



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA  
ESTEFANIA DEL CARMEN CASTRO GRIGNON**

**A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE FRENTE  
ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA**

Florianópolis  
2018

**ESTEFANIA DEL CARMEN CASTRO GRIGNON**

**A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE FRENTE  
ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Jeferson Puel, Msc.

Florianópolis

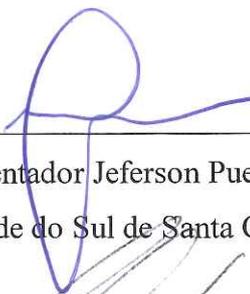
2018

**ESTEFANIA DEL CARMEN CASTRO GRIGNON**

**A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE  
FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 06 de dezembro de 2018.



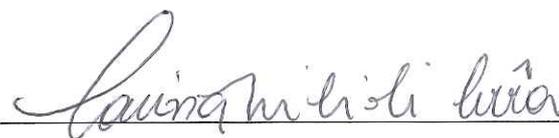
---

Prof. e orientador Jeferson Puel, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Alexandre Russi, Esp.  
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Carina Milioli Corrêa, Msc.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

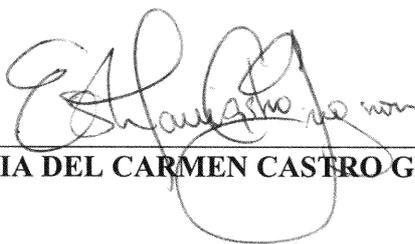
## TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

### A INSEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS Á CONCORRÊNCIA

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, dia de mês de ano.



ESTEFANIA DEL CARMEN CASTRO GRIGNON

Para meus pais, Lucy e Miguel, porque sem eles nada disso seria possível. Obrigada por tudo.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador, Jeferson Puel, pelos ensinamentos ao longo da graduação, pela oportunidade de me guiar neste trabalho, pouco pesquisado. Agradeço pela confiança, responsabilidade e por todo o apoio, e paciência comigo e com meu trabalho.

Agradeço a minhas avós, Rosalia e Manuela, porque desde longe sempre me motivaram, por me ensinarem que a vida é feita para ser conquistada. Agradeço também aos meus irmãos, Miguel e Yuri, por me ensinarem que minhas alegrias são também as suas, obrigada por tanto amor.

Agradeço a meu namorado André, principal incentivador da pesquisa e dos estudos, obrigada pelo seu apoio incondicional, por sempre estar à disposição, e pela sua preocupação comigo e com meu trabalho.

Agradeço especialmente a minha mãe, Lucy Grignon, obrigada por me apoiar incondicionalmente, por acreditar em mim. Sou eternamente grata por todos teus esforços e teu carinho.

Agradeço a meu pai, Miguel Castro, com quem nunca deixei de aprender sobre a vida, por nunca se cansar de responder minhas perguntas, pelas longas caminhadas pelo centro de Lima. Sou eternamente grata por ter você na minha vida.

“A menina dança, e se você fechar o olho, a menina ainda dança...” (NOVOS BAIANOS, 1972)

## RESUMO

A infração à ordem econômica é prática reprimida pelo ordenamento jurídico brasileiro, embora a existência de práticas que possam trazer benefícios ao mercado seja parte do exercício da concorrência. O Estado tem o importante papel de verificar quando as condutas dos agentes econômicos caracterizam ou não conduta anticompetitiva, de modo que essa tarefa é desempenhada pelo Cade. Assim, o objetivo da presente monografia é verificar se há segurança jurídica na atuação do Cade frente às condutas lesivas à concorrência. Nesse contexto, apresenta-se a Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica e os conceitos necessários para se determinar as condutas anticompetitivas para, após, verificar as funções do Cade na repressão de condutas prejudiciais à concorrência. O método utilizado para esse trabalho é o dedutivo de natureza qualitativa, baseado principalmente na pesquisa em artigos científicos, doutrina e sites governamentais. Como resultado do presente trabalho, verificou-se ausência de definição de critérios adequados para identificação de infrações à ordem econômica, assim como a utilização de institutos antitruste estrangeiros sem a devida adaptação legislativa nacional, de forma a ocasionar controvérsias no âmbito da atuação do direito concorrencial.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência. Segurança Jurídica. Cade.

## LISTA DE SIGLAS

|      |   |
|------|---|
| AC   | Ato de Concentração                         |
| AED  | Análise Econômica do Direito                |
| DEE  | Departamento de Estudos Econômicos          |
| HHI  | Índice Herfindahl-Hirschman                 |
| ICN  | International Competition Network           |
| PA   | Processo Administrativo                     |
| SBDC | Sistema Brasileiro de Defesa Econômica      |
| SDE  | Secretaria de Direito Econômico             |
| SEAE | Secretaria de Acompanhamento Econômico      |
| SG   | Superintendência Geral                      |
| TADE | Tribunal Administrativo de Defesa Econômica |
| TFUE | Tratado Funcionamento da União Europeia     |
| TMH  | Teste do Monopolista Hipotético             |
| UFIR | Unidade Fiscal de Referência                |

## SUMÁRIO

|          |  |           |
|----------|--|-----------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO.....</b>   | <b>11</b> |
| <b>2</b> | <b>SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC).....</b>  | <b>13</b> |
| 2.1      | PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA .....  | 14        |
| 2.1.1    | <b>Propriedade Privada.....</b>  | <b>15</b> |
| 2.1.2    | <b>Livre Concorrência .....</b>  | <b>16</b> |
| 2.1.3    | <b>Defesa do Consumidor .....</b>  | <b>17</b> |
| 2.2      | ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL .....   | 19        |
| 2.3      | ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED).....  | 21        |
| 2.4      | CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) .....   | 24        |
| 2.4.1    | <b>Tribunal Administrativo de Defesa Econômica .....</b>   | <b>26</b> |
| 2.4.2    | <b>Superintendência Geral.....</b>   | <b>27</b> |
| 2.4.3    | <b>Departamento de Estudos Econômicos .....</b>  | <b>28</b> |
| <b>3</b> | <b>PODER ECONÔMICO E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS.....</b>  | <b>30</b> |
| 3.1      | MERCADO RELEVANTE .....  | 31        |
| 3.1.1    | <b>Mercado relevante material .....</b>  | <b>33</b> |
| 3.1.2    | <b>Mercado relevante geográfico .....</b>  | <b>34</b> |
| 3.1.3    | <b>Teoria da elasticidade .....</b>  | <b>35</b> |
| 3.2      | POSIÇÃO DOMINANTE .....  | 37        |
| 3.2.1    | <b>Indicativos.....</b>  | <b>38</b> |
| 3.2.2    | <b>Modalidades.....</b>  | <b>41</b> |
| 3.2.2.1  | Imposição de preços abaixo do custo .....  | 42        |
| 3.2.2.2  | Vendas casadas .....   | 43        |
| 3.3      | CONTROLE DE CONDUTAS .....   | 44        |
| 3.3.1    | <b>Concentrações horizontais.....</b>  | <b>45</b> |
| 3.3.2    | <b>Concentrações Verticais .....</b>   | <b>46</b> |
| 3.3.3    | <b>Conglomerados.....</b>  | <b>47</b> |
| <b>4</b> | <b>A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE<br/>FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA.....</b> | <b>48</b> |
| 4.1      | NOTIFICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO .....  | 49        |
| 4.1.1    | <b>Aquisição de Ativos .....</b>   | <b>50</b> |
| 4.1.2    | <b>Contratos associativos.....</b>   | <b>52</b> |
| 4.2      | VÁLVULAS DE ESCAPE.....  | 54        |

|              |  |           |
|--------------|--|-----------|
| <b>4.2.1</b> | <b>Regra da razão.....</b>   | <b>55</b> |
| <b>4.2.2</b> | <b>Regra <i>Per se</i> .....</b>   | <b>57</b> |
| <b>4.3</b>   | <b>(IN) SEGURANÇA JURÍDICA E A ATUAÇÃO DO CADE FRENTE ÀS<br/>CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA .....</b> | <b>59</b> |
| <b>4.4</b>   | <b>DECISÕES DO CADE A RESPEITO DO TEMA .....</b>   | <b>63</b> |
| <b>4.4.1</b> | <b>AC nº 08700.006723/2015-21 .....</b>  | <b>63</b> |
| <b>4.4.2</b> | <b>AC nº 08700.004860/2016-11 .....</b>  | <b>65</b> |
| <b>4.4.3</b> | <b>PA nº 08012.000504/2005-15.....</b>   | <b>65</b> |
| <b>5</b>     | <b>CONCLUSÃO.....</b>  | <b>67</b> |
|              | <b>REFERÊNCIAS .....</b>   | <b>69</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O modelo capitalista está instituído na maioria dos Estados organizados do mundo, de modo que o ambiente corporativo está se expandido consideravelmente de maneira a aumentar a capacidade de auferir riquezas, as quais podem trazer benefícios ou prejuízos para os consumidores, exsurge a necessidade do controle pelo poder estatal. Nesse viés, a jurisdição brasileira exerce seu poder garantidor da ordem econômica através de políticas em defesa da concorrência, de maneira a regulamentar o ambiente onde se realizam as operações empresarias, o mercado.

A lei que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem como objetivo principal a prevenção e repressão às infrações contra à ordem econômica brasileira, com base constitucional no art. 170 da Carta Magna visa garantir principalmente um ambiente econômico favorável para o fomento da atividade empresarial, de forma a proporcionar para os consumidores melhores serviços e produtos.

Nesse sentido, mostra-se relevante verificar a segurança jurídica que traz a lei de defesa da concorrência, posto que a legislação prevê uma serie de condutas passíveis de punição, independentemente de culpa ou dolo, além de verificar tanto o prejuízo potencial quanto efetivo. O presente trabalho monográfico apresenta a seguinte pergunta de pesquisa: Há segurança jurídica na atuação do Cade frente às condutas lesivas à concorrência?

O objetivo geral é demonstrar se existe segurança jurídica na atuação do Cade frente as condutas lesivas à concorrência. São apresentados também os seguintes objetivos específicos apresentar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, examinar a livre concorrência e condutas anticompetitivas e demonstrar se há segurança jurídica na atuação do Cade frente as condutas lesivas à concorrência.

O Cade, autarquia federal, encontra sua sede e foro no Distrito Federal e está encarregado por zelar pela livre concorrência em todo o território nacional. Composta pelo Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência, a Superintendência Geral e o Departamento de Estudos Econômicos, de modo a exercer o importante papel na repressão de infrações à ordem econômica.

Dessa forma para a construção desta monografia, o primeiro capítulo de desenvolvimento teórico apresentará os princípios constitucionais que regem o direito concorrencial, a ordem econômica constitucional e a análise econômica do direito, para uma melhor compreensão da estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No segundo capítulo de desenvolvimento serão tratados os conceitos de poder econômico e condutas anticompetitivas, de maneira que, a considerar uma melhor abordagem do tema, serão apontadas as concepções de mercado relevante, material e geográfico, complementando com a teoria da elasticidade. Para contornar os pressupostos jurídicos serão apresentados os entendimentos de posição dominante, os indicativos e as modalidades, de forma que ajudem a melhor compreensão do controle de condutas.

Por fim, no terceiro capítulo de desenvolvimento serão expostas algumas inconsistências da lei de defesa da concorrência ao lado de três decisões do Cade, em que poderão ser constatadas as questões que causam insegurança jurídica no âmbito corporativo. Dessa maneira foram selecionadas dois pontos do art. 90 da Lei nº 12.529/11 que provocam embate doutrinário, além de que será apresentada, também, a regra da razão e regra per se como válvulas de escape, frequentemente utilizada pelas autoridades antitruste.

Em razão disso, a pesquisadora é motivada pelo estudo da análise econômica do direito na presente conjuntura, a qual encontra seus principais defeitos na economia, principalmente nas infrações à ordem econômica. Igualmente ressalta-se o desafio e a necessidade de uma política de controle do poder econômico eficaz que vise um crescimento equilibrado, competitivo e mais justo com a sociedade. Assim, estudam-se os parâmetros de análise das condutas anticompetitivas de modo a verificar a segurança jurídica destas, considerando que o objetivo das legislações em defesa da concorrência é promover um mercado cada vez mais competitivo.

O método da abordagem do trabalho é o dedutivo, na medida em que parte do estudo dos princípios constitucionais e da lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), para verificar a segurança jurídica decorrente da atuação do CADE frente às condutas lesivas à concorrência, de natureza qualitativa e, como método de procedimento, o monográfico. A técnica de pesquisa é a bibliográfica com base principalmente em artigos científicos, doutrina e sites oficiais.

## 2 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

O interesse pelo estudo das normas que regem e estruturam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência surge da “[...] incapacidade de auto-regulação dos mercados, que conduziram à atribuição da nova função do Estado.”<sup>1</sup> Destaca-se a relevância do assunto para o desenvolvimento econômico de qualquer agrupamento social, organizado ou não sob a forma de Estado<sup>2</sup>.

Nesse norte, “Parte-se da premissa de que [...] a concorrência existe desde que haja comercio, desde que haja mercado[...]”<sup>3</sup>, de modo que surge a necessidade da regulamentação do comportamento dos agentes econômicos que competem entre si. Assim, verifica-se a sua importância no âmbito do Direito Econômico instituído no Texto Constitucional (Título VII) e na Lei nº 12.529/11, que organiza a estrutura dos órgãos que administram as políticas antitruste<sup>4</sup>, tendo como principal objetivo a repressão de condutas lesivas à concorrência.<sup>5</sup>

Neste capítulo serão abordados três princípios constitucionais da ordem econômica, positivados no art. 170 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil, consiste na propriedade privada, livre concorrência e defesa do consumidor. Igualmente, faz-se necessário conhecer a terminologia de Constituição Econômica que surge com o fim do liberalismo econômico, e estudar a análise econômica do direito, para melhor compreensão do papel desempenhado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Este é composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos.

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 15

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 15

<sup>3</sup> WEBER; SANTARELLI apud FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 34

<sup>4</sup> “O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando ao estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo, ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre-iniciativa, em favor da coletividade.” (FRANCESCHINI, 1996 apud GABAN; DOMINGUES)

<sup>5</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)> Acesso em: 14 set. 2018.

## 2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A expressão ordem econômica supõe um “sistema de princípios e regras jurídicas que compreendem uma ordem pública”<sup>6</sup>. Encontra fundamentação legal na Constituição da República Federativa do Brasil, que traz no Título VII, Capítulo I, os princípios gerais da atividade econômica dispostos no art. 170.<sup>7</sup> Para uma melhor compreensão da importância dos princípios, veja-se a distinção entre ordem pública econômica de direção e de proteção trazida por Farjat, de modo que “observa que a primeira tende a estabelecer uma certa organização da economia nacional, enquanto a segunda tem por fim proteger, em certos contratos, a parte economicamente mais fraca.”<sup>8</sup>

No Brasil, “a ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica [...]. Para tal finalidade, a ordem contempla alguns princípios que a informam e que deverão circunscrever os limites da legislação a ser criada.”<sup>9</sup> Essa afirmativa encontra maior sustentação no já mencionado art. 170, que prevê a harmonia dos princípios nele disposto.

Ademais, não poderia ser estudada a Lei nº 12.529/11 isoladamente dos princípios norteadores da ordem econômica, de modo a considerar que a Carta Magna vigente, quando da apresentação dessa monografia, optou pelo modelo capitalista de produção, também conhecido como economia de mercado (art. 219), cujo coração é a livre iniciativa.<sup>10</sup> Isso posto que, fundamenta a ordem econômica na valorização do trabalho, na propriedade privada e na livre iniciativa, características próprias do sistema econômico de capital.

Nos ensinamentos de Lafayete, os princípios regem a inteligência das diferentes partes do ordenamento jurídico, constituindo-se vetores reguladores da exegese das normas estritas, de maneira a se difundirem para todo o sistema normativo.<sup>11</sup> Assim, o sentido dos

---

<sup>6</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 43

<sup>7</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 ago. 2018

<sup>8</sup> FARJAT apud GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 47

<sup>9</sup> MASSO, Fabiano del. **Direito econômico esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24!/4/2/4@0:0>> Acesso em: Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>10</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 816

<sup>11</sup> LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 208

princípios na Constituição Federativa da República do Brasil, é auxiliar ao legislador na compreensão dos dispositivos contemplados na legislação brasileira.

A ordem econômica, portanto, não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la. Indica-os, e a sua efetivação depende de sua adoção, mas não oferece a ‘força impositiva’ que só a norma jurídica possui. [...] Mesmo neste caso, porém, verificamos que os princípios econômicos dependem da norma jurídica ou a inspiram, para que se concretizem.<sup>12</sup>

Diante do exposto, verifica-se que o Texto Constitucional de 1988 teve a intenção de ter uma economia descentralizada de mercado, no sentido de fundamentar a ordem econômica na livre iniciativa e principalmente na livre concorrência<sup>13</sup>. Ressalta-se, ainda, que Constituição da República Federativa do Brasil traz hipóteses nas quais a intervenção do Estado como ente regulador, é necessária. Nesse sentido, verifica-se a importância dos princípios elencados na ordem econômica constitucional, os quais não são absolutos. Como se verificará a seguir, nesse cenário é que se fundamenta o estudo do Direito Econômico, que serve de orientação para uma política antitruste eficaz na defesa da concorrência.

### 2.1.1 Propriedade Privada

Positivado na Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 5, XXII e art. 170, inc. II)<sup>14</sup>, o princípio da propriedade privada dentro da ordem econômica, é “típica característica dos mercados capitalistas, sem o qual não existiria segurança jurídica para os agentes econômicos atuarem no mercado”<sup>15</sup>. Tem como função assegurar aos agentes econômicos que atuam ou que pretendem atuar no mercado, a possibilidade da apropriação privada dos bens e meios de produção. Ao mesmo, impõe o respeito à propriedade alheia a todos os indivíduos, assim como limita a ação do Estado, salvo hipóteses previstas pelo Texto Constitucional.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> PELUSO, 1994 apud MASSO, Fabiano del. **Direito econômico esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24/4/8/6/2@0:95.5>> Acesso em: 15 set. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>13</sup> MORAES DE, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817

<sup>14</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 25 ago. 2018

<sup>15</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/3/1/4/4@0:0.00>> Acesso em: 26 set. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>16</sup> BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Rev. Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 28 set. 2018.

Todavia, Grau, na interpretação deste princípio, faz uma distinção sobre os diversos tipos de propriedade e ainda adverte sobre a observância da função social da propriedade, distinguindo a propriedade de bens de consumo e a propriedade de bens de produção. Nesse sentido, entende que “[...] sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a função social da propriedade. Por isso se expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como função social da empresa.”<sup>17</sup>

Igualmente, Lafayette sustenta que:

Um bem de consumo, embora também, deva cumprir a função social, uma vez apropriado, resulta muitas vezes irrelevante e por isso poderá estar à margem da intervenção estatal, o que não se poderá dizer de qualquer bem de capital. Dependendo, pois, da destinação do bem e das relações sociais e jurídicas em que se insere, será especificada sua função social e, portanto, o conteúdo do direito de propriedade sobre ele incidente.<sup>18</sup>

Destaca-se que o princípio da propriedade privada, dentro da ordem econômica, visa garantir aos agentes econômicos um ambiente de segurança, característico do regime capitalista com o objetivo da produção de propriedade, que observe a sua função social. É importante enfatizar que a função social inserida no princípio da propriedade privada e para o direito antitruste “[...] caracteriza a vedação ao abuso ou mau uso em detrimento de outras liberdades privadas, [...]”<sup>19</sup> Dessa maneira, entende-se que o legislador busca não só o desenvolvimento econômico empresarial, ao mesmo tempo em que exige deste a utilização dos seus bens de forma a observar o interesse da coletividade.

### 2.1.2 Livre Concorrência

O princípio da livre concorrência elencado no art. 170, inciso IV, traz a concepção da existência de liberdade entre os agentes econômicos no mercado. No entanto, Grau sustenta a afirmação principiológica da livre concorrência no Texto Constitucional, posto que a concorrência livre somente poderia ter lugar em condições de mercado, nas quais não se manifeste o poder econômico. Da mesma forma, supõe que o livre jogo das forças de mercado,

---

<sup>17</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268

<sup>18</sup> LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 243

<sup>19</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/59!4/4/@0.00:0.00> > Acesso em: 22 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

na disputa de clientela, ocasionaria uma desigualdade de competição, a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal.<sup>20</sup>

De outro lado, para Gaban e Domingues, “o princípio da livre concorrência é de caráter instrumental”, e deve ser utilizado como instrumento de orientação do exercício da livre-iniciativa, objetivando um ambiente propício para os agentes econômicos e a proteção dos consumidores de forma concomitante. Assim, indicam que o princípio é um complemento e uma limitação da liberdade expressa na livre-iniciativa.<sup>21</sup>

Observa-se também o art. 1 da Lei nº 12.529/11, que prevê a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames da livre concorrência, que considera, a coletividade, o titular dos bens jurídicos a serem protegidos<sup>22</sup>. No entendimento de Grau, trata-se de uma lei voltada a preservação do modo de produção capitalista. Explica que na crise de legitimação de capitalismo tardio, o Estado passa a cumprir funções com o fim de constituir e preservar o modo de preservação do mercado.<sup>23</sup> Na continuação será abordado o princípio da defesa do consumidor.

### 2.1.3 Defesa do Consumidor

A livre concorrência propicia um ambiente de competição entre os agentes econômicos de mercado, dentro de determinado território, verifica-se a tarefa do Estado em garantir uma relação justa entre o fornecedor e o consumidor.<sup>24</sup> De igual forma, Barroso sustenta que, nas experiências que se tem de autorregulação do mercado, se sabe que nem sempre foram eficazes quando perfectibilizadas no contexto de satisfazer os interesses do consumidor. Nesse diapasão é que se vislumbra a necessidade de uma regulamentação que vise

---

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.244

<sup>21</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/59!4/2@100:0.00>>. Acesso em: 22 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>22</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>23</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.247

<sup>24</sup> LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 260

a proteção do consumidor, a qual inclusive se encontra como direito individual constitucionalizado (art. 5, XXXII).<sup>25</sup>

Del Masso expõe que:

“Apenas com a organização dos direitos dos consumidores é que se pode equilibrar o poder nas relações de consumo, pois na relação direta entre fornecedor e o consumidor quase sempre aquele tem maiores condições de realizá-la considerando somente as suas necessidades, o direito do consumidor ao reconhecer a hipossuficiência do destinatário final visa a equilibrar a relação jurídica.”<sup>26</sup>

Denota-se que, para a concretização do equilíbrio na relação de fornecedor e consumidor, foi criada a Lei nº 8.078/90 no sentido de estabelecer as normas de proteção e defesa do consumidor, todavia leia-se o objetivo disposto no art. 4:

Art. 4. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparências e harmonia das relações de consumo[...]<sup>27</sup>

Entende-se que o princípio da defesa do consumidor, dentro da ordem econômica, visa a proteção do hipossuficiente nas relações de consumo, sendo este a parte mais vulnerável. Desta maneira, quando da criação da lei consumerista, o Estado buscou garantir a regulação do mercado de forma equilibrada. No entendimento de Lafayete “a adoção da defesa do consumidor, como princípio constitucional da atividade econômica impõe o desenvolvimento de uma política nacional de relações de consumo”.<sup>28</sup>

Não obstante, é preciso ressaltar que a proteção do consumidor dá-se, segundo Bourgoignie, sob dois prismas: o primeiro é o lado econômico, que diz respeito ao papel dos consumidores no funcionamento do mercado, no sentido de “[...]existência de reais opções ofertadas aos consumidores e também da existência de informações claras quanto a elas.”<sup>29</sup> O segundo são as deficiências no mercado que causam problemas aos consumidores.

---

<sup>25</sup> BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Rev. Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 28 set. 2018.

<sup>26</sup> MASSO, Fabiano del. **Direito econômico esquematizado**, 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24!/4/2/4/@0:0>> Acesso em: 29 set. de 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>27</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 25 set. 2018

<sup>28</sup> LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 263

<sup>29</sup> BOURGOIGNIE apud LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**, 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 266

Tome-se de exemplo os famosos contratos por adesão, na qual o consumidor não tem a liberdade de negociar com o fornecedor, posto que as propostas são na sua maioria padronizadas.<sup>30</sup> Dessa maneira, observa-se a necessidade contínua do Estado para resguardar os interesses dos consumidores e da coletividade.

## 2.2 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

A necessidade de incorporar temas econômicos ao Texto Constitucional tem origem com a Constituição de Weimar (1919), “[...] apesar de ser tecnicamente uma constituição consagradora de uma democracia liberal – houve uma crescente constitucionalização do Estado Social do Direito[...]”<sup>31</sup>, no sentido de reconhecer que o Estado tem que controlar os efeitos econômicos em sede constitucional. Nesse norte, surgem as novas constituições sociais que visam a intervenção estatal na economia do século XX, de forma a tratar da política econômica do Estado.<sup>32</sup> Oportuno o apontamento de Bagnoli sobre as constituições liberais dos séculos XVIII e XIX:

O ordenamento jurídico tão somente reproduzia o pensamento econômico vigente, do liberalismo, da não intervenção do Estado no funcionamento dos mercados, e consequentemente, na proteção irrestrita da propriedade privada e na liberdade absoluta das partes para contratar, sempre colocadas em patamar de igualdade, fosse o dono do capital, fosse o operário.<sup>33</sup>

Vislumbra-se, assim, que na vigência do liberalismo econômico existia uma desproporção nas relações jurídicas, visto que a base deste regime não permitia a intervenção estatal e concomitantemente deu total garantia a propriedade privada. Todavia, em 1976 entrou em vigor, no âmbito internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Nesse contexto, surge o princípio da democracia econômica, social e cultural na Constituição da República de Portugal de 1976, considerado um dos objetivos do Estado<sup>34</sup>. No

---

<sup>30</sup> LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**, 2.ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 266

<sup>31</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2010 p. 816

<sup>32</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>33</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>34</sup> POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Rev. de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, p. 230-256, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/14624>>. Acesso em: 25 set. 2018

entendimento de Canotilho, o princípio da democracia econômica se concretiza por meio da Constituição Econômica, nos seguintes termos:

Constituição econômica – ou seja, o conjunto de regras e princípios que traduzem a conformação da ordem fundamental da economia. Nesse sentido o princípio constitui limite e impulso ao legislador. Limite no sentido de impedir ao legislador executar uma política social contrária às demais normas constitucionais e impulso que exige do legislador e dos órgãos concretizadores a execução de política em conformidade com as normas impositivas da Constituição.<sup>35</sup>

Diante desse cenário, verifica-se a estruturação econômica do Estado que, diante das crises pós guerras, vê a necessidade do intervencionismo e o dirigismo econômico<sup>36</sup>. Assim, Baracho entende que:

A relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico, é frequente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política reconhece-se a existência de uma Constituição econômica.<sup>37</sup>

Segundo Tavares a terminologia “constituição econômica” surgiu para expor uma nova concepção constitucional, a qual passou a existir com a formação sistemática da ordem econômica, depois de se perder a confiança na autorregulação.<sup>38</sup> O autor traz uma concepção de constituição econômica formal, que trata da introdução de conteúdo econômico no Texto Constitucional, que seriam os direitos, os limites e as responsabilidades dos sujeitos econômicos em exercício da atividade econômica.<sup>39</sup>

De igual forma, Calixto Salomão Filho sustenta que:

A ideia de regulamentação do poder econômico do mercado tem origem em uma premissa sócio econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.<sup>40</sup>

---

<sup>35</sup> CANOTILHO, apud POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Rev. de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, p. 230-256, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/14624>> Acesso em: 25 set. 2018

<sup>36</sup> POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Rev. de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, p. 230-256, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/14624>> Acesso em: 25 set. 2018

<sup>37</sup> BARACHO apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.817.

<sup>38</sup> TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**, 3.ed. São Paulo: Método, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/5!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>39</sup> FERREIRA, 1991 apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**, 3.ed. São Paulo: Método, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/5!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>40</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 16

A Constituição da República Federativa do Brasil estrutura a ordem econômica e social em títulos distintos (VII e VIII), embora a interpretação desses títulos deva ser conjunta, “visto que é por meio da ordem econômica que se assegura a existência digna conforme os ditames da justiça social.”<sup>41</sup> Dessa forma, a Carta Magna dispôs como base de seu sistema econômico a regulação e a garantia jurídica dos sujeitos econômicos para o livre desenvolvimento do mercado, que devem estes observar os princípios constitucionais que fundamentam a ordem econômica.<sup>42</sup>

Desta forma, Correa entende que “o regime instaurado na Constituição de 1988 se funda em princípios marcantes neoliberais, neocapitalistas”<sup>43</sup>, ao passo que a Carta Magna traz diretrizes menos intervencionistas do que as constituições anteriores, reconhecendo e reafirmando o modelo econômico capitalista adotado.

### 2.3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

O estudo pela AED pode ser entendido como um movimento recente, sem embargo, a ideia dos conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Os primeiros debates foram dos filósofos: Maquiavel, Hobbes e Locke. Teve sua origem na Europa do século XIX, ao passo que nos últimos anos surge a corrente intelectual americana que retoma, de forma profunda, os estudos da aproximação entre economia e direito.<sup>44</sup>

Stigler entende que a relação entre essas disciplinas enfrentam um abismo porque:

Enquanto a eficiência se constitui no problema fundamental dos economistas, a justiça é o tema que norteia os professores de Direito [...] é profunda a diferença entre uma disciplina que procura explicar a vida econômica [...] e outra que pretende alcançar a justiça como elemento regulador de todos os aspectos da conduta humana.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> FERREIRA FILHO apud BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978852248CO4331/cfi/59!4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>42</sup> MORAES DE, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817-818

<sup>43</sup> CORRÊA, apud TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**, 3.ed. São Paulo: Método, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/5!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>44</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/cfi/4!4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca

<sup>45</sup> STIGLER, apud PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

Contrariamente, Ribeiro e Galeski Junior entendem que a AED surgiu com o desenvolvimento das teorias econômicas para os assuntos jurídicos.<sup>46</sup> Por sua vez Bagnoli entende que “A análise econômica considera o Direito um conjunto de incentivos que leva os agentes adotarem um comportamento positivo ou negativo, a partir dos preceitos jurídicos introduzidos por um sistema de preços implícitos pelo comportamento de cada indivíduo.”<sup>47</sup> Reconhecendo que os estudos pela AED demandam um cuidado mais aprofundado e, por esse não ser o tema central dessa monografia, o estudo será delimitado as influências para com o direito concorrencial.

Ainda, importante os ensinamentos de Porto sobre as condutas:

Os agentes econômicos comparam os benefícios e os custos das diferentes alternativas antes de tomar uma decisão, seja ela de natureza estritamente econômica, seja ela de natureza social ou cultural. Estes custos e benefícios são avaliados segundo as preferências dos agentes e o conjunto de informação disponível no momento da avaliação. Esta análise de custo-benefício é consequencialista porque leva em conta o que vai acontecer (em termos probabilísticos) depois de tomada a decisão, e não as causas que levaram à necessidade de tomar uma decisão.<sup>48</sup>

Krugman e Wells sustentam que “uma economia é eficiente quando usa todas as oportunidades de melhorar as situações de alguns sem piorar a situação de outros.”<sup>49</sup> Dessa forma, na AED no direito concorrencial deve-se considerar a competição entre os agentes econômicos dentro de um mercado interagindo entre si, de modo que essa competição é importante para a sociedade, posto que pode ou não trazer benefícios ou prejuízos ao mercado. A concorrência determina os limites entre os sujeitos econômicos, para que não seja possível a prática de abusos no âmbito econômico, portanto, todo aquele que pratique condutas lesivas à concorrência e que ocasione efeitos negativos ao mercado deverá ter sua conduta reprimida.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> RIBEIRO; GALESKI JR, 2009 apud JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**, São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522487721/cfi/2!4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito Minha biblioteca.

<sup>47</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>48</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>49</sup> KRUGMAN; WELLS, apud BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>50</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

Diante desse cenário, surge a necessidade de um controle dos atos de concentração e de condutas dos sujeitos econômicos, de modo que para auxiliar nesse objetivo o direito concorrencial busca resguardo na AED, no sentido de instrumento de avaliação nas investigações das condutas lesivas à concorrência.<sup>51</sup> Note-se, necessidade de verificar conceitos econômicos que possam auxiliar ao direito na repressão de condutas lesivas à concorrência.

Porto analisa o Teorema do Bem-estar, modelo teórico de economia neoclássica que, na vertente de Adam Smith, entende que os mercados são formas eficientes de alocação de recursos. No entanto, essa afirmação não se reveste de simplicidade, posto que está sujeita a diversas condições específicas que, na sua maioria, dependem da atuação do Estado. Os principais estudos dessa teoria econômica estão fundamentados na chamada lei da oferta e da demanda, sendo que, com os resultados alcançados, constatou-se que a maior competitividade dos mercados tendem a conduzir a mais equilíbrios eficientes.<sup>52</sup> Entretanto, a teoria do bem-estar não chega a ser alcançada na realidade, posto que são as inúmeras condicionantes que tornam os resultados ineficientes.<sup>53</sup>

Em segundo lugar, como consequência das condutas anticompetitivas surge o conceito de falha de mercado:

“[...]se refere a circunstâncias específicas que levam um sistema de livre mercado à alocação ineficiente de bens e serviços. As imperfeições de mercado são os desvios das condições de mercado competitivo que levam indivíduos privados e organizações, que buscam maximizar seus interesses próprios, a fazerem coisas que não sejam de interesse social.”<sup>54</sup>

Dessa maneira, as falhas de mercado podem estar associadas a assimetrias de informação, estruturas não competitivas dos mercados, problemas de monopólio natural,

---

<sup>51</sup> MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Restrições no direito antitruste brasileiro à luz da Análise Econômica do Direito**. 2014. 103 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constituição e Sociedade) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2016. Disponível em: <[http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1674/Disserta%C3%A7%C3%A3o\\_Alexandre%20Cordeiro%20Macedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1674/Disserta%C3%A7%C3%A3o_Alexandre%20Cordeiro%20Macedo.pdf?sequence=1&isAllowed=y)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>52</sup> “Em termos simplificados, o teorema do bem-estar afirma que nos mercados onde a hipótese da curva de demanda líquida se iguala à curva da oferta líquida, gera uma alocação eficiente de Pareto. Dessa hipótese matemática, mostra-se mercados completos e perfeitamente competitivos, onde os participantes podem efetuar trocas eficientes de Pareto sem custos de transação, a alocação final atinge um ponto de equilíbrio eficiente.” (DEBREU, et al. apud, PORTO, 2013)

<sup>53</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>54</sup> SEIDENFELD, apud PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

externalidades ou bens públicos. Nesse sentido decorre a justificativa da intervenção governamental, embora parcela considerável dos governos visem corrigir as falhas de mercado com a constituição de ações menos eficientes de bens e recursos, de modo a perfectibilizar as denominadas falhas de governo.<sup>55</sup> Oportuno destacar a visão de Mckean,

A ideia de falha de governo está associada com o argumento de que, mesmo quando o mercado não atender as condições de concorrência perfeita, necessárias para garantir o ótimo social, a intervenção estatal pode gerar resultados ainda piores, em termos de eficiência ao invés de melhores.<sup>56</sup>

No Brasil, como política para verificar as condutas lesivas à concorrência, foi criado o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, o qual tem como função principal a análise de processos de fusão, cisão e incorporação de empresas, de maneira a proporcionar um mercado mais competitivo, reprimindo as infrações contra a ordem econômica.<sup>57</sup> Com essas considerações, será abordado, a seguir, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

#### 2.4 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE)

Criado pela Lei nº 4.137/62, o Cade atuava como órgão do Ministério da Justiça de forma a ter como atividade principal a fiscalização da gestão econômica e regime contábil das empresas. No ano de 1994, o órgão foi transformado em autarquia pela Lei nº 8.884/94, a qual atribuiu funções de defesa da concorrência no Brasil, sendo responsável por julgar processos administrativos de infrações à livre concorrência, controle de condutas empresariais e analisar atos de concentração do mercado. A Lei nº 12.529/11 trouxe significativas mudanças na estrutura do Cade e nas atribuições do ente, as quais serão estudadas na continuação.<sup>58</sup>

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei 12.529/2011. O Cade tem

---

<sup>55</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>56</sup> MCKEAN, 1965 apud PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>57</sup> PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: <[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_20132.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_20132.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

<sup>58</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**: Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 02 out. 2018.

como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir em última instância, sobre a matéria concorrencial [...]<sup>59</sup>

Dentre as mudanças trazidas pela nova legislação, destaca-se a alteração estrutural do Cade, que absorveu a competência das antigas Secretaria de Direito Econômico –SDE/MJ e da Secretária de Acompanhamento Econômico –SEAE/MJ. Atualmente, quando da apresentação desta monografia, o Cade exerce competência plena sobre controle de concentrações econômicas e repressão a infrações contra a ordem econômica. Está composto por três órgãos principais: Superintendência Geral, Tribunal Administrativo de Defesa Econômica e o Departamento de Estudos Econômicos<sup>60</sup>

Aragão sustenta que o Cade pode ser qualificado como agência autônoma, porém entende que natureza regulatória das suas competências são controversas. De modo que as agências reguladoras têm competência normiativa, ao passo que o Cade, conforme o disposto no art. 9, inciso XV da Lei nº 12.529/11<sup>61</sup>, traz a competência normativa interna/organizacional, de maneira que apenas poderia expedir atos de efeitos concretos, ou seja, não seria um ente regulador<sup>62</sup>. Para o Conselheiro do Cade, Celso Campilongo as diferenças entre as agências reguladoras e o Cade:

As agências desempenham funções regulatórias em setores específicos da economia; o CADE lida com o mercado como um todo, e além disso, não desempenha qualquer atividade regulatória. O que faz é a adjudicação no campo da concorrência – algo muito diferente de regulação.<sup>63</sup>

Outro ponto em destaque por Aragão é sobre a inércia do Cade, que atua quando é provocado, de forma que diverge das características das agências reguladoras que têm sua atuação decorrente do poder de polícia. Ainda, acrescenta que, embora o Cade não crie normas

<sup>59</sup> BRASIL, Ministério da Justiça. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**: Institucional. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 02 out. 2018

<sup>60</sup> PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 02 de out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>61</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>62</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/cfi/5!/4/4@0.00:46.0>> Acesso em: 02 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>63</sup> CAMPILONGO, apud ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/cfi/5!/4/4@0.00:46.0>> Acesso em: 02 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

gerais e abstratas no seu regimento interno, reconhece que pode estabelecer regras aplicáveis às atividades privadas.<sup>64</sup>

No seu viés de atuação, o Cade possui três formas principais de atuar quais são: preventivo, repressivo e educacional. No primeiro, tem por função analisar as atuações de agentes econômicos que possam praticar condutas lesivas à livre concorrência. No segundo, trata-se da aplicação de multas com o intuito de reprimir as condutas que sejam consideradas infrações à ordem econômica. O terceiro, no sentido de instruir aos sujeitos atuantes no mercado brasileiro as condutas que são lesivas a concorrência.<sup>65</sup> A seguir será tratado a respeito do importante papel que exerce o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, responsável por julgar os atos de concentração e demais processos de investigação de condutas lesivas à concorrência.

#### 2.4.1 Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

O Tribunal Administrativo encontra fundamentação legal nos art. 6 ao 8 da Lei nº 12.529/2011, de modo que se trata de um órgão judicante composto por um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, nomeados pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado. Possuem um mandato de 4 (quatro) anos, sendo vedada a sua recondução. A perda de mandato se perfectibilizará somente em virtude de decisão do Senado Federal.<sup>66</sup>

Sua competência está prevista no art. 9 da Lei nº 11.259/11,

Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: [...] II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; IV - ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar; V - aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do acordo em controle de concentrações, bem como determinar à Superintendência-Geral que fiscalize seu cumprimento; VI - apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral; VII - intimar os interessados de suas decisões; [...]; XVIII - requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos,

<sup>64</sup> ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/cfi/5!4/4@0.00:46.0>> Acesso em: 02 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>65</sup> VORONKOFF, Igor. O novo sistema de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Rev. De Defesa da Concorrência**, Brasília, v.2 nº 2 p 144-179 nov. 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/view/7/showToc>> Acesso em: 04 out. 2018.

<sup>66</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica....Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções; e XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.<sup>67</sup>

Ressalta-se o disposto no § 2º, do art. 9 da Lei nº 12.529/11, de forma que suas decisões não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução. Desta maneira, é possível constatar a sua autonomia administrativa.

“[...] uma vez que afasta a ingerência hierárquica de Ministro de Estado ou do Presidente da República, de modo que esses ou qualquer outro órgão da administração direta não podem revogar ou anular as decisões tomadas pelo Tribunal, não se admitindo, portanto, o chamado recurso hierárquico impróprio.”<sup>68</sup>

O art. 10 da Lei nº 12.529/11 traz as funções dos Conselheiros, as quais destacam-se em técnicas burocráticas e institucionais. Igualmente a continuação será apresentado o papel importante que realiza a Superintendência Geral do Cade.

#### 2.4.2 Superintendência Geral

A Superintendência Geral está composta por um Superintendente-geral, escolhido dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, notório saber jurídico ou econômico, sendo nomeado pelo Presidente da República e aprovado pelo Senado para um mandato de 2 (dois) anos. Pode ter uma única renovação pelo mesmo período subsequente, além de que cabe a este indicar dois Superintendentes-adjuntos, conforme art. 12 da Lei nº 12.529/11.<sup>69</sup>

Suas competências estão elencadas no art. 13 da Lei nº 12.529/11, sendo entre as mais importantes:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral: [...] III - promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; V - instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; [...]; VIII -

<sup>67</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>68</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>69</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; IX - propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; [...] XII - receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; [...]”<sup>70</sup>

Oportuno destacar que a apuração de cartel dos casos de concentrações econômicas e condutas unilaterais foram separadas de análises, toda vez que a primeira demanda uma forma de investigação de técnicas diversas, e a segunda tem uma forma de investigação com ênfase na análise econômica.<sup>71</sup> A seguir será tratado a respeito do Departamento de Estudos Econômicos.

### 2.4.3 Departamento de Estudos Econômicos

Os art. 17 e 18 da Lei nº 12.529/11 dispõe sobre o Departamento de Estudos econômicos, o qual deve ser dirigido por um Economista- Chefe, quem será o encarregado da elaboração de estudos e pareceres econômicos. É nomeado, conjuntamente, pelo Superintendente-Geral e pelo Presidente do Tribunal. Conforme disposto no §1º nas reuniões do Tribunal, não lhe é conferido o direito a voto.<sup>72</sup> Dessa forma, as novas alterações trouxeram ao DEE, a função de assessoramento econômico ao SG e ao TADE.

Nessa nova estrutura trazida pela Lei nº 12.529/11, “[...] tornou o trabalho da autoridade antitruste mais eficaz e célere, na medida que não se verifica duplicação de análises [o que era comum com a legislação anterior].”<sup>73</sup> Outra das inovações mais importantes foi o controle prévio de concentrações, de responsabilidade da Superintendência-Geral que

---

<sup>70</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>71</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>72</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>73</sup> RODRIGUES, Eduardo; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei nº 12.529/11: A defesa da Concorrência avança no Brasil. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 36-49 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 07 out. 2018

desenvolveu um papel importante na análise de menor complexidade, o que gerou maior celeridade e foco nos processos com maior potencialidade danosa.<sup>74</sup>

Neste capítulo foi apresentada a política de defesa da concorrência, que mediante uma agência autônoma visa dar proteção ao mercado econômico brasileiro. Nesse sentido, verificou-se a proteção de três princípios constitucionais da ordem econômica, a importância da inter-relação entre direito e econômica e finalmente a estrutura e funções do Cade.

Dessa forma, justifica-se a intervenção do Estado como ente garantidor da economia, no sentido de oferecer um mercado mais competitivo e eficiente, que desencoraje a prática de condutas anticompetitivas.

A seguir, será exposto sobre o poder econômico e as condutas anticompetitivas, onde serão abordados alguns conceitos mais frequentes no direito concorrencial, assim como, fatores que determinam quando o mercado está sendo afetado por condutas lesivas à concorrência.

---

<sup>74</sup> RODRIGUES, Eduardo; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei nº 12.529/11: A defesa da Concorrência avança no Brasil. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 36-49 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 07 out. 2018

### 3 PODER ECONÔMICO E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 173, dispõe que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”<sup>75</sup> Frisa-se que é comum que o mercado apresente falhas, conforme foi exposto no capítulo anterior, um mercado perfeito existe apenas na teoria. Desse modo exsurge a importância do estudo e da aplicação do direito concorrencial, que visa promover, através de um conjunto normativo de regras jurídicas, um cenário competitivo entre os agentes atuantes de mercado.

Todavia, verifica-se que “[...] o poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade.”<sup>76</sup> Não obstante, aquele que detenha certo tipo de poder econômico, ainda que lícito, dentro do sistema de concorrência prejudica outros agentes econômicos.<sup>77</sup> Assim, “[...] o poder econômico é entendido como limitador da liberdade de escolha (de todos os agentes, consumidores e produtores) quando é suficientemente grande para criar barreiras à entrada de concorrentes.”<sup>78</sup> Dessa forma, surge a necessidade de tutelar, principalmente, os princípios da livre iniciativa e a livre concorrência, utilizados no âmbito do direito concorrencial e que devem servir como reguladores das relações econômicas, de maneira a reprimir todo tipo de abuso que possa gerar danos aos demais concorrentes.

Entretanto, a legislação não é suficientemente clara sobre os critérios que determinam as hipóteses em que se deve punir a prática de poder econômico, em especial quando esta é alcançada de forma lícita. Dessa forma, a separação entre concorrência lícita e a predatória é uma das maiores questões no direito concorrencial na atualidade.<sup>79</sup> São diversos os entendimentos que buscam dar resposta a essa questão, de modo que, dentre estes, que entendem que o poder econômico é um fato e não um direito, sendo assim este é inerente à natureza das coisas.<sup>80</sup>

---

<sup>75</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 12 out. 2018

<sup>76</sup> REALE, apud FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 275

<sup>77</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 275

<sup>78</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 43

<sup>79</sup> FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 276

<sup>80</sup> CHONÉ, apud FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 278

Nessa linha, assevera-se que “o poder econômico, que é fenômeno intrínseco das sociedades capitalistas com algum grau de industrialização, deve estar sujeito a controles estatais, sob pena de inviabilizar o próprio funcionamento regular de mercados.”<sup>81</sup> Considera-se, ainda, que “os interesses da coletividade devem fatalmente preponderar sobre as prerrogativas do indivíduo.”<sup>82</sup> No Brasil, o Cade é o responsável em prevenir e restringir os atos que possam ser lesivos aos princípios do direito concorrencial, principalmente quando a livre concorrência esteja em risco. A seguir será tratado sobre o mercado relevante, um dos principais pontos de partida regularmente utilizados pelas autoridades antitruste.

### 3.1 MERCADO RELEVANTE

A Lei nº 12.529/11, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência, faz referência ao mercado relevante, de forma que se destaca o disposto no art. 36, inciso II:

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

II - dominar **mercado relevante** de bens ou serviços; [...] (*grifo nosso*)<sup>83</sup>

Faz-se necessário indagar o entendimento do legislador acerca do “mercado relevante”, posto que dessa maneira poderá se ter uma maior compreensão sobre as infrações à ordem econômica. De um lado, Salomão Filho sustenta que o mercado relevante é determinado por um método teórico de acesso e medição do poder no mercado.” Assim, entende que:

O referido método prevê exatamente isso: primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo de produto, e, em seguida, a verificação da participação percentual do agente econômico nesse mercado.<sup>84</sup>

Igualmente, Bagnoli sustenta que o mercado relevante vem no sentido de “[...] determinar o mercado em questão, o *locus* pertinente à análise concorrencial de determinada

---

<sup>81</sup> PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/4!4/4/@0.00:0.00>> Acesso em: 13 out. 2018

<sup>82</sup> JOSSERAND, apud FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 279

<sup>83</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

<sup>84</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**, São Paulo: Malheiros, 1998, p. 89

prática ou operação.”<sup>85</sup> Por outro lado, Forgioni defende que “o mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua um agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”<sup>86</sup> É importante entender que as relações econômicas não são simples de serem compreendidas, de forma que dificilmente se poderá ter uma definição exata e segura de mercado relevante. Assim sendo, não é possível esperar um único modelo de mercado.<sup>87</sup>

Reforça-se a importância da delimitação do mercado para o direito de defesa da concorrência, posto que dessa forma será capaz de verificar quando a conduta de um ou mais agentes econômicos esteja afetando a livre concorrência. Por isso, na Portaria nº 50, denominada Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE de 1º de agosto de 2001, define o que seria mercado relevante, “[...] como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços.”<sup>88</sup>

Da mesma forma, é necessário conhecer como se determina os limites do mercado relevante, de modo que para esse propósito são utilizados diversos métodos econômicos como, por exemplo, a aplicação do Teste do Monopolista Hipotético (TMH) pelo Cade.<sup>89</sup>

O TMH é empregado para auxiliar na definição do MR [mercado relevante] equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um SSNIP [small but significant and non-transitory increase in price]<sup>90</sup>. O instrumental analítico utilizado envolve a avaliação da reação do consumidor ao hipotético aumento de preços. A partir daí, procura-se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços para a definição do mercado relevante.<sup>91</sup>

Verifica-se, assim, que para identificar os potenciais efeitos resultantes de condutas anticompetitivas por agentes econômicos, é importante que a autoridade antitruste possa

<sup>85</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: Acesso em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/3!/4/4@0:0.00>> Acesso em: 26 set. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>86</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 222

<sup>87</sup> SUVILLAN, apud FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.223

<sup>88</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Documento de trabalho nº 01/2014**, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao\\_de\\_mercado\\_relevante.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

<sup>89</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca

<sup>90</sup> Aumento pequeno, mas não significativo e não transitório de preço. (Tradução nossa)

<sup>91</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

delimitar o mercado que visa dar proteção, seja no sentido de prevenção ou de repressão de possíveis práticas anticompetitivas.<sup>92</sup> Dessa forma, ressaltam-se duas formas principais de identificar o mercado relevante, que são a do fator material e a do fator geográfico. Igualmente, será apresentada a flexibilização dos testes pela teoria da elasticidade do mercado relevante.

### 3.1.1 Mercado relevante material

Denomina-se assim de mercado relevante material aquele em que os produtos e serviços são considerados pelos consumidores substituíveis entre si, posto que apresentam características, preços e utilização similar.<sup>93</sup> Nas palavras de Forgioni “O mercado relevante material (ou mercado de produto) é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece.”<sup>94</sup> Nessa linha, para que no mercado relevante material se verifique produtos e serviços fungíveis tem que existir a concorrência entre os agentes econômicos. Contudo isso não é suficiente, posto que são diversos os fatores que podem ser usados para determinar uma concentração de poder econômico no mercado relevante material.<sup>95</sup>

Importante é a análise da substituição da demanda, sendo que dependerá do custo que o consumidor poderá suportar para substituir o produto. Dessa forma, não será possível considerar a substituição de um produto por outro se a diferença de preço for muito considerável. Não obstante, na hipóteses de a diferença no valor depender da qualidade do produto, ainda será considerada como substituível. Igualmente, a análise da oferta é significativa para definir o mercado relevante material, isso porque poderá ser determinada a quantidade que será redirecionada para fabricação do produto.<sup>96</sup>

Para uma maior compreensão veja-se o seguinte exemplo:

Pegam-se como exemplo aguardentes produzidas em diversos alambiques e de marcas distintas e concorrentes entre si. Cada aguardente, apesar de suas características comuns, é diferente, possuindo cada qual uma especificidade que a diferencia das demais: seja a qualidade, seja apenas a marca ou o preço. Os alambiques fazem

<sup>92</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 10 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>93</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

<sup>94</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.229

<sup>95</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.229

<sup>96</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 96-102

publicidade para destacar essas diferenciações e assim cativar seus consumidores e poder praticar preços mais altos. Apesar de os consumidores não estarem dispostos a trocar suas aguardentes favoritas, eles consideram as diversas marcas de aguardente substitutas entre si, em razão da utilização e do preço. Contudo, muitos consumidores de aguardente podem considerá-la um sucedâneo de outras bebidas alcoólicas, como a vodka, a grappa ou o saquê, por exemplo. Nesse caso, o produtor de aguardente deverá considerar não apenas o preço praticado por outros produtores de aguardentes, mas também o preço das outras bebidas alcoólicas tidas pelos consumidores como substitutas. Tal fato também restringe o preço a ser praticado pela comercialização da aguardente com a limitação da oferta. Outrossim, caso os produtores de aguardente acordem entre si em aumentar seus preços, os consumidores poderão direcionar sua demanda para as outras bebidas alcoólicas consideradas substitutas. Em outras palavras, é o caso do consumidor em sua happy hour com colegas de serviço e sedento por uma caipirinha que, ao ser informado pelo garçom que a caipirinha (de aguardente) custa “2x”, acaba optando por uma caipiroska (caipirinha feita com vodka), que custa “x”.<sup>97</sup>

Percebe-se ainda que podem existir ainda mais fatores que determinem o mercado relevante material. O Cade considera diversos fatores, de modo que, por exemplo é possível elencar os seguintes: perfis dos clientes, dimensionamento do mercado desses clientes, natureza e características dos produtos e/ou serviços, importância dos preços dos produtos e/ou serviços, importância da qualidade dos produtos e/ou serviços[...].<sup>98</sup> Com essas considerações, a seguir será tratado a respeito do mercado relevante geográfico.

### 3.1.2 Mercado relevante geográfico

A definição de mercado relevante geográfico é considerada uma das análises mais importantes para definição de mercado relevante, posto que determina o espaço onde são desenvolvidas as atividades dos sujeitos econômicos<sup>99</sup>, compreende duas situações na qual o agente econômico pode aumentar os preços sem perder um grande número de clientes e/ou provocar imediatamente o enfraquecimento da região por bens de outros fornecedores.<sup>100</sup> Dessa forma, pode-se dizer que a análise de mercado relevante geográfico “[...] permite, no mais das vezes, ampliar o mercado a ponto de descaracterizar a existência de poder, mesmo em presença de altos níveis de concentração no mercado originário.”<sup>101</sup>

<sup>97</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 10 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>98</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

<sup>99</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 102

<sup>100</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 224

<sup>101</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 102

Desse modo, compreende “a área na qual os agentes econômicos ofertam e procuram produtos ou serviços em condições concorrencias equivalentes de preço, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços.”<sup>102</sup> No entanto, Salomão Filho adverte sobre as dificuldades de distinção entre os planos de substituição da oferta e da demanda.

Por um lado, no caso do mercado relevante material a diferença se verifica na mudança do material fisicamente. Por outro lado, no caso de mercado geográfico, a mudança não é totalmente evidente, isso porque ocorre uma transferência geográfica.<sup>103</sup> Nesse cenário, cumpre verificar as seguintes hipóteses trazidas por Bagnoli:

“(i) o consumidor estaria disposto a deixar o local onde está situado para adquirir o produto ou utilizar o serviço em outro área, às vezes distante de onde se encontra; (ii) os custos dos transportes deixariam os produtos ou serviços locais em condição de independência e indiferença em relação aos ofertados por agentes econômicos de outras áreas; (iii) as características do produto ou serviço, como por exemplo durabilidade e resistência ao transporte, permitiriam a comercialização em áreas relativamente distantes de sua origem; (iv) os incentivos governamentais representariam impeditivos ao ingresso de novos agentes econômicos no mercado [...]”<sup>104</sup>

Dependendo assim das respostas das hipóteses mencionadas, verifica-se a existência de diversos fatores que o Cade deverá ter em consideração para a correta delimitação do mercado relevante geográfico. Faz-se necessário considerar, ainda, que na contemporaneidade com a popularização da Internet, essa verificação não é tarefa fácil, posto que alguns mercados relevantes considerados regionais, passam a desenvolver suas atividades de forma mais ampla.<sup>105</sup>

A seguir será tratado a respeito da teoria da elasticidade.

### 3.1.3 Teoria da elasticidade

Considerando os dois critérios para identificar o mercado relevante, seja material ou geográfico, há de se discorrer sobre a flexibilização normativa da teoria da elasticidade, que

---

<sup>102</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>103</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 102

<sup>104</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>105</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.227

analisa a substitutibilidade pelo lado da demanda, da oferta e o preço.<sup>106</sup> Nesse sentido, a doutrina norte-americana sustenta:

[...] o mercado relevante de produto é o menor mercado para o produto no qual a elasticidade da demanda e a elasticidade da oferta são suficientemente baixas, para que uma firma com 100% de mercado possa lucrativamente reduzir a produção e aumentar substancialmente o preço acima do nível competitivo.<sup>107</sup>

Assim, ao se delimitar o mercado relevante deverá ser analisada a possibilidade de substituições do lado da demanda, considerando as possibilidades dos consumidores substituírem o produto por outro, nos casos de aumento de preços e, de igual forma nas hipóteses do lado da oferta, considerando novos fornecedores dentro do mesmo mercado a ser analisado.<sup>108</sup> Nesse sentido, no DEE entende-se que a delimitação do mercado relevante:

[...] está na pressão competitiva de produtos ou de produtores substitutos, diferenciados por características físicas e espaciais. Na eventualidade de um comportamento anticompetitivo de uma empresa ao obter maior poder de mercado, as rivais mais próximas (aquelas que estão no mercado relevante) serão aquelas que constringerão tal iniciativa. Com isto, todo exercício de definição de mercado relevante passa pela avaliação do grau de substituição dos produtos em análise, seja pelo lado da demanda (como nos EUA) ou pela oferta, em certo grau, oferta, como caso da União Europeia e Grã-Bretanha.<sup>109</sup>

Assim, a identificação do mercado relevante deve ser o ponto de partida da autoridade antitruste, o qual visa delimitar o âmbito na qual a conduta do agente econômico estará sendo verificada. É importante que a análise tenha como foco em consideração os fatores aqui descritos. De igual forma deve-se verificar que a Lei nº 12.529/11 reprime o abuso de posição dominante e não o poder do agente no mercado, conforme será exposto a seguir.

---

<sup>106</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>107</sup> HOVENKAMP, 2000 apud GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>108</sup> NUSDEO, 2002 apud GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>109</sup> CADE, DEE, 2010 apud NUSDEO, 2002 apud GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

### 3.2 POSIÇÃO DOMINANTE

A teoria neoclássica sustenta que a posição dominante é manifestada pelo comportamento dos agentes econômicos no sentido de “[...] aumentar preços através da redução da oferta de bem ou serviço.”<sup>110</sup> Não é possível sustentar que esse tipo de conduta é a única que determina a posição dominante de poder de mercado. Toma-se de exemplo a empresa que alcance um nível de eficiência, capaz de diminuir e não de aumentar seus preços e, ainda assim, detenha poder de mercado. Igualmente, é possível que um agente econômico, ainda que sem poder no mercado, possa aumentar preços, de maneira que a análise da posição dominante deve ser complementada de outro tipo de análises como, por exemplo, as do mercado relevante.<sup>111</sup>

Bagnoli faz uma distinção interessante entre posição dominante e poder econômico:

Quando se fala em posição dominante, entende-se a participação que determinada empresa tem num certo mercado. Essa participação pode ser resultado de sua eficiência concorrencial que lhe garantiu uma posição de destaque em decorrência da opção dos consumidores. Até então, nada se tem de anticoncorrencial.<sup>112</sup>

Por sua vez, Pereira Neto entende que “Para ser capaz de distorcer unilateralmente a competição, uma empresa precisa ter um certo porte, que pode ser traduzido em uma participação de mercado relativamente elevada.”<sup>113</sup> Dessa forma, no que se diz sobre poder econômico, refere-se:

“[...] à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a possibilidade dessa empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação, de maneira a impor aos outros *players* condição tal que não consigam resistir à disputa.”<sup>114</sup>

Nesse sentido, imagine-se uma empresa que, abusando de seu poder econômico, disponibiliza preços muito abaixo das condições mínimas e, por consequente, suas concorrentes não possam acompanhá-la e declarem como falidas. Dentre outras consequências estariam também configuradas as barreiras criadas pelo abuso, posto que dificilmente será possível que

---

<sup>110</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 74

<sup>111</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 75

<sup>112</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 19 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>113</sup> PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 19 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

<sup>114</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 19 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

novos concorrentes possam entrar no mesmo mercado. Nesse caso hipotético, veja-se configurado o poder econômico decorrente do abuso da posição dominante da empresa.<sup>115</sup>

O Cade tem se posicionado sobre a prática descrita nesse tópico, assim sustenta:

O domínio de mercado deve ser entendido como um poder de agir. No aspecto ativo esse poder confere à empresa dominante a capacidade de influir sobre as outras empresas do mercado. Dominar é, pois, poder adotar um comportamento independente das concorrentes, tornando-se apta para controlar o preço, a produção ou a distribuição de bens ou serviços de uma parte significativa do mercado, incluindo, assim, a concorrência.<sup>116</sup>

A Lei nº 12.529/11 no art. 36, § 2º pressupõe a caracterização de posição dominante, quando uma empresa ou grupo de empresas tenham o poder de alterar as condições do mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante.<sup>117</sup> Note-se que a legislação pressupõe a hipótese de uma ou mais empresas que possam caracterizar posição dominante, nesse caso, “O que é relevante, para efeitos da caracterização da posição dominante, é que a empresa pode deter poder econômico muito maior do que lhe seria próprio, em virtude de sua inserção em grupo empresarial.”<sup>118</sup> Desse modo, pode-se dizer que há existência de posição dominante, também nas hipóteses de acordos entre agentes econômicos que sejam capazes de ensejar alterações nas condições do mercado.

Importante lembrar que a posição dominante, apenas, não é punida, considerando o ilícito a partir de seu abuso, a qual deverá ser reprimida. Veja-se que o primeiro ponto da análise concorrencial será definir o mercado relevante, conforme já exposto. Dessa maneira, devem ser analisadas as condutas do agente econômico de posição dominante, que faça abuso de sua condição, especialmente nos casos em que possua 20% do controle do mercado relevante, conforme determinação legal.

### 3.2.1 Indicativos

Para identificar quando um mercado está sendo afetado por condutas anticompetitivas, as autoridades antitruste utilizam diversos indicadores, que podem mostrar os

<sup>115</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 19 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>116</sup> MALARD, 1993 apud FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p.274

<sup>117</sup> BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>118</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 280

efeitos causados por comportamentos lesivos à livre concorrência. Um dos critérios mais utilizados pelas autoridades é a análise da estrutura do mercado relevante, sob o critério de terminologia *market share* e *market power* [participação de mercado e poder de mercado].<sup>119</sup> Distingue-se a utilização desse critério pela legislação brasileira, conforme disposto no § 2 do art. 36 da Lei nº 12.529/11, que presume a posição dominante do agente ou agentes econômicos com controle de 20% do mercado.<sup>120</sup>

Os critérios do *market share* e *market power* na análise da estrutura do mercado relevante, “presume-se que, quando a empresa detém parcela substancial do mercado (*market share*), possui poder econômico tal que lhe permite atuação independente e indiferente (*market power*) [...]”.<sup>121</sup> Diante desse pressuposto, e existindo indícios de poder econômico, pode-se presumir a existência de posição dominante. Outrossim, veja-se o conceito do termo “market power” por Landes e Posner, “The term ‘market power’ refers to the ability of a firm (or a group of firms, acting jointly) to raise price above the competitive level without losing so many sales so rapidly that the price increase is unprofitable and must be rescinded”<sup>122</sup>

Embora a presunção do poder de mercado esteja associada a uma conduta predisposta a praticar lesões a livre concorrência, para Bouling e Staelin, esses critérios apresentam exceções posto que, “[...] Our results suggest that firms with high market shares derive no extra market power benefits except if they operate in environments with little buyer power.”<sup>123</sup> Nesse viés, constata-se que a simples existência de posição dominante não é suficiente para caracterizar seu ilícito. Daí a necessidade de uma análise mais aperfeiçoada pelas autoridades antitruste, no sentido que inclua em cada análise de condutas fatores específicos para cada tipo de estrutura de mercado.

Salomão Filho traz alguns métodos relevantes que podem orientar nesse caminho. A primeira consiste na forma de determinação não baseadas na definição de mercado, que

---

<sup>119</sup> HOVENKAMP, apud FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 283

<sup>120</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>121</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 283

<sup>122</sup> “O termo poder de mercado se refere a habilidade de uma firma (ou grupo de firmas, agindo de forma conjunta) de elevar o preço acima do nível competitivo sem perder muitas vendas de forma acelerada, de modo que o aumento de preço não é lucrativo devendo ser rescindido.” (LANDES & POSNER, 1981 apud GABAN; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 2016, tradução nossa)

<sup>123</sup> Nossos resultados sugerem que empresas com altas participações de mercado não obtém nenhum benefício adicional de poder de mercado, exceto se operarem em ambientes com pouco poder de compra. (BOULIDING; STAELIN, 1990, tradução nossa).

encontra fundamento na verificação de comportamentos, na qual é possível inferir ou mensurar aumento de preços para níveis de monopólio.<sup>124</sup> Para isso, considera o chamado Lerner Index<sup>125</sup> um dos métodos mais interessantes para determinar o poder de mercado, “The Lerner Index is a measure of a firm’s mark-up, which indicates the degree of market power the firm enjoys”<sup>126</sup>. Entretanto, esse teste apresenta dificuldade ao se buscar identificar os elementos que compõem sua fórmula, posto que requerem um estudo mais complexo na estrutura de custos da empresa.<sup>127</sup>

Todavia, ao se mencionar análise de comportamento, o método de discriminação de preços é reconhecido por Salomão Filho, como aquele que permite um razoável grau de segurança. Veja-se o seguinte exemplo para uma melhor compreensão:

Com efeito, se uma empresa é capaz de discriminar entre consumidores localizados em mercados geográficos diferentes e se não existem motivos (ex: custos de transporte) a justificar essa discriminação, isso significa que no mercado em que cobra preços superiores a empresa é dotada de certo grau de poder.<sup>128</sup>

Dessa forma, verifica-se que o comportamento no mercado e o poder no mercado estão significativamente relacionados. Apresenta-se outro indicador de posição dominante quando da percepção de barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Entende-se por barreiras à entrada, aquelas que estão ligadas ao chamado comportamento uniforme do agente dominante, sendo que, do abuso da sua posição, dificulta ou impossibilita o ingresso de novos agentes no mercado.<sup>129</sup> Repare-se que a maior parte desse comportamento foi criado por meio de concentrações empresariais, através de fusões, aquisições e acordos entre concorrentes.<sup>130</sup> Nesse viés “considera-se como barreira à entrada qualquer fator em um mercado que deixe um

---

<sup>124</sup> A teoria do monopólio não se aplica exclusivamente àquelas empresas que detêm 100% do mercado, mas também, àquelas situações em que um dos produtores detém parcela substancial do mercado (por hipótese, mais de 50%) e seus concorrentes são todos atomizados, de tal forma que nenhum deles tem qualquer influência sobre o preço de mercado. (SALOMÃO FILHO, 1998. p.124).

<sup>125</sup> Lerner Index, que consiste no quociente entre a diferença entre preço e custo marginal para o monopolista e o preço do monopolista ( $Li = (Pi - CMi)/Pi$ ). O índice varia entre zero e um. Tendendo a um em caso de monopólio e tendendo a zero em caso de concorrência perfeita (pois, então,  $Pi = CMi$ ). (SALOMÃO FILHO, 1998. p.83)

<sup>126</sup> “O índice learner é uma medida do *markup* de uma empresa, que indica o grau de poder de mercado que a empresa possui.” (GOOLSBEE; LEVITT; SYVERSON, 2010, tradução nossa).

<sup>127</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.83

<sup>128</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.85

<sup>129</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/59!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 26 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>130</sup> OCDE, apud GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/59!/4/2@100:0.00>> . Acesso em: 26 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

potencial competidor (entrante) eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos.”<sup>131</sup>

É apropriado considerar que a presença de barreiras de entrada no mercado brasileiro, configura não apenas o poder econômico das empresas detentoras dessa posição, senão que da sua prevalência caracteriza-se o abuso. Ao dificultar o ingresso de novos concorrentes ocasionam inúmeras repercussões negativas no mercado, assim também como aos consumidores. Nesse diapasão, assume-se a seguinte afirmação:

A barreira à entrada, característica estrutural de um mercado, possibilita a manutenção do poder de mercado das firmas estabelecidas, uma vez que torna a entrada não lucrativa. A extensão do poder de mercado de uma firma, no longo prazo, depende da elasticidade de sua curva de demanda. Entrada e competição de outros produtos e outros produtores limitam o poder de mercado das firmas se as barreiras à entrada não são significantes.<sup>132</sup>

Dentre outros fatores que são demonstrados para determinar a existência de barreiras à entrada, configuram-se os seguintes de maior relevância e notoriedade: os custos fixos elevados, exigências consideráveis de economias de escala ou de escopo para ingresso de um novo competidor e ameaça de reação dos competidores instalados.<sup>133</sup> Constata-se que a prática de criação de barreiras à entrada são condutas que caracterizam o abuso de poder de mercado, lesivas aos princípios constitucionais que regem o direito antitruste. Diminuem as possibilidades de competição entre possíveis novos agentes, de forma que devem ser reprimidas pelas autoridades antitruste.

### 3.2.2 Modalidades

Conforme exposto nesse capítulo, foram apresentados alguns métodos utilizados pelas autoridades antitruste, que auxiliam na caracterização de condutas anticompetitivas. Nesse viés, iniciou-se do pressuposto da inexistência de um modelo de concorrência perfeita, assim definida pela falta de condições ideais do mercado, caracterizado pela livre concorrência. Nesse sentido se justifica a tarefa do Estado para fomentar um ambiente competitivo entre os agentes

---

<sup>131</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/0>>. Acesso em: 26 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>132</sup> CHURCH e WARE, 2000 apud DE PAULA EDUADO, G. et al. Análise Estrutural do Mercado Brasileiro de Picapes Pequenas. **Rev. Estudo & Debate**. Rio Grande do Sul, v. 25, n.2, p. 66-90, 2018. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/article/view/1584/1376>> Acesso em: 30 out. 2018

<sup>133</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/0>> Acesso em: 26 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

econômicos.<sup>134</sup> Nesse diapasão, ressalta-se que a legislação brasileira não define expressamente o abuso de posição dominante, embora o art. 36, § 3º da Lei nº 12.529 /11 disponha os efeitos das práticas consideradas infrações à ordem econômica, não trazendo nenhuma inovação desde o diploma legal anterior.<sup>135</sup> Na continuação serão apresentadas algumas das práticas abusivas trazidas pela legislação.

### 3.2.2.1 Imposição de preços abaixo do custo

A prática de venda de mercadoria ou prestação de serviços abaixo do custo de forma injustificada, caracteriza infração à ordem econômica, conforme determina o art. 36, § 3º inc. XV da Lei nº 12.529/11.<sup>136</sup> Também conhecida como preço predatório, consiste na deliberação do detentor de poder econômico incorrer em perdas no curto prazo com intuito de eliminação de concorrentes para gozar os lucros a longo prazo, mediante preços monopólicos.<sup>137</sup> Forgioni sustenta que para que seja possível a incidência do pressuposto jurídico, é necessário que a prática ilícita seja configurada mediante a produção de um dos efeitos caracterizados na legislação, qual seja, o preço abaixo do custo e de forma a culminar na ocorrência injustificada.<sup>138</sup>

Salomão Filho entende que a conduta de preço predatório não deve ser preocupação para o direito da concorrência, posto que apresenta diversas dificuldades para sua configuração. Dessa forma afirma que “Abrir mão de lucros pode, através de diminuição de preços ou melhora tecnológica – em princípio, e desde que não haja qualquer outro objetivo-, ser um ato profundamente pró-concorrencial e benéfico ao consumidor.”<sup>139</sup>

Duarte considera que no sistema brasileiro se adotam critérios objetivos para análise da prática de preços predatórios, de maneira diversa do que acontece com a evolução do

<sup>134</sup> BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 19 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>135</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 299

<sup>136</sup> BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica....Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>137</sup> NEILS, G. et al. 2011 apud DUARTE FAERMAN SOARES, Thiago Alves. Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, v.2, nº 1, pp. 33-63, 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/100/55>> Acesso em: 02 nov. 2018

<sup>138</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 301

<sup>139</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**

pensamento da Suprema Corte Americana, que analisa outros fatores determinantes para a prática do preço abaixo do custo. Embora ainda existam diversas correntes sobre esse ponto, o autor entende que a postura tomada pelo Cade é a responsável pela ausência de condenações pela prática referida desde 2003 até 2007.<sup>140</sup> A seguir será tratado a respeito das vendas casadas.

### 3.2.2.2 Vendas casadas

Forgioni denota que “[...] existe venda casada quando um sujeito subordina a venda de um bem (produto principal, produto subordinante ou tying product) à aquisição de outro, ou à utilização de um serviço (produto ou serviço vinculado, subordinado ou tied product).”<sup>141</sup> Encontra vedação no art. 36, § 3º, inciso XVIII da Lei nº 12.529/11 que dispõe como infração à ordem econômica a subordinação da venda de um bem ou serviço à aquisição de outro bem ou prestação de serviço.<sup>142</sup> Nesse viés, para que seja configurado a prática ilícita não é suficiente apenas sua prática, posto que será necessário verificar seus efeitos, considerando-os prejudiciais a livre concorrência.<sup>143</sup> São considerados efeitos decorrentes de venda casada:

(a) a prática pode significar o ganho de participação no mercado do produto vinculado, que é resumido pela teoria da alavancagem, (b) o fechamento do mercado do produto vinculado ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes, (c) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente e (d) o contorno de eventual fiscalização dos preços em mercados regulados.<sup>144</sup>

Forgioni ressalta que é importante observar o mercado na qual a prática de venda casada este sendo praticada, posto que será necessário reputar o poder detido da empresa que lida com o produto principal.<sup>145</sup> Para melhor compreender expõe:

---

<sup>140</sup> DUARTE F. S., Thiago Alves. Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, v.2, nº 1, pp. 33-63, 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/100/55>> Acesso em: 02 nov. 2018

<sup>141</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 309

<sup>142</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>143</sup> COPETTI CRAVO, Daniela. Venda casada: é necessária a dúplice repressão?, **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, nº1, pp. 52-70, 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/46/13>> Acesso em 02 nov. 2018

<sup>144</sup> SUVILLAN, L.; GRIMES W., 2000 apud COPETTI CRAVO, Daniela. Venda casada: é necessária a dúplice repressão?, **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, nº1, pp. 52-70, 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/46/13>> Acesso em 02 nov. 2018

<sup>145</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 310

Por exemplo, um açougue de determinada cidade que vincule a venda de carne boina à de carne suína. O consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja. Situação bem diversa daquela em que o açougue é o único estabelecimento desse tipo na região e há elevadas barreiras no caminho de novos entrantes derivadas, por exemplo a regulação urbanística. Nesta segunda hipótese, o mercado de venda de carne suína poderia ser fechado; na primeira, esse efeito seria improvável.<sup>146</sup>

Nesse sentido, entende-se que a prática anticoncorrencial de venda casada está determinada ao certo grau de poder de mercado do fornecedor, considerando que deve haver coerção para o adquirente do produto principal ao produto imposto.<sup>147</sup>

O direito concorrencial, conforme exposto visa a eliminação das práticas anticompetitivas. Verifica-se que as relações empresariais acontecem de forma acelerada e diversificada, nesse viés tem se evidenciado novas estratégias de abuso de posição dominante e a dificuldade das autoridades antitruste para acompanhar esses novos comportamentos, na busca de reprimir condutas mais complexas.<sup>148</sup> Com essas considerações será abordado a seguir o controle de condutas.

### 3.3 CONTROLE DE CONDUTAS

No entendimento de Gaban e Domingues, os atos de concentração econômica são “as operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado [...]”<sup>149</sup> De acordo com o art. 90 da Lei nº 12.529/11, será considerado ato de concentração, por exemplo, as fusões, aquisições, reorganizações societárias, cisões, joint ventures, consórcios e acordos de cooperação.<sup>150</sup> A propósito, a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50 de 2001, considera que:

11. Os atos de concentração entre empresas podem produzir efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico. As concentrações podem, ao diminuir o número de participantes no mercado, facilitar a adoção de condutas anticompetitivas (aumento de preços, redução da qualidade, diminuição da variedade ou redução das inovações). Entretanto, os atos de concentração, na medida em que proporcionem vantagens competitivas para as empresas participantes (economias de escala,

<sup>146</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 310

<sup>147</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 310

<sup>148</sup> BASTOS BECKER, Bruno. Economia Comportamental e a “Cegueira” de autoridades a estratégias atípicas de abuso. **Rev. do IBRAC**, São Paulo, v. 23 n.2, p. 144-166. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/revistas.htm>>. Acesso em: 30 out. de 2018

<sup>149</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo. Saraiva. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/0>> Acesso em: 26 out. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>150</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

economias de escopo e redução dos custos de transação, entre outros), podem também aumentar o bem-estar econômico.<sup>151</sup>

Para Salomão Filho, as concentrações econômicas estão classificadas, tradicionalmente, em três categorias: horizontal, vertical e conglomerados<sup>152</sup> que serão abordadas a seguir.

### 3.3.1 Concentrações horizontais

O Cade entende que “Concentração horizontal é aquela concentração que envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si, que ofertam o mesmo produto ou serviço em determinado mercado relevante.”<sup>153</sup> Salomão Filho afirma que esse tipo de concentração econômica é reconhecida pelas autoridades antitruste como potencial ameaça para a ordem econômica, de modo que questiona sobre a determinação do nível de concentração e a partir do qual é necessário o controle.<sup>154</sup>

Em 2016 o Cade trouxe a nova Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, de maneira a conferir maior transparência aos seus métodos de análise. Dessa forma apresenta a análise clássica para identificar atos de concentração horizontal, que consiste em 4 ou 5 etapas: (i) definição do Mercado Relevante; (ii) análise do nível de concentração horizontal, que aponta se é possível que a nova empresa tenha condições de exercer o seu poder de mercado; (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio de maior concentração na operação; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação, quando for o caso de se tratar no mercado de insumo; (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração. Importante saber que as etapas não são realizadas na sequência e não são obrigatórias na realização de análise pelo Cade.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> BRASIL, Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta SEAE/SDE N° 50, de 1° de Agosto de 2001**. Disponível em: <<https://bit.ly/2zrmTaE>>. Acesso em: 31 out. 2018

<sup>152</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 266

<sup>153</sup> MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488940/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 04 nov. 2011

<sup>154</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998 p. 266

<sup>155</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)> Acesso em: 02 nov. 2018

O novo guia apresenta o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI)<sup>156</sup> que é utilizado para determinar o grau de concentração de mercados. Assim são determinados mercado não concentrados com HHI abaixo de 1.500 pontos, mercados moderadamente concentrados com HHI entre 1.500 e 2.500 pontos e mercado altamente concentrados com HHI acima de 2.500. A aplicação do índice HHI não é totalmente restrita à análise do Cade, posto que existem algumas exceções, para uma melhor compreensão, no próximo capítulo será exposto o ato de concentração nº 08700.006723/2015-21.<sup>157</sup> A seguir serão abordadas as concentrações verticais.

### 3.3.2 Concentrações Verticais

As concentrações verticais são aquelas conferidas entre empresas que operam em diferentes estágios do mesmo ramo industrial, de maneira a considerar as relações comerciais na qualidade de comprador- vendedor ou prestador de serviços, vinculados a mesma cadeia produtiva.<sup>158</sup> Nessa categoria de concentração vertical, verifica-se a possível existência dos contratos entre fornecedores e distribuidores, quais sejam: franquia, representação comercial e comissão mercantil.<sup>159</sup> Para o direito concorrencial, os acordos verticais importam posto que deles pode-se verificar “a criação de dificuldade as atividades das concorrentes de uma empresa participante da operação; a criação e o aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes à empresa integrada verticalmente, e o favorecimento oclusivo entre empresas integradas.”<sup>160</sup>

A seguir serão contextualizados os conglomerados.

---

<sup>156</sup> “O HHI é calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresa de um dado mercado. O HHI pode chegar até 10.000 pontos, valor no qual há um monopólio, ou seja em que uma única empresa possui 100% do mercado.” (CADE, 2016)

<sup>157</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2018

<sup>158</sup> DE PULA LIMA, Vânia Maria. Elementos de Direito da Concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica. **Rev. Jur. Da Faminas**. Muriaé. v. 4, n. 2, p. 35-55, 2008. Disponível em: <<http://www.faminas.edu.br/publicacoes/index/1/jur>> Acesso em: 02 nov. 2018

<sup>159</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 370

<sup>160</sup> NUSDEO, 2002 apud ARAÚJO, Daniel de Oliveira. O controle dos atos de concentração: aspectos jurídicos e econômicos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <[https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/24588/1/DanielDeOliveiraAraujo\\_DISSERT.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/24588/1/DanielDeOliveiraAraujo_DISSERT.pdf)> Acesso em: 04 nov. 2018

### 3.3.3 Conglomerados

Segundo Forgioni as concentrações conglomeradas estão relacionadas com a atuação de empresas em diferentes mercados relevantes, dessa forma e conforme seus efeitos faz a seguinte subdivisão: (i) expansão de mercado; (ii) de expansão de produto; e (iii) de diversificação.”<sup>161</sup>

A formação de concentração de conglomerados é considerada uma forma residual, posto que se perfectibiliza com a integração de empresas que não se enquadram nas categorias anteriores horizontal e vertical. Salomão Filho sustenta que a formação de conglomerados deveria estar desconsiderada pelo direito antitruste, posto que, por ser enquadrada em mercados distintos, não apresentaria perigos a ordem econômica.<sup>162</sup>

Conforme apontado nesse capítulo, verificou-se o conceito, teoremas e testes econômicos que são aplicados usualmente pelas autoridades antitruste, para a identificação de abusos do poder econômico e condutas anticompetitivas. Constatou-se diversos fatores que podem ser utilizados para reconhecer quando os princípios da livre concorrência, livre iniciativa e defesa do consumidor estão sendo prejudicados pelas condutas dos agentes econômicos do mercado.

Assim, verificou-se como a formação de empresas maiores podem, em algumas situações, prejudicar o mercado, posto que pode se revelar um ato de concentração econômica com o intuito de eliminação de concorrentes ou nos casos em que as associações empresariais, visando um lucro maior, estejam causando anomalias em determinado mercado e conseqüentemente aos seus consumidores, o que denota a importância deste capítulo para o desenvolvimento do tema da presente pesquisa monográfica.

No próximo capítulo serão apresentadas as dificuldades de verificação de alguns critérios de análise do Cade frente aos atos de concentração e, também, como estes apresentam um risco para a segurança jurídica de suas decisões.

---

<sup>161</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 416

<sup>162</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 283

#### 4 A (IN)SEGURANÇA JURÍDICA DECORRENTE DA ATUAÇÃO DO CADE FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA

A política de defesa da concorrência, conforme exposto nessa monografia, tem por objetivo a maximização do bem-estar social, que garante aos agentes econômicos um ambiente livre de abusos decorrentes de posição dominante, assim como de reprimir todo tipo de condutas lesivas aos sujeitos das relações econômicas, seja consumidores ou agentes concorrentes entre si<sup>163</sup>. Dessa forma, uma das medidas adotadas pela nova legislação antitruste para a minimização de falhas de mercado, foi a imposição de apresentação prévia dos atos de concentração, que obrigou as empresas a submeter suas operações a aprovação administrativa, sendo que sem aprovação, não poderiam ser consumadas (art. 88, § 3º).<sup>164</sup>

Considera-se, assim, a importância da adoção de critérios claros pelo Cade, que sejam capazes de selecionar operações potencialmente relevantes, de forma a assegurar a efetividade e eficiência do sistema antitruste.<sup>165</sup>

Todavia, o direito antitruste brasileiro apresenta diversos grau de insegurança e imprevisibilidade para os agentes econômicos, adicionando-se as inúmeras considerações de variáveis para identificar quando uma conduta está sendo prejudicial à concorrência.<sup>166</sup> Não bastasse, em um país de dimensões continentais, em que as operações econômicas são das mais variadas tipos de indústria de suas regiões, as decisões decorrentes da atuação limitada do Cade não apresentam total clareza, conforme se demonstrará a seguir.

Nesse capítulo serão abordadas duas condutas de notificação obrigatória do Cade, elencados no art. 88 e 90 da Lei nº 12.529/11, que são a aquisição de ativos e os contratos associativos. Do mesmo modo, será tratada a regra da razão como válvula de escape comumente utilizada pelas legislações antitruste, e o ilícito *per se* como critério de análise do Cade. Desse modo, serão colocados alguns pontos apresentados nessa monografia que são motivos de discussão no âmbito doutrinário e que causam (in) segurança jurídica, principalmente da atuação do Cade frente as condutas lesivas à concorrência. Finalmente, serão apresentadas três

---

<sup>163</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998. p.17

<sup>164</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 132

<sup>165</sup> GLENK FERREIRA, Ana B. et al., Controle Estrutural de aquisição de ativos: A prática nos cinco anos da lei de defesa de concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 93-103. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>166</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 15

decisões de atos de concentração analisadas pela autoridade antitruste brasileira, passíveis de (in)segurança jurídica.

#### 4.1 NOTIFICAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Conforme determina o art. 88 da Lei nº 12.529/11, as operações que visem atos de concentração econômica estão submetidas a autorização do Cade, sempre que observados os requisitos determinados no seus incisos.<sup>167</sup> Segundo o International Competition Network<sup>168</sup>:

Os critérios de notificação devem ser fixados de forma a evitar a análise de concentrações com pequena chance de resultar em perda de bem-estar aos consumidores e, assim evitar o uso desnecessário de recursos públicos e a imposição de custos de transação à sociedade.<sup>169</sup>

Dessa forma, verifica-se que não são todos os atos de concentração que tem que ser notificados ao Cade, senão que a legislação estabelece alguns critérios que, se preenchidos, devem ser submetidos a análise da autoridade.<sup>170</sup>

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.<sup>171</sup>

Assim, o art. 90 da Lei nº 12.529/11 considera que os atos de concentração dotados de repercussão econômica, conforme requisitos citados, deveram ser objeto de notificação

<sup>167</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica....Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>168</sup> “Organismo internacional dedicado à promoção da concorrência formando por autoridades antitruste [...]” (BRITO; FARIA, 2015)

<sup>169</sup> ICN, 2008 apud. BRITO, Paulo; FARIA, Ricardo. Critérios de Notificação de Concentração: Uma análise de perdas para diferentes parâmetros aplicados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Economic analysis of Law Review**. Brasília, v. 6 n. 2, p. 269-283, 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/400>>. Acesso em: 08 nov. 2018

<sup>170</sup> SANTOS ROQUE, Daniel G. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU**. Brasília, n. 19 p. 51-106, 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/Issue/74/194>>. Acesso em: 08 nov. 2018

<sup>171</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

obrigatória à autarquia.<sup>172</sup> Embora o termo ato de concentração econômica não tenha um conceito jurídico determinado na legislação brasileira, conforme exposto no capítulo anterior, pode se perfectibilizar de três formas, como concentração horizontal, vertical e conglomerados. Dessa forma, “Trata-se de instituto que pode ser compreendido como toda e qualquer operação econômica que vise a qualquer forma de concentração entre agentes econômicos [...]”<sup>173</sup> A falta de critérios mais específicos têm sido motivo de diversas discussões no âmbito do direito concorrencial, de modo a seguir serão apresentados dois critérios determinados na legislação brasileira que ainda carecem de segurança jurídica.

#### 4.1.1 Aquisição de Ativos

Glenk e outros sustentam que apesar da internacionalização do direito antitruste e os critérios qualitativos<sup>174</sup> (art. 88) recomendados pelas entidades internacionais para melhores práticas de controle de condutas, ainda é preciso a utilização de critérios mais específicos, capazes de delimitar quando as hipóteses elencadas no art. 90 da Lei nº 12.529/11, seriam atos de concentração capazes de prejudicar o mercado.<sup>175</sup> De igual forma Faria e Brito entendem que “o simples fato de um grande grupo econômico participar de uma ato de concentração não implica a alta probabilidade de danos concorrenciais.”<sup>176</sup>

O entendimento literal do inc. II do art. 90 da Lei nº 12.529/11 obriga ao controle do Cade, as operações econômicas que versem sobre aquisição de ativos tangíveis ou

---

<sup>172</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>173</sup> SANTOS ROQUE, Daniel G. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU**. Brasília, n. 19 p. 51-106, 2012. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/74/194>>. Acesso em: 08 nov. 2018

<sup>174</sup> Os critérios qualitativos recomendados pela OCDE e o ICN estão baseados no faturamento, ou no patrimônio das firmas. (ICN, 2008 apud BRITO; FARIA, 2015)

<sup>175</sup> GLENK FERRERIA, Ana B. et al. Controle estrutural de aquisições de ativos: a prática nos cinco anos da lei de defesa da concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 93-103. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>176</sup> BRITO, Paulo; FARIA, Ricardo. Critérios de Notificação de Concentração: Uma análise de perdas para diferentes parâmetros aplicados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Economic Analysis of Law Review**. Brasília, v. 6 n. 2, p. 269-283, 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/400>>. Acesso em: 08 nov. 2018

intangíveis.<sup>177</sup> Apesar de que a submissão de compra de ativos, em diversas jurisdições, dá-se apenas quando “os ativos adquiridos forem capazes de alterar a estrutura do mercado e o ambiente concorrencial [...]”.<sup>178</sup> A legislação brasileira, de forma contrária, não especificou em que situações a aquisição de ativos seria considerada um ato de concentração, embora o Cade, mediante a edição da Resolução nº 2/2012, tenha adotado alguns filtros para obrigatoriedade de notificação, os quais se justificam quando a aquisição confira ao adquirente 20% mais do capital social ou votante da empresa, e nos casos em que a empresa investida seja concorrente.<sup>179</sup>

Glenk e outros avaliaram algumas operações de aquisição de ativos submetidas ao controle do Cade, desde a nova legislação, sendo mais de 200 atos de aquisição de ativos que classificou da seguinte forma: conjuntos de ativos que poderiam ser verificados como unidade de negócio autônomas; ativos capazes de gerar faturamento para o adquirente; ativos que desempenham um papel essencial para o exercício de atividade econômica e ativos que importam na transferência de capacidade produtiva. Sustentou que, na maioria das operações apresentadas ao Cade, foram aprovadas sem análise ao conceito de concentração econômica. Nesse sentido, questiona quais ativos configuram uma empresa, bem como se a aquisição parcial de uma empresa configura ato de concentração.<sup>180</sup>

Todavia, recorrentes são as questões sobre aquisição de ativos da empresa em crise de sua reabilitação econômica, considerando que a Lei de Recuperação e Falências não só permite, como incentiva de outro lado, na visão concorrencial, de modo que a aquisição de ativos poderá ser plausível de caracterização de ato de concentração. Nesse sentido, a falta de uma regulamentação específica sobre aquisição de ativos levanta diversas questões sobre quando é necessário notificar ou não a autoridade antitruste, e quais critérios levariam a uma possível reprovação.<sup>181</sup>

---

<sup>177</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>178</sup> GLENK FERRERIA, Ana B. et al. Controle estrutural de aquisições de ativos: a prática nos cinco anos da lei de defesa da concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 93-103 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>179</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2\\_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view)> Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>180</sup> GLENK FERRERIA, Ana B. et al. Controle estrutural de aquisições de ativos: a prática nos cinco anos da lei de defesa da concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 93-103 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>181</sup> MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. A Aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da failing firm defense. **Rev. Scientia Iuris**, Londrina, v.22,

Embora não se tenha uma resposta de fácil verificação, ressaltam-se os escassos precedentes em que o Cade determinou três parâmetros que utiliza para identificação de atos de concentração: “ativos essenciais às atividades das partes; minimamente possuam relação com a atividade econômica a ser desenvolvida; que representem capacidade produtiva; ou que afetem o nível de rivalidade entre concorrentes.”<sup>182</sup> Dessa forma, percebe-se que é preciso uma regulamentação específica sobre a obrigatoriedade de notificação quando da aquisição de ativos capaz de atribuir maior segurança a legislação.

Na continuação do presente trabalho monográfico será tratado sobre os contratos associativos.

#### 4.1.2 Contratos associativos

Segundo Forgioni “os acordos entre os agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitruste.”<sup>183</sup> O inc. IV do art. 90 da Lei nº 12.529/11 estabelece que se realiza ato de concentração quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo.<sup>184</sup>

Deluca e Botelho entendem que interpretação razoável dos art. 88 e 90 da Lei nº 12.529/11, sobre a obrigatoriedade de notificação ao Cade, dá-se apenas quando a operação gere concentração econômica, por ser entendimento pacificado pelo Cade. Sustentam, sob essa perspectiva, que o controle de concentrações seria estrutural, de modo que os acordos associativos estariam sujeitos ao controle quando produzirem alterações duradouras na estrutura do mercado. No entanto, sob esse ponto o Cade, ainda não chegou a essa interpretação, considerando os contratos associativos como categoria ampla, sujeito a notificação obrigatória.<sup>185</sup>

---

n.1, p. 9-36, 2018. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27148/23349>>. Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>182</sup> GLENK FERRERIA, Ana B. et al. Controle estrutural de aquisições de ativos: a prática nos cinco anos da lei de defesa da concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 93-103. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>183</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 347

<sup>184</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.... Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

<sup>185</sup> DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do Cade: em busca de sentido. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese,**

Segundo North, “a economia e a dogmática jurídica não dispõem de mecanismos e explicações suficientes para compreender a sofisticação e a variedade das relações empresarias.”<sup>186</sup> Dessa forma, a controvérsia permeia o que é considerado contrato associativo, visto que nem todos os negócios jurídicos seriam relevantes para o controle prévio de estruturas realizado pela autoridade antitruste.<sup>187</sup> De outro lado, na doutrina italiana os contratos associativos são considerados espécie do gênero dos contratos plurilaterais, dessa maneira tem como finalidade o desenvolvimento de uma atividade dos contratantes, embora não se confunde com cooperação.<sup>188</sup> É possível destacar que “A cooperação constitui um campo intermediário entre verticalização de processos dentro da estrutura hierárquica empresarial e contratação direta com terceiros no mercado.”<sup>189</sup>

Por sua vez, Teubner discute a distinção entre competição e cooperação, de maneira que a primeira trata de objetivos individuais que só podem ser atingidos em detrimento do outro, ao passo que na cooperação os objetivos de ambas partes são compatíveis.<sup>190</sup> A dificuldade da autoridade antitruste justifica-se no sentido de identificar o que seriam os contratos associativos prejudiciais à concorrência, dos contratos plurilaterais ou de cooperação. Nesse viés, o Cade, tentou estabelecer as regras de notificação dos contratos associativos, sendo que na resolução nº17/2016, trouxe no art. 2 um auxílio parcial sobre o que seriam os contratos associativos:

Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

---

jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 104-116 Disponível em: <  
<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>186</sup> NORTH, 1990 apud. LOURES, Júlia Marsola. Contratos Associativos: do desafio conceitual à dificuldade de enquadramento pelo Cade. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>187</sup> BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 6 n.1, p.232-260, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/377/192>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>188</sup> CAIXETA, Deborah B. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. 2015. 118f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18696/1/2015\\_DeborahBatistaCaixeta.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18696/1/2015_DeborahBatistaCaixeta.pdf)> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>189</sup> MUNHOZ, 2002 apud. BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 6 n.1, p.232-260, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/377/192>> Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>190</sup> TEUBNER, 2009 apud. LOURES, Júlia Marsola. Contratos Associativos: do desafio conceitual à dificuldade de enquadramento pelo Cade. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

- I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e
- II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.<sup>191</sup>

Loures considera ainda que o fato de se realizarem contratos de longa duração não é suficiente para caracterizar o contrato associativo.<sup>192</sup> Assim, a nova abordagem de controle estabeleceu que os contratos verticais estão sujeitos a análise do Cade, nos casos em que a conduta for potencialmente anticompetitiva, sendo este o entendimento já adotado por jurisdições internacionais. De igual forma nos casos de cooperação horizontal, a obrigatoriedade de notificação será apenas nos contratos com efeito concentrativo, ou seja, que de fato possam acarretar alterações estruturais no mercado relevante.<sup>193</sup>

Desde a entrada em vigor da resolução nº 17/16 aliado aos casos submetidos a análise do Cade, verificou-se um importante avanço nas discussões sobre as operações sujeitas ao controle estrutural. Deluca e Botelho destacam a não obrigatoriedade de notificação prévia nas hipóteses de contratos verticais, e acordos que criam empreendimentos comuns para exploração de atividade econômica pelo período mínimo de dois anos.<sup>194</sup> A seguir serão abordadas as válvulas de escape.

#### 4.2 VÁLVULAS DE ESCAPE

No entendimento de Forgioni, nas legislações antitruste, ao mesmo tempo que resguardam a sua aplicação no sentido de garantir a livre concorrência, não pretendem criar obstáculos ao crescimento da indústria nacional. Dessa forma, e levando em consideração as complexidades que requerem as operações econômicas, faculta-se a necessidade de uma

---

<sup>191</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016**. Disponível em: < <https://bit.ly/2ERCdQK> > Acesso em: 09 nov. 2018

<sup>192</sup> LOURES, Júlia Marsola. Contratos Associativos: do desafio conceitual à dificuldade de enquadramento pelo Cade. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>193</sup> DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do Cade: em busca de sentido. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 104-116 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 10 nov. 2018

<sup>194</sup> DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do Cade: em busca de sentido. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 104-116 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 10 nov. 2018

flexibilização do texto normativo.<sup>195</sup> Nas palavras de Tavares, “é um dado irrecusável da realidade contemporânea a necessidade de estender os limites da autoridade jurisdicional para além do formalismo clássico.”<sup>196</sup>

Dessa maneira, entende que não é possível uma legislação antitruste totalmente rígida, posto que todos os acordos celebrados se enquadrariam nas hipóteses de restrição da concorrência e, desse modo, seriam proibidos. Ademais, verifica-se que algumas práticas, embora restritivas da concorrência trariam alguns benefícios ao sistema. Veja-se assim que a autora denomina “válvulas de escape” aos meios técnicos que permitam permear a interpretação e a aplicação da Lei antitruste, dessa forma serão abordados os regimes de análise sob a ótica a regra da razão e regra *per se*,<sup>197</sup> na forma que segue.

#### 4.2.1 Regra da razão

A regra da razão é um instituto baseado na jurisprudência americana que considera ilegais as práticas que causem prejuízo a concorrência de forma não razoável, esse instituto que teve sua origem na Corte Suprema do EUA, permitiu a flexibilização nas políticas normativas do direito antitruste de diversas jurisdições.<sup>198</sup> No Brasil, não encontra tipificação legal, embora comum no direito concorrencial brasileiro. Outrossim, pode ser entendida como:

La rule of reason permite al juez considerar que restricciones son las adecuadas a través de un test de legalidad que indique cuales son las razones que han motivado un acuerdo restrictivo de competencia y el objetivo final de dicho acuerdo, todo esto a través de guías de interpretación que valoran los efectos positivos y negativos que recaen sobre la competencia de acuerdo a la práctica enjuiciada.<sup>199</sup>

Nesse sentido que a regra da razão é utilizada em diversas jurisdições para moderar algumas práticas, ainda que restritivas da concorrência. No âmbito das cortes norte-americanas, é utilizada como técnica de isenção para admitir a prática de alguns atos considerados restritivos da concorrência, por exemplo vejam-se os casos *United States vs. Trans-Missouri Freight*

---

<sup>195</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 203

<sup>196</sup> TAVARES, apud FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 204

<sup>197</sup> TAVARES, apud FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 204

<sup>198</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/96!4/4@0.00:19.7>> . Acesso em: 11 nov. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

<sup>199</sup> MIRANDA, 2013 apud NIETO ALBA, Blanca. Aspectos económicos de la regulación Antitrust. 2018. 83 f. Monografía (Grado en Derecho) – Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018. Disponível em: < <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/30027>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

Association e United States vs. Joint Traffic Association.<sup>200</sup> Na tradição da União Europeia, a regra da razão encontra sua aplicação na concessão de isenções nos termos do ar. 101, 3 do Tratado Funcionamento da União Europeia (TFUE). Na legislação brasileira, verifica-se na concessão de autorizações, sem prejuízo das isenções implícitas ou explícitas na Lei nº 12.529/11.<sup>201</sup>

Diante da flexibilização da norma, questiona-se quais seriam os parâmetros e critérios abertos a interpretação das autoridades antitrustes. Verifica-se, conforme exposto nessa monografia, que a identificação de infrações à concorrência não é tarefa fácil. A Conselheira Schmidt adverte que a lei antitruste brasileira carece de referência sobre as circunstâncias em que as análises de um ato de concentração ou processo administrativo deve ser verificado sob a regra da razão ou *per se*, porque nem todos os acertos ou condutas entre concorrentes estão descritos nos documentos legais. Dessa forma, entende que existem diversas interpretações sobre as ações concertadas que não se enquadram na legislação.<sup>202</sup>

Verifica-se que desde a vigência da Lei nº 12.529/11, o Cade passou a considerar a ilicitude pelo objeto como instrumento para a condenação de práticas anticompetitivas, “a ilicitude pelo objeto pode ser compreendida como um regime relativamente rigoroso em relação a outros modelos relativos aos padrões de prova na persecução por condutas anticompetitivas.”<sup>203</sup> A aplicação desse novo instituto, de origem estrangeira, e a falta de clareza sobre a adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, gerou diversas confusões de interpretação de modo a agravar mais a (in) segurança jurídica decorrente das decisões do Cade.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> No primeiro caso o juiz Peckham entendeu que segundo o art. 1 da Sherman Act, nenhuma prática lesiva à concorrência poderia ser considerada lícita. Porém com o tempo essa medida restritiva foi perdendo força, sendo que no segundo caso, o próprio juiz, sustentou a primeira regra da razão entendendo que o Sherman Act veda apenas as restrições suportadas diretamente e efetivamente pelo comércio, dessa forma desconsiderou os efeitos indiretos e incidentais. (FORGIONI, 2018)

<sup>201</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 205

<sup>202</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Per se ou regra da razão? Quando aplicar cada uma das abordagens?** Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/per-se-ou-regra-da-razao-17022017>> Acesso em: 11 nov. 2018

<sup>203</sup> ATHAYDE, 2017 apud AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 5, n. 2, p. 75-102, 2017. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/issue/view/16>>. Acesso em: 11 nov. 2018

<sup>204</sup> AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 5, n. 2, p. 75-102, 2017. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/issue/view/16>>. Acesso em: 11 nov. 2018

Com efeito, Forgioni entende que a Lei Antitruste, conforme estabelece a Constituição da República Federativa do Brasil, pressupõe que a livre concorrência deve ser preservada, reconhece também que para uma correta harmonia entre os incisos positivados do art. 170 deve existir a renúncia total ou parcial da competição em certos setores.<sup>205</sup> Nesse sentido,

A regra da razão, por sua vez, pode ser compreendida como a institucionalização de modelos mentais de interpretação, o que somente pode ser realizado a partir de uma meditação sobre o corpo jurisprudencial sobre determinados tipos normativos ao longo do tempo.

Conforme já mencionado, o SBDC abrange desde os princípios constitucionais até as orientações trazidas pela lei especial. Assim, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/11 verifica-se a legalidade ou ilegalidade das práticas dos agentes econômicos, de modo que considera infração à ordem econômica, por exemplo, os atos que causem prejuízo a livre concorrência ou livre iniciativa, domínio do mercado relevante e o abuso de posição dominante.<sup>206</sup> A seguir será tratada a regra *per se*.

#### 4.2.2 Regra *Per se*

A regra *per se* é entendida como outra adaptação da jurisdição estrangeira no Brasil, assim a utilização encontra justificativa na sua aplicação quando identifica uma conduta capaz de afetar gravemente a concorrência, sendo que esse efeito é perceptível sem a necessidade de maiores análises.<sup>207</sup> Dessa forma, “A regra *per se* determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser considerado ilegal sem a necessidade de aprofundamento da investigação.”<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 221

<sup>206</sup> BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018

<sup>207</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>208</sup> GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/961/4/4@0.00:19.7>> . Acesso em: 11 nov. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

Nesse sentido, Taufick entende a inadmissibilidade da ilegalidade *per se* no direito antitruste, isso porque considera o ilícito uma notória afronta à concorrência, confirmando assim para o agente econômico o abuso do poder de mercado.<sup>209</sup>

É necessário que haja efetiva possibilidade de a conduta analisada vir a ferir a concorrência, sem o que se configuraria crime impossível. Nesses termos, o ilícito *per se* clássico já é afastado, porquanto a mais simples condenação depende, ao menos, de uma mínima análise de mercado, definindo a sua dimensões geográfica e em termos de produto.<sup>210</sup>

Com efeito, Baqueiro e Azevedo sustentam que “a regra *per se* é o regime analítico utilizado para configuração da ilicitude de condutas categorizadas como ilícitas pelo objeto.”<sup>211</sup> Conforme legislação vigente, a identificação das práticas elencadas do art. 36 da Lei nº 12.529/11 configuram à infração concorrencial. Na interpretação do ex- Conselheiro Luis Fernando Schuartz, “a infração se caracteriza pela presença do propósito objetivamente visado de que produza os efeitos mencionados nos incisos e a elevada probabilidade de que se produza algum desses efeitos.”<sup>212</sup>

Veja-se que nesse sentido o Cade condenou um agente econômico que teria utilizado um software para monitorar e fiscalizar a implantação de um acordo no mercado de autoescolas e despachantes.<sup>213</sup> No seu voto, o Conselheiro Relator Márcio de Oliveira justificou a condenação dos agentes, posto que ficou constatada a inequívoca intenção de praticar conduta anticompetitiva, com o objetivo de uniformizar preços de serviços prestados por autoescolas. Verifica-se parte do voto:

Quando uma ação não tem efeitos benéficos sobre o mercado, mas apenas prejudiciais, sua natureza inerente é tão somente a restrição à livre concorrência. As políticas de fixação de preços, de condições de negociação, de divisão geográfica ou de limitação

<sup>209</sup> TAUFICK, Roberto D. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Rev. de Economia**. Curitiba, v. 33, n.1, p. 151-155, 2007. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/economia/article/viewFile/8551/6022>> Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>210</sup> TAUFICK, Roberto D. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Rev. de Economia**. Curitiba, v. 33, n.1, p. 151-155, 2007. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/economia/article/viewFile/8551/6022>> Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>211</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>212</sup> SANTOS, Flávia C. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília. v. 5, n.2, p. 103-130, 2017. Disponível em: < <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/348/172>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

<sup>213</sup> RIBEIRO, Maria C.A. Algoritmos, colusão e “novos agentes”: os quatro cenários de stuccke e ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira. In: In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

artificial da oferta, feitas por cartéis, se encaixam nessa descrição, sendo, por essa razão, ilegais per-se.<sup>214</sup>

Importante ressaltar que a aplicação da regra *per se* deve estar embasada de um elevado grau de certeza para sua aplicação, de forma que serem verificados os efeitos negativos da sua prática.<sup>215</sup> Na continuação serão apresentadas algumas lacunas presentes na legislação brasileira que são consideradas como causadoras de insegurança jurídica, posto que acarretam controvérsia na prática diária do direito concorrencial.

#### 4.3 (IN) SEGURANÇA JURÍDICA E A ATUAÇÃO DO CADE FRENTE ÀS CONDUTAS LESIVAS À CONCORRÊNCIA

Marrara afirma que no âmbito do direito concorrencial a lei não é sinônimo de segurança jurídica, isso porque entende que, desde a inauguração da legislação de defesa da concorrência em 1962, ainda na contemporaneidade enfrenta obscuridades sobre as orientações necessárias para que os agentes econômicos, submetidos ao poder controlador-punitivo do Estado, exerçam suas atividades econômicas.<sup>216</sup>

A segurança jurídica diz respeito à estabilidade das situações jurídicas. [...] A sociedade necessita de uma dose de estabilidade, decorrente sobretudo do sistema jurídico. A segurança jurídica permite tornar previsível a atuação estatal e esta deve estar sujeita a regras fixas. Diz respeito, assim, à estabilidade da ordem jurídica e à previsibilidade da ação estatal.<sup>217</sup>

Dessa forma, conferir segurança aos administrados exige objetividade e previsibilidade, isto é, precisão normativa. Denote-se que os precedentes desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, demonstram carência de respostas de maior clareza que possam

---

<sup>214</sup> RIBEIRO, Maria C.A. Algoritmos, colusão e “novos agentes”: os quatro cenários de stuccke e ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira. In: In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>215</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>216</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrenca/> > Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>217</sup> MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**. Curitiba, 2008. Apostila da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Disponível em: < <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/700/656> >. Acesso em: 11 nov. 2018

servir de balizas norteadoras para a atuação aos agentes econômicos atuantes no mercado. Oportuno destacar onde residem as principais insuficiências na legislação antitruste brasileira. A primeira dificuldade é encontrada nas incertezas de identificação das barreiras do lícito e do ilícito.<sup>218</sup>

Embora o art. 36 da referida lei tenha descrito algumas das condutas consideradas prejudiciais à ordem econômica, na análise pelo Cade devem ser demonstrados os efeitos reais ou potenciais da conduta. Do mesmo modo, deverá ser constatado o prejuízo causado pela concentração e, na hipóteses existentes, os benefícios à sociedade. Assim, “Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável.”<sup>219</sup> Nesse sentido, surge a afirmação de que a análise do Cade é realizada pela regra da razão.<sup>220</sup>

Ao se tratar do controle preventivo do Cade, verificou-se a obrigatoriedade de notificação das operações empresariais que poderiam ser objeto de atos de concentração. Daí surgiram algumas incertezas sobre o que deve ser notificado. Reprisa-se as seguintes questões sobre o inc. II do art. 90 da Lei nº 12.529/11. A controvérsia permeia as seguintes circunstâncias: Há possibilidade de existir diferença de ativos que configuram uma empresa? A aquisição parcial de um empresa configura ato de concentração? Sobre o incentivo da Lei de Recuperação e Falências, até que contexto é plausível a aquisições de ativos de empresas em falência?

Oportuno verificar que uma das razões das alterações trazidas pela Lei nº 12.529/11 nos casos de controle preventivo, teve origem no excessivo dispêndio de recursos financeiros do controle de concentrações na qual, na sua maioria, por se tratar de contratos empresariais que não causavam riscos à concorrência, culminavam na sua aprovação.<sup>221</sup> Segundo Marrara, dois anos mais tarde, ainda sobre esse ponto escreve: o que prometia trazer maior segurança

---

<sup>218</sup> MARRARA, Thiago. *Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência*. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrenca/>> Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>219</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do Antitruste*, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 207

<sup>220</sup> SCHMIDT, Cristiane. *Per se ou regra da razão? Quando aplicar cada uma das abordagens?* Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/per-se-ou-regra-da-razao-17022017>> Acesso em: 11 nov. 2018

<sup>221</sup> MARRARA, Thiago. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Atlas. 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000566/cfi/3!4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 11 nov. 2018. Acesso Restrito via Minha biblioteca.

jurídica acabou trazendo frustrações para os operadores do direito concorrencial, no sentido em que considera a redação do art. 90 da referida lei muito genérica.<sup>222</sup> Nesse sentido, sustenta:

A modalidade de aquisição prevista na lei é meramente exemplificativa, tanto por incluir controle direto ou indireto, quanto por aceitar aquisições por qualquer meio. Não bastasse isso, o art. 88, §7º, prevê que “é facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo” (g.n.). o §7º mostra-se excessivamente obscuro. Afinal, se interpretado literalmente, ele permitirá ao CADE determinar o controle posterior de qualquer operação, isto é, daquelas que se enquadrarem nas hipóteses do art. 90, ainda que não passem nos filtros de faturamento e, bem pior, de operações que sequer se encaixem nas quatro situações do art. 90. É por tudo isso que se questiona se a definição legal de concentração realmente ampliou a segurança jurídica.<sup>223</sup>

A segunda maior controvérsia enfrentada pela legislação brasileira, vigente ao tempo da apresentação da presente monografia, refere a constante utilização, por exemplo, dos institutos da regra da razão, regra *per se* e ilícito por objeto, sem a devida determinação conceitual. Ainda que não previstas na legislação, são expressões bastantes utilizadas na jurisprudência e na doutrina, originando assim o uso indistinto numa diversidade de hipóteses, o que dificultou conceber uma categoria específica de análise.<sup>224</sup>

Ou seja, a tipificação de uma determinada conduta como ilícita por objeto não assegura, em outra ocasião, a mesma tipificação ou sequer as mesmas consequências jurídicas a essa conduta, ainda que ela novamente venha a ser tida como ilícita por objeto, porque inexistente um consenso das implicações que a categoria de ilícito por objeto gera para fins de análise antitruste e processual. O nível de incerteza, desse modo, torna-se elevado e causa insegurança jurídica.<sup>225</sup>

A necessidade de requisitos concisos para caracterização de uma infração concorrencial precisa, segundo a regra *lex certa*, a necessária descrição da infração conferindo aos administrados a segurança para deliberar se a atuação está de acordo ou não com o

---

<sup>222</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contr-a-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorren-cia/>> Acesso em: 11 nov. 2018.

<sup>223</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contr-a-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorren-cia/>>. Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>224</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>225</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

ordenamento jurídico, de maneira que dessa forma estará legitimada a pretensão punitiva do Estado. Fundamentando assim o entendimento que considera importante a descrição minuciosa do ilícito.<sup>226</sup> Constatase, na falta de precisão normativa na jurisprudência do Cade, confere uma desarmônica sincronia quando analisa a ilicitude pela regra da razão ou pela regra *per se*. Trata-se de consequência da falta de critérios mais específicos que determinem quando as condutas ilícitas serão analisadas pela regra da razão ou *per se*.<sup>227</sup>

Verifica-se ainda a necessidade de se diferenciar algumas condutas dos agentes econômicos, especificando quando uma conduta concertada não é uma conduta *per se*, capaz de produzir prejuízos à ordem econômica, isso porque embora o art. 36 da Lei nº 12.529/11 determine uma lista de condutas nem todas tem a mesma gravidade, desse modo não seria adequado julgá-las como se iguais fossem.<sup>228</sup>

Nesse sentido, Marrara questiona se a Lei nº 12.529/11 está em concordância com a regra da *lex certa*, posto que entende que as infrações à ordem econômica elencadas na legislação possuem uma abertura semântica que acaba causando maior confusão do que esclarecimentos, ressalta assim os seguintes termos “atos sob quaisquer forma manifestados”, indaga assim se o legislador quis sancionar ao agente sob o modelo da responsabilidade objetiva.<sup>229</sup>

De outro lado, sob a visão econômica Fonseca justifica essa característica da Lei nº 12.529/11 pelo fato de que seria impossível tipificar todas as condutas, considerando dessa forma a riqueza de comportamentos econômicos.<sup>230</sup>

---

<sup>226</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrencia/>>. Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>227</sup> BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>228</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Per se ou regra da razão? Quando aplicar cada uma das abordagens?** Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/per-se-ou-regra-da-razao-17022017>> Acesso em: 11 nov. 2018

<sup>229</sup> MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrencia/>>. Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>230</sup> FONSECA, 2007 apud. MARRARA, Thiago. Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrencia/>>. Acesso em: 12 nov. 2018

Conforme exposto durante essa monografia, constatou-se que a identificação e controle de condutas anticompetitivas ainda demanda maiores aperfeiçoamentos. Embora a nova legislação tenha aprimorado algumas questões, verificasse que no decorrer da presente monografia surgiram diversas questões sobre o sistema de controle preventivo e repressivo contemporâneo, de modo que a seguir serão apresentadas três decisões do Cade relacionadas a temática tratada neste trabalho monográfico.

#### 4.4 DECISÕES DO CADE A RESPEITO DO TEMA

Para uma melhor visualização dos pontos nos quais foram constatadas controvérsias no âmbito dessa monografia, serão expostas a seguir duas decisões relacionadas aos Atos de Concentração (AC) e um Procedimento Administrativo (PA) com julgamento recente que, na visão da Conselheira Cristiane Schmidt, apresentadas no livro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comercio Internacional em comemoração dos “5 anos de Lei da Concorrência”<sup>231</sup>, suscitam à reflexão.

O motivos das decisões que serão descritas na continuação estão justificadas no sentido de estar relacionada com as controvérsias apresentadas nessa monografia, assim como por terem julgamento recente, de modo a sustentar o trabalho presente nesta monografia.

##### 4.4.1 AC nº 08700.006723/2015-21

Em 2015, as radiodifusoras SBT, Record e RedeTv submeteram à análise do Cade o ato de concentração decorrente de uma joint venture (art. 90, inc. IV). A criação de uma nova sociedade empresaria está destinada a atuar no licenciamento do sinal digital de seus canais de programação para prestadoras de serviços de televisão por assinatura. No entendimento da Conselheira Schmidt, “o objetivo da JV [joint venture] era juntar três concorrentes para conjuntamente, formar preço na transmissão do (mesmo) conteúdo da emissora para as operadoras, sem apresentar qualquer ganho (eficiência) para o CF [consumidor final], quando do advento do sinal digital.”<sup>232</sup>

---

<sup>231</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>232</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São

Em resumo, a decisão do Tribunal do Cade, conforme exposto nessa monografia analisou a delimitação do mercado relevante. Desse modo, definiu como mercado relevante aquele de licenciamento de programação linear de canais abertos para operadores de televisão por assinatura no Brasil. Segmentou os canais por gênero a escolha das operadoras na composição de pacotes que seriam ofertados aos consumidores, classificando os canais como “TV aberta”, de forma a definir que o mercado geográfico seria o nacional.<sup>233</sup>

Schmidt explica que:

As emissoras são obrigadas a transmitir seus sinais por radiofrequência de graça para o CF [consumidor final]. Além disso, quando transmitem através de uma operadora, há regulação específica. Se os sinais forem analógicos, as emissoras são obrigadas a oferecer de graça seu sinal (must offer) e as operadoras são obrigadas a retransmitir dito sinal analógico ao CF (must carry). Se os sinais forem digitais, a regulação permite que as emissoras cobrem das operadoras. Na ausência de um consenso com relação ao preço, se a emissora quiser (mesmo que a operadora não queira), a operadora é obrigada a transmitir o sinal da emissora ao CF.<sup>234</sup>

De igual forma na análise de participação de mercado, conforme índice Herfindahl-Hirschman, tratado no capítulo anterior, verificou-se o excedente da concentração passando de 3.891 para 4.575 pontos, representando um poder de mercado de 35%. Quanto a probabilidade de barreiras à entrada de novos concorrentes não foi considerado um fator que pudesse apresentar problemas igualmente com o fator de rivalidade em preço. Dessa forma, foi aprovada pelo Tribunal com algumas restrições.<sup>235</sup>

Nesse sentido, a Conselheira Schmidt entendeu que o objetivo das três emissoras se agruparem em uma joint venture, na verdade seria extrair renda das operadoras na comercialização do mesmo produto que é obrigada a oferecer, sem qualquer benefício. Assim, mencionou que a criação de Simba seria um ato anticompetitivo com perda líquida de bem-estar, que deveria ter sido reprovado.<sup>236</sup>

---

Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>233</sup> LOBO&RIZZO ADVOGADOS. **Informativo de jurisprudência do Cade**. Disponível em: < <http://www.loboderizzo.com.br/2016/junho/REG/informativo-jurisprudencia-16-a-20-de-maio-de-2016.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>234</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>235</sup> MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Caso Simba: uma avaliação ex-post do Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>236</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São

A seguir será abordada outra decisão.

#### 4.4.2 AC nº 08700.004860/2016-11

Trata-se do ato de concentração entre BM&FBOVESPA S.A.- Bolsa de valores, mercadorias e futuros (BVMF) e a CETIP S.A. – Mercados Organizados (Cetip). Considera-se que a BVMF é a única bolsa de valores brasileira que concentra negociação, liquidação e depósito comprando a CETIP, que vendem serviços de renda fixa de negociação, compensação e depósito. Trata-se de uma sobreposição horizontal no segmento de balcão. Segundo a SG, o problema principal verifica-se no segmento de central depositário.<sup>237</sup>

Verifica-se que a Cetip estava em tramites avançados para operar como bolsa, sendo importante ameaça para BVMF, que na contemporaneidade atua como monopolista, visualiza-se a figura de eliminação de um concorrente potencial. De igual forma, nesse mercado constata-se elevadíssimas barreiras.<sup>238</sup> Em compensação, foram verificados altos indícios de eficiências para os consumidores finais. Assim, embora apresente algumas práticas anticompetitivas, o ato de concentração seria também benéfico de maneira que foi aprovado pelo TADE.<sup>239</sup>

Nesse sentido a Conselheira entendeu que é possível o Cade aprovar atos de concentração mediante acordos, nos quais sejam garantidos aos consumidores um repasse efetivo das eficiências apontadas para aprovação, de modo que houve uma reestrutura no setor horizontal. Verifica-se nesse AC que foi empregada a regra da razão.

#### 4.4.3 PA nº 08012.000504/2005-15

No processo administrativo supracitado foi julgada a prática anticoncorrencial praticada pela Associação Comercial dos Transportadores Autônomos- (Acta) e pelo Sindicato

Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>237</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11. Conselheiro: Paulo Burnier da Silveira. Brasília, DF, 22 de março 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/2K1SJMU>>. Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>238</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>239</sup> CADE conclui parecer sobre operação da BM&FBovespa e Cetip **Investimento e Noticiais**, 30 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.investimentosenoticias.com.br/noticias/negocios/cade-conclui-parecer-sobre-operacao-da-bm-fbovespa-e-cetip>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

dos Transportadores Rodoviários de Cargas a Granel (Sindgran). O início das investigações pela SDE teve origem nos indícios de preços até 120% mais elevados do que outras transportadoras, afetando assim no preço de insumos para agricultura.<sup>240</sup>

Outra análise realizada pelo Cade ocorreu na verificação do tempo em que a conduta foi praticada, de forma que aquela indicada no processo administrativo considerou o período de práticas lesivas a concorrência desde o ano de 2005 a 2015, embora existissem diversos indicadores que mostravam a prática do ilícito desde 1994. Quando foi verificado o dano causado pela prática do ilícito, contabilizou-se o valor de R\$ 8 bilhões em danos, considerando todo o período, ou seja, de 1994-2015. No que refere a aplicação da multa já na vigência da Lei nº 12.529/11 a sanção pecuniária não poderia ultrapassar o valor de R\$ 2 bilhões.<sup>241</sup>

O Conselheiro Márcio de Oliveira, no seu voto justificou a multa proporcional à arrecadação no valor de 3,1 milhões de UFIRs para a ACTA, e de 1 milhão de UFIRs para SINDGRAN. Todavia, o Conselheiro Alexandre Cordeiro entendeu que a aplicação da multa deveria ser de 780.000 UFIR a ACTA e de 250.000 UFIR ao SINDGRAN, voto esse que foi seguido pela maioria do Tribunal. Nesse sentido, a Conselheira Cristiane Schmidt sustentou que apesar de o dano ultrapassar o valor máximo aplicado pela legislação, a aplicação no importe máximo permitida não é efetuado, incentivando dessa forma que os agentes econômicos continuem a praticar infrações à ordem econômica, posto que resulta mais rentável.<sup>242</sup>

Dessa forma, verificou-se nas 3 (três) hipóteses trazidas a cotejo que o direito antitruste brasileiro precisa ser aperfeiçoado, de modo a trazer maior segurança inclusive quanto ao papel decisório do Cade. A seguir será perfectibilizada a conclusão com base na fundamentação teórica apresentada.

---

<sup>240</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Secretaria de Direito Econômico investiga cartel de transporte de carga no Porto de Santos**. 08 dez. 2011. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2011/12/secretaria-de-direito-economico-investiga-cartel-de-transporte-de-carga-no-porto-de-santos>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>241</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018

<sup>242</sup> SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018

## 5 CONCLUSÃO

A pesquisa permitiu identificar que a Lei nº 11.529/11 trouxe significativas mudanças na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nas quais constata-se a nova composição do Cade (TADC, SG, DEE) atendendo aos princípios constitucionais. Verificou-se que a nova estrutura estabelece melhores atribuições para o desempenho da tarefa de garantir a livre concorrência. Outra alteração relevante ocorreu na obrigatoriedade de notificação de atos de concentração, de modo a gerar controvérsia doutrinária pela falta de precisão na tipificação de quais atos de concentração devem ser notificados.

De igual forma, verificou-se os diversos tipos de análise que realiza o Cade para a identificação de condutas anticompetitivas. Constatando-se a aplicação dos preceitos normativos na economia para a identificação do mercado relevante, geográfico e material, mediante a utilização de diversos testes econômicos. Embora a complexidade das relações corporativas nem sempre permitam ter resultados simples, os indicadores econômicos são os que auxiliam (ou devem auxiliar) na maioria das vezes para a caracterização de práticas lesivas à concorrência.

Dessa forma, foram reconhecidos os fatores comumente utilizados pela autarquia federal para descartar algumas práticas empresárias que não ensejam prejuízos à ordem econômica. Nesse ponto é importante reconhecer a necessidade de uma metodologia adequada para identificação de infrações à ordem econômica, de maneira a maximizar os recursos do Cade para repressão de condutas relevantes e não simples transações da esfera corporativa.

Foi possível identificar que a falta de precisão na Lei nº 11.529/11, enquanto definição de critérios para reconhecer práticas lesivas à concorrência, dificulta o desenvolvimento eficaz da tarefa dos Conselheiros, assim como causam controvérsia no âmbito dos agentes econômicos. Embora novas resoluções sejam editadas para minimizar as controvérsias criadas, é preciso de maior precisão na tipificação das condutas que serão consideradas como ilícitas, assim como de previsibilidade nas decisões do Cade que permitam criar um entendimento mais consolidado, respondendo-se à pergunta de pesquisa formulada no presente trabalho monográfico.

Sobre o controle repressivo, observou-se a insuficiência de critérios objetivos para o enquadramento, em especial, de contratos associativos e aquisição de ativos, posto que nem sempre apresentam os efeitos que a legislação visa reprimir. Nesse sentido, é possível afirmar que a autoridade antitruste enfrenta um desafio para acompanhar as mudanças da sociedade econômica.

Nesse espaço, foi possível visualizar a ausência de parâmetros capazes de medir até qual ponto está se garantindo a livre concorrência. Isso porque, ao se ter diversos fatores para analisar quando o mercado está sendo potencialmente afetado e, ainda assim o ato de concentração conseguir aprovação pelo TADC, não apenas denotam decisões que colocam a legislação antitruste em limbo de incertezas, senão que promovem pelo efeito inverso a prática de condutas anticompetitivas.

Percebe-se, ainda, que a incorporação de institutos antitruste estrangeiros a política de defesa da concorrência brasileira, sem a correta adaptação a realidade nacional, originou diversas controvérsias sobretudo na falta de precedentes uniformes. Dessa forma, verifica-se que ainda há um longo caminho para o direito antitruste brasileiro, ademais é importante ressaltar a escassa literatura nacional existente na área denota que ainda é preciso maiores estudos.

## REFERÊNCIAS

- AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 5, n. 2, p. 75-102, 2017. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/view/16>>. Acesso em: 11 nov. 2018
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/cfi/5!/4/4@0.00:46.0>> Acesso em: 02 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.
- ARAÚJO, Daniel de Oliveira. O controle dos atos de concentração: aspectos jurídicos e econômicos. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2014. Disponível em: <[https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/24588/1/DanielDeOliveiraAraujo\\_DISERT.pdf](https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/24588/1/DanielDeOliveiraAraujo_DISERT.pdf)> Acesso em: 04 nov. 2018
- BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico**, 6 ed. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522484331/cfi/59!/4/4@0.00:14.5>> Acesso em: 23 set. 2018. Acesso restrito via Minha Biblioteca.
- BAQUEIRO, Paula; AZEVEDO SILVEIRA, Paula Farani de. A jurisprudência do Cade em casos de tabelas de preços: um estudo sobre as categorias de ilícito e metodologias de análise utilizadas. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: <<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018
- BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Rev. Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 226, p. 187-212, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>>. Acesso em: 28 set. 2018.
- BASTOS BECKER, Bruno. Economia Comportamental e a “Cegueira” de autoridades a estratégias atípicas de abuso. **Rev. do IBRAC**, São Paulo, v. 23 n.2, p. 144-166. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/revistas.htm>>. Acesso em: 30 out. de 2018
- BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília, v. 6 n.1, p.232-260, 2018. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/377/192>> Acesso em: 10 nov. 2018
- BOULIDING, William; STAELIN, Richard. Environmet, market share, and market power. *Rev. Management Science*. North Carolina, vol. 36. n. 10 p.1160-1177, 1990. Disponível em: <<https://bit.ly/2EFHBpM>> Acesso em: 25 out. 2018
- BRASIL, **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem

econômica...Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Institucional**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 02 out. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2018

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**, Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 25 set. 2018

BRASIL. Ministério da Fazenda; BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 50, de 1º de Agosto de 2001**. Disponível em: <<https://bit.ly/2zrmTaE>>. Acesso em: 31 out. 2018

BRASIL. Ministério da Justiça. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica: Institucional**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/historico-do-cade>>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Secretaria de Direito Econômico investiga cartel de transporte de carga no Porto de Santos**. 08 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/infraestrutura/2011/12/secretaria-de-direito-economico-investiga-cartel-de-transporte-de-carga-no-porto-de-santos>> Acesso em: 12 nov. 2018

BRITO, Paulo; FARIA, Ricardo. Critérios de Notificação de Concentração: Uma análise de perdas para diferentes parâmetros aplicados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Economic analysis of Law Review**. Brasília, v. 6 n. 2, p. 269-283, 2015. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/issue/view/400>>. Acesso em: 08 nov. 2018

CADE conclui parecer sobre operação da BM&FBovespa e Cetip **Investimento e Noticiais**, 30 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.investimentosenoticias.com.br/noticias/negocios/cade-conclui-parecer-sobre-operacao-da-bm-fbovespa-e-cetip>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

CAIXETA, Deborah B. **Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. 2015. 118f. Dissertação (Pós-graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18696/1/2015\\_DeborahBatistaCaixeta.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18696/1/2015_DeborahBatistaCaixeta.pdf)> Acesso em: 10 nov. 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016**. Disponível em: <<https://bit.ly/2ERCdQK>> Acesso em: 09 nov. 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2\\_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-2_2012-analise-atos-concentracao.pdf/view)> Acesso em: 09 nov. 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Conselheiro: Paulo Burnier da Silveira. Brasília, DF, 22 de março 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2K1SJMU>>. Acesso em: 12 nov. 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Documento de trabalho nº 01/2014**, Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao\\_de\\_mercado\\_relevante.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)> Acesso em: 15 out. 2018

COPETTI CRAVO, Daniela. Venda casada: é necessária a dúplice repressão?, **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, nº1, pp. 52-70, 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/46/13>> Acesso em 02 nov. 2018

DE PAULA EDUADO, G. et al. Análise Estrutural do Mercado Brasileiro de Picapes Pequenas. **Rev. Estudo & Debate**. Rio Grande do Sul, v. 25, n.2, p. 66-90, 2018. Disponível em: <<http://univates.br/revistas/index.php/estudoedebate/article/view/1584/1376>> Acesso em: 30 out. 2018

DE PULA LIMA, Vânia Maria. Elementos de Direito da Concorrência: definição de mercado relevante e concentração econômica. **Rev. Jur. Da Faminas**. Muriaé. v. 4, n. 2, p. 35-55, 2008. Disponível em: <<http://www.faminas.edu.br/publicacoes/index/1/jur>> Acesso em: 02 nov. 2018

DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do Cade: em busca de sentido. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 104-116 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 10 nov. 2018

DUARTE F. S., Thiago Alves. Preço predatório: em busca de um sistema de avaliação condizente com as diretrizes do SBDC. **Rev. Defesa da Concorrência**. Brasília, v.2, nº 1, pp. 33-63, 2014. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/100/55>> Acesso em: 02 nov. 2018

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547203368/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>> Acesso em: 15 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca

GLENK FERREIRA, Ana B. et al., Controle Estrutural de aquisição de ativos: A prática nos cinco anos da lei de defesa de concorrência. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo:

IBRAC, 2017. p. 93-103. Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 10 nov. 2018

GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steve; SYVERSON, Chad. Market Power and Monopoly. Southern California: Macmillan Education, 2010. 66 slides, color. Disponível em: <<http://www-bcf.usc.edu/~ebayrak/teaching/LECTURES/303/week%2010%20Monopoly.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A análise econômica do direito e a regulação do mercado de capitais**, São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522487721/cfi/2!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito Minha biblioteca.

LAFAYETE, Josué Petter. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOBO&RIZZO ADVOGADOS. **Informativo de jurisprudência do Cade**. Disponível em: < <http://www.loboderizzo.com.br/2016/junho/REG/informativo-jurisprudencia-16-a-20-de-maio-de-2016.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

LOURES, Júlia Marsola. Contratos Associativos: do desafio conceitual à dificuldade de enquadramento pelo Cade. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: < <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf> > Acesso em: 12 nov. 2018

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Caso Simba: uma avaliação ex-post do Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: < <http://www.ibrac.org.br/livros.htm> > Acesso em: 12 nov. 2018

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/cfi/4!/4/4@0.00:0.00> >. Acesso em: 05 out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca

MARRARA, Thiago. **Infração contra a ordem econômica: parâmetros para superação da insegurança jurídica no direito administrativo da concorrência**. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2018/09/13/infracao-contra-ordem-economica-parametros-para-superacao-da-inseguranca-juridica-no-direito-administrativo-da-concorrenca/> > Acesso em: 11 nov. 2018.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas. 2015. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000566/cfi/3!/4/4@0.00:0.00> > Acesso em: 11 nov. 2018. Acesso Restrito via Minha biblioteca.

MASSO, Fabiano del. **Direito econômico esquematizado**, 4.ed. Rio de Janeiro: Método, 2016. Disponível em:  
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971816/cfi/6/24!/4/2/4@0:0>>  
Acesso em: 29 set. de 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <  
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522488940/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>  
Acesso

MEDAUAR, Odete. **Segurança jurídica e confiança legítima**. Curitiba, 2008. Apostila da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. Disponível em: <  
<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/700/656>>. Acesso em: 11 nov. 2018

MENDES, Davi Guimarães; MATIAS, João Luís Nogueira. A Aquisição de ativos da empresa em crise e concentração de mercado: análise à luz da teoria da failing firm defense. **Rev. Scientia Iuris**, Londrina, v.22, n.1, p. 9-36, 2018. Disponível em:  
<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/27148/23349>>. Acesso em: 10 nov. 2018

MORAES DE, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 817

NIETO ALBA, Blanca. Aspectos económicos de la regulación Antitrust. 2018. 83 f. Monografia (Grado en Derecho) – Universidad de Valladolid, Valladolid, 2018. Disponível em: <  
<http://uvadoc.uva.es/handle/10324/30027>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**, São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em:  
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502620070/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>  
Acesso em: 02 de out. 2018. Acesso restrito via Minha biblioteca.

POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Rev. de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, p. 230-256, 2017. Disponível em: <  
<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/14624>>. Acesso em: 25 set. 2018

PORTO, Antônio José Maristrello. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Rio de Janeiro, 2013. Apostila da disciplina do curso de Direito da FGV Rio. Disponível em:  
<[https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise\\_economica\\_do\\_direito\\_2013\\_2.pdf](https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/analise_economica_do_direito_2013_2.pdf)> Acesso em: 05 out. 2018

RIBEIRO, Maria C.A. Algoritmos, colusão e “novos agentes”: os quatro cenários de stucke e ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.) **Mulheres no antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. Disponível em: <  
<http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2018/10/Mulheres-no-Antitruste-Volume-I-V.-Final.pdf>> Acesso em: 12 nov. 2018

RODRIGUES, Eduardo; ARAÚJO, Gilvandro Vasconcelos Coelho de. Os 5 primeiros anos de aplicação da Lei nº 12.529/11: A defesa da Concorrência avança no Brasil. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese,**

jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 36-49 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 07 out. 2018

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as condutas**, São Paulo: Malheiros, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial, as estruturas**, São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTOS ROQUE, Daniel G. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU**. Brasília, n. 19 p. 51-106, 2012.

Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/viewIssue/74/194>>. Acesso em: 08 nov. 2018

SANTOS, Flávia C. Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra *per se*. **Rev. de Defesa da Concorrência**. Brasília. v. 5, n.2, p. 103-130, 2017. Disponível em: <

<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/348/172>>.

Acesso em: 12 nov. 2018.

SCHMIDT, Cristiane. **Cinco reflexões acerca de cinco casos julgados no Cade**. In: CAMINATI, Eduardo et al (Coord.). **5 Anos Lei de defesa da Concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**. São Paulo: IBRAC, 2017. p. 71-73 Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/livros.htm>> Acesso em: 12 nov. 2018

SCHMIDT, Cristiane. **Per se ou regra da razão? Quando aplicar cada uma das abordagens?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/per-se-ou-regra-da-razao-17022017>> Acesso em: 11 nov. 2018

TAUFICK, Roberto D. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Rev. de Economia**. Curitiba, v. 33, n.1, p. 151-155, 2007. Disponível em: <

<https://revistas.ufpr.br/economia/article/viewFile/8551/6022>> Acesso em: 12 nov. 2018.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**, 3.ed. São Paulo: Método, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4775-0/cfi/5!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 03 out. 2018.

VORONKOFF, Igor. O novo sistema de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Rev. De Defesa da Concorrência**, Brasília, v.2 nº 2 p 144-179 nov. 2014. Disponível em:

<<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/view/7/showToc>>

Acesso em: 04 out. 2018.