

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

LEONARDO ENRICO MARCHIORO MENDES

**ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA:
UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS E OBJETIVOS DO
ANTITRUSTE NO “TRIBUNAL BARRETO”**

*THE REGULATORY STATE AND COMPETITION POLICY: AN ANALYSIS OF THE CRITERIA AND
GOALS OF ANTITRUST IN THE “BARRETO COURT”*

Brasília
2021

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA:
UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS E OBJETIVOS DO
ANTITRUSTE NO “TRIBUNAL BARRETO”**

Autor: Leonardo Enrico Marchioro Mendes

Orientador: Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Brasília, 01 de maio de 2021.

FOLHA DE APROVAÇÃO

LEONARDO ENRICO MARCHIORO MENDES

ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DOS CRITÉRIOS E OBJETIVOS DO ANTITRUSTE NO “TRIBUNAL BARRETO”

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Aprovada em: ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Iorio Aranha
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Membro Examinador)

Prof. Me. Francisco Ribeiro Todorov
(Membro Examinador)

Prof. Me. Fernando Barbelli Feitosa
(Membro Suplente)

AGRADECIMENTOS

Esta página não será suficiente para que eu expresse minha gratidão por todos aqueles que, de uma forma ou de outra, cruzaram o meu caminho e me ajudaram a ser uma pessoa melhor e um estudante mais competente. Desde já, agradeço de coração todos vocês. Meus agradecimentos individuais vão para aqueles que estão comigo desde o começo de minha vida e para os que me ajudaram nos passos finais de minha caminhada até aqui.

Em primeiro lugar, agradeço aos meus pais, pela presença e apoio em cada um dos pequenos e grandes momentos da vida. À Wanda, minha mãe, pelo perene esforço em me oferecer o que há de melhor neste mundo e pelo amor que me ampara e conforta desde o dia em que nasci. Ao Renato, meu padrasto, por ter entrado em minha vida para se tornar o meu segundo pai, que me orientou nas mais difíceis decisões e me incentivou em cada palavra e gesto. Ao Luiz Antônio, meu primeiro pai, que se aqui estivesse, comemoraria esta conquista ao meu lado.

À Yasmin, minha irmã, e ao Jeizon, por me acolherem nos momentos de dificuldade e por me proporcionarem as mais ricas conversas que já tive. Ambos são fontes de inspiração nos mais variados âmbitos de minha existência.

Ao Professor Márcio Iorio, meu orientador, que se mostrou solícito e atencioso desde o meu primeiro contato. Sou grato por cada uma de suas dicas e correções, sem as quais este trabalho não estaria completo.

Aos professores Othon de Azevedo Lopes, Francisco Ribeiro Todorov e Fernando Barbelli Feitosa, por aceitarem meu convite para compor a Banca Examinadora deste trabalho. Será uma honra.

Aos demais professores da Faculdade de Direito da UnB, responsáveis em grande medida pelos meus aprendizados ao longo dos últimos 5 anos. Este trabalho é resultado do trabalho de cada um deles.

Aos meus amigos mais próximos em tempos de pandemia, em especial Filipe, Gabriel, André, Rayone, Pedro e Rayssa, por me ajudarem a superar esse momento

sombrio com alegria e companheirismo. Vocês são minha válvula de escape nos momentos de maior estresse.

Aos demais amigos e colegas da Faculdade de Direito, que não encontro há um bom tempo, mas que sempre levarei em minhas lembranças. Conheci pessoas maravilhosas no Centro Acadêmico, na Atlética Olímpica, na Advocata e na minha própria turma.

À Natália, por todo o apoio e carinho durante o processo de escrita deste trabalho. Sua energia é, sem dúvida, contagiante.

Por fim, à UnB, minha segunda casa, pelos vários anos de acolhimento. São poucas as universidades com uma história tão rica e inspiradora como ela. Pude percorrer quase todos os seus cantos e, ainda hoje, me surpreendo com sua beleza. Tenho enorme orgulho de dizer que deixei minha marca na Universidade de Brasília.

“A Society can be Pareto optimal and still perfectly disgusting.”

Amartya Sen

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

MENDES, L. E. M. (2021). Estado Regulador e Regulação da Concorrência: uma análise dos critérios e objetivos do antitruste no “Tribunal Barreto”. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 85 p.

FICHA CATALOGRÁFICA

Me Marchioro Mendes, Leonardo Enrico
 ESTADO REGULADOR E REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA: UMA
 ANÁLISE DOS CRITÉRIOS E OBJETIVOS DO ANTITRUSTE NO “TRIBUNAL
 BARRETO” / Leonardo Enrico Marchioro Mendes; orientador
 Marcio Iorio Aranha. -- Brasília, 2021.
 85 p.

 Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
 Brasília, 2021.

 1. . I. Iorio Aranha, Marcio , orient. II. Título.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar decisões de mérito do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) durante o mandato do presidente Alexandre Barreto (2017-2021), por meio da identificação dos fundamentos decisórios (*ratio decidendi*) presentes nos votos vencedores, para então inferir quais critérios e objetivos têm guiado o CADE na prática. Partiu-se do paradigma do Estado Regulador e da Teoria Institucional da Regulação para observar o direito da concorrência como uma espécie de regulação de caráter geral e cuja razão de ser é a proteção de direitos fundamentais. Além da busca pelos critérios e objetivos da autoridade brasileira de defesa da concorrência, foi também testada a hipótese de que a fundamentação dos votos do CADE se afasta de argumentos de natureza constitucional e de uma racionalidade tipicamente jurídica. Ao final da análise, a hipótese foi confirmada, haja vista que a racionalidade dos votos se mostrou eminentemente econômica e dissociada de métodos jurídicos tradicionais. Os critérios de natureza estrutural, associados às premissas da Escola de Harvard, foram os que se mostram mais relevantes nas fundamentações do CADE, o que vai de encontro com a crença difundida na doutrina antitruste de que os pressupostos da Escola de Chicago seriam os mais influentes na prática. Por fim, apenas um objetivo imediato pôde ser inferido, a dizer, o de “proteção à concorrência”, considerada a concorrência em seu sentido econômico. Outros potenciais objetivos, como o “bem-estar do consumidor”, não parecem refletidos nas fundamentações e somente poderiam ser vistos como objetivos mediatos da defesa da concorrência.

Palavras-chaves: Direito da Concorrência, Antitruste, Regulação, Estado Regulador, CADE, objetivos, critérios.

ABSTRACT

This study aims at analyzing merit decisions from the Court of the Administrative Council of Economic Defense (CADE) delivered during Alexandre Barreto's term of office as president (2017-2021), by identifying the ratio decidendi of the winning votes, to infer which criteria and objectives are guiding the Court in practice. Through the lens of the Regulatory State paradigm and the Institutional Theory of regulation, the antitrust was considered to be a kind of general regulation whose reason of being is the protection of fundamental rights. Besides the search for the criteria and objectives of the competition authority, it was tested the hypothesis that the ratio of CADE's decisions is far from constitutional principles and legal reasoning. At the end, the hypothesis was confirmed, as the observed reasoning was mainly economic in nature and could not be associated with any traditional legal method. The structural criteria, related to Harvard School, were the most significant in CADE's reasoning, what goes against the widespread belief in literature that the Chicago School is the most influent in current competition policy. Finally, only one immediate objective could be inferred: the "protection of competition", considered in the economic sense. Other potential objectives, as the consumer welfare, are not reflected in the ratio decidendi of the votes and could only be considered a mediate objective of competition policy.

Keywords: Competition policy, Antitrust, Regulation, Regulatory State, CADE, objectives, criteria.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	– Organograma das Teorias da Regulação	
	21
Figura 2	– Teorias Jurídicas Materiais da regulação.....	24

LISTA DE TABELAS

Tabela 1	– Casos mais relevantes em ACs.....	39
Tabela 2	– Casos mais relevantes em Condutas Unilaterais.....	42

LISTA DE ACRÔNIMOS

CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SG	Superintendência Geral

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. ESTADO REGULADOR, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA	4
2.1. Breve contextualização histórica.....	4
2.2. Paradigmas Jurídicos de Estado.....	6
2.3. Estado Regulador.....	8
2.4. Regulação.....	12
2.5. Regulação da Concorrência.....	14
3. TEORIA JURÍDICA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO	17
3.1. Teorias da Regulação.....	17
3.2. Teoria Jurídica da Regulação.....	18
3.3. Teoria Jurídica Material da Regulação.....	21
3.4. Teoria Jurídica Institucional da Regulação.....	24
4. REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA	27
4.1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011).....	28
4.2. Evolução da teoria antitruste nos EUA e implicações no Brasil.....	30
4.3. O debate acadêmico acerca dos objetivos da regulação da concorrência.....	33
5. ANÁLISE DE DECISÕES DO CADE: O “TRIBUNAL BARRETO”	37
5.1. Metodologia.....	37
5.2. Resultados em Atos de Concentração.....	39
5.3. Resultados em Condutas Unilaterais.....	42
5.4. Discussão.....	46
6. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55
APÊNDICE A	59
APÊNDICE B	67

1. INTRODUÇÃO

Há quem diga que estamos vivendo uma nova “*Gilded Age*”, termo cunhado para representar o período entre 1870 e 1900 na história dos Estados Unidos, no qual a concentração de riqueza atingiu patamares muito altos e grandes corporações – muitas delas monopolistas – se formaram (SAWYER e HOVENKAMP, 2019, p. 659). Foi na *Gilded Age* que os Estados Unidos promulgaram o *Sherman Act*. Tanto o atual retorno a elevados níveis de desigualdade, quanto a crescente concentração de *market share* na maioria dos mercados, são motivos para o *déjà-vu* (PHILIPPON, 2019, p. 46-47). Nesse contexto de preocupações quanto à estabilidade dos valores democráticos e da própria sociedade complexa e multicêntrica, a regulação exsurge como importante tecnologia social para enfrentamento das disfuncionalidades sistêmicas.

O direito da concorrência pode ser entendido como uma espécie de regulação, porém, a literatura antitruste pouco conversa com estudos desenvolvidos no âmbito do direito regulatório. Se por um lado a proximidade com a economia antitruste parece afastar a regulação da concorrência da linguagem jurídica do direito público e do constitucionalismo, por outro lado o desenvolvimento histórico do antitruste ocorreu de forma apartada do desenvolvimento da regulação setorial (FORGIONI, 2012). Neste trabalho, faz-se uso de elementos teóricos do direito regulatório na análise da prática institucional do direito da concorrência, numa tentativa de aproximar as duas espécies de regulação.

Em certa medida, pode-se afirmar que o direito da concorrência enfrenta uma “crise”. Pesquisadores da área encontram-se divididos entre os que defendem um antitruste mais restrito, voltado à maximização do bem-estar do consumidor – nos termos da teoria microeconômica –, e aqueles que enxergam finalidades mais amplas na regulação da concorrência, vulgarmente denominados “Hipsters” (JASPER, 2019, p. 6-7). Essa “crise” reflete uma falta de consenso quanto aos critérios e objetivos que deveriam guiar a regulação da concorrência. Não há dúvida de que esse debate acerca dos objetivos do antitruste adentra em dimensão eminentemente prescritiva, em que cada autor defende, fazendo referência à Constituição ou alguma outra fonte normativa, quais seriam as finalidades do antitruste. Seria preferível, no entanto, que essa discussão em nível prescritivo fosse anteriormente informada por estudos descritivos de quais critérios e objetivos têm efetivamente sido privilegiados pelas autoridades de defesa da concorrência. É exatamente esse tipo de estudo que se pretende realizar aqui.

Observada a regulação como um processo jurídico-institucional de preservação da dicção funcional do direito, parte-se de uma teoria institucional da regulação - pano de fundo teórico - para posicionar a razão de ser da regulação da concorrência na promoção e proteção de direitos fundamentais e então observar empiricamente a atuação da autoridade brasileira de defesa da concorrência. Mais precisamente, serão analisadas as decisões de mérito do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) durante o mandato do presidente Alexandre Barreto (2017-2021), à luz da Teoria Institucional da Regulação enquanto teoria da regulação *de direito* (ARANHA, 2019, p. 97-99). A análise se restringirá ao controle de estruturas e às condutas unilaterais, tópicos do antitruste que costumam produzir maiores controvérsias na doutrina. O principal objetivo é descrever os fundamentos decisórios (*ratio decidendi*) presentes nos votos vencedores dos processos e então inferir quais critérios e objetivos têm guiado o CADE em suas decisões mais recentes.

No sentido de testar o que dizem os defensores da constitucionalização do direito da concorrência, convém investigar se argumentos relativos a direitos fundamentais ou princípios da ordem econômica constitucional costumam, de alguma maneira, embasar decisões do CADE. A hipótese aqui presente é a de que a fundamentação dos votos do CADE se encontra distante de argumentos de ordem constitucional e, em certa medida, de uma racionalidade tipicamente jurídica. Em outras palavras, parte-se da hipótese de que o tribunal do CADE tem se orientado por critérios decisórios eminentemente econômicos e não jurídicos.

Não serão utilizadas teorias da regulação externas ao direito, tais como as teorias de interesse público e de interesse privado germinadas no âmbito da economia. Essas teorias são predominantemente descritivas e desconsideram a racionalidade jurídica por trás da regulação da concorrência, distanciando-a de princípios do direito público ou constitucionais. Vale dizer ainda que este trabalho não adentra todas as perspectivas regulação. Dado que já existem trabalhos que aplicam teorias da regulação de caráter processual à lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência) (RODRIGUES, 2015), a faceta processual da regulação não será aprofundada.

Serão ao todo quatro capítulos. No primeiro, será realizada uma breve exposição histórica do desenvolvimento das espécies de regulação e serão estabelecidos os pressupostos conceituais e teóricos que balizarão os demais capítulos. Dentre os pressupostos, estão o paradigma do Estado Regulador e o significado de regulação a ele

vinculado. Além disso, será feita uma comparação entre a regulação setorial e a regulação da concorrência a fim de elucidar pontos de convergência e divergência entre elas.

No segundo capítulo, serão apresentadas brevemente as teorias da regulação e, em especial, a teoria institucional da regulação, marco teórico do trabalho. Nessa etapa, também serão expostas as teorias de dois importantes autores – Stewart e Sunstein – que se debruçam sobre o conteúdo e as finalidades da regulação. O foco, no terceiro capítulo, é transferido para a regulação da concorrência, sendo examinadas a legislação antitruste brasileira e as escolas do antitruste americano – Harvard e Chicago. O estudo dessas escolas se deve à influência que elas exercem sobre a doutrina e a prática antitruste brasileiras. Ao final do capítulo, será sintetizado o frequente debate entre acadêmicos acerca dos objetivos do direito da concorrência, debate esse que servirá de pano de fundo para a análise empírica subsequente.

É no quarto e último capítulo que serão analisados os fundamentos constantes nas decisões do Tribunal do CADE proferidas durante a presidência de Alexandre Barreto. Desses fundamentos, serão inferidos os critérios mais relevantes para o resultado dos casos e também os objetivos que têm sido privilegiados pelo Tribunal. Além dos critérios e objetivos da regulação da concorrência, também será possível testar a hipótese de que a fundamentação dos votos não se guia por uma racionalidade tipicamente jurídica e não inclui argumentos de cunho constitucional. Espera-se que os resultados obtidos possam preencher, em parte, a lacuna da literatura antitruste quanto a estudos empíricos dos atos de autoridades de defesa da concorrência.

2. ESTADO REGULADOR, REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

2.1. Breve contextualização histórica

Nas primeiras décadas após a Segunda Guerra Mundial, o ocidente presenciou uma hipertrofia das compensações do Estado aos indivíduos, especialmente na forma de intervenções diretas na atividade econômica via prestação de serviços. Nos Estados Unidos, o *New Deal* marcou o auge de políticas econômicas inspiradas nas proposições de John Keynes, segundo as quais o Estado deveria agir ativamente para influenciar indicadores macroeconômicos e para reverter crises cíclicas inerentes ao capitalismo (YEUNG, 2010, p. 2). Essa postura ativa do Estado no domínio econômico persistiu desde o *New Deal* e foi inclusive importante para o desempenho norte-americano na guerra subsequente. Do outro lado do Atlântico, a Europa vivenciou uma reconstrução com intensa participação estatal, inclusive sendo de empresas estatais a responsabilidade pelo provimento de várias utilidades públicas (MAJONE, 1994, p. 78). No Brasil, a participação direta do Estado no domínio econômico foi perceptível desde o governo Vargas, em que foram criadas empresas estatais como a Companhia Vale do Rio Doce e a Companhia Siderúrgica Nacional.

A esse modelo de Estado que visa compensar, como prestador de utilidades públicas, desigualdades materiais inerentes ao capitalismo, deu-se o nome de Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Já no final da década de 1970, o Estado de Bem-Estar Social entrou em declínio. A insatisfação com a qualidade dos serviços estatais, o crescimento dos déficits fiscais resultantes dos gastos do governo e a intensa burocratização de áreas antes alheias à burocracia estatal são alguns dos motivos que conduziram à queda deste modelo de Estado nos países ocidentais (LOPES, 2018, p. 94).

Privatizações de serviços públicos foram muito comuns na Europa, a partir da década de 1980, e no Brasil a partir da década de 1990. Um lugar comum na literatura sobre regulação é a associação dos governos de Ronald Reagan, nos EUA, e de Margaret Thatcher, no Reino Unido, ao movimento pela privatização de mercados antes alheios à iniciativa privada (LOPES, 2018, p. 158). Essa onda de liberalização dos mercados foi acompanhada de um clamor por regulação, pois era notório que o mercado deveria ser fiscalizado e guiado pelo Estado de forma que os serviços essenciais fossem devidamente fornecidos à população (MAJONE, 1994, p. 80). As privatizações,

portanto, significaram uma mudança nas funções do Estado e não uma redução de tamanho ou força.

A forma institucional utilizada para regular os mercados recém privatizados foi, na maioria dos casos, a de agências reguladoras independentes e especializadas em determinado setor da economia. Elas são chamadas de independentes por não estarem hierarquicamente vinculadas ao poder executivo ou a comandos políticos diretos. A criação de agências reguladoras, nas duas últimas décadas do século XX, representou uma novidade em muitos países europeus e no Brasil, mas nos Estados Unidos elas já existem desde o fim do século XIX (MORAN, 2002, p. 392). Este modelo de intervenção do Estado na economia costuma ser objeto de estudo do Direito Regulatório Setorial.

Outra forma de intervenção do Estado na economia é o Direito da Concorrência ou Direito Antitruste. Assim como as agências reguladoras, o antitruste surgiu no final do século XIX nos Estados Unidos, período da história regulatória dos Estados Unidos que recebe o nome de *Progressive Era*. Este período é caracterizado por preocupações quanto ao abuso do poder econômico por parte de grandes corporações, sendo a *Standard Oil* a mais famosa delas (WU, 2018, p. 16). O primeiro diploma normativo destinado a limitar o exercício do poder econômico e proteger a concorrência foi o *Sherman Act*, promulgado em 1890. A legislação antitruste dos EUA, portanto, está em vigor há mais de 130 anos.

Na Europa, à exceção da Alemanha, que criou sua legislação antitruste alguns anos antes, o direito da concorrência só foi estabelecido na década de 1960 (MAJONE, 1999, p. 2). Já no Brasil, foi apenas na década de 1990 que a legislação antitruste, existente de modo substancial e sistemático desde 1962, começou a ser aplicada significativamente (TODOROV e FILHO, 2012, p. 234). A importância desses marcos temporais reside no fato de que preocupações sociais e concepções dominantes a respeito das funções do Estado oscilam no decorrer da história e influenciam a interpretação que é dada às normas jurídicas.

Esta breve exposição histórica também é necessária para que seja possível traçar um paralelo entre o Direito Regulatório Setorial e o Direito da Concorrência, ambos ramos do Direito Regulatório em sentido amplo. Pode-se dizer, em síntese, que enquanto o direito regulatório setorial trata da regulação de setores específicos da economia, o direito antitruste trata da regulação de condutas empresariais – em qualquer

mercado ou setor - atentatórias à livre concorrência. As diferenças e sobreposições entre esses ramos do direito serão retomadas ao final deste capítulo.

Atualmente, um fenômeno que levanta dúvidas quanto à efetividade do Direito da Concorrência é a crescente concentração de poder econômico na maioria dos setores da economia (PHILIPPON, 2019, p. 60). Este fenômeno já está claro nos Estados Unidos e parece também ser uma tendência no Brasil. A globalização pode ser citada como uma das causas, haja vista que o estímulo à competição em nível internacional pode conduzir à monopolização do mercado interno. Outra causa é a proliferação de grandes empresas de tecnologia – *Big Tech* - que, por conta dos efeitos de rede inerentes ao produto que ofertam, também tendem a concentrar poder de mercado. Entretanto, quaisquer que sejam as causas da concentração econômica dos mercados, caberá ao Estado, por meio da regulação, a responsabilidade de reduzir os eventuais danos de grandes corporações aos cidadãos, aos concorrentes e à própria democracia.

2.2. Paradigmas Jurídicos de Estado

Em uma dimensão teórica e sistêmica, a sociedade complexa e multicêntrica de hoje pode ser compreendida como a composição de diferentes subsistemas sociais, entre eles o direito, a economia e a política, todos coexistindo em uma constante tensão oriunda das diferenças de código e função entre os sistemas. Um evento ocorrido no ambiente social, ao ser assimilado pelos sistemas sociais, estimula em cada um deles uma resposta específica. Para que um sistema exerça sua função, é necessário que haja um fechamento operacional que lhe confira autonomia. Além disso, o sistema deve apresentar uma abertura cognitiva frente ao ambiente e aos demais sistemas, de modo a receber os influxos a partir dos quais produzirá seus resultados (LUHMANN, 2016).

Nessa dinâmica intersistêmica, cabe ao Estado, no uso de seu poder político e nos limites impostos pela Constituição Federal, realizar intervenções com vistas a influenciar o comportamento de atores sociais no sentido de interesses coletivos (ARANHA, 2019, p. 3). A atuação do Estado, em cada momento histórico, depende das funções e dos limites a ele conferidos pelo ordenamento jurídico e por suas instituições. Costuma-se falar de paradigmas de Estado em referência a modelos teóricos de Estado coerentes e racionalmente ordenados (LOPES, 2018, p. 73). É na feição jurídico-econômica dos paradigmas de Estado que se concentra este capítulo.

Interessante pontuar que alguns autores costumam reduzir os paradigmas de Estado a constructos analíticos de dimensões descritiva e positiva, afastando-os de uma dimensão normativa (YEUNG, 2010, p. 5). Para os teóricos que servem de sustentação a este trabalho, no entanto, os paradigmas de Estado não apenas fornecem descrições e explicações, como também apresentam possibilidades prescritivas, as quais permitem ao jurista justificar suas referências e apontar a direção em que o direito legislado deve ser complementado e interpretado (LOPES, 2018, p. 72). Essa diferença de perspectiva não revela um antagonismo, apenas objetivos diferentes.

Em uma perspectiva empírica, comum na literatura anglo-saxã, estes paradigmas são obtidos a partir da observação de padrões de atuação e conformação estatal (YEUNG, 2010, p. 8). Em outras palavras, no mundo anglo-saxão os paradigmas são modelos criados a partir da realidade em si, de forma que a experiência precede a teoria. A literatura alemã, por outro lado, costuma adotar um mais alto grau de abstração teórica, partindo de teorias sociais mais amplas para então deduzir os elementos caracterizadores de cada paradigma de Estado (MORAN, 2002, p. 401).

Os paradigmas de Estado serão aqui tratados a partir de uma ótica jurídica e teórica, haja vista a proximidade entre a tradição jurídica brasileira e a continental europeia (alemã). As duas fontes principais deste capítulo são os trabalhos de Lopes e Aranha. Ademais, convém mencionar que o Brasil não experienciou os paradigmas de Estado da mesma forma que a Europa e os Estados Unidos, locais que serviram de referência à construção analítica dos paradigmas. Contudo, as particularidades do contexto brasileiro não são suficientes para invalidar a remissão aos paradigmas, especialmente quanto ao do Estado Regulador.

Em síntese, são três os paradigmas de Estado que interessam às discussões contemporâneas quanto à relação entre Direito e Economia: Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social e Estado Regulador. Uma breve descrição dos dois primeiros paradigmas será frutífera à posterior apresentação do Estado Regulador, paradigma que serve de pano de fundo ao presente trabalho.

O Estado Liberal se caracteriza por um governo frugal que se limita a fornecer os meios necessários ao funcionamento do mercado, que é tido como mecanismo de alocação eficiente de utilidades. O sujeito do Estado Liberal é o sujeito de interesses, também denominado *homo oeconomicus*, o qual é responsabilizado por tudo que lhe acontece (LOPES, 2018, p. 83). Neste Estado é que surgem os direitos fundamentais de primeira geração - direitos civis e políticos -, pois o cerne deste paradigma está na

proteção de liberdades individuais frente a possíveis opressões estatais (MELO, 2010, p. 224). O Estado se acanha e atua somente como um garantidor de liberdades negativas para que os indivíduos possam dispor livremente de suas propriedades no ambiente de trocas. Há uma preponderância do privado sobre o público e o direito é majoritariamente formal e condicional.

Em resposta às disfuncionalidades do Estado Liberal é que emerge, no início do século XX, o Estado de Bem-Estar Social, um novo e antagônico paradigma. No Estado de Bem-Estar Social, o Estado assume o protagonismo na distribuição de utilidades sociais, optando por uma estratégia compensatória das desigualdades materiais inerentes ao capitalismo. O sujeito passa a ser o cidadão cliente da burocracia estatal, a qual se expande para áreas antes intocadas pelo Estado. Surgem então os direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais e coletivos - , que demandam uma postura ativa do Estado para que sejam concretizados (MELO, 2010, p. 225). Pode-se dizer que o público adquiriu preponderância sobre o privado em vista de uma igualdade material entre os cidadãos. Para que Estado pudesse cumprir com suas novas funções, o direito foi instrumentalizado e tornou-se material e finalístico (LOPES, 2018, p. 97-98).

Assim como o Estado Liberal, o Estado de Bem-Estar Social também demonstrou disfuncionalidades. Desta vez, ocorre uma perda de liberdades ocasionada pela burocratização de direitos e de âmbitos alheios à forma jurídica. O Estado de Bem-Estar Social alcançou e burocratizou boa parte da vida social, resultando numa crise de integração social e em um movimento político em prol da desregulação de muitos âmbitos do mundo da vida (LOPES, 2018, p. 94). Desta crise do Estado de Bem-Estar Social é que surge o Estado Regulador, que mais consiste numa conjugação de elementos dos dois paradigmas anteriores do que numa contraposição ao paradigma que o antecede. Uma tarefa que acompanha o surgimento do Estado Regulador é a de encontrar formas de promover simultaneamente objetivos econômicos e democráticos (SUNSTEIN e PILDES, 1995, p. 8).

2.3. Estado Regulador

Se descrever o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social não é das tarefas mais árduas, visto que decorrem de lógicas simplificadas em que ora o mercado assume protagonismo e ora o Estado se sobrepõe ao mercado, este não é o caso do Estado

Regulador. Promover interesses coletivos e sociais, ao mesmo tempo em que se maximiza a eficiência dos mercados, é um problema cuja solução não é simples e direta. Além disso, no Estado Regulador não é tão clara a demarcação entre os aspectos descritivos e normativos do paradigma. Inicia-se aqui por uma exposição dos aspectos descritivos, típicos do trabalho de cientistas políticos ou economistas, para então apresentar a caracterização do Estado Regulador por juristas brasileiros.

Para Yeung, o Estado Regulador é um constructo analítico que engloba uma série de mudanças nas funções do Estado decorrentes, nas décadas de 1980 e 1990, de um novo estilo prevalecente de governança (YEUNG, 2010, p. 1). Moran apresenta o Estado Regulador como um constructo analítico que permite o diálogo entre pesquisadores de diferentes áreas ligadas à atividade regulatória. O autor ainda acrescenta que, à medida em que o Estado Regulador for compreendido como um emergente paradigma de governança, nossa compreensão a respeito do Estado sofrerá uma pressão para assumir uma feição global e não mais nacional (MORAN, 2002, p. 412).

Em síntese, Yeung (2010, p. 2) expõe três características principais do Estado Regulador. Em termos institucionais, agências reguladoras independentes, que operam a uma certa distância dos órgãos de governo, são a forma caracterizadora do Estado Regulador. Isso significa uma descentralização da regulação, pois deixa de haver um controle direto por parte do poder executivo central. Além disso, a função do Estado passa a ser a de planejar, coordenar e fiscalizar os agentes privados. O Estado abandona, portanto, a função de prestador direto das utilidades públicas, assumindo um novo papel na dinâmica econômica. Por fim, o Estado Regulador também significa novos instrumentos à disposição do Estado para o exercício de suas novas funções. Yeung afirma, no entanto, que os pesquisadores divergem quanto aos instrumentos típicos do Estado Regulador. Para alguns há um adensamento de normas formais e de sistemas rígidos de controle por parte das agências reguladoras, enquanto para outros o Estado Regulador reflete uma preferência por formas negociadas e sutis de direcionamento das condutas privadas (YEUNG, 2010, p. 3).

Essas características do Estado Regulador foram obtidas por observação empírica e possuem natureza descritiva. De forma a posicionar o paradigma do Estado Regular no ordenamento jurídico pátrio, em especial nos ditames de direito público, Aranha amplia o rol de pressupostos do Estado Regulador, enquanto constructo analítico teórico, acrescentando-lhe elementos normativos. Do ponto de vista jurídico,

mercado e Estado são construções institucionais apoiadas em normas jurídicas, de modo que a regulação, para além do formato que assume na experiência empírica, revela-se necessária, por princípio, à preservação das funções do sistema jurídico na sociedade (ARANHA, 2019, p. 9).

Nessa perspectiva jurídica, as agências reguladoras independentes são uma forma de expressão do Estado Administrativo, um dos pressupostos do Estado Regulador, em que a administração pública se reveste de *expertise* técnico-científica e se diferencia dos três poderes típicos de Estado. A *expertise* pode ser sintetizada nas características da permanência, do treinamento e da especialização de funções por parte dos reguladores. Já a função da administração pública, que atua como um quarto poder – a administração das leis -, passa a ser o planejamento contínuo da economia, conforme a descrição feita por Yeung. Essa administração das leis envolve um gerenciamento normativo da realidade regulada, no qual as normas editadas pelo legislativo e pelo executivo são regulamentadas e complementadas por órgãos administrativos (ARANHA, 2019, p. 12-23).

Aranha (2019, p. 9) afirma ainda que a razão de ser da regulação, no Estado Regulador, é a proteção de direitos fundamentais. Em outras palavras, o Estado faz uso da regulação como meio para garantir as prestações materiais necessárias à fruição dos direitos fundamentais objetivados no ordenamento jurídico e, sobretudo, na Constituição Federal. Outro pressuposto do Estado Regulador diz respeito à fonte de legitimidade política da administração. Compreendendo que o regulado é participe do processo de decisão política ao lado do regulador, é possível despersonalizar a legitimidade, que passa a ser referir ao espaço público decisório ou à institucionalização do republicanismo e da virtude política (ARANHA, 2019, p. 19-20).

Um dos pressupostos mais importantes do Estado Regulador, que resume a racionalidade interna deste paradigma, é a simbiose permanente entre o Estado interventor e as atividades privadas. Ao Estado cabe a potencialização dos negócios privados por meio de ações de fomento, coordenação e fiscalização do mercado; a este, resta a produção e prestação das utilidades. Não se trata nem de um Estado ausente da economia, como o Estado Liberal, nem de um Estado partícipe direto da economia como prestador de serviços, tal qual o Estado de Bem-Estar Social. Trata-se de uma relação público-privado de apoio recíproco e reforço mútuo, em que a intervenção do Estado no mercado é permanente e simbiótica (ARANHA, 2019, p. 23 e 29).

No Estado Regulador, o indivíduo se encontra na posição de “ator do ambiente regulatório, partilhando com o Estado a responsabilidade pelo alcance do interesse público” (ARANHA, 2019, p. 29). Esta situação jurídica do particular é consequência do princípio da cooperação social, que no Estado Regulador atua como princípio-guia da atuação da administração. Não há que se confundir a cooperação social com o clientelismo atrelado ao Estado de Bem-Estar Social, pois no Estado Regulador o agente privado também é necessário à prestação de atividades socialmente relevantes – não apenas um cliente delas.

Há ainda que se falar na racionalidade assumida pelo direito no Estado Regulador. Se no Estado Liberal o direito se guiava por uma racionalidade formal e no Estado de Bem-Estar Social a racionalidade jurídica era material, no Estado Regulador a racionalidade material adquire caráter reflexivo. Esta racionalidade material reflexiva implica a insuficiência dos programas condicionais e finalísticos dos paradigmas anteriores. Cabe ao direito, no Estado Regulador, atuar em um “metanível de estruturas organizadas”, de modo a garantir a autonomia dos sistemas sociais e a integração sistêmica da sociedade (LOPES, 2018, p. 113-114).

Em linhas gerais, o paradigma do Estado Regulador se caracteriza por um Estado gerencial que, por imperativo constitucional, realiza um acompanhamento contínuo do mercado para guiá-lo, reconhecendo a racionalidade interna ao sistema econômico, no sentido da concretização dos direitos fundamentais. Reguladores e regulados são parceiros necessários ao alcance do interesse público. A Administração Pública, dotada de *expertise* e cientificidade, é o meio pelo qual o Estado realiza suas novas funções. Os pressupostos do paradigma jurídico do Estado Regulador, portanto, podem ser assim resumidos:

1. A regulação tem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais.
2. A regulação corresponde à administração das leis por meio de órgãos administrativos dotados de *expertise*.
3. A função do Estado é a de planejar, coordenar e gerenciar a economia como um todo.
4. O Estado exerce suas funções por meio de uma intervenção permanente e simbiótica, em que ele e os particulares são co-partícipes no atingimento do interesse público.
5. A legitimidade política decorre da institucionalização do republicanismo e de virtudes políticas ou simplesmente do espaço público regulador.

6. O direito visa realizar a integração sistêmica da sociedade e mediar conflitos internos aos demais sistemas sociais.
7. A racionalidade do direito é material reflexiva, em que mecanismos de intervenção indiretos são preferíveis aos programas condicionais e finalísticos.

Expostos os principais elementos caracterizadores do paradigma jurídico do Estado Regulador, agora é possível conceituar a regulação e apresentar os significados que o termo conterà ao longo do trabalho.

2.4. Regulação

O debate acerca do significado da regulação é extenso, especialmente em razão de várias áreas do saber se debruçarem sobre o tema. Lodge e Wegrich (2012, p. 16) expõem que a regulação pode ser definida, em uma perspectiva bastante estreita, como um conjunto específico de normas jurídicas ou, em sentido amplo, como meio de controle social. O autor prefere uma definição intermediária, em que a regulação é entendida como todas as formas de uso intencional da autoridade, pelo Estado ou por particulares, com vistas a modificar o comportamento de terceiros.

Black também ressalta que o significado de regulação é motivo de amplo debate entre acadêmicos. Enquanto para alguns a regulação é uma parte do direito, para outros o direito é uma parte da regulação (BLACK, 2002, p. 30). Sem adotar uma posição muito específica, a autora diz que grande parte das conceituações de regulação desafiam o monismo jurídico e implicam numa visão pluralista de direito e descentralizada de regulação. Desta forma, resta a dúvida de como o direito e a regulação poderão compreender a si mesmos em um mundo em que relações hierárquicas dão lugar a relações horizontais (BLACK, 2002, p. 34). Essas preocupações de Black dialogam com a atual busca por meios de concretização da racionalidade material reflexiva.

Para os fins deste trabalho, no entanto, não convém aprofundar esta discussão conceitual a nível abstrato. Enfocar-se-á os significados adquiridos pela regulação na literatura jurídica nacional. Tradicionalmente, a regulação é tratada como uma espécie de intervenção estatal em área de titularidade da iniciativa privada. Além disso, afirma-se que a regulação se caracteriza pela imposição de normas sobre o domínio econômico visando influenciar as atividades econômicas rumo ao interesse público (TAVARES, 2006, p. 177-181). Este conceito tradicional de regulação, entretanto, não abriga o fenômeno regulatório em sua completude.

Há de se ampliar o conceito de regulação para além do Estado, pois a regulação pode estar sediada tanto em órgãos estatais, quanto em mecanismos institucionais privados. Eis que a regulação não implica necessariamente numa intervenção externa e direta sobre os agentes privados. Ademais, a regulação não se restringe ao sistema econômico, podendo também ocorrer em sistemas sociais despidos da racionalidade econômica. Aranha (2019, p. 238) cunha o termo *regime jurídico regulatório* para se referir à regulação enquanto objeto jurídico de estudo do Direito Regulatório, ampliando a definição do fenômeno regulatório para além da abordagem fática típica das ciências sociais.

Em linhas gerais, a regulação pode ser mais bem definida como um “processo de administração de sistemas sociais mediante retroalimentação contínua”. Essa administração, por sua vez, se revela um “conjunto interdisciplinar de planejamento e gerenciamento conjuntural de atividades de interesse geral”, em que o poder público – Estado – é partícipe do setor regulado, conforme os pressupostos do Estado Regulador (ARANHA, 2019, p. 40-42).

A regulação é também um projeto de direito público, pois decorre de manifestação de poder político. Esse projeto reconhece as leis próprias do ambiente regulado e atua de forma a potencializar as ações privadas em consonância com tais leis. A finalidade desse projeto é “o alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral” (ARANHA, 2019, p. 38). A nível sistêmico, a regulação atua como força de coerência sistêmica diante de disfuncionalidades de determinado sistema social.

A conformação da regulação na prática, por outro lado, possui caracteres de “tecnologia de governo de sistemas sociais”. Nesse sentido, a regulação é definida como um mecanismo técnico que conta com a interferência de vários campos do saber – economia, ciência, política, direito. Apesar do conceito de regulação não exigir uma forma específica para a tecnologia regulatória, é notório que o modelo norte-americano predomina em países ocidentais. Este modelo, já apresentado, diz respeito às agências reguladoras independentes, dotadas de profissionais com formação técnica e científica, que atuam em mercados constituídos, via de regra, por grandes corporações (LOPES, 2018, p. 161).

Diante de todo o exposto, compreende-se a regulação como um processo de acompanhamento conjuntural da realidade, no qual o regulador exerce funções de planejamento, gerenciamento e fiscalização, e modifica continuamente suas ações à

medida em que se alimenta dos efeitos de suas próprias decisões no ambiente regulado. Na experiência ocidental, esse processo se apresenta como uma tecnologia social que visa à integração sistêmica e à coordenação entre as ações privadas e os objetivos de interesse geral.

2.5. Regulação da Concorrência

Em geral, direito regulatório e direito concorrencial são tratados como ramos distintos do direito econômico. Ainda que existam razões para tal distinção, as quais serão brevemente expostas adiante, este trabalho partirá do pressuposto de que a defesa da concorrência é uma espécie de regulação. Desta forma, torna-se possível a utilização de instrumentais teóricos do direito regulatório, como o próprio conceito de regulação, na interpretação e compreensão de elementos do direito concorrencial. Ao longo do trabalho, os termos “regulação da concorrência”, “direito da concorrência” e “antitruste” serão tratados como sinônimos.

Diogo Moreira Neto divide as espécies de intervenção do Estado na economia entre: regulação, atuação concorrencial, atuação monopolista e atuação sancionatória (TAVARES, 2006, p. 180). Não é preciso descrever cada uma dessas categorias de intervenção para que fique clara a separação realizada pelo autor entre a regulação setorial, em que predominam normatizações secundárias referentes a um setor específico da economia, e a proteção da concorrência, na qual predominam atos de fiscalização de condutas atentatórias à livre concorrência na economia como um todo (TAVARES, 2006, p. 193). Exceções à parte, o direito concorrencial não costuma ser aprofundado em livros de direito regulatório.

Em artigo no qual descreve uma convergência entre a regulação setorial e o direito antitruste, Parcu (2011, p. 1) sintetiza as principais diferenças entre essas duas espécies de regulação no contexto europeu. De um lado, a regulação setorial costuma envolver a criação de normas positivas e *ex ante*, de forma a guiar as ações dos agentes regulados antes que elas aconteçam. De outro lado, o direito concorrencial trata de proibições e de sanções *ex post*, agindo no sentido de punir agentes privados que já praticaram condutas que atentaram contra a concorrência.

Para o autor, no entanto, a linha que divide regulação setorial e direito da concorrência está cada vez mais tênue. Em primeiro lugar, o direito concorrencial tem adquirido progressivos instrumentos, formais e informais, de imposição de normas

positivas - os remédios antitruste. Além disso, a regulação de alguns setores específicos tem como cerne os princípios econômicos de promoção à concorrência, o que a aproxima do conteúdo regulatório típico do direito concorrencial. Ao final de seu artigo, o autor elenca os potenciais riscos e benefícios da unificação das duas espécies de regulação em um único órgão administrativo da União Europeia, mas esta ponderação foge aos objetivos do presente trabalho.

Para uma extensa e detalhada diferenciação entre direito concorrencial e direito regulatório, imperioso recorrer ao trabalho de Lang. Segundo ele, a regulação tende a ser uma intervenção com maior continuidade, detalhamento e especialização do que a proteção à concorrência. Há ainda uma preferência por remédios comportamentais na regulação, em oposição aos remédios estruturais do antitruste. Ademais, autoridades de defesa da concorrência tendem a atuar após os fatos, quando danos já foram causados, enquanto a regulação setorial tende a produzir normas voltadas às condutas futuras dos agentes regulados. Por fim, Lang destaca que o antitruste abarca o ambiente econômico de forma geral, enquanto o escopo de atuação da regulação é sempre limitado a uma parcela específica da economia (LANG, 2009, p. 35-36).

Uma preocupação central de Lang está em evitar que às autoridades de defesa da concorrência sejam acrescentados objetivos e instrumentos típicos de órgãos reguladores (LANG, 2009, p. 49). Para ele, o direito da concorrência deve se pautar exclusivamente por cálculos técnicos de risco à livre concorrência, afastando-se de outros valores sociais que não são de sua competência. Isso não significa que o autor não veja a necessidade de intervenção no mercado, mas que, em sua visão, objetivos mais amplos do que a simples proteção à livre concorrência devem ser entregues às autoridades regulatórias e não às autoridades de defesa da concorrência. O conceito de regulação utilizado por Lang é mais restritivo do que o aqui adotado, pois engloba apenas uma manifestação regulatória e não a regulação em sua integralidade. Essa concepção restritiva da regulação, apesar de dominante na literatura econômica, é insuficiente ao estudo jurídico da regulação (ARANHA, 2019, p. 238).

Haja vista a amplitude do conceito jurídico de regulação, para além de um meio de correção de falhas de mercado, não há que se afastar o direito concorrencial do direito regulatório por motivos de forma ou método. Se “a composição das funções normativa e administrativa em um ambiente de acompanhamento e controle é, em síntese, o diferencial de autonomia do ramo de estudos do direito regulatório” (ARANHA, 2019, p. 242), não resta dúvida de que a proteção à concorrência partilha

do diferencial de autonomia do direito regulatório. Aranha é claro ao posicionar a regulação da concorrência como uma espécie de regulação geral, que impõe um controle estatal sobre a totalidade da economia. Esclarece o autor, no entanto, que a regulação setorial é a mais representativa dos estudos de direito regulatório “em virtude da coincidência de sua projeção em conjunto com as reformas estruturais do Estado brasileiro de meados da década de 1990” (ARANHA, 2019, p. 253).

Esse esclarecimento de Aranha também é válido para o contexto europeu, no qual Lang e Parcu se baseiam para diferenciar regulação e direito concorrencial. O que ambos chamam de regulação é apenas a manifestação regulatória que coincidiu historicamente com o surgimento do direito regulatório enquanto ramo autônomo de estudos. Nesse sentido, o direito concorrencial representa uma outra manifestação regulatória, historicamente anterior ao surgimento do direito regulatório, em que ainda predominam instrumentos punitivos *ex post*. Nada impede, contudo, que o antitruste adquira, no futuro, uma feição *ex ante* e mais persuasiva, em linha com desenvolvimentos recentes no âmbito do direito regulatório.

Oportuno mencionar que, na prática, quando um agente econômico se encontra submetido a uma determinação de política regulatória setorial que limita sua margem de autonomia e o conduz a atos potencialmente restritivos da concorrência, a ele se aplica a imunidade antitruste. Ou seja, a imunidade antitruste incide nos casos de sobreposição entre a atividade regulatória geral da concorrência e a atividade regulatória setorial, prevalecendo a mais específica delas. No “conceito de imunidade antitruste, encontra-se a ideia de que a regulação setorial substitui o processo competitivo, afastando a incidência da regulação geral concorrencial” (ARANHA, 2019, p. 260).

Um aspecto do direito concorrencial brasileiro, que o aproxima ainda mais do direito regulatório, é o de que a palavra final em matérias antitruste costuma ser do CADE e não do Supremo Tribunal Federal. O próprio STF tem precedentes que afirmam a impossibilidade de rediscussão do mérito de decisões do Tribunal do CADE:

“(…) 5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, **a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória**, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

6. **A expertise técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia.** O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte.

Precedentes: ARE 779.212-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe de 21/8/2014; RE 636.686-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 16/8/2013; RMS 27.934 AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe de 3/8/2015; ARE 968.607 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 15/9/2016; RMS 24.256, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 18/10/2002; RMS 33.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe de 20/6/2016. (...)” (STF – AgR RE:1083955 DF- Distrito Federal 0012731-72.2005.4.01.3400, Relator: Min. LuizFux, Data de Julgamento: 28/05/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-122 07-06-2019)

Isso significa que, na estrutura institucional e decisória brasileira, a discussão substantiva de supostas condutas atentatórias à concorrência é limitada ao CADE, restando ao judiciário apenas o controle de legalidade ou abusividade. Ademais, o STF entende que o CADE exerce regulação econômica da concorrência e é o único órgão com *expertise* e capacidade para tal função.

Diante de todo o exposto, conclui-se que, apesar das razões para a distinção entre as espécies – geral concorrencial e setorial - de regulação, será frutífero, para os fins desta monografia, partir de conceitos e teorias desenvolvidos no seio do direito regulatório para então adentrar na análise de decisões proferidas pela autoridade antitruste brasileira. Regulação setorial e Antitruste são espécies de um mesmo objeto de estudo jurídico, a dizer, a regulação.

3. TEORIA JURÍDICA INSTITUCIONAL DA REGULAÇÃO

3.1. Teorias da Regulação

No capítulo anterior, a regulação foi conceituada e posicionada dentro de um contexto amplo de interação entre diferentes sistemas sociais. Visto que a regulação é um fenômeno complexo e que desperta o interesse de estudo em múltiplas disciplinas acadêmicas, são várias as teorias criadas com a intenção de descrevê-la ou de guiá-la. Cada teoria da regulação, a depender das ferramentas e da perspectiva do campo do saber em que foi concebida, irá enfatizar alguns dos aspectos do fenômeno regulatório em detrimento dos demais. As teorias mencionadas neste capítulo não são necessariamente concorrentes ou antagônicas, podendo na verdade serem complementares.

De um lado, as teorias chamadas de positivas costumam descrever o que é a regulação e de que maneira ela surge e se desenvolve em determinado contexto. Estas teorias buscam se distanciar de aspectos normativos e valorativos, reduzindo a regulação a um objeto empiricamente aferível cujos efeitos podem ser observados e, em alguma medida, previstos. Uma vantagem deste tipo de teoria é que ela pode ser testada e comprovada, haja vista que ela se concentra no que a regulação é ou foi e não no que a regulação deveria ser. Em geral, são desenvolvidas por sociólogos, economistas ou cientistas políticos, os quais evitam, em razão de uma atitude científica, incluir prescrições em suas abordagens.

De outro lado, as teorias prescritivas da regulação são aquelas que avançam sobre princípios informadores da regulação e objetivos a serem alcançados por ela. Parte-se de determinados pressupostos acerca do fenômeno regulatório para então influenciar prescritivamente desenhos regulatórios futuros. Neste caso, a regulação é reduzida a um objeto direcionável e condicionado por construções normativas. Teorias prescritivas têm as vantagens de aproximar a regulação das expectativas que se tem dela e de oferecer soluções a falhas regulatórias. De nada adiantaria observar e descrever um problema se não houvesse princípios que informassem o sentido desejado de correção do problema. São as teorias jurídicas que usualmente incluem elementos normativos e tendem a análises prescritivas do fenômeno regulatório.

Segundo Aranha, “não há teoria avançada de regulação hoje que abra mão de tráfegar entre os polos descritivo e prescritivo do fenômeno regulatório” (ARANHA,

2019, p. 92). Não há como prescrever recomendações sem antes partir de uma descrição do objeto sobre o qual as recomendações incidem, assim como é difícil descrever o funcionamento de um objeto e evitar sugestões a respeito do que deveria ser feito com tal objeto. Isso vale tanto para teorias jurídicas, predominantemente prescritivas, quanto para teorias econômicas, predominantemente descritivas.

3.2. Teoria Jurídica da Regulação

Mesmo na literatura especializada em direito regulatório, é comum que sejam utilizadas teorias econômicas da regulação. Feintuck (2010, p. 41) afirma que a teoria dominante na atual literatura acerca da regulação é intimamente relacionada à teoria da “*public choice*”. Em síntese, as teorias econômicas da regulação podem ser divididas entre as de interesse privado - como a *public choice* - e as de interesse público. Estas teorias convergem na medida em que se concentram nos fatores que motivam a tomada de decisão dos agentes reguladores, mas divergem quanto a que fatores seriam esses. Além disso, justificam a regulação sob a ótica da economia, distanciando-se de razões jurídicas para a existência da regulação.

Neste trabalho, não serão adotados os pressupostos de teorias econômicas da regulação. Adota-se aqui uma perspectiva eminentemente jurídica da regulação, que busca não apenas conceituar a regulação a partir de instituições jurídicas que a alicerçam, como também afirmar uma razão de ser jurídica para a regulação. Quando se parte do pressuposto de que a regulação se subordina às normas constitucionais ou aos cânones de direito público, tem-se que a justificativa jurídica para a regulação é mais ampla do que a correção de falhas de mercado ou a maximização da riqueza social. Isso não significa um abandono em definitivo de teorias políticas ou econômicas. O que ocorre é que “as implicações políticas, econômicas ou sociológicas serão, decerto, relevantes, mas em um segundo nível de análise sobre as técnicas e mecanismos regulatórios apropriados à solução de determinado problema” (ARANHA, 2019, p. 79).

A teoria jurídica da regulação, à luz do paradigma do Estado Regulador, partirá de uma descrição da regulação que enfatiza seu caráter institucional, em que “a regulação está além do indivíduo maximizador do seu bem-estar, típico das teorias de interesse privado na regulação, e também não pode ser compreendida com foco apenas na correção de falhas de mercado ou persecução de um interesse público específico” (LOPES, 2018, p. 181-182). Essa descrição institucional da regulação tem como cerne

os espaços regulatórios, caracterizados por regras, procedimentos e outros condicionantes sociais e jurídicos. Em linha com o Estado Regulador, a regulação é vista como um processo decisório que ocorre num ambiente complexo de interação entre sujeitos ora com interesses privados, ora com interesses públicos. Mais especificamente, nesse ambiente vigoram regras procedimentais e substantivas que organizam a atividade regulatória segundo princípios de direito público. Essas teorias institucionais são um gênero do qual a Teoria Jurídica Institucional da Regulação, ponto de ancoragem deste trabalho, é uma espécie.

Há, no entanto, diferentes teorias jurídicas que partem desta descrição jurídico-institucional da regulação. Enquanto tecnologia social imersa num ambiente institucional de direito público, a regulação pode ter diferentes finalidades, funções e instrumentos. Algumas teorias jurídicas, as substantivas ou materiais, estarão preocupadas com os fins, com as justificativas e com o conteúdo do fenómeno regulatório. Outras buscarão compreender os melhores procedimentos e combinações de instrumentos regulatórios para que sejam alcançados os fins pretendidos pela regulação. A estas é conferido o rótulo de teorias processuais da regulação.

À primeira vista, parece lógico que os fins da regulação fossem definidos com exatidão antes que os pesquisadores se debruçassem sobre os aspectos processuais da regulação. Dito de outra forma, é de se esperar que os fins venham antes dos meios. Contudo, na prática isso não aconteceu. Segundo Stewart (1983, p. 1541-1542), a atenção da literatura americana, já na década de 1980, estava nos procedimentos decisórios e nos mecanismos de separação de funções, ou seja, em aspectos processuais da regulação. O autor diz ainda que imposições constitucionais substantivas não haviam sido significativamente discutidas até aquele momento. Este trabalho adotará um referencial teórico de cunho material, não aprofundando em discussões de caráter processual. A figura abaixo apresenta um resumo do que foi exposto até este momento:

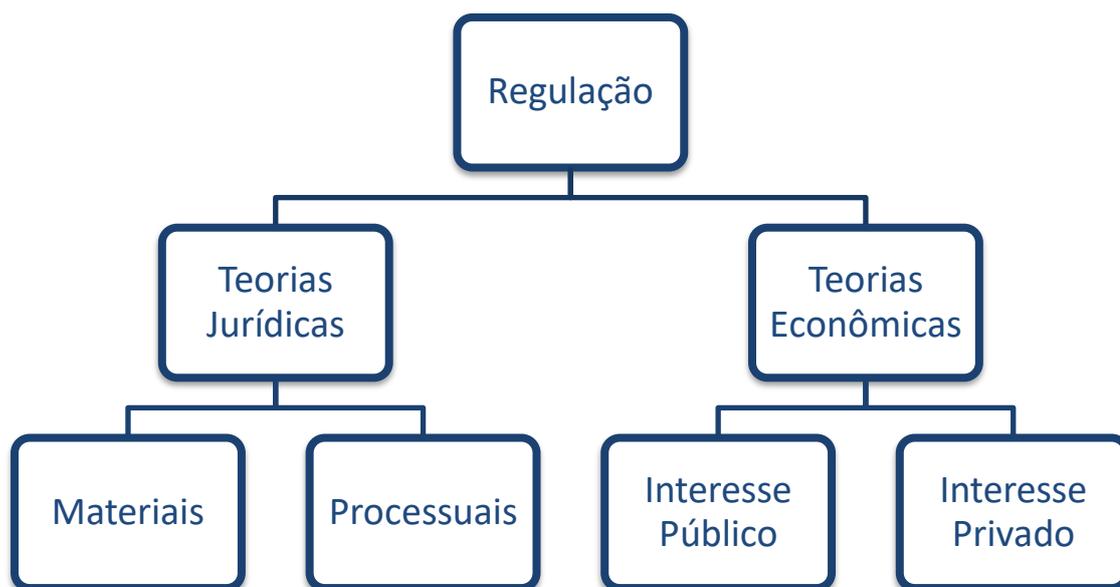


Figura 1 - Organograma das Teorias da Regulação

3.3. Teoria Jurídica Material da Regulação

As teorias jurídicas substantivas da regulação encontram-se adstritas ao ordenamento jurídico e à realidade social dos países em que são formuladas. Isto porque uma discussão relativa às finalidades da regulação ou aos valores e princípios norteadores da prática regulatória depende não apenas do conceito de regulação e do paradigma de Estado considerados, mas da própria tradição jurídica por trás do ambiente institucional em análise. Este comentário é importante para que as referências a autores estrangeiros sejam interpretadas à luz das diferenças históricas e doutrinárias entre as tradições jurídicas a que cada autor se encontra vinculado.

Haja vista que a regulação é uma manifestação jurídica de direito público, poucos são os autores que negam que ela tenha algum objetivo de caráter “público” ou “coletivo”. A grande divergência doutrinária está, na verdade, nos paradigmas de Estado. De um lado, há quem defenda que a regulação tem como finalidade precípua garantir um ambiente de barganha entre interesses privados concorrentes ou maximizar o somatório dos interesses individuais da sociedade (MORAN, 2002, p. 396). Esse ponto de vista dos objetivos regulatórios, que remonta ao Estado Liberal, reduz os objetivos da regulação à agregação dos interesses individuais. De outro lado, há quem inclua outros objetivos jurídicos e democráticos entre as finalidades da regulação, propugnando que valores não-econômicos, cânones interpretativos e normas

constitucionais não sejam preteridos em prol de interesses individuais e econômicos (FEINTUCK, 2010, p. 58). Nesta perspectiva, mais afeita ao Estado Regulador, os objetivos da regulação são ampliados para abarcar não apenas os interesses individuais, mas também interesses democráticos e comunitários – o interesse público.

De forma a manter-se coerente ao paradigma do Estado Regulador, este trabalho se afasta de teorias da regulação que identificam a finalidade da regulação na maximização da eficiência dos mercados ou na garantia de um ambiente apropriado para barganha de interesses individuais. Não é cabível uma redução dos objetivos da regulação aos objetivos do Estado Liberal de que se falou brevemente no capítulo anterior. No Estado Regulador, a regulação terá sempre uma ambivalente finalidade de persecução de valores comunitários e valores individuais.

Segundo Moran (2002, p. 394), a agenda intelectual referente aos propósitos da regulação, na literatura acadêmica norte-americana, teve início na década de 1970. Cass Sunstein e Richard Stewart são dois autores que se tornaram referência no debate americano acerca da dimensão substantiva da regulação. Ambos buscaram compreender quais princípios ou valores de direito público serviriam para orientar a criação, interpretação e implementação de medidas regulatórias (MORAN, 2002, p. 395). Concordam ainda que a correção de falhas de mercado ou de ineficiências é apenas uma dentre as várias justificativas para a regulação. A teoria representada por esses dois publicistas recebe o nome de Teoria Social da Regulação.

Stewart parte de um problema que chamou de “crise de legalização” (*crisis of legalisation*). Segundo ele, os mercados sofreram uma expansão nas décadas posteriores à Segunda Guerra Mundial e deixaram de ser regionais para se tornarem nacionais (STEWART, 1983, p. 1545). Essa expansão resultou numa pressão por regulação centralizada em agências federais, de modo que as normatizações emitidas por tais agências passaram a se aplicar de modo homogêneo às mais variadas situações presentes em cada região do país. Essa centralização teria conduzido a um crescimento do número de litígios, no âmbito do judiciário, questionando a forma como as normas regulatórias haviam sido criadas e interpretadas (MORAN, 2002, p. 395).

Nesse contexto de “crise de legalização”, Stewart desenvolve sua teoria a respeito de quais seriam os objetivos do direito regulatório a embasar tanto a formulação das normas regulatórias, quanto o controle judicial incidente sobre elas. Em apertada síntese, Stewart diz que as compreensões subjacentes aos objetivos da regulação podem ser resumidas em (1) proteção de direitos subjetivos (*entitlements*), (2) maximização da

riqueza e (3) cultivo de valores não-econômicos (*non-commodity values*). Para ele, apesar dessas três concepções serem a base dos princípios do direito administrativo, ainda é incipiente a literatura referente aos valores não-econômicos. Cabe aos pesquisadores estudarem quais são estes valores, em que situações a regulação deverá cultivá-los e quais as estratégias regulatórias adequadas para promovê-los (STEWART, 1983, p. 1581).

Os valores sugeridos por Stewart (1983, p. 1566) são a aspiração (*aspiration*), a diversidade, a mutualidade (*mutuality*) e a virtude cívica, os quais ele extrai de princípios do liberalismo associativo que, segundo ele, fundamentam historicamente a atuação do Estado norte-americano. Tendo em vista a diferença entre os ordenamentos jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos, o que interessa para o presente trabalho é a preocupação de Stewart em identificar princípios e fins do direito regulatório que vão além das consequências econômicas quantitativamente aferíveis da regulação.

Cass Sunstein, em sentido próximo ao de Stewart, também se debruçou sobre os valores substantivos que deveriam guiar o direito regulatório. Sunstein (1990, p. 160-192) recorre aos cânones interpretativos do direito público norte-americano para apontar um conjunto de princípios interpretativos que promoveriam os múltiplos objetivos, sociais e econômicos, da regulação. Indo além dos quatro valores não-econômicos citados por Stewart, o autor descreve e prescreve uma série de princípios interpretativos extraídos de três grandes fontes: (1) Normas Constitucionais, (2) Preocupações Institucionais e (3) Neutralização de falhas regulatórias.

Em livros mais recentes, Sunstein desloca seu foco para aspectos procedimentais da regulação, como é o caso da *breakeven analysis*, mas não abandona seu pressuposto de que bens humanos são plurais e não podem ser reduzidos a uma simples soma de bens individuais (SUNSTEIN, 2014, p. 69). Em resumo, a regulação visa promover não apenas a eficiência econômica (ou a maximização do bem-estar geral), mas também outros valores de natureza democrática e comunitária. Estes últimos recebem de Sunstein a denominação de “valores não-quantificáveis”.

Essa breve apresentação dos desenvolvimentos teóricos da teoria social da regulação serve para exemplificar as pretensões de uma teoria jurídica substantiva da regulação. Parte-se de referenciais jurídicos, usualmente de natureza constitucional, para justificar a existência da regulação e delinear os objetivos a serem alcançados por ela. Feintuck (2010, p. 56) afirma que as abordagens teóricas substantivas devem recorrer a discursos de cidadania que conjuguem fundamentos democráticos e

constitucionais. Até o momento, segundo ele, a retórica liberal, que reduz o indivíduo a consumidor, ainda é a dominante.

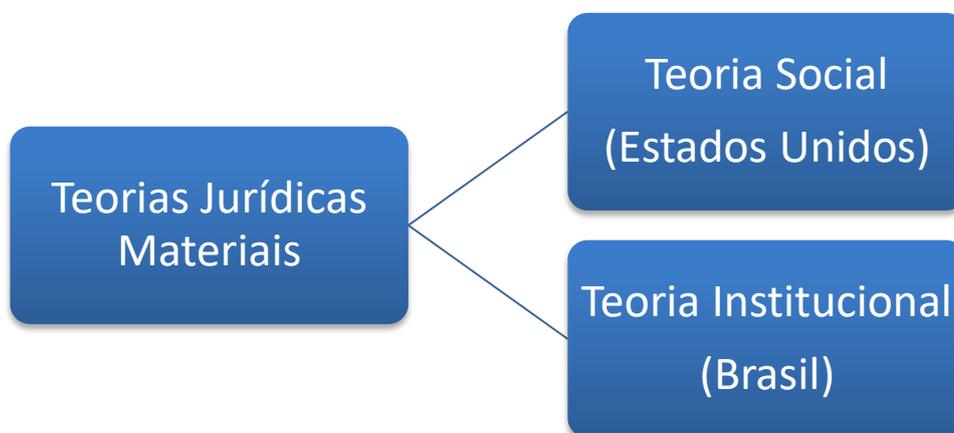


Figura 2 - Teorias Jurídicas Materiais da regulação

3.4. Teoria Jurídica Institucional da Regulação

A teoria social da regulação, já sintetizada, se utiliza de pressupostos semelhantes aos deste trabalho. Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à sua hermenêutica constitucional, não permite que simplesmente sejam copiados os desenvolvimentos teóricos da doutrina norte-americana. Por exemplo, Sunstein e Stewart estavam preocupados, em essência, com a interpretação que tribunais dariam às normas regulatórias. No Brasil, por outro lado, o escopo de intervenção do judiciário nos atos de agências reguladoras – ou do CADE - parece bastante reduzido, conforme demonstrado em precedente do STF citado no primeiro capítulo.

Em ambos os ordenamentos, a Constituição Federal é importante fonte dos princípios e finalidades que guiarão a regulação. Contudo, se a Constituição norte-americana é sintética e descreve alguns poucos princípios norteadores do direito público, este não é o caso da Constituição brasileira. A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição analítica da qual se extraem numerosos princípios, implícitos e explícitos, informadores do direito público. Além disso, a Constituição americana é reconhecidamente liberal, de modo que Stewart recorreu aos princípios teóricos do liberalismo para encontrar as finalidades da regulação. Nossa Constituição, no entanto, é tanto liberal quanto social, incluindo direitos fundamentais e princípios das ordens econômica e social. Dito isso, uma teoria jurídica material da regulação adequada ao

direito público brasileiro deverá recorrer a referenciais jurídicos que abarquem a ambivalência liberal-social do Estado brasileiro.

Aranha propõe a Teoria Institucional da Regulação, que parte dos mesmos pressupostos enunciados no capítulo 1 deste trabalho e que identifica na regulação a função de proteger a conformação objetiva dos direitos fundamentais. Nas palavras do autor, esta teoria “vai além (da teoria americana social da regulação) para firmar a razão de ser da regulação como apoiada na materialização de direitos fundamentais, inscrita nas garantias institucionais que os cercam e aberta à nova racionalidade material que rege o Estado Regulador de cunho reflexivo” (ARANHA, 2019, p. 98).

Assim como a Teoria Social da Regulação, a Teoria Institucional irá advogar “a insuficiência da análise econômica centrada na potencialização dos interesses dos atores privados envolvidos em um mercado regulado” (ARANHA, 2019, p. 98). Isto porque os direitos fundamentais inscritos na CRFB/88 não se restringem às liberdades individuais características do Estado Liberal, constituindo um rol mais amplo de direitos, entre eles direitos sociais e coletivos. Cabe à literatura especificar quais direitos fundamentais são protegidos pela regulação de cada setor de atuação do Estado. Para os fins deste trabalho, seria fundamental que a literatura houvesse especificado quais os direitos fundamentais a serem protegidos pela regulação da concorrência. Como veremos no próximo capítulo, os objetivos do antitruste costumam ser reduzidos, na literatura antitruste, à correção de falhas de mercado ou à maximização do bem-estar dos consumidores.

Importante mencionar que o princípio da supremacia do interesse público, presente na doutrina do direito administrativo brasileiro, não representa uma afronta aos direitos fundamentais. Para Pietro (2010, p. 99-100), o princípio funciona como uma proteção aos direitos fundamentais do homem. Ainda segundo ela, em todos os institutos de direito administrativo, incluindo o princípio da supremacia do interesse público, está presente o binômio autoridade-liberdade. Nas palavras da autora, “a Administração pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder” (PIETRO, 2010, p. 100). Em aproximação grosseira, esse binômio pode ser entendido como uma manifestação da racionalidade reflexiva do Estado Regulador, segundo a qual Estado e particulares co-participam do alcance do interesse público.

Em síntese, este trabalho enfocará o conteúdo da regulação a partir da perspectiva de que a justificativa da regulação, em face da Constituição Federal, está situada na proteção e promoção de direitos fundamentais objetivados. No próximo capítulo, adentrar-se-á na Lei nº 12.529/2011, que disciplina a regulação da concorrência no Brasil e no debate, da literatura antitruste, quanto aos objetivos da regulação da concorrência. O desafio, ao final deste trabalho, é o de encontrar quais princípios e objetivos encontram-se refletidos nas decisões do CADE, de forma a informar estudos posteriores quanto aos princípios e objetivos que deveriam estar refletidos em tais decisões.

4. A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A regulação da concorrência, espécie de regulação de caráter geral, é disciplinada no Brasil ao menos desde 1945, ano em que foi editada a “Lei Malaia” (Dec. -lei 7.666/45). Dentre os motivos que levam este diploma normativo a ser considerado o embrião do atual modelo de defesa da concorrência, estão a sistematização da repressão ao abuso de poder econômico - que antes era efetuada por leis esparsas -, a natureza administrativa dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei e a centralidade dos efeitos das condutas para que elas fossem consideradas ilícitas. Esse decreto-lei, no entanto, não superou três meses de vigência, sendo revogado logo após a queda de Getúlio Vargas. As inovações trazidas pela Lei Malaia apenas foram retomadas em 1962 a partir da promulgação da Lei nº 4.137 (FORGIONI, 2012, p. 107-109).

A Lei nº 4.137/62 foi a primeira lei de defesa da concorrência a ter tempo suficiente de vigência para alcançar alguma eficácia, mas ainda assim sua eficácia foi bastante limitada. A lei manteve bom parte da estrutura institucional da regulação concorrencial e criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, primeira autoridade de defesa da concorrência completamente funcionante. Durante a ditadura militar, período em que o Estado atuou de forma mais direta na economia, pouca atenção foi conferida à proteção da concorrência, tendo o governo militar inclusive se oposto à ideia de restringir concentrações. Somente após a redemocratização do país na década de 1980 e o processo de liberalização da economia na década seguinte é que a regulação da concorrência no Brasil passou a apresentar significativa eficácia (TODOROV e FILHO, 2012, p. 222-224).

Em 1994, a Lei nº 4.137/62 foi revogada pela Lei nº 8.884, que transformou o CADE em uma autarquia com autonomia decisória e estabeleceu, com base na experiência de outros países, mecanismos mais efetivos no controle de condutas e estruturas (NETO e CASAGRANDE, 2016, p. 24). Em termos institucionais, esta lei aproximou a regulação da concorrência da regulação setorial, haja vista a semelhança entre o CADE, enquanto órgão administrativo autônomo e especializado, e agências reguladoras setoriais. Esse formato institucional destoa do “judicialismo” observado nos Estados Unidos, em que as decisões relativas à aplicação das leis de defesa da concorrência ocorrem no âmbito do judiciário (FORGIONI, 2012, p. 107). Trata-se de

mais uma razão para que estudiosos do direito da concorrência brasileiro recorram, em algumas situações, à literatura de direito regulatório ao invés da literatura antitruste norte-americana.

4.1. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)

Em 2005, o Poder Executivo Federal apresentou Projeto de Lei visando reformular o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência instaurado pela lei nº 8.884/94. Após extenso processo legislativo, foi promulgada a Lei nº 12.529/2011 (LDC), que disciplina o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A nova lei trouxe várias inovações procedimentais e institucionais, mas manteve a redação da lei anterior no que tange ao direito material (FORGIONI, 2012, p. 126).

Quanto à estrutura do SBDC, a principal mudança realizada pela Lei nº 12.529/2011 foi a unificação das “funções de investigação dos casos de conduta, instrução de atos de concentração e decisão final” no CADE. Atualmente, o CADE é composto pela Superintendência-Geral (SG), pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica - responsável pela função de julgamento - e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE). A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) foi integrada à SG, que concentra os poderes de investigação e instrução. O DEE se dedica à produção de pareceres e estudos econômicos “zelando pelo rigor e atualização técnica e científica” necessários às decisões do Tribunal (CARVALHO e LIMA, 2012, p. 22-24). A criação do DEE, enquanto departamento dotado de *expertise* técnica, consiste em mais uma aproximação entre a regulação da concorrência e a regulação setorial.

Em termos procedimentais, muitas foram as mudanças trazidas pela nova lei. Em primeiro lugar, foi introduzido o sistema de análise prévia de atos de concentração, alinhando o controle de estruturas da LDC com as diretrizes internacionais. Além disso, com vistas a aumentar a eficiência e a celeridade dos processos que tramitam na autarquia, foram reduzidos os prazos para que o CADE julgue atos de concentração e processos administrativos. Por fim, também foram adotados novos critérios e

parâmetros para a notificação de atos de concentração, para a aplicação de multas e para a concessão de leniências (CARVALHO e LIMA, 2012, p. 26-32).

Do ponto de vista material, como já enfatizado, a Lei nº 12.529/2011 não alterou o que já estava previsto na Lei nº 8.884/94. Para os fins deste trabalho, serão de especial importância os dispositivos que tratam das infrações à ordem econômica, dos princípios que orientam a lei e dos critérios a serem adotados pelo CADE para a autorização de concentrações econômicas.

Em síntese, o CADE regula as concentrações entre agentes econômicos, no chamado controle de estruturas, e as práticas - coordenadas ou unilaterais - anticompetitivas, no chamado controle de condutas. No controle de estruturas, é necessário que as empresas envolvidas numa operação notifiquem o CADE antes de efetivar a concentração empresarial. Feito isso, o CADE avalia se a operação restringirá a concorrência ou possibilitará o exercício abusivo de poder de mercado pela empresa resultante e, ao final, aprova, reprová ou aprova com restrições a operação. Já no controle de condutas, cabe ao CADE instaurar processos administrativos para investigar e julgar possíveis condutas anticompetitivas. Quando as condutas dizem respeito a acordos entre concorrentes - acordos horizontais/cartéis - ou acordos entre empresas de diferentes etapas de uma mesma cadeia produtiva - acordos verticais -, recebem o nome de práticas coordenadas. Se a conduta é praticada por uma única empresa detentora de significativo poder de mercado, trata-se de conduta unilateral ou abuso de posição dominante.

O art. 36 da LDC é responsável por disciplinar quais atos configuram ilícitos anticompetitivos. Em se tratando do controle de estruturas, o art. 36 deve ser lido em conjunto com os arts. 88 e 90, que dispõem sobre quais concentrações empresariais são de notificação compulsória e quais os critérios para que uma operação seja aprovada mesmo que diminua a concorrência em seu mercado. Os três artigos se caracterizam por uma tipificação aberta e baseada nos efeitos das condutas dos agentes econômicos sobre a concorrência (NETO e CASAGRANDE, 2016, p. 15). Isso significa que, na prática, é o Tribunal do CADE, por meio de suas decisões, que confere os contornos dos tipos abertos presentes na lei. Por exemplo, o inciso IV do art. 36 diz que “exercer de forma abusiva posição dominante” é uma infração à ordem econômica, mas deixa para o CADE a definição dos limites concretos do que constitui “abuso”. Diante disso, Forgioni afirma que o “Direito da Concorrência é o túmulo do positivismo” (FRAZÃO,

2017, p. 19). Do ponto de vista da Teoria Jurídica da Regulação, entretanto, essa relativa discricionariedade do CADE na aplicação da LDC é uma manifestação da natureza regulatória - de administração da lei - do Direito da Concorrência.

Ao aplicar os arts. 36, 88 e 90 da LDC, o Tribunal do CADE deve considerar o que diz o art. 1º da lei, segundo o qual a LDC será “[...] orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Como bem observa Jasper (2019, p. 179), este dispositivo simplesmente reproduz quatro princípios constitucionais (arts. 1º e 170 da Constituição Federal) e uma conduta - abuso do poder econômico - que a própria Carta Magna, em seu art. 173, § 4º, estipulou que fosse reprimida por norma infraconstitucional. Disso resulta que, ao editar a LDC e atribuir ao CADE a competência para aplicá-la, o legislador buscou enfatizar que a interpretação da lei, em especial quanto ao art. 36, deveria obedecer aos mandamentos constitucionais referentes à ordem econômica.

Isso, no entanto, não é o que parece ocorrer na prática. Ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/94, Schuartz (2009, p. 2) escreveu que “os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional”, de tal modo que “a fundamentação das decisões tem dispensado quaisquer referências aos princípios constitucionais expressos, inclusive, no art. 1º da Lei (LDC)”. No próximo capítulo, serão analisadas decisões do CADE para que a hipótese de Schuartz – desconstitucionalização do direito da concorrência – seja colocada à prova. A devida compreensão do debate quanto ao conteúdo da fundamentação de decisões do CADE, no entanto, ainda depende de uma exposição da evolução da doutrina antitruste nos Estados Unidos e da forma como ela foi incorporada à prática institucional do CADE ao longo das últimas décadas.

4.2. Evolução da teoria antitruste nos EUA e implicações no Brasil

Desde o *New Deal* até o início da década de 1970, os acadêmicos da escola de organização industrial de Harvard foram as principais referências para as autoridades norte-americanas de defesa da concorrência. A “Escola de Harvard” utilizava a teoria

estruturalista, que parte do pressuposto de que o poder de mercado - ou nível de concentração do mercado - é o principal determinante de condutas e efeitos anticompetitivos (CARVALHO e LIMA, 2012, p. 13-14). Sob essa ótica estruturalista, a interpretação dos tipos abertos do direito antitruste tende a uma maior intervenção sobre concentrações de poder econômico, o que significa uma ênfase no controle de estruturas e no controle de condutas unilaterais.

A Escola de Harvard, portanto, “influenciou metodologias de análise baseadas fortemente em estrutura e em regras *per se* para condutas anticompetitivas, dispensando a comprovação de efeitos anticompetitivos para derivar ilicitude” (RAGAZZO, 2013, p. 12). As regras *per se* resultam em um maior grau de intervencionismo antitruste nas grandes corporações, de modo que fortes reações surgiram no meio empresarial em relação ao *enforcement* antitruste norte-americano das décadas de 1950 e 1960. Além dessa ênfase na ilicitude *per se* de grandes concentrações econômicas, a Escola de Harvard também pode ser responsabilizada pelo início de análises econômicas aplicadas ao direito antitruste. Mais precisamente, há quem atribua a origem da “economização” do antitruste a Donald Turner, um dos mais influentes economistas da Escola de Harvard, que foi líder da divisão antitruste do Departamento de Justiça norte-americano na década de 1960 (BOUGETTE, DESCHAMPS e MARTY, 2015, p. 333). Desde então, o direito antitruste norte-americano nunca mais abandonou o que se pode chamar de abordagem econômica, apenas adotou diferentes formas dela.

A partir da década de 1970, um novo movimento ganhou força nos Estados Unidos questionando o “ativismo antitruste das décadas anteriores” e propugnando que fosse encontrado um critério que garantisse “coerência e previsibilidade” ao antitruste. Este movimento foi chamado de “Escola de Chicago” e o critério por eles defendido foi o da eficiência econômica - nas dimensões produtiva e alocativa. Para representantes da Escola de Chicago, o foco do antitruste deveria ser a maximização da eficiência econômica, a qual Bork associou ao “bem-estar do consumidor”. Bork, “cuja obra *The antitrust paradox* é praticamente um divisor de águas entre as anteriores concepções do Direito da Concorrência e o entendimento que viria a ser consolidado pela Escola de Chicago”, na verdade, estava se referindo ao “bem-estar total” – excedente total - e não ao “excedente do consumidor” da teoria microeconômica (FRAZÃO, 2017, p. 39). Dito de outro modo, a maximização do “bem-estar total” seria, para Bork, a finalidade primordial do direito da concorrência.

Ainda segundo a perspectiva da Escola de Chicago, as demais finalidades que vinham sendo atribuídas à defesa da concorrência deveriam ser perseguidas por outros órgãos de Estado, restando ao antitruste apenas o objetivo de maximizar a eficiência econômica. Ademais, essa preocupação com a eficiência significa ainda que intervenções antitruste apenas se justificam se houver a comprovação de que determinada operação ou conduta resultaria em maiores preços ao consumidor. Quaisquer argumentos fundamentados em elementos estranhos à ciência econômica deveriam ser evitados (BOUGETTE, DESCHAMPS e MARTY, 2015, p. 335). Na década de 1990, os pressupostos da Escola de Chicago já haviam adentrado o antitruste norte-americano, de forma que as autoridades se tornaram mais permissivas a operações que gerassem concentração de mercado e praticamente abandonaram as regras *per se* (RAGAZZO, 2013, p. 12-13). Houve então uma retração do intervencionismo antitruste.

Como é possível observar pela exposição acima, o período histórico em que a legislação antitruste brasileira começou a ser aplicada de maneira significativa - década de 1990 – coincide com o período em que a Escola de Chicago adquiriu protagonismo no cenário norte-americano. Afirma Ragazzo (2013, p. 14) que a influência dessa escola antitruste é marcante tanto no Guia Brasileiro de Análise de Atos de Concentração Horizontal, quanto na jurisprudência brasileira relativa a casos de preço predatório. Acrescenta ainda que o direito concorrencial brasileiro vem “sofrendo fortes influências dos fundamentos teóricos das escolas americanas” (RAGAZZO, 2013, p. 9). A preocupação diante desse cenário decorre do risco de uma aplicação irrefletida de teorias formuladas em outro contexto social e num período histórico específico.

. De um lado, a Escola de Harvard olha para empresas detentoras de posição dominante com desconfiança, pressupondo que elas aproveitariam o poder de mercado para elevar os preços ou para excluir possíveis concorrentes do mercado. Por outro lado, a Escola de Chicago olha para essas mesmas empresas com otimismo, partindo da premissa de que elas utilizariam de seus ganhos de escala para reduzir os preços. De qualquer forma, é certo que ambas as escolas supracitadas têm influência até hoje nos atos e decisões de autoridades antitruste. No próximo capítulo, será observada a influência que cada uma delas tem exercido nas decisões do Tribunal da CADE.

Nos Estados Unidos, já é possível observar o surgimento de um movimento Pós-Chicago, que refuta determinadas conclusões teóricas da Escola de Chicago - como no

caso de condutas anticompetitivas de caráter estratégico - e critica a eficiência como “objetivo último” do direito da concorrência (RAGAZZO, 2013, p. 15). Essa escola, no entanto, não será aprofundada, haja vista que ainda não está devidamente caracterizada na doutrina antitruste. Na próxima seção, expõe-se os termos do debate acerca das finalidades do antitruste, novamente reavivado por acadêmicos dos Estados Unidos, da Europa e do Brasil.

4.3. O debate acadêmico acerca dos objetivos da regulação da concorrência

Em 1980, Kauper (1980, p. 408) escreveu que a controvérsia acerca dos objetivos das leis antitruste nunca havia sido maior do que na década anterior (1970). Disse ainda que o debate reside na dúvida de se a preservação da concorrência reflete valores para além da maximização da eficiência econômica. Transcorridos 38 anos desde a publicação do referido texto, Foer e Durst (2018, p. 494) afirmam que os objetivos do antitruste estão sendo reavaliados de modo mais amplo do que em qualquer momento da geração anterior. O que se pretende demonstrar com a referência a tais autores é que nunca parece ter havido um consenso acerca das finalidades do direito da concorrência. Além disso, é importante destacar a proximidade substantiva deste debate com aquele ocorrido no âmbito da teoria material da regulação - detalhado no capítulo 2 - em que Stewart afirma a existência de objetivos não-econômicos para a regulação. Sem a pretensão de solucionar esse impasse de mais de um século, serão aqui apresentados os contornos da controvérsia.

A posição majoritária quanto aos objetivos do antitruste ainda parece ser aquela defendida pela Escola de Chicago, segundo a qual a proteção da concorrência visa a maximização da eficiência econômica. Quarenta anos atrás, Kauper (1980, p. 420) apontou que a “doutrina antitruste está se movendo na direção de uma política antitruste exclusivamente orientada pela eficiência” e, recentemente, Foer e Durst (2018, p. 495) afirmaram que “desde a eleição do presidente Ronald Reagan, a força teórica dominante no antitruste norte-americano tem sido a Escola de Chicago de *Law and Economics*, com sua ênfase em microeconomia, eficiência e o que passou a ser chamado de antitruste do bem-estar do consumidor”. Ao tratar do direito da concorrência na União Europeia, Odudu (2010, p. 601) resume que “tanto o objetivo quanto o método de

análise antitruste defendidos pela Escola de Chicago fornecem a lente padrão por meio da qual o empreendimento antitruste moderno é observado”.

Para Odudu (2010, p. 601), esse objetivo é a maximização do “bem-estar do consumidor” - um sinônimo de eficiência - e o método de análise é a microeconomia, em que altos preços e baixa produção são tidos como ineficiências. Em essência, o principal argumento a embasar este ponto de vista é o de que a eficiência constitui um objetivo preciso, quantificável e legítimo, reduzindo incertezas e interferências políticas nas decisões das autoridades de defesa da concorrência (KAUPER, 1980, p. 422). A microeconomia é o método por meio do qual o objetivo da regulação da concorrência seria alcançado. Adotados esses pressupostos, defende-se que o direito da concorrência se tornaria coerente e consistente, fornecendo a previsibilidade necessária aos agentes privados para que planejem seus investimentos e condutas no ambiente do mercado.

Essa posição majoritária, de natureza essencialmente pragmática e consequencialista, afasta o direito da concorrência de discussões eminentemente jurídicas. Isso porque, se a aplicação da lei de defesa da concorrência depende apenas dos cálculos econômicos – da microeconomia -, o processo decisório desloca-se para dentro da microeconomia. No próximo capítulo, avaliar-se-á em que medida o processo decisório do CADE se desloca de argumentos jurídicos para cálculos econômicos.

As premissas da Escola de Chicago, curiosamente, “detém mais influência no direito antitruste do que tiveram na economia” (MARTIN, 2007, p. 41). Em verdade, “a teoria econômica formal hoje rejeita as principais conclusões da teimosa Escola de Chicago” (MARTIN, 2007, p. 40). Se na própria literatura econômica os pressupostos da Escola de Chicago não são dominantes, é de se esperar que juristas do direito antitruste também questionem tais pressupostos. Um dos alvos principais das várias críticas recentes à Escola de Chicago é justamente o objetivo por ela imposto à regulação da concorrência.

Na doutrina brasileira, Ana Frazão (2017, p. 29) é enfática ao afirmar que “a principal razão da referida desconstitucionalização do Direito da Concorrência seria a ampla e irrefletida aceitação dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago[...]”. A autora defende que são necessárias a aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição e a abertura do antitruste quanto aos seus propósitos e

metodologias – para além da economia antitruste. Esse ponto de vista é representativo do movimento recente, não apenas no Brasil, mas também nos Estados Unidos, de crítica à redução do escopo do antitruste à eficiência econômica. Acadêmicos e autoridades apontam o fracasso da eficiência - “bem-estar do consumidor” - enquanto critério preponderante da análise antitruste. Alguns propósitos do antitruste que, segundo Frazão (2017, p. 70), ganham destaque no contexto brasileiro são “a proteção do consumidor, a redução da pobreza, a proteção da inovação e o combate à corrupção”.

Enquanto muitos dos críticos à Escola de Chicago seguem a linha de Frazão e afirmam que o antitruste tem múltiplas finalidades (FOER e DURST, 2018; PARRET, 2012), sendo a concorrência um meio, outros preferem posicionar a finalidade do antitruste na proteção do “processo competitivo” enquanto um fim em si (WU, 2018). Todavia, na prática não há significativa diferença entre as conclusões dessas duas correntes, pois o processo competitivo costuma conduzir às múltiplas finalidades do antitruste. Para os fins deste trabalho, portanto, será suficiente citar algumas dessas posições alternativas ao “paradigma da eficiência” como integrantes de um mesmo movimento de redefinição do(s) objetivo(s) da regulação da concorrência.

Na doutrina norte-americana, Tim Wu é uma das vozes mais influentes no atual debate acerca dos objetivos do antitruste. Para Wu (2018, p. 95), juízes e advogados da concorrência não deveriam buscar medir os efeitos de transações e condutas complexas sobre uma variável econômica como o “bem-estar do consumidor”. Ao invés disso, deveriam se preocupar com uma entidade mais adequada ao direito, a dizer, o processo competitivo. Segundo ele, a proteção da concorrência enquanto proteção de um processo “está baseada na premissa de que o sistema jurídico geralmente é mais apto à proteção de um processo do que ao objetivo mais ambicioso de maximizar um valor abstrato como o bem-estar ou a riqueza” (WU, 2018, p. 95). Em uma demonstração de como a proteção da concorrência resulta em fins mais amplos, como a proteção da democracia, Wu (2018, p. 97) lembra que, assim como a Constituição, as leis antitruste também se destinam à limitação do poder. Enquanto a primeira tem foco na limitação do poder público, as últimas têm como cerne a limitação do poder privado. Desse ponto de vista, o que a Escola de Chicago fez foi ignorar os riscos inerentes à concentração de poder nas mãos de agentes privados.

Já na literatura europeia, Laura Parret (2012, p. 64) fornece uma interessante compilação dos “diferentes objetivos que podem ser atribuídos ao sistema de direito concorrencial da UE, apresentando-os de modo a demonstrar que todos exerceram, e ainda exercem, um papel mesmo que muitos sejam raramente citados hoje”. Dentre os múltiplos objetivos do direito da concorrência, a autora cita a integração do mercado comum europeu, a proteção da liberdade econômica, a eficiência econômica, a implementação de políticas industriais, a proteção de pequenas e médias empresas, a proteção do consumidor e a promoção da justiça e da não-discriminação. Em síntese, a autora diz que tentar reduzir os objetivos do direito da concorrência a “um único objetivo não é desejável e nem realista” (PARRET, 2012, p. 82).

Diante do exposto, resta claro que o debate acadêmico acerca dos objetivos do direito concorrencial está longe de um consenso. Mesmo as vozes que criticam o objetivo defendido pela Escola de Chicago não formam um conjunto preciso de finalidades que possam ser definidas como um “novo paradigma” de análise antitruste. Seria interessante, por exemplo, que a Teoria Institucional da Regulação fosse utilizada em uma análise normativa de quais direitos fundamentais deveriam ser protegidos e promovidos pela regulação da concorrência. Este, no entanto, não é o objetivo do presente trabalho.

Quaisquer posições doutrinárias a respeito dos objetivos do antitruste apenas terão impacto real se exercerem influência sobre as autoridades responsáveis pela interpretação e aplicação das leis de defesa da concorrência. Em outras palavras, o estabelecimento de qualquer “novo paradigma” antitruste no Brasil depende de como o CADE interpreta a LDC e quais objetivos ele privilegia em suas decisões. O próximo capítulo tem por objetivo inferir, por meio de decisões recentes do CADE, quais critérios têm sido utilizados e quais finalidades têm sido enfocadas nos últimos anos pela autoridade antitruste brasileira.

5. ANÁLISE DE DECISÕES DO CADE: O “TRIBUNAL BARRETO”

No capítulo anterior, demonstrou-se que, quando o direito da concorrência é observado em sua dimensão material, há forte dissenso no que tange aos critérios e objetivos que deveriam balizar as decisões das autoridades antitruste. Uma característica desse dissenso é a de que os acadêmicos pouco remetem às decisões efetivamente proferidas pelos órgãos de defesa da concorrência, permanecendo o debate numa dimensão abstrata. Em outras palavras, o “dever-ser” do antitruste tem sido debatido sem um aprofundado e anterior debate acerca do “ser”. Em face disso, este capítulo é dedicado à análise dos fundamentos decisórios nos quais o Tribunal do CADE tem embasado suas decisões recentes e dos objetivos que tais fundamentos refletem. Mais precisamente, buscar-se-á a *ratio decidendi* das decisões do Tribunal a fim de se inferir os critérios e objetivos *observáveis* da regulação da concorrência no Brasil.

A escolha do Tribunal do CADE como instância a ser estudada decorre de sua proeminência no SBDC. Esta proeminência é resultado do fato de o Tribunal ser a última instância decisória do CADE e da estreita margem de revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário. Como já afirmado, o STF se posicionou no sentido de que as decisões do Tribunal do CADE apenas podem ser revisadas pelo Judiciário para controle de legalidade e abusividade. Dito isso, não resta dúvida de que o Tribunal do CADE é o principal órgão responsável pela definição dos critérios e objetivos a serem privilegiados na regulação da concorrência no Brasil.

5.1. Metodologia

Este trabalho se utiliza de uma metodologia comum na literatura jurídica norte-americana, que envolve a análise das decisões proferidas por um tribunal durante o mandato de um presidente específico. Isso facilita a definição do marco temporal e permite uma uniformidade para estudos subsequentes. Um exemplo emblemático é o “Tribunal Warren” (*Warren Court*), correspondente à atuação da Suprema Corte dos Estados Unidos no período em que foi presidida por Earl Warren. O “Tribunal Warren” durou 15 anos - 1953 a 1969 - e se caracterizou por uma postura bastante progressista,

a ponto de alguns autores afirmarem ter ocorrido uma Revolução Constitucional. Do ponto de vista do antitruste, o “Tribunal Warren” foi responsável pela “implementação de múltiplos objetivos de política antitruste” (FREYER, 2009, p. 348). Os expoentes da Escola de Chicago são grandes críticos do “Tribunal Warren”, justamente pela ampliação dos objetivos da regulação da concorrência para muito além da eficiência econômica.

O período escolhido para a presente análise é o mandato do presidente Alexandre Barreto de Souza, compreendido entre os dias 22/06/2017 e 21/06/2021. Este recorte temporal será chamado de “Tribunal Barreto”. Convém ressaltar que, no atual momento de escrita, apenas poderão ser analisadas as decisões emitidas até 12/04/2021, o que não impede que a análise seja estendida até dia 21/06/2021 em uma revisão futura. Em síntese, somente serão estudadas as decisões emitidas pelo Tribunal do CADE entre 22/06/2017 e 12/04/2021.

Serão excluídas da base empírica deste trabalho as decisões relativas a condutas coordenadas, tais como cartéis e condutas comerciais uniformes. O motivo para a exclusão é que tais condutas são repudiadas por todas as escolas do antitruste. Quaisquer que sejam os critérios ou objetivos utilizados pela Corte, as condutas coordenadas serão consideradas ilícitas (RAGAZZO, 2013, p. 9). Em regra, são ineficientes e não geram maiores discussões de direito material, restando apenas discussões processuais ou probatórias. Dito isso, opta-se pela análise das decisões referentes a atos de concentração e condutas unilaterais, temas mais controversos na doutrina. A controvérsia decorre da possibilidade de que uma operação ou conduta resulte em eficiências que justifiquem uma restrição da concorrência.

Além dos recortes já mencionados, serão também excluídas da análise as decisões, em sede de controle de estruturas, que resultaram em aprovação sem restrições. Nesses casos, é como se o CADE optasse por não intervir em determinado mercado, entendendo que o ato de concentração não ameaça significativamente a concorrência. Esse recorte se deve ao grande número de aprovações sem restrições realizadas. Outros processos interrompidos antes da decisão final, por motivos como perda de objeto, também serão excluídos da base empírica. Ao final da seleção da base empírica deste trabalho, restaram 26 decisões referentes a Atos de Concentração e 18 decisões relativas a condutas unilaterais a serem analisadas. A filtragem desses casos foi efetuada na plataforma *online* “CADE em números”.

Outrossim, é importante destacar as limitações inerentes à busca pela *ratio decidendi* das decisões, haja vista que costuma estar entremeada na argumentação dos votos. O método aqui adotado consiste na extração dos fundamentos do voto vencedor dos casos analisados, de modo que serão privilegiados os motivos explícitos do voto. De posse da motivação das decisões, será então possível realizar uma discussão não apenas dos critérios e premissas que têm guiado as decisões do CADE na prática, como também dos objetivos efetivamente pretendidos pela regulação da concorrência.

5.2. Resultados em Atos de Concentração

A tabela abaixo elenca os mais relevantes dentre os casos selecionados e resume os fundamentos decisórios neles presentes. Para uma tabela completa com todos os casos analisados, conferir o Anexo A deste trabalho.

Tabela 1 - Casos mais relevantes em ACs

Nº do Processo	Data decisão Tribunal	Mérito Tribunal	Termos do Acordo	Fundamentos da decisão
08700.000827/2020-90	25/11/2020	ACC	a) Desinvestimentos: Transferência de unidades produtivas das requerentes à NGB e à Fogás, alienação de ativos; b) Rearranjo societário	a) Aumento da concentração em mercado historicamente oligopolizado; b) Mercado caracterizado por níveis elevados de barreiras de entrada; c) Baixo nível de rivalidade na maioria dos Estados; d) Mercado com alto potencial e histórico de coordenação; e) Falta de comprovação das eficiências e de geração de benefícios aos consumidores.
08700.001227/2020-49	23/12/2020	ACC	a) Proibição de novos atos de concentração nesse mercado (Sergipe, Alagoas, Bahia, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte) por tempo determinado; b) Após esse período, notificar todos os atos de concentração por mais alguns anos.	a) Sobreposição horizontal em mercado com histórico recente de concentrações; b) Entrada tempestiva, porém pouco provável; c) Ausência de postura competitiva e rivalidade entre as empresas dos mercados; d) Alto potencial de exercício de poder de mercado; e) Risco de coordenação dos poucos players no mercado; f) Movimento histórico de eliminação da franja competitiva por parte das 3 maiores empresas do mercado.

08700.002346/2019-85	24/06/2020	ACC	<p>a) Alienação a uma OPS concorrente parcela significativa de suas carteiras de planos coletivos empresariais; b) Múltiplos remédios comportamentais em relação aos concorrentes por prazo determinado</p>	<p>a) Alta sobreposição horizontal na maioria dos mercados; b) Existência de integrações verticais que fortalecem a posição dominante das empresas no mercado c) Mercados verticalizados que reduzem possibilidade de entrada e de rivalidade; d) Mercado com economias de escala e <i>sunk costs</i> que criam barreiras à entrada; e) Falta de comprovação de eficiências decorrentes da operação e de transferência das eficiências aos consumidores; f) Mercados com histórico de baixa rivalidade.</p>
08700.005705/2018-75	23/05/2019	ACC	<p>a) Remédio Comportamental: Oferecer novo produto e investir na região de Sorocava de forma a manter padrões atuais usufruídos pelos consumidores, Comprometimento de não-discriminação dos concorrentes</p>	<p>a) Sobreposição Horizontal relevante em 2 mercados; b) Integração Vertical entre esses 2 mercados; c) Baixa rivalidade e consideráveis barreiras de entrada nesses mercados; d) Eficiências insuficientes para compensar os potenciais danos da operação; e) Mercado com histórico de concentrações.</p>
08700.001390/2017-14	24/10/2017	ACC	<p>a) Separação estrutural total entre Sky brasil e as Programadoras de Canais TW; b) Remédios Comportamentais: Compromisso de não-discriminação do acesso aos canais de programação da TW às Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura; c) Estabelecimento de um consultor de monitoramento independente que elaborará relatórios semestrais sobre as atividades das compromissárias; d) Previsão de cláusula arbitral para os conflitos entre programadoras ou</p>	<p>a) Sobreposição horizontal na atividade de licenciamento/programação; b) Integração vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky; c) Possibilidade de fechamento dos mercados à montante e à jusante da integração vertical; d) Possibilidade de aumento na coordenação entre agentes do mercado; e) Eficiências pouco prováveis e não quantificadas, bem como não restou demonstrado de que forma elas seriam específicas da operação e repassadas aos consumidores; f) Mercado com histórico de concentração acentuada.</p>

			prestadoras de TV por assinatura e a AT&T	
08700.007553/2016-83	24/10/2017	Reprovação	Não houve acordo	a) Sobreposição horizontal nos mercados de abate no Estado de Goiás e de comercialização de carne in natura em atacado no Brasil; b) Existência de elevadas barreiras à entrada; c) Nenhuma entrada observada nos últimos 3 anos; d) Maioria das variáveis analisadas indicam um baixo nível de rivalidade no setor, o que, somado às elevadas barreiras à entrada, conduz a uma alta probabilidade de exercício de poder de mercado; e) Não se verificaram eficiências e não se aplica a teoria da failing firm defense ao caso.

Fonte: Elaboração Própria

Da análise dos casos, infere-se que os fundamentos utilizados pelo Tribunal para justificar a intervenção do CADE em operações que envolvem fusões e aquisições são: (1) Aumento significativo da concentração no mercado relevante ($HHI > 2500$ e $\Delta HHI > 200$); (2) Baixo potencial de entrada de novos concorrentes no mercado - presença de barreiras de entrada ou histórico de poucas entradas no setor; (3) Ausência de sinais de rivalidade ou de franja competitiva; (4) Alto risco de coordenação entre os participantes do mercado; (5) Ausência de eficiências decorrentes da operação ou de incentivos para que eventuais eficiências sejam repassadas aos consumidores; (6) Risco de fechamento de mercado por integração vertical; (7) Histórico de concentrações no mercado relevante.

Esses fundamentos sugerem que, no que tange às decisões do Tribunal do CADE em sede de Atos de Concentração, há um padrão decisório decorrente da utilização do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (2016) como metodologia na elaboração dos votos. Em síntese, o Guia dispõe que a análise seja dividida nas seguintes etapas: (i) Delimitação do Mercado Relevante (MR); (ii) Aferição do nível de concentração no MR; (iii) Análise das condições de entrada, de

rivalidade e de poder de portfólio no MR; (iv) Avaliação da probabilidade de coordenação no MR; (v) Ponderação dos ganhos de eficiência decorrentes da operação; (iv) Se necessário, uso de métodos alternativos para mercados específicos (*e.g.* eliminação de mavericks ou mercado de dois lados). Evidente que o Tribunal do CADE tem aplicado sistematicamente o referido Guia.

5.3. Resultados em Condutas Unilaterais

A tabela abaixo elenca os mais relevantes dentre os casos selecionados e resume os fundamentos decisórios neles presentes. Para uma tabela completa com todos as decisões analisadas, conferir o Anexo B deste trabalho.

Tabela 2 - Casos mais relevantes em Condutas Unilaterais

Nº do Processo	Representado	Fundamentos da decisão	Conduta (s) Imputada(s)	Resultado
08700.005499/2015-51	Tecon Suape S.A.	a) Relação de dependência dos recintos alfandegados independentes em relação aos operadores portuários, o que possibilitaria a cobrança de preços por serviços em duplicidade, sem contrapartida ou então sem haver justificativa razoável para fazê-lo; b) Inequívoco o poder de mercado da Representada no que diz respeito ao mercado de movimentação de contêineres, visto que é monopolista de tal atividade no Porto de Suape/PE, e ao mercado de armazenagem de contêineres, em que possui participação expressiva; c) A Representada não logrou êxito em demonstrar de forma cabal que a cobrança do SSE decorre de custos adicionais e dissociados dos serviços abrangidos pela box rate e remunerados pelo THC; d) Representada se beneficia de sua posição monopolista no mercado de movimentação de contêineres para impor a cobrança do SSE aos recintos alfandegados independentes, com o objetivo de elevar os custos e de dificultar a atuação de seus competidores no mercado de armazenagem de contêineres; e) Uma interpretação extensiva (do art. 36 da LDC) possibilita enquadrar tal prática na conduta de “aumento arbitrário dos lucros”; f) A Tecon	a) Abuso de poder dominante no mercado de armazenagem de carga mediante a cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como Terminal Handling Charge 2 (“THC2”) ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres (“SSE”)	Condenação

		<p>não cobra o SSE quando o serviço de armazenagem é por ela realizado, mas tão somente quando a armazenagem é feita pelos recintos alfandegados independentes, dinâmica discriminatória esta que a Representada não foi capaz de justificar.</p>		
08012.010483/2011-94	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	<p>a) Google tem posição dominante no mercado de buscas gerais; b) Concluiu que não estão reunidos os requisitos para considerá-los uma estrutura essencial, especialmente porque existem substitutos eficazes para os PLAs e para a página de resultados do Google; c) Também foi possível concluir que não resta configurada recusa de venda a concorrentes. Tal fato se dá porque comparadores de preço podem inclusive comprar e dar lances (bidar) por PLAs, desde que atendidas as funcionalidades essenciais para esse produto; d) Tampouco foi caracterizada a conduta de venda casada, porque o feed de dados requisitado para a veiculação de PLAs na plataforma Google são essenciais para o funcionamento dessa estrutura; e) Quanto às eficiências, as evidências constantes nos autos permitem concluir pela existência de benefícios aos consumidores e anunciantes advindas das regras de anúncios nos PLAs; f) Este caso traz à tona questões de como as inovações podem afetar terceiros e quais os impactos na esfera concorrencial dessas ações. Se estes efeitos ocorrem, mas são resultantes de melhorias no produto para os consumidores, reflexo de reduções nos custos ou têm outras racionalidades econômicas e/ou comerciais/empresariais, a prática não poderia ser vedada sob o prisma concorrencial, sob pena de se desestimular a inovação e o desenvolvimento tecnológico dos agentes econômicos.</p>	<p>a) Condutas exclusionárias - bloqueio de estrutura essencial, recusa de venda de espaços aos comparadores de preço, tratamento discriminatório de concorrentes; b) Venda Casada; c) Inovação Predatória; d) Posicionamento privilegiado; e) Falta de transparência - Publicidade Enganosa; f) Falta de neutralidade dos Algoritmos</p>	Arquivamento
08700.005755/2015-18	Itaú Unibanco S.A.	<p>a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos; c) Os documentos reunidos aos autos indicam que</p>	<p>a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado</p>	Arquivamento

		<p>nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.</p>		
08012.007423/2006-27	Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda.	<p>a) Para que tais condutas possam ser reprimidas, é preciso demonstrar que as Representadas detinham posição dominante, que não tinham razões legítimas ou eficiências para adotar tais condutas e que tais condutas teriam o potencial de prejudicar a concorrência; b) Entende-se que, para a Representada Unilever, todos esses elementos estão presentes; c) A Nestlé foi absolvida por não deter posição dominante; d) Marca e, em especial, uma escala mínima, são barreiras à entrada relevantes no mercado de sorvetes de impulso do tipo self-service. A dificuldade de entrada e a baixa rivalidade neste mercado podem ser inferidas, ainda, pela estabilidade dos dois líderes nas mesmas posições; e) Não há dúvidas de que as Representadas adotam contratos ou dispositivos contratuais que impliquem, explícita, implícita ou operacionalmente, um acordo de exclusividade de facto com o PDV. Embora o percentual de PDV seja limitado, a imposição ou pagamento de bonificações por contratos de exclusividade com os principais pontos de venda das cidades de São Paulo e Rio de Janeiro teve o potencial de fechar mercado e de elevar a barreira à entrada para concorrentes de menor porte; f) Há justificativas econômicas razoáveis para a exigência de exclusividade de freezers pelas Representadas e de que não há evidências contundentes de que tal exigência, por si só, tenha criado barreiras ao estabelecimento de novos concorrentes no mercado. Em relação à exclusividade de vendas/merchandising, o argumento de eficiência não merece prosperar, pois mesmo que as eficiências existissem, consumidores finais não pagariam preços menores pelos produtos.</p>	<p>a) Fechamento de mercado de concorrentes (vertical foreclosure) por parte de Unilever e Nestlé, ao oferecerem aos Pontos de Venda – PDV – descontos e bonificações em troca de exclusividade de vendas, de merchandising (exposição privilegiada) ou de uso dos refrigeradores.</p>	Condenação

Fonte: Elaboração Própria

O julgamento de condutas unilaterais anticompetitivas tem como ponto de partida a aferição do poder de mercado da Representada. Esta é a etapa mais importante, pois a análise somente é aprofundada quando constatada a posição dominante, como demonstram os 6 casos que envolviam o mercado de crédito consignado, em que o principal fundamento para o arquivamento das ações foi a ausência de poder de mercado. Ultrapassada essa primeira etapa, os julgadores avaliam se a conduta imputada à Representada é potencialmente anticompetitiva e se há provas suficientes de que essa conduta realmente ocorreu. Oportuno então sintetizar os motivos a justificar os votos dos outros 12 casos apresentados na Tabela 2.

Em 4 casos envolvendo os mercados de movimentação e armazenagem de contêineres, o CADE condenou as Representadas - dominantes no mercado de movimentação - por cobrarem uma taxa (THC2) adicional para a liberação de contêineres dos *players* do mercado a jusante - mercado de armazenagem. Não havendo custos relacionados à liberação, os conselheiros consideraram que a cobrança consistia em abuso do poder de mercado que as Representadas possuem no mercado a montante. De forma semelhante, em julgamento da PST Eletrônica S.A., o Tribunal decidiu que a Representada usou de seu poder de mercado na fabricação de alarmes automotivos para fechar o mercado a jusante - distribuição de alarmes - via contratos de exclusividade. Um último caso de condenação envolveu a Unilever, empresa dominante no mercado de sorvetes de impulso. Segundo o CADE, os contratos de exclusividade que a Representada firmou com pontos de venda aumentaram ainda mais as barreiras de entrada que já eram significativas no mercado. Interessante notar que a Nestlé foi absolvida, mesmo que tenha praticado as mesmas condutas, por não deter posição dominante no mercado.

Outros 6 casos resultaram no arquivamento do processo, sendo mais notáveis os 3 casos relativos ao Google, empresa dominante no mercado de buscas gerais na internet. O Google foi absolvido da prática de *scraping* em razão dos atos terem ocorrido em outra jurisdição, terem sido pontuais e por terem sido revertidos pela empresa assim que foi informada. Também foi absolvido da acusação de impedir o *multihoming*, sob o argumento de que a leitura dos Termos e Condições do Google revela que os anunciantes poderiam anunciar livremente em diferentes sites de busca. No terceiro e mais controverso dos casos, o CADE considerou que a criação do Google

Shopping e dos PLAs representou uma inovação no produto oferecido pela empresa, não configurando venda casada ou fechamento de estrutura essencial. Trata-se da única decisão analisada em que as eficiências foram consideradas a favor da Representada, ainda que não tenham sido efetivamente calculadas. Nos 3 casos restantes, as Representadas foram inocentadas em razão da falta de provas quanto às condutas imputadas.

De forma geral, o CADE avalia, no controle de condutas unilaterais: (1) Se a Representada detém posição dominante; (2) Se a conduta cria ou reforça barreiras de entrada no mercado; (3) Se a conduta impõe custos ou restrições aos *players* de algum mercado a jusante/montante daquele em que a Representada é dominante; (4) Se as condutas produzem eficiências repassadas aos consumidores; (5) Se existem provas suficientes das condutas imputadas.

5.4. Discussão

Uma primeira constatação diante dos resultados obtidos é a de que as fundamentações do CADE se utilizam de um ferramental analítico e de um método de decisão estranhos às demais áreas do direito. Não se observam tentativas de subsunção de fatos às normas ou argumentos que combinem princípios e regras. Além disso, argumentos substantivos de natureza constitucional são inexistentes. O que se observa, na verdade, é que os elementos conceituais e a metodologia das decisões são de natureza eminentemente econômica. Schuartz (SCHUARTZ, 2009, p. 10) já havia notado esse fenômeno quando afirmou que “o *antitrust economics* foi então se convertendo silenciosamente, poder-se-ia dizer com um pouco só de exagero, em fonte do direito brasileiro de defesa da concorrência”.

Isso significa, em certa medida, que o referencial normativo dos votos não tem sido um diploma legal ou princípios extraídos de precedentes, mas sim um modelo teórico de “mercado competitivo” desenvolvido no seio da teoria econômica. Dito de outro modo, a avaliação de quais atos violariam a livre concorrência se dá por comparação entre o caso concreto e um modelo teórico do que seria um mercado competitivo. No âmbito da literatura econômica, tanto teóricos da Escola de Harvard, quanto da Escola de Chicago, partem do modelo de concorrência da Teoria Econômica

Neoclássica (JURCZYK, 2018, p. 158). Segundo este modelo, um mercado em concorrência perfeita é composto de múltiplos vendedores e compradores que transacionam um mesmo tipo de bem e que podem entrar e sair do mercado quando desejarem. Diz-se que numa concorrência perfeita todos os vendedores e compradores são tomadores de preço, pois não possuem poder unilateral para alterarem o preço de equilíbrio desse mercado (MANKIW, 2018, p. 268).

Os precedentes aqui analisados, portanto, sugerem que Schuartz (2009, p. 11) estava certo ao afirmar que “não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extra-jurídica, dos programas normativos e argumentos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito”. Em termos materiais e metodológicos, é a teoria econômica antitruste que baliza as decisões do CADE. Essa constatação não constitui um juízo de valor quanto à desejabilidade de tal colonização, haja vista que esta análise de decisões possui natureza essencialmente descritiva. Convém mencionar, no entanto, que este parece ser um caso do que Teubner (1988, p. 311) denominou “*over-socialization*” do direito, espécie de falha regulatória em que o direito é “capturado” por outro sistema – neste caso, pelo econômico.

Outra descoberta resultante da análise dos julgados é a de que a Escola de Chicago não parece exercer tanta influência, ao menos no direito concorrencial brasileiro, quanto supõem alguns autores. Em primeiro lugar, de todos os casos analisados, apenas no PA nº 08012.010483/2011-94 (Caso Google vs Buscapé) é que eficiências foram mencionadas como resultantes dos atos praticados e repassáveis aos consumidores. Além disso, constata-se que o ônus de demonstrar eficiências é das empresas e que o CADE quase nunca realiza um cálculo concreto dessas eficiências. A grande maioria dos casos envolve apenas uma ponderação qualitativa quanto à possibilidade de que ocorra um aumento da eficiência e de que ele seja repassado aos consumidores. O resultado dessa ponderação tende a ser negativo, de forma que a análise de eficiências não se mostra um fator relevante para a decisão. Ressalva-se que este trabalho não se debruçou sobre os julgados do Tribunal que resultaram em aprovação sem restrições, sendo possível que nestes casos a quantificação de eficiências tenha sido mais relevante.

Outro sinal de que o Tribunal não se guia tanto pelos critérios da Escola de Chicago é a postura frente às concentrações econômicas. Como exposto no capítulo

anterior, a referida escola é responsável por uma maior permissividade em análises de atos de concentração, sob o argumento de que a mera concentração econômica não seria danosa *per se* - sendo muitas vezes benéfica do ponto de vista do bem-estar da sociedade. Em sentido contrário ao dessa permissividade, o Tribunal reprovou ou impôs remédios em 50% dos Atos de Concentração que julgou no período em análise. Ademais, nos casos em que a concentração alcançaria patamares próximos de um monopólio, tal concentração foi tratada como se produzisse riscos anticoncorrenciais *per se*.

Os critérios mais relevantes durante o “Tribunal Barreto”, portanto, são os de natureza econômica e estrutural, tais como o grau de concentração do mercado – medido por meio de índices como o HHI – e a presença de barreiras de entrada ou rivais no mercado. Essa ênfase em aspectos estruturais do mercado relevante demonstra que, ao menos quanto ao controle de estruturas, o Tribunal ainda parte de premissas mais próximas às da Escola de Harvard do que da Escola de Chicago. Isso não significa que a Escola de Chicago não exerça influência sobre a regulação da concorrência no Brasil, mas que a influência é restrita a alguns poucos casos em que relevantes eficiências são evidentes. Esse é um importante achado, haja vista a afirmação recorrente na literatura de que a Escola de Chicago seria dominante no antitruste atual.

Em relação aos objetivos do antitruste, é preciso um pouco mais de cuidado, pois neste trabalho não foram investigados objetivos explícitos nos votos em análise. Tal investigação foi conduzida por Jasper (2019), que concluiu que “os precedentes do CADE também não apresentam à sociedade indicação expressa sobre o objetivo ou conjunto de objetivos do antitruste no Brasil”. Sua pesquisa, apesar da conclusão ora apresentada, foi capaz de identificar os objetivos expressamente mencionados pelo CADE em seus votos desde a entrada em vigor da LDC. Conforme o estudo de Jasper (2019, p. 186):

“(.) observa-se uma lista de finalidades difusa com destaque para o “bem-estar do consumidor” (6 menções, incluindo a expressão “maximização de valor econômico ao consumidor”), a proteção da concorrência (3 menções), a proteção dos mercados (3 menções), eficiência (2 menções), bem-estar econômico (2 menções) e efeitos sociais (2 menções). Houve, como esperado, mera repetição do artigo 1 da LDC, com livre iniciativa (3 menções, sendo uma delas mais relevante – vide AC 08700.003636/2016-01), livre concorrência (2 menções), função social da propriedade (2 menções), defesa do consumidor (2 menções, sendo que não foi possível concluir se o precedente se referia ou não a bem-estar do consumidor, conceito distinto) e repressão ao abuso do poder econômico (2 menções). Por fim, houve a

inesperada menção à inovação como objetivo (e não resultado do processo competitivo) do direito da concorrência.”

Diante dessa lista encontrada por Jasper, resta que sejam inferidos, a partir dos fundamentos decisórios presentes nas decisões, quais desses objetivos são implicitamente privilegiados pelo Tribunal. Muitos dos objetivos da lista acima estão também presentes no debate apresentado no capítulo anterior, de forma que se buscará abordar todos os possíveis objetivos levantados.

Quanto ao “bem-estar do consumidor”, a única situação em que ele aparece de forma implícita nas fundamentações é a etapa de avaliação das eficiências, na qual o CADE avalia se há incentivos para que eventuais eficiências sejam repassadas aos consumidores. Ainda que essa etapa não tenha sido relevante para o deslinde da grande maioria dos casos, vale ressaltar que essa avaliação indica que o “bem-estar do consumidor” é compreendido, pelo CADE, como excedente do consumidor e não como excedente total (sentido utilizado por Bork). Além disso, não parece razoável igualar as preocupações estruturais (*e.g.*, concentração do mercado, ausência de rivalidade ou risco de fechamento vertical) com preocupações diretamente relacionadas ao “bem-estar do consumidor” (*e.g.*, repasse de eficiências ou diversidade de produtos no mercado). Enquanto estas indicam um objetivo imediato de maximização do “bem-estar do consumidor”, aquelas indicam, no máximo, um objetivo mediato. A maximização do “bem-estar do consumidor”, portanto, somente poderia ser entendida como objetivo mediato, ou simplesmente retórico, do direito da concorrência no Brasil.

Tendo em vista a relevância conferida, em todas as decisões, à proteção da estrutura concorrencial do mercado relevante, assim como a importância do modelo econômico neoclássico de mercado competitivo para a metodologia utilizada pelos julgadores, os objetivos de “proteção à concorrência” ou “proteção dos mercados” são os que parecem mais refletidos na *ratio decidendi* dos casos analisados. Essas expressões também abarcam o que no parágrafo anterior se chamou de preocupações estruturais. De forma geral, a grande maioria dos fundamentos decisórios extraídos da leitura dos votos é referente ao número de *players* no mercado, às condições de entrada/rivalidade, à capacidade de discriminação por parte de algum *player*, à capacidade de coordenação entre os *players* ou ao risco de fechamento de algum mercado verticalizado. Todos esses fundamentos remetem ao objetivo de evitar que

algum *player* passe a influenciar (ou influencie, no caso de *players* já dominantes) unilateralmente o preço dos produtos ou a dinâmica do mercado relevante. Esse objetivo pode ser entendido como o de “proteção à concorrência do mercado relevante”, aqui inferido como o objetivo imediato do antitruste no Brasil.

Dos outros objetivos resultantes da pesquisa de Jasper (2019), ao menos três podem ser incluídos no bojo da “proteção à concorrência”: proteção da livre iniciativa, proteção da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico. A livre iniciativa, apesar de dotada de significado diverso na literatura jurídica, constitui elemento do próprio modelo econômico de mercado competitivo, haja vista o pressuposto de livre entrada e saída de concorrentes do mercado. A livre concorrência, por outro lado, tem significado muito próximo ao da própria “proteção à concorrência”. Por fim, a repressão ao abuso do poder econômico é espécie do gênero “proteção à concorrência”, ocorrendo no caso em que um *player* já possui dominância no mercado e resta ao CADE apenas coibir o abuso de tal dominância. Em suma, os atos que possam distanciar o mercado relevante do modelo econômico de concorrência perfeita, seja por limitarem a iniciativa de concorrentes ou por interferirem unilateralmente nos preços, são os que se mostram realmente aos conselheiros do CADE.

Os demais objetivos presentes em Jasper (2019), tais como assegurar a função social da propriedade, defender o consumidor, incentivar a inovação e evitar efeitos sociais deletérios, parecem distantes da *ratio decidendi* das decisões analisadas. Ademais, outros objetivos, tipicamente denominados de políticos, tais como combate à pobreza, proteção de pequenas e médias empresas, promoção da justiça ou combate à corrupção, também não se encontram refletidos na fundamentação dos votos do CADE. Claro que alguns desses objetivos podem ser eventualmente alcançados por meio da regulação da concorrência, mas fato é a argumentação presente nas decisões do CADE, durante o “Tribunal Barreto”, passa ao largo deles, ainda que implicitamente.

Em resumo, a observação empírica das decisões do CADE sugere que o objetivo imediato do direito concorrencial brasileiro é a “proteção da concorrência”, entendida a concorrência como a dinâmica própria do modelo econômico de mercado competitivo. Se considerarmos que a concorrência, no referido modelo econômico, conduz à maximização da eficiência, então essa maximização poderia ser entendida como objetivo mediato do direito concorrencial brasileiro. Entretanto, a própria Escola de Chicago foi responsável por demonstrar que nem sempre a concorrência perfeita é o

cenário de maior eficiência (*e.g.* mercados com enormes economias de escala são mais eficientes quando monopolizados). Na prática, a única forma de descobrir se a “proteção da concorrência” tem conduzido a uma maximização da eficiência, seria por meio de estudos quantitativos *ex post* do nível de eficiência dos mercados sobre os quais o CADE se debruçou. O mesmo raciocínio vale para o “bem-estar do consumidor” (excedente do consumidor), que não é aferido ao longo da análise do CADE e somente poderia ser considerado como um objetivo mediato do antitruste caso fossem feitos estudos empíricos que constatassem a relação de causalidade entre “proteção da concorrência” e maximização do bem-estar do consumidor. Dito isso, a conclusão é a de que o CADE privilegia a “proteção da concorrência” como objetivo imediato e não há elementos suficientes para que sejam delimitados com exatidão os possíveis objetivos mediatos.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o conteúdo da regulação da concorrência no Brasil é eminentemente econômico, ainda que não nos moldes defendidos pela Escola de Chicago. Os principais conceitos e critérios envolvidos na análise de atos anticoncorrenciais são oriundos da teoria econômica antitruste e demonstram um verdadeiro distanciamento entre o direito da concorrência e os princípios e valores constitucionais. Trata-se de uma colonização da regulação da concorrência pela linguagem e pelos preceitos normativos típicos da ciência econômica. Importante destacar que essa dita desconstitucionalização do antitruste não implica em inconstitucionalidade, até porque não é preciso remeter ao texto constitucional para que ele seja respeitado. Entretanto, demonstra sim um risco de que valores constitucionais sejam ignorados e substituídos pelos valores econômicos. No que tange aos objetivos do direito concorrencial, a “proteção da concorrência” exsurge como objetivo imediato, não sendo possível constatar quais seriam os objetivos mediatos para além dele. De posse dos critérios e do objetivo que a prática antitruste tem demonstrado, será então possível que estudos futuros se dediquem a analisar se desta forma os direitos fundamentais a serem protegidos pela regulação da concorrência estão realmente sendo protegidos. Enquanto Frazão (2017, p. 46) propõe uma aproximação entre o Direito da Concorrência e a Constituição Federal, Schuartz (2009, p. 24) parece cético quanto à necessidade de se “constitucionalizar” a regulação da concorrência.

6. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 agrega, em seus artigos referentes à ordem econômica, princípios por vezes conflitantes ou antagônicos, mas isso não ocorre por acaso. Tanto a experiência nacional, quanto a internacional, demonstraram aos constituintes que era necessário superar o maniqueísmo entre Estado e mercado na conformação da economia. Em face dessa necessidade, forma-se um modelo de Estado que intervém de maneira permanente e simbiótica nos negócios privados, reconhecendo que o poder público e os particulares são co-partícipes na consecução do interesse público. O fenômeno que caracteriza esse Estado Regulador é justamente a regulação, tecnologia que visa integrar os sistemas sociais, como o direito e a economia, e influenciar ações privadas de forma a serem atingidos objetivos de interesse geral. Do ponto de vista jurídico, a regulação tem como razão de ser a proteção de direitos fundamentais presentes na Constituição.

Uma espécie de regulação, por meio da qual o Estado interfere de forma universal nas relações econômicas, é o direito da concorrência. Um dos objetivos deste trabalho foi o de aproximar as literaturas da regulação da concorrência e da regulação setorial, observando o direito da concorrência à luz da Teoria Institucional da Regulação. Em certa medida, o debate do qual fizeram parte Stewart e Sunstein, na década de 1980, refletindo acerca dos valores que informariam a regulação setorial norte-americana, é reproduzido na literatura antitruste relativa aos objetivos da regulação da concorrência. Por um lado, há quem afirme que a regulação visa apenas à maximização do bem-estar econômico da sociedade. Por outro lado, há quem defenda que a regulação visa também a outros objetivos de natureza política, democrática ou constitucional.

Neste trabalho, buscou-se inferir, a partir das decisões proferidas pelo Tribunal do CADE ao longo do mandato do presidente Alexandre Barreto de Souza, quais critérios foram preponderantes na fundamentação dos votos e quais objetivos da regulação da concorrência foram neles privilegiados. As Escolas de Harvard e de Chicago são fontes influentes no que diz respeito aos critérios a serem adotados ao longo da análise antitruste. Enquanto a primeira enfatizava aspectos estruturais do mercado, em particular o grau de poder de mercado das empresas, como o principal critério para que uma conduta ou concentração econômica fosse considerada ilícita, a

segunda partia do pressuposto de que a eficiência é que deveria ser o critério a justificar se determinado ato ensejaria intervenção antitruste.

A Escola de Chicago também tem centralidade no debate a respeito dos objetivos da regulação da concorrência, afirmando que o objetivo primordial é a maximização do “bem-estar do consumidor”. Outros autores, como Ana Frazão e Tim Wu, discordam que esse seja o objetivo do direito concorrencial. Frazão afirma que são múltiplos os propósitos, entre eles a proteção do consumidor e da inovação, a redução da pobreza e o combate à corrupção. Já Tim Wu propõe que a proteção da concorrência, enquanto um processo, é que deve ser a finalidade do antitruste.

Em face dessas divergências na doutrina, foi possível produzir ao menos três conclusões a partir da leitura dos votos do CADE. Em primeiro lugar, constatou-se que, assim como previa Schuartz, boa parte do ferramental analítico e dos programas normativos do direito da concorrência são oriundos da economia antitruste. Não há quaisquer referências a princípios constitucionais nos votos e o método percorrido ao longo das decisões em nada se parece com métodos tipicamente jurídicos, como o de subsunção de fatos a normas. Além disso, o referencial a partir do qual os casos concretos são julgados parece ser, ainda que implicitamente, o modelo de concorrência perfeita da teoria econômica neoclássica. Isso significa que são as variáveis desse modelo, como a possibilidade de exercício de poder unilateral de mercado, que acabam por fundamentar as decisões do CADE. Schuartz chamou de “colonização” esse fenômeno que por outros autores é denominado “economização” do direito concorrencial.

Um segundo achado do trabalho é o de que a influência da Escola de Chicago, na prática, é menor do que o afirmado por boa parte da doutrina. Em verdade, a eficiência não se mostrou um critério relevante na grande maioria dos casos analisados, tendo sido decisiva apenas em um dos casos envolvendo o Google. Em geral, cabe à empresa comprovar que eficiências decorrem de seus atos e que tais eficiências serão repassadas aos consumidores. Na prática, contudo, o CADE não costuma reconhecer as eficiências apresentadas ou então afirma que não haveria incentivos para que fossem transmitidas aos consumidores. Ademais, observou-se que critérios estruturais, em especial o grau de concentração e as condições de entrada do mercado relevante, foram os mais significativos na fundamentação dos votos. Em 50% dos casos envolvendo Atos de Concentração, o CADE optou por reprovar a operação ou impor remédios, o que demonstra uma postura intervencionista em concentrações econômicas. Todos esses

dados sugerem que as premissas e critérios da Escola de Harvard ainda exercem importante influência sobre a autoridade antitruste brasileira.

Por fim, o objetivo da regulação da concorrência que se pode inferir das decisões analisadas é o de “proteção da concorrência”, considerada a concorrência em seu sentido econômico. À primeira vista, essa conclusão pode soar tautológica, mas tal percepção é incorreta. Se os pressupostos da Escola de Chicago fossem adotados de maneira absoluta, o objetivo do antitruste seria a maximização do “bem-estar do consumidor”, o que conduziria a uma atitude mais permissiva do CADE quanto ao arrefecimento da concorrência. Inclusive, boa parte da doutrina antitruste acredita que seja isso o que acontece na prática. Este trabalho, no entanto, demonstra que a maximização do “bem-estar do consumidor” não é um objetivo que se pode inferir a partir das motivações dos votos do CADE. A maximização do “bem-estar do consumidor”, junto dos demais objetivos – combate à corrupção, proteção de pequenas e médias empresas, entre outros – afirmados por críticos da Escola de Chicago, somente poderiam ser entendidos como objetivos mediatos do direito concorrencial. Entretanto, a simples análise de decisões, aqui empreendida, não é suficiente para negar ou confirmar tais objetivos mediatos, apenas nos informa sobre o objetivo imediato. Dito isso, resta que o único objetivo imediato que se pode inferir dos votos do CADE é o de proteger a concorrência em si.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXIADIS, P.; NETO, C. M. D. S. P. **Competing Architectures for Regulatory and Competition Law Governance**. European university Institute. Florence, p. 105. 2019.

ARANHA, M. I. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.

ARANHA, M. I. Teoria Jurídica da Regulação: entre escolha pública e captura. **Revista Direito Público**, Brasília, v. 16, p. 11-37, 2019.

BLACK, J. Critical Reflections on Regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, v. 27, p. 1-35, 2002.

BOUGETTE, P.; DESCHAMPS, M.; MARTY, F. M. When Economics Met Antitrust: The Second Chicago School and the Economization of Antitrust Law. **Enterprise & Society**, v. 16, n. 2, p. 313-353, June 2015.

CARVALHO, V. M. D.; LIMA, T. N. D. C. A Nova Lei de Defesa da Concorrência: Comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. **Publicações da Escola da AGU**, Brasília, julho 2012. 300.

DUBASH, N. K.; MORGAN, B. Understanding the rise of the regulatory state of the South. **Regulation and Governance**, p. 1-21, 2012.

FEINTUCK, M. Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest. **The Oxford Handbook of Regulation**, 2010.

FILHO, C. S. **A regulação da atividade econômica**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FOER, A. A.; DURST, A. The Multiple Goals of Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 63, n. 4, p. 494-508, 2018.

FORGIONI, P. A. **Os Fundamentos do Antitruste**. [S.l.]: [s.n.], 2012.

FRAZÃO, A. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREYER, T. A. What was Warren Court Antitrust. **The Supreme Court Review**, n. 1, p. 347-395, 2009.

GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. European Union Competition Law and Policy: How Much latitude for Convergence with the United States? **Antitrust Bulletin**, v. 48, n. 3, p. 727-780, 2003.

GIFFORD, D. J.; KUDRLE, R. T. Antitrust Goals, Procedures, and Policies in the US and the EU. **Antitrust Bulletin**, v. 62, n. 2, p. 239-253, 2017.

GLICK, M. Antitrust and economic history: The historic failure of the Chicago school of antitrust. **Antitrust Bulletin**, v. 64, n. 3, p. 295-340, 2019.

- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HOVENKAMP, H. The Reckoning of Post-Chicago Antitrust. In: CUCINOTTA, A.; PARDOLESI, R.; BERGH, R. V. D. **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2002. p. 1-33.
- JASPER, E. H. Paradoxo Tropical: A Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 2, p. 171-189, Novembro 2019.
- JURCZYK, Z. The Influence of Economic Theories and Schools on Competition Law in terms of Vertical Agreements. **Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies**, dez. 2018. 153-180.
- KAUPER, T. E. The Goals of United States Antitrust Policy - The Current Debate. **Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft / Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 136, n. 3, p. 408-434, 1980.
- LANG, J. T. European competition policy and regulation: differences, overlaps, and constraints. In: LÉVÊQUE, F.; SHELANSKI, H. **Antitrust and Regulation in the EU and US: Legal and Economic Perspectives**. [S.l.]: Edward Elgar, 2009. p. 20-75.
- LODGE, M.; WEGRICH, K. **Managing Regulation: regulatory analysis, politics and policy**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2012.
- LOPES, O. D. A. **Fundamentos da Regulação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- LUHMANN, N. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. São Paulo: Vozes, 2016.
- MAJONE, G. The Rise of the Regulatory State in Europe. **West European Politics**, v. 17, p. 77-101, Julho 1994.
- MAJONE, G. The Regulatory State and its Legitimacy Problems. **West European Politics**, London, v. 22, n. 1, p. 1-24, January 1999.
- MANKIW, N. G. **Principles of Microeconomics**. 8. ed. Boston, MA: Cengage Learning, 2018.
- MARTIN, S. The Goals of Antitrust and Competition Policy. **Purdue CIBER Working Papers**, 1 jan. 2007. 72.
- MELO, T. D. Do Estado Social ao Estado Regulador. **Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, v. 30, n. 1, 2010.
- MORAN, M. Understanding the Regulatory State. **British Journal of Political Science**, v. 32, n. 2, p. 391-413, 2002.
- NETO, C. M. S. P.; CASAGRANDE, P. L. **Direito Concorrencial. Doutrina, jurisprudência e Legislação (Competition Law. Doctrine, Case Law and Legislation)**. 1. ed. São paulo: Saraiva, v. 1, 2016.

ODUDU, O. The Wider Concerns of Competition Law. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 30, n. 3, p. 599-613, 2010.

PAIS, S. O. Concorrência, Proteção de Dados pessoais e Plataformas Digitais. **Temas atuais em Direito de Concorrência**, 2018.

PARCU, P. L. The surprising convergence of antitrust and regulation in europe. **Florence School of Regulation**, v. 35, 2011.

PARRET, L. The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives. In: ZIMMER, D. **The Goals of Competition Law**. [S.l.]: Edward Elgar, 2012. p. 61-84.

PHILIPPON, T. **The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets**. 1. ed. London/Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

PIETRO, M. S. Z. D. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos Ideais do Neoliberalismo. In: PIETRO, M. S. Z. D.; RIBEIRO, C. V. A. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes de Direito Administrativo**. 1. ed. [S.l.]: Atlas, 2010. p. 85-102.

RAGAZZO, C. E. J. A Regulação da Concorrência. In: _____ **A Regulação no Brasil: Enfoques Diversos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 1-19.

RODRIGUES, E. H. K. Uma análise jurídico-institucional do processo decisório do CADE: superando a racionalidade regulatória econômica. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 103-118, outubro 2015.

SAWYER, L. P.; HOVENKAMP, H. New Perspectives in Regulatory History. **Business History Review** , Winter 2019. 659-664.

SCHUARTZ, L. F. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

STEWART, R. B. Regulation in a Liberal State: The Role of Non-Commodity Values. **Yale Law Journal** , v. 92, p. 1537-1590, 1983.

SUNSTEIN, C. R. **After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990.

SUNSTEIN, C. R. **Valuing Life: Humanizing the regulatory state**. Chicago : The University of Chicago Press, 2014.

SUNSTEIN, C. R.; PILDES, R. H. Reinventing the Regulatory State. **The University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 1, p. 1-129, 1995.

TAVARES, A. R. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: CARDOZO, J. E. M.; QUEIROZ, J. E. L.; SANTOS, M. W. B. D. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. [S.l.]: Malheiros, v. 2, 2006. p. 175-218.

TEUBNER, G. After Legal Instrumentalism. In: TEUBNER, G. **Dilemmas of Law in the Welfare State**. Berlim/Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1988.

TODOROV, F. R.; FILHO, M. M. T. History of Competition Policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, v. 57, n. 2, p. 207-257, Summer 2012.

WU, T. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. 1. ed. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YEUNG, K. The Regulatory State. In: BALDWIN, R.; CAVE, M.; LODGE, M. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

ANEXO A – Atos de Concentração

Nº do Processo	Data decisão Tribunal	Mérito Tribunal	Termos do Acordo	Principais fundamentos da decisão
08700.001846/2020-33	03/03/2021	ACC	a) Desinvestimento: Alienar parte substancial da carteira de beneficiários da Plamed, até que a variação de HHI seja menor ou igual a 200 pontos; b) Medidas Comportamentais: Manter tabela de preço e permitir portabilidade por 2 anos, não sabotar o comprador da parte alienada.	a) Formação de Monopólio no mercado relevante de planos de saúde de baixo custo em Sergipe; b) Existência de barreiras à entrada e pouca rivalidade (probabilidade de exercício de poder de mercado); c) Ausência de incentivos à transferência de eventuais eficiências aos consumidores.
08700.003553/2020-91	26/01/2021	ACC	a) Desinvestimento: Desinvestir 2 produtos que gerariam sobreposições horizontal simultaneamente ao fechamento da operação	a) Potenciais sobreposições horizontais (que são solucionadas com o remédio adotado); b) Razoável possibilidade de entrada <i>brownfield</i> e presença de rivalidade; c) Ausência de proteção patentária de alguns produtos.
08700.000627/2020-37	11/11/2020	ACC	Processo Sigiloso	Processo Sigiloso
08700.000827/2020-90	25/11/2020	ACC	a) Desinvestimentos: Transferência de unidades produtivas das requerentes à NGB e à Fogás, alienação de ativos; b) Rearranjo societário	a) Aumento da concentração em mercado historicamente oligopolizado; b) Mercado caracterizado por níveis elevados de barreiras de entrada; c) Baixo nível de rivalidade na maioria dos Estados; d) Mercado com alto potencial e histórico de coordenação; e) Falta de comprovação das eficiências e de geração de benefícios aos consumidores.
08700.001226/2020-02	06/08/2020	ACC	a) Desinvestimento: Alienar o medicamento Neocopan Composto	a) Sobreposição horizontal em 1 dos mercados afetados pela operação; b) Remédio torna desnecessária uma análise mais aprofundada.
08700.001227/2020-49	23/12/2020	ACC	a) Proibição de novos atos de concentração nesse mercado (Sergipe, Alagoas, Bahia, Paraíba, Pernambuco e Rio Grande do Norte) por tempo determinado; b) Após esse período, notificar todos os	a) Sobreposição horizontal em mercado com histórico recente de concentrações; b) Entrada tempestiva, porém pouco provável; c) Ausência de postura competitiva e rivalidade entre as empresas do mercado; d) Alto potencial de

			atos de concentração por mais alguns anos.	exercício de poder de mercado; e) Risco de coordenação dos poucos <i>players</i> no mercado; f) Movimento histórico de eliminação da franja competitiva por parte das 3 maiores empresas do mercado.
08700.001692/2019-46	28/02/2020	ACC	a) Remédio comportamental: Restrição de novos atos de concentração pelos próximos anos e obrigatoriedade de notificação por mais alguns anos.	b) Sobreposição Horizontal acima dos limites; b) Poucas barreiras à entrada, mas com entrada pouco provável; c) Baixa rivalidade, especialmente no estado de MT; d) Probabilidade de incremento de exercício de poder coordenado; e) Ausência de aumento de eficiência em GO e falta de incentivos ao repasse de eficiências aos consumidores no estado de MT.
08700.002346/2019-85	24/06/2020	ACC	a) Alienação a uma OPS concorrente parcela significativa de suas carteiras de planos coletivos empresariais; b) Múltiplos remédios comportamentais em relação aos concorrentes por prazo determinado	a) Alta sobreposição horizontal na maioria dos mercados; b) Existência de integrações verticais que fortalecem a posição dominante das empresas no mercado c) Mercados verticalizados que reduzem possibilidade de entrada e de rivalidade; d) Mercado com economias de escala e <i>sunk costs</i> que criam barreiras à entrada; e) Falta de comprovação de eficiências decorrentes da operação e de transferência das eficiências aos consumidores; f) Mercados com histórico de baixa rivalidade.
08700.002592/2020-71	01/10/2020	ACC	a) Desinvestimento: Alienação da Unidade Carandaí à DMA Distribuidora	a) Concentração horizontal acentuada em 5 mercados; b) Por razões de rivalidade e de entrada, somente há probabilidade de exercício de poder de mercado no mercados de Carandaí.
08700.001206/2019-90	17/06/2019	ACC	a) Desinvestimento: Alienação do negócio de Magnésia Bisurada detido pela Pfizer CH	a) Dos 5 mercados, apenas 1 apresenta alta concentração horizontal; b) O remédio sugerido dissolve as preocupações quanto à concentração e torna desnecessária uma análise mais aprofundada.
08700.003244/2019-87	18/12/2019	ACC	a) Remédio comportamental: Criação de limites a novos atos de concentração pelos	a) Relevante concentração horizontal nos mercados de RJ e SP; b) Baixa probabilidade de exercício de poder de mercado em razão da existência

			próximos anos e obrigatoriedade de notificação por mais dois anos.	de rivalidade e da possibilidade de entrada; c) Mercado com histórico de concentrações e crescimentos não-orgânicos; d) Operação, por si só, não aumenta o risco de coordenação.
08700.004494/2018-53	13/02/2019	ACC	a) Remédio Comportamental: A TWDC se compromete com a manutenção da diversidade de programação esportiva aos consumidores brasileiros, mantendo a Fox Sports em operação por determinado período e deixando a marca livre caso opte por interromper sua operação após o período determinado; b) Abertura de investigação no âmbito da Superintendência Geral do CADE, com o intuito de se apurar eventuais condutas distorcionárias advindas de práticas não isonômicas nos contratos entre produtoras e operadoras de TV por assinatura.	a) Necessidade de revisão de ACC anterior, em razão da inexistência de compradores para os ativos a serem desinvestidos; b) A revisão é possível, uma vez que existem soluções alternativas que mitiguem os riscos concorrenciais.
08700.005705/2018-75	23/05/2019	ACC	a) Remédio Comportamental: Oferecer novo produto e investir na região de Sorocava de forma a manter padrões atuais usufruídos pelos consumidores, Comprometimento de não-discriminação dos concorrentes	a) Sobreposição Horizontal relevante em 2 mercados; b) Integração Vertical entre esses 2 mercados; c) Baixa rivalidade e consideráveis barreiras de entrada nesses mercados; d) Eficiências insuficientes para compensar os potenciais danos da operação; e) Mercado com histórico de concentrações.
08700.005972/2018-42	25/03/2019	ACC	a) Remédio Comportamental: Não adquirir outras empresas que atuem no mesmo mercado relevante por 2 anos, Notificar o CADE de quaisquer atos de concentração por 4 anos.	a) Mercado com concentração moderada e operação que gera variação de HHI relevante; b) A entrada é tempestiva, mas não há indícios de que seja provável; c) Não há sinais de forte rivalidade; d) Movimento de concentração do mercado em torno de um único grupo.

08700.001097/2017-49	16/02/2018	ACC	a) Desinvestimento: alienação de todos os ativos atualmente detidos pela Bayer relacionados aos negócios de sementes de soja e de algodão, bem como ao negócio de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio; b) Remédios Comportamentais (4 grupos): Compromissos de licenciamento amplo e não discriminatório, Proibição de imposição de exclusividade de canal de vendas, Notificar o CADE em todas as alterações de políticas comerciais voltadas aos canais de venda, Proibição de imposição de venda casada ou bundling	a) Sobreposições horizontais e Integração vertical nos mercados atinentes a sementes de algodão e soja, com alta probabilidade de exercício de poder de mercado; b) Presença de efeitos conglomerados: risco de fechamento do mercado decorrente (i) do fortalecimento da posição das Requerentes junto a canais de distribuição e (ii) do incremento da capacidade em atuar com base em soluções integradas; c) Não foi comprovado que possíveis aumentos de eficiência seriam transferidos aos consumidores.
08700.002155/2017-51	06/03/2018	Reprovação	Não houve acordo	a) Alta concentração horizontal no mercado de GLP; b) Relevantes barreiras à entrada e reduzida rivalidade; c) Elevada probabilidade de exercício de poder de mercado unilateral e coordenado em todas as regiões, com exceção da região Norte; d) Efeito líquido das eficiências, para a Sociedade e para os consumidores, negativo; e) Mesmo a alienação de 55% da Liquigás ainda seria insuficiente para a mitigação dos riscos concorrenciais, de forma que nenhuma das propostas de remédio tornaria a operação viável.
08700.002165/2017-97	16/02/2018	ACC	a) Desinvestimentos: Alienação de ativos produtivos dedicados à produção de aços longos comuns laminados e trefilados a um adquirente com certas características e alienação de ativos produtivos de trefilação a outro adquirente com certas	a) Probabilidade de exercício de poder de mercado em 9 mercados, em razão da presença de barreiras à entrada e da baixa rivalidade historicamente observada nesse mercado; b) O saldo líquido de eficiências seria negativo e não há incentivo para que benefícios sejam repassados ao consumidor.

			características; b) Remédio Comportamental: Cumprimento de metas de performance	
08700.004163/2017-32	16/02/2018	ACC	Remédio Comportamental: A Petrotemex se compromete a vender PTA à M&G em volume e preços pré-determinados, sem cometer discriminação, e por alguns anos	a) Alto risco de fechamento vertical para a M&G na compra de PTA da Petrotemex, haja vista a formação de um monopólio da fabricação de PTA no Brasil; b) Ausência de pressão competitiva internacional em razão de barreiras tarifárias sobre PTA asiático (baixa rivalidade); c) A operação não produz eficiências que poderiam ser repassadas ao consumidor.
08700.004431/2017-16	20/03/2018	ACC	a) Remédios Comportamentais quanto à XP: vedação à discriminação de concorrentes, redução de eventuais barreiras à entrada no mercado de plataformas abertas e garantia da política de taxa zero já praticada no mercado; b) Remédios Comportamentais quanto ao Itaú: Compromissos de não-discriminação e de não direcionamento de seus clientes para a XP;	a) Integrações verticais com riscos concorrenciais no mercado de distribuição de produtos de investimento; b) Riscos específicos de: (i) arrefecimento da pressão competitiva exercida pela XP, (ii) exigência de exclusividade - pela XP- dos ofertantes de produtos de investimento e dos Agentes Autônomos de Investimentos, (iii) discriminação - pela XP- de bancos emissores de produtos de investimento, (iv) discriminação - pelo Itaú - de plataformas abertas de distribuição de produtos de investimento concorrentes da XP e (v) direcionamento, por parte do Itaú, de seus clientes para a XP; c) A estrutura da operação e da sociedade resultante é favorável à mitigação dos riscos concorrenciais.
08700.007777/2017-76	19/06/2018	ACC	a) Desinvestimento: amplo, porém, de acesso restrito; b) Cláusulas compromissórias relativas ao Negócio Desinvestido que garantem a preservação da competitividade e da viabilidade econômica nos mercados afetados pelo desinvestimento	a) Sobreposição horizontal acentuada; b) Risco de fechamento vertical que é mitigado pela proposta de ACC.

08700.008483/2016-81	06/03/2018	ACC	<p>a) Remédios Comportamentais: WEG se compromete a garantir que qualquer concorrente interessado em adquirir os equipamentos de forma avulsa poderá fazê-lo sem discriminação, WEG e compromete a elaborar orçamentos e propostas comerciais com os preços individuais correspondentes a cada um dos equipamentos, WEG se compromete a assegurar aos seus clientes, atuais, potenciais e futuros, a possibilidade de comprar os equipamentos de forma integrada ou avulsa no Brasil</p>	<p>a) Sobreposição horizontal em 2 mercados; b) Integrações Verticais clássicas em 2 cadeias produtivas; c) Aumento do poder de portfólio em 2 cadeias produtivas; d) Alta probabilidade de exercício de poder mercado em decorrência do poder de portfólio; e) Eficiências não estão descritas e verificáveis, além de que não são atribuíveis especificamente à operação e não se demonstrou que seriam repassadas aos consumidores.</p>
08700.001390/2017-14	24/10/2017	ACC	<p>a) Separação estrutural total entre Sky brasil e as Programadoras de Canais TW; b) Remédios Comportamentais: Compromisso de não-discriminação do acesso aos canais de programação da TW às Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura; c) Estabelecimento de um consultor de monitoramento independente que elaborará relatórios semestrais sobre as atividades das compromissárias; d) Previsão de cláusula arbitral para os conflitos entre programadoras ou prestadoras de TV por assinatura e a AT&T</p>	<p>a) Sobreposição horizontal na atividade de licenciamento/programação; b) Integração vertical entre as atividades de programação de canais de Televisão por Assinatura do Grupo TW e os serviços de televisão por assinatura via satélite prestados pela Sky; c) Possibilidade de fechamento dos mercados à montante e à jusante da integração vertical; d) Possibilidade de aumento na coordenação entre agentes do mercado; e) Eficiências pouco prováveis e não quantificadas, bem como não restou demonstrado de que forma elas seriam específicas da operação e repassadas aos consumidores; f) Mercado com histórico de concentração acentuada.</p>
08700.001642/2017-05	22/08/2017	ACC	<p>a) Remédios comportamentais: Compromissos quanto a (i) Comunicação e Transparência; (ii) Treinamento; (iii) Indicadores de Qualidade;</p>	<p>a) Sobreposição horizontal relevante no mercado de emissão de cartões de crédito; b) Existência de elevadas barreiras à entrada e baixa rivalidade do setor financeiro nacional; c) Tendência histórica de concentração do setor bancário.</p>

			(iv) Compliance; e (v) Restrição à Aquisição de Instituições Financeiras e Administradoras de Consórcios.	
08700.006185/2016-56	04/07/2017	Reprovação	Não houve acordo	a) Sobreposição horizontal nos segmentos de graduação e pós-graduação presencial, graduação e pós-graduação EAD e cursos livres; b) Barreiras à entrada decorrentes de investimentos em publicidade e do valor agregado às marcas; c) Movimento de crescimento não-orgânico de ambas as empresas nos últimos anos; d) Relevância das economias de escala na dinâmica competitiva do setor; e) Eficiências de escala só seriam repassadas aos consumidores se houvesse suficiente rivalidade no setor; f) Capacidade de financiamento do curso superior pela própria IES é fator de vantagem competitiva; g) Não adiantaria aplicar remédios para o presente cenário se, em seguida, os Requerentes pudessem recompor os nichos desinvestidos via pedidos de credenciamento ou autorização de novos polos.
08700.006444/2016-49	08/08/2017	Reprovação	Não houve acordo	a) Alta concentração horizontal; b) Entrada em mercados estaduais é provável e tempestiva, mas absolutamente insuficiente; c) Risco de exercício de poder unilateral em 7 estados e de poder coordenado em 11 estados; d) Eficiências foram especificadas e quantificadas, mas o valor foi insuficiente diante dos efeitos anti-concorrenciais e da ausência de demonstração de repasse aos consumidores; e) Histórico de concentrações no mercado, com redução de 7 para 3 grandes distribuidoras em 10 anos; f) O único remédio viável (completa e integral alienação da Alesat) não agradou às requerentes.

08700.007553/2016-83	24/10/2017	Reprovação	Não houve acordo	a) Sobreposição horizontal nos mercados de abate no Estado de Goiás e de comercialização de carne in natura em atacado no Brasil; b) Existência de elevadas barreiras à entrada; c) Nenhuma entrada observada nos últimos 3 anos; d) Maioria das variáveis analisadas indicam um baixo nível de rivalidade no setor, o que, somado às elevadas barreiras à entrada, conduz a uma alta probabilidade de exercício de poder de mercado; e) Não se verificaram eficiências e não se aplica a teoria da failing firm defense ao caso.
----------------------	------------	------------	------------------	---

Fonte: Elaboração Própria

ANEXO B – Condutas Unilaterais

Nº do Processo	Representado	Fundamentos da decisão	Conduta (s) Imputada(s)	Resultado
08700.005499/2015-51	Tecon Suape S.A.	<p>a) Relação de dependência dos recintos alfandegados independentes em relação aos operadores portuários, o que possibilitaria a cobrança de preços por serviços em duplicidade, sem contrapartida ou então sem haver justificativa razoável para fazê-lo; b) Inequivoco o poder de mercado da Representada no que diz respeito ao mercado de movimentação de contêineres, visto que é monopolista de tal atividade no Porto de Suape/PE, e ao mercado de armazenagem de contêineres, em que possui participação expressiva; c) A Representada não logrou êxito em demonstrar de forma cabal que a cobrança do SSE decorre de custos adicionais e dissociados dos serviços abrangidos pela box rate e remunerados pelo THC; d) Representada se beneficia de sua posição monopolista no mercado de movimentação de contêineres para impor a cobrança do SSE aos recintos alfandegados independentes, com o objetivo de elevar os custos e de dificultar a atuação de seus competidores no mercado de armazenagem de contêineres; e) Uma interpretação extensiva (do art. 36 da LDC) possibilita enquadrar tal prática na conduta de “aumento arbitrário dos lucros”; f) A Tecon não cobra o SSE quando o serviço de armazenagem é por ela realizado, mas tão somente quando a armazenagem é feita pelos recintos alfandegados independentes, dinâmica discriminatória esta que a Representada não foi capaz de justificar.</p>	<p>a) Abuso de poder dominante no mercado de armazenagem de carga mediante a cobrança abusiva pelo serviço de segregação e entrega de contêineres, conhecida como <i>Terminal Handling Charge 2</i> (“THC2”) ou taxa relativa ao serviço de segregação e entrega de contêineres (“SSE”)</p>	Condenação
08012.005009/2010-60	PST Eletrônica S.A	<p>a) Representada possui posição dominante no mercado de alarmes automotivos destinados ao mercado secundário independente; b) Examinando-se as 21 ações judiciais movidas pela PST ou por concorrentes ou em face da Representada de forma individualizada, torna-se forçoso concluir pela inexistência do abuso do direito de petição junto ao Poder Judiciário no caso concreto; c) Uma vez que se constatou a não ocorrência da conduta de sham litigation, não há que se falar em exercício abusivo do direito de propriedade intelectual por parte da Representada; d) O caso em questão trata de uma inequívoca restrição vertical, por meio da qual a Representada, por meio de sua dominância no mercado à montante (fabricação de alarmes), na prática fecha parcela significativa do mercado à justante (distribuição) aos fabricantes concorrentes ; e) Examinou-se se as relações de exclusividade mantidas pela PST com distribuidores apresentam benefícios capazes de se sobrepor aos efeitos lesivos à concorrência, em linha com a regra da razão. Todavia, a Representada não teve êxito em demonstrar que as eficiências</p>	<p>a) Abuso do direito de petição e de fechamento de mercado por meio de contratos de distribuição com cláusulas de exclusividade</p>	Condenação

		apontadas guardam relação direta com os acordos de exclusividade.		
08012.007147/2009-40	Genzyme do Brasil Ltda e Genzyme Corporation	<p>a) O market share da Representada em 2009, 2010 e 2013, com base nos pregões acima mencionados, foi de 100%, o que não é suficiente para caracterização de ilícito antitruste; b) É possível concluir que os questionamentos feitos pela Genzyme nos diferentes processos administrativos e judiciais iniciados não configuram abuso do direito de petição; c) A respeito da utilização das cartas, depoimentos e pareceres técnicos pela Representada nas medidas judiciais e administrativas por ela iniciadas, conclui-se que tais documentos foram utilizados apenas com intuito de fundamentar as diferentes ações, sem poderem, por isso, caracterizar qualquer tentativa de campanha difamatória; d) Quanto à prática de preços predatórios, não foram trazidos aos presentes autos elementos que indiquem que a Genzyme estava praticando preços abaixo de seu próprio custo variável médio; e) Representantes fazem crer que o lançamento do Renvela seria mais uma das tentativas da Genzyme de retirada do Hemosev e do Foslamer do mercado, mas à época do lançamento do Renvela, este não possuía proteção patentária no Brasil e os medicamentos continuam a ser fornecidos pela rede pública de saúde. Assim, penalizar a Genzyme significaria sancionar a busca pela inovação tecnológica, desincentivando, assim, os investimentos em P&D.</p>	a) Sham litigation; b) campanha difamatória; c) preço predatório; d) switching para produtos de segunda geração.	Arquivamento

08012.010483/2011-94	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	<p>a) Google tem posição dominante no mercado de buscas gerais; b) Concluiu que não estão reunidos os requisitos para considerá-los uma estrutura essencial, especialmente porque existem substitutos eficazes para os PLAs e para a página de resultados do Google; c) Também foi possível concluir que não resta configurada recusa de venda a concorrentes. Tal fato se dá porque comparadores de preço podem inclusive comprar e dar lances (bidar) por PLAs, desde que atendidas as funcionalidades essenciais para esse produto; d) Tampouco foi caracterizada a conduta de venda casada, porque o feed de dados requisitado para a veiculação de PLAs na plataforma Google são essenciais para o funcionamento dessa estrutura; e) Quanto às eficiências, as evidências constantes nos autos permitem concluir pela existência de benefícios aos consumidores e anunciantes advindas das regras de anúncios nos PLAs; f) Este caso traz à tona questões de como as inovações podem afetar terceiros e quais os impactos na esfera concorrencial dessas ações. Se estes efeitos ocorrem, mas são resultantes de melhorias no produto para os consumidores, reflexo de reduções nos custos ou têm outras racionalidades econômicas e/ou comerciais/empresariais, a prática não poderia ser vedada sob o prisma concorrencial, sob pena de se desestimular a inovação e o desenvolvimento tecnológico dos agentes econômicos.</p>	<p>a) Condutas exclusionárias - bloqueio de estrutura essencial, recusa de venda de espaços aos comparadores de preço, tratamento discriminatório de concorrentes; b) Venda Casada; c) Inovação Predatória; d) Posicionamento privilegiado; e) Falta de transparência - Publicidade Enganosa; f) Falta de neutralidade dos Algoritmos</p>	Arquivamento
08700.005418/2017-84	Tecon Suape S.A.	<p>a) Representado possui poder de mercado enquanto Operador Portuário do Porto de Suape, de forma que possui condições para impor condutas anticompetitivas aos agentes atuantes na atividade de armazenagem alfandegada de cargas, que necessitam das cargas por ele desembarcadas; b) Ao cobrar uma “taxa de liberação” de contêineres dos recintos alfandegados – seja a taxa chamada de ISPS, THC2 ou fiel depositário –, os terminais portuários agem como se houvesse um terceiro mercado: o de liberação de contêineres; c) A Representada apenas consegue impor a tarifa ISPS aos recintos alfandegários porque é monopolista no mercado upstream; d) Há vasta jurisprudência consolidada com relação a taxas portuárias que indica poderem ser consideradas como infrações da ordem econômica.</p>	<p>a) Cobrança abusiva de uma “taxa segurança” para cobrir os custos relacionados à implantação do Código ISPS</p>	Condenação

08700.005694/2013-19	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	<p>a) A posição dominante do Google é clara, porque ela controla a maior parte do mercado; b) Decerto a escolha racionalmente econômica por parte dos anunciantes pela plataforma Google, sem desincentivos artificiais criados pelo referido player dominante para a utilização dos mesmos mecanismos oferecidos pelos seus concorrentes, não caracteriza conduta infracionária sob a perspectiva concorrencial, cuidando-se de competição no mérito; c) Clientes/anunciantes estão satisfeitos com as possibilidades de realização do multihoming, seja manualmente, seja através de softwares dos próprios buscadores, por programas criados internamente ou por terceiros; d) Não há evidências de que os T&C da API do Google AdWords impactam negativamente a capacidade e a decisão dos usuários de utilizarem mais de uma plataforma para suas campanhas; e) Entende-se que nenhuma das cláusulas impediu ou permanece impedindo o multihoming; f) A utilização de outros meios para a realização de multihoming não apresentou ligação direta com as cláusulas dos T&C, mas sobretudo com características do Google e do próprio mercado brasileiro de anúncios digitais; g) O multihoming não é só permitido, como é incentivado pelos sites de busca.</p>	a) Os termos do contrato da API do AdWords do Google estariam impedindo o multihoming, ou seja, a possibilidade de um anunciante veicular sua propaganda em múltiplas plataformas digitais;	Arquivamento
08700.005755/2015-18	Itaú Unibanco S.A.	<p>a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos; c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.</p>	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento
08700.005759/2015-98	Caixa Econômica Federal	<p>a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos; c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é</p>	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento

		condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.		
08700.005761/2015-67	Banco Santander Brasil S.A.	a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos; c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento
08700.005766/2015-90	Banco Bradesco S.A.	a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos; c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento

08700.005770/2015-58	Banco do Estado do Rio Grande do Sul – Banrisul	a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player ; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos ;c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento
08700.005781/2015-38	Banco de Brasília - BRB	a) O mercado nacional de crédito consignado estava em fase de crescimento, e cada instituição financeira parecia se apropriar de parcela proporcional dessa expansão, não tendo sido registrado um pico significativo de aumento de participação de mercado por nenhum player ; b) Assim, constatou-se a existência de exclusividade, ainda que em parcela relativamente pequena dos contratos ;c) Os documentos reunidos aos autos indicam que nos casos em que a exclusividade existia, ela decorreu de ato impositivo por parte da Administração Pública e não de imposição unilateral pelo Representado abusando de suposto poder econômico, que sequer restou verificado no caso concreto; d) A existência de poder de mercado é condição primeira e essencial para as demais etapas da análise e, nestes casos, há ausência de poder de mercado para desempenhar a suposta conduta.	a) Contratos de exclusividade entre o Representado e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	Arquivamento
08700.009082/2013-03	Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.	a) Conclui-se pela existência de poder de mercado por parte da Representada no mercado nacional de sites de busca universal, mercado de origem da suposta conduta analisada. Os valores apurados superam (e muito) a participação de 20% da lei antitruste para presumir a posição dominante; b) As imagens demonstram que, de fato, um número limitado de reviews do Buscapé foram publicados no site estadunidense do Google. Entretanto, apenas um número limitado de reviews foram divulgados e conteúdo foi imediatamente retirado do ar pelo google ; c) Ainda que em tese a conduta de scraping possa configurar um ilícito concorrencial, não há como considerar esse único episódio como scraping , ante a falta de sistematização na coleta e divulgação de reviews.	a) Google estaria realizando a prática de “scraping” (“raspagem”), compreendida como a apropriação de conteúdo do site Buscapé (website de titularidade da Representante) em benefício ao “Google Shopping”, plataforma de sua titularidade à jusante;	Arquivamento

08012.001518/2006-37	Rodrimar S.A. Transportes, Equipamentos Industriais e Armazéns Gerais	a) No mercado de movimentação de cargas, os operadores portuários são verdadeiros monopolistas em relação aos recintos alfandegados que atuam naquele terminal específico; b) O CADE tem sinalizado há mais de dez anos, de forma consistente e reiterada, que a cobrança de THC2 é ilícita à luz do direito concorrencial; c) Os operadores portuários têm incentivos para elevar os custos dos rivais no mercado de armazenagem alfandegada de cargas e detém os meios necessários para tanto; d) O fato de a Antaq ter mudado de posição nos últimos anos em relação ao assunto não altera a posição do CADE sobre os impactos anticoncorrenciais que a taxa gera do mercado de armazenagem de contêineres;.	a) Cobrança de valor a título de ressarcimento das despesas administrativas e operacionais na segregação de cargas destinadas aos recintos alfandegados	Condenação
08012.007505/2002-48	Helicópteros do Brasil S.A. – Helibrás	a) Relativamente à recusa da venda de manuais, verificou-se durante a instrução que a Representada não era a única empresa a fornecê-los , havendo também no mercado a empresa Aircraft Technical Publishers (ATP Sales) que, conforme ela própria confirmou vendia as publicações em formato de CD-ROM e microfichas, a exceção dos manuais do modelo EC120; b) O DAC autorizou a Líder a utilizar os manuais dos proprietários e operadores para manutenção das aeronaves EC120; c) No tocante à recusa de venda de peças de reposição para manutenção dos helicópteros , a Representada afirmou que esta se devia a uma proibição de venda a oficinas não autorizadas. Os elementos constantes nos autos não indicam que tal conduta possuía aptidão para prejudicar a atuação da Líder no mercado de prestação de serviços de manutenção; d) Além de não ter restado comprovada a aptidão da prática denunciada de produzir prejuízo à concorrência, não há mais racionalidade para a negativa da Representada ao fornecimento de manuais técnicos ou peças para a Líder , uma vez que ela se tornou centro de manutenção autorizado da Representada	a) Recusa de venda de manuais e peças de reposição para manutenção de helicópteros	Arquivamento

08700.006964/2015-71	Associação Boa Vista de Táxi – Ponto 1813 (ABVT), Sindicato dos Permissãoários de Táxi e Motoristas Auxiliares do Distrito Federal (SINPETAXI/DF) e outros	a) A Uber, bem como outras empresas atuantes no mercado, deveriam ser consideradas agentes de mercado relevantes e atuantes em um ambiente de concorrência. Seriam, por isso, dotadas, de tutela perante o direito antitruste; b) Tendo em vista a novidade que as ERTs representaram para o mercado e a dúvida reinante sobre o tema, a demanda dos taxistas em reconhecer a proibição dos aplicativos de transporte individual de passageiros não parece estar totalmente despida de fundamento, a ponto de se considerar o seu acesso ao judiciário como abusivo , conquanto se concorde com os benefícios que os novos serviços traziam para o mercado e para a concorrência. Diante do contexto nacional de dúvida que havia à época, não há também que se falar em número exorbitante de ações judiciais; c) A conduta de emprego coordenado de violência e grave ameaça contra concorrente pode extrapolar o âmbito meramente civil e penal, sendo capaz de configurar infração à ordem econômica e, por isso, estar dentro do âmbito de atuação da repressiva da autoridade antitruste. Na qualidade de organizadoras, mobilizadoras e executoras de movimentos anti-ERTs, as entidades representativas da categoria de táxis são responsáveis pelos efeitos prejudiciais à ordem econômica que a categoria cause em decorrência de um clima generalizado de hostilidade; e) No que se trata das supostas condutas de prática de emprego de violência e grave ameaça por parte dos Representados, a análise do processo revelou ausência de material probatório suficiente para gerar condenação.	a) Emprego de violência e grave ameaça contra motoristas que trabalham com a Uber; b) Litigância abusiva, por associações de taxistas, perante o Poder Judiciário, o Ministério Público e instâncias das administrações públicas municipais, com a propositura de ações idênticas ou muito semelhantes em foros ou comarcas diferentes, na tentativa de excluir a concorrente Uber com argumentos desprovidos de mínimo fundamento de direito ou por meio da utilização de estratégias processuais insidiosas	Arquivamento
08700.008464/2014-92	Tecon Rio Grande S.A.	a) A Tecon Rio Grande, por ter poder de mercado no segmento de operação portuária de contêineres no Rio Grande do Sul, tem alta capacidade de impor condutas anticompetitivas não só a seus concorrentes no mercado de armazenagem alfandegada de cargas, mas também a qualquer empresa que não tenha acesso ao mar e que dependa das cargas desembarcadas pelos operadores portuários; b) Do ponto de vista probatório não há questão sobre a conduta: as representantes afirmam e a representada reitera que existe cobrança de preço denominado “fiel depósito” para contêineres com trânsito no Terminal Portuário operado pela Tecon Rio Grande; c) Essa conduta tem a potencialidade de discriminar e aumentar os custos dos rivais, expulsar agentes do mercado e diminuir o incentivo a novos entrantes e aumentar o nível geral de preços desse mercado.	a) Conduta exclusionária consistente na cobrança a recintos alfandegados de valor denominado “taxa de fiel depósito” (THC2)	Condenação

08012.007423/2006-27	Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda.	<p>a) Para que tais condutas possam ser reprimidas, é preciso demonstrar que as Representadas detinham posição dominante, que não tinham razões legítimas ou eficiências para adotar tais condutas e que tais condutas teriam o potencial de prejudicar a concorrência;</p> <p>b) Entende-se que, para a Representada Unilever, todos esses elementos estão presentes; c) A Nestlé foi absolvida por não deter posição dominante; d) Marca e, em especial, uma escala mínima, são barreiras à entrada relevantes no mercado de sorvetes de impulso do tipo self-service. A dificuldade de entrada e a baixa rivalidade neste mercado podem ser inferidas, ainda, pela estabilidade dos dois líderes nas mesmas posições; e) Não há dúvidas de que as Representadas adotam contratos ou dispositivos contratuais que impliquem, explícita, implícita ou operacionalmente, um acordo de exclusividade de facto com o PDV. Embora o percentual de PDV seja limitado, a imposição ou pagamento de bonificações por contratos de exclusividade com os principais pontos de venda das cidades de São Paulo e Rio de Janeiro teve o potencial de fechar mercado e de elevar a barreira à entrada para concorrentes de menor porte; f) Há justificativas econômicas razoáveis para a exigência de exclusividade de freezers pelas Representadas e de que não há evidências contundentes de que tal exigência, por si só, tenha criado barreiras ao estabelecimento de novos concorrentes no mercado. Em relação à exclusividade de vendas/merchandising, o argumento de eficiência não merece prosperar, pois mesmo que as eficiências existissem, consumidores finais não pagariam preços menores pelos produtos.</p>	a) Fechamento de mercado de concorrentes (vertical foreclosure) por parte de Unilever e Nestlé, ao oferecerem aos Pontos de Venda – PDV – descontos e bonificações em troca de exclusividade de vendas, de merchandising (exposição privilegiada) ou de uso dos refrigeradores.	Condenação
----------------------	---	--	---	------------

Fonte: Elaboração Própria