

A Evolução da Legislação Antitruste Brasileira: uma análise dos critérios de notificação

Juliana Rodrigues Zanchetta*

Introdução. 1 O controle de estruturas: prévio e posterior. 2 Critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração ao SBDC no âmbito da Lei nº 8.884/1994. 2.1 Critério de faturamento. 2.2 Critério de participação de mercado – market share – e sua íntima relação com o exercício do poder de mercado – market power. 3 Critérios de notificação obrigatória da NLAB. 3.1 Duplo critério de faturamento e exclusão do critério de participação de mercado – market share. 3.2 Hipóteses de atos de concentração previstos no artigo 90. 3.3 Exclusão do critério de participação de mercado como aprimoramento do controle de estruturas. 4 A influência dos critérios de notificação nas decisões do Cade no controle dos atos de concentração. Conclusões.

Resumo

A pesquisa tem como problemática essencial a mudança dos critérios de notificação dos atos de concentração ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), introduzida pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Nova Lei Antitruste Brasileira – NLAB), em relação à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Apresenta caráter exploratório, indutivo e comparatístico. Foram analisadas as principais críticas realizadas pela doutrina e pelas melhores práticas internacionais acerca dos antigos critérios e abordadas as principais mudanças trazidas pela NLAB na busca de um aprimoramento do Direito Antitruste brasileiro em matéria de controle de estruturas, bem como os benefícios e eficiências procedimentais resultantes. Como objetivos específicos, buscou-se verificar: se as implicações da elevação dos valores do critério de faturamento e da exclusão do critério de participação de mercado seriam, por si sós, determinantes para provocar a abstenção do controle de concentração de poder de mercado em determinados setores da economia; e se algo tutelado em termos de livre concorrência poderia deixar de ser com a introdução dos novos filtros legais. Nessa orientação, foi realizado sucinto estudo de algumas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em atos de concentração, especialmente na vigência da Lei nº 8.884/94. Diante da complexidade do controle estrutural realizado pelo SBDC para tomar suas decisões

* Graduada no curso de Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP), da Universidade de São Paulo (USP). Foi bolsista do programa de iniciação científica da Pró-Reitoria de Pesquisa da Universidade de São Paulo (Bolsa Institucional RUSP), na área de Direito Concorrencial, sob a orientação da professora doutora Juliana Oliveira Domingues. Advogada.

interventivas, levando-se em conta, casuisticamente, diversos aspectos da estrutura de mercado, constatou-se que as afirmações, segundo as quais os novos critérios de notificação ensejariam abstenção de proteção jurídica em alguns casos devem ser feitas com intensas ponderações.

Palavras-chave: Lei Antitruste. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Atos de concentração econômica. Controle de estruturas.

Abstract

Title: “The Development of Brazilian Antitrust Legislation: an analysis of the criteria for notification of mergers”. The research has its essential question in the changing of criteria for notification of mergers for Brazilian System of Competition Defense, which was established by the Federal Act n. 12.529 of November 30, 2011, replacing the Federal Act n. 8884 of June 11, 1994. The research works are guided by exploratory, inductive and comparative methods. The main criticisms from the doctrine and international best practices about the repealed act criteria have been analyzed, as the same time it have been pointing the main changes the New Act brought as improvement for Brazilian Antitrust Law on structures control and procedural efficiencies. As specific objectives, it has pursued verifying the implications of the higher income amount and the exclusion of the market share as criteria for notification to the Antitrust Authority, changes that by themselves could cause abstention of control about the concentration of market power in certain sectors of the economy. Moreover, it has tried to identify if some value, in terms of free competition, used to be under the eegis of the revoked law, could no longer be considered assuming the new legal filters. In this approach, have been conducted a brief study on some of the Brazilian Antitrust Authority decisions about mergers which the operations were interposed by the enforcement of the precede Law requirements. As outcomes it has found that facing the complexity of the structures control, on a behavior of market structure, the Antitrust Authority has been taken Its decision in case by case with a huge range of factors that have induced the works in analyze those decisions in same such individuality, as soon as it could deal better with those variables.

Keywords: Antitrust Act. Brazilian System of Competition Defense. Mergers. Structures control.

Introdução

Em 30 de novembro de 2011, foi sancionada a Lei nº 12.529 – Nova Lei Antitruste Brasileira (NLAB). Referido diploma legal entrou em vigor em 29 de maio de 2012 e, no dia 30 de maio do mesmo ano, foi publicada a Portaria Interministerial nº 994. No tocante aos critérios de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade); das operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado – fusões, incorporações, *joint ventures*, cisões, aquisições de participação acionária, acordos de cooperação, industrialização por encomenda, lista de clientes, *swap agreements*, alienação de direitos de propriedade intelectual –, algumas modificações relevantes foram realizadas.

No sistema da antiga Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, havia um duplo critério de incidência que, uma vez satisfeito, ensejava a submissão obrigatória do ato de concentração à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Os critérios envolvidos eram o faturamento bruto e a participação de mercado, isto é, quando uma das partes envolvidas ou um de seus grupos

econômicos tivesse registrado um faturamento bruto equivalente ou superior a R\$400 milhões no ano anterior à realização da operação e/ou o resultado da operação implicasse participação da empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante.

Em relação ao sistema da NLAB, houve a eliminação do critério de *market share*, ou seja, a participação substancial de mercado resultante da operação não deve ser considerada para termos de notificação. Ademais, outra grande inovação trazida está relacionada, em linhas gerais, ao estabelecimento de critério cumulativo de faturamento bruto, por meio do qual se torna obrigatória a submissão do ato de concentração quando atingidos determinados valores por parte dos dois ou mais grupos envolvidos na operação objeto de análise. Assim, por exemplo, a Lei nº 12.529/2011 determinava a obrigatoriedade de notificação das operações entre agentes econômicos quando uma das partes – ou seu grupo econômico – atingisse o faturamento, no Brasil, de R\$400 milhões de reais e a outra parte – ou seu grupo econômico – atingisse faturamento de R\$30 milhões reais, no ano anterior à operação¹.

Contudo, a Portaria Interministerial nº 994/2012 elevou os valores do critério de faturamento para a incidência da NLAB no controle de concentrações. Agora, são de submissão obrigatória à análise antitruste apenas as operações cujas partes ou grupos econômicos possuam faturamentos brutos equivalentes ou superiores a R\$750 milhões, de um lado, e R\$75 milhões, do outro².

No tocante às operações que envolvem instituições financeiras, há mais uma etapa a ser percorrida: a análise realizada pelo Banco Central (BCB). Em um recente memorando de entendimentos, Cade e BCB traçaram as regras concernentes à cooperação entre estes na análise de atos de concentração no âmbito do Sistema Financeiro Nacional³. Nessa orientação, a eficácia dos atos de concentração envolvendo instituições financeiras fica condicionada à autorização de ambas as autarquias, nos termos da Lei nº 4.595, de 1964⁴ e da NLAB⁵.

Desde a promulgação da Lei nº 8.884/1994, o Brasil tem enfrentado uma consolidação do seu sistema de controle de estruturas. Não obstante, por conta da amplitude dos critérios de notificação do referido diploma legal, houve grandes discussões e dúvidas a respeito de quais operações deveriam ser submetidas às autoridades de defesa da concorrência. Questionou-se se os diversos

1 Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e, II - pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 5 de abr. de 2018).

2 Art. 1º. Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de: I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011 (BRASIL. Portaria Interministerial do Ministro da Justiça e do Ministro da Fazenda n. 994, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>. Acesso em: 5 de abr. de 2018).

3 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Memorando de entendimentos CADE – BACEN. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

4 Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: (...) c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; (...) g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário. (...) Art. 18. § 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta lei. (BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

5 Art. 88. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei (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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

atos de concentração analisados pelo Cade tinham realmente o potencial de limitar ou prejudicar a livre concorrência, tendo em vista a possibilidade de uma das partes envolvidas na operação apresentar faturamento pouco expressivo.

Durante os anos de vigência da antiga lei, ocorreu o controle de um número bastante elevado de atos de concentração. Consoante o Relatório Anual de 2011 do Cade, o número de atos de concentração submetidos teve um aumento de 62,2%, em comparação ao número registrado em 2005 (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 111). Ainda, em 2008 e 2009, foram submetidos ao Cade 1.112 atos de concentração, dos quais 987 foram aprovados sem quaisquer restrições, 77 foram aprovados com algumas restrições, 29 não foram conhecidos e dois foram reprovados (GIANNINI et al., 2012, p. 277).

A NLAB surgiu com o propósito de eliminar a submissão obrigatória de operações sem potencial ofensivo e alocar os escassos recursos da Administração Pública de forma mais eficiente, canalizando esforços para casos de relevante interesse da sociedade. Com a sua edição, esperava-se que o número de casos notificados às autoridades diminuísse e que a análise fosse mais qualificada, uma vez que os critérios tornaram-se mais simples e seletivos. De fato, os resultados foram positivos. Entre os anos de 2009 e 2012, foram notificados, ao todo, 2.472 atos de concentração e a arrematadora maioria foi aprovada sem quaisquer restrições. Nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, essas operações representaram 84%, 86%, 88% e 86%, respectivamente, do total de processos julgados pelo Cade. Em 2013, 2014 e 2015, os atos de concentração referiram-se a 69%, 66% e 54% de todos os processos que tramitaram na autarquia; e, entre os anos de 2013 e 2017, ocorreram 1.810 notificações, fato que representa uma significativa diminuição⁶.

Entretanto, é necessário considerar que a complexidade das operações apresentadas ao SBDC tende a aumentar em virtude do crescimento econômico do Brasil. Assim, a Lei Antitruste deve requerer que as respectivas autoridades abordem os casos de concentração de mercado avaliando as circunstâncias específicas de cada operação, de modo a nunca enfraquecer o mandamento constitucional da livre concorrência, seja em grandes ou pequenos mercados – pequenas regiões, municípios e, até mesmo, bairros. Dessa forma, a discussão que se apresenta diante dos novos critérios de notificação – criados pela Lei nº 12.529/2011 e modificados pela Portaria Interministerial nº 994/2012 – gira em torno do risco de monopolização sem qualquer análise antitruste, dada a eliminação do critério do *market share* ou quando as partes envolvidas não atingem os faturamentos mínimos exigidos.

Ante o exposto, o referente trabalho tem como objetivo geral realizar estudo comparado dos critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração nos termos da Lei nº 8.884/1994 e da NLAB, no âmbito do controle de estruturas realizado pelo SBDC. Foram apresentadas, sucintamente, as principais críticas realizadas pela doutrina e pelas melhores práticas internacionais acerca dos antigos critérios; e abordadas as principais mudanças trazidas pela NLAB na busca de um aprimoramento do Direito Antitruste Brasileiro em matéria de controle de estruturas, os benefícios e eficiências procedimentais resultantes, bem como eventuais apreciações desfavoráveis. Objetivou-se, por meio de uma breve análise de decisões do Cade em atos de concentração – inclusive do polêmico setor bancário –, compreender se as mudanças, por si sós, seriam determinantes para provocar a abstenção do controle de poder de mercado em determinados setores da economia e se algo tutelado em termos de livre concorrência e de relação de consumo poderia deixar de ser com a introdução de novos critérios de notificação pela NLAB.

6 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

Desse ponto de partida, com os objetivos específicos, buscou-se:

- I) realizar concisa revisão bibliográfica de obras, artigos, relatórios de gestão do Cade, relatórios de instituições internacionais como a Rede Internacional da Concorrência (*Internacional Competition Network – ICN*) e de organismos internacionais como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os quais permitiram identificar a visão jurídica no tocante ao controle de estruturas. Não houve estudos econômicos aprofundados, mas apenas o exame de alguns conceitos, observações e críticas indispensáveis;
- II) realizar, sucintamente, estudo de algumas decisões de veto do Cade em atos de concentração, em especial daquelas que ocorreram na vigência da antiga lei. Com tal objetivo, foi possível observar se algo tutelado em termos de livre concorrência poderia deixar de ser com a introdução de novos critérios de notificação pela NLAB;
- III) dessa forma, por base nas informações dos dois pontos anteriores, o referente estudo buscou analisar se as implicações da elevação dos valores do critério de faturamento e da exclusão do critério de participação de mercado à livre concorrência foram, de maneira geral, benéficas ou não. Foi observado se referida mudança, por si só, seria determinante para provocar a abstenção do controle de concentração de poder de mercado em determinados setores da economia.

A pesquisa apresenta caráter exploratório, indutivo e comparatístico. Exploratório porque trabalha com uma visão geral do objeto estudado, visando conhecer, desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias para futuros trabalhos explicativos. Indutivo, posto que, por meio de observação e análise dos casos concretos, com dados suficientemente constatados, atingiram-se conclusões gerais. Comparatístico, por conta de algumas abordagens de direito comparado, isto é, pelo exame de legislações estrangeiras e relatórios internacionais, com sua importância na proposição de soluções em relação ao ordenamento jurídico nacional (MARCHI, 2009, p. 87).

O primeiro capítulo abordou a temática geral do controle de estruturas em ambas as leis e traçou considerações acerca do controle prévio e posterior das operações. Nos dois capítulos seguintes foram estudados os critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração na vigência da Lei nº 8.884/1994 e da NLAB, expondo-se algumas críticas realizadas pela doutrina e pelas melhores práticas internacionais, bem como as principais mudanças trazidas com o escopo de aperfeiçoar o controle de estruturas no ordenamento jurídico brasileiro. No quarto capítulo, foram estudadas algumas decisões de veto do Cade, especialmente na vigência da Lei nº 8.884/1994. Foram destacados os principais argumentos e parâmetros norteadores das autoridades nas suas decisões, de maneira a identificar o que era objeto de tutela naquela época e se ele poderia deixar de ser atualmente. Buscou-se analisar a influência dos critérios de notificação obrigatória nas decisões das autoridades da concorrência. Por fim, na conclusão, foram expostas as mudanças relacionadas aos critérios de notificação dos atos de concentração ao SBDC, bem como as respostas às indagações contidas nos objetivos específicos da pesquisa

I O controle de estruturas: prévio e posterior

O controle de estruturas ocorre por meio da análise dos atos de concentração – fusões, incorporações, *joint ventures*, cisões, aquisições de participação acionária, acordos de cooperação, industrialização por encomenda, lista de clientes, *swap agreements*, alienação de direitos de propriedade intelectual – pelas autoridades antitruste, a fim de avaliar os potenciais efeitos

anticoncorrenciais nos mercados afetados e, por extensão, evitar a mitigação da livre concorrência e a diminuição do bem-estar dos consumidores.

Como será demonstrado ao longo do trabalho, uma das principais preocupações do direito concorrencial concentra-se em verificar se os efeitos derivados de determinada operação serão ou não maléficis ao mercado em questão. As concentrações podem gerar efeitos anticompetitivos quando, por exemplo, ensejam a criação ou o reforço de uma posição dominante em um dado mercado, a qual pode implicar comportamentos abusivos. Assim, o risco consiste na possibilidade de certa empresa restringir a oferta do seu produto e/ou os seus níveis de inovação e influenciar a formação de preços dentro do mercado em que atua

Importa ressaltar que a legislação brasileira tende a aplicar o ataque estrutural aos monopólios resultantes das concentrações como última *ratio* contra comportamentos abusivos e não contra uma estrutura econômica monopolista qualquer pelo simples fato de ela existir no mercado⁷. Não se pode sancionar o poder no mercado pela sua simples existência, cabendo o controle estrutural como repressão a um possível comportamento ilícito resultante e não como uma contestação exclusivamente estrutural aos monopólios⁸. Dessa forma, busca-se evitar que surjam estruturas de poder no mercado sem as justificativas aceitáveis – eficiência produtiva, custos fixos e economias de escala. Isto pode revelar uma contradição e relativizar a rígida separação entre controle estrutural e comportamental, porém a importância do controle estrutural consiste justamente no fato de criar condições para a realização de um controle comportamental mais rígido e eficiente no futuro (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 128 e 130).

O controle de concentrações pode ser posterior ou prévio. No primeiro caso, permite-se que as partes concluam a operação antes de qualquer permissão do sistema. No âmbito da Lei nº 8.884/1994, a apresentação dos atos de concentração podia realizar-se antes da sua consumação ou até quinze dias após a realização da operação⁹. Indubitavelmente, as partes requerentes optavam pela segunda possibilidade. A grande crítica que se faz a esse controle posterior facultativo refere-se à sua pouca efetividade, no sentido de fomentar as partes requerentes a não fornecerem informações completas que auxiliam as autoridades na percepção de problemas concorrenciais tempestivamente; ou seja, esse aspecto incentiva os agentes a tentarem postergar o controle estrutural o máximo possível, pois quanto mais tardar a análise antitruste, quase impraticável a implementação e o êxito de uma decisão restritiva (MARTINEZ, 2008, p. 83).

Ante o exposto, a ausência de um controle prévio no Brasil apontava duas questões. Primeiramente, as partes envolvidas, embora soubessem que a eficácia do seu negócio dependia da aprovação do Cade, aceleravam os atos de consumação da operação, fato que atrasava o procedimento de análise pelo SBDC, consumia recursos do sistema e causava insegurança jurídica. Outrossim, quando o

7 “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, 2013, p. 190).

8 No período que compreende o final da Guerra de Secessão (segunda metade do século XIX), nos Estados Unidos, surgiram alguns agentes econômicos, em número reduzido e dominados por influentes famílias, que passaram a concentrar grande parte do poder no mercado de certos produtos. Tratava-se dos chamados *trusts*, os quais comandavam a produção e praticavam preços monopolistas. É nesse contexto, marcado pelo surgimento de monopólios, grupos econômicos (em razão de acordos firmados entre as grandes e poucas empresas), livre fixação de preços, que surge o *Sherman Act*, primeiro diploma legal antitruste norte-americano (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 71). Porém, essa lei – que consistia em uma verdadeira reação da sociedade americana contra os abusos cometidos pelos *trusts* – a princípio, procurava coibir todas as estruturas de mercado que restringiam a liberdade comercial, sem analisar os elementos determinantes da sua existência, sem se preocupar se o poder no mercado poderia trazer benefícios para a economia ou não (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 122).

9 Art. 54. § 4º Os atos de que trata o *caput* deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE (BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

Cade se confrontava com uma operação anticompetitiva já consumada, as restrições – “remédios” – aplicadas tinham suas eficiências significativamente reduzidas, visto que determinar a dissolução de uma fusão implementada há anos ou revitalizar a concorrência de um mercado em que a competição foi eliminada por conta da concentração envolvia um trabalho extremamente penoso.

Quanto ao sistema de análise prévia dos atos de concentração, trata-se de uma das inovações mais importantes da NLAB: esta é enfática ao determinar que os atos de concentração somente poderão ser consumados após a aprovação do Cade, sob pena de prática de *gun jumping* (“queimar a largada”), com a consequente nulidade do ato e imposição de multas que variam de R\$ 60 mil a R\$ 60 milhões¹⁰. No controle exclusivamente prévio, as partes não podem concluir a operação enquanto estiver pendente decisão final da autoridade antitruste, como forma de preservar o *status quo* e, por consequência, tornar efetivas as decisões de veto. Considerando-se que as concentrações tendem a produzir efeitos irreversíveis, a vantagem nesse caso consiste em permitir a tomada de decisões antes que efeitos econômicos relevantes sejam produzidos e as suas consequências atinjam os consumidores.

No tocante ao exato momento de submissão do ato de concentração ao Cade, a fim de não se configurar *gun jumping*, Taufick (2012, p. 442), em posicionamento pertinente, acredita que, no controle prévio, o objetivo primordial da NLAB é garantir a reversibilidade da operação até o seu julgamento pelas autoridades, devendo esta ser o centro das preocupações e não o momento em que se deu a notificação. Mesmo porque, não restam dúvidas que as partes requerentes deixarão de assumir condutas competitivas entre si, uma vez que já se encontram na iminência de um acordo, o que demonstra que o controle prévio não beira a perfeição. Dessa forma, poderia até ser permitido a notificação posterior da realização de um negócio entre empresas, desde que fosse mantida a essência da norma, isto é, a possibilidade de retorno ao *status quo* sem grandes ônus. Trata-se de uma excelente característica do modelo norte-americano, cuja análise antitruste está vinculada ao plano da eficácia.

2 Critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração ao SBDC no âmbito da Lei nº 8.884/1994

Na Lei nº 8.884/1994, os critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração econômica ao SBDC eram disciplinados no art. 54, o qual identificava em seu § 3º duas hipóteses de submissão ou duplo critério de incidência da legislação: uma a partir do faturamento de uma das empresas participantes registrado no último balanço – faturamento bruto – e outra a partir das parcelas de mercado conquistadas como resultado da operação – participação de mercado ou *market share*. Mais precisamente, quando uma das partes – ou grupo econômico – envolvidas tivesse registrado um faturamento bruto equivalente ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à realização da operação e/ ou a participação de mercado resultante do ato excedesse a 20% no mercado relevante considerado¹¹. Nessa orientação, todos os agentes cujos contratos celebrados atendessem aos critérios mencionados, deveriam submeter suas operações ao controle do SBDC.

¹⁰ Art. 88. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei (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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

¹¹ Art. 54. § 3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

Ainda, o *caput* do referido artigo também estabelecia que se encontravam sujeitos à apreciação das autoridades antitruste todos os atos, contratos e atos associativos potencialmente lesivos à livre concorrência ou capazes de ensejar a dominação de mercados¹². Tratava-se de uma premissa geral, a qual determinava que uma vez preenchidos os requisitos – “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços” – os atos, fossem eles de concentração econômica ou não, deveriam ser necessariamente submetidos à análise do SBDC a fim de que seus possíveis efeitos nefastos à estrutura concorrencial fossem evitados. Dessa forma, no *caput* do art. 54 havia o gênero, que não previa nenhum critério expresso de prejudicialidade e dominação, enquanto no §3º havia um parâmetro de avaliação – por meio do faturamento e do *market share* – dos atos de concentração que necessitavam ser notificados.

Diante da amplitude do texto legal, uma questão era imposta: não estando presentes os critérios de notificação contidos no § 3º, como o SBDC poderia ter conhecimento dos atos de concentração prejudiciais ao mercado, assim como daqueles que geravam um posição dominante em um mercado relevante? A polêmica girava em torno do fato de que a resposta dependia, principalmente, do juízo de valor dos agentes participantes da operação, elemento extremamente subjetivo. Para essa indagação, pode-se afirmar que não estando presente nenhuma das presunções do § 3º, cabia à autoridade demonstrar a potencial prejudicialidade do ato de concentração e, por extensão, exigir que o mesmo lhe fosse submetido apenas por força do disposto no *caput*.

2.1 Critério de faturamento

Analisar o faturamento como uma das hipóteses de submissão dos atos de concentração parece bem pertinente, uma vez que envolve um dado objetivo e prontamente disponível. Porém, a lei não determinou com nitidez se o faturamento dizia respeito apenas às empresas envolvidas na operação ou também aos seus respectivos grupos econômicos, bem como se ele estava relacionado ao mercado brasileiro ou ao mundial.

Também não fez referência a qualquer critério de faturamento a ser aplicado às outras partes envolvidas na operação, contribuindo para que até mesmo uma minúscula aquisição realizada por uma grande companhia fosse objeto de controle estrutural, o que representava uma alocação ineficiente de recursos públicos, uma vez que eram analisados atos eminentemente sem potencial lesivo à concorrência. Nesse ponto, convém mencionar que não se pretende, com essa constatação, ignorar a real possibilidade de aquisições de empresas de pequena expressão econômica impactarem significativamente cidades pequenas, por exemplo.

A amplitude do critério de notificação descrito trouxe inúmeras implicações indesejáveis, como o consumo de escassos recursos humanos e materiais em investigações de operações irrelevantes, prejudicando a atuação das autoridades em outras atividades essenciais como a repressão de condutas anticompetitivas, bem como o investidor, que se via obrigado a submeter – e arcar com os correspondentes gastos – operações concorrencialmente inofensivas.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), quando realizou análise do SBDC em 2000, chamou atenção para o fato de que Cade, Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) e Secretaria de Direito Econômico (SDE), desde o início de vigência da

¹² Art. 54 Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 27 mar. 2014).

Lei nº 8.884/1994, despenderam uma grande e crescente quantidade de seus recursos limitados em análises de menor ou de nenhum potencial danoso para a sociedade, dado que uma quantidade inexpressiva – menos de 5% – de todas as operações notificadas até aquele período sofreram algum tipo de intervenção pela autarquia.

Ainda segundo a OCDE, no ano de 1999, entre os dois critérios que definiam a obrigação de notificar a operação – faturamento e participação de mercado –, 52% das notificações foram desencadeadas por conta do faturamento mundial de R\$ 400 milhões, 12% pela participação de mercado e 36% por conta da presença de ambos os critérios¹³. A partir daí, é possível depreender argumento muito forte a ser considerado quando da manutenção ou exclusão de critérios de notificação na NLAB: a maioria dos atos notificados deu-se por razões de faturamento bruto, ao passo que a minoria ocorreu pelas participações de mercado.

2.2 Critério de participação de mercado – *market share* – e sua íntima relação com o exercício do poder de mercado – *market power*

O outro critério de notificação tratado na Lei nº 8.884/1994, referente à participação de mercado resultante do ato, revela uma preocupação do legislador na possibilidade de a integração de empresas implicar concentração de mercados e esta, por consequência, trazer condições ideais para o exercício ou aumento do poder de mercado. Em síntese, quando uma empresa comanda parcela substancial de mercado – *market share* – presume-se que esta é capaz de afetá-lo com o seu comportamento indiferente e independente, isto é, possui *market power* (FORGIONI, 2012, p. 413).

A antiga lei presumia que uma participação, derivada do ato de concentração, de, no mínimo, 20% no mercado relevante analisado podia configurar poder de mercado. Porém, se tratava de uma presunção relativa, que admitia ser rechaçada, uma vez que outros aspectos deviam ser levados em consideração para constatar a posição dominante, como o acesso à tecnologia refinada, capacidade de penetração em todos os segmentos do mercado, suporte financeiro, deficiência de concorrência em razão das barreiras à entrada.

Dessa forma, um dos elementos que ensejam até hoje a aplicação da legislação antitruste e a tutela das autoridades de defesa da concorrência é a probabilidade de existência de poder de mercado decorrente da operação. No entanto, vale ressaltar que esse poder não é absolutamente danoso. A não aceitação jurídica ocorre em relação ao mau uso da posição dominante e não quanto ao desfrute de tal posição isoladamente (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 114).

Nessa orientação, o *caput* do art. 54 da Lei fazia referência à “dominação de mercados relevantes” não como mero poder de o agente econômico se fazer “senhor do mercado”, mas como um risco de utilização abusiva desse poder econômico, de forma contextualizada, caracterizada pelo controle de preços, limitação da produção, proibição da entrada de novos concorrentes. A legislação antitruste não pune o ato de concentração por si só ou a posição dominante, mas os prejuízos concorrenciais que podem surgir a partir dos mesmos.

Poder econômico é inerente à prática do sistema de mercado. Tanto que ao agente econômico é permitido acumular grande parcela desse poder sem que isso configure uma infração à ordem econômica. Comprova esse entendimento o art. 20, §1º da Lei nº 8.884/1994, o qual preconizava

¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Ratório. Brazil: Competition Law and Policy in 2000*. Disponível em: <http://www.oecd.org/brazil/39553616.pdf>. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

que não se tratava de dominação de mercado relevante de bens e serviços “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores”¹⁴. Obviamente, nesse caso, o agente econômico que se encontrava em situação privilegiada estaria na mira das autoridades, pois podia a qualquer momento abusar da sua condição.

Na técnica antitruste, o *market share* funciona como um sinal de alerta para a existência do poder de mercado que poderá vir a se concretizar com a operação. Contudo, o SBDC procurar seguir uma série de etapas de análise que permitem a identificação de um cenário suscetível de intervenção do controle antitruste e a primeira delas é a delimitação do mercado relevante, pois é nesse *locus* que o agente econômico atua e exerce efetiva ou potencialmente o seu poder de mercado, a sua posição dominante. A partir daí, ocorre a aferição da participação de mercado seguida da avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e, por fim, a análise das eficiências econômicas resultantes da operação e o confronto entre os seus custos e benefícios (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 106).

A participação de mercado muitas vezes pode ser proporcional à quantidade de poder econômico, porém, não são raras as situações em que a fusão entre empresas pode não produzir alterações na composição do mercado relevante, mas levantar barreiras à entrada de novos agentes naquele setor da economia, fato que traz inúmeros prejuízos à concorrência e demonstra que o critério de participação de mercado não pode ser valorizado isoladamente. A utilização de dados de participação e concentração de mercado para avaliar os potenciais efeitos anticoncorrenciais dos atos de concentração econômica é criticável, pois, em diversas situações, essas informações podem desqualificar ou valorizar exageradamente os impactos futuros de uma operação em determinado mercado.

Na prática, a existência de posição dominante é comprovada por meio da combinação de diversos fatores, sendo que nenhum deles é decisivo por conta própria. O grau de concentração de participação de mercado é apenas uma elementar na complexa análise estrutural da concorrência. Tanto que diante de uma elevada porcentagem de participação, é dado prosseguimento ao exame antitruste com as etapas seguintes – como verificação de existência de barreiras à entrada e de dificuldade ou impossibilidade de substituição de produtos, além das eficiências produzidas pela operação –, a fim de conferir se realmente o agente econômico é capaz de alterar estruturalmente o mercado relevante considerado.

Portanto, a decisão do Cade deve levar em conta inúmeros fatores, especialmente a estrutura, interação e capacidade produtiva das empresas envolvidas e as características particulares dos mercados analisados, tudo com o escopo de se avaliar a probabilidade de exercício irrazoável do poder de mercado. Os atos de concentração não devem ser comunicados ao SBDC pelas empresas participantes porque se trata de atos ilícitos, mas porque se trata de práticas potencialmente anticoncorrenciais que necessitam ser avaliadas dentro do cenário econômico em que se desenvolveram.

Por fim, convém explicitar que, por ser o *market share*, no sistema da Lei n. 8.884/1994, um critério de notificação obrigatória dos atos de concentração ao SBDC pelos agentes econômicos, a definição do mercado relevante e posterior aferição dessa participação substancial de mercado seriam deveres designados às próprias empresas participantes da operação. Todavia, a análise dessas etapas pertence às autoridades antitruste, o que configurava uma incompatibilidade de difícil compreensão e solução.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

3 Critérios de notificação obrigatória da NLAB

No sistema da Nova Lei Antitruste Brasileira, a participação de mercado ou *market share* sai do rol dos critérios de notificação obrigatória dos atos de concentração, restando um outro critério de incidência da legislação que é o de faturamento bruto ou volume de negócios. Trata-se de um critério cumulativo, por meio do qual devem ser submetidos ao controle do SBDC os atos em que pelo menos dois dos participantes tenham atingido os valores mínimos exigidos¹⁵.

Assim, nos termos da Lei nº 12.529/2011, a obrigatoriedade de notificação ocorria quando, no ano anterior à operação, uma das partes – ou seu grupo econômico – apresentasse faturamento bruto ou volume de negócios, no Brasil, de R\$ 400 milhões de reais; e a outra parte – ou seu grupo econômico – atingisse faturamento bruto ou volume de negócios, no Brasil, de R\$ 30 milhões reais. No entanto, a Portaria Interministerial nº 994/2012, elevou os valores do critério de faturamento para a incidência da Lei: são de submissão obrigatória ao exame antitruste apenas as operações cujas partes ou grupos econômicos apresentem faturamentos brutos ou volume de negócios equivalentes ou superiores a R\$ 750 milhões, de um lado, e R\$ 75 milhões, do outro.

Igualmente, de acordo com a atual Lei Antitruste, os atos de concentração devem ser submetidos à análise prévia do SBDC desde que também se enquadrem nas hipóteses previstas no art. 90, o qual explicita quando se realiza um ato de concentração, bem como apresenta uma hipótese de não incidência do controle estrutural.

3.1 Duplo critério de faturamento e exclusão do critério de participação de mercado – *market share*

Quanto ao critério de faturamento, a NLAB aprimora o filtro da Lei n. 8.884/1994, uma vez que a introdução da exigência de faturamento mínimo a ser aplicada à outra parte envolvida na operação surge como uma ferramenta eficaz no controle das concentrações econômicas que de fato podem trazer riscos à concorrência. A antiga lei não afunilava o rol de atos de concentração notificáveis ao se referir apenas ao faturamento de uma das empresas participantes, o que ensejava a notificação de operações irrelevantes, tendo em vista o faturamento inexpressivo da outra parte envolvida¹⁶.

¹⁵ Para Taufick (2012, p. 421), nos contratos multilaterais, basta que somente dois participantes enquadrem-se nos critérios de faturamento da Nova Lei.
¹⁶ Ciro Gomes, quando deputado federal, participou como relator da Comissão Especial de Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados, a qual analisou o Projeto de Lei nº 3.937, de 7 de julho de 2004, de autoria do deputado federal Carlos Eduardo Cadoca, que visava alterações na Lei nº 8.884/1994. Nos termos do voto do relator: “Note-se que cerca de 95% dos atos de concentração julgados pelo Cade são aprovados sem qualquer restrição. Outro dado importante é que 75% dos atos de concentração são julgados passando pelo rito sumário. Ou seja, pelo menos ¾ dos atos de concentração nunca deveriam demandar uma decisão colegiada mais complexa. Até 20% dos atos de concentração poderão requerer uma investigação mais minuciosa que aqueles ¾. Uma parcela muito pequena desses 20% pode ser remetida ao Tribunal, para depois ser considerada como não passível de intervenção. Por fim, seriam 5% que o Tribunal decidiria por rejeitar ou impor condições para a aprovação. Ora, demandar que o Tribunal trabalhe sobre os 100% é desperdiçar uma grande parte do tempo e de recursos que poderiam ser utilizados para efetuar uma análise mais profunda nos 5% de casos que realmente vão interessar para melhorar o bem-estar de milhões de brasileiros”. E mais adiante: “Nas regras relativas ao critério de notificação de atos de concentração, temos também algumas observações. A introdução de uma ‘segunda trava’ com critério de faturamento de R\$ 30 milhões para a outra requerente constitui inovação importante, proposta tanto no Projeto do Deputado Carlos Cadoca quanto do Poder Executivo, para evitar que todas as aquisições de empresas muito pequenas por empresas maiores tenham que ser notificadas. Esta medida tende a reduzir o número de operações notificadas. De outro lado, a redução proposta do limite do critério de notificação de R\$ 400 para R\$ 150 milhões pode aumentar o número de operações notificadas. O efeito líquido dessas duas alterações é ambíguo. Dado o grande número de operações notificadas sem quaisquer problemas, entendemos que o ideal seria reduzir o número de operações apresentadas, diminuindo, inclusive, os custos dessas transações para boa parte das empresas. Já o Projeto de Lei nº 3.937/2004 do ilustre Deputado Carlos Cadoca mantém o valor da primeira trava de faturamento em R\$ 400 milhões, o que, pelos motivos expostos, consideramos mais apropriado. Assim, seguimos, neste dispositivo, a regra estabelecida no Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca, mantendo o valor do faturamento da primeira requerente para R\$ 400 milhões e introduzindo a segunda trava de R\$ 30 milhões” (BRASIL. Projeto de Lei nº 3.937, de 7 de julho de 2004. Comissão Especial de Defesa da Concorrência destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, do Sr. Carlos

O critério de faturamento da NLAB também diz respeito às receitas das empresas ou dos seus grupos econômicos obtidas no Brasil, o que representa uma consolidação do entendimento que foi sendo construído pelas autoridades do SBDC nos anos de vigência da Lei nº 8.884/1994 e que culminou, naquela época, na edição da Súmula nº 1 do Cade¹⁷. A antiga lei não deu tratamento algum a esse assunto em seu texto, e o único parâmetro para elucidar a questão eram os argumentos dos membros do Cade nas suas decisões. A NLAB, por sua vez, esclarece, de certa forma, o problema ao incluir na sua redação não só o faturamento das partes como critério de notificação obrigatória, mas o volume de negócios no país.

Referida determinação está em harmonia com o controle de concentrações econômicas realizado no âmbito da União Europeia, o qual é regulado pelo ato normativo *Council Regulation (EC) nº 139* ou *EC Merger Regulation (ECMR)*, de 20 de janeiro de 2004¹⁸. De acordo com as determinações do “ECMR”, que deve ser aplicado às operações que têm dimensão comunitária, isto é, que apresentam dimensão significativa no âmbito da União Europeia, os critérios de notificação dos atos de concentração são: i) quando o volume total de negócios realizado em escala mundial pelo conjunto das empresas envolvidas for superior a cinco milhões de euros; e ii) quando o volume total de negócios realizado individualmente no âmbito da União Europeia por pelo menos duas das empresas envolvidas for superior a 250 milhões de euros¹⁹. É importante destacar que a definição de volume de negócios é apontada no item 1 do art. 5º do “EMCR” de maneira bastante detalhada²⁰.

Ademais, a NLAB, em seu art. 88, §1º, traz a possibilidade de modificação dos valores mínimos de faturamento, descritos nos incisos I e II do mesmo dispositivo, para a ocorrência de notificação obrigatória²¹. O dispositivo representa interessante adequação do ordenamento jurídico à realidade mercadológica e ao dinamismo econômico, principalmente por se tratar de um diploma legal que tem como escopo a proteção de princípios constitucionais como a livre concorrência e a livre iniciativa (GIANNINI et al., 2012, p. 280).

Segundo Taufick (2012, p. 427), essa opção de atualização do critério de faturamento mostra-se muito pertinente já que representa a possibilidade de averiguar a razoabilidade das determinações legais, adequando-as à realidade quando necessário. Todavia, afirma que uma melhor saída poderia ter sido adotada pela NLAB: prever a atualização automática dos valores de faturamento exigidos, mais precisamente, relacionando-os ao crescimento do PIB²².

Eduardo Cadoca, que “altera a Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL+3937/2004. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

17 Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei nº 8.884/1994, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Súmula nº 1**. Publicada no Diário Oficial da União de 18/10/2005 n. 200, Seção 1, p. 49. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/sumulas-do-cade>. Acesso em: 8 de abr. de 2018..

18 CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004**. Sobre o controle das concentrações entre empresas. “Regulamento Comunitário de Concentrações”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>. Acesso em: 6 de abril de 2018.

19 No entanto, de acordo com o item 2 do art. 1 do Regulamento, o ato de concentração estará fora da jurisdição da Comissão Europeia quando uma das empresas envolvidas realizar mais de 2/3 do seu total de volume de negócios no âmbito da União Europeia, dentro de um único Estado-Membro.

20 “O volume de negócios total para efeitos do presente regulamento inclui os montantes que resultam da venda de produtos e prestação de serviços realizadas pelas empresas consideradas durante o último exercício financeiro e correspondentes às suas atividades normais, após a dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor acrescentado e de outros impostos diretamente relacionados com o volume de negócios” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004**. Sobre o controle das concentrações entre empresas. “Regulamento Comunitário de Concentrações”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

21 Art. 88. §1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça (BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

22 O autor descreve a técnica utilizada pelos Estados Unidos, onde os critérios de notificação são anualmente atualizados conforme a variação do Produto Nacional Bruto (PNB).

3.2 Hipóteses de atos de concentração previstos no artigo 90

Consoante o sistema da atual Lei Antitruste, os atos de concentração devem ser submetidos à análise prévia desde que se subsumam não apenas ao critério de faturamento do art. 88, mas às hipóteses previstas no art. 90, o qual estabelece expressamente quais são as operações geradoras de concentração de mercado que são de apresentação obrigatória, bem como aquelas que excepcionalmente estão excluídas do controle administrativo pelo CADE²³.

Diferentemente da antiga lei, a qual trazia em seu art. 54, §3º, termos vagos para o conceito de ato de concentração – “qualquer forma de concentração econômica” ou “qualquer forma de agrupamento societário” – e que, por óbvio, não era clara o suficiente quanto às categorias de operações atingidas; no sistema da NLAB nem todos os negócios que geram concentrações devem ser analisados.

O *caput* do art. 88 foi inovador na medida em que estabelece, objetiva e simplificada, que “atos de concentração econômica” deverão ser submetidos ao Cade; e, por conseguinte, devem ser entendidos como atos de concentração, nos termos do art. 90: as operações de fusão²⁴; aquisição, direta ou indireta, de participação societária ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis²⁵; incorporação de empresas²⁶; constituição de consórcios²⁷; e celebração de contratos associativos ou *joint ventures*²⁸ (FORGIONI, 2012, p. 396-397).

Ao regular o controle de concentrações econômicas, a União Europeia, por meio do já citado ato normativo nº 139 de 2004, também determina, no item nº 20 de seu preâmbulo, que o conceito de ato de concentração deve, necessariamente, incluir as operações que ensejam uma mudança perdurável no controle das empresas envolvidas e, por extensão, na própria estrutura de mercado²⁹. Nessas mesmas normas, mais precisamente em seus artigos 3º e 5º, são explicitadas as operações que são encaradas como atos de concentração, bem como aquelas que não são.

23 Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; 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*. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes (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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

24 Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018). De acordo com Giannini et al. (2012, p. 296), “haverá a fusão de todas as áreas concorrenciais mais relevantes (pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas) de um agente econômico ao de outro”.

25 Estão incluídos nesse rol: controle direto ou indireto de empresa; participações minoritárias; de direitos de propriedade industrial como patentes, *know-how*, desenhos industriais; ativos físicos como maquinários (FORGIONI, 2012, p. 397).

26 Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

27 Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo. § 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

28 Forgioni (2012, p. 397) entende que contratos associativos ou de *joint ventures* “referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do art. 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas têm sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para a consecução de escopo comum. Essas contratações são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste”.

29 Art. 70. “É necessário definir o conceito de concentração de forma a incluir as operações que resultem em uma alteração duradoura no controle das empresas envolvidas e, portanto, na estrutura do mercado. Como consequência, é adequado incluir no âmbito de aplicação do presente regulamento as empresas que juntas desempenham de forma duradoura todas as funções próprias de um único agente econômico autônomo” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento nº 139, de 20 de janeiro de 2004. Sobre o controle das concentrações entre empresas. “Regulamento Comunitário de Concentrações”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>. Acesso em: 8 de abr. de 2018).

É louvável a tentativa da NLAB no sentido de extinguir a discussão que perdurava na vigência da Lei nº 8.884/1994 acerca de quais atos eram notificáveis. Este esforço resulta em muitos benefícios como a redução da insegurança jurídica e dos custos dos administrados³⁰, que muitas vezes viam-se obrigados a notificar atos com mínima relevância concorrencial; e também tornar a análise antitruste muito mais certa, limitada àquelas operações que realmente constituem ameaça ao mercado. No entanto, a forma assumida por um ato de concentração é um aspecto secundário para o exame do SBDC, o qual tem seu foco voltado para os reflexos concorrenciais da operação.

A ocorrência de alterações na estrutura de um mercado relevante e o enquadramento das partes no critério legal de faturamento são os aspectos que merecem atenção acurada e que obrigam a notificação das operações ao Cade como sendo concentracionistas e potencialmente danosas à concorrência, independentemente da forma assumida pelas mesmas. Portanto, discussões aprofundadas e ilimitadas sobre disposições legais para a identificação de um ato de concentração devem ser superadas pela necessidade que as autoridades abordem os casos de concentração de mercado casuisticamente, de modo a avaliar as circunstâncias específicas de cada operação.

Assegurar que apenas os arranjos estruturais que restrinjam e prejudiquem a concorrência e, por extensão, a própria sociedade, sejam examinados e rejeitados pelo SBDC é um objetivo a ser insistentemente perseguido e lapidado. Porém, um dispositivo legal explicitando as práticas que devem ser entendidas como atos de concentração não é, por si só, capaz de garantir a realização dessa finalidade.

As concentrações econômicas podem concretizar-se de diversas formas, como fusões, aquisições de ativos, incorporações, aquisição de controle por troca de ações, bem como contratos associativos, consórcios e *joint ventures*. Diante disso, nota-se que elas apresentam natureza finalística, ou seja, voltada para o resultado econômico que possam acarretar no ambiente concorrencial, no sentido de centralização do poder econômico³¹. A própria NLAB, embora crie um rol de atos jurídicos que se tratam de concentrações para fins de notificação obrigatória, também utiliza expressões abrangentes como “qualquer outro meio ou forma” (art. 90, II), evidenciando esse entendimento.

3.3 Exclusão do critério de participação de mercado como aprimoramento do controle de estruturas

A identificação do mercado relevante, o cálculo dos índices de participação detidos pelas empresas antes e depois da operação, bem como o grau de concentração do mercado nesses dois momentos envolvem mecanismos complexos e subjetivos de apuração, dependendo da concepção de mercado relevante adotada pelas partes. Nessa orientação, Cordovil et al. (2012, p. 196) afirmam que a eliminação do critério de participação de mercado pela NLAB representa uma evolução do sistema antitruste brasileiro, o qual tentou coadunar-se com o direito antitruste norte-americano,

30 Art. 23. Instituem-se taxas processuais sobre os processos de competência do Cade, no valor de R\$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação dos atos previstos no art. 88 desta Lei, e no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), para os processos que têm como fato gerador a apresentação das consultas referidas no § 4º do art. 9º desta Lei (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018). Segundo Taufick (2012, p. 127): “O legislador poderia, ainda, ter atrelado o valor da taxa ao vulto do negócio adquirido. Embora o valor do negócio adquirido não seja o definidor da complexidade da análise da operação, a ele vincula-se o próprio custo de oportunidade em fechar o negócio”.

31 Salomão Filho (2013, p.324) explica que “é correta a inclusão das duas formas de *joint ventures* no controle estrutural sem distinção entre formas societárias, exatamente porque, [...] com relação a elas é o efeito concorrencial, e não a forma societária, o elemento relevante para a aplicação da disciplina concorrencial”.

cuja legislação mostra-se uma das mais avançadas em termos de controle de concentrações, bem como com as recomendações das instituições internacionais, dentre elas as da OCDE.

A clareza e a simplicidade devem ser os principais aspectos dos critérios de notificação, de modo que as partes possam detectar com facilidade quando uma operação é suscetível de ser notificada. Dado o aumento do número de operações com a presença de elementos de diversas jurisdições, somente critérios transparentes e de fácil compreensão e cálculo podem melhor servir aos interesses da comunidade empresarial e das autoridades da concorrência. Nesse sentido, os critérios de notificação devem estar baseados em elementos objetivamente quantificáveis, sendo que as parcelas de mercado detidas pelos *players* não fazem parte desse rol. O elemento *market share* pode ser útil em estágios posteriores do controle estrutural, uma vez que, por conta da sua complexidade, não se mostra adequado para determinar, em caráter prévio, se uma operação é potencialmente anticoncorrencial e, portanto, suscetível de submissão a exame.

Importa mencionar que, ao notificar atos de concentração às autoridades, existe a tentativa, por parte das requerentes, de ampliação dos limites do mercado relevante, tanto do produto quanto geográfico, a fim de diluir significativamente situações de elevado *market share* e de poder econômico, não sendo raros os casos em que as concepções de mercado relevante apresentadas não estão em harmonia com aquelas desenvolvidas pelo Cade. Na maioria dos casos sob a égide da Lei nº 8.884/1994, apesar de as requerentes terem delimitado o mercado relevante e apurado a porcentagem de *market share* resultante da operação, coube às autoridades repetir a tarefa e adotar posicionamento diverso, o que demonstra a duplicidade desnecessária de esforços.

Embora a exclusão do critério de participação de mercado esteja em harmonia com as melhores práticas internacionais, algumas críticas não podem ser desconsideradas. Contar exclusivamente com a segurança do duplo critério de faturamento enseja riscos consideráveis no sentido de não obrigar a notificação de atos de concentração com efeitos anticompetitivos, pois, embora o poder de mercado ser mais comumente associado a grandes empresas, com faturamentos muito expressivos, essa identidade não é absoluta. Exemplo disso é o mercado regional ou local, onde as empresas com faturamentos de médio ou pequeno vulto podem exercer efetivo poder de mercado, isto é, podem atuar de maneira indiferente e independente, controlando preços, limitando a produção e proibindo a entrada de novos concorrentes.

Para amenizar essas incertezas, a NLAB faculta ao Cade requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadram nos critérios de faturamento, no prazo de um ano a contar da consumação da operação³². Referida medida demonstra claramente que os filtros legais que determinam a notificação obrigatória dos atos de concentração podem ser falhos e, eventualmente, afastar a atuação do SBDC em operações que podem ser danosas ao mercado e ao bem-estar da sociedade³³.

32 Art. 88. § 7º. 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 enquadram no disposto neste artigo (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

33 Essa questão também foi justificativa pelo Deputado Giro Gomes no Substituto nesses termos: "Há uma salvaguarda importante, que mantivemos no Substitutivo, que faculta ao Cade, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadram nos critérios de faturamento. Este dispositivo cumpre um papel importante no sentido de viabilizar uma exigência mais parcimoniosa de submissões. Em tese, apesar de o poder de mercado estar usualmente associado positivamente com o tamanho da empresa, tal correlação não é perfeita. Toda fusão pode gerar um efeito anticompetitivo, mesmo com faturamentos pequenos, dado que os mercados relevantes podem ser regionais ou locais. A obrigação de notificar, no entanto, não pode ser para todas as fusões sob pena de sobrecarregar em demasia a autoridade antitruste. Daí a existência de parâmetros de faturamento tal como discutido nos parágrafos anteriores. A solicitação de submissão de atos fora do enquadramento preencheria esta lacuna de atos praticados por empresas menores, mais ainda sim com efeitos relevantes sobre a concorrência" (BRASIL. Projeto de Lei nº 3.937, de 7 de julho de 2004. Comissão Especial de Defesa da Concorrência destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, do senhor Carlos Eduardo Cadoca, que "altera a Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL+3937/2004. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

A previsão legal seletiva pode ter como motivação a velocidade e pluralidade de relações que inviabilizam o exame de todos os atos e contratos que se caracterizam como de concentração de poder econômico. Os dados apresentados no início do trabalho demonstram que os recursos e esforços do SBDC direcionam-se à atividade preventiva concreta e que os filtros da Lei nº 8.884/1994 relacionados às atividades a serem notificadas eram muito porosos, pouco seletivos, o que levou o Cade a analisar, até recentemente, atos irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

Independentemente das causas, o elevado número de atos examinados e aprovados pela autarquia demonstrou a exigência de medidas corretivas, como ocorreu com o enrijecimento dos filtros de controle, na busca de restringir os casos de obrigatoriedade de notificação à operações mais relevantes economicamente. Contudo, isso não ocorrerá de maneira absoluta, e, por conseguinte, não extinguirá a tarefa do Cade de analisar atos que se enquadram nos critérios legais, mas que não precisariam ser submetidos ao controle prévio, pois seus impactos na concorrência são mínimos.

4 A influência dos critérios de notificação nas decisões do Cade no controle dos atos de concentração

As decisões impositivas de desinvestimentos não são frequentes no Brasil, sendo que raramente um ato de concentração sofre rejeição por parte do Cade. De acordo com dados fornecidos pela própria autarquia, entre os anos de 1994 e 2011, foram vetadas apenas oito operações, entre elas:

1. AC nº 6 de 1994 – Eternit S.A e Brasilit S.A: fusão para a criação da Eterbras Sul Ltda³⁴
2. AC nº 16 de 1994 – Grupo Gerdau (Siderúrgica Laisa S.A.) e Grupo Korf GmbH (Cia. Ciderúrgica Pains): aquisição da siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau³⁵.
3. AC nº 08012.001697/2002-89 de 2002 – Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A: aquisição da Chocolates Garoto S.A pela Nestlé do Brasil Ltda³⁶.

A escolha para analisar os casos Eternit/Brasilit e Gerdau/Pains deu-se porque ambos são simbólicos, estão em consonância com os objetivos do trabalho: trata-se das primeiras decisões de veto do Cade, daí a sua importância, pois servem para constatar o objeto de tutela das autoridades da concorrência nos primeiros momentos em que o direito concorrencial brasileiro consolidava o seu controle de estruturas. O caso Nestlé/Garoto foi escolhido por conta do seu caráter paradigmático, uma vez que envolveu a participação de diversos estudiosos da área com a elaboração de modelos de simulação destinados a auferir efeitos anticoncorrenciais da operação, permitindo-se, por analogia, atingir conclusões acerca da existência ou não de um conjunto estático de critérios de notificação prévia.

Algumas decisões da autarquia referentes ao setor bancário também foram estudadas. Nelas, as autoridades teceram grandes críticas ao setor bancário brasileiro em razão da sua alta concentração

³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração nº 6/1994. Brasília, DF, 1994. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJlTXxQMNoipTgFwPLudA4QORS5TzFo9y4QPFYHhFearuJhBYAxsI-jnMI3xEzhQ. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

³⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração nº 16/1994. Brasília, DF, 1994. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcSZgmRb2qbPz5zQDv9hxXm3Votpi6quqjzeUT-SdZXtc. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

³⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Brasília, DF, 2002. Relatório do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPbcTYODLodQJrHoem4COi5at7KHPCN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

nas mãos de poucos bancos, o que cria condições e facilita, enormemente, o exercício de poder de mercado com sua roupagem negativa, danosa. Nas decisões, os atos foram aprovados, mas as autoridades faziam questão de ressaltar a sua preocupação com a existência, apesar de não ilegal, dos monopólios. São elas:

1. AC nº 08012.011303/2008-96 de 2008 – Banco Itaú S.A e Unibanco S.A: contrato de associação por meio do qual as requerentes estipulam a unificação das operações relativas ao mercado bancário de ambas³⁷.
2. AC n. 08700.010790/2015-41 de 2015 – Banco Bradesco S.A. (Bradesco), HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo e HSBC Serviços e Participações Ltda. (HSBC): aquisição de 100% do capital social do HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo e do HSBC Serviços e Participações Ltda. pelo Banco Bradesco S.A.³⁸.
3. AC nº 08700.002792/2016-47 de 2016 – Banco Bradesco S.A, Banco do Brasil S.A, Banco Santander (Brasil) S.A, Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco S.A: criação de *joint-venture* para o desenvolvimento de um *bureau de crédito* (“Gestora de Inteligência de Crédito” ou “GIC”) entre Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Santander, Bradesco e Itaú Unibanco³⁹.
4. AC n. 08700.001642/2017-05 de 2017 – Itaú Unibanco Holding S.A. e Banco Citibank S.A: aquisição, pelo Itaú Unibanco Holding S.A., do negócio de varejo no Brasil do Banco Citibank S.A.⁴⁰.

Com o estudo dos supracitados atos de concentração, objetivou-se encontrar elementos comuns que o SBDC buscava tutelar na vigência dos antigos critérios de notificação obrigatória das operações; assim como observar se a mudança introduzida pela NLAB, por si só, seria determinante para provocar a abstenção do controle de concentração de poder de mercado em determinados setores da economia. Em síntese, buscou-se mensurar a relevância dos critérios de notificação previstos na lei antitruste quando da tomada de decisões por parte das autoridades.

De maneira geral, em todas as operações, verificou-se que os percentuais de participação de mercado gerados pela integração entre as empresas, em mercados relevantes específicos, situavam-se em elevados patamares. No entanto, em nenhum dos casos a análise dos potenciais efeitos anticompetitivos limitou-se ao crescimento do *market share* ou ao aumento dos índices de concentração de mercado. Isto é, esses fatores exerceram papel importante no alerta das autoridades, as quais, entretanto, não ficaram adstritas a esses aspectos, discutindo outras questões, como eficiências econômicas resultantes, possibilidade de elevação de preços e consequente desvantagem para os consumidores, bem como a existência de fortes barreiras à entrada de novos concorrentes.

37 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.011303/2008-96**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G.MH5w73G76ivrXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTffRn8_ywCudVigCNGrQiNgXFAcnSexfTBsxdHUJ_vOJexxiP085CuksK9PMQ9Wek7bpOdd. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

38 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZqZPtsFAPYq3m4WKaeotfydfAzypBbh3fdtte420KG. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

39 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZqZPtsFAPYq3m4WKaeotfydfAzypBbh3fdtte420KG. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

40 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOitMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZqZPtsFAPYq3m4WKaeotfydfAzypBbh3fdtte420KG. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

Na análise dos atos de concentração do setor bancário, o Cade, em regra, ponderou *market share* das requerentes – o qual foi mensurado minuciosamente –, probabilidade de poder de mercado e efeitos das operações notificadas. Caracterizou o setor bancário brasileiro como sendo um dos mais concentrados do mundo, de elevados níveis de lucratividade, de baixa eficiência, de baixo nível de competitividade.

No caso Eternit/Brasilit, o Cade utilizou como parâmetro para sua decisão as operações anteriores entre as mesmas partes em outras regiões do Brasil e que foram responsáveis pela elevação de preços. No caso Gerdau/Pains, foi constatado que o ato de concentração representava uma oportunidade de aumento de lucros para as requerentes, sem que tais benefícios fossem repartidos equitativamente com os consumidores, pois os preços praticados no Brasil eram muito superiores aos internacionais. Em Nestlé/Garoto, considerou-se a alta probabilidade de exercício unilateral de poder de mercado pela Nestlé após a operação, não se descartando a probabilidade do exercício coordenado de poder de mercado entre essa e a Lacta, uma vez que, para a segunda, seria muito mais satisfatório acompanhar aumentos de preços, em vez de adotar uma postura hostil contra a Nestlé. Refutou-se, assim, a capacidade de as concorrentes conterem os aumentos de preços da Nestlé, a qual também controlava as principais fontes de matéria-prima.

Em termos de controle estrutural, a análise das barreiras à entrada possibilita observar quais serão os possíveis efeitos resultantes da situação de mercado criada pelo ato de concentração, e como isso atingirá os concorrentes e os consumidores. Nesse contexto, um agente econômico pode criar restrições à livre iniciativa, com impossibilidade de entrada de concorrentes e, por consequência, pode exercer livremente suas condutas abusivas sobre os consumidores, sem qualquer chance de divisão de ganhos e eficiências com eles. Dessa forma, as barreiras à entrada tem efeito direto e intenso sobre os pontos de maior proteção e fundamento do direito concorrencial: a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 222-223).

No caso Itaú Unibanco/Citibank, o Cade demonstrou essa preocupação ao verificar que alguns fatores poderiam vir a configurar barreiras à entrada no setor bancário brasileiro: (i) custos irrecuperáveis; (ii) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; (iii) economias de escala e de escopo e (iv) barreiras legais e regulatórias. Consoante a autarquia, os custos irrecuperáveis no setor bancário estão relacionados, principalmente, aos investimentos iniciais em *marketing*, tecnologia – infraestrutura e desenvolvimento de sistemas – e formação de uma rede de distribuição que permita rivalizar no mercado; sendo a criação de uma ampla rede de agências bancárias essencial para a competitividade no setor e um dos mais importantes custos irrecuperáveis identificados. Observou-se que os cinco maiores bancos do país superam o número de agências dos concorrentes mais próximos, evidenciando como o desenvolvimento de uma rede capilarizada de agências pode constituir uma importante barreira à entrada no mercado.

No tocante à marca já consolidada no mercado entre os consumidores, esta torna mais difícil a migração para produtos, ainda que mais eficientes, de outra empresa com uma marca menos reconhecida. No setor bancário, a percepção do cliente sobre a solidez financeira do banco, para que resolva investir seu dinheiro, é determinante. Dessa forma, ao analisar referido ato de concentração, o Cade constatou que um entrante no mercado deve investir mais em *marketing* e publicidade para divulgar sua marca e se tornar competitivo, custos estes que geralmente se tornam irrecuperáveis. Ademais, quanto às economias de escala e escopo, entendeu que estas influenciam as condições de entrada, pois as empresas já constituídas possuem um custo médio mais baixo e são mais eficientes que as entrantes, as quais necessitam de um capital maior para o mesmo nível de produção.

Portanto, as empresas de maior porte conseguem valores mais atrativos aos consumidores, além de diversificar mais o seu portfólio, o que diminui o risco do banco e dilui os custos irrecuperáveis.

Por fim, as barreiras à entrada legais e regulatórias são exigências criadas pelo governo ou por agências reguladoras para a instalação e funcionamento de uma empresa. Via de regra, elas estabelecem um capital mínimo e normas que podem atrasar e dificultar a entrada de um novo *player* no setor.

No caso Brasilit/Eternit, a existência de barreiras à entrada decorrentes do monopólio das partes sobre a matéria-prima de fibrocimento e o gozo de eficiente rede de distribuição foram considerados fatores altamente capazes de eliminar toda a concorrência no mercado relevante de aços longos comuns na região Sul do Brasil, demonstrando que referidas barreiras funcionam como uma verdadeira previsão dos efeitos nefastos de determinado ato de concentração.

Em relação às eficiências econômicas, elas podem ser entendidas como melhorias ou ganhos de bem-estar econômico de longo prazo, resultantes do ato de concentração e que não poderiam ser obtidas de outra maneira pela sociedade. No caso Bradesco/HSBC, o Cade foi pouco tolerante com as eficiências alegadas pelas partes, atacando-as todas as vezes em que acreditou serem as mesmas meramente especulativas, não quantificáveis ou capazes de serem implementadas de formas alternativas, sem a necessidade da integração. Também julgou a quantidade de eficiências insuficiente para compensar provável elevação de preços.

No caso Bradesco/Banco do Brasil/Santander (Brasil)/Caixa Econômica Federal/Itaú Unibanco, as autoridades perceberam riscos de fechamento de mercado e incentivos para a discriminação dos concorrentes; e julgaram que a maioria das justificativas e das eficiências apresentadas pelas partes não eram consequências específicas da operação. No entanto, decidiram por aprovar a operação, embora com algumas restrições, pois vislumbraram efeitos líquidos positivos tanto para o mercado de serviços de informação de crédito quanto para o próprio mercado de crédito.

A avaliação das eficiências geradas pela operação não foi uma tarefa fácil para o órgão antitruste, especialmente no caso Nestlé/Garoto, no qual o SBDC esteve sujeito a muitas informações assimétricas. As requerentes mostraram convicção acerca dos ganhos de eficiência com a realização do ato e tentaram provar que isso seria suficiente para evitar um aumento de preços e, por extensão, prejuízos aos consumidores. O Cade, por sua vez, considerando o fato de que a adoção de certas eficiências como verdadeiras pode abrir espaço para o cometimento de arbitrariedades, decidiu por não se obrigar a reconhecer todos os benefícios alegados pelas partes.

O estudo dos casos permitiu concluir que a verificação concreta das eficiências alegadas nos atos de concentração é dificultosa, de modo que o SBDC tende a considerar as mais específicas e racionalmente comprovadas pelas partes, entre as quais estão: economias de escala, economias de escopo, introdução de novas tecnologias, processos produtivos mais eficientes. Apesar disso, o aspecto principal valorado pelo SBDC na análise antitruste, o parâmetro norteador de decisão em todos os casos é a distribuição equitativa das referidas eficiências entre os demais *players* e os consumidores. Referido entendimento de caráter “distributivo” encontra sustentáculo tanto na Lei nº 8.884/1994⁴¹ quanto na NLAB⁴², as quais demonstram que, no sistema antitruste brasileiro, para que haja uma decisão favorável, as eficiências meramente associadas ao mercado devem caminhar juntas com a aptidão que a operação analisada possui de repartir os ganhos dela provenientes com a sociedade em geral.

41 Art. 54. § 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

42 Art. 88. § 6º Os atos a que se refere o § 50 deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes (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 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018).

Nas decisões, o Cade demonstrou que se enumeram diversos fatores componentes da análise da limitação da concorrência quando se tratam de atos de concentração. Pôde-se notar que não existe uma regra bem acentuada capaz de definir se uma operação é ou não substancialmente limitadora da concorrência, devendo os critérios ser aplicados com os devidos valores que cada caso concreto exige. No caso Nestlé-Garoto, por exemplo, os modelos de simulação apresentados pelas partes foram inconclusivos no sentido de comprovar a existência ou não de rivalidade no mercado relevante da operação, capaz de afastar ou diminuir a existência de poder de mercado resultante.

A justificativa para a insuficiência dos referidos modelos, de acordo com Guerriero (2008, p. 56 e 61), está no caráter estático destes, isto é, incapaz de apreender o dinamismo resultante do ato de concentração. Dessa forma, os modelos apresentados no caso, os quais buscavam representar o funcionamento do mercado antes e após a fusão, mostraram-se limitados, pois envolviam a adoção de premissas e conclusões em forma de arranjos rígidos. As requerentes defendiam, por meio das suas simulações, as significativas eficiências resultantes do ato de concentração, ao passo que as impugnantes, atacando a fraqueza das premissas adotadas pelas partes para atingirem suas conclusões, demonstravam que uma simples mudança de parâmetro gerava resultados opostos, ou seja, negativos para o mercado. Tal constatação pode ser aplicada, por analogia, ao conjunto estático de critérios de notificação estabelecidos pela Lei Antitruste, permitindo-se concluir que a aferição de efeitos anticoncorrenciais da operação por meio deles demonstra fragilidade.

Nessa orientação, Salomão Filho (2013, p. 215-216) afirma que a avaliação do critério de participação de mercado deve variar de acordo com cada estrutura específica de mercado. Assim, caso o ato de concentração seja capaz de intensificar uma situação de oligopólio⁴³, o percentual de *market share* ganha maior preocupação e intransigência. Tal aspecto foi observado pelo Cade no caso Gerdau-Pains, no qual o mercado relevante de aços longos comuns antes da operação era um oligopólio em que as três maiores empresas do ramo – dentre elas o Grupo comprador Gerdau – detinham mais de 70% da oferta do produto no Brasil.

Na mesma linha de raciocínio, prossegue o autor afirmando que o exame da participação de mercado resultante da operação deve ser feito com base na existência de barreiras à entrada, pois estas teriam a maior aptidão para concretizar qualquer ilicitude concorrencial, uma vez que eliminam concorrentes potenciais. Mais uma vez, referido entendimento pôde ser constatado nas decisões de veto do Conselho, o qual concedeu grande importância à presença das barreiras como forma substancial de limitação da concorrência.

Por meio do exame das decisões de veto, constatou-se que a análise antitruste, no que diz respeito ao controle estrutural, vai muito além dos meros critérios de notificação obrigatória, não sendo eles os únicos ou principais elementos determinantes na tomada de decisões por parte das autoridades da concorrência. A íntima relação entre poder de mercado e participação de mercado, juntamente com expressivo faturamento dos agentes econômicos existe porque, como visto anteriormente, em muitos contextos mercadológicos, quanto maior o *market share* e a significância econômica da empresa em termos de faturamento, maiores as chances de adoção de condutas e estratégias comerciais que lhes possam proporcionar lucros excessivos, tais como o aumento dos preços de venda, a redução na qualidade e na quantidade ofertada, a elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes e a diminuição dos ganhos do consumidor.

43 “Assim, uma concentração numericamente pouco expressiva [...] pode representar grande perigo para o mercado. Nesses casos a concentração serve para aumentar o poder do grupo oligopolista como um todo. Por isso, em presença de suficiente evidência de existência de oligopólio (ou seja, dados estruturais somados a indícios de comportamento paralelo intencional no passado), a concentração deve ser avaliada levando em consideração a participação no mercado dos oligopolistas como um todo” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 201).

Em síntese, um elevado *market share* resultante da operação e um expressivo faturamento econômico dos *players* envolvidos alertam para maiores chances de adoção de comportamentos unilaterais, indiferentes aos outros agentes, ao mercado e aos consumidores. É com base nesse entendimento que as concentrações econômicas ganham especial atenção, pois nesses casos o aumento dos índices de participação de mercado é acompanhado de uma redução do número de competidores, fato este que facilita a oligopolização e as condutas ajustadas, combinadas. No entanto, nenhuma dessas presunções podem ser tomadas como absolutas sem um acurado exame do caso concreto.

A análise dos atos de concentração pelo Cade não deve ser uma aplicação mecânica de uma determinação legal baseada em presunções rígidas, critérios estanques ou fórmulas numéricas. O exame antitruste no tocante ao controle estrutural deve ser feito de maneira razoável e flexível, casuisticamente, reconhecendo a ampla gama de possíveis contextos fáticos e efeitos concorrenciais específicos que podem surgir em diferentes operações. De acordo com as principais recomendações internacionais, os critérios de notificação obrigatória estabelecidos em lei podem demonstrar a necessidade de intervenção somente quando se comprovar, por meio de um considerável suporte probatório, que qualquer futuro efeito anticompetitivo é atribuído à própria concentração, e não a outro fator⁴⁴.

Portanto, as autoridades devem procurar provas mais diretas sobre os possíveis efeitos competitivos, ou seja, além do sinal de alerta emitido pelos critérios de notificação. Assim, a importância das participações de mercado, as medidas de concentração e o faturamento das partes envolvidas são específicos de cada contexto analítico apresentado em cada investigação. Estes não são determinantes por si só dos possíveis problemas concorrenciais, já que podem subestimar ou superestimar a futura importância da competitividade de uma empresa ou o impacto de uma concentração.

Conclusões

A partir da referida pesquisa, constatou-se que as autoridades não tomam decisões para prevenir ou remediar um ato de concentração, sob fundamento único baseado em índices de participação de mercado, de concentração e faturamento bruto. Não atingem, de maneira automática, a conclusão definitiva de que uma operação é anticompetitiva e nociva à sociedade porque aumenta a concentração de mercado ou produz elevados índices de *market share*. Os casos estudados demonstraram que uma análise detalhada de outros fatores de mercado e de condutas unilaterais ou coordenadas deve ser sempre requerida antes que qualquer afirmação permanente sobre os prováveis efeitos de um ato possa ser feita.

A modificação dos critérios de notificação trazidos pela NLAB pode ser encarada como uma forma de enrijecimento dos filtros de controle estrutural, de sorte a conseguir restringir os casos de obrigatoriedade de submissão e de autorização administrativa a operações e atos mais relevantes economicamente, tendo em vista a grande quantidade de recursos e esforços despendidos pelo SBDC, ao longo dos anos de vigência da Lei nº 8.884/1994, em operações irrelevantes em termos concorrenciais.

Diante da complexidade da análise realizada pelo Cade para tomar suas decisões interventivas, levando-se em conta infinitos aspectos da estrutura de mercado, a afirmativa, segundo a qual a

⁴⁴ INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). *Relatório. Práticas recomendáveis por la RICE para el análisis de concentraciones económicas*. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc951.pdf>. Acesso em: 20 de mar. de 2018.

eliminação do critério de participação de mercado e a elevação do duplo critério de faturamento podem conduzir à abstenção do controle de concentração de poder de mercado em alguns setores da economia deve ser feita com intensas ponderações. A situação excepcional de controle diferido que deriva da faculdade de o Cade requerer a submissão de atos de concentração que, de acordo com os requisitos legais, não teriam que ser notificados, reforça essa necessidade de cautela. A própria legislação reconhece a natural ausência de operacionalidade impecável dos seus filtros e tenta – apesar das possíveis críticas tecidas a essa prerrogativa concedida ao administrador – impedir que atos danosos ao bom funcionamento do mercado e ao bem-estar da sociedade sejam afastados da jurisdição do SBDC.

Com relação aos bens tutelados que poderiam deixar de ser em razão das mudanças introduzidas, pode-se afirmar que livre concorrência, livre iniciativa e proteção dos consumidores são os valores supremos protegidos pela Lei nº 8.884/1994 e pela NLAB, enfim por todo o Direito Concorrencial. A legislação antitruste emerge como uma garantia para assegurar a todos aqueles que queiram investir em determinado mercado o direito de fazê-lo. No entanto, as integrações que ocorrem no mercado devem buscar eficiências, entendidas como benéficas para a lucratividade dos agentes econômicos, mas também para o mercado como um todo e, principalmente, para os consumidores.

Consoante Salomão Filho (2013, p. 62), o Direito Concorrencial ou Antitruste, em seu aspecto institucional, visa, essencialmente, garantir que a concorrência exista de fato, não sendo substituída por relações de poder e submissão, bem como que o relacionamento entre os agentes econômicos se dê de forma leal. Em síntese, pretende assegurar a defesa da concorrência, isto é, que os *players* descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada. Nesse contexto, importa mencionar a íntima relação entre a garantia da livre concorrência e a defesa do consumidor: ao defender a livre concorrência, baseada na lealdade e nas condutas lícitas dos agentes, conquista-se o bem-estar econômico e social do consumidor, o qual se beneficia de produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais baixos.

Assim, além de reprimir determinadas condutas praticadas por quem detenha poder de mercado, a lei previne, por meio do controle estrutural, a formação de estruturas de mercado que têm a potencialidade de prejudicar a concorrência e a sociedade como um todo. Os novos critérios de notificação não surgiram para alterar os objetivos, os destinatários, as direções políticas da antiga legislação, representando apenas uma tentativa de harmonização do Direito Antitruste Brasileiro às melhores recomendações internacionais acerca da temática, bem como aos mais desenvolvidos sistemas jurídicos de outros países, com tradição na área. Ademais, vale reiterar que a análise da limitação da concorrência pelos atos de concentração é casuística, complexa e implica diversos outros fatores que não apenas os critérios de notificação obrigatória, não sendo possível afirmar veementemente que as modificações na incidência da legislação serão capazes de ensejar a falta de proteção jurídica a alguns casos.

Deve-se considerar que a obrigação de notificar recai sobre operações que abarcam uma ampla variedade de possíveis efeitos sobre a concorrência, não existindo um conjunto de requisitos de notificação prévia que resulte perfeito para todas as operações. Com o objetivo de permitir que as autoridades da concorrência cumpram com sua função sem impor encargos desnecessários às partes, como possível solução as jurisdições podem estabelecer mecanismos que possibilitem certa flexibilidade no conteúdo da notificação inicial – por exemplo, formatos de notificação alternativos em razão da complexidade demandada na análise de cada operação – bem como o dever de prestar informações adicionais durante a fase inicial de análise.

As autoridades também podem solicitar às partes que forneçam informações calcadas em parâmetros técnicos desenvolvidos pelo próprio SBDC para comprovar que a operação notificada

não causa problemas em matéria concorrencial; ao mesmo tempo em que devem ter em conta a possibilidade de conceder consultas prévias à notificação com o objetivo de aconselhar as partes se o ato de concentração deve realmente ser notificado e indicar a elas qual tipo de informação deverá estar presente na notificação.

Finalmente, jamais se pode ignorar que o estudo dos atos de concentração é algo frágil e complexo, uma vez que das autoridades da concorrência é exigida a adoção de uma atitude preventiva sobre um futuro mercado resultante da operação, a fim de que esta possa ser autorizada ou vetada. A busca de certezas em relação a resultados futuros, utilizando como parâmetro condições atuais de um mercado, revela que a atividade do SBDC está sujeita a uma série de limitações e obstáculos a serem constantemente superados.

Referências

BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

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 [...] e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 5 de abr. de 2018.

BRASIL. **Portaria Interministerial do Ministro da Justiça e do Ministro da Fazenda nº 994,** de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 5 de abr. de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.937, de 7 de julho de 2004.** Comissão Especial de Defesa da Concorrência destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 3.937, de 2004, do senhor Carlos Eduardo Cadoca, que “altera a Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências”. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=518696&filename=Tramitacao-PL+3937/2004. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 6/1994.** Brasília, DF, 1994. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfjITXxQMNoipTgFwPLudA4QORS5TzFo9y4QPFYHhFearuJhBYAxsI-jnMI3xEzhQ. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 16/1994**. Brasília, DF, 1994. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSZgmRb2qbPz5zQDv9hxXm3Votpi6quqjzeUT-SdZXtc. Acesso em: 25 de julho de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89**. Brasília, DF, 2002. Relatório do Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTYODLodQJrHoem4COi5at7KHpCN-QV4eAxdRT24wf8S. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08012.011303/2008-96**. Brasília, DF, 2008. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudVigCNGrQiNgXFACnSexfTBsxdHUIJ_vOJetxiP085CuksK9PMQ9Wek7bpOdd. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg62eRbXjMmNtsZTvuw5PSqJpM2wYBvQohl4cOJjWO6. Acesso em 25 de julho de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZqZPtsFAPYq3m4WKaeotfydfAzypBbh3fdtte420KG. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Ato de Concentração nº 08700.001642/2017-05**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?oc62g277GvPsZDAxAOItMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUuo8mg6wxLtoJzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTdpU3M3hVIY_XnkycHwMlGq9JEU-b3O6oy4hpQTiqgU. Acesso em: 25 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Balanco de Gestão Superintendência-Geral 2014 a 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/servicos/imprensa/balancos-e-apresentacoes/balanco-mandato-sg-2014-2017.pdf/view>. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Memorando de entendimentos Cade – Bacen**. Brasília, 2018. Disponível em: http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Relatório de Gestão de 2012**. Brasília, 2013. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/2012/relatorio-de-gestao-de-2012_cade_versao-final.pdf/view. Acesso em: 24 de jul. de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Súmula nº 1**. Publicada no Diário Oficial da União de 18/10/2005 n. 200, Seção 1, p. 49. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1629f90fe63cd052a491a3b48c>. Acesso em: 8 de abr. de 2018.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento nº 139**, de 20 de janeiro de 2004. Sobre o controle das concentrações entre empresas. “Regulamento Comunitário de Concentrações”. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius M.; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo C. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. 1 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GIANNINI, Adriana Franco *et al.* **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Método, 2012.

GUERRIERO, IAN RAMALHO. **Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto**. In: III Prêmio SEAE – Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica, 2008.

INTERNACIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). Relatório. **Prácticas recomendables por la RICE para el análisis de concentraciones económicas**. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc951.pdf> . Acesso em: 20 de mar. de 2018.

MARCHI, Eduardo C. Silveira. **Guia de Metodologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Ana Paula. **Controle de concentrações econômicas por países em desenvolvimento: uma contribuição jurídica à análise de custo-benefício**. 2008. Dissertação de Mestrado em Direito – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Relatório. **Brazil: Competition Law and Policy in 2000**. Disponível em: <http://www.oecd.org/brazil/39553616.pdf>. Acesso em: 6 de abr. de 2018.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira**. São Paulo: Forense, 2012.