

**Ministério da Justiça - MJ****Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504

Telefone: (61) 3221-8485 - www.cade.gov.br

**Processo Administrativo nº 08700.002021/2013-15****Referência: Despacho Presidência nº 275/2018 (SEI 055034)****Voto-Vogal: Conselheira Paula Azevedo****Voto Vogal**

1. No Brasil, a política de defesa da concorrência possui mandato constitucional no sentido de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, §4 da Constituição Federal). Seu objetivo, assim, é o de preservar um ambiente concorrencial que proteja os consumidores, buscando um aumento da oferta, promovendo a inovação e buscando preços mais baixos.

2. Entendo que a intervenção estatal antitruste deve ser mínima, e justificada em casos decorrentes do controle repressivo, ou, quando em controle preventivo, houver indícios claros de que os efeitos concorrenciais resultantes de um ato de concentração, ainda que com remédios, tenham efeitos líquidos negativos para o bem-estar do consumidor.

3. Com a devida vênia, entendo que a Nota Técnica do DEE não apontou a existência de indícios de abuso de posição dominante no mercado de refino de petróleo. A Nota Técnica do DEE – que é extremamente rica em informações – aponta para um mercado com falhas e com uma estrutura oligopolizada e extremamente concentrada. No entanto, a estrutura, por si só, não define a eficiência de um mercado.

4. Entendo que o antitruste moderno deve focar sua análise nas condutas dos agentes econômicos e na eficiência alocativa, e não se ater apenas ao paradigma Estrutura – Conduta – Performance, esposado por Mason na década de 1930 e depois por Bain na década de 1950[1]. A ideia de que a estrutura do mercado dita o grau de concorrência recebeu fortes críticas da escola de Chicago e das correntes subsequentes[2].

5. Inclusive, devemos tomar como lição a experiência norte-americana da década de 1960 que aplicou uma política pública baseada no paradigma SCP[3]. O resultado foi uma atuação extremamente intervencionista e que não resultou em maior eficiência econômica. Ademais, a intervenção em casos envolvendo crescimento orgânico pode gerar insegurança jurídica e surtir o efeito de resfriar a concorrência.

6. O Despacho nº 275/2018 da Presidência sugere a instauração de um inquérito administrativo visto que a estrutura do mercado torna extremamente propício eventual abuso de posição dominante. Ocorre que a estrutura desse mercado decorre de crescimento orgânico e de intervenção estatal. Como já afirmei, não se pode presumir que o baixo grau de concorrência no mercado decorre da estrutura do mercado, nem que a estrutura de mercado dita o comportamento do agente.

7. Ademais, entendo que a estrutura do mercado não pode ser usada como indício para

abertura de um inquérito administrativo, visto que o art. 66, §1 da Lei nº 12.529/2011 exige indícios de **infração** à ordem econômica para a instauração.

8. É importante ressaltar que o objetivo do controle preventivo no CADE é o de controlar previamente a formação de estruturas de mercado excessivamente concentradas e não se presta a corrigir falhas de mercado anteriores à concentração sob exame. Por esse motivo, entendo que o papel do CADE no controle preventivo não pode ser invocado como fundamento para abertura de um processo administrativo, como colocado no referido Despacho.

9. Assim, peço vênha para divergir e, respeitosamente, não homologar o despacho trazido pela Presidência, principalmente por entender que não há indícios na Nota Técnica de um abuso de posição dominante por parte da Petrobrás no mercado de refino e por entender, também, não ser possível determinar a abertura de qualquer processo administrativo *lato sensu*, ainda que em fase de inquérito, sem a existência de tais indícios.

10. Isso não significa que o CADE deve permanecer inerte. Identificadas as falhas de mercado e a concorrência reduzida, o CADE deve exercer seu papel de *advocacy*, ciente de que o antitruste não é o remédio para todos os males[4]. Nesse sentido, concordo integralmente com a sugestão de envio da Nota Técnica ao Ministério de Minas e Energia, para a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), para o Ministério da Fazenda e para a Casa Civil da Presidência da República, e gostaria de parabenizar à Presidência e ao Departamento de Estudos Econômicos pela iniciativa e pela profundidade do trabalho.

---

[1]“O paradigma S-C-P foi baseado em uma teoria bastante rígida de comportamento oligopolista de Cournot. Em sua essência, o paradigma sustentava que uma dada estrutura de mercado ditava certos tipos de conduta, e que isso, por sua vez, ditava o desempenho.” (HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press, Londres, 2005, p. 23, tradução livre). Em seu formato original: “*The S-C-P paradigm was based on a fairly rigid theory of Cournot oligopoly behavior. Stripped to its essentials, the paradigm held that a given market structure dictated certain types of conduct, and that this in turn dictated performance.*”

[2]Nesse sentido, vide: JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EU Competition Law*. 6ª Ed. Oxford: Oxford University Press, 2016, p.14-22; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Policy After Chicago*. University of Michigan Law School (1985): Michigan Law Journal, p. 226-229; Richard A. Posner. *The Chicago School of Antitrust Analysis*. University of Pennsylvania Law Review, v. 127, n. 925, 1979; BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press (1993), p. 426-429.

[3]Nesse sentido foram os julgados: *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962); *FTC v. Consolidated Foods Corp.*, 380 U.S. 592 (1965); *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967); *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967).

[4]“É preciso lembrar que o antitruste não é a única forma pela qual o governo gerencia a economia. Mais propriamente, antitruste é um regulador residual, preenchendo a lacuna entre outros regimes regulatórios e de propriedade.”(HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise. Principle and Execution*. Harvard University Press, Londres, 2005, p. 10, tradução livre). Em formato seu original: “*(...) one must remember that antitrust is not the only way that government manages the economy. Rather, antitrust is the residual regulator, filling in the lacunae among other regulatory and property regimes.*”

---



Documento assinado eletronicamente por **Paula Farani de Azevedo Silveira, Conselheiro(a)**, em 06/12/2018, às 20:21, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0556685** e o código CRC **BF48389F**.

---

Referência: Processo nº 08700.002021/2013-15

SEI nº 0556685