

## O CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS

Werter R. Faria \*

Na segunda metade do século XX, o Brasil teve quatro Constituições que prescreveram a repressão ao abuso do poder econômico. A de 1946 abrangeu todas as suas formas, nomeadamente

*“as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.*

Nesse tempo, o direito norte-americano era o único modelo de defesa da concorrência e de repressão às práticas restritivas. A lei Sherman (1890) proíbe, sem exceção, todo acordo restritivo da concorrência entre os Estados da União e toda monopolização ou tentativa de monopolização. A lei Clayton (1914) estatui a proibição de por si (isto é, sem derrogação possível) da concentração de empresas que acarrete uma diminuição substancial da concorrência.

A aplicação da regra da razão ou do razoável, criada pelo Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos, em 1911, possibilita excluir práticas restritivas dessas proibições, em função da análise do caso, sob o aspecto dos seus efeitos atenuados sobre a concorrência.

A norma constitucional brasileira levou mais de quinze anos para ser regulamentada. Quando foi promulgada a lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, já existia outro modelo de regras de concorrência: o Tratado que instituiu a Comunidade Européia (1957), cujas regras de concorrência aplicáveis às empresas inspiram-se nas da lei norte-americana. Proíbem os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que tenham objetivo ou efeito anti-concorrencial, bem como a exploração abusiva de posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

O Tratado de Roma não dispõe especificamente sobre as concentrações de empresas desfavoráveis à concorrência. Por isso, as operações dessa espécie foram enquadradas, ora na disposição que proíbe dos acordos entre empresas, ora na que veda os abusos de posição dominante.

---

\* Diretor-Presidente da Associação Brasileira de Estudos da Integração (ABEI) e Presidente da Associação de Estudos de Integração da Comunidade Européia no Brasil (ECSA-Brasil).

Os peritos consultados pela Comissão Europeia opinaram majoritariamente a favor da aplicação do art. 85 (atual art. 81) relativo aos acordos colusórios, quando depois da concentração subsistissem empresas juridicamente distintas, e a concorrência fosse restringida de forma sensível. Com respeito à aplicação do art. 86 (atual art. 82), concernente à exploração abusiva de posição dominante, os especialistas admitiram o cabimento quando essas operações visassem diretamente o abuso de uma posição dominante assim obtida, ou as concentrações resultassem de uma posição dominante.

Por seu turno, a Comissão rejeitou a conclusão dos peritos no tocante à aplicabilidade do art. 85 às concentrações econômicas (reagrupamentos de empresas sob direção econômica única, com perda da autonomia econômica), por entender que os acordos entre estas devem ser proibidos por via de regra e as concentrações, por exceção. A aplicação uniforme da regra aos acordos entre empresas e às concentrações inverteria essa situação: a proibição recairia menos sobre os acordos do que sobre as concentrações.

Além disso, os pressupostos da isenção ou exclusão da proibição dos acordos colusórios são inadequados às concentrações de empresas, pois raramente os efeitos destas operações podem ser avaliados a priori, com a mesma certeza com que se apreciam os resultados positivos dos primeiros, na forma do art. 85.3 (atual art. 81.3) do Tratado de Roma:

- a) melhoria da produção ou da distribuição dos produtos;
- b) promoção do progresso técnico ou econômico;
- c) reserva aos utilizadores (não só aos consumidores finais) de uma parte equitativa do lucro resultante do acordo ou decisão.

A par dessas condições positivas, a isenção ou exclusão da proibição dos acordos colusórios está sujeita a outras, de caráter negativo:

- a) não-imposição de restrições, além das indispensáveis para a obtenção desses fins positivos;
- b) não-atribuição às partes da possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial dos produtos em causa (os mesmos que oferecem, similares ou sucedâneos).

A sanção de nulidade dos acordos ou decisões proibidos, estabelecida pelo art. 85.2 (atual art. 81.2) do Tratado de Roma, se aplicada às concentrações ilícitas, poderia originar consequências contraproducentes, de maneira especial no caso das fusões, modalidade de reorganização de sociedades que tem repercussão sobre os direitos e interesses dos sócios e credores, quer uma ou mais sociedades se integrem noutra já existente (fusão-incorporação), quer

se constitua nova sociedade em que se fundem as participantes da operação (fusão propriamente dita).

Por último, a proibição dos acordos e decisões anti-concorrenciais não alcançaria formas de concentração em que faltasse o acordo entre empresas, a exemplo das aquisições de participações em bolsa.

Os argumentos da Comissão a favor da aplicação do art. 86, alínea 1 (atual art. 82, alínea 1), que proíbe o abuso de posição dominante, salientam a abrangência e elasticidade dessa regra, diante da qual são indiferentes os meios que possam ser causa da exploração anti-concorrencial.

A disposição do Tratado não define exploração abusiva, mas dá exemplos dessas práticas:

- a) imposição, direta ou indireta, de preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) limitação da produção, da distribuição ou do desenvolvimento técnico, em prejuízo dos consumidores;
- c) aplicação a parceiros comerciais de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, que os inferiorizem na concorrência;
- d) subordinação da celebração de contratos à aceitação, por uma das partes, de prestações suplementares, sem ligação com os respectivos objetos.

A doutrina chega à noção de abuso através das regras gerais de interpretação dos tratados e da análise do texto do art. 86 (atual art. 82), esclarecido pelos exemplos que fornece. Para existir abuso é necessário que uma empresa possua poder econômico, quer dizer, a faculdade de exercer influência expressiva sobre o funcionamento do mercado, que falseie a concorrência. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias formula uma definição mais perfeita de posição dominante, segundo a qual esta reside na possibilidade de adotar um comportamento independente que permite à empresa agir sem ter em conta, nomeadamente, os concorrentes, os compradores e os fornecedores. Por isso, o abuso de posição dominante atenta contra a própria estrutura da concorrência efetiva.

Em face das dificuldades para enquadrar as operações de concentração nas regras de concorrência do Tratado, estatuídas para proibir e sancionar os acordos colusórios e os abusos de posição dominante, criaram-se grupos de trabalho, compostos por juristas e economistas, para examinar a possibilidade de submissão das concentrações a essas disposições. Para enfrentar o poderio norte-americano e japonês impunha-se, também, favorecer as concentrações de empresas, sobretudo as de caráter transnacional, e fortalecer o controle das operações que pudessem falsear a concorrência.

Decorridos mais de vinte anos da elaboração e discussão dos projetos, o Conselho adotou o regulamento nº 4064, de 21 de dezembro de 1989, sobre o controle das operações de concentração de empresas. O considerando nº 3 consigna que

*“a supressão das fronteiras interiores conduz e conduzirá a importantes reestruturações das empresas na Comunidade, em particular sob a forma de operações concentração”*

O considerando nº 4 expressa que

*“esta evolução deva valorizar-se de forma positiva porque corresponde às exigências de uma concorrência dinâmica e pode aumentar a competitividade da indústria europeia, melhorar as possibilidades de crescimento e elevar o nível de vida na Comunidade”*.

Os considerandos ns. 6 e 7 reconhecem que as disposições do Tratado de Roma relativas à concorrência,

*“embora aplicáveis a determinadas concentrações, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, não são, sem embargo, suficientes para controlar todas as operações que podem se tornar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada estabelecido pelo Tratado”; por consequência, “é preciso criar um instrumento jurídico novo, sob a forma de regulamento, que possibilite o controle efetivo de todas as operações de concentração em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na Comunidade, e que seja o único aplicável a estas concentrações”*.

O regulamento define o seu campo de aplicação segundo a extensão geográfica das atividades das empresas participantes, a fim de abranger as operações que revistam dimensão comunitária, que é determinada com o emprego de dois critérios quantitativos e cumulativos: volume total dos negócios (realizados por todas as empresas afetadas e o volume total dos negócios efetuados por uma destas, pelo menos) e um de transnacionalidade.

O considerando nº 23 assinala que “é necessário definir como concentração somente as operações que impliquem uma modificação permanente da estrutura das empresas participantes”. Nas concentrações dependentes de aprovação devem existir previamente duas ou mais empresas e, por efeito da concentração, ocorrer uma modificação estrutural permanente das empresas concentradas. A alteração pode atingir a propriedade ou afetar, quer a gestão, quer a organização das empresas.

As denominadas concentrações internas e as que não reúnem as duas condições acima referidas estão fora do controle. As concentrações internas não ocasionam alterações estruturais das empresas participantes, nem de natureza patrimonial, nem orgânica. O § 1º do art. 20 da lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, alude ao crescimento interno “resultante de processo natural fundado na maior eficiência”. O crescimento externo é fruto das operações de concentração econômica, tais como as exemplificadas no § 3º do art. 54: fusão, incorporação de empresas, constituição de sociedade controladora ou qualquer forma de agrupamento societário.

O art. 3º do regulamento nº 4064/89 define como operação de concentração a fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes e a aquisição, direta ou indireta, do controle da totalidade ou parte de uma ou de várias outras empresas, quer por uma ou mais pessoas que já controlam pelo menos uma empresa, quer por uma ou mais empresas.

Os meios para aquisição do controle consistem na tomada de participações no capital ou na compra de elementos do ativo, mediante contrato ou qualquer outra convenção. Os meios ou instrumentos não têm maior importância, pois o direito da concorrência leva em conta o objetivo ou efeito da operação: a obstaculização significativa da concorrência.

A doutrina aponta como instrumentos para a obtenção do controle:

- a) a aquisição de ações ou títulos, mediante acordos ou ofertas públicas;
- b) a aquisição total ou parcial de ativos de uma empresa;
- c) a realização de contratos que assegurem o controle da administração de uma empresa;
- d) o estabelecimento de vínculos pessoais entre os órgãos de gestão de diversas empresas, de modo a garantir o controle de duas ou mais.

Assim como os meios ou instrumentos utilizados para a aquisição do controle, a qualificação não exerce maior influência na apreciação das operações de concentração. O direito da concorrência concede prioridade ao efeito ou resultado da concentração (a modificação permanente da estrutura das empresas participantes da operação).

Apreciam-se as operações de concentração com a aplicação de critérios constantes do art. 2º do regulamento do Conselho das Comunidades Europeias para determinar a sua compatibilidade com o mercado comum:

- a) a necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efetiva nesse espaço sem fronteiras internas;
- b) a posição no mercado das empresas participantes, sua pujança econômica e financeira, as possibilidades de escolha de fornecedores e usuários, seu acesso às fontes de abastecimento ou aos mercados, a existência, de fato ou de direito, de obstáculos ao acesso a esses mercados, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços de que se trate, os interesses dos consumidores intermediários e finais, assim como a evolução do progresso técnico ou econômico, sempre que este beneficie os consumidores e não constitua obstáculo para a concorrência.

O mesmo art. 2º.3, admite, a contrário senso, como compatíveis com o mercado comum as concentrações que não criam ou reforçam uma posição dominante, em virtude da qual a concorrência efetiva seja obstaculizada de forma significativa no mercado comum ou numa parte substancial dele.

Aos critérios normativos de caráter predominantemente econômico, adotados pelo regulamento relativo às concentrações de dimensão comunitária, acrescentam-se outros para o fim de demonstrar que as operações provocam ou não a criação ou reforço de uma posição dominante.

Para este efeito, é necessário delimitar o mercado em causa (relevant market), quer dizer, as condições objetivas deste, sob os aspectos geográfico e dos produtos em referência. A determinação do mercado geográfico geralmente é complexa, e excede a delimitação da área territorial, pois devem ser ponderados mais fatores.

O domínio de mercado de pouca ou nenhuma importância não conta na aplicação da norma que proíbe as concentrações que limitam ou falseiam a concorrência. O § 2º do art. 20 da lei nº 8.884/94 define como posição dominante o controle, pelo menos, de parcela substancial do mercado.

A determinação do mercado dos produtos consiste na individualização destes. A maior dificuldade é que produtos merceologicamente idênticos podem fazer parte de mercados distintos, assim como produtos merceologicamente diferentes pertencerem ao mesmo mercado por sua intercambialidade ou substituíbilidade.

Os critérios empregados para demonstrar a criação ou reforço de posição dominante são: o quantitativo (parte de mercado das empresas participantes), o estrutural (tamanho e características das empresas participante e número, tamanho e dinamismo das atuais ou potenciais empresas concorrentes) e o comportamental (capacidade de afastar do mercado empresas concorrentes).

Sob a vigência da Constituição de 1946 foi promulgada a lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, inspirada no direito antitruste norte-americano. O art. 2º, I considerava abuso do poder econômico, sob a forma de concentração de empresas diversas operações:

*“ b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;*

*c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;*

*d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;*

*e)acumulação de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa”.*

*“IV- Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:*

*a)discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;*

*b)subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem”.*

A lei não poderia ser omissa quanto à concentração econômica, pois o art. 148 da Constituição de 1946 prescrevia a repressão irrestrita do abuso do poder econômico, inclusive sob a forma de união ou agrupamento de empresas individuais ou coletivas de qualquer natureza, cuja finalidade fosse o domínio dos mercados nacionais, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

O legislador regulamentou a disposição constitucional, e descreveu meios ou processos para realizar concentrações de empresas, cuja ilicitude residia no objetivo ou finalidade de denominar os mercados, eliminar ou restringir a concorrência. Mediante a concentração duas ou mais empresas que exercem atividade econômica com autonomia decisória unificam os centros deliberativos, seja pela criação de empresa nova, seja pela alteração na propriedade ou gestão de uma delas ao menos.

Há casos de perda da autonomia decisória que não se enquadram na noção de concentração, como certos acordos colusórios insuscetíveis de produzir modificação na estrutura interna das empresas participantes, e são proibidos quando têm por objetivo ou efeito eliminar ou restringir a concorrência.

As operações de concentração eram previstas no art. 2º da lei de 1962.

*“I- Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:*

.....  
.....

*b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;*

*c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;*

*d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;*

*e) acumulação de direção, administração ou gerência de mais uma empresa.*

*IV – Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:*

*a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;*

*b) subordinação da venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem”.*

O art. 20 da lei nº 8.884/94, que revogou expressamente a anterior, define as infrações da livre concorrência. São os atos que tem por objetivo ou efeito o falseamento da concorrência ou o domínio do mercado. A disposição não menciona a concentração de empresas. Desse modo, as violações das regras de concorrência reduzem-se a duas classes: acordos entre empresas restritivos da concorrência e abusos de posição dominante.

O art. 54 institui o controle dos atos “que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”. O § 3º do art. 54 inclui as concentrações econômicas nos atos submetidos a controle.

Além de estender o controle, essa disposição indica formas que a concentração econômica pode assumir:

a) fusão ou incorporação de empresas;

b) constituição de sociedade para exercer o controle de empresas;

c) qualquer forma de agrupamento societário.

Em todas as hipóteses, o ato objeto de controle deve ter como consequência

*“a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”*.

Da mesma maneira que a lei anterior, a nova não formula nenhum conceito de concentração econômica. Simplesmente a enquadra nos

*“atos sobre qualquer manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços”*.

A lei seria completamente falha se não protegesse a concorrência contra as concentrações de empresas que a eliminassem ou restringissem significativamente. Entretanto, a introdução dessas operações nos atos submetidos ao controle do órgão defensor da concorrência, como práticas colusórias ou práticas abusivas, significa um retrocesso, posto que a lei anterior tratava as concentrações econômicas como categoria jurídica autônoma.

As disposições da lei nº 8.884/94 aplicáveis as concentrações são de natureza processual, excluídas as que exemplificam as formas que podem assumir, condicionam a eficácia das operações à aprovação do órgão competente e a fazem retroagir à data de sua realização.

O art. 54 da referida lei confere competência ao CADE para controlar os atos suscetíveis de restringir ou prejudicar a concorrência, bem como provocar o domínio do mercado.

Efetua-se o controle mediante a aplicação da norma (art. 20) esta disposição considera ilícitos os atos que tenham por objeto ou possam produzir ou seguintes efeitos:

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

*II- dominar mercado relevante de bens ou serviços;*

*III- aumentar arbitrariamente os lucros;*

*IV- exercer de forma abusiva posição dominante”.*

As concentrações de empresas podem originar os resultados descritos nos incisos I e II. O aumento arbitrário dos lucros e o exercício abusivo de uma posição dominante não são consequências diretas das operações, mas do comportamento das empresas afetadas.

A vedação recai sobre os acordos colusórios e os abusos de posição dominante, e se aplica às concentrações econômicas que correspondam a uma dessas classes de ilícito concorrencial, por força do § 3º do art. 54.

O § 1º atribui competência ao CADE para, a despeito da proibição, autorizar “os atos a que se refere o *caput*”, sejam restritivos ou prejudiciais à concorrência, sejam causantes de domínio do mercado.

Os atos passíveis de autorização devem preencher um ou mais dos requisitos enumerados no inciso I do art. 54:

*“a) aumentar a produtividade;*

*b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou*

*c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”.*

Também devem satisfazer outros requisitos, estabelecidos nos incisos seguintes:

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

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

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

Esses requisitos correspondem, aproximadamente, às condições estabelecidas no art. 85.3 (atual art. 81.3) do Tratado de Roma para serem declaradas inaplicáveis as disposições do nº 1 sobre a ilicitude de todos os acordos entre empresas e de todas as decisões de associações de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado co-

mum. Nos termos da norma comunitária, a proibição do nº 1 pode, todavia, ser declarada inaplicável a acordo ou categoria de acordos entre empresas ou decisão ou categoria de decisões de associações de empresas que cumpram as condições positivas e negativas da norma de isenção.

Pode ser declarada inaplicável a proibição aos acordos ou decisões que:

- a) contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, ou para promover o progresso técnico ou econômico;
- b) concorram para promover o progresso técnico ou econômico.

Além desses efeitos positivos, os atos que dependem de autorização precisam cumprir as condições negativas previstas nos incisos II e III do mesmo parágrafo:

- a) reservem aos utilizadores uma parte equitativa do lucro resultante das práticas colusórias; e que
- b) não imponham às empresas afetadas quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- c) não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

**Desde a criação de um instrumento jurídico novo, que tornou factível o controle efetivo de todas as operações de concentração incompatíveis com o regime de concorrência não falseada estabelecido pelo Tratado de Roma, a Instituição competente para decidir da compatibilidade (Comissão Européia) examina as operações com o objetivo de apurar se constituem obstáculo para a concorrência efetiva e adota decisões destinadas a restabelecê-la.**

A avaliação das operações de concentração realiza-se de acordo com as disposições do regulamento nº 4064/89. As condições do art. 85.3 (atual art. 81.3) do Tratado de Roma aplicam-se à avaliação de possíveis operações que não se enquadrem na definição de concentração do art. 3º do regulamento.

O § 2º do art. 54 da lei nº 8.884/94 permite a autorização dos atos restritivos ou prejudiciais à concorrência ou que possam ocasionar domínio do mercado, não somente pelas razões de eficiência econômica, como por motivos de interesse coletivo, quando:

**a)preenham pelo menos três das condições impostas pelos incisos I a IV do § 1º do art. 54;**

b)sejam necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum;

c)não acarretem prejuízo para os consumidores ou usuários finais.

**A similaridade entre as disposições da lei nº 8.884/94 e do Tratado de Roma manifesta-se, ainda, nas condições negativas de que depende a autorização da concentração (art. 54, § 1º, II a IV) ou a inaplicabilidade da proibição de acordos ou decisões (art. 85.3, a e b; atual art. 81.3, a e b).**

O art. 85 (atual 81) do Tratado de Roma proíbe os acordos entre empresas e decisões de associações de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Esta norma mostrou-se insuficiente para regular a concentração de empresas, porque a colusão põe termo ou reduz o comportamento competidor das empresas, ao passo que aquela afeta a estrutura do mercado, umas vezes com vantagens econômicas, outras com prejuízos para este. A colusão se dá entre empresas independentes, a fim de obrigá-las a um determinado comportamento no mercado; a concentração produz uma alteração definitiva na estrutura interna das empresas e, conseqüentemente, do mercado.

Por isso, a Instituição incumbida de velar pelo respeito das regras de concorrência na Comunidade (Comissão Européia) entendeu que era possível apreciar os casos de concentração à luz da proibição dos acordos colusórios, quando lhes servissem de base e limitassem a concorrência. Opinou, também, que os critérios para a concessão de isenções, com respeito aos acordos entre empresas restritivos da concorrência, eram inadequados às concentrações. A apreciação das operações segundo os critérios positivos da melhoria da produção ou distribuição dos produtos, da promoção do progresso técnico ou econômico e da reserva de uma parte equitativa do lucro resultante da concentra-

ção, em favor dos utilizadores, é menos segura nesta do que em matéria de acordo colusório.

Há legislações em que a apreciação das concentrações de empresas se efetua com base em critérios negativos, principalmente os que se ligam com a não-aquisição de poder de mercado excessivo ou aumento significativo deste, no momento da realização da operação. É praticamente impossível determinar de antemão as consequências futuras de uma concentração, com a mesma certeza com que se analisam os efeitos de um acordo colusório. Também é difícil apurar se os resultados positivos da concentração (aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos bens ou serviços, propiciação da eficiência e do desenvolvimento tecnológico ou econômico, distribuição equitativa dos benefícios entre os participantes da operação e os utilizadores dos produtos) poderiam ser obtidos por outros meios.

O § 3º do art. 54 da lei nº 8.884/94 inclui as operações de concentração de empresas “nos atos de que trata o *caput*”, ou seja, naqueles suscetíveis de restringir, prejudicar a livre concorrência ou resultar em domínio do mercado. O artigo objeto da remissão dispõe:

*“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CA-DE”.*

O art. 3º atribui a essa autarquia federal a natureza de “*órgão judicante, com jurisdição em todo o território nacional*”, e o art. 7º confere competência ao plenário do Conselho para

*“XII – apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso”.*

O controle não se estende a todas as concentrações de empresas, mas às de maior dimensão. A lei adota dois critérios para definir quais sejam: quota de mercado e faturamento. O primeiro aplica-se quando a empresa ou grupo de empresas que resulta da concentração participa com vinte por cento ou mais do mercado em referência; o segundo, quando o faturamento bruto anual de qualquer das empresas participantes da operação, conforme o último balanço, equivale a quatrocentos milhões de reais. Os índices servem para verifica-

ção do chamado “umbral do controle das concentrações”. As operações que têm por efeito direto ou indireto à concentração de empresas ou grupo de empresas, enquadradas nos critérios da quota ou do faturamento, estão submetidas ao mesmo controle de atos e contratos ordenado pelo art. 54.

O regulamento (CE) nº 4064/89 é aplicável, em geral, a todas as operações de concentração de dimensão comunitária, tendo-se em conta o volume de negócios total do conjunto das empresas afetadas, durante o último exercício, que correspondam às suas atividades ordinárias (venda de produtos ou prestação de serviços) realizadas tanto na Comunidade como num Estado membro.

O procedimento de controle tem por objetivo apurar a existência de ilícito concorrencial por concentração, cujos elementos constitutivos correspondem aos das infrações descritas nos incisos I e II do art. 20 da lei nº 8.884/94:

- a) limitação, falseamento ou prejuízo à livre concorrência;
- b) dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

A ilicitude das concentrações de empresas reside na restrição ou prejuízo à concorrência, motivado pela criação ou reforço de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste.

A autorização para as concentrações é obrigatória se a quota de mercado ou o faturamento atingirem os níveis estabelecidos no § 3º do art. 54 da lei que dispõe sobre a defesa da concorrência.

O procedimento de controle das concentrações de empresas inicia-se com a apresentação da documentação à SDE, que, na forma do art. 14 da lei nº 8.884/94, é o órgão competente para

*“XII – receber e instruir os processos a serem julgados pelo CADE” (...).*

A notificação pode ser prévia ou posterior à operação de concentração. Neste caso, o pedido de autorização deve ser feito em quinze dias úteis contados da realização da operação.

A lei não declara a quem incumbe dar conhecimento do ato e entregar a documentação à SDE. Diante da especificidade de cada operação, compete às partes interessadas, que são:

- a) na fusão, as empresas que se unem para formar uma terceira, juntamente com esta;
- b) na incorporação, a empresa sucessora;
- c) na aquisição de participações no capital de uma empresa, a adquirente;
- d) na compra de elementos do ativo de uma empresa, a compradora.

O prazo para o cumprimento da obrigação de informar as concentrações conta-se “de sua realização”. A formação dos contratos dá-se no momento da aceitação da proposta ou em que a declaração de vontade nesse sentido chega ao conhecimento do proponente. O § 4º do art. 54 não se refere ao momento da conclusão do ato ou operação, mas da sua realização, com a estipulação por escrito das cláusulas e condições pelas quais se regerá. Assim, o momento da realização das concentrações, mesmo quando sujeitas a condição suspensiva, coincide com a data do documento que contenha as disposições acordadas pelas partes. Nas concentrações que não se efetuam mediante acordo, como a aquisição de participações, o prazo inicia-se na data da aceitação da oferta de compra ou permuta e nos negócios em bolsa, na da operação. O normal é que a aceitação da concentração seja formulada de modo expresso, e a perfeição, formação ou conclusão da operação se materialize num instrumento público ou privado.

O § 5º do art. 54 prevê a hipótese de informação das concentrações depois de vencido prazo e, como sanção administrativa, impõe uma multa pecuniária, aplicável pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo pela SDE (art. 14, III e VI), inclusive por iniciativa da Procuradoria do CADE, que tem o encargo de zelar pelo seu cumprimento da lei, na forma do art. 10, VI.

O § 7º do art. 54 subordina a eficácia jurídica da operação de concentração à decisão que a aprovar. A apresentação da documentação ou notificação suspende os efeitos da concentração, até que seja aprovada, momento em que os seus efeitos retroagem à data da operação.

O § 8º faculta a solicitação de documentos e esclarecimentos pela SEAE, SDE e CADE se os considerarem indispensáveis para a análise do processo. O despacho que ordena a apresentação de documentos ou a prestação de esclarecimentos suspende os prazos para a SEAE emitir parecer sobre a concentração, a SDE instruir o processo e manifestar-se e o CADE julgá-lo.

Os documentos e informações precisam ser completos e exatos. A lei não regula os efeitos da notificação incompleta ou inexata. Esta situação equivale ao não-cumprimento da obrigação de notificar a concentração e, portanto, as consequências são as mesmas da omissão: a multa pecuniária e a permanência da eficácia condicional da concentração. Os efeitos jurídicos da operação continuarão dependentes da autorização administrativa.

A lei não aponta a nulidade como sanção contra as empresas cuja concentração haja sido desaprovada. A sanção não é de natureza civil. A denegação da aprovação acarreta uma consequência cujo pressuposto é a validade da operação: a desconstituição por força do § 9º do art. 54.

As disposições aplicáveis à concentrações de empresas possuem natureza processual, com exceção do parágrafos 3º, 7º e 9º do art. 54. O primeiro dá exemplos de formas de concentração, o segundo condiciona a eficácia e a retroatividade dos atos que restringem ou prejudicam a concorrência ou provocam domínio do mercado à decisão de aprovação ou autorização e o terceiro prescreve a desconstituição total ou parcial da operação, no caso de decisão denegatória.

As formas de desconstituição das operações, exemplificadas no § 9º do art. 54, são as que se seguem:

- a) distrato;
- b) cisão de sociedade;
- c) venda de ativos;
- d) cessação parcial de atividades;
- e) qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à concorrência.

Se as concentrações se realizarem sob condição suspensiva ou tiverem produzido efeitos em relação a terceiros, inclusive de natureza fiscal, o CADE adotará medidas que levem em conta o efeito suspensivo da notificação das operações (§ 7º do art. 54), e não a fase de pendência destas por obra da vontade das partes, nem a subsistência dos efeitos externos que concernem a outras pessoas.

A doutrina ressalta um aspecto peculiar ao direito da concorrência, que é considerar o silêncio do órgão julgador equivalente a autorização do ato a título provisional ou definitivo. A parte final do § 7º dispõe sobre o silêncio durante o prazo de sessenta dias fixado para o julgamento dos atos, inclusive de concentração:

*“não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão (os atos) automaticamente considerados aprovados”.*

O prazo começa a correr do dia do recebimento do processo instruído e encaminhado pela SDE ao plenário do CADE, na forma do § 6º. Decorrido o prazo, a concentração fica automaticamente autorizada em caráter definitivo, e não provisional, como em outros países.

O § 8º impõe a suspensão dos prazos para a emissão do parecer técnico da SEAE, a instrução do processo e manifestação da SDE e a decisão do plenário do CADE enquanto não forem prestados os esclarecimentos ou apresentados os documentos solicitados nessas fases da tramitação do pedido de autorização. No caso de suspensão do prazo para a decisão da autorização, em virtude de diligência imprescindível à análise do processo, o prazo suspenso recomeça a correr na data do cumprimento da diligência (prestação de esclarecimentos ou apresentação de documentos).

O art. 55 da lei nº 8.884/94 trata da revogação da decisão de autorização, que pode ser promovida de ofício ou mediante provocação da SDE. As causas que justificam a revogação referem-se a fatos anteriores ao julgamento do processo (informações falsas ou enganosas prestadas pelas empresas afetadas) ou posteriores (descumprimento das condições da aprovação, ou não-obtenção dos benefícios esperados da operação, relativamente à eficiência econômica e ao interesse coletivo).

As três causas de revogação são imputáveis as empresas concentradas que se beneficiaram com a aprovação, e a última pode ser atribuída, também, a fatores aleatórios. Só cabe a revogação por motivo de legalidade, e não de conveniência.

Os efeitos da revogação retroagem ao momento da decisão de autorização no caso de informações falsas ou enganosas, e nos de incumprimento ou impossibilidade de alcançar os benefícios esperados da concentração, à data da comprovação desses fatos.

Em correlação com a finalidade do julgamento das concentrações de empresas (apreciação da licitude em face dos incisos I e II do art. 20 da lei nº 8.884/94), a lei deveria estabelecer os critérios para o exame das operações, dentre os quais sobressairia o respeitante à preservação e intensificação da concorrência efetiva.

Com a abolição do regime da concorrência específico para as concentrações econômicas, conforme o disposto na lei nº 4.137/62, passaram a reger-se pelas regras aplicáveis aos acordos colusórios e aos abusos de posição dominante. Desse modo, adquiriram importância algumas distinções.

Os acordos colusórios são considerados nocivos à concorrência, salvo quando tenham efeitos positivos. O inciso I do § 1º do art. 54, da lei nº 8.884/94 contrapõe efeitos positivos à limitação ou prejuízo a concorrência ou domínio do mercado que as concentrações possam ocasionar à livre concorrência, como sejam:

- a) aumento da produtividade;
- b) melhoria da qualidade dos bens ou serviços;
- c) maior eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

A proibição das concentrações de empresas tem caráter excepcional, e recai sobre as operações em que se verifique aquisição ou aumento excessivos do poder de mercado. Por outro lado, só as grandes concentrações estão sujeitas a controle.

As concentrações econômicas podem ocorrer mediante abuso de posição dominante. Nesta hipótese, é necessário indagar se a operação cria ou reforça uma posição dominante até ao ponto de limitar ou prejudicar a concorrência ou redundar em domínio do mercado. Ainda que as concentrações produzam esses resultados, são autorizáveis, já por razões de eficiência econômica, já por motivo de interesse para a economia nacional ou para o interesse coletivo.

Devem ser desautorizadas duas espécies de concentração: as tenham por objeto a exploração abusiva da posição dominante conquistada por meio da operação e as resultantes do abuso da posição dominante.

Existem duas teorias sobre o abuso de posição dominante: a objetiva e a subjetiva. A primeira concebe o abuso como ilícito de conduta das empresas e a segunda, como ilícito de resultado sobre a estrutura e o funcionamento dos mercados em causa. As concentrações de empresas não podem ser avaliadas sob o aspecto subjetivo ou da conduta, mas do resultado das operações, a despeito da menção do art. 54, § 1º, I, da lei nº 8.884/94 ao objetivo dos atos que possam restringir ou prejudicar a concorrência ou resultar em domínio do mercado. Considera-se ilícita, em face do art. 20, I e II, da lei nº 8.884/94 qualquer operação que gere uma dessas consequências.

As concentrações que dão origem ao domínio de mercado pelas empresas reagrupadas sob direção única (singular ou plural) podem conferir-lhes poder econômico inexistente anteriormente. O § 1º do art. 20 da lei nº

8.884/94 reconhece a licitude da conquista de posição de domínio num mercado se for “resultante de processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”. Porém, se a aquisição decorrer da operação de concentração, a possibilidade de domínio do mercado constitui fundamento para a negativa da autorização, a menos que a operação atenda aos requisitos previstos no § 1º, incisos I a IV, ou no § 2º do art. 54 da lei nº 8.884/94.

Cumpra distinguir entre posição e comportamento no mercado. Os incisos II e IV do art. 20 consideram infração da concorrência, quer o domínio do mercado, quer o exercício abusivo de posição dominante, ou seja, a posição e o comportamento. A proibição do exercício abusivo de posição dominante singulariza-se por ser incondicional e, por consequência, não comportar nenhuma exceção. A vedação da aquisição ou reforço da posição dominante pela operação de concentração não é incondicionalmente proibida, mas suscetível de ser autorizada por razões de eficiência econômica ou de interesse coletivo.

O critério indispensável para avaliar a licitude das operações de concentração é a existência de uma concorrência efetiva. As empresas em posição de domínio são as que têm possibilidade de assumir um comportamento independente e atuar no mercado sem terem consideração a conduta dos concorrentes fornecedores e clientes.

A análise para verificar a licitude da operação de concentração consiste em conhecer ao certo se limita ou prejudica a concorrência ou acarreta dominação do mercado. Por conseguinte, o estudo compreende, o exame da posição de domínio para apurar se a concentração dá ensejo à aquisição ou reforço do poder de mercado em grau que afeta ou possa afetar sensivelmente a concorrência efetiva.

A lei não define os critérios para o exame das operações de concentração. Entretanto, como se inspira no direito comunitário da concorrência, são utilizáveis ou que figuram no art. 2.1 do regulamento do Conselho sobre o controle das operações de concentração de empresas, assim como os conceitos de mercados dos produtos e de mercado geográfico pertinente, que se encontram no anexo I (formulário relativo à notificação das operações). A referida disposição preceitua que as operações de concentração serão avaliadas, tendo em conta:

*“a) necessidade de preservar e desenvolver uma concorrência efetiva no mercado comum, atendendo, em especial, à estrutura de todos os mercados em questão e a concorrência real ou potencial das empresas localizadas dentro ou fora da Comunidade;*

*b) a posição no mercado das empresas participantes, sua solidez econômica e financeira, as possibilidades de escolha dos fornecedores e usuários, seu acesso às fontes de abastecimento ou aos mercados, a existência de fato ou de direito de obstáculos ao acesso a esses mercados, a evolução da oferta e da procura dos produtos e serviços de que se trate, os interesses dos consumidores intermediários e finais, bem como a evolução do progresso técnico ou econômico, sempre que esta seja em benefício dos consumidores e não constitua obstáculo à concorrência”.*

A análise das operações de concentração para decidir da sua licitude tem como eixo central o conceito de posição dominante, cuja aquisição ou reforço não podem afetar de modo significativo a concorrência no mercado interno ou numa parte substancial deste. O objetivo final do exame das operações de concentração é determinar se este resultado sucedeu ou poderá acontecer. O estudo precisa ser feito em todos os casos, e indicar a presença de fatores que fazem parte dos conceitos de mercado dos produtos ou serviços e de mercado geográfico em referência.

A delimitação do mercado relevante revela o grau de poder econômico das empresas afetadas. Mercado relevante é o lugar onde as empresas exercem as suas atividades. Na demarcação, levam-se em conta a dimensão geográfica (o território nacional ou parte substancial deste) e as características dos produtos ou serviços relativamente aos quais as empresas fazem valer a sua posição dominante. Importa verificar a possível substituição dos produtos ou serviços, as barreiras existentes a entrada de outros e a concorrência praticável. Os produtos e serviços insubstituíveis, em termos de utilização e de características, diferenciam-se dos similares que não tenham a possibilidade de lhes fazer concorrência apreciável. O mercado relevante consta de produtos idênticos e de similares. Sendo substituíveis pelos utilizadores, sob o ponto de vista do uso e da satisfação de necessidades econômicas, fazem parte do mercado em causa como produtos ou serviços similares de outros que são perfeitamente idênticos.

O conceito de mercado relevante não se confunde, no direito europeu, com o do direito norte-americano, segundo o qual é o conjunto de produtos

relativamente aos quais o monopolista hipotético pode impor, com vantagem, pequeno, mas significativo e durável aumento de preço.

A delimitação do mercado relevante começa com a pesquisa de cada produto fabricado ou vendido pelas empresas concentradas para averiguar o que aconteceria se o monopolista hipotético desse produto impusesse pequeno, mas significativo e durável aumento de preço. No caso em que muitos compradores substituíssem o produto por outros, o monopolista hipotético não teria vantagem de aumentar o preço. Uma segunda pesquisa, consistente em somar ao produto fabricado ou vendido pelas empresas concentradas o substituto ou sucedâneo para verificar o conjunto de produtos a que o monopolista hipotético poderia impor aumento de preço. O mercado de produto relevante seria o do menor conjunto de produtos que satisfariam o teste.

A apuração do mercado dos produtos tem a finalidade de determinar a quota de mercado afetada e do mercado geográfico pertinente, as suas características estruturais e a incidência da operação de concentração sobre estas. Conforme as espécies e as peculiaridades dos produtos ou serviços, o mercado geográfico abrange a totalidade ou uma parte substancial do mercado interno, formado pelo território em que as empresas concorrentes operam como ofertantes ou demandantes de bens ou serviços. Neste território, as condições de concorrência são suficientemente homogêneas, e pode distinguir-se das áreas limítrofes, especialmente porque as condições de concorrência são completamente diferentes. Para essa constatação, o órgão encarregado do controle das operações de concentração tomará em consideração, segundo a concepção de mercado geográfico em referência, como fatores imprescindíveis para a sua análise:

- a) a natureza e as características dos produtos ou serviços afetados;
- b) a existência de obstáculos ao acesso ao mercado em causa;
- c) as preferências dos consumidores;
- d) a existência entre o território considerado e os limítrofes de diferenças consideráveis de quota de mercado das empresas ou de diferenças de preço consideráveis.

A averiguação requer a definição do mercado dos produtos ou serviços de que trata a operação, e tem por finalidade estabelecer a quota de mer-

cado que está em jogo. O passo seguinte é circunscrever o mercado geográfico (nacional, regional, estadual ou inferior a este último).

O critério determinante para a verificação da licitude das operações de concentração é o da criação ou reforço de uma posição dominante no mercado que prejudique ou obstrua a concorrência efetiva, cuja preservação e desenvolvimento é o objetivo das legislações de defesa da concorrência.

Apurada a existência de criação ou reforço de posição dominante, o CADE ainda deve utilizar outros critérios, constantes do art. 54, § 1º, I, da lei nº 8.884/94, relativos a valores mais elevados que a livre concorrência.

O CADE pode autorizar atos, inclusive de concentração, a que se aplicaria a proibição do art. 20, I e II, da mencionada lei, desde que preencham todos, alguns ou um dos requisitos de eficiência econômica, e permitam às empresas concentradas e aos consumidores ou usuários participar das vantagens da operação.

Além disso, a outorga só é permitida quando as concentrações não causem prejuízos severos à concorrência no mercado do produto ou serviço em questão ou numa parte substancial deste, contanto que observem os limites estritamente necessários à consecução dos objetivos das operações.

Nos termos do § 2º do art. 54 da lei nº 8.884/94, cumpre ao CADE examinar, igualmente, a possibilidade de autorizar as operações de concentração por motivos de interesse econômico ou coletivo. Nestes casos, a decisão tem caráter quase inteiramente discricionário, porque os dois pressupostos legais induzem a uma livre apreciação do que sejam os valores extraconcorrenciais “motivo preponderante da economia nacional” e “bem comum”. A decisão por motivos extraconcorrenciais é mais discricionária do que a baseada em razões de eficiência econômica.

Ao contrário do que sustentam alguns setores governamentais, empresariais e políticos, a aplicação de critérios não estritamente concorrenciais para a avaliação das operações deve continuar reservada a um órgão julgante independente.

Os critérios não estritamente concorrenciais para a avaliação das operações de concentração acham-se fixados na lei, e só um órgão independente pode efetuar o balanço dos efeitos sobre a concorrência, a economia e o bem estar coletivo, especialmente os interesses dos consumidores.

Os critérios dizem respeito aos fins extraconcorrenciais de natureza econômica visados pela política de concorrência. Condutas que restringem ou prejudicam a concorrência num mercado concreto são isentas por força de lei da proibição dos acordos entre empresas e dos abusos de posição dominante porque o interesse público a favor da defesa da concorrência deve ceder a outros interesses que justificam restrições ou prejuízos. No exame dos atos sujeitos ao controle do CADE, esses fins públicos devem ser ponderados para

conceder a autorização, se produzirem efeitos benéficos fora do campo da concorrência. Em face dos conceitos jurídicos indeterminados da lei, o órgão judicante possui amplo grau de liberdade para também formar opinião sobre o preenchimento dos requisitos da autorização por motivos de eficiência econômica.

Diante dos benefícios ou do interesse da operação, é possível submetê-la a condições, deveres ou modificações, que deveriam estar previstos na lei, como o estão as providências relativas a desconstituição dos atos não aprovados, em atenção do princípio constitucional da legalidade da administração pública.

Os instrumentos de concentração contém, algumas vezes, restrições acessórias que se vinculam diretamente com a operação e as partes julgam necessárias à sua realização. A decisão de autorização deve abranger essas estipulações, e a análise ser feita à luz da proibição dos acordos colusórios e da dominação do mercado, vedados pelos incisos I e II do art. 20 da lei nº 8.884/94.

Mesmo nos Estados que o controle das concentrações é objeto de normas especiais, aplicam-se às cláusulas acessórias as disposições sobre as práticas colusórias e abusivas.

Os efeitos das restrições acessórias produzem-se em relação à liberdade de ação das empresas concentradas (cláusulas de não-concorrência, licenças de direitos de propriedade industrial ou comercial e de saber-fazer, acordos de provisionamento e de fornecimento).

A decisão que autoriza a concentração de empresas permite a sua aplicação desde a data da realização da operação.

A aprovação pode ser total, parcial ou conter modificações. Se for parcial, as cláusulas não aprovadas perdem a eficácia definitivamente.

Quando não tenha sido executada a concentração, os efeitos da decisão denegatória da aprovação restringem-se à esfera civil. Se a operação não estiver subordinada a condição suspensiva ou haja produzido efeitos em relação a terceiros, inclusive de natureza fiscal, na forma do § 9º do art. 54, a decisão que denegar a autorização:

*“determinará as providências no sentido de que sejam desconstituídas, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.*

Na hipótese inversa, o CADE deve adotar as providências determinadas pelo citado parágrafo.

O prazo para a decisão do CADE é de sessenta dias, contados do recebimento do processo instruído pela SDE. Em algumas legislações, como a espanhola, o silêncio do órgão encarregado de julgar os pedidos de aprovação equivale à concessão de uma medida liminar, e as empresas participantes da operação podem executá-la provisoriamente. O § 7º do art. 54 atribui ao silêncio do CADE outro efeito: o de aprovação definitiva da concentração.

As autorizações por decisão do plenário e as tácitas são irrevogáveis.

O § 1º do art. 7º da lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre as telecomunicações, submete as concentrações econômicas nessa área “aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica”. Esclarece o § 2º que compete ao CADE decidir os pedidos de autorização. Assim, a ação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), relativamente à concentração de empresas de telecomunicações, não compreende a instrução, parecer e decisão dos processos de autorização, que competem à SEAE, SDE e CADE, respectivamente. A ANATEL pode pedir à SDE que instaure averiguações preliminares ou processo administrativo, na forma do art. 30 da lei nº 8.884/94, à vista dos fatos anticoncorrenciais de que tenha conhecimento.

O art. 54 atribui competência exclusiva ao CADE para o controle dos atos restritivos ou prejudiciais a concorrência, extensiva às concentrações de empresa por força do § 3º.

Entretanto, nada impede a realização de diligências pela ANATEL acerca das operações de concentração, com o intuito de colaborar com os órgãos incumbidos da instrução e do julgamento dos processos administrativos em matéria de concorrência.

A prevenção e a repressão das infrações e a aprovação das operações de concentração competem exclusivamente ao plenário do CADE, de acordo com art. 7º, II e XII, da lei nº 8.884/94. As pretensões em contrário, no tocante à concentração das instituições financeira, por exemplo, atentam contra o princípio da exclusividade de competência para julgar os acordos colusórios, os abusos de posição dominante e os ilícitos por concentração de empresas em qualquer setor da atividade econômica.

