



From the SelectedWorks of carlos ragazzo

January 2013

A Regulação da Concorrência

Contact
Author

Start Your Own
SelectedWorks

Notify Me
of New Work

Available at: http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20

A Regulação da Concorrência

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo¹

Introdução

Por conta da nova lei de defesa da concorrência cheguei a escutar, em debates fomentados pelo CADE, algumas vozes chegando a defender o fim da atividade de controle de fusões e aquisições no Brasil. Entendiam os defensores dessa posição que as operações seriam essencialmente boas para o país, já que necessárias para atingir economias de escala e para viabilizar os investimentos em pesquisa e desenvolvimento de forma a tornar a economia brasileira competitiva numa esfera internacional.

Escutar essas vozes é importante para um órgão de defesa da concorrência. Isso porque não é objetivo do CADE gerar qualquer insegurança jurídica, e muito menos tornar imprevisíveis resultados de operações de fusão e/ou aquisição de empresas e ativos. Esse alerta revela que os pontos positivos de uma intervenção da autoridade de concorrência são normalmente relegados a segundo plano, ao passo que a possibilidade de erro na intervenção pelo CADE é, em geral, superestimada.

Para tentar enfrentar essa crítica específica, é imprescindível analisar o que exatamente uma autoridade de defesa da concorrência faz e, melhor ainda, com base em que fundamento teórico. E isso não será suficiente, pois também entendo que a discussão deve ser aprofundada, para que se verifiquem as justificativas (que, no caso, vêm de escolas econômicas) para esse tipo de atuação estatal, até mesmo para que se possa identificá-lo como um instrumento de maior ou menor intervenção na economia (o que, até hoje, frequentemente gera incompreensões no Brasil). Para tanto, também vou endereçar como se relaciona a política de defesa da concorrência com outras políticas de intervenção estatal, por meio das perguntas que podem formar uma agenda de proposta do objetivo da política no Brasil, país hoje parte do bloco dos BRICs, com conflitos, estratégias e necessidades distintas dos países considerados desenvolvidos.

O parágrafo acima, de certa forma, indica o objetivo e o caminho a ser percorrido por este artigo. De qualquer forma, a resposta a crítica do primeiro parágrafo (assim como a identificação de uma agenda de interação com outras políticas) é bem oportuna, levando em consideração que, em maio deste ano, a nova Lei de Defesa da Concorrência entrou

¹ Professor de defesa da concorrência da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO RIO), Doutor pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Superintendente Geral do CADE. E-mail: carlos.ragazzo@fgv.br;

em vigor, tornando prévia a análise de fusões e aquisições pelo CADE, o que certamente traz um novo contorno à intervenção concorrencial no controle de estruturas.

2. O que a concorrência regula?

Ao contrário de Agências Reguladoras, o CADE não regula setores específicos, mas sim determinados comportamentos comerciais de empresas. E o objetivo dessa intervenção (pontual e não regular, ao contrário das agências) é endereçar a formação e o abuso de poder econômico². A literatura econômica identifica uma série de efeitos negativos decorrentes da ausência de uma autoridade antitruste, para prevenir ou reprimir o abuso do poder de mercado das grandes empresas, sendo os exemplos mais comuns o aumento de preços, a redução da quantidade ofertada no mercado e a ausência de incentivos para inovação, seja essa inovação tecnológica ou não.

De maneira a prevenir a formação de poder de mercado, o CADE realiza o controle de operações entre grandes empresas, estabelecendo critérios para a notificação dessas operações, chamadas no jargão antitruste de atos de concentração. Esse critério segue uma premissa lastreada no faturamento das empresas; apenas empresas com faturamento acima de um determinado valor é que devem apresentar operações ao CADE. Há jurisdições que também se utilizam de outros tipos de critério, como, por exemplo, um percentual do *market share* do respectivo mercado afetado pela operação; aqui, o objetivo é incluir mercados tipicamente locais, em que o faturamento não serviria como *proxy* adequada. No Brasil, existe ainda alguma dúvida com relação a quais operações (ou mesmo contratos) devem ser apresentadas para análise, embora essa insegurança tenha se reduzido bastante com os critérios de submissão essencialmente objetivos da nova Lei de Defesa da Concorrência³.

Há, no entanto, outras inseguranças, talvez mais graves, dessa vez relacionadas à capacidade de identificação prévia pelo setor privado de quais operações teriam caráter anticompetitivo, podendo ser objeto de alguma restrição, ou mesmo rejeição, por parte do CADE. Para lidar com as inseguranças que decorrem da análise de atos de

² Na literatura econômica o poder de mercado pode ser entendido como uma falha de mercado, assim como externalidades, assimetria de informação e bens públicos.

³ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). Os valores dos incisos I e II foram posteriormente alterados por portaria para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

concentração, estabelecendo uma metodologia de análise, foi emitido um Guia de Análise⁴ que, a exemplo de autoridades internacionais, estabelece etapas que deverão ser avaliadas em uma operação. Depois de definido o mercado afetado pela operação⁵, chamado no jargão antitruste de mercado relevante, caso a participação de mercado resultante seja acima de 20%, presume-se a formação ou fortalecimento de posição dominante (análise da possibilidade de exercício de poder de mercado). A posição dominante é uma presunção de poder de mercado que, por sua vez, é a possibilidade de alteração, de forma unilateral ou coordenada, de variáveis de mercado, entre as quais preço e quantidade (sem exclusão de outras, como qualidade) de produtos e serviços. Reconhecida essa posição dominante, a presunção que dela se origina pode ser afastada por uma avaliação de que não há barreiras à entrada no setor (ou que essas barreiras não são relevantes a ponto de impedir essa entrada). Ou mesmo de que a rivalidade das empresas restantes no mercado (aquelas que não foram envolvidas na operação apresentada) seria o suficiente para impedir um movimento de aumento de preços (análise da probabilidade de exercício de poder de mercado). Nessas duas hipóteses, o ato de concentração pode ser aprovado sem restrições, já que o impacto na concorrência

⁴ O guia para análise de atos de concentração horizontal foi expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, com o objetivo de padronizar e sistematizar o exercício do controle de estruturas pelas 2 (duas) Secretarias (tendo sido adotado na prática, também, pelo CADE). O documento detalha as etapas que compõem a análise concorrencial de um ato de concentração, com indicação de sua utilidade e dos procedimentos necessários para sua realização. No entanto, o CADE já começou a elaborar uma sistemática e uma padronização próprias de análise de atos de concentração para o novo modelo de controle de estruturas. Em que pesem os esforços da autarquia nesse sentido, cumpre ressaltar, porém, a inexistência de outros guias de análise que, a exemplo do que ocorre em algumas autoridades estrangeiras, auxiliam no exercício da atividade preventiva de defesa concorrencial. A ausência de um guia para análise de atos de concentração vertical, por exemplo, na vigência da Lei nº 8.884/94 foi muito sentida, o que certamente se replicará no âmbito da Lei nº 12.529/2011. Com isso, o esforço da autarquia na sistematização e padronização de sua atuação no âmbito do controle de estruturas não deve se encerrar com a simples adaptação do guia para análise de atos de concentração horizontal para a nova realidade de defesa da concorrência, sendo imperativo também a expedição de outros documentos norteadores do exercício de suas atividades.

⁵ A definição de “mercado relevante” é uma criação argumentativa de extrema importância para a análise de um ato de concentração pela autoridade de defesa da concorrência. Em síntese, trata-se de estimativa do menor grupo de produtos e/ou serviços e da menor área geográfica necessários para que eventual agente econômico possa, lucrativamente, impor um significativo e não transitório aumento de preços. Por maior impacto que a globalização possa produzir na economia de um país, ela é insuficiente para excluir toda e qualquer barreira que limite um mercado relevante. Custos de transporte, perecibilidade do produto e/ou serviço, restrições regulatórias, licenças ambientais, necessidade de serviços pós-venda, dentre outros inúmeros fatores restringem significativamente a capacidade competitiva de produtos importados e de competidores estrangeiros potenciais. Existem inúmeros mercados assim, como, por exemplo, o mercado de educação superior (como visto nos Atos de Concentração nº 08012.003076/2011-21 (UNICTS/Anhanguera); 08012.006864/2008-73 (UNICEM/IREP); 08012.011611/2007-31 (Estácio/IREP), dentre outros). Além disso, a condenação de cartéis nacionais em mercados supostamente sensíveis à globalização (como, por exemplo, o cartel dos frigoríficos, Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16, e o cartel dos vergalhões, Processo Administrativo nº 08012.004086/2000-21) reforça essa conclusão.

seria, no mínimo, nulo. Apenas em circunstâncias em que a avaliação de barreiras e rivalidade (e aqui as importações também são consideradas) é negativa, é que o caso pode demandar alguma restrição ou, eventualmente, reprovação. Antes disso, é facultado às partes apresentarem eficiências decorrentes da operação, a fim de que possam justificar que os eventuais efeitos deletérios à concorrência são compensados. E, mais a mais, o fato é que o número de casos em que o CADE efetivamente impõe uma restrição é baixo, sendo as reprovações praticamente bissextas, conforme pode se ver da tabela abaixo com dados agregados para a última década (2002 a 2012):

Tabela 1 – Tipos de decisões do CADE em Atos de Concentração, de 2002 a 2012

Ano	ASR¹	Não-Concorrência²	TCD³	Outras restrições	Reprovados
2002	474	7	0	2	0
2003	484	7	0	1	0
2004	574	35	3	5	1
2005	345	14	0	23	0
2006	352	10	7	9	0
2007	490	25	6	6	0
2008	550	42	8	8	1
2009	437	14	3	2	1
2010	587	15	10	2	1
2011	649	33	7	8	0
2012 Abr	240	7	0	1	0

Elaboração própria

¹ Aprovações sem restrições

² Decisões que impõem alterações apenas em cláusulas de não concorrência.

³ Corresponde às celebrações de termos de compromisso de desempenho entre os administrados envolvidos em determinada operação e o CADE.

É claro que esses dados não identificam operações que não chegaram a ser realizadas, por conta do risco regulatório de imposição de restrições ou mesmo de reprovação (o que poderia ser visto como um desestímulo de atividades pró-economia; ou, ao contrário, como algo positivo, pois impediria a tentativa de uma operação anticompetitiva). Deixo de lado essa suposição, para endereçar dois pontos que dão alguma razão ao argumento de insegurança mencionado. O primeiro se relaciona ao conteúdo fluido das etapas de análise previstas no Guia. A metodologia, em maior ou menor medida reproduzida mundo afora, reduz as inseguranças com relação ao

resultado de uma avaliação do CADE. Mas não de forma absoluta, pois várias das etapas de uma análise de um ato de concentração são compostas por conceitos indeterminados que somente serão preenchidos a partir de um caso concreto, permitindo diferentes interpretações a partir dos dados disponíveis para análise.

A partir de uma definição de mercado, é possível encerrar sumariamente um caso ou levá-lo para uma análise mais detalhada, que potencialmente poderá levar a uma restrição⁶. Até hoje o CADE oscila na definição de vários mercados, o que pode se explicar, ao menos em parte, por conta de as operações terem sido, até pouco tempo atrás, analisadas *a posteriori* (ou seja, podiam ser consumadas antes de apresentadas ao CADE, para análise). Esse modelo gerava incentivos perversos tanto para as partes requerentes de uma operação, quanto para os Conselheiros. Isso porque, para as partes, estimulava um comportamento de *hold up* de informações que poderiam auxiliar a definir o mercado afetado pela operação, já que uma análise longa e com muitos ofícios não trazia prejuízos imediatos à concretização da operação (sendo o risco de uma restrição ou de uma reprovação estatisticamente baixo)⁷.

O segundo ponto, por sua vez, diz respeito à atuação dos órgãos que compunham o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que também não possuíam incentivos para resolver rapidamente o caso, pois, a cada ofício, o prazo de análise era suspenso, sendo de se notar o patente e histórico problema de falta de *staff* por parte do CADE, o que aumentava a propensão a ofícios com pedidos de informação cada vez mais detalhados. O processo, então, começava com poucas informações (já que as partes não tinham incentivo para prestá-las de forma suficiente no início do processo, ao preencherem o formulário obrigatório), que tinham que ser coletadas ao longo da instrução, o que atrasava bastante o andamento do processo.

⁶ Excluindo-se os casos de restrições que envolvem alterações de cláusulas de não concorrência, todos os atos de concentração em que o CADE impôs restrições exigiram uma análise mais detalhada, que avançou pela maioria das etapas previstas no guia de análise de ato de concentração horizontal. Recentemente, por exemplo, o Plenário do CADE aprovou com restrições a parceria entre BB Seguros Participações Ltda. e Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A., tendo a análise concorrencial chegado à última etapa do guia de análise, qual seja, a apreciação das eficiências que a operação provavelmente gerará (AC nº 08012.005526/2010-39).

⁷ Antes da Lei 12.529/2011, havia inúmeras rodadas para que as partes requerentes apresentassem informações. Isso porque diversos agentes governamentais participavam do processo. Primeiro a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE emitia um parecer, encaminhando o processo para a Secretaria de Direito Econômico - SDE que, por sua vez, também emitia um parecer. Depois disso, o processo era encaminhando para o CADE, local em que dois outros pareceres também eram emitidos (pela Procuradoria Geral do CADE e pelo Ministério Público Federal), antes de um julgamento final pelo Conselho. Ao longo dos anos, por meios de acordos de cooperação, essas instâncias foram sendo otimizadas, mas o seu número explica a possibilidade de jogar várias rodadas e, portanto, o *hold up*.

Como não havia pressão por tempo (em outros lugares do mundo, o período peremptório de análise varia de 90⁸ dias até 224 dias⁹), frequentemente o Conselho mudava o entendimento com relação a definições de mercados relevantes, já que as instruções transformavam-se em eventos cada vez mais longos, quase exercícios acadêmicos. Esse ponto, em particular, trazia enorme insegurança para a definição de mercados relevantes e, conseqüentemente, para a previsibilidade de uma operação por parte do setor privado, porque trazia pouca estabilidade para os precedentes (e, particularmente, para a estabilidade das definições dos mercados relevantes). Contribuiu para isso o sistema de tecnologia de informação do CADE que, ao contrário dos tribunais judiciais, não viabilizava pesquisas jurisprudenciais adequadas, aumentando muito o custo de procura de precedentes¹⁰.

Isso significava, na prática, que após a apresentação de uma operação, as partes requerentes poderiam ficar anos com investimentos sobrestados (embora a probabilidade de restrição tenha se mostrado ao longo dos anos relativamente baixa), aguardando uma decisão. Esse problema foi endereçado pela Lei 12.529, que determina a apresentação prévia das operações (antes da sua respectiva consumação) e elimina a possibilidade de extensão *ad eternum* da análise pelo CADE, impondo uma resolução em, no máximo, 330 dias (na verdade, 240 dias que poderão ser prorrogados por 60 dias, a pedido das partes, ou por 90 dias, caso a Superintendência Geral declare a operação como complexa e o Tribunal autorize o pedido de prorrogação). Embora o prazo pareça extenso, o fato é que grande parte das operações sequer chegará a 60 dias, já que a maioria absoluta das notificações é de casos classificados como de menor potencial ofensivo à concorrência, sendo enquadrados como procedimentos sumários (que representou 89% das operações analisadas pelo CADE em 2012; 83%, em 2011; e 75%, em 2010), em que o nível de informações é menor e a análise simplificada¹¹.

⁸ Caso da autoridade de defesa da concorrência espanhola.

⁹ Prazo para análise pela autoridade de defesa da concorrência inglesa.

¹⁰ No âmbito dos preparativos para a vigência da Lei nº 12.529/2011, o CADE iniciou o desenvolvimento de um sistema de gerenciamento de informação – especificamente para trâmite processual e gestão documental – cujo propósito é facilitar o acesso e o compartilhamento de dados e de informação, tanto para o público externo (administrados e sociedade) quanto para o público interno (servidores e funcionários do CADE). Com isso, espera-se uma maior agilidade e padronização no exercício das atividades da autarquia. Além disso, o sistema possui os embriões para a adoção de processo eletrônico pelo CADE.

¹¹ Desde 2005, o tempo de permanência de um ato de concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi reduzido de 252 dias para 147 dias, em 2011. No mesmo período (de 2005 a 2011), o tempo de tramitação de uma operação dentro do CADE também foi reduzido, passando de 81 para 45 dias. Contudo, cumpre ressaltar a triplicidade de guichês previstos na Lei nº 8.884/94 no exercício do controle de estruturas pelo Sistema, sendo necessária a análise de uma operação inicialmente pela SEAE,

Deixando de lado as fusões e aquisições, a repressão de condutas envolve um grau menor de inseguranças (e, conseqüentemente, de contestação por conta da academia com relação à atuação de um órgão de defesa da concorrência). Mas nem tanto. Existe alguma dúvida quanto a contratos que são parte do cotidiano comercial das empresas (como, por exemplo, um contrato de distribuição exclusiva), mas que podem ter impacto anticompetitivo, alguns dos quais, inclusive, já geraram condenações no CADE¹². Outros comportamentos comerciais (entre os quais vendas casadas, recusas de venda e, até mesmo, descontos) também podem possuir efeitos anticompetitivos, sendo monitorados (e, em alguns casos, punidos¹³) pelas autoridades de concorrência. A exemplo do que ocorre com os atos de concentração, a comunidade empresária alega alguma incompreensão quanto às hipóteses em que tais contratos ou comportamentos comerciais possuiriam a potencialidade de gerar efeitos anticompetitivos, extraindo daí um argumento de insegurança jurídica. Mesmo porque vários desses comportamentos poderiam ser encarados como estratégias de reforço de competição, ao invés de uma prática anticompetitiva. Frequentemente esse argumento é utilizado em casos de preço predatório, já que, em um cenário de concorrência, seriam esperados preços baixos. O Brasil ainda não optou por editar guias detalhados de análise para essas condutas¹⁴. A jurisprudência é relativamente escassa e largamente baseada em exemplos estrangeiros em que situações similares foram consideradas anticompetitivas¹⁵. Mas um ponto

depois pela SDE, e, finalmente, pelo CADE (onde ainda deveria ser apreciada pela Procuradoria Federal junto à autarquia e pelo Ministério Público Federal antes do julgamento pelo Conselho). A complexidade da estrutura criada pela Lei nº 8.884/94 limitava significativamente a capacidade do SBDC de agilizar o seu processo de apreciação de uma operação. No âmbito da Lei nº 12.529/2011, por sua vez, a simplicidade prevista na lei permite a expectativa de redução significativa do tempo de análise de atos de concentração tanto complexos quanto simples, sendo que para estes o tempo provavelmente será inferior a 30 (trinta) dias.

¹² Nesse campo, por exemplo, incluem-se os contratos de locação com cláusula de raio em Shopping Center (PA nº 08012.006636/1997-43 (Caso Iguatemi) e PA nº 08012.002841/2001-13 (Caso Center Norte)) e a unimilitância exigida por vias contratuais por diversas sociedades integrantes do Sistema Unimed (PA nº 08012.001892/2004-71 (Caso Unimed Ourinhos); nº 08012.003912/2003-67 (Caso Unimed Ribeirão Preto); 08012.005246/2001-30 (Caso Unimed Rondônia); 08012.005071/2002-41 (Caso Unimed Campinas e outras); 08012.004428/2000-11 (Caso Unimed Belém do Pará); 08012.001234/2004-89 (Caso Unimed Manaus), dentre outros).

¹³ Exemplo marcante é a condenação da AMBEV pelo Programa “Tô Contigo” (PA nº 08012.003805/2004-10). Em síntese, tratava-se de um programa de fidelização dos Pontos de Venda patrocinado pela empresa que, na prática, revestia-se de exclusividade de comercialização. O ponto focal do ilícito concentrou-se na relação informal entre os Pontos de Venda e a AMBEV, fora, portanto, da relação contratual existente entre os dois.

¹⁴ Exceção feita ao Anexo I da Resolução CADE nº 20, de 9 de junho de 1999 que apresenta de forma simplificada alguns conceitos e diretrizes para o exercício do controle de condutas no âmbito do CADE e da Portaria SEAE nº 70, de 12 de dezembro de 2002 que expediu o guia para análise econômica de prática de preços predatórios.

¹⁵ Como, por exemplo, foi verificado no Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40 (Caso Box3/Shoptour), em que as representadas foram condenadas pela prática de limitar e/ou impedir o acesso

positivo utilizado alhures e que pode servir de exemplo para os casos brasileiros é a criação de *safe harbors*, criando uma presunção de legalidade para esses comportamentos ou contratos em circunstâncias pré-definidas. O Guia de Práticas Verticais Europeu estabelece *safe harbors* com base em participações de mercado. Fornecedores que possuem um *market share* abaixo de 30% podem celebrar certos tipos de contratos comerciais (ou exercer determinados comportamentos) sem qualquer preocupação de serem eventualmente questionados pelo órgão antitruste¹⁶.

Há, no entanto, outras tendências no sentido de reduzir essas inseguranças, que, por sua vez, já são vistas no Brasil. As empresas que possuem altos *market shares* em determinados mercados (às vezes com algum histórico de processos ou mesmo de condenação pelo CADE) contratam programas de *compliance*, para criar previsibilidade quanto à consequência das suas estratégias comerciais, utilizando, para tanto, não só decisões brasileiras, como estrangeiras também. E isso mesmo considerando que o número de condenações para esse tipo de prática é baixo (ao menos em relação ao número percentual de condenações por condutas colusivas), como pode se ver abaixo:

Tabela 2 – Representatividade dos tipos de ilícito nas condenações pelo Plenário do CADE, de 2004 a 2012

Ano	Cartel	Exclusividade /Unimilitância	Tabelas de preços	Outras práticas ¹
2004	24%	52%	5%	19%
2005	36%	40%	8%	16%
2006	17%	17%	67%	0%
2007	27%	45%	9%	18%
2008	100%	0%	0%	0%
2009	50%	50%	0%	0%
2010	50%	0%	0%	50%
2011	100%	0%	0%	0%

de novas empresas ao mercado afetado, bem como dificultar o funcionamento e desenvolvimento de concorrentes, consubstanciado no ajuizamento de reiteradas ações judiciais. Esse tipo de ilícito internacionalmente recebe o nome de “sham litigation”, tendo sido pouco discutido no Brasil até então.

¹⁶ “A vertical agreement is covered by the BER [Block Exemption Regulation] if the supplier of the goods or the services does not have a market share exceeding 30%. It is the market share of the supplier on the relevant supply market that is decisive for the application of the block exemption.” (In: *Competition policy in Europe: The competition rules for supply and distribution agreements*. 2002, p. 12. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/brochures/rules_en.pdf. Acesso em 22 mai 2012)

2012 Abr	100%	0%	0%	0%
-----------------	------	----	----	----

Elaboração própria

¹ Condenações de práticas unilaterais diferentes das identificadas nas outras colunas e que, diante de sua diversidade e baixa frequência, prescindem de listagem individual.

Por outro lado, não existem maiores dúvidas com relação às condutas colusivas, das quais o exemplo mais conhecido é o cartel. Desde 2003, o CADE tem assumido como sua prioridade o combate a cartéis, desenvolvendo uma série de ações para reprimir essa conduta, entre as quais medidas investigativas sofisticadas como acordos de leniência e operações de busca e apreensão, que acabaram gerando um início de rotina de combate de casos colusivos nos últimos anos¹⁷. Além disso, institucionalizou uma série de acordos de cooperação por meio da Estratégia Nacional de Combate a Cartéis – ENACC, em que se discute de maneira coordenada ações e resultados com vários outros órgãos da Administração Pública com atuação ou interesse na atuação anticartel, com os Ministérios Públicos (Estaduais e Federal) e Polícias (Civil e Federal).

Ao contrário dos atos de concentração (e, em alguns casos, das práticas unilaterais), aqui a instabilidade é algo que deliberadamente o CADE busca, pois não há dúvida de que cartéis são condutas ilícitas reprováveis, sem justificativas pró-eficiência, merecendo, portanto, ser desestimulados, sem qualquer risco à economia (aliás, pelo contrário). Em particular, o acordo de leniência busca aumentar a instabilidade nos cartéis, colocando um elemento endógeno de desconfiança na formação e na manutenção de acordos colusivos. Há ainda os acordos em casos de cartéis, que também são utilizados como forma de se obter informações sobre autoria e materialidade de uma conduta anticompetitiva. Esse instrumento tem gerado alguma polêmica¹⁸, embora tenha se mostrado bastante útil tanto em termos de arrecadação¹⁹, como de colaboração²⁰.

¹⁷ O Plenário do CADE já condenou 2 (dois) cartéis cujas investigações iniciaram-se com a celebração de acordo de leniência. Destaque para o cartel brasileiro dos Peróxidos de Hidrogênio (PA nº 08012.004702/2004-77), que foi uma investigação originada por Acordo de Leniência celebrado no Brasil por empresa que também celebrou acordos semelhantes em outras jurisdições para denunciar a prática de cartel de Peróxidos de Hidrogênio em outras regiões. Esse fato demonstra a inserção do Brasil na lista, das empresas internacionais, de autoridades de defesa concorrencial significativas.

¹⁸ A utilização de termos de compromisso de cessação pelo CADE intensificou-se, especialmente após 2007, quando a Lei nº 11.482/2007 modificou o artigo 53 da Lei nº 8.884/94 e retirou o impeditivo de celebração do termo em casos de cartel. Entre 1994 e 2007, foram celebrados aproximadamente 10 (dez) termos de compromisso de cessação, uma média de 1 (um) acordo a cada 1,3 anos. De 2007 até o início de 2012, por sua vez, foram mais de 30 (trinta) termos firmados, uma média de 6 (seis) acordos por ano. Nestes acordos celebrados no período atual, é indiscutível que, do ponto de vista dos investigados, a possibilidade de resolução célere das pendências concorrenciais superou as indefinições (que ainda persistem) quanto à utilização do termo de compromisso pelo CADE. O *animus* dos administrados em resolver acordada e voluntariamente investigações concorrenciais é indiscutível e um dos principais responsáveis pelo volume de termos de compromisso de cessação celebrados atualmente; contudo, não se deve olvidar que o procedimento de negociação e celebração de termos de compromisso de cessação pelo

Toda essa história, no entanto, tem uma origem, um fundamento teórico, que surgiu de escolas de organização industrial americanas. E que explicam o caminho da defesa da concorrência em diversos lugares do mundo, tendo forte influência no Brasil.

3. Escolas de Harvard, Chicago e Pós Chicago.

Embora a legislação de concorrência exista no Brasil desde a década de 1960, o fato é que o assunto somente entrou na pauta governamental como algo importante a partir da promulgação da recém-revogada lei 8.884/94, dentro de uma perspectiva de liberalização de mercados e, portanto, como estratégia de redução de intervenção estatal (ao contrário da sua origem, nos Estados Unidos e no Canadá). Isso é particularmente interessante porque, por conta do período de controle de preços, o Brasil acabou não evoluindo as suas visões econômicas sobre concorrência paulatinamente a partir da Lei 4.137/62, sofrendo fortes influências dos fundamentos teóricos das escolas americanas, que possuem pressupostos e orientações por vezes diametralmente opostos (até porque surgiram em momentos diferentes e direcionavam preocupações de ordem distinta).

De qualquer forma, é possível ver que o Brasil, ao importar grande parte da sua legislação e guias de outras jurisdições provocou, em um primeiro momento,

CADE ainda apresenta significativas indefinições e casualismos. Além da necessidade de uma maior padronização procedimental, ainda que o Regimento Interno do Conselho discipline regras básicas para as negociações de termos de compromisso de cessação, verifica-se também uma crescente necessidade de previsibilidade na exigência e qualificação dos componentes de um termo de compromisso de cessação. Uma rápida análise dos termos de compromisso de cessação firmados de 2007 até 2012 demonstra que existe uma significativa variação do conteúdo dos termos em casos similares. Há uma disparidade quanto à exigência de recolhimento de contribuição pecuniária ao Fundo de Direitos Difusos (não apenas sobre seu valor e cálculo, mas sobre sua necessidade), quanto às obrigações de cessação das práticas investigadas, quanto às multas e demais consequências por descumprimentos dos termos, dentre outras. A ausência de previsibilidade mitiga o *animus* dos administrados em celebrar termos de compromisso de cessação. A edição de guias e sinalizações mais claras pelo CADE auxiliaria no fortalecimento do instituto e no amadurecimento de sua utilização.

¹⁹ A Lei nº 8.884/1994 continha determinação semelhante à do §2º do artigo 85 da Lei nº 12.529/2011 que exige a previsão de recolhimento de contribuição pecuniária para o Fundo de Direitos Difusos nos termos de compromisso de cessação celebrados em investigações de cartel. Além da exigência da obrigação, o dispositivo também prevê que o valor da contribuição a ser recolhida deve guardar relação com os parâmetros previstos no artigo 36, §3º, incisos I e II da mesma lei, relacionados ao cálculo das multas por infrações à ordem econômica. Desde 2007, foram celebrados mais de 30 (trinta) termos de compromisso de cessação que, em conjunto, representam uma expectativa de arrecadação de R\$ 248 milhões até 2015 (ignorada a taxa de correção das parcelas das contribuições utilizada em cada termo celebrado). Esse valor corresponde a 18% do valor total inscrito em dívida ativa/inativa pelo CADE no mesmo período, com a diferença de que a incerteza quanto ao recolhimento dos valores acordados é praticamente inexistente. (dados do relatório anual do CADE, 2010, acesso em http://www.cade.gov.br/upload/RelatorioGestao2010_atu150811_14h25_TCU.pdf)

²⁰ O Plenário do CADE celebrou termos de compromisso de cessação com previsão de colaboração nas investigações, com apresentação de documentos e provas sobre a ocorrência da prática realizada, sendo o exemplo mais marcante o caso das mangueiras marítimas, em especial o acordo com a Bridgestone (Requerimento nº 08700.001882/2008-19, DOU 05/09/2008)

interpretações reflexas de precedentes estrangeiros, alguns dos quais defasados²¹, mas outros bem atuais. Vou, então, a partir dos próximos parágrafos fazer um exercício, tentando identificar como as escolas em epígrafe acabaram influenciando o arcabouço da defesa da concorrência no Brasil, seja de maneira direta ou mesmo indireta.

Desde os primórdios da defesa da concorrência até o início da década de 1970, a escola de organização industrial de Harvard dominou o assunto, influenciando de maneira decisiva essa política governamental, com base em uma premissa que determinava que a concentração de mercado teria fortes impactos negativos, já que a proposta subliminar envolvia uma proteção dos pequenos negócios contra os grandes grupos econômicos. Sob essa premissa, desenvolveu-se o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, segundo o qual a estrutura de um mercado (mais ou menos concentrado, dentre outras características²²) determinava a sua condução (os preços praticados no mercado, mais ou menos altos, dependendo do grau de concentração) e o seu desempenho (lucratividade, seguindo a mesma lógica). Daí, portanto, a necessidade de controlar estruturas e não apenas condutas anticompetitivas (conclusão essa que permaneceu inalterada ao longo dos anos e que é partilhada pelos reguladores brasileiros, embora a metodologia de análise de estruturas tenha se alterado de maneira significativa posteriormente).

Basicamente, a definição do mercado afetado pela operação (o mercado relevante) determinava como os órgãos reguladores iriam resolver o caso (seja aprovando, reprovando ou impondo restrições), já que a análise partia dos pressupostos de que altas concentrações eram per se ruins para o mercado e de que economias de escala não

²¹ Alguns conceitos, ou pelo menos determinadas interpretações deles, ainda persistem mesmo quando devidamente superados ou descartados diante de análises mais recentes sobre a dinâmica concorrencial. Pode-se citar como exemplo nesse sentido a maneira como a teoria de concorrência potencial foi utilizada pelo Plenário do CADE nos casos Brahma Miller (AC 0058/95, DJ 12/06/1998) e Antarctica Anheuser Busch (AC 0083/96, DJ 31/12/1998). Com base nesta teoria, entendeu-se que as *joint ventures* celebradas entre Brahma-Miller e Antarctica-Anheuser Busch poderiam produzir efeitos anticompetitivos no mercado brasileiro de cervejas, por impedir o desenvolvimento de concorrentes com baixa participação no mercado e por serem as empresas estrangeiras envolvidas nas operações as concorrentes potenciais com maiores chances de contestar a participação de mercado da Antarctica/Brahma (à época ainda independentes) que alcançava 78,5%. A imposição de severas restrições às operações acabou por encurtar e inviabilizar o acordo da Antarctica com a Anheuser-Busch. Como se viu nos anos subsequentes às operações, o cenário preconizado pelo Plenário do CADE não se concretizou. As concorrentes com baixa participação de mercado não se desenvolveram e as empresas estrangeiras não entraram efetivamente no país. Por outro lado, a Antarctica e Brahma se uniram, mantiveram o mesmo patamar de participação de mercado até hoje e adquiriram a Anheuser Busch.

²² Entre essas outras características, talvez as barreiras à entrada possam ser consideradas como um dos principais elementos estruturais de um mercado; apenas me refiro no corpo do texto à concentração do mercado como o principal ponto a ser considerado na análise antitruste em função da influência da escola de Harvard na metodologia, que considerava as barreiras altas em mercados caracterizados por alta concentração..

seriam relevantes em vários mercados²³. Não à toa a metodologia de análise começou a fazer uso de funções de concentração de mercado; daí começou a utilização do C4, que é a soma dos *market shares* das principais empresas de um mercado, e do HHI, que é a soma dos quadrados dos *market shares* das empresas de um mercado – ambas as medidas ainda são utilizadas como *proxy* de concentração econômica até hoje nos casos julgados pelo CADE²⁴. No limite, a escola de Harvard entendia que o poder de mercado de grandes empresas seria praticamente impossível de ser contestado, já que, nessas circunstâncias, as barreiras à entrada seriam muito substanciais.

A escola de Harvard, então, 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 (algumas das quais sobrevivem até hoje, como, por exemplo, as práticas de cartel clássico, envolvendo de maneira perene e institucionalizada fixação de preços, divisão de mercado em áreas geográficas ou por clientes e redução de quantidade – assim, aliás, permanece a jurisprudência americana e também a brasileira, confirmada em casos recentes²⁵). Justamente por conta disso era uma abordagem antitruste dotada de muita previsibilidade e pouca dúvida, restringindo fortemente as concentrações horizontais, sendo também bastante cautelosa com relação às operações de integração vertical, também objeto de cuidado por motivos similares.

A partir da década de 1970, consolidou-se o movimento chamado “revolução antitruste” pela Escola de Chicago, sugerindo alterações na visão até então majoritária da escola de Harvard, partindo de pressupostos e orientações bastante diferentes. Entre as diferenças mais gritantes está a completa negação da proteção aos pequenos negócios implícita no modelo anterior, sob uma premissa de que a defesa da concorrência deveria ter como

²³ A respeito dessa metodologia, ver: KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Journal of Economic Perspectives v. 4, n. 1. 2000. p. 50

²⁴ Essas medidas de concentração são utilizadas desde o primeiro guia para análise de atos de concentração da autoridade de defesa da concorrência norte-americana, expedido em 1968. À época, o C4 era utilizado como parâmetro para contestação de operações. Na verdade, servia para definir os patamares mínimos de concentração resultante para que operações fossem analisadas, que variavam de 8%, em mercados com C4 elevado (acima de 75%), até 26%, em mercados com C4 baixo (inferior a 75%). Atualmente, no âmbito do CADE, o C4 é utilizado como evidência sobre a concentração do mercado como um todo e sobre a capacidade de contestação, pelos concorrentes, de eventual exercício abuso de poder de mercado pelas empresas envolvidas.

²⁵ Desde o julgamento do cartel das britas (Processo Administrativo 08012.002127/2002-14, DOU 01/08/2005), cartéis clássicos são pacificamente considerados como infrações à ordem econômica, desnecessária qualquer análise a respeito de seus potenciais efeitos competitivos. Os cartéis clássicos condenados pelo CADE posteriormente receberam o mesmo tratamento, como, por exemplo, o cartel dos peróxidos (Processo Administrativo nº 08012.004702/2004-77, DOU 11/05/2012), o cartel dos postos de combustíveis de Guaporé/RS (Processo Administrativo nº 08012.005495/2002-14, DOU 16/09/2011) e o cartel dos gases industriais (Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, DOU 06/09/2010).

propósito explícito a eficiência econômica (mais especificamente no formato da eficiência alocativa e produtiva), argumentando que os mercados concentrados não seriam por definição ineficientes (mesmo um monopólio poderia gerar eficiências produtivas compensatórias de uma eventual ineficiência alocativa). Como a defesa da concorrência acompanha um viés político (e não só econômico), a escola de Chicago endereçava uma preocupação específica com a perda de espaço das empresas americanas, não só no cenário internacional, como no cenário doméstico (tese, aliás, que provavelmente motivou a ou influenciou a crítica que deu origem ao presente artigo).

A Escola de Chicago rebate a proposta do “small is beautiful” e responde a críticas de que a legislação de defesa da concorrência deve endereçar as preferências por maiores oportunidades para pequenos negócios (o que, de certa forma, embute uma noção redistributiva, já que isso poderia significar aumentos de preços). A premissa básica é a de que, com uma legislação antitruste cujo objetivo seja o de assegurar eficiência econômica, há outras soluções que podem resolver problemas redistributivos ou mesmo incentivar determinadas atividades, como os pequenos negócios e estabelecimentos. A legislação antitruste simplesmente seria inadequada para essa finalidade.

Valorizando, portanto, as eficiências que derivam das economias de escalas, a escola de Chicago sinalizou uma visão mais permissiva para operações que gerassem concentração de mercado²⁶. Aliás, não só. Práticas e operações verticais eram vistas, por essa escola, como praticamente lícitas per se (exceção feita para situações em que poderia reforçar a possibilidade de colusão no mercado), por serem majoritariamente pró-competitivas²⁷. Fugiu, assim, de uma metodologia calcada apenas em estrutura (para atos de concentração) e regras per se (para condutas anticompetitivas). Apenas para ficar com o exemplo das operações que geram concentração, a escola de Chicago fortaleceu a necessidade de uma análise mais pormenorizada, fazendo prevalecer a noção de que a análise do *market share* da empresa resultante da operação apresentada a uma autoridade é apenas o início não determinante de uma análise (a análise antitruste passou a considerar de maneira mais relevante etapas que podem afastar o poder de

²⁶ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Op. Cit. p. 53

²⁷ A lógica para isso decorria de uma crença de que as restrições verticais incrementavam uma concorrência intermarcas (ao invés de intramarcas), definindo incentivos adequados para os distribuidores investirem em qualidade e marketing dos produtos e serviços, evitando *free-riding*.

mercado que, como expliquei no item anterior, envolvem a avaliação das barreiras à entrada e da rivalidade remanescente no setor)²⁸.

Essas etapas fazem parte do Guia Brasileiro de Análise de Atos de Concentração Horizontal, e frequentemente servem para justificar aprovação de operações que geram concentrações altas, o que demonstra a influência da escola de Chicago para a defesa da concorrência nacional. E, além dessas etapas, que podem afastar a presunção de poder de mercado que decorre de um alto *market share* (na lei brasileira, uma participação de pelo menos 20% de um determinado mercado), a Escola de Chicago também defendia uma defesa de eficiência, que poderia compensar os eventuais efeitos deletérios de uma operação que resulte em alto *market share*. Embora essa possibilidade esteja prevista (tanto na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência²⁹, como no Guia de Análise de Atos de Concentração), o fato é que raramente as eficiências são levadas em consideração pelo CADE (e também pelos órgãos antitruste americanos: *Federal Trade Commission* – FTC e o *Department of Justice* – DOJ) em casos que importam grandes concentrações, sobretudo porque a possibilidade de repasse de eficiências para consumidores é remota em circunstâncias em que há eliminação substancial de concorrência num mercado.

Nas condutas anticompetitivas, há forte influência da Escola de Chicago na análise dos casos de preço predatório. Partindo de um pressuposto de racionalidade das empresas no longo prazo, somente haverá preços predatórios se houver possibilidade de recuperação do prejuízo (após a primeira etapa em que é cobrado um preço abaixo do custo), por meio de preços supra-competitivos no futuro pós predação. Na prática isso equivale a praticamente nenhuma condenação por preço predatório (o que, aliás, aconteceu no

²⁸ A evidência mais robusta do impacto da influência da Escola de Chicago na atuação das autoridades de defesa da concorrência, inclusive para análise de atos de concentração horizontal, é a significativa diferença entre o guia de análise norte-americano de 1968 e o expedido em 1992 para o tratamento da análise de eficiências decorrentes de uma operação. A postura da autoridade de defesa da concorrência quanto ao peso da análise de eficiências em determinada operação foi de “(...) the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e. improvements in efficiency)” (p. 8 do guia de 1968), mantida na revisão do guia ocorrida em 1982, para “The Agency will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market”. (guia de 1992). A simples abertura da possibilidade de aprovação (não contestação, no caso norte-americano) de uma operação tendo como base as supostas eficiências que a operação gerará é reflexo de uma mudança de paradigma da análise concorrencial, tendo muito mais relevância do que pode parecer inicialmente. No caso do Brasil, o guia de para análise de atos de concentração horizontal expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, bebe muito da fonte do guia norte-americano de 1992, inclusive no tratamento dado às eficiências.

²⁹ A própria Lei nº 8.884/94 cristalizou tal tendência em seu artigo 54, §1º, inciso I, alínea c, replicado no artigo 88, §6º, inciso I, alínea c da Lei nº 12.529/2011. Nos 2 (dois) dispositivos legais, é prevista a aprovação de operação com efeitos anticompetitivos potenciais caso a operação tenha como objetivo propiciar a eficiência e desenvolvimento tecnológico.

Brasil, já que não há registro no CADE de condenação por essa prática específica), o que, na visão dos professores de Chicago, seria de se esperar, já que acreditavam que preços predatórios não existem ou, no máximo, são muito raros.

A Escola de Chicago teve profundas influências no direito da concorrência brasileiro, apresentando uma maior necessidade de empirismo na análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas, primeiro por conta da relativização das consequências de altas concentrações decorrentes de operações sujeitas a controle e depois por meio de um espaço grande na jurisprudência para análises seguindo a regra da razão (e não a regra per se)³⁰. Essa preferência por análise empíricas aproximou os advogados de economistas modificando o perfil das manifestações apresentadas ao CADE, seguindo, aliás, um exemplo que já era o modelo visto em autoridades estrangeiras. Mas, por outro lado, trouxe mais imprevisibilidade à análise, já que dependia de resultados empíricos das práticas ou atos, cuja causalidade nem sempre era óbvia ou determinante.

Mas esse foi um primeiro momento da lei de defesa da concorrência no Brasil. Assim como ocorreu lá fora³¹, começou-se aqui a perceber que tanto a Escola de Harvard como a Escola de Chicago não podiam se excluir mutuamente. Ou mesmo definir a política antitruste. Isso porque a Escola de Harvard, por meio de um modelo baseado apenas em estrutura e regras per se, produzia uma política antitruste que desestimulava operações e práticas que poderiam ser pró-competitivas, ao passo que a Escola de Chicago estimulou um empirismo que não é necessário (ou mesmo possível) em todas as hipóteses de aplicação da lei de defesa da concorrência³². E, partindo de premissas simplistas a respeito de comportamentos de mercado³³ acabou fornecendo argumentos teóricos para a formação e ampliação de poder mercado, o que levou à manutenção de condutas deletérias ao consumidor doméstico (já que a evidência de elementos empíricos que demonstrassem a existência de efeitos prejudiciais não só é muito difícil

³⁰ PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling *the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, v. 82, n. 2. 2007. p. 351

³¹ PIRAINO JR., Thomas A. Op. Cit. p. 347

³² De fato, em casos de cartel clássico, por exemplo, em que a análise dos efeitos anticompetitivos da prática são afastados diante de sua clara e patente ilicitude, há uma constante tentativa dos investigados de emplacar discussões econômicas como tese de defesa, de forma a tentar demonstrar economicamente a inexistência de atos e práticas devidamente comprovadas juridicamente, por meio de documentos contundentes apreendidos pela autoridade de defesa da concorrência.

³³ Essas premissas simplistas tinham como denominador comum a crença na autocorreção do mercado, o que se traduzia em uma série de presunções razoavelmente irrealistas (por aplicáveis a todos os mercados sem distinção), como, por exemplo, ausência barreiras à entrada relevantes, ampla disponibilidade de informações para todos os concorrentes e relativa facilidade para afastar posições dominantes em mercados.

em vários casos, mas essencialmente prejudicada pela falta de dados em algumas jurisdições sem tradição de coleta e pesquisa, como é, aliás, o caso brasileiro).

As limitações de ambas as escolas deu origem a um movimento teórico chamado de Pós Chicago, mais focado em criticar o empirismo fomentado pela Escola de Chicago e em explorar as suas limitações, sobretudo aquelas relacionadas à premissa de que o livre mercado seria por si só o suficiente para impedir a formação e o abuso do poder de mercado; são particularmente comuns as críticas no sentido de que essa escola preferiria modelos teóricos a fatos da realidade³⁴.

As limitações ao modelo neoclássico incluiriam a incapacidade dos fundamentos trazidos pela Escola de Chicago no sentido de identificar condutas anticompetitivas de caráter estratégico conhecidas genericamente sob o nome de aumento dos custos de rivais, conduta essa que trabalha com o conceito de custos de transação, sobretudo com a relação comparativa entre firmas com alto poder de mercado e competidores menores³⁵. A crítica trabalha com a lógica de que o modelo de racionalidade da Escola de Chicago estaria excessivamente limitado a um parâmetro de longo prazo, ao passo que diversas condutas de curto prazo (que às vezes, aliás, pode ser não tão curto assim) poderiam ter forte impacto sobre o desenvolvimento de um *business plan* e, conseqüentemente, sobre a concorrência em um determinado mercado³⁶.

Paralelamente, cresceu a utilização por reguladores antitruste de instrumentos de teoria dos jogos (*game theory*) na legislação de defesa da concorrência³⁷. Em um primeiro momento, com a introdução do programa de leniência (que, no Brasil, surgiu tardiamente com a assinatura do primeiro acordo apenas no início dos anos 2000, embora agora já esteja se consolidando), trazendo maior instabilidade aos cartéis, ao permitir imunidade ou grande redução de pena para delatores, como dito acima. E, mais ainda, com o programa de acordos em casos de cartéis, em que o primeiro a fechar o

³⁴ HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Policy after Chicago*. Michigan Law Review, Vol. 84, 1985. Ver, também, a respeito: PIRAINO JR., Op. Cit.

³⁵ Essa tese foi utilizada recentemente em 2 (duas) investigações realizadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em face da AMBEV. Nos dois casos, foram discutidas supostas inovações patrocinadas pela empresa em seus vasilhames retornáveis de cerveja *vis-à-vis* seus impactos no sistema de distribuição de cervejas de seus concorrentes. Ainda que um caso tenha sido encerrado por meio de termo de compromisso de cessação e outro arquivado no mérito, o cerne da discussão era justamente a possibilidade da AMBEV, por meio de alterações realizadas em suas garrafas de cerveja, elevar significativamente o custo de seus rivais e, no longo prazo, poder elevar seus preços de forma significativa e não transitória. As investigações desses 2 (dois) casos resultam, justamente, das inovações teóricas trazidas pela Escola Pós-Chicago.

³⁶ HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., p. 284.

³⁷ CAYSEELE, Patrick Van; Bergh, Patrick Van den. *Antitrust Law*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, v. 3. 479 e ss.

acordo tem fortes benefícios, pois tem a colaboração como um elemento chave dessa política (é o que ocorre nos Estados Unidos³⁸ e no Brasil, mas não na Europa, onde os acordos são instrumentos para reduzir o índice de judicialização das decisões e não para receber mais indícios de autoria e materialidade sobre uma conduta em específico).

Por vezes, aliás, o movimento Pós Chicago critica a eficiência alocativa como objetivo último da política de defesa da concorrência, o que influenciou várias legislações a terem como objetivo explícito a proteção de consumidores³⁹. Isso levou a uma ideia de que a defesa da concorrência, na verdade, existiria como legislação protetiva dos consumidores contra transferências de renda decorrentes do abuso do poder econômico⁴⁰. Daí, portanto, a conclusão de que nem todas as fusões são inspiradas em objetivos pró-aumento de eficiência e que algumas (poucas ao que se percebe, como os números do CADE indicam) têm por propósito específico impedir o desenvolvimento de empresas que já estejam ou que possam rivalizar. É claro que essa visão não impede outros objetivos para a legislação de defesa da concorrência, o que, por exemplo, ocorre com a União Europeia, cuja política de concorrência tem por claro propósito viabilizar (na verdade, facilitar) um processo de integração comercial entre os Estados Membros.

Na prática, hoje a política de defesa da concorrência utiliza elementos de ambas as escolas, com as contribuições do movimento Pós Chicago, criando uma jurisprudência que tem por base níveis diferentes de escrutínio a partir da hipótese concreta⁴¹. E aqui fica o desafio de advogados e economistas na criação de regras que visam determinar o caráter pró ou anticompetitivo de práticas comerciais e operações societárias, tarefa não particularmente fácil diante das complexidades das técnicas analíticas empregadas atualmente, sobretudo ao se levar em consideração a necessidade de adequar essas regras para que possam ser aplicadas de acordo com as capacidades institucionais e analíticas das agências de concorrência e do seu revisor último: o Poder Judiciário.

Mas isso não é o suficiente. Além dos riscos identificados na introdução deste artigo (que são hoje a agenda do novo CADE), ainda há uma longa estrada de complexidades

³⁸ Sobre o tema: KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Op. Cit. p. 56

³⁹ Como, aliás, foi o caso da Lei nº 8.884/94 em seu artigo 1º que listou, dentre as suas finalidades, a defesa dos consumidores. A Lei nº 12.529/2011 possui previsão semelhante também em seu artigo 1º. Coerentemente é que foi criada, nos dois diplomas legais, a necessidade de, em atos de concentração aprovados pelo CADE por causa de suas eficiências, distribuição dos benefícios percebidos com os consumidores e usuários finais, de forma equânime para a Lei nº 8.884/94 e de parte relevante para a Lei nº 12.529/2011.

⁴⁰ CAYSEELE, Patrick Van; Bergh, Patrick Van den. Op. Cit. pp. 488-489

⁴¹ PIRAINO JR., Thomas A. Op. Cit. p. 365

para os reguladores responsáveis pela defesa da concorrência, que se agravam em circunstâncias em que a concorrência precisa interagir com outras políticas.

4. Interações com outras Políticas

A ausência de trabalhos sobre o tema faz que eu apenas me limite a identificar o que seria uma agenda de perguntas a serem formuladas (o que, aliás, é o primeiro passo de qualquer pesquisa acadêmica). Então, irei identificar uma agenda de relacionamento da política de defesa da concorrência com outras políticas públicas, mais especificamente: (i) política industrial; (ii) política de defesa comercial; (iii) política de inovação (propriedade intelectual sob as mais diversas formas e/ou mídias); (iv) política regulatória; e (v) política de defesa do consumidor. O desenvolvimento da economia brasileira vem determinando um processo de crescente agravamento da complexidade dos debates relacionados à defesa da concorrência, tornando atual e relevante um debate aprofundado sobre as searas de interação, exclusão e complementaridade.

(i) **Política Industrial:** Ao longo dos últimos anos, vem se promovendo uma política de financiamento de empresas por meio do estímulo de fusões (sobretudo em momentos pós-crise), criando uma série de “campeões nacionais”, com objetivo de competir no mercado internacional. Embora a recém-revogada Lei de Defesa da Concorrência tivesse uma “cláusula de interesse nacional”⁴², nenhum caso explicitamente chegou a ser apresentado ao CADE sob esse argumento. O Brasil é um dos poucos países que não possuem uma orientação legislativa clara quanto a setores da economia ou práticas (como, por exemplo, cartéis de exportação, isentos no antitruste norte-americano) não sujeitas à Lei de Defesa da Concorrência.

A partir disso, é possível formular as seguintes perguntas para orientar o debate: (a) é importante para o desenvolvimento econômico e social brasileiro uma política de isenções (de setores ou de práticas)? (b) em caso positivo, essa política de isenções deve ser legislativa (insulando o CADE da decisão) ou deve ser criada por meio de decisões administrativas por parte do CADE? (c) qual deve ser a interação entre CADE e BNDES? (d) por que razões os atos de concentração apresentados ao CADE jamais endereçaram o dispositivo legal que trata de aprovação por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, apesar de potenciais efeitos anticompetitivos? (f)

⁴² Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.(...) § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, **quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum**, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

quais os efeitos de mercado nos setores que foram objeto de iniciativas de estímulo de fusões? e (g) existe um padrão diferenciado de *enforcement* antitruste para países em desenvolvimento (e, também, para as consideradas “pequenas economias”)?

Claro que, para endereçar tais questões, será necessário revisitar a análise dos clássicos argumentos de *failing firm* e de cartel de crise, amplamente discutidos no âmbito internacional e, mais recentemente, no Brasil por conta da crise financeira das *sub-prime* americanas, que geraram recessão mundial. Em épocas de recessão econômica, o número de oportunidades de negócios com potencial anticompetitivo aumenta (seja por meio de fusões ou mesmo pela tentativa de condutas de colaboração), daí sendo relevante e atual o estudo do comportamento dos órgãos de defesa da concorrência nacionais e estrangeiros, para avaliar as possíveis posturas a serem adotadas em circunstâncias do gênero, que, embora sejam cíclicas, não foram objeto de maior estudo.

(ii) **Política de Defesa Comercial:** No processo de internacionalização das economias, vários países montaram sistemas de defesa comercial com o objetivo de proteger as suas respectivas indústrias domésticas, viabilizando uma série de mecanismos com esse mister, entre os quais: (a) direitos antidumping; (b) salvaguardas; e (c) subsídios. Esses mecanismos possuem um óbvio potencial anticompetitivo (mesmo porque partem de pressupostos diferentes, mais relacionados à proteção da indústria doméstica), razão por que inúmeros órgãos de defesa da concorrência estrangeiros influenciam, ainda que sem direito a voto formal, o processo de imposição de medidas de defesa comercial, ou mesmo a revisão dessas medidas no caso de os efeitos anticompetitivos serem severos.

Basicamente, então, a agenda aqui é identificar um possível modelo de coexistência entre os sistemas de proteção comercial e de proteção da concorrência. Partindo dessa premissa: (a) é possível que o CADE receba denúncias de impactos anticompetitivos decorrentes de medidas de defesa comercial? (b) Em caso positivo, qual o procedimento a ser seguido pelo CADE na defesa do seu ponto de vista junto aos órgãos de defesa comercial? (c) esse contato pode ser, ao invés, intra-governamental, partindo de um pressuposto de cooperação? (d) na revisão de direitos antidumping, DECOM e SECEX devem avaliar os conseqüentes impactos anticompetitivos, adequando os patamares de sobretaxas a serem praticadas sobre os produtos? e (e) no limite, qual o momento e o grau de interferência que um órgão de defesa da concorrência deve possuir sobre as medidas de proteção comercial, que protegem a soberania nacional e possuem diversos litígios no âmbito internacional?

(iii) **Política de Inovação e Diversidade:** Os direitos de propriedade intelectual servem justamente para fomentar a inovação. Designs e patentes têm esse propósito explicitamente delineado em lei, mas também impõem, em contrapartida, um limite competitivo a partir dos seus registros, gerando monopólios temporários, porém com prazos longos. A lógica é simples. Sem esses incentivos monopolísticos haveria menos inovação e, no longo prazo, menos concorrência (e, portanto, uma redução de bem-estar). Mas, assim como todo e qualquer direito, os direitos de propriedade intelectual não são e nem podem ser absolutos. Portanto, a discussão sobre o tema hoje e amanhã terá por objeto o limite jurídico-econômico da utilização de direitos de propriedade intelectual tendo em vista a sua ponderação com objetivos de proteção à concorrência.

Além dos direitos de propriedade intelectual, a política de diversidade também se relaciona à garantia de liberdade de expressão, entendida como a viabilização de múltiplas opiniões e opções. Nesse sentido a proibição de monopólios de comunicação pode representar um desafio diferente para a defesa da concorrência, impondo obrigações de neutralidade de rede (no âmbito regulatório) e de garantia de diversidade nos meios de comunicação escrita ou falada (no âmbito antitruste, mais especificamente na análise de fusões e aquisições apresentadas ao CADE). Nesse último aspecto, o desenho de remédios a serem elaborados pelo CADE deve permitir, quando possível, a coexistência de ganhos de eficiência, mantendo, no entanto, a obrigação de comunicação pulverizada (ou, ao menos, não concentrada ao nível de um monopólio)

Dessa vez, portanto, o objeto da agenda é avaliar o impacto das políticas de inovação na efetiva geração de bem-estar, por meio das seguintes averiguações: (i) como os direitos de proteção à propriedade intelectual podem restringir a concorrência, além da óbvia geração de monopólios por prazos legais? (ii) qual o impacto das alterações regulatórias relacionadas a diversidade e inovação, como a nova Lei do Cabo e a política de TV Digital a ser formulada nos próximos anos, permitindo a convergência das tecnologias? (iii) qual o impacto da convergência na definição de mercado relevante de mercados caracterizados por inovação, como, por exemplo, telecomunicações e o formato de venda *quadruple play* (TV a cabo, telefone fixo, telefone móvel e internet a cabo)?

(iv) **Política Regulatória:** O processo de sofisticação da regulação de setores no Brasil vem impondo uma mudança no perfil das variáveis reguladas. Em substituição à regulação de preço e de entrada no mercado, os agentes reguladores vêm apresentando regulações de qualidade e de informação justamente com o objetivo de viabilizar competição, endereçando, no entanto, as preocupações com falhas de mercado (em

geral, externalidades e assimetria de informação). Na verdade, a regulação de diversos setores vem sendo revisitada para criar padrões de informação que sejam suficientes para garantir modelos que possam ser comparados pelos consumidores, tornando possível a competição entre agentes econômicos. Exemplos dessa tendência podem ser vistos primordialmente no setor bancário, em que a padronização da nomenclatura das tarifas serviria justamente de base para esse processo de competição no mercado.

Além disso, também é possível verificar como as alterações tecnológicas podem viabilizar regulações pró-competitivas. Como exemplo dessa tendência verifica-se a portabilidade numérica nos casos de telefonia, em que a presença dessa regulação potencializou a rivalidade entre as empresas concorrentes, eliminando uma clássica barreira à troca de operadora (consistente nos custos de troca verificados em momento anterior à regulação, em que não havia possibilidade de carregar o número). Embora sem o fator de tecnologia, a portabilidade também é uma iniciativa no setor de planos de saúde, em que o cliente consumidor passa a poder carregar para outros planos vantagens auferidas pelo decurso de tempo (como, por o exemplo, o prazo para a carência).

Os próprios efeitos decorrentes do processo de flexibilização da regulação de setores têm trazido a necessidade de outro perfil de regulação. Um exemplo dessa tendência pode ser visto no setor aéreo que, após o fim da regulação tarifária e de entrada, começou a apresentar problemas quanto à utilização da infraestrutura aeroportuária, em função do aumento de demanda para o serviço (com aumento não exatamente correspondente de oferta) daí surgindo a necessidade de regulação de outras variáveis, como a alocação de *slots*, além de outras questões de infraestrutura aeroportuária.

Em vista do novo cenário regulatório, resta reunir elementos para responder às seguintes perguntas: (i) a alteração do instrumental regulatório tem de fato incrementado a concorrência nos mercados alvo da investigação (entre os quais planos de saúde, transporte aéreo de passageiros, telecomunicações e bancos)? (ii) existe um mecanismo jurídico-econômico para avaliar a efetividade das opções regulatórias, permitindo uma maior intervenção judicial na definição sobre quais variáveis (preço, entrada, quantidade, qualidade ou informação) devem ser objeto de regulação nos setores sob pesquisa? (iii) como as agências reguladoras (ou órgãos reguladores em geral) se adaptaram a um novo perfil de regulação (que, como dito, transitou de preços para informação e qualidade)? (iv) há espaço para o aprofundamento e extensão desse processo de substituição das variáveis reguladas para outros setores? (v) a substituição

das variáveis reguladas permite um modelo de regulação que não seja baseado em instrumentos de comando e controle, mas, ao invés, de regulação por incentivos?

Um subproduto dessa agenda é a interação da doutrina do institucionalismo comparado, que identifica as diferentes capacidades institucionais dos órgãos de intervenção, à dúvida sobre a escolha entre soluções regulatórias (regulação *stricto sensu*) e de defesa da concorrência (remédios ou sanções). Determinadas decisões impõem remédios ou sanções destinadas a neutralizar impactos anticompetitivos decorrentes de atos de concentração ou de condutas anticompetitivas. No entanto, os problemas competitivos podem ser precedentes à realização da fusão ou à prática da conduta anticompetitiva, não sendo por remédios ou sanções solucionados. Assim, identificar qual a melhor opção de intervenção é algo necessariamente proveitoso para a construção de bem-estar. Outro subproduto da pesquisa é uma proposta de superação das doutrinas de *State Action* e *Pervasive Power*. Comumente, os órgãos de defesa estrangeiros e brasileiro utilizam essas doutrinas americanas com o objetivo de afastar a aplicação da respectiva norma antitruste a um caso que seja objeto de regulação governamental. No entanto, as atividades de advocacia da concorrência associadas a uma alteração no processo regulatório (em especial, do tipo de variável regulada) impõem revisitar a aplicação dessas teorias, a fim de verificar em que medida elas se mantêm inalteradas ou mesmo úteis no cenário hodierno. Além disso, é importante identificar situações em que de fato a regulação é uma opção superior ao *enforcement* antitruste (que envolve o controle preventivo de atos de concentração e a repressão de condutas anticompetitivas).

(v) **Política de Defesa do Consumidor:** Embora não seja propriamente óbvio, a política de defesa do consumidor possui como efeito indireto uma maior probabilidade de concorrência. Regras como as que tratam de publicidade (enganosa ou abusiva), de obrigação de informação (dever de informar) e de nulidade de cláusulas contratuais não cognoscíveis ou desproporcionais protegem o consumidor a fim de que ele possa se aproveitar das escolhas de mercado que a concorrência lhe proporciona. Essas regras fazem com que o consumidor possa exercer seu direito de escolha com o máximo de informação disponível (uma variável de competição) e da forma mais eficiente possível, o que permite que ele ocupe o papel da mola propulsora do processo competitivo⁴³.

Alguns estudos de economia comportamental se interessam sobre como o consumidor reage a informações imperfeitas, um dado comum de mercado, surgindo daí uma série

⁴³ AVERITT, Niel W.; LANDE, Robert. H. *Consumer Sovereignty: a Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*. Antitrust Law Journal. 2007

de questões a serem objeto de políticas de defesa do consumidor e de defesa da concorrência⁴⁴. Assim, esses estudos necessariamente apresentam inúmeras possibilidades para um paralelo normativo a ser aplicado em diversos segmentos de produtos e serviços, sobretudo em setores regulados, dando justificativa teórica para a substituição do processo de variáveis reguladas (regulação de informação).

É claro que a defesa do consumidor possui objetivos mais amplos do que a defesa da concorrência, o que pode ser visto a partir das preocupações com a segurança do consumidor (em regras que tratam de responsabilidade por defeito de produto) ou mesmo com a ética dos negócios jurídicos (em regras que tratam da prevenção e/ou da compensação por negócios fraudulentos). E, além disso, o sistema de proteção da política de defesa do consumidor é algo bem mais difuso do que o *enforcement* da política de defesa da concorrência (em geral feito por meio de agência única).

Diversamente das agendas anteriores, a interação entre as duas políticas envolve uma série de preocupações de ordem institucional: (i) como deve ser a interação entre as políticas de defesa da concorrência e de defesa do consumidor? (ii) essa interação parte do pressuposto de apenas um órgão abarcando ambas as funções? (iii) o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor – DPDC (agora sucedido pela Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor) possui uma função de coordenação dos Procons que funcionam como os aplicadores locais da lei de defesa do consumidor; esse tipo de modelo de coordenação também poderia ser aplicável CADE? E (iv) a atuação dos Ministérios Públicos na política de combate a condutas, sobretudo cartéis, significa uma aproximação ao modelo difuso da política de defesa do consumidor?

Conclusão

São duas as conclusões deste artigo. A primeira é que grande parte das críticas relacionadas ao controle de fusões (e mesmo à repressão de condutas) tem sido endereçadas ou, pelo menos, estão dentro da agenda do que o CADE vem se propondo nos últimos anos (o que não exclui a necessidade de um esforço regulamentador, revisando guias e metodologias, bem como criando documentos desse gênero, para trazer maior segurança jurídica para o setor privado e seus investimentos na economia brasileira). Será, por isso, uma agenda focada em gestão e eficiência. Essa é a boa notícia, sobretudo diante da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, que organiza e mais

⁴⁴ Para ver uma compilação de interessantes estudos sobre o tema, ver: OCDE. *Roundtable on Demand-Side Economics for Consumer Policy: Summary Report*. 2006

bem estrutura o CADE para essas funções (alterando, em especial, o regime de análise de atos de concentração, que passa a ser prévio, como é no resto do mundo).

A segunda conclusão depende dos olhos leitor, que poderá ver o copo meio cheio ou meio vazio. Isso porque parece claro que existe um enorme espaço para pesquisa (e mesmo para definição) da política de defesa da concorrência quando colocada em contato com outras políticas mencionadas ao longo deste artigo. Aliás, o objetivo para pesquisas na área oferece oportunidades de interação, exclusão e/ou complementaridade de uma série de políticas com a política de defesa da concorrência, apresentando possíveis soluções de economia normativa a partir de instrumental jurídico para futuras alterações legislativas ou mesmo para instruir posicionamentos vindouros no CADE.

E aí a tarefa não é nada fácil ou mesmo previsível. Mas certamente é interessante.

Bibliografia

AVERITT, Niel W.; LANDE, Robert. H. *Consumer Sovereignty: a Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law*. Antitrust Law Journal. 2007

CAYSEELE, Patrick Van; Bergh, Patrick Van den. *Antitrust Law*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). *Encyclopedia of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, v. 3, 2000

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Policy after Chicago*. Michigan Law Review, Vol. 84, 1985.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*. Journal of Economic Perspectives v. 4, n. 1, 2000

OCDE. *Roundtable on Demand-Side Economics for Consumer Policy: Summary Report*. 2006

PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, v. 82, n. 2. 2007.

EUROPEAN COMMISSION. *Competition policy in Europe: The competition rules for supply and distribution agreements*. 2002, p. 12. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/publications/brochures/rules_en.pdf. Acesso em 22 maio 2012