que o verificado anteriormente, é possível presumir que o empresário repartirá uma porção de seus benefícios com os consumidores. A ocorrência dessa hipótese, anota Salomão Filho, é rara. O nível de redução de custos (em ausência de relevantes barreiras à entrada) teria de ser tão grande que, na prática, quando essas situações se verificassem, seria relativamente fácil demonstrar não apenas a existência como a extraordinária importância dos ganhos (líquidos) de eficiência produtiva.²⁰⁸

Em ambas as hipóteses, e apenas nelas, anota Salomão Filho, poder-se-ia ter a certeza do cumprimento do requisito neoclássico do ganho líquido de eficiência. Para o autor, “em ambos, e apenas neles, não haverá aumento de preços. Não

²⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.118.

²⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p.118-119.

haverá, portanto, ineficiência alocativa (*dead-weight loss* = 0). A prevalência da eficiência produtiva é certa”.²⁰⁹

Desse modo, pode-se afirmar que a teoria neoclássica é paradoxal à medida que garantir o cumprimento de seu postulado significa negar sua premissa central, qual seja, a irrelevância da destinação dos ganhos de eficiência. Para assegurar a existência de um ganho líquido de eficiência é necessário, de alguma forma, garantir a sua repartição com o consumidor. E “talvez seja mais correto ainda afirmar que é a repartição dos ganhos de eficiência com o consumidor o único indicador que permite comprovar a efetiva existência desses ganhos”.²¹⁰

Não eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços

O inciso III do § 1º do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência condiciona a aprovação da operação concentracionista à não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Determinados os mercados relevantes, identificam-se seus participantes e suas respectivas participações de mercado. Além da oferta corrente dos agentes econômicos no mercado, deve-se igualmente considerar a matriz de possibilidades de substituição da produção entre diferentes produtos e as importações efetivas e potenciais.²¹¹

Delimitados os participantes do mercado e suas respectivas participações nele, pode-se mensurar o grau de concentração resultante da operação analisada. Para tanto, utiliza-se predominantemente o *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI),

²⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119.

²¹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 119.

²¹¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 120.

índice²¹² que determina o nível de concentração do mercado por meio da soma dos quadrados das participações individuais de todos os agentes participantes do mercado.

Observância dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados

Segundo o artigo 170 da CF/88, a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (que são também fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o artigo 1º, IV da CF/88), visa assegurar a todos uma existência digna (a dignidade da pessoa humana, além de fim da ordem econômica, é fundamento da República Federativa do Brasil, como demonstra o artigo 1º, III da CF/88), conforme os ditames da justiça social.

Com efeito, a livre concorrência é um princípio que orienta a ordem econômica, assim como o são a propriedade privada e a defesa do consumidor, entre outros. Nesse contexto, a Lei 8.884/1994 concretiza os princípios da liberdade de iniciativa²¹³, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico – princípios que coexistem harmonicamente entre si.²¹⁴

²¹² Como informa Carvalho, segundo as *Guidelines* dos EUA, de um modo geral o mercado considera-se não concentrado quando o HHI é inferior a 1000. Ele é moderadamente concentrado quando o HHI vai de 1000 a 1800 e, por fim, é altamente concentrado quando o HHI é superior a 1800. Ainda conforme o autor, a técnica utilizada nos EUA é “a de comparar os níveis de concentração do mercado existentes antes e depois da prática de concentração das empresas envolvidas”. CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995, p. 144-145.

²¹³ A respeito do princípio da liberdade de iniciativa, Ramos pondera que “a liberdade de iniciativa tem como pressuposto a liberdade de concorrência. Somente esta, mesmo com imperfeições, tem o poder de evitar ou atenuar a dominação do mercado por um ou por alguns produtores e conseqüentemente a ‘exploração dos consumidores’, como sugere Ramos, seja pela elevação desmedida dos preços, seja pela ausência de qualidade dos produtos e serviços. Não há outra forma, na economia de mercado, de conter esses abusos e de justificar, do ponto de vista do interesse coletivo, a liberdade empresarial”. RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 209.

²¹⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211-212.

Dessa forma, não há falar em sobreposição, em escala de princípios, mas, antes, em convivência, coabitação, conversa de princípios igualmente importantes.

A limitação da livre iniciativa – questão de fundo do controle estrutural – poderá ocorrer à medida que se torne necessária para preservar a ordem econômica.

Ao intervir na economia e ingressar na esfera privada, afetando a liberdade de iniciativa dos indivíduos (em especial, a liberdade de associar-se por meio de atos de concentração) o Estado atua para proteger os demais, mas pautado pela ideia da mínima intervenção, que deve caracterizar, também, o controle da concentração empresarial.

Por conseguinte, como a concentração, expressão da livre iniciativa, pode adquirir contornos de abusividade, justifica-se a atuação estatal para impedir a eliminação da concorrência, a dominação de mercados, entre outros efeitos.²¹⁵ Considera-se, então, que “as restrições à concentração econômica não são um ato de arbítrio do tribunal administrativo, mas uma avaliação de seus efeitos sobre o bem tutelado, que é, em última instância, o bem-estar da população”.²¹⁶

2.3.1.2 Compromisso de desempenho

O compromisso de desempenho aplica-se tanto às restrições estruturais como às comportamentais. Entretanto, porque o monitoramento da conduta dos agentes implica em altos custos, o número de restrições comportamentais imposto pela autoridade brasileira de defesa da concorrência é reduzido, adotando-se, em regra, as restrições do tipo estruturais.

²¹⁵ Voto vogal do conselheiro do CADE, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 23. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301661176.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

²¹⁶ Voto vogal do conselheiro do CADE, Luiz Carlos Delorme Prado, no Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 03. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301831937.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

No que tange ao controle da concentração, o CADE pode propor a realização de compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos ao seu exame, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/1994.

Na definição dos compromissos de desempenho será considerado o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes. Deverão, ainda, constar desses compromissos metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

Por meio desse instrumento, os interessados se comprometem a (i) aumentar a produtividade; (ii) melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Segundo o § 3º do artigo 58, o descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação e a abertura de processo administrativo. Nesses casos, considerando-se insuficientes as condições de acompanhamento do desempenho das empresas no mercado, pela ausência de recursos humanos e materiais necessários, cabe ao consumidor parte da tarefa de acompanhar o cumprimento do compromisso assumido.²¹⁷

2.3.1.3 Acordo de preservação da reversibilidade da operação

O Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) visa preservar a reversibilidade da operação concentracionista. Seu objetivo é manter intactas as estruturas de governança, de ativos, de contratos, de relacionamentos com fornecedores e redes de distribuição até que o CADE possa decidir – evitando, com isso, uma situação em que não se possa retornar ao *status quo ante*.

²¹⁷ VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-23, p. 229.

A adoção de medida cautelar em operações de concentração se justifica diante da possibilidade de uma operação ocasionar alterações irreversíveis no processo concorrencial, o que acabaria por dificultar ou impossibilitar a intervenção dos entes de defesa da concorrência ao final da análise do processo – uma vez que os atos ou contratos têm efeitos desde a celebração do contrato ou realização do ato concentracionista.

2.3.2 Aprovação condicional

Na hipótese de se verificar que os benefícios ou eficiências superam os prejuízos decorrentes da concentração, o ato poderá ser aprovado sob alguma condição, de modo que os requerentes (os notificantes do ato) assumam obrigações de cumprir certas restrições impostas à aprovação.

A escolha por condicionar a aprovação do ato ao cumprimento de determinadas obrigações evita a desconstituição de operações concentracionistas já em andamento, apresentando-se como uma solução produtora.

Ademais, o estabelecimento de compromissos cria um elemento a mais para as autoridades controlarem o comportamento dos agentes econômicos, acompanhando a nova dinâmica do mercado afetado à medida que as alterações ocorrem. Assim, o compromisso de desempenho deve ser visto não como um substituto da desaprovação da concentração, mas sim como uma alternativa à sua aprovação.²¹⁸

Nos casos em que seja sugerida a aprovação do ato com restrições, as recomendações da SEAE e da SDE buscarão "preferencialmente", criando condições para a consolidação de um ambiente competitivo, adotar medidas estruturais nos mercados envolvidos.²¹⁹ E, quando as restrições envolverem a

²¹⁸ FIESP/CIESP. **Direito Concorrencial**: manual de práticas concorrenciais. São Paulo: FIESP/CIESP, 2010, p. 16.

²¹⁹ Item 89 do Guia.

alienação de ativos das empresas, as recomendações da SEAE e da SDE devem conter, entre outras, as seguintes características:

- i. envolver a alienação de todos os ativos relacionados a um determinado negócio, de sorte a garantir sua viabilidade econômica;
- ii. estabelecer o menor prazo possível para que as requerentes cumpram a obrigação de alienação; e
- iii. evitar que a aquisição seja feita por agentes que não sejam (ou que não tenham condições de se tornarem) competidores efetivos nos mercados relevantes onde houve a redução da concorrência.²²⁰

Na elaboração e aplicação de recomendações de cunho não-estrutural, deve-se buscar que as cláusulas propostas gerem efetivamente ganhos de eficiência que não seriam obtidos caso as cláusulas não fossem estipuladas. Ademais, é importante atentar para alguns cuidados fundamentais:

- a) a análise antitruste se baseia nas condições de concorrência efetivamente vigentes e não em hipóteses sobre padrões futuros de competição. Neste sentido, é importante evitar alusão a condutas anticompetitivas, cuja condenação já esteja estipulada em lei; e
- b) as cláusulas de compromisso implicam custos de monitoramento a serem considerados. Portanto, devem ser elaboradas de forma clara e pontual, evitando-se custos excessivos para a autoridade e interferências desnecessárias nas estratégias das empresas.²²¹

O recurso a medidas que corrijam parcialmente os problemas concorrenciais, o que a legislação anglo-saxã chama de remédios (*remedies*) é, em muitos casos, uma solução mais adequada do que uma intervenção mais drástica. Na legislação brasileira, como em outras legislações, o desinvestimento de ativos é considerado um remédio para problemas de estrutura de mercado. Porém, para que essa ação seja eficiente é necessário que os ativos desinvestidos sejam assumidos por

²²⁰ Item 91 do Guia.

²²¹ Item 92 do Guia.

empresas que os utilizem como base de uma efetiva e substancial ação concorrencial no mercado.²²²

2.3.3 Não aprovação

O artigo 54 da Lei 8.884/1994 prevê as hipóteses em que, submetido um ato de concentração ao Sistema, o CADE poderá autorizá-lo, desde que atendidas as condições elencadas nos incisos I a IV daquele artigo. Com efeito, deduz-se que, se essas condições não forem atendidas, aquela autarquia não poderá autorizar o ato submetido à sua apreciação, o que significa dizer que o ato não será aprovado.

A não aprovação dos atos de concentração de empresas submetidos à apreciação do CADE decorre do fato de os atos não atenderem às condições elencadas no artigo ora analisado, ou seja, nesse caso os atos não teriam por objetivo, cumulada ou alternativamente: aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Além disso, os benefícios decorrentes não seriam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro. Ainda, implicariam eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços e não seriam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Se os atos não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, o CADE determinará, se concluir pela sua não aprovação, como prevê o § 9º do artigo 54, as providências cabíveis para que esses atos sejam desconstituídos, total ou parcialmente, por meio de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou

²²² Voto vogal do conselheiro do CADE, Luiz Carlos Delorme Prado, no Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 10. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301831937.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

Por fim, destaca-se que, segundo pesquisa realizada no *site* do CADE, por meio do *link* “consulta de jurisprudência”, realizou-se uma pesquisa utilizando os seguintes termos como filtro: “não aprovação” e “reprovação”, da qual resultaram alguns casos de não aprovação de operações de concentração, no Brasil, durante a vigência da Lei 8.884/1994. Esses atos são os seguintes: Ato de Concentração 08012.008853/2008-28 (caso Unimed Santa Maria/ Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo), Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), que será analisado no terceiro capítulo, e Ato de Concentração 08012.001885/2007-11 (caso Compagnie de Saint-Gobain/Owens Corning).

2.3.4 Natureza jurídica das decisões

O artigo 54 da Lei 8.884/1994 apresenta diversos conceitos abertos²²³. Apesar de necessários, é inegável que podem oferecer insegurança ao intérprete, como demonstram os seguintes excertos, colacionados a título ilustrativo: “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, “dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, “aumentar a produtividade”, “melhorar a qualidade de bens ou serviço”, “propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”, “motivo preponderantes [sic] da economia nacional e do bem comum”, entre outros.

Miragem pondera que o Direito da Concorrência, intervencionista que é, caracteriza-se pelo fato de os conceitos indeterminados não se restringirem ao oferecimento de flexibilidade ou mobilidade para o sistema. Eles são, ao contrário,

²²³ Diante desses termos vagos, Ferraz Junior anota que o conceito pode ser indeterminado, mas não indeterminável. FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, p. 87-89, 1997, p. 87.

os elementos que de modo mais decisivo preservam a eficácia da relação entre a norma jurídica e a realidade fática que a própria norma visa regular.²²⁴

Entretanto, é a partir desses conceitos que a autoridade de defesa da concorrência brasileira aprecia os atos de concentração de empresas submetidos à sua análise.

Ao analisar os atos de concentração de empresas, o CADE, como lembra Ferraz Junior, recorre a critérios técnicos para constatar eventual prejuízo à concorrência. Entre esses critérios, está, por exemplo, o de barreiras à entrada, o de poder de mercado. Nesse sentido, “prejuízo à concorrência” é um conceito indeterminado a ser interpretado tecnicamente – o que não se confunde com a discricionariedade técnica, em que o administrador²²⁵ pode exercer seu juízo conforme critérios de conveniência e oportunidade.²²⁶

Segundo Ferraz Junior, no que tange à análise de atos de concentração de empresas, o CADE, ouvidas a SDE e a SEAE, com base no laudo técnico do conselheiro-relator, prolata uma decisão cujo fundamento técnico não expressa um juízo de conveniência e oportunidade – mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência, o que reforça a ideia de que as decisões da autoridade de defesa da concorrência são atos de Estado – e não atos de governo, cujas diretrizes são ocasionais.²²⁷

Portanto, se o CADE reconhecer que determinada concentração de empresas trará barreiras de entrada ou caracterizará posição dominante, por exemplo, mas oferecerá eficiências que compensam o prejuízo, por exemplo, sua decisão de

²²⁴ MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 147.

²²⁵ Nos atos administrativos vinculados a Administração Pública não dispõe de liberdade alguma. A lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado. Nos atos administrativos discricionários, por outro lado, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 394.

²²⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 87-89, p. 87.

²²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 87-89, p. 88.

aprovação é ato vinculado. Aqui, a expressão “o CADE poderá autorizar” significa um poder-dever, pois não se trata de poder discricionário. E, se o ato é vinculado²²⁸, há a possibilidade de controle judicial²²⁹, de forma que o mérito da decisão, os critérios técnicos que a embasaram, podem ser reapreciados judicialmente.²³⁰

2.4 Considerações parciais

Neste capítulo, verificaram-se as peculiaridades do controle da concentração segundo a norma concorrencial brasileira, considerando-se a atual estrutura do SBDC e os controles (i) anterior e posterior e (ii) preventivo e repressivo.

Com essas informações e aquelas vistas no primeiro capítulo, analisaram-se os critérios expostos na Lei de Defesa da Concorrência para a aprovação irrestrita, com restrições ou não aprovação das concentrações submetidas ao SBDC.

Em caráter complementar, buscaram-se as informações presentes no Guia de análise econômica de atos de concentração horizontal, utilizado pelas duas secretarias que compõem o Sistema, o que esclareceu o *iter* percorrido em cada uma das etapas de avaliação de um ato de concentração horizontal.

Por fim, verificaram-se temas adjacentes e igualmente importantes, como a natureza jurídica das decisões do CADE, o conceito e a aplicabilidade de um APRO e as condições estabelecidas em lei para que o Sistema possa legitimar uma concentração, como a conquista de eficiência. Dentre essas condições, destaca-se aquela que envolve a distribuição equitativa dos benefícios entre os participantes e os consumidores ou usuários finais.

²²⁸ Nesse sentido, Miragem e Vaz. MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 156 e VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 79.

²²⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 229.

²³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 87-89, p. 89.

Analisado o modelo de controle da concentração, conforme estabelecido na norma concorrencial vigente, pode-se relacioná-lo com o tema da proteção do consumidor, que permeia a defesa da concorrência e, como visto, está também presente no controle estrutural.

Desse modo, no próximo capítulo, pretende-se verificar o *modus operandi* do Sistema para assegurar e implementar a distribuição equitativa dos benefícios decorrentes de uma concentração – entre os próprios participantes desta concentração e os consumidores ou usuários finais que serão alcançados pelos seus efeitos.

3 TUTELA DO CONSUMIDOR NO CONTROLE DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS

Nos capítulos anteriores verificaram-se as características principais do fenômeno concentracionista e do seu controle, segundo a Lei 8.884/1994.

Inobstante o fato de o controle dos atos de concentração empresarial atender a uma questão de fundo eminentemente concorrencial, as implicações do estudo jurídico da matéria transcendem o Direito Concorrencial, englobando outras searas, a exemplo do Direito do Consumidor.

Com efeito, o terceiro capítulo deste estudo busca verificar essas implicações, uma vez que a concorrência efetiva traduz-se em inegáveis benefícios para os consumidores, como demonstram a redução de preços de produtos e serviços, a inovação traduzida em produtos e serviços que apresentem melhor qualidade ou o aumento da possibilidade de escolha.

Nesse contexto, o controle exercido pela autoridade de defesa da concorrência sobre as operações de concentração busca, entre outros objetivos, filtrar aquelas concentrações suscetíveis de privar os consumidores dos benefícios inerentes à livre concorrência e de prejudicar seus interesses – por aumentarem significativamente o poder de determinadas empresas de interferir a concorrência no mercado em que atuam.²³¹

Diante disso, este capítulo pretende verificar se e como, no Brasil, o controle da concentração tutela, de forma eficaz, os interesses do consumidor, uma vez que a política de defesa da concorrência deve tentar evitar cenários de abusos a fim de manter ou restabelecer as estruturas competitivas.²³²

²³¹ EUROPA. Orientações para a apreciação das concentrações horizontais. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26107_pt.htm>. Acesso em: 27 jan. 2011.

²³² REICH, Norbert. **Mercado y derecho**. Barcelona: Ariel, 1985, p. 179.

3.1 Concorrência e consumidor

Em 1967, Carvalhosa definia que o então “moderno direito disciplinador da economia” objetivava conservar a elasticidade do sistema econômico, essencial ao seu progresso, estabelecer uma distribuição de renda mais justa, combater e evitar posições monopolísticas, substituir a atividade privada onde ela faltasse ou fosse insuficiente, além de tutelar o empreendedor face ao concorrente.²³³

Como se vê, a tutela do consumidor não estava, naquela época, arrolada entre os objetivos do Direito da Concorrência, diversamente do que ocorre hoje, quando as normas concorrenciais protegem três interesses distintos e, também, entrelaçados, a saber: (i) os interesses dos consumidores, (ii) os dos participantes do mercado (concorrentes) e (iii) o interesse institucional da ordem concorrencial – a própria concorrência²³⁴.

A partir disso, pode-se afirmar que proteger a livre concorrência²³⁵ significa, então, proteger os interesses dos consumidores²³⁶, seu bem-estar, mesmo que de forma não evidente. É o que decorre da aplicação dos princípios constitucionais, pois

²³³ CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico**: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 125.

²³⁴ Como lembra Salomão Filho, os alemães têm a figura das normas de proteção (*Schutzgesetze*), que implicam em direito de indenização ao prejudicado pelo descumprimento de determinada lei (quando esta assim o declarar). A definição de alguma norma como *Schutzgesetze* compreende-se por representar o descumprimento da norma algo lesivo ao interesse coletivo e, também, ao interesse individual. É aí que se pode verificar existirem interesses institucionais, como a ordem concorrencial, que, por si própria, merece a tutela estatal, assim como ocorre com os concorrentes e os consumidores. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.

²³⁵ Segundo Soares, “a livre concorrência, como toda liberdade, não é irrestrita; o seu exercício encontra limites nos preceitos legais; excedidos esses limites, surge a concorrência desleal”. SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência desleal**: publicidade comparativa e enganosa, patentes de invenção, de modelos e de desenhos, visual interno e externo do estabelecimento, publicidade reprodutiva e imitativa. São Paulo: Resenha Tributária, 1990, p. 5.

²³⁶ Os efeitos positivos da concorrência projetam-se, em última análise, nos consumidores. RODRIGUES, José Anselmo. O direito da concorrência e a proteção do consumidor na lei portuguesa. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 10, junho 2000, p. 124-128, p. 124. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_10_3_es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009, p. 124.

não se poderia admitir privilegiar o interesse do mercado e dos concorrentes em detrimento dos consumidores.²³⁷ A respeito, reflete Carpena, como se verifica:

como tornar realidade a dignidade da pessoa humana sem contemplar o consumidor em primeiro lugar, como portador de interesse prioritário a ser tutelado? A proteção da concorrência não é um fim em si mesma, mas constitui instrumento que, fundado no princípio da igualdade, visa preservar o equilíbrio de forças no mercado, a transparência das informações que nele circulam e, em última análise, garantir opções para que o consumidor possa exercer seu direito básico de escolha.²³⁸

Portanto, apesar de o CDC participar como protagonista, esse diploma não é o único, no Direito Brasileiro contemporâneo, a cuidar dos interesses dos consumidores. Esses sujeitos contam, também, com a Lei de Defesa da Concorrência.

Corroborar essa perspectiva o fato de a livre concorrência estar ancorada em um direito difuso²³⁹ – nos termos do artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.884/1994, “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei” – e não em interesses individuais.

Além disso, a partir da promulgação da CF/88, tanto a livre concorrência como a defesa do consumidor adquiriram *status* de princípio constitucional, não podendo ser tratadas senão como princípios hierarquicamente igualitários.²⁴⁰

²³⁷ CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 259.

²³⁸ CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 259.

²³⁹ Pfeiffer pondera que o “direito à livre concorrência possui, sem dúvida, as características de um direito difuso. Pensemos, por exemplo, em uma situação na qual uma empresa que tinha dois concorrentes em um determinado mercado pratique a conduta de preço predatório e com isso elimine-os do mercado. O direito difuso foi lesado, pois a sociedade viu restringida a concorrência, o que, em longo prazo deverá redundar em aumento de preço, diminuição da quantidade e da qualidade dos produtos. Haverá ainda piora na alocação dos recursos produtivos, já que, provavelmente a empresa, agora monopolista, não terá incentivos para reaplicar grande parcela do lucro na melhora do processo produtivo, em virtude da ausência de concorrência. Haverá ainda, muito provavelmente, a diminuição do nível de emprego, entre outras consequências”. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39, p. 15.

²⁴⁰ VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-23, p. 223.

Embora muitas vezes não se reconheça, as normas de proteção do consumidor e da concorrência²⁴¹ compartilham objetivos comuns, como garantir a soberania²⁴² de escolha do consumidor²⁴³, garantir a existência mínima de concorrentes e, portanto, de fornecedores que compitam entre si para conquistá-lo (o consumidor), garantir ofertas mínimas de produtos e serviços. Essas garantias, no Direito Concorrencial, resultam, como visto, dos controles estrutural e das condutas.

A perspectiva consumerista, por sua vez, preocupa-se com o mercado a partir da demanda, a fim de oportunizar que os consumidores possam, de fato, exercer a liberdade de escolha que a competição oferece, além de evitar que sua renda seja indevidamente apropriada.

Em mercados que são efetivamente competitivos, o fornecedor tem incentivos para ir além da proteção codificada ao consumidor. Diferenciar-se dos concorrentes pode significar a conquista de nicho novo, em que ainda não há a presença de rivais. É o caso, por exemplo, da introdução de alguma inovação tecnológica.

²⁴¹ Para Celli Junior, a primeira função do Direito da Concorrência é proteger os consumidores. Segundo o autor, essa proteção deve dar-se não no sentido técnico de maximização do bem-estar do consumidor, mas como forma de salvaguardar os indivíduos dos monopólios ou dos acordos violadores da livre concorrência celebrados por empresas independentes. CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 61.

²⁴² Em 1958, o economista John Kenneth Galbraith apresentava, em "A sociedade afluyente", a ideia de "soberania do consumidor" em descompasso com a realidade da grande empresa, com seu poder de mercado e de controle sobre o consumidor, por meio da propaganda e do marketing. Galbraith, em entrevista publicada na revista Veja, respondeu assim a pergunta que segue: o que há de errado com o conceito de soberania do consumidor – a ideia de que, no capitalismo, o indivíduo escolhe com independência os bens que vai adquirir? "Essa é uma fraude muito propagada, inclusive no ambiente universitário. Ela nasce da tendência a silenciar sobre o poder de controle do marketing. O 'consumidor soberano' na verdade é tutelado sem cessar pelos altamente qualificados mandarins da propaganda. Que ninguém se engane: não importa o número de gráficos sobre o poder de escolha do público que os economistas produzam, o fato é que atribuímos ao consumidor uma autoridade maior do que a que ele realmente possui". GRAIEB, Carlos. Ainda no ataque: na ativa aos 96 anos, o lendário economista americano agora atira contra as fraudes corporativas. **Revista Veja**. São Paulo, n. 1884, 15 dez. 1994. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/151204/entrevista.html>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

²⁴³ Não se confunda a expressão "soberania do consumidor", desenvolvida por Galbraith, com a ideia de soberania de escolha do consumidor, tema que envolve a liberdade de escolha, direito básico do consumidor. Segundo Averitt e Lande, "ao escolher alguns bens ou algumas opções dentre outras, os consumidores satisfazem seus próprios desejos e enviam sinais para a economia. Portanto, é fundamental que o exercício da escolha do consumidor seja protegido". AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, jan./mar. 2003, p. 27-49, p. 29.

Além disso, destaca-se que, se os consumidores estiverem aptos a exercer suas escolhas de forma eficaz (por exemplo, se estiverem cientes de que suas decisões de consumo têm reflexos determinantes sobre o mercado de certo bem ou serviço), podem atuar com certa disciplina de modo a comparar desde preços até meios de produção menos gravosos ao meio-ambiente²⁴⁴, o que pode fomentar a competição entre os fornecedores para oferecerem bens e serviços realmente adequados às necessidades dos consumidores – e não simplesmente aqueles que vão lhes dar (aos fornecedores) maiores lucros.

Evidente, portanto, que as normas de proteção da concorrência e do consumidor²⁴⁵ são instrumentos interdependentes de política²⁴⁶ econômica. Porém, diferenciam-se o modo como essas políticas funcionam e a natureza do processo em que as decisões são implementadas, no que tange a cada uma delas,²⁴⁷ razão por que o diálogo das fontes²⁴⁸ trata-se de *conditio sine qua non* para que a proteção dos consumidores se concretize integralmente, principalmente no âmbito do controle estrutural, plano em que ocorre um exame para evitar a materialização de eventuais condutas lesivas à concorrência, aos concorrentes e aos consumidores.

²⁴⁴ A título de exemplo, recorda-se a conhecida empresa de cosméticos britânica, The Body Shop, que não testa seus produtos em animais e explora, por meio da publicidade, tal distinção.

²⁴⁵ Destaca Herman Benjamin que “é equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu do ‘nada’. Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, os oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É aí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor. É ele então protegido, não de modo direto, mas pela via trasnversa da garantia de um modelo concorrencial genuíno. É tutela indireta, na esteira do adágio de ‘a concorrência é o melhor amigo do consumidor”. BENJAMIN, Antonio Herman. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, abr./jun. 1994, p. 21-26, p. 22.

²⁴⁶ Observa Badin: “não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microsistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam”. BADIN, Arthur. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília: IOB/CADE, n. 05, jan./mar. 2005, p. 49-86, p. 53.

²⁴⁷ Conforme o artigo The Interface between Competition and Consumer Policy, OECD, 2008, p. 17, Policy Roundtables. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/22/34/40898016.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2008.

²⁴⁸ Expressão cunhada pelo jurista alemão Erik Jayme e que, no Brasil, difundiu-se com a jurista Claudia Lima Marques.

3.1.1 Consumidor

“Consumidores, por definição, somos todos nós”²⁴⁹. Com essas palavras, em 1962²⁵⁰, Kennedy enviou mensagem especial ao Congresso dos EUA, cunhando quatro direitos primários dos consumidores: (i) direito à segurança, (ii) direito à informação, (iii) direito à opção e (iv) direito a ser ouvido.²⁵¹ Nascia, então, a proteção jurídica do consumidor, multiplicando-se a partir daí iniciativas de regulamentação em diversos países.

A perspectiva histórica também permite recordar que, em 1973, a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) reconheceu alguns direitos aos consumidores, a saber: direito à segurança, direito à escolha, direito à informação, direito a ser ouvido, direito à indenização, direito à educação para o consumo, direito a um meio-ambiente saudável, direito à proteção de publicidade e direito a contratos. Também, destaca-se que, em 1985, a ONU editou a Resolução 39/248, estabelecendo diretrizes²⁵² para que os Estados desenvolvessem, reforçassem ou mantivessem políticas de proteção ao consumidor.

No Brasil, o constituinte de 1988 ofereceu ao Direito do Consumidor *status* de direito e princípio fundamental, determinando ao legislador infraconstitucional que

²⁴⁹ Tradução nossa da mensagem especial ao Congresso dos EUA sobre a proteção dos interesses dos consumidores, em que o então presidente John Kennedy assumiu que “*consumers, by definition, include us all*”.

²⁵⁰ Segundo Comparato, “na verdade, esse ingresso recente da figura do consumidor nos textos constitucionais é bem compreensível, pois o próprio direito do consumidor, em seu conjunto, como realização de uma política pública, é algo de novo na evolução do Direito. Se se quiser datar sua origem, pode-se dizer que ela remonta a 1962, ano em que o Presidente Kennedy publicou sua famosa mensagem, definindo quatro direitos fundamentais dos consumidores”. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, n. 80, out./dez. 1990, p. 66-75, p. 67.

²⁵¹ REICH, Norbert. **Mercado y derecho**. Barcelona: Ariel, 1985, p. 164.

²⁵² Entre essas diretrizes elencou-se a necessidade de proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua segurança, fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores, fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais, além de educar o consumidor, criar possibilidade de real ressarcimento ao consumidor, garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidades para que estas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003, p. 12 e 13.

promulgasse lei apta a implementar a proteção e a defesa do consumidor, então ainda inédita no país.

Surgia, assim, a Lei 8.078/1990, intitulada Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC, como visto), que tem, portanto, clara raiz constitucional²⁵³, como atestam os artigos 5º, XXXII e 170, V da CF/88 e o artigo 28 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É, pois, na Constituição e na sua identificação do consumidor como sujeito a ser protegido que se encontra a própria garantia do Direito do Consumidor, direito fundamental²⁵⁴ que é.

Para compreender a definição de “consumidores ou usuários finais”, expressão eleita pelo legislador na Lei 8.884/1994, faz-se necessário buscar o auxílio do CDC, diploma que conceitua consumidor, no artigo 2º, *caput*, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final²⁵⁵”.

Aí se estabeleceu, como sintetiza Miragem²⁵⁶, o conceito de consumidor padrão, *standard*, complementado pela definição de consumidores equiparados, aqueles sujeitos que, independentemente da realização de um ato material de consumo *stricto sensu*, são substancial e funcionalmente consumidores – o que permite a aplicação “guarda-chuva” do CDC em favor da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo, entre outros, estendendo-se a sua tutela protetiva.

²⁵³ MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, jul./set. 2002, p. 111-132, p. 111.

²⁵⁴ Segundo Barroso, “cabe lembrar que a dogmática pós-positivista é assinalada pela centralidade dos direitos fundamentais e, portanto, toda interpretação deve procurar realizá-los na maior intensidade possível”. BARROSO, Luís Roberto. **Transformações da interpretação constitucional nos países de tradição romano-germânica**. Conferência proferida em Poitiers, França, em 2010, e disponibilizada no *site* “Migalhas”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=102615>. Acesso em: 07 jun. 2010.

²⁵⁵ E destinatário final, segundo Marques, “é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo pra uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção [...]”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 83.

²⁵⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81.

O consumidor, dessarte, poderá ser uma pessoa física ou jurídica que adquira produtos ou serviços ou que simplesmente os utilize, o que está de acordo com a nomenclatura escolhida pelo legislador, na Lei 8.884/1994, que optou pela expressão “consumidores ou usuários finais”.

Observa-se, entretanto, que esta escolha (“usuários finais”) guarda certa redundância, uma vez que a utilização integra a definição de consumidor, além da aquisição. Ademais, para o CDC, a presença do atributo de aquisição ou utilização do produto ou serviço como destinatário final caracteriza o sujeito como consumidor.

Entretanto, observa-se que, ao utilizar a expressão “usuários finais”, o legislador optou por excluir do grupo de beneficiários da distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da concentração aqueles usuários intermediários (caso dos fabricantes, distribuidores, importadores, entre outros).

Entre as correntes doutrinárias que se propõem a conceituar consumidor e os sujeitos que a ele se equiparam, destacam-se a finalista e a maximalista.

A primeira, considerando a qualidade de destinatário final fático e econômico que caracteriza o consumidor, é restritiva e destaca a finalidade não-profissional conferida ao produto ou serviço adquirido ou utilizado pelo sujeito. Para os finalistas, qualquer utilização do produto ou serviço a título de insumo da atividade econômica do adquirente ou usuário faz excluí-lo da categoria de consumidor.²⁵⁷

Já para a segunda, o artigo 2º, *caput*, deveria ser interpretado de forma extensiva, uma vez que o CDC seria aplicável, indistintamente, a todas as relações de consumo, instituindo normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais ora seriam consumidores, ora fornecedores.²⁵⁸

Miragem, contudo, sugere que o conceito de consumidor envolve a presença de dois elementos: a presença de alguma espécie de vulnerabilidade frente ao

²⁵⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 87.

²⁵⁸ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.

fornecedor do produto ou do serviço e a destinação econômica não-profissional do produto ou serviço consumido.²⁵⁹

A teoria finalista parece ser a mais adequada. Na hipótese legal pertinente ao controle estrutural segundo a qual “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, verifica-se, no que tange a “consumidores ou usuários finais”, que deve prevalecer a interpretação finalista, que os define pelo caráter da destinação não-profissional (excluindo-se eventual aquisição ou utilização do produto ou serviço a título de insumo da atividade econômica).

Com efeito, a interpretação maximalista, neste caso, conduziria a uma situação inoportuna, em que o consumidor de um dado insumo que fosse ao mesmo tempo participante da concentração poderia ser duplamente beneficiado pela distribuição de benefícios decorrentes da concentração – o que não seria razoável.

3.1.2 Consumidores e o controle da concentração de empresas

A concentração não é *a priori* algo prejudicial aos interesses do consumidor. Segundo Badin:

a concentração em si não gera prejuízo ao consumidor. Ela pode ser benéfica. E a diminuição da concorrência pode, muitas vezes, trazer benefícios se trouxer ganhos de escala que reduzam os custos de produção e viabilizem investimentos em inovação.²⁶⁰

²⁵⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 81-82.

²⁶⁰ Nesse sentido, entrevista concedida por Badin: BACOCINA, Denize Bacoccina; QUEIROZ, Guilherme. **Isto é dinheiro**. Grandes grupos, sim; cartéis, não. Economia. 12 mar. 2010. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/entrevistas/14773_GRANDES+GRUPOS+SIM+CARTEIS+NAO>. Acesso em: 05 set. 2010.

Portanto, são as condições que envolvem a operação concentracionista que determinarão se os direitos do consumidor serão preservados²⁶¹ ou se este será prejudicado pela diminuição das suas possibilidades de escolha, seja pela supressão evidente de agentes econômicos ou pela supressão não aparente, caso das empresas pertencentes a um mesmo grupo e que, aos olhos do consumidor, por apresentarem nomes ou marcas diferentes, parecem concorrentes, o que, em verdade, não se verifica. Ao contrário, nesses casos, cria-se uma ilusão para o consumidor, que acredita haver uma competição que é inexistente.

Outro aspecto que pode gerar danos é a aprovação de concentrações que não atendam ao requisito legal da distribuição dos benefícios decorrentes da concentração entre consumidores e participantes, seja pela aplicação equivocada de metodologias na análise das repercussões econômicas do ato, seja por *lobbies*, apoio governamental, enfim, pela prevalência de interesses privados sobre os sociais. Nos próximos tópicos, analisam-se essas metodologias.

Por fim, um viés que envolve o tema e pode ser utilizado para justificar o controle da concentração empresarial – enquanto possível forma de intervenção na propriedade, que é objeto de proteção jurídica, conforme previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) – é a função social da propriedade.

Essa função está vinculada ao requisito legal da distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da concentração (e inerentes a ela) entre seus participantes e consumidores ou usuários finais, à medida que o exercício de controle, pela autoridade de defesa da concorrência, não deixa de corresponder a uma verificação do atendimento à função social da propriedade, materializada na reunião de empresas que é apresentada, sob a perspectiva dos participantes, dos demais concorrentes, dos consumidores e da própria instituição concorrencial.

²⁶¹ VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-231, p. 222.

3.1.3 Benefícios

Entre os diversos propósitos da Lei de Defesa da Concorrência está promover a eficiência econômica que resulte na maximização da satisfação dos consumidores, tendo em contrapartida a maximização dos lucros dos produtores.²⁶²

Como o bem-estar dos consumidores está inequivocamente condicionado à sua liberdade de escolha, isto é, àquilo que lhes é ofertado, essa liberdade, que se pode considerar como um benefício, é preceito que deve ser perseguido, considerando-se os efeitos danosos que eventuais falhas nas alternativas de escolha podem causar.

Com efeito, Jaeger Junior lembra que qualquer prática concorrencial se torna suscetível de, em tese, afetar os interesses dos consumidores à medida que pode acarretar a supressão de um ou mais agentes econômicos do mercado, reduzindo as oportunidades de escolha do consumidor. Porém, mesmo admitindo-se essa possibilidade, conforme destaca o autor, “o benefício ao consumidor é o objetivo final do direito da concorrência”.²⁶³

Etimologicamente, o substantivo “benefício”²⁶⁴ deriva do latim (*beneficium*) e significa ganho, proveito, enfim, palavras que expressam a ideia de vantagem.

Ao buscar o termo “benefício” na Lei 8.884/1994, constata-se sua presença em três oportunidades, quais sejam: (i) artigo 35-B, § 8º, cuja redação trata do acordo de leniência; (ii) artigo 54, § 1º, II, segundo o qual “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, ou seja, aqui os benefícios constituem condição para a autorização de atos de concentração, como visto; e, por fim, (iii) artigo 55, que dispõe que:

²⁶² PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 64.

²⁶³ JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006 p. 243 e 248.

²⁶⁴ BENEFÍCIO. In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2010. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=benef%C3%ADcio>>. Acesso em: 14 out. 2011.

Art. 55. A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Nesse caso, se os benefícios decorrentes da concentração aprovada pela autoridade de defesa da concorrência não forem alcançados, a aprovação poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE.

Benefícios, no contexto do controle estrutural previsto pela Lei 8.884/1994, são resultados das eficiências conquistadas com a concentração, não se resumindo a um sinônimo de eficiência, em nossa opinião.

Questão importante é determinar o prazo em que se considerará a distribuição de benefícios aos consumidores ou usuários finais. Se o prazo for curto, há maiores chances de não aprovação do ato de concentração. Se o prazo for longo, crescem as possibilidades de aprovação, uma vez que se poderia observar a dinâmica das eficiências. Desse modo, mais operações poderiam vir a ser aprovadas.

3.1.4 Distribuição de benefícios

A tutela do consumidor é pensada no Estado constitucional sob a perspectiva dos direitos fundamentais, dotados de função principiológica e eficácia imediata. Justifica-se, pois, a identificação da distribuição equitativa²⁶⁵ dos benefícios

²⁶⁵ Equidade (de *aequus*, igual), segundo o dicionário, significa igualdade, retidão na maneira de agir, reconhecimento dos direitos de cada um. No dicionário pesquisado, inclusive, constatou-se a presença de um exemplo interessante, a seguir colacionado: “vender com equidade” significa contentar-se com um ganho razoável, sem se valer da necessidade que o comprador tem do gênero. Equitativa, então, é uma distribuição “justa”, em que há equidade. EQUIDADE. In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**, 2011. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=equidade>>. Acesso em: 14 ago. 2011.

decorrentes da concentração entre “os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro” como o requisito *primus inter pares* (primeiro entre iguais) entre os demais requisitos estabelecidos pela norma concorrencial, isto é, como a condição de aprovação preferencial em relação às demais.

A lei brasileira estabelece, como visto, que os benefícios decorrentes da concentração (e efeitos do ganho de eficiência) devem ser compartilhados entre os “consumidores ou usuários finais” e os participantes da concentração de forma equitativa.

Contudo, não há uma definição sobre a forma de distribuição desses benefícios, que estão associados *grosso modo* à redução de custos (enquanto as perdas estão associadas à elevação de preços propiciada pelo maior poder de mercado das empresas reunidas após a operação concentracionista), embora existam outras facetas dos benefícios, isto é, outras formas de manifestação.

A análise de eficiências (que resultarão em benefícios) como justificativas de um ato de concentração de empresas do qual decorram efeitos anticompetitivos deve observar algumas especificidades, de modo a justificar as perdas de bem-estar geradas pela operação concentracionista em virtude da criação de uma situação de poder de mercado.

É consenso admitir que as eficiências devem ser consideradas como compensatórias de eventual redução da concorrência (e da consequente perda de peso morto²⁶⁶ associada ao exercício de poder de mercado) se:

- i. forem específicas da operação, ou seja, não puderem ser atingidas por outro meio;
- ii. forem razoavelmente demonstradas, em termos quantitativos, inclusive;
- iii. compensarem os riscos impostos à livre concorrência; e

²⁶⁶ O peso morto envolve a perda monetária que uma determinada comunidade sofre devido ao exercício do poder de mercado de um agente econômico. SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André M. de. A perda do peso morto e a elasticidade-preço da demanda do setor siderúrgico no Brasil. **Estud. Econ.** v. 36, n.1, São Paulo, jan./mar.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000100006>. Acesso em: 16 out. 2011.

- iv. puderem ser repartidas com o consumidor, nos termos da doutrina *price standard*, que será aprofundada no próximo tópico.

Nesse sentido, colaciona-se o item 72 do Guia, no que tange às condições para a admissão de eficiências na análise de atos de concentração:

72. Verificação. Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.²⁶⁷

3.1.5 Avaliação dos benefícios

A efetivação voluntária de uma transação entre fornecedor e consumidor propicia benefícios²⁶⁸ para ambas as partes, sendo que se assim não fosse não haveria sequer incentivo para que se realizasse.²⁶⁹

A avaliação dos benefícios aos consumidores ou usuários finais deve estar baseada em evidências, em dados factíveis, considerando o caráter de supressão de um ou mais agentes econômicos que toda operação de concentração apresenta.

A verificação das eficiências envolvidas em uma concentração apresenta problemas que compreendem desde a sua aferição até a viabilidade em seu efetivo estabelecimento. As dificuldades em verificá-las variam conforme as características do setor que está em análise. Por exemplo, em segmentos cuja produção é

²⁶⁷ Portaria conjunta SEAE/SDE 50/2001.

²⁶⁸ Para a avaliação dos referidos benefícios são frequentemente utilizados os conceitos de excedente do consumidor e de excedente do produtor, vistos a seguir.

²⁶⁹ Excedente do produtor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-produtor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-produtor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

complexa, a análise das eficiências que resultam da operação pode se tornar inviável. Em outros setores, pode simplesmente não ser possível determinar as eficiências que advirão da concentração isoladamente.²⁷⁰

A análise de eficiências decorrentes da concentração tem motivado ampla discussão doutrinária e, conseqüentemente, tem recebido tratamento diverso pela legislação de diversos países.

Na jurisprudência internacional destaca-se a aplicação de alguns critérios, ou métodos de análise, quais sejam:

- i. excedente total (também chamado critério de Williamson);
- ii. *price standard* (preço padrão);
- iii. excedente do consumidor (*consumer surplus*);
- iv. Hillsdown; e
- v. excedente ponderado.

Conforme Oliveira e Rodas, prevalecem os dois primeiros critérios.²⁷¹

Nos EUA, utilizam-se os critérios *price standard* e do excedente do consumidor, que também são utilizados na UE. Na Austrália, utiliza-se o critério do excedente do consumidor, enquanto no Canadá prevalece a utilização do critério Hillsdown.

O critério do excedente total (critério de Williamson) enfatiza o efeito que a operação tem sobre o excedente total, formado pelo excedente do produtor e pelo excedente do consumidor²⁷².

²⁷⁰ SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240, p. 237.

²⁷¹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 125.

²⁷² O excedente do consumidor é o benefício total, ou valor total, que os consumidores recebem além daquilo que pagam pelo bem ou serviço adquirido. Verifica, mensura o benefício líquido agregado obtido pelos consumidores a partir de um mercado competitivo. Por exemplo, em mercados não regulamentados e competitivos, consumidores e produtores compram e vendem conforme o preço de mercado que prevalece. Entretanto, para alguns consumidores, o valor de um bem ou serviço excede tal preço de mercado, significando que eles estariam dispostos a pagar mais (pelo bem ou serviço) caso fosse necessário. PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 286.

O primeiro corresponde ao montante (em unidades monetárias) de que este se beneficia por produzir as quantidades que lhe proporcionam a maximização do seu lucro. Na prática, este excedente resulta do fato de, para quantidades oferecidas inferiores à que se acaba por verificar no mercado (pelo equilíbrio entre oferta e procura), uma empresa estar disposta a oferecer o seu produto a preços inferiores ao que acaba por conseguir obter.²⁷³

De fato, o preço a que uma empresa está disposta a oferecer a segunda unidade do produto que comercializa é por regra inferior ao preço a que oferece a primeira e assim sucessivamente. Logo, quando ela consegue praticar um preço para a primeira unidade superior ao que estava disposta a aceitar, obtém um benefício correspondente à diferença entre os dois valores. O mesmo acontece para todas as unidades anteriores à última oferecida para o preço que acaba por prevalecer no mercado, sendo o benefício de cada uma delas decrescente.²⁷⁴

Destaca-se, ainda, que o valor do benefício obtido pelo produtor numa transação ultrapassa normalmente o valor dos lucros obtidos pelo fato de os custos de carácter fixo serem suportados independentemente da quantidade produzida.²⁷⁵

Portanto, no curto prazo, quando os custos fixos são positivos (e quase sempre o são), o excedente do produtor é sempre maior do que o lucro total.²⁷⁶

Já o segundo corresponde à medida em unidades monetárias do benefício obtido pelo consumidor como resultado de uma transação que tenha efetuado. A existência de um benefício para o consumidor como consequência de uma transação resulta do fato de, para quantidades inferiores àquela que efetivamente acabou por adquirir, o preço que ele estava disposto a pagar ser superior ao que na prática acaba por suportar. Por sua vez, esse fato resulta de a utilidade marginal obtida pelo consumidor por cada unidade de produto ser decrescente. Assim, para a

²⁷³ Excedente do produtor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-produtor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-produtor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

²⁷⁴ Excedente do produtor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-produtor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-produtor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

²⁷⁵ Excedente do produtor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-produtor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-produtor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

²⁷⁶ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel. L. **Microeconomia**. 6. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005, p. 237.

aquisição de apenas uma unidade do produto, o consumidor estaria disposto a suportar um determinado preço, superior ao que acaba por efetivamente pagar. A diferença entre os dois valores é o excedente do consumidor na compra da primeira unidade. Tendo em conta que o valor que o consumidor está disposto a pagar pela segunda unidade é inferior ao aceite para a primeira, e partindo do pressuposto de que o preço que acaba por ser pago é ainda mais baixo, o excedente da segunda unidade corresponde à diferença entre o preço que o consumidor estaria disposto a pagar por ela e o preço que acaba por suportar. Assim sendo, o consumidor obtém um excedente em cada uma das unidades anteriores à última por ele adquirida, sendo esse excedente decrescente. Em suma, o equivalente monetário da utilidade total retirada dos produtos adquiridos é superior ao valor gasto.²⁷⁷

Este excedente surge porque se recebe de um produto ou de um serviço mais do que aquilo que se paga, em resultado da lei da utilidade marginal decrescente. O excedente é elevado, por exemplo, no caso do ar, em que a utilidade é elevada (inestimável) e o preço, ao contrário, é nulo.²⁷⁸

Considere-se, ainda, o consumo de uma garrafa d'água que custe R\$ 8,00. Um indivíduo com sede estaria disposto a pagar pela água um valor superior, por exemplo, R\$ 10,00. O excedente, nesta hipótese, seria equivalente a R\$ 2,00. Por uma segunda garrafa, imagine-se que estaria disposto a pagar R\$ 8,50. Isto significaria, então, um excedente de R\$ 0,50. Entretanto, a partir de certo momento, uma vez saciada a sede, o indivíduo não estaria disposto a dar, por exemplo, R\$ 7,00 pela garrafa d'água.

A concentração pode elevar o excedente total à medida que gere redução de custos (benefício pertencente ao produtor e, portanto, excedente seu) e que esta redução seja repassada ao consumidor, sob a forma de redução de preços, por exemplo, o que significaria aumento do excedente do consumidor.

Porém, *a posteriori*, pode haver uma diminuição do excedente do consumidor em virtude de uma elevação do preço, viabilizada pelo aumento de poder de

²⁷⁷ Excedente do consumidor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-consumidor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-consumidor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

²⁷⁸ Excedente do consumidor. Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2011. Conforme informações disponíveis em: <[http://www.infopedia.pt/\\$excedente-do-consumidor](http://www.infopedia.pt/$excedente-do-consumidor)>. Acesso em: 14 jun. 2011.

mercado provocado pela concentração de empresas²⁷⁹ – o que demonstra que esse critério não atende, de forma eficaz, a exigência legal pertinente à distribuição dos benefícios entre os consumidores.

Pelo critério de Williamson, a característica prevalecente é privilegiar a existência do excedente do produtor, sendo que o excedente do consumidor tem caráter eventual, isto é, sua inexistência não compromete a aprovação da concentração.

Já no modelo *price standard*, o ato de concentração somente poderá ser aprovado pela autoridade de defesa da concorrência se as eficiências demonstrarem ser suficientes para evitar uma elevação de preços, presente ou futura.

Nesse sentido, Fisher e Lande²⁸⁰ apresentam uma visão distinta da análise das eficiências geradas por atos de concentração (com o critério *price standard*), mais direcionada ao bem-estar do consumidor. Segundo Lande, “*wealth transfers demonstrated that the antitrust laws were intended to be, and are best viewed as, a type of consumer protection statute*”²⁸¹.

De acordo com o critério *price standard*, o preço cobrado após a implementação da operação analisada deveria ser tomado como principal variável na análise das eficiências geradas por uma operação de concentração de empresas, de forma a evitar uma redução do excedente do consumidor.²⁸² E, para que isso ocorra, a redução de custo deve ser expressiva, demonstrando que não haverá aumento de preço posterior.

A diferença entre os dois modelos está, basicamente, na distribuição do bem-estar gerado por uma operação concentracionista. De acordo com o modelo de

²⁷⁹ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 125.

²⁸⁰ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 106.

²⁸¹ Em tradução livre: “transferências de renda demonstraram que as leis antitruste foram destinadas a ser e são mais vistas como um tipo de estatuto de defesa do consumidor” (tradução nossa). LANDE, Robert H. Proving the obvious: the antitrust laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency). **Hastings Law Journal**, v. 50, April. 1999, p. 959. Disponível em : <<http://home.ubalt.edu/ntlalend/Articles.html>>. Acesso em: 20 set. 2011.

²⁸² FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 106.

Williamson, basta que a redução de custos para as empresas envolvidas na operação concentracionista seja superior à perda de peso morto (*deadweight loss*) gerada pelo aumento de preços decorrente do exercício de poder de mercado possibilitado pelo incremento de *market share*.²⁸³

Já o modelo *price standard* exige, além disso, que exista uma distribuição dos efeitos positivos gerados pela operação concentracionista. Desse modo, não basta que exista uma redução de custos. É necessário também que o consumidor não sofra qualquer prejuízo, no que tange ao regime de preços, impondo-se como requisito de aprovação da concentração que os preços pós-operação concentracionista sejam iguais ou inferiores àqueles praticados no mercado pré-concentração.²⁸⁴

Portanto, pelo critério *price standard*, as eficiências devem ser mais expressivas do que aquelas associadas ao excedente total.

O critério do excedente do consumidor advoga que a concentração não pode provocar redução do excedente do consumidor.

Muito semelhante ao critério *price standard*, o excedente do consumidor admite, entretanto, outras variáveis que afetam o bem-estar do consumidor – além do preço (como a qualidade do produto ou serviço oferecido após a concentração, a variedade de opções, a acessibilidade – o que envolve a distribuição, além da produção, da capacidade de inovação do *player*, entre outros fatores).

Portanto, em tese, o preço do produto ou serviço, após a concentração, poderia ser maior do que no cenário anterior, contanto que houvesse aumentos compensatórios de qualidade, por exemplo.

Por outro lado, mesmo que o preço mantenha-se inalterado após a concentração, o ato de concentração apresentado à autoridade de defesa da

²⁸³ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 106.

²⁸⁴ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 106.

concorrência poderá não ser aprovado caso implique redução da qualidade ou do número de marcas, da variedade de produtos, entre outras consequências.

O critério Hillsdown trata-se de um critério mais rígido do que o excedente total e mais flexível do que os critérios *price standard* e excedente do consumidor.

É criticável porque, à semelhança do critério do excedente total, os consumidores podem experimentar uma redução de bem-estar social.

O critério do excedente ponderado trata-se de um critério semelhante ao excedente total. Contudo, propõe que cada excedente seja ponderado em função da importância, do “peso” que ocupa no bem-estar social.

Esses “pesos” variam conforme os mercados envolvidos e, portanto, conforme as peculiaridades dos produtores e consumidores especificamente atingidos pela concentração. É uma forma mais personalizada de análise, mas que pode dar margem ao arbítrio na determinação da importância dos excedentes envolvidos.

3.1.6 Escolha da forma avaliativa

Considerando os modelos elencados no tópico anterior, conhecidos da jurisprudência nacional e internacional, discute-se qual dessas formas avaliativas está mais adequada ao caso brasileiro, uma vez que a Lei de Defesa da Concorrência não é precisa acerca de qual critério deva ser adotado pelo SBDC (questão que persiste no projeto de lei recém aprovado).

Como a norma concorrencial estabelece como condição da aprovação da concentração que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, o critério *price standard*, segundo Oliveira e Rodas, é o mais adequado²⁸⁵ à

²⁸⁵ Também apresenta essa conclusão a FGV. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 112.

Lei 8.884/1994.²⁸⁶ Inobstante isso, ao longo da vigência dessa lei, como será visto, este critério foi adotado em uma única oportunidade.

Isso posto, a Lei 8.884/1994 e aquela que deverá substituí-la (de acordo com o texto aprovado no Congresso Nacional e que aguarda sanção presidencial), ao apontarem a necessidade de as eficiências decorrentes da concentração reverterem seus benefícios para os “consumidores ou usuários finais”, aproximam-se dos modelos *price standard* e excedente do consumidor, que são mais fidedignos ao modelo de controle desenhado por elas do que os demais.

A teoria subjacente a essa perspectiva é a da justiça distributiva, uma vez que há, no controle da concentração, uma inegável concepção redistributiva da eficiência (isto é, da conquista de eficiência proporcionada pela concentração e dos benefícios resultantes desta eficiência).

A justiça distributiva²⁸⁷, em seu sentido moderno²⁸⁸, invoca o Estado para garantir que a propriedade seja distribuída para toda a sociedade de modo que todos possam se suprir com um certo nível de recursos materiais.²⁸⁹

As discussões sobre justiça distributiva envolvem principalmente a quantidade de recursos que se deve garantir e o grau de interferência estatal²⁹⁰ necessário para que esses recursos sejam distribuídos. Se a quantidade de bens que os sujeitos devem ter for baixa, é possível que o mercado possa garantir uma distribuição adequada; se todos devem ter uma proteção relativamente ampla, que assegure um mínimo de bem-estar, o Estado poderá ter de redistribuir bens para corrigir as imperfeições do mercado; se, por fim, cada sujeito deve ter uma parcela igual de

²⁸⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 127.

²⁸⁷ Há, ainda, a justiça comutativa, associada à ideia de correção.

²⁸⁸ Em seu sentido aristotélico, a justiça distributiva exigia que pessoas merecedoras fossem recompensadas de acordo com seus méritos. Implicava primariamente a distribuição de *status* político, sem relacionar-se ao direito de propriedade. Então, os significados contemporâneo e antigo da expressão são muito diferentes. FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 09.

²⁸⁹ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 08.

²⁹⁰ “A justiça distributiva é entendida como necessária a qualquer justificação de direitos de propriedade, e de tal forma que pode até mesmo implicar a rejeição da propriedade privada”. FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 08.

todos os bens, então é provável que a propriedade privada e o mercado tenham de ser inteiramente substituídos por um sistema estatal de distribuição de bens.²⁹¹

Portanto, a arquitetura de controle da concentração, conforme prevista pela norma concorrencial brasileira, ao prever a distribuição dos benefícios inerentes à concentração entre consumidores e seus participantes, demonstra que a concentração poderá ser aceita se e somente se a Administração puder assegurar que haverá a redistribuição, a partilha de benefícios – o que reafirma a adoção dos modelos *price standard* e excedente do consumidor.

Com efeito, tem-se a opinião de que, se sancionada a lei²⁹² recentemente promulgada pelo Congresso Nacional, que prevê no artigo 88, § 6º a possibilidade de autorização dos atos de concentração que impliquem

eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços [...].

desde que sejam observados os limites “estritamente necessários” para atingir os objetivos de

I - cumulada ou alternativamente:
 a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
 b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

e desde que, conforme o inciso II, “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”, haverá um inegável retrocesso na rede de

²⁹¹ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 08.

²⁹² O texto originalmente proposto e o aprovado, com destaques, estão disponíveis no site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>>. Acesso em: 10 out. 2011.

proteção dos consumidores²⁹³ que é oferecida pelo Direito Concorrencial, particularmente no controle estrutural.

A aprovação deste texto pode significar passar de um modelo em que existe, como condição de aprovação dos atos de concentração passíveis de notificação ao Sistema, a necessidade imperiosa de uma distribuição equitativa dos benefícios decorrentes entre os participantes da concentração e os consumidores ou usuários finais – condição esta que tem repercussão importante na eleição dos critérios de avaliação da operação concentracionista, como visto neste tópico, e vincula-se substancialmente à ideia de justiça distributiva – a um modelo em que a condição de aprovação da concentração seria o mero repasse aos consumidores de “parte relevante dos benefícios decorrentes”, podendo configurar uma abertura à subjetividade que é temerária.

Há, pois, uma ampliação da discricionariedade. Afinal, o que seria uma “parte relevante dos benefícios decorrentes” da concentração? Qual seria o propósito do legislador ao adotar essa nova construção linguística “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”, ao invés daquela já positivada “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”?

Percebe-se, portanto, que uma eventual substituição das condições de aprovação de atos de concentração, nos moldes vistos, poderá significar a possibilidade de arbítrio da autoridade de defesa da concorrência à medida que o parâmetro legal de “distribuição equitativa dos benefícios” desapareceria em prol do “repasso de parte relevante dos benefícios”, o que significa dizer que a norma será esvaziada de parâmetros, considerando que (i) *a priori* o repasse de parte relevante dos benefícios não significa o mesmo para as partes envolvidas na concentração e para os consumidores, pela evidente oposição de interesses, que é presumida, e pela reconhecida vulnerabilidade do consumidor, e que (ii) a condição de assegurar tão-somente o “repasso” poderá sobrepor a aplicação de outros critérios ao interesse

²⁹³ Nesse sentido, Miragem comenta que, como parte da ordem constitucional positiva, e tendo sido desenvolvido por expressa determinação da CF/88, o Direito do Consumidor não pode ser afastado ou desconsiderado na atividade de regulação econômica. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1149.

dos consumidores²⁹⁴, substancialmente menos priorizados do que no modelo vigente.

3.1.7 Outras formas de controle

Se houver alguma falha no controle estrutural e, com isso, surgirem as condutas lesivas à ordem econômica, há a previsão de uma espécie de “controle externo”, consubstanciado na possibilidade de proposição de ações que busquem interromper a prática e indenizar o(s) sujeito(s) lesado(s).

Entretanto, considerando um cenário de aprovação irrestrita ou condicional de determinado ato de concentração, desconsiderando os parâmetros legais, em caso passível de reprovação, antes mesmo de haver condutas prejudiciais à ordem econômica, aos consumidores, recorda-se que é também possível o questionamento da aprovação da concentração na esfera judicial.

Além disso, deve-se considerar que o Ministério Público Federal (MPF) atua nos julgamentos realizados pelo CADE, incluindo-se aí os julgamentos dos processos administrativos que envolvem atos de concentração. Entretanto, segundo a lei promulgada pelo Congresso Nacional, ainda pendente de sanção presidencial, a atuação do representante do MPF no CADE foi reduzida aos processos de conduta, excluída sua atuação nos processos dos atos de concentração, o que é, em nossa opinião, outro retrocesso presente na lei que deverá substituir a atual norma concorrencial.

Ademais, a representação do MPF no CADE atende às demandas daqueles agentes econômicos de menor porte, que se vêem ameaçados diante de

²⁹⁴ Meledo-Briand situa o interesse do consumidor como um critério do Direito da Concorrência. Segundo a autora, “a problemática merece um estudo destinado a descobrir se a noção, uma vez invocada, é critério em si mesma, ou o é como elemento do interesse econômico global, ou seja, como índice de eficiência econômica”. MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 39-59, p. 55.

concentrações. Portanto, sancionada a nova lei, esse papel do MPF somente poderá ser exercido pelos procuradores em cujos ofícios sejam sentidos os possíveis efeitos da concentração (condutas).

Direito de ação

Os prejudicados por condutas anticoncorrenciais podem requerer diretamente ao Poder Judiciário a cessação das práticas que constituam infração à ordem econômica, o que incentiva o ativismo social também no caso de condutas anticoncorrenciais que sejam resultado de um controle estrutural ineficaz. Pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, constitucionalmente assegurado, evidentemente não é necessário que o lesado provoque primeiramente o CADE.

A Lei 8.884/1994 prevê que o lesado postule, além da cessação da prática, indenização por perdas e danos decorrentes da conduta ilícita. Caso se trate de ofensa a interesse individual (hipótese menos factível), apenas o próprio prejudicado poderá pleitear a indenização em juízo.²⁹⁵

Se, entretanto, a lesão ofender interesses que transponham a esfera individual, (atingindo os chamados direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos), terão legitimidade para a ação de indenização o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da administração pública direta e indireta e as associações, conforme prevê a Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública).

²⁹⁵ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39, p. 18 e 19.

Associações de Consumidores

A Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no artigo 4º do CDC, é orientada por uma ação governamental que proteja efetivamente o consumidor, seja por iniciativa direta, por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas dos consumidores²⁹⁶ ou pela presença do Estado no mercado de consumo.

Ao disciplinar a legitimidade ativa das associações para a defesa coletiva, o CDC estabeleceu como requisito objetivo desta legitimação que essas entidades já estivessem constituídas, antes da propositura da ação, há pelo menos um ano. Como observa Miragem, com o estabelecimento deste requisito, pretendeu-se evitar o ajuizamento de ações por associações sem densidade associativa, constituídas sem outra função a não ser litigar contra determinados fornecedores.

Todavia, o próprio CDC atribui ao juiz o poder de dispensar o requisito da pré-constituição, nas ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, quando exista manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.²⁹⁷

Ainda, se a constituição da associação estiver relacionada diretamente à infração do direito que ela visa defender em juízo, haverá dispensa do prazo de pré-constituição. Este é o caso, como lembra Miragem, das associações de vítimas de

²⁹⁶ Segundo o CC, as associações são pessoas jurídicas de direito privado caracterizadas pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. A determinação dos fins da associação, segundo se depreende do artigo 82, IV do CDC, é o critério essencial para aferir-se sua legitimidade, uma vez que apenas poderão promover a tutela coletiva as associações que possuam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 370.

²⁹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 371.

determinados acidentes de consumo, cuja constituição vincula-se à existência do fato danoso a ser indenizado em juízo.²⁹⁸

Cadastro nacional de infrações à ordem econômica

A Portaria conjunta SDE/CADE 58/2009 estabeleceu mecanismos de atuação integrada entre a SDE, por meio do DPDC, e o CADE, para a criação do cadastro nacional de infrações à ordem econômica, iniciativa que tem caráter dissuasivo importante.

Segundo esta portaria, o CADE deverá notificar o DPDC, por meio de ofício registrado nos autos do processo administrativo sancionador respectivo, da decisão que determinar ao infrator a pena prevista no artigo 24, III, da Lei 8.884/1994 (inscrição no cadastro). O DPDC, então, deverá providenciar a inscrição do infrator e fazer constar seu nome no cadastro, em até 5 dias do recebimento da notificação do CADE.

3.2 Análise do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto)

Esta etapa da pesquisa fundamentou-se em versões públicas dos pareceres, votos e decisões disponíveis na base de dados do CADE, em artigos e informações publicados pela imprensa e, ainda, em publicações especializadas.

Considerando o número expressivo de informações sobre atos de concentração disponíveis na base de dados virtual do CADE (no período

²⁹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 371.

compreendido entre 2000 e 2010, foram distribuídos 6.032²⁹⁹ atos de concentração à autarquia) e a impossibilidade de análise da sua totalidade, embora oportuna, tornou-se necessário selecionar alguns casos que, por suas características e afinidade com o tema, foram analisados ao longo da pesquisa. Entre esses casos, destacou-se como *leading case* da jurisprudência administrativa brasileira o caso Nestlé/Garoto.

As informações utilizadas foram coletadas do *site* do CADE, por meio das ferramentas (i) consulta de jurisprudência e (ii) consulta processual. A escolha do caso baseou-se em critérios como o ineditismo, a repercussão jurídica, econômica e social e a possibilidade de afetar os interesses dos consumidores. Resultou daí o seguinte caso: Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto), que é um dos raros exemplos de desaprovação, pelo CADE, de operações concentracionistas.

Além disso, no *site* do CADE, por meio do *link* “consulta de jurisprudência”, realizou-se uma pesquisa utilizando os seguintes termos como filtro: “*price standard*”, “excedente do consumidor”, “excedente total” e “Williamson”, que são os principais modelos de análise utilizados pelas autoridades de defesa da concorrência. Da pesquisa baseada no primeiro termo, resultaram três indicações do mesmo ato, que é o Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto).

Entretanto, utilizando-se os outros termos como parâmetro de pesquisa, encontrou-se apenas um ato de concentração, que é o 08012.008958/2003-72 (caso R. J. Reynolds/Brown&Williamson), que não envolveu o modelo de Williamson, surgindo como resultado da busca apenas pelo fato de o termo pesquisado compor, casualmente, o nome de uma das partes requerentes. Dessa forma, ao pesquisar-se os termos “Williamson” e “excedente total”, nenhuma jurisprudência relacionada ao modelo do excedente total foi encontrada pelo sistema virtual de consulta de jurisprudência da autarquia. Tampouco houve indicação de caso indexado com o critério do excedente do consumidor.

²⁹⁹ Informação disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>>. Acesso em: 25 jan. 2011.

3.2.1 Caso gerador

Em fevereiro de 2002, a subsidiária brasileira do grupo suíço Nestlé (com atuação transnacional em segmentos diversos, destacando-se o de alimentos), Nestlé Brasil Ltda., adquiriu a Chocolates Garoto S. A., submetendo a operação à apreciação do CADE, em 15.03.2002, conforme determina o artigo 54 da Lei 8.884/1994.

A subsidiária brasileira da Nestlé, a partir disso, passaria a deter a totalidade do capital social da Garoto, uma empresa brasileira familiar, produtora de chocolates (sob várias formas) e confeitos com participação importante no mercado nacional.

Porque a aquisição da Garoto pela Nestlé poderia causar concentração de mercado e concretizar a posição dominante da Nestlé (que já detinha participações importantes em diversos mercados) – diminuindo ou eliminando a competição e, em consequência, possibilitando aumento arbitrário dos lucros mediante o controle dos preços pela sociedade remanescente – fez-se necessária a submissão da operação (que de qualquer forma preencheria os requisitos objetivos do faturamento e do *market share*, já examinados) ao Sistema.

Entretanto, dois dias antes de ocorrer a notificação formal do ato ao SBDC, a SEAE encaminhou ao CADE requerimento a fim de que aquela autarquia adotasse medida cautelar para “prevenir efeitos anticompetitivos derivados da operação”³⁰⁰.

O CADE, então, solicitou a manifestação da SDE quanto ao requerimento e, também, das empresas envolvidas na concentração. As empresas, evidentemente, foram contrárias ao requerimento, ao passo que o secretário da SDE concordou com os termos do pedido realizado pela SEAE. As concorrentes Cadbury e Kraft Foods (leia-se Lacta) peticionaram ao CADE a fim de que a autarquia adotasse medida cautelar para que fosse suspensa a implementação da concentração anunciada.

³⁰⁰ Conforme o relatório do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301791824.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

Em 27.03.2002, o CADE firmou um APRO com as empresas envolvidas na concentração (Nestlé e Garoto), com vigência até a data do julgamento final do ato de concentração.

O acordo objetivava “resguardar as condições do mercado relevante de forma a evitar a ocorrência de danos irreversíveis no mesmo até que o Plenário do CADE tenha uma decisão final sobre o ato de concentração”.³⁰¹. Previa, por exemplo, que as partes (i) não alterariam suas estruturas, logística e práticas de distribuição e comercialização, (ii) não dispensariam empregados e (iii) continuariam a utilizar suas marcas e produtos.

No mercado de produtos de chocolate em geral, a Garoto era, naquela ocasião, a terceira maior empresa do Brasil, enquanto a Nestlé e a Kraft Foods alternavam-se na posição de liderança. A aquisição anunciada aumentaria significativamente a concentração horizontal no mercado de chocolates em geral.

Uma questão inicial a ser apreciada era se o mercado de “chocolates em geral” constituiria um mercado relevante apropriado para a análise, uma vez que havia outros mercados possíveis, tais como “caixas de chocolate”, “barras”, “doces e ovos de Páscoa”.

As partes envolvidas na operação, e a Kraft, como interessada, encaminharam estudos de definição de mercado que confrontavam entre si, empregando modelos de elasticidade de preço para estimar as reações do consumidor aos preços relativos entre diferentes formatos de chocolate e marcas de chocolate. As empresas envolvidas na operação também apresentaram estimativas

³⁰¹ Conforme o relatório do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301791824.pdf>. Acesso em: 09 set. 2010.

econométricas³⁰² para determinar o grau de rivalidade concorrencial resultante da concentração.

Pela primeira vez, em um controle de concentração, no Brasil, as requerentes enviaram estudos de simulação, que a Kraft (concorrente interessada em evitar a concentração) rebateu por meio de estudos próprios de simulação.

Os estudos, elaborados para analisar os efeitos decorrentes da concentração no que tange a preços e quantidades, também objetivavam estimar a redução em custos marginais necessária para compensar o aumento de poder de mercado da empresa resultante da concentração.

Os resultados dramaticamente diferentes obtidos pelos estudos apresentados obrigaram o CADE a considerar um grande número de questões metodológicas associadas a modelos de simulação, incluindo identificação da função de demanda relevante, avaliação da imprecisão estatística associada a estimativas de elasticidade de demanda, entre outras. Algumas questões, além daquela atinente ao mercado relevante, foram altamente contestadas, incluindo a possibilidade de barreiras à entrada e as perspectivas de expansão de marcas rivais. Novamente, pela primeira vez, no Brasil, as requerentes apresentaram um estudo detalhado das eficiências da concentração, estudo este elaborado por uma auditoria independente.³⁰³

³⁰² Segundo Farina, “é inquestionável o crescimento do uso de estimações empíricas nos casos antitruste no mundo. No Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) isso não é diferente, a ponto de ter merecido do Prof. José Tavares Araújo Jr. a denominação de ‘fetiche da econometria’. O ato de concentração que deu origem à AMBEV foi o primeiro a utilizar estimações econométricas da demanda para embasar a definição do mercado relevante. (...) No caso Nestlé-Garoto, também foi estimada a demanda de chocolates com base em dados coletados pela ACNielsen. Foi possível calcular, com base em modelos econométricos, as respostas dos consumidores a variações de preço de diferentes apresentações e embalagens de chocolate, incluindo as variações entre marcas. Utilizando esses valores de reação dos consumidores, foram feitas simulações sobre o incentivo para que a empresa resultante da operação elevasse preços depois de consumada a aquisição. A simulação permitiu também que se calculasse qual redução de custo seria necessária para que os preços dos chocolates não sofressem alteração e, dessa forma, o consumidor não fosse afetado pelo ato de concentração em análise”. FARINA, Elisabeth. Modelos Econômicos e Estimções Empíricas em Casos Antitruste. **CADE informa**, Brasília: CADE, n. 09, set. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n009/artigo.htm>>. Acesso em: 14 out. 2011.

³⁰³ Conforme o documento “Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares”. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/34/15/35684126.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2011.

A investigação sobre os efeitos potenciais da concentração foi uma das mais longas da história do CADE. A coleta de informações e evidências, a produção de análises, o debate intenso entre pareceristas das empresas envolvidas direta e indiretamente na concentração (notificantes do ato e impugnantes) prolongou³⁰⁴ o julgamento do ato de concentração, que ocorreu somente após cerca de dois anos da realização da operação, em 04.02.2004.

Segundo o CADE, os estudos econométricos demonstraram uma alta elasticidade cruzada de demanda entre os vários segmentos de mercado para chocolates e entre as diferentes marcas, o que significava que o mercado relevante abrangia chocolates de todas as formas (excetuando-se os de origem caseira) no mercado nacional brasileiro. A autarquia também observou que as importações não seriam significativas no mercado e que havia barreiras à entrada de novos *players*.

Esse julgamento, de impactos midiático e social importantes, foi um dos raros exemplos de desaprovação de atos de concentração na história concorrencial brasileira e o único³⁰⁵ em que se utilizou o modelo *price standard* na análise das eficiências decorrentes da concentração. Assim, restou reprovada, pelo CADE, a operação concentracionista notificada (que envolvia o mercado relevante material de (i) balas e confeitos, (ii) achocolatados, (iii) cobertura de chocolate e (iv) chocolates sob todas as formas e o mercado relevante geográfico restrito ao território brasileiro) porque não significaria redução nos custos variáveis e o grau de rivalidade remanescente no mercado seria insuficiente para evitar os aumentos de preço, de forma que não havia qualquer remédio estrutural capaz de reduzir os efeitos negativos da elevação da concentração.

Nestlé e Garoto, então, propuseram ação judicial questionando a legalidade da decisão, que teria desrespeitado o devido processo legal ao exceder o prazo de tramitação do processo, que é de 120 dias, a teor do disposto nos §§ 6º e 7º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, o que de fato aconteceu. Na sentença (prolatada em março de 2007), o juiz federal decidiu aprovar

³⁰⁴ O que evidencia a inadequação do prazo exíguo previsto na norma concorrencial para a realização da análise pelo Sistema, considerando a atual estrutura do SBDC.

³⁰⁵ Conforme demonstrou a pesquisa realizada na base de dados eletrônica do CADE.

o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.3.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação.³⁰⁶

Após a decisão de primeira instância, a ProCADE apelou da decisão, que foi recebida nos efeitos suspensivo e devolutivo. Atualmente, o caso encontra-se *sub judice*, já tendo sido julgado também em segunda instância.

A 5ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região decidiu, ao julgar a Apelação Cível 2005.34.00.015042-8, em 09.09.2010, reformar a sentença, determinando a anulação do julgamento realizado pelo CADE com excesso de prazo e determinando, em consequência, que o caso seja rejulgado pela autarquia.

3.2.2 Opinião da SEAE

Em seu relatório, a secretaria³⁰⁷ abordou diversos aspectos técnico-econômicos dos efeitos provocados pela aquisição da Garoto pela Nestlé, apresentando ao final uma opinião inconclusiva sobre a operação apresentada ao Sistema.³⁰⁸

A partir de uma análise das participações de mercado dos agentes do mercado nacional, a SEAE constatou que a reunião pretendida geraria uma concentração excessiva, independentemente do cenário adotado para a realização

³⁰⁶ Conforme o dispositivo da sentença prolatada nos autos do processo 2005.34.00.015042-8, do TRF da 1ª Região. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?secao=DF&tipoCon=1&proc=150180820054013400>>. Acesso em: 09 set. 2010.

³⁰⁷ Conforme o Relatório da SDE, p. 42. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891130.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁰⁸ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 88.

da análise.³⁰⁹ Além disso, a secretaria concluiu que, como a entrada de novos *players* não seria provável nos mercados envolvidos na operação analisada, a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da concentração seria alta.³¹⁰

Por outro lado, segundo o relatório da SEAE, os estudos de opinião revelaram que, se se considerassem apenas as três marcas de chocolate (Nestlé, Garoto e Lacta), a fidelidade à marca não se mostrava clara dentro de cada segmento (caixa de bombom e tablete).³¹¹

Adotando uma postura que a própria secretaria caracterizou como “mais conservadora”, a SEAE optou por prosseguir na última etapa de análise prevista pelo Guia, que envolve o estudo das eficiências econômicas resultantes do ato.³¹²

Por fim, a SEAE realizou uma análise das perdas econômicas que estariam atreladas ao exercício de poder de mercado atribuído às requerentes em decorrência da operação apresentada, contrapondo essas perdas com os ganhos resultantes do ato – o que demonstrou haver alta probabilidade de exercício de poder de mercado.³¹³

3.2.3 Opinião da SDE

Do relatório da SDE³¹⁴, observa-se, no que tange às eficiências geradas pela operação, que, “refeitos os cálculos das eficiências geradas pela operação, de

³⁰⁹ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 88.

³¹⁰ Conforme o Relatório da SDE, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891130.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹¹ Conforme o Relatório da SDE, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891130.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹² Conforme o Relatório da SDE, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891130.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹³ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 89-90.

³¹⁴ Conforme o Relatório da SDE, p. 95. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

acordo com os valores apresentados pelas requerentes, (...) as economias dela resultantes não ultrapassariam o valor de R\$ 21.830.000,00/ano”.

Segundo a SDE, “cotejado esse valor com as eventuais perdas que podem advir com a operação, dada a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das requerentes”, verificou-se que “as eficiências geradas pela operação, embora existam, são insuficientes para a aprovação do ato”.

No que tange à repartição dos benefícios com os consumidores, esta secretaria considerou a redação do artigo 54, § 1º, II, da Lei 8.884/1994, asseverando que “o objetivo dessa previsão legal é aumentar o bem-estar do consumidor ou, ao menos, não reduzi-lo em decorrência da aprovação do negócio que gerou a concentração econômica”.³¹⁵

Para a secretaria, observavam-se na operação dois tipos de eficiências que poderiam beneficiar os consumidores: (i) economias nos custos de produção, distribuição e comercialização e (ii) lançamento de novos produtos.³¹⁶

Quanto à primeira categoria de benefícios, a SDE verificou que não haveria nenhuma razão para as empresas requerentes repassarem as economias acima citadas aos preços de venda de seus produtos aos consumidores, pois as empresas visam à maximização de lucros. Nesse sentido, a secretaria assevera que o único fator que “poderia forçar as requerentes a repartir espontaneamente os benefícios econômicos decorrentes da presente operação com os consumidores seria o livre funcionamento dos mercados relevantes afetados por esta operação”. Dessa forma, somente as pressões advindas da concorrência, destacou a secretaria, “poderiam obrigá-las a praticar preços competitivos e repassar as eficiências produtivas por elas obtidas com os consumidores”.³¹⁷

Ainda segundo o relatório da SDE, de caráter didático inegável:

³¹⁵ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹⁶ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹⁷ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

é isso o que demonstra a teoria microeconômica. O estudo dos excedentes do consumidor e do produtor revela que o máximo excedente do consumidor é obtido quando há um regime de concorrência perfeita e que este excedente vai se reduzindo na medida em que o mercado se torna menos competitivo. Dito de outra forma, mesmo quando há competição (como nos oligopólios, em geral), o empresário só repassa ao consumidor os ganhos que não pode reter, ou seja, os ganhos que o processo competitivo lhe obriga a repassar. Esse é o âmago das legislações concorrenciais: preservar a concorrência, para proteger o consumidor e obrigar a distribuição das eficiências produtivas com toda a sociedade.³¹⁸

Considerando as altas barreiras à entrada e a não-efetividade da rivalidade oferecida pela Arcor (outra concorrente, em cobertura de chocolate sólida) e pela Lacta (nos mercados de chocolates), a secretaria entendeu que as requerentes não enfrentariam pressões competitivas, pelo menos no curto prazo, nos mercados relevantes mais afetados pela operação, o que a fez concluir que a empresa resultante da associação de Nestlé e Garoto internalizaria os ganhos de eficiência obtidos com a concentração, pois não haveria nenhuma razão econômica para que as requerentes repartissem esses ganhos com os consumidores.³¹⁹

Quanto aos benefícios relacionados à inovação nos mercados de atuação das requerentes, com a alegada previsão de lançamento de novos produtos, a SDE verificou que o ritmo de inovação existente na indústria chocolateira encontrava-se saturado, sendo que os principais elementos necessários à produção de chocolates já haviam sido descobertos ou inventados, não ocorrendo nessa indústria nenhuma inovação recente que pudesse ser considerada importante para o ciclo do produto. Pelo contrário, para a secretaria, as inovações trazidas nessa indústria referiam-se muito mais a mudanças incrementais na qualidade e apresentação dos produtos (gastos para diferenciação dos produtos) ou, senão, ao atendimento de nichos de mercado ocupados por pequeno número de consumidores.³²⁰

³¹⁸ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³¹⁹ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³²⁰ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

Nesse sentido, como destacou a SDE, os principais produtos das empresas requerentes nos mercados analisados “foram lançados já há algumas décadas, como é o caso do ‘Chokito’ e ‘Prestígio’ da Nestlé, para citar apenas dois exemplos”.³²¹

A SDE conclui seu relatório considerando que “os benefícios decorrentes da presente operação não serão minimamente distribuídos com os consumidores, não atendendo, portanto, ao requisito previsto no art. 54, § 1º, II, da Lei 8.884/1994”.³²²

Por essa conclusão, percebe-se que o requisito da norma concorrencial, que determina que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, além de mostrar-se um instrumento importante de proteção do consumidor, é fator que pode impedir a concentração empresarial se esta não representar um efetivo compartilhamento dos benefícios, visto no caso Nestlé/Garoto sob a perspectiva dos preços dos produtos (assumidos em um cenário de aprovação da operação).

Essa interpretação também prestigia o princípio da proibição do enriquecimento sem causa, uma vez que, em um ambiente de concorrência, os agentes econômicos têm ganhos legítimos, decorrentes da excelência dos produtos e serviços oferecidos. Não se pode admitir, por conseguinte, que, face à existência de condições que lhes permitam determinar preços (e desestimular a presença de concorrentes, por exemplo), os agentes possam obter vantagem econômica indevida a partir da concentração.

O requisito da distribuição equitativa, portanto, pretende, ao possibilitar que a autoridade de defesa da concorrência impeça a associação empresarial, evitar (i) situações perniciosas à instituição concorrencial, (ii) hipóteses que dificultem ou impeçam o exercício da competição entre os agentes e, por fim, (iii) o eventual locupletamento da renda do consumidor. Os benefícios não podem, desse modo, ser apropriados apenas pelos participantes da concentração, mas devem, ao invés, ser objeto de partilha, de forma equitativa, entre consumidores ou usuários finais.

³²¹ Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³²² Conforme o Relatório da SDE, p. 95 e ss. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561690.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

3.2.4 Decisão do CADE

A decisão do CADE no caso Nestlé/Garoto representou uma mudança importante no paradigma de análise das eficiências, como demonstra a ementa do acórdão prolatado pela autarquia:

Ato de Concentração: Aquisição da totalidade do capital social da Chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de preservação de reversibilidade de operação – APRO. Denúncias de descumprimento do APRO. Ausência de comprovação de descumprimento do APRO. Aprovação dos relatórios definidos no APRO pela CAD/CADE. Produtos relevantes: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do ato.³²³

A decisão, inédita, demonstrou de forma expressiva que a interpretação mais adequada da Lei de Defesa da Concorrência levaria necessariamente à aplicação do critério *price standard* quando da análise de eficiências decorrentes de atos de concentração.³²⁴

³²³ Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611813.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2011.

³²⁴ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 110.

Dessarte, a decisão do CADE no caso Nestlé/Garoto reafirmou a função protetiva da legislação de defesa da concorrência em relação ao consumidor, consagrando a aplicação do critério *price standard*, em detrimento do modelo de Williamson, por meio do qual não seria exigido o compartilhamento do excedente gerado pela redução de custos.³²⁵

Nesse sentido, o voto do conselheiro-relator do processo administrativo, Andrade:

o nível das eficiências que podem ser geradas pelas operações, mesmo aceitando-se os valores estimados pelas Requerentes com todas as restrições apontadas, é insuficiente para impedir aumentos de preços aos consumidores, que serão forçosamente prejudicados caso a operação seja autorizada pelo CADE.³²⁶

Como o conselheiro-relator e todos os demais conselheiros, à exceção do então presidente do CADE, João Grandino Rodas, entenderam que uma solução estrutural não seria suficiente para eliminar os efeitos anticompetitivos da operação, a única solução possível seria a desconstituição da operação, que foi, de fato, a decisão adotada.

A seguir, destacam-se algumas considerações dos conselheiros do CADE que participaram do julgamento do caso Nestlé/Garoto, no que tange à distribuição dos benefícios resultantes da concentração com os “consumidores ou usuários finais”.

Segundo o conselheiro Marques, eficiências não se resumem à redução de custos, pois deve haver, conforme a Lei de Defesa da Concorrência, a distribuição dos benefícios inerentes à concentração ao mercado e aos consumidores finais. A análise do bem-estar não se limita, portanto, às reduções compensatórias de custos.

³²⁵ FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008, p. 112.

³²⁶ Voto do conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, fl. 5.158 dos autos do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89.

Assim, a eliminação da concorrência em parcela substancial dos mercados relevantes requer, como compensação, eficiências extraordinárias.³²⁷

No caso Nestlé/Garoto, as eficiências aumentaram ao longo do processo, com lastro em simulações econométricas, não tendo sido acostado aos autos do processo administrativo, contudo, elemento que denotasse sua distribuição ao mercado e ao consumidor. As eficiências demonstradas, dessa forma, não superariam as perdas de concorrencialidade nem tampouco seriam compartilhadas com a sociedade.³²⁸

A conclusão do conselheiro foi pela impossibilidade de aprovação da operação a fim de resguardar a ordem concorrencial tutelada pela Lei 8.884/1994, considerando que:

- i. haveria eliminação de parcela substancial da concorrência no mercado relevante;
- ii. a concentração expressiva, as barreiras à entrada e as eficiências não se mostravam suficientes a ensejar a convalidação desta concentração;
- iii. não se vislumbravam efetivas possibilidades de distribuição equitativa dos benefícios com os consumidores; e
- iv. não foram observados os limites estritamente necessários à consecução dos objetivos visados pelas requerentes.³²⁹

O conselheiro Pfeiffer entendeu ausentes as condições estabelecidas no § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/1994, concluindo que a determinação da desconstituição do ato de concentração entre Nestlé do Brasil e Garoto constituía ato vinculado.³³⁰

³²⁷ Voto vogal do conselheiro do CADE, Fernando de Oliveira Marques, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 10. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301651940.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³²⁸ Voto vogal do conselheiro do CADE, Fernando de Oliveira Marques, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 10. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301651940.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³²⁹ Voto vogal do conselheiro do CADE, Fernando de Oliveira Marques, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 12. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301651940.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

Segundo este conselheiro, havendo limitação à concorrência decorrente da dominação dos mercados relevantes em um cenário de aquisição da Garoto pela Nestlé, a única hipótese de aprovação do ato envolveria (i) a não eliminação da concorrência de parcela substancial do mercado relevante e (ii) a existência de eficiências econômicas que fossem específicas da operação, não pudessem ser alcançadas de modo menos restritivo à concorrência e fossem compartilhadas equitativamente com os consumidores ou usuários finais e os participantes da concentração. Como essas circunstâncias não ocorreram de forma cumulativa, o CADE deveria reprová-la operação (o que de fato ocorreu), sob pena de infringir a Lei de Defesa da Concorrência.³³¹

Em seu voto, o conselheiro Teixeira destacou que, pela primeira vez, o CADE apreciou detidamente os modelos que deveriam ser aplicados à análise de eficiências, quais sejam: o modelo de Williamson e o *price standard*. O conselheiro observou, ainda, que, ao analisar o Ato de Concentração 08012.006976/2001-58 (caso G. Barbosa & Cia. Ltda./BR Participações e Empreendimentos S. A./Serigy Participações e Empreendimentos Ltda.), entendeu que a garantia do repasse dos benefícios aos consumidores, medidos em termos de preços, só seria factível se os ganhos de eficiências obtidos fossem de tal magnitude que a empresa naturalmente maximizaria seus lucros fixando preços menores ao mercado, o que estaria mais próximo do modelo *price standard*, analisado *en passant* em seu voto.³³²

Ainda, para o conselheiro, as eficiências identificadas segundo o modelo de Williamson podem gerar benefício para toda a sociedade, mas isto não atenderia ao que está previsto na Lei de Defesa da Concorrência: que os benefícios sejam distribuídos entre consumidores e empresas.³³³

³³⁰ Voto vogal do conselheiro do CADE, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 20. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301661176.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³¹ Voto vogal do conselheiro do CADE, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 20. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301661176.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³² Voto vogal do conselheiro do CADE, Cleveland Prates Teixeira, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 193. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301671907.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³³ Voto vogal do conselheiro do CADE, Cleveland Prates Teixeira, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 193. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301671907.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

Ao verificar se haveria alguma forma de adotar medidas estruturais que implicassem a desconstituição parcial da operação e que garantissem condições mínimas de concorrência de forma que o consumidor não fosse prejudicado, o conselheiro também observou que isso não seria possível, o que o fez votar pela desaprovação da concentração apresentada.³³⁴

O único conselheiro que propôs a aprovação do ato de concentração, com restrições, foi o presidente do CADE à época, João Grandino Rodas, para quem as requerentes deveriam submeter ao CADE, no prazo de 30 dias, a contar da publicação da decisão, plano de desconstituição parcial da operação que atendesse a alguns pressupostos, como a alienação de um *portfolio* mínimo de marcas e ativos, a fixação de preço mínimo, a apresentação ao CADE de minuta de edital de oferta pública, a garantia de obtenção das eficiências da operação admitidas em seu voto, a serem compartilhadas com o consumidor nacional, por meio de relatórios apresentados à Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE.³³⁵

Importante destacar que, posteriormente, Rodas considerou a possibilidade de aplicação do critério *price standard*, afirmando em obra escrita em conjunto com Oliveira, que:

a legislação não é precisa acerca de qual critério deva ser adotado. Como menciona que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais”, uma interpretação possível é a de que o modelo brasileiro deveria estar próximo ao do preço padrão.³³⁶

Por sua vez, o conselheiro Scaloppe³³⁷ enfatizou a “preocupação social” que o julgamento da operação oferecia, considerando três aspectos: o desenvolvimento

³³⁴ Voto vogal do conselheiro do CADE, Cleveland Prates Teixeira, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 193. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301671907.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³⁵ Voto do conselheiro do CADE, João Grandino Rodas, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 12 e 13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301681096.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³⁶ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 127

³³⁷ Voto do conselheiro do CADE, Luiz Alberto Scaloppe, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 12 e 13. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301691059.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

do nacional, os consumidores e os trabalhadores que seriam afetados caso a concentração fosse aprovada.

Já o conselheiro-relator, Andrade, destacou em seu voto que, para avaliar o nível de eficiências suficiente para contrabalançar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de atos de concentração, as agências de concorrência dos EUA e da Europa adotam o modelo *price standard* ou a sua variante, o *consumer surplus* (que aceita outras variáveis, além do preço, para o dimensionamento das eficiências, como a melhoria de qualidade de produtos e serviços, conforme visto).³³⁸

As requerentes inicialmente propugnaram pela adoção do modelo do excedente total (denominado modelo de Williamson). De fato, asseverou o relator, ambos os modelos (*price standard* e Williamson) constituem-se em instrumentos analíticos que buscam mensurar as eficiências, tendo em vista a compensação dos efeitos anticompetitivos de uma operação ou conduta.³³⁹

O modelo proposto por Oliver Williamson viabiliza, recorda Andrade, a análise dos efeitos líquidos de um ato ou conduta por meio do exame do *trade off* entre ganhos de eficiência alocativa (decorrentes de reduções de custos e melhor aplicação dos recursos) e efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado (reduções das quantidades ofertadas e elevação de preços). Segundo este modelo, um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (custo social do monopólio).

Já o modelo *price standard*, proposto por Fischer e Lande, busca garantir que a operação não reduza o nível de bem-estar do consumidor, o que implica estabelecer como condição para a aprovação dos atos que estes gerem uma

³³⁸ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 50. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³³⁹ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 50. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

redução dos custos variáveis de produção de tal dimensão que o preço fixado após a operação não seja superior ao praticado antes da operação.³⁴⁰

A principal diferença entre os dois modelos, conforme o conselheiro-relator, está no fato de o modelo de Williamson desconsiderar os efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta, bastando que o excedente total seja maior do que o dano concorrencial acarretado. De outro modo, o modelo *price standard* garante que pelo menos o excedente do consumidor não será reduzido, dado que pressupõe uma redução de custos na magnitude necessária para que, no processo de fixação de preços (maximização de lucros), estes sejam situados em patamares não superiores aos existentes antes do ato.³⁴¹

Segundo o relator, a lei brasileira impõe que sejam considerados na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Dessa forma, o modelo *price standard* aproxima-se mais do objetivo traçado pela lei. E, embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços.³⁴²

O relator nota que o modelo de Williamson apenas seria adequado em duas situações: (i) se houvesse algum mecanismo compensatório, como alguma cobrança de tributo dos produtores beneficiários para que houvesse transferência de renda aos consumidores não-produtores, ou, ainda, (ii) caso os consumidores e os

³⁴⁰ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 50. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁴¹ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 50 e 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁴² Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

produtores fossem os mesmos – por exemplo, se os consumidores fossem também acionistas da empresa produtora.³⁴³

Assumindo esta última possibilidade, o relator pondera que os consumidores e os produtores não são os mesmos, pois “a Nestlé é uma empresa de capital fechado, que apenas distribui lucros aos acionistas da matriz, na Suíça”. Além disso, não seria operacionalmente viável identificar os agentes que devem receber essa transferência, dado o caráter pulverizado do mercado consumidor.³⁴⁴

O relator verificou que os mercados relevantes envolvidos na operação apresentavam consideráveis barreiras à entrada, especialmente relativas (i) aos elevados investimentos em propaganda e *marketing* para garantir atratividade e fidelidade dos consumidores às marcas e aos atributos específicos dos produtos (gosto, textura, consistência etc.) e (ii) à necessidade de deter um amplo *portfolio* de produtos para garantir presença nos pontos de venda. Constatou, também, que a rivalidade remanescente após a concentração seria insuficiente para impedir aumentos de preço, sendo o nível das eficiências incapaz de compensar o risco concorrencial.³⁴⁵

Destaca-se que o voto do conselheiro Vasconcellos no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 não está disponível na base de dados do CADE. Nela, consta apenas o voto³⁴⁶ que o conselheiro proferiu no julgamento dos embargos de declaração opostos face ao desprovimento do pedido de reapreciação realizado pela Nestlé.

Isso posto, ainda que o Sistema reputasse a operação “necessária por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum” (discurso das partes

³⁴³ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 51. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁴⁴ Voto do Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 51 e 52. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁴⁵ Voto Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 70. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

³⁴⁶ Voto Conselheiro-relator do CADE, Thompson Almeida Andrade, no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 70. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000367821121.pdf>. Acesso em: 04 set. 2011.

envolvidas e de alguns segmentos do empresariado nacional³⁴⁷), não poderia o CADE aprová-la, visto que a norma concorrencial veda a aprovação do ato, caso se verifique a possibilidade de prejuízo ao consumidor ou usuário final, conforme preceitua o § 2º do artigo 54.

Por fim, importante referir que, em março de 2004, a Nestlé apresentou ao CADE pedido de reapreciação, então previsto nos artigos 10 a 14 da Resolução 15/1998³⁴⁸ do CADE, desde que houvesse “fato ou documento novo”.

Segundo a Nestlé, a reestruturação da operação, com a eliminação de pontos potencialmente anticoncorrenciais, ou o esclarecimento de questões relevantes surgidas durante o julgamento, seriam fatos ou elementos novos que ensejariam a admissibilidade do juízo de reapreciação.³⁴⁹

A ProCADE manifestou-se pelo não conhecimento do pedido de reapreciação, por entender que não havia qualquer fato ou documento novo, enquanto o representante do MPF demonstrou-se favorável à reapreciação. O julgamento do pedido de reapreciação ocorreu em 15.07.2004, quando o Plenário do CADE conheceu o pedido³⁵⁰. Entretanto, como houve empate, o presidente exerceu o chamado voto de Minerva para desempatar o julgamento, decidindo assim pelo conhecimento do pedido de reapreciação.³⁵¹

O julgamento do mérito do pedido de reapreciação ocorreu em 05.10.2004, ocasião em que o CADE denegou o pedido de reapreciação realizado, mantendo a

³⁴⁷ Nesse sentido, houve reação política no estado do Espírito Santo, onde havia a expectativa de investimentos por parte da Nestlé. MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 219.

³⁴⁸ Voto do conselheiro do CADE, Luis Fernando Rigato Vasconcellos, nos Embargos de Declaração no Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 1391. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301771866.pdf>. Acesso em: 10 out. 2011.

³⁴⁹ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 219.

³⁵⁰ Interessante notar que este foi o último julgamento do caso com a participação dos conselheiros que compunham o Plenário quando da análise que resultou na não aprovação do caso Nestlé/Garoto, visto que houve alteração de seu quadro. Dessa forma, somaram-se ao Plenário do CADE os conselheiros Ricardo Villas Boas Cueva e Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. O conselheiro Cleveland Prates Teixeira permaneceu, após recondução, e Elizabeth Farina assumiu a presidência com a saída de João Grandino Rodas. Com isso, o conselheiro-relator do caso passou a ser o conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva, pois encerrou-se o mandato do antigo conselheiro-relator.

³⁵¹ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 219.

decisão anteriormente proferida (de não aprovação da operação concentracionista), sob o fundamento de que a proposta de desinvestimento parcial realizada pela Nestlé não preenchia as condições do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/1994.³⁵²

3.3 Considerações parciais

Este capítulo percorreu o *iter* procedimental necessário para que ocorra, substancialmente, no controle estrutural, a tutela do consumidor. Verificou-se, inicialmente, que existe uma articulação, na trama legislativa constitucional e infraconstitucional, que une o Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor.

Com os conceitos expostos no primeiro capítulo, quando se buscou compreender os fenômenos jurídico e econômico da concentração de empresas, passou-se, no segundo capítulo, à análise do modelo de controle da concentração previsto no ordenamento jurídico atual.

Após, analisaram-se alguns conceitos caros à tutela do consumidor no que tange ao controle estrutural, considerando o texto ainda em vigor, primordialmente. Assim, foram examinadas as definições e interpretações possíveis para termos como “benefícios”, “eficiências”, enfim, conceitos-chave para a compreensão do alcance da proteção dos consumidores no controle da concentração.

A partir da constatação de que (i) concentrações que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, deverão ser submetidas à apreciação do CADE e de que (ii) esta autarquia poderá autorizá-las, desde que exista uma distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da concentração entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais, verificou-se que o modelo de

³⁵² Conforme o acórdão do julgamento do Pedido de Reapreciação do Ato de Concentração 08012.001697/2002-89, p. 1283. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301821184.pdf>. Acesso em: 10 out. 2011.

controle eleito pelo legislador coaduna-se com dois critérios utilizados na análise das eficiências, que são os critérios *price standard* e excedente do consumidor.

Por fim, verificou-se, com o estudo do caso Nestlé/Garoto, em que houve a aplicação do critério *price standard*, que este critério responde de forma eficaz a necessidade de distribuição dos benefícios decorrentes da concentração, atendendo ao compromisso constitucional de proteção do consumidor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta dissertação foi realizar um estudo sobre a tutela do consumidor a partir do controle da concentração de empresas no contexto do Direito Concorrencial brasileiro atual.

A pesquisa demonstrou ser necessário construir um diálogo entre os sujeitos a quem a Lei de Defesa da Concorrência se destina: os concorrentes, os consumidores e a própria concorrência enquanto instituição titularizada pela coletividade, uma vez que a atuação do Estado pauta-se pelo modelo constitucional que cuidou especificamente de proteger o consumidor e as liberdades de iniciativa e de concorrência.

É necessário assegurar condições de consumo a todos os cidadãos (corolário do princípio do mínimo existencial), papel que o Direito da Concorrência exerce sobremaneira em ambos os controles que realiza – das estruturas e das condutas – uma vez que consumir integra, no mundo ocidental, o conceito de dignidade humana³⁵³.

O Brasil, apesar de apresentar uma cultura da concorrência considerada jovem (ainda que, desde a década de 1930, se verifique a edição de leis de cunho concorrencial), apresenta uma legislação que é parte importante da política de proteção dos consumidores, perfil que é mantido, embora de forma mais conservadora, no texto que deverá substituir a Lei 8.884/1994.

³⁵³ Como lembra Botton, “quando Franklin D. Roosevelt foi indagado sobre que livro poderia dar aos soviéticos para ensinar-lhes as vantagens da sociedade americana, ele citou o catálogo da Sears”. BOTTON, Alain de. **Desejo de Status**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 42.

É evidente que o fenômeno concentracionista é característica importante do processo de globalização econômica, do *Zeitgeist*. Contudo, constatou-se que as concentrações podem ter um impacto positivo ou negativo sobre o bem-estar dos consumidores e sobre a livre concorrência, o que justifica a necessidade de controle estatal.

É fundamental para a consolidação institucional do CADE e da política de defesa da concorrência que os interesses dos consumidores – presentes na Lei de Defesa da Concorrência como um dos critérios passíveis de determinar a aprovação, a não aprovação ou a aprovação com restrições dos atos de concentração de empresas submetidos à apreciação do CADE – não se tornem reféns de interpretações que possam esvaziar o conteúdo da norma concorrencial, contrariando-a.

Com efeito, como o artigo 54, § 1º, II da Lei 8.884/1994 prevê, logo após estabelecer o requisito da eficiência, que é preciso também demonstrar que “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”, verificou-se que há dois critérios passíveis de assegurar, de forma eficaz, a distribuição dos benefícios inerentes à concentração “entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”: critério *price standard* (ou preço padrão) e critério do excedente do consumidor, preponderantes nas análises estruturais realizadas nos EUA e na UE.

Verificou-se, também, que o critério *price standard* foi utilizado, no Brasil, em apenas uma oportunidade³⁵⁴, no controle estrutural, no caso Nestlé/Garoto, que foi analisado neste estudo.

Naquela oportunidade, os conselheiros do CADE convergiram, à exceção de um, para a necessidade de aplicação do critério *price standard* na análise estrutural como forma de assegurar o cumprimento da norma concorrencial. Não se

³⁵⁴ Observa-se que a maioria dos atos de concentração apreciados pelo SBDC não necessita passar pela etapa da análise de eficiências prescrita pelo Guia, uma vez que não apresentam preocupações dessa ordem.

encontraram, ao longo da pesquisa, evidências de utilização, no âmbito do SBDC, do critério do excedente do consumidor.

Com efeito, a definição do modelo adotado como critério (i) verificador dos prejuízos e benefícios advindos da concentração e (ii) informador da possibilidade de distribuição dos benefícios decorrentes da concentração entre “consumidores e usuários finais” é etapa importante do processo decisório da autoridade administrativa, determinando o resultado dos seus julgamentos.

A decisão do CADE no Ato de Concentração 08012.001697/2002-89 (caso Nestlé/Garoto) demonstrou, portanto, que uma interpretação sistemática e teleológica da Lei 8.884/1994 sugere a aplicação do critério *price standard* ou do excedente do consumidor, em opinião aqui apresentada, quando da apreciação de eficiências decorrentes de atos de concentração, em detrimento de uma análise adstrita à eficiência alocativa decorrente da operação, o que se pode chamar de “exceção do consumidor”³⁵⁵, considerando que seus interesses requerem atenção especial, pela desigualdade de armas intrínseca a qualquer relação que o envolva, mediata ou imediatamente.

Sancionado o texto aprovado pelo Congresso Nacional como substituto da Lei 8.884/1994, o País poderá deixar um modelo avançado de controle estrutural, que considera, entre outros, os interesses dos consumidores e oferece-lhes tutela eficaz à medida que adota um critério redistributivo, por um modelo em que a condição de aprovação da concentração poderá ser tão-somente o repasse aos consumidores de “parte relevante dos benefícios decorrentes”, o que é insuficiente.

³⁵⁵ Como a ideia francesa da “exceção cultural” (*l’exception culturelle*), que surgiu nos anos 1950, na França, quando se iniciou um sistema de proteção da cultura e do mercado cultural local, com cotas de exibição sobre a dominante indústria cultural estadunidense. As cotas são consideradas ainda hoje como marco do enfrentamento ao empobrecimento cultural provocado pelos conglomerados de mídia e entretenimento. BRANT, Leonardo (org.). **Diversidade cultural: globalização e culturas locais**. São Paulo: Escrituras, 2005, p. 18.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ruy de; CORDEIRO, António Menezes. (Coords.). **Regulação e concorrência: perspectivas e limites da defesa da concorrência**. Coimbra: Almedina, 2005.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico**. Coimbra: Almedina, 1992.

ALMEIDA, João Batista. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. **Conceito jurídico de ato de concentração**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/733>>. Acesso em: 09 out. 2010.

ANDRADE, Maria Cecília. **Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94**. São Paulo: Singular, 2002.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, jan./mar. 2003, p. 27-49.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. **Textos para discussão**, São Paulo: FGV, n. 264, julho 2010, p.01-36,. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%20-%20Paulo%20Furquim%20de%20Azevedo.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 jul. 2010

BACOCINA, Denize Bacoccina; QUEIROZ, Guilherme. **Isto é dinheiro**. Grandes grupos, sim; cartéis, não. Economia. 12 mar. 2010. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/entrevistas/14773_GRANDES+GRUPOS+SIM+CA RTEIS+NAO>. Acesso em: 05 set. 2010.

BADIN, Arthur. Um projeto aguardado. **O Globo**, Rio de Janeiro, 02 ago. 2010. Opinião. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/mat/2010/08/02/um-projeto-aguardado-917296675.asp>>. Acesso em: 02 ago. 2010.

_____. Venda casada: interface entre a defesa da concorrência e do consumidor. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília: IOB/CADE, n. 05, jan./mar. 2005, p. 49-86.

BARROSO, Luís Roberto. **Transformações da interpretação constitucional nos países de tradição romano-germânica**. Conferência proferida em Poitiers, França, em 2010, e disponibilizada no site “Migalhas”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=102615>. Acesso em: 07 jun. 2010.

BASILE, Juliano. Badin desiste de concorrer a novo mandato no Cade. **Valor Econômico**, São Paulo, 21, 22 e 23 maio 2010. Brasil, p. A3.

BENEFÍCIO. In: BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1991.

_____. In: MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

_____. In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2010. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=benef%C3%ADcio>>. Acesso em: 14 out. 2011.

BENJAMIN, Antonio Herman. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, abr./jun. 1994, p. 21-26.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BOTTON, Alain de. **Desejo de Status**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

BRANT, Leonardo (org.). **Diversidade cultural: globalização e culturas locais**. São Paulo: Escrituras, 2005, p. 18.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: 18.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

_____. Lei 8.884. **Lei de defesa da concorrência**. Brasília, DF: 13.06.1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

BRITO, Beatriz Gontijo de. **Concentração de empresas no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

BUCHAIN, Luiz Carlos. **O poder econômico e a responsabilidade civil concorrencial**. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. **Concentração de empresas e direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

_____. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BUTTIGIEG, Eugène. **Competition law: safeguarding the consumer interest**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

CADE. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 3. ed. São Paulo: CIEE, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo Código Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

CARPENA, Heloisa. **O consumidor no direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. O direito à escolha: garantindo a soberania do consumidor no mercado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 51, jul./set. 2004, p. 154-171.

CARREIRA, Henrique Medina. **Concentração de empresas e grupos de sociedades: aspectos histórico-econômicos e jurídicos**. Porto: Edições Asa, 1992.

CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária, 1995.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. **Poder econômico: a fenomenologia – seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CATERMOL, Fabrício. Inovações e contestabilidade: algumas considerações sobre eficiência econômica. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 22, dez. 2004, p. 123-149. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2206.pdf. Acesso em: 23 maio 2011.

CELLI JUNIOR, Umberto. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMISSION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. **Los derechos de los consumidores en el mercado único**. Bruxelas: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, n. 80, out./dez. 1990, p. 66-75.

_____. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 1983.

COSTA, Maurício de Moura. O princípio constitucional de livre concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 05, n. 01, 1998, p. 07-26.

CSERES, Katalin Judit. **Competition law and consumer protection**. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

DANTAS, Alexis; KERSTENETZKY, Jaques. **Empresas, mercado e concorrência**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000.

DAYAGI-EPSTEIN, Orit. Furnishing consumers with a voice in competition policy. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 20, p. 120-129, junho 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_2_es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

DUQUE, Marcelo Schenk. A proteção do consumidor como dever de proteção estatal de hierarquia constitucional. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, n. 71, jul./set. 2009, p. 142-167.

EQUIDADE. In: BUENO, Francisco da Silveira. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1991.

_____. In: MICHAELIS: **moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

_____. In: **Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**. 2010. Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=benef%C3%ADcio>>. Acesso em: 14 out. 2011.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission**. April, 1997. Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html>. Acesso em: 03 ago 2010.

FARIA, Werter R. **Disciplina da concorrência e controle das concentrações de empresas no Mercosul**. Brasília: Senado Federal, 1993.

FARINA, Elisabeth. Modelos Econômicos e Estimações Empíricas em Casos Antitruste. **CADE informa**, Brasília: CADE, n. 09, set. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n009/artigo.htm>>. Acesso em: 14 out. 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 87-89.

FIESP/CIESP. **Direito Concorrencial**: manual de práticas concorrenciais. São Paulo: FIESP/CIESP, 2010.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 04, n. 05, 1997, p. 05-34.

_____. **Direito econômico**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FONSECA, José Júlio Borges da. **Direito antitruste e regime das concentrações empresariais**. São Paulo: Atlas, 1997.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FRADERA, Véra Jacob de. A integração europeia e o mercosul: confronto atual. Direito da concorrência e integração em perspectiva comparatista. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 1999, p. 86-95.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. **Direito econômico regulatório**, v. 01. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

_____. **Direito econômico regulatório**, v. 02. Organização Direito Rio. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GALBRAITH, John Kenneth. **O novo estado industrial**. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

GHEVENTER, Alexandre. A dimensão política da regulação antitruste. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 18, p. 24-36, fevereiro 2004. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_18_1.pdf> Acesso em: 10 jul. 2009.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. **A livre concorrência como garantia do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GRAIEB, Carlos. Ainda no ataque: na ativa aos 96 anos, o lendário economista americano agora atira contra as fraudes corporativas. **Revista Veja**. São Paulo, n. 1884, 15 dez. 1994. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/151204/entrevista.html>>. Acesso em: 15 jul. 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; FORGIONI, Paula Andrea. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei nº 8.884, de 1994, e lei nº 6.729, 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 06, n. 01, 1999, p. 05-27.

GUIMARÃES, Denis Alves. As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 08, n. 02, 2001, p. 117-129.

HUBBARD, R. Glenn; O'BRIEN, Anthony Patrick. **Introdução à economia**. 2. ed. atual. Porto Alegre: Bookman, 2010.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **A liberdade de concorrência na União Européia e no Mercosul**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Direito internacional da concorrência**: entre perspectivas unilaterais, multilaterais, bilaterais e regionais. Curitiba: Juruá, 2008.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Restrições regulatórias à concorrência**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LANDE, Robert H. Consumer choice as the ultimate goal of antitrust. **University of Pittsburgh Law Review**, v. 61, Spring, 2001, p. 503.

_____. Proving the obvious: the antitrust laws were passed to protect consumers (not just to increase efficiency). **Hastings Law Journal**, v. 50, April. 1999, p. 959. Disponível em : <<http://home.ubalt.edu/ntlaland/Articles.html>>. Acesso em: 20 set. 2011.

LANG, John Temple. European community competition policy: how far does it benefit consumers? **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 18, fevereiro 2004, p.128-133. Disponível

em:<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_18_3.pdf> Acesso em: 10 jul. 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da concorrência e direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, abr./jun. 2000, p. 79-87.

LOPES, Simone Anacleto. Projeto de Lei Geral de Transação em matéria tributária: análise das consequências políticas e econômicas. **Tributação em Revista**, Brasília: Sindifisco Nacional, n. 56, jan./jun. 2010, p. 33-40. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/Artigo%20Simone%20Anacleto%20-%20Revista%20Sindifisco%20Nacional.pdf>>. Acesso em: 17 fev. 2011.

MAC DONALD, Andrea Fabiana. Modificaciones a la ley de defensa del consumidor em Argentina. **Boletín latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 24, maio 2008, p. 10-11. Disponível em:<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_24.pdf> Acesso em: 10 jul. 2009.

_____. Mercosur: la resolución de conflictos de los consumidores y las empresas em el marco de la competencia. **Boletín latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 20, junho 2005, p. 03-08. Disponível em:<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_20_1_es.pdf> Acesso em: 10 jul. 2009.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos relacionais e defesa do consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. **A mão visível: mercado e regulação**. Coimbra: Almedina, 2003.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, 2004, p. 67-99.

MARTINEZ, Maria Beatriz. A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, 2004, p. 179-206.

MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 39-59.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 141-163.

_____. **Direito do consumidor**: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 43, jul./set. 2002, p. 111-132.

MORAIS, Luís D. S. **Os conceitos de objeto e efeitos restritivos da concorrência e a prescrição de infrações de concorrência**. Coimbra: Almedina, 2009.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica**: o controle da concentração de empresas. São Paulo: Malheiros, 2002.

OCDE; Banco Mundial. **Diretrizes para elaboração de política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2003.

OECD. **Policy Roundtables**: The interface between competition and consumer policy. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/22/34/40898016.pdf>> Acesso em: 22 jun. 2010.

_____. **Guidelines for multinational enterprises**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2010.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, 2007, p. 169-181.

_____. (Coord.). **Direito econômico**: evolução e institutos. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORTEGA PECIÑA, David M. Defensa de la competencia y protección de los consumidores: una visión consumerista práctica. **Boletín latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 21, fevereiro 2006, p. 158-165. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_21_3.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

PAIS, Sofia Oliveira. O controlo das concentrações de empresas na Lei n° 18/2003. In: SOARES, António Goucha; MARQUES, Maria Manuel Leitão (Coords.). **Concorrência**: estudos. Coimbra: Almedina, 2006, p. 71-101.

PAUL, Gustavo. **Fusões e aquisições entre empresas no Brasil voltam a patamar recorde**. O Globo, Rio de Janeiro, 09 mar. 2010. Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/mat/2010/03/08/fusoes-aquisicoes-entre-empresas-no-brasil-voltam-patamar-recorde-916020096.asp>>. Acesso em: 18 maio 2010.

PEREIRA, Miguel Mendes. **Lei da concorrência anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004, p. 13-33.

_____. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 76, out./dez. 2010, p. 131-151.

_____. Bem-estar dos consumidores e repressão a cartéis liderados por associações e sindicatos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, jul./set. 2004, p. 13-33.

_____. Aplicação do código de defesa do consumidor aos serviços públicos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, n. 65, jan./mar.2008, p. 226-252.

_____. Tutela coletiva da livre concorrência. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, jan./mar. 2004, p.11-39.

PINDICK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

_____. **Microeconomia**. 6. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005.

POHLMANN, Marcelo Coletto. **Contabilidade Tributária**. Curitiba: IESDE Brasil, 2010.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law**. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

POSSAS, Mario Luiz (Coord.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001.

RAMOS, José Nabantino. **Sistema brasileiro de direito econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.

REICH, Norbert. **Mercado y derecho**. Barcelona: Ariel, 1985.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 2. v., 22. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Comercial**. 2. v., 23. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

RIVIÈRE MARTÍ, Juan Antonio. As relações de consumo no âmbito internacional: a experiência da União Européia. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 19, novembro 2004, p. 145-151. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_19_3.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

_____. La política de competencia ante las crisis globales. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 24, maio 2008, p. 117-125. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_24.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

RODRIGUES, José Anselmo. O direito da concorrência e a proteção do consumidor na lei portuguesa. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 10, junho 2000, p. 124-128. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_10_3_es.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2009.

SALGADO, Lúcia Helena. **As Políticas de Concorrência (ou Antitruste): um Panorama da Experiência Mundial e sua Atualidade para o Brasil**. Texto para Discussão. Rio de Janeiro: IPEA, n. 264, 1992.

_____. **Defesa da concorrência no Brasil em momento de decisão**. Disponível em: <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=lucia_salgado>. Acesso em 06 nov. 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Direito econômico: um projeto de reconstrução**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SAYEG, Ricardo Hasson. **Práticas comerciais abusivas**. Bauru: Edipro, 1995.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André M. de. A perda do peso morto e a elasticidade-preço da demanda do setor siderúrgico no Brasil. **Estud. Econ.** v. 36, n.1, São Paulo, jan./mar.2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-41612006000100006>. Acesso em: 16 out. 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 880, fev. 2009, p. 09-32.

SCHUARTZ, Luís Fernando. **Dogmática Jurídica e Lei 8.884/94**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/dogmatica_juridica_e_lei_8884_94.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2008.

_____. **Fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência Moderno**.

Disponível em:

<http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/fundamentos_do_direito_de_defesa_da_concorrencia_moderno.pdf>. Acesso em: 02 set. 2010.

SCHYMURA, Luiz Guilherme. As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 231-240.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SOARES, José Carlos Tinoco. **Concorrência desleal**: publicidade comparativa e enganosa, patentes de invenção, de modelos e de desenhos, visual interno e externo do estabelecimento, publicidade reprodutiva e imitativa. São Paulo: Resenha Tributária, 1990.

SOLOMON, Michael R. **O comportamento do consumidor**: comprando, possuindo e sendo. Porto Alegre: Bookman, 2002.

STIGLITZ, Joseph E. **Introdução à microeconomia**. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. **Controlo das concentrações entre empresas**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26096_pt.htm>. Acesso em 04 ago. 2010.

VASCONCELLOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade. **Revista do IBRAC**, São Paulo: IBRAC, v. 4, n. 06, 1997, p. 263-274.

_____. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, jul./set. 2000, p. 219-231.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do Estado no domínio econômico**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (Orgs.). **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WALLER, Spencer Weber. Competition and consumer protection: breaking down the walls. **Boletim latinoamericano de competencia**, Bruxelas, n. 18, fevereiro 2004, p. 98-101. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_18_2.pdf> Acesso em: 22 jun. 2010.

_____. In search of economic justice: considering competition and consumer protection law. **Loyola University Chicago Law Journal**, Chicago, v. 36, abril 2005, p. 631-639. Disponível em: <<http://www.luc.edu/law/activities/publications/ljdocs/faclawsymp/waller.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

WESTPHALEN, Ana Luísa. Fusões e aquisições crescem 55% em 2010 e superam R\$ 180 bilhões. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 fev. 2011. Finanças. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/online/mercado-de-capitais/35/385816/fusoes-e-aquisicoes-crescem-55-em-2010-e-superam-r-180-bilhoes>>. Acesso em: 11 mar. 2011.

WILLIAMSON, Oliver. **The modern corporation**: origins, evolutions, attributes. *Journal of Economic Literature*, v. 19, n. 4, 1981, p. 1545 *apud* ALVES, Joyce Ruiz Rodrigues. Conceito jurídico de ato de concentração. **Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/733>>. Acesso em: 09 out. 2010, p. 07.