

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***



São Paulo
Volume 17 número 1 – 2010
ISSN 1517-1957

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788, cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

Presidente: Marcelo Procópio Calliari
Diretora de Publicações: Leonor Cordovil
Editor assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, João Paulo Garcia Leal, Lucia A. L. de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 2 números em 2009

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

**9.º CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA
PRÊMIO IBRAC – ESSO 2008
CLASSIFICAÇÃO FINAL**

INSTITUIÇÕES

Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito
Instituto de Economia da UFRJ
Universidade de Colônia – Institut Für internationales Und Ausländisches
Privatrecht Albertus Magnus Platz
Université Paris II (Panthéon-Assas)
Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Pontifícia Universidade Católica – SP
Fundação Getúlio Vargas – SP

COMISSÃO JULGADORA

Presidente: Mauro Grinberg
Arthur Barrionuevo – Economista, ex-Conselheiro do Cade
Antonio Garbelini – Advogado
Ruy Santacruz – Economista, ex-Conselheiro do Cade
Pedro Paulo Cristóvão – Advogado, prof. da PUC-RJ
Thompson Andrade – Economista, ex-Conselheiro do Cade
Mariana Vilella – Advogada
Vicente Bagnoli – Advogado, prof. do Mackenzie

CLASSIFICAÇÃO FINAL PÓS GRADUAÇÃO

1.º Colocado Predação Estratégica no Setor Aéreo – Apontamentos sobre Racionalidade Econômica e Evidências Empíricas

- Gustavo Mathias Alves Pinto

Doutorado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2.º Colocado Interação entre Concorrência e Regulação no Setor Bancário e o Tratamento das Reestruturações Compulsórias Ordenadas pelo Banco Central do Brasil

- Glauco Alves Martins

Pós-Graduação em Direito Comercial – Universidade de São Paulo – Faculdade de Direito

3.º Colocado A proposta de Nova Lei de Defesa da Concorrência e o Licenciamento Compulsório de Direitos de Propriedade Intelectual

- Renato Dolabella Melo

Mestrado em Direito – Universidade Federal de Minas Gerais

4.º Colocado Simulação de efeitos unilaterais de fusões horizontais: revisitando o caso Ambev

- Ian Ramalho Guerriero

Doutorado em Economia – IE-UFRJ

5.º Colocado Controle dos Atos de concentração no Mercosul

- Paulo Burnier da Silveira

Doutorado em Direito Comparado – Université Paris II (Panthéon-Assas)

CLASSIFICAÇÃO FINAL GRADUAÇÃO

1.º Colocado A concorrência pelo mercado no setor de transportes terrestres no Brasil: análise das concessões rodoviárias federais à luz da Teoria Econômica dos Leilões

- Enrico Spini Romanielo

Especialização em Direito Econômico – Fundação Getúlio Vargas

2.º Colocado Os limites jurídicos entre a legislação federal de defesa da concorrência e a ordenação econômica formulada por estado ou município: A contribuição da State Action Doctrine

- Bruno Braz de Castro

Direito – Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

3.º Colocado Remédios em Atos de Concentração: Estruturais ou Comportamentais? Precauções, Indicações e Contraindicações

- Joyce Ruiz Rodrigues Alves

Direito – Pontifícia Universidade Católica – SP

4.º Colocado O Acordo de leniência e o termo de compromisso de cessação em uma análise comparativa: uma coexistência efetiva

- Flávia Teixeira Fortes

Direito – Universidade Federal de Minas Gerais

5.º Colocado A questão do não conhecimento das operações no direito antitruste brasileiro

- Gustavo Flausino Coelho

Direito – Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro

COLABORADORES

SUMÁRIO

PREDAÇÃO ESTRATÉGICA NO SETOR AÉREO. APONTAMENTOS SOBRE RACIONALIDADE ECONÔMICA E EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS <i>Gustavo Mathias Alves Pinto</i>	9
INTERAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO E O TRATAMENTO DAS REESTRUTURAÇÕES COMPULSÓRIAS ORDENADAS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL <i>Glauco Alves Martins</i>	35
A PROPOSTA DE NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL <i>Renato Dolabella Melo</i>	63
SIMULAÇÃO DE EFEITOS UNILATERAIS DE FUSÕES HORIZONTAIS: REVISITANDO O CASO AMBEV <i>Ian Ramalho Guerriero</i>	87
CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCOSUL <i>Paulo Burnier da Silveira</i>	117
A CONCORRÊNCIA PELO MERCADO NO SETOR DE TRANSPORTES TERRESTRES NO BRASIL: ANÁLISE DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS À LUZ DA TEORIA ECONÔMICA DOS LEILÕES <i>Enrico Spini Romanielo</i>	149
OS LIMITES JURÍDICOS ENTRE A LEGISLAÇÃO FEDERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ORDENAÇÃO ECONÔMICA FORMULADA POR ESTADO OU MUNICÍPIO: A CONTRIBUIÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE <i>Bruno Braz de Castro</i>	175
REMÉDIOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: ESTRUTURAIS OU COMPORTAMENTAIS? PRECAUÇÕES, INDICAÇÕES E CONTRAINDICAÇÕES <i>Joyce Ruiz Rodrigues Alves</i>	207

O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO
DE CESSAÇÃO EM UMA ANÁLISE COMPARATIVA: UMA
COEXISTÊNCIA EFETIVA

Flávia Teixeira Fortes 231

A QUESTÃO DO NÃO CONHECIMENTO DAS OPERAÇÕES NO
DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Gustavo Flausino Coelho 253

PREDAÇÃO ESTRATÉGICA NO SETOR AÉREO. APONTAMENTOS SOBRE RACIONALIDADE ECONÔMICA E EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Gustavo Mathias Alves Pinto

“Sometimes the cure is worse than the disease.”
– Spence (1981)¹

Introdução

Ronald Coase afirmou que uma das razões que o fizeram perder o interesse no direito concorrencial foi a insistência dos juízes em associar preços em baixa à prática de preço predatório.² A evolução do direito antitruste demonstrou que a desilusão de Coase talvez tenha sido um pouco precipitada. De fato, o advento da Escola de Chicago mudou radicalmente a concepção de preço predatório, considerando tal prática tão rara e irracional, que o direito antitruste raramente deveria se preocupar com este tipo de conduta. Frank Easterbrook chegou a inclusive pregar que tais condutas deveriam ser ignoradas (*no rule standard*), uma vez que intervenções antitruste nessa área acabariam provavelmente atingindo competições legítimas de preço e negando aos consumidores o benefício de preços baixos.³

A Suprema Corte Americana acompanhou a essência da corrente de Chicago⁴ nas decisões dos famosos casos *Matsushita*⁵ e *Brooke Group*,⁶ valendo inclusive a menção de que “predatory pricing schemes are rarely tried

¹ SPENCE, Michael. 1981. Competition, entry and antitrust policy. In: SALOP, Steven C. (ed.). *Strategy, predation and antitrust policy*. Washington D.C., p. 82.

² LANDES, William M. et al. 1983. On the resignation of Ronald H. Coase. *Journal of Law and Economics*, v. 26, p. 183.

³ EASTERBROOK, Frank H. 1981. Predatory strategies and counterstrategies, 48 *U.Chi. L. Rev.* 263.

⁴ Mas a Suprema Corte não descartou a adoção de um teste baseado em custo.

⁵ *Matsushita Elec. Indus. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U.S. 574 (1986).

⁶ *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993).

and even more rarely successful”.⁷ Desde 1993, quando a Suprema Corte decidiu o caso Brooke, nenhuma acusação de preço predatório prevaleceu perante as cortes.⁸ Não obstante, muito embora o assunto tenha recebido um tratamento incrédulo pelo tribunal americano, isso não mitigou a controvérsia doutrinária a respeito do assunto. Pelo contrário, o debate doutrinário acirrou-se ainda mais.

Novas teorias sobre preço predatório – não por acaso classificadas como escola “Pós-Chicago” – argumentam que o preço predatório não seria um fenômeno tão raro tal como postulado anteriormente. Análises estratégicas conduzidas à luz de teorias econômicas reputacionais propiciariam racionalidade econômica a tais condutas em determinadas circunstâncias. Nesse sentido, alguns autores chegam inclusive a propor a possibilidade de estratégias predatórias com preços acima do custo, fugindo, portanto, da concepção clássica de preços predatórios encontrada nos manuais antitruste e adotada nas decisões supracitadas.⁹ O exemplo frequentemente citado é o caso de incumbentes monopolistas que gozam de vantagens substanciais em relação aos concorrentes, e reduzem ou igualam seus preços em resposta à entrada de novas empresas no mercado.¹⁰ Um dos defensores mais contumazes desta nova corrente acadêmica é Aaron Edlin, para quem o direito antitruste deve proteger entrantes em determinados setores da economia de modo a viabilizar sua permanência no mercado, mesmo que isso implique na proibição de descontos reativos de concorrentes.

O setor aéreo tem se mostrado uma área particularmente frutífera para o advento destas teorias Pós-Chicago, sendo que agências antitruste e tribunais de ambos os lados do Atlântico têm demonstrado disposição crescente para a investigação de tais práticas nesta indústria. Em 1998 o Departamento de Transportes Americano procurou emitir regulação restringindo a capacida-

⁷ Matsushita, 475 U.S. 574, 589 (1986).

⁸ EDLIN, Aaron S. 2002a. Stopping above-cost predatory pricing, *Yale Law Journal*, http://works.bepress.com/aaron_edlin/18.

⁹ Preço predatório como preço abaixo do custo marginal da empresa, bem como suas derivações práticas, tais como o teste Areeda-Turner, que analisa se o preço situa-se abaixo do custo variável total da empresa. Ver HOVENKAMP, Herbert. 2005. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*, 3. ed., Thomson West, p. 341.

¹⁰ EDLIN, Aaron S.; FARRELL, Joseph. 2002b. The American Airlines case: a chance to clarify predation policy, Competition Policy Center. Paper CPC02-033, <http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC02-033>.

de de companhias aéreas incumbentes reduzirem seus preços em resposta à entrada de uma nova empresa no mercado,¹¹ e na Alemanha a Deutsche Lufthansa AG foi condenada por reduzir seus preços de forma injustificada em trechos onde esta competia com a nova entrante, Germania, uma empresa de baixo custo.¹² Reações semelhantes podem ser encontradas na Austrália (Qantas v. Virgin Blue)¹³ e Canadá (Air Canada v. WestJet).¹⁴ No Brasil não tem sido diferente, sendo que em 2004 a Secretaria de Direito Econômico instaurou averiguação preliminar para investigar supostas práticas predatórias da Companhia GOL Linhas Aéreas,¹⁵ e em 2005 a Companhia Aérea WebJet promoveu representação contra as empresas TAM e GOL pela suposta prática de predação estratégica com o intuito de expulsá-la do mercado.¹⁶ A recente entrada da Jetblue no mercado reflete ainda mais a atualidade do debate no contexto nacional.¹⁷

Dessa forma, o propósito deste trabalho é o de analisar o mérito da aplicação destas teorias de predação estratégica e as propostas recentes de intervenção antitruste no setor aéreo. Para tal, o trabalho está estruturado em quatro tópicos. O primeiro tópico analisará algumas das principais características dos agentes econômicos atuantes nesse mercado. O objetivo desta análise é a identificação de algumas das vantagens atribuídas às companhias aéreas incumbentes que são invocadas por autoridades antitruste como fundamentação às críticas aos descontos reativos de preço.

¹¹ 63 Fed. Register 17919, 17920 (1998).

¹² BUNDESKARTELLAMT. 2002. Beschluss im Verwaltungsverfahren gegen Deutsche Lufthansa AG, Köln, von 18.02.2002, Geschäftszeichen: B9-144/01, www.bundekartellamt.bund.de.

¹³ FORSYTH, Peter et al. 2005. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*, Ashgate Publishing, p. xviii.

¹⁴ Id.

¹⁵ Averiguação Preliminar n. 08001.006298/2004-33; Representante: Ministério da Defesa e Representada: GOL Linhas Aéreas S/A; Conselheiro-relator: Ricardo Villas Bôas Cueva.

¹⁶ WebJet faz representação na SDE contra TAM e GOL, *O Estado de S.Paulo*, caderno B10, 21.12.2005.

¹⁷ Dono da JetBlue lança companhia aérea no Brasil com investimento recorde de US\$ 150 milhões, Valor Online, 27/03/2008, <http://economia.uol.com.br/ultnot/valor/2008/03/27/ult1913u85920.jhtm>.

A segunda etapa do trabalho consiste em analisar as principais correntes acadêmicas do setor. Com base nas características identificadas no tópico anterior, serão apresentados os posicionamentos doutrinários favoráveis ou contrários à intervenção antitruste em casos de predação estratégica. Será atribuído foco especial à regra de Edlin pelo fato desta representar uma síntese de argumentos clássicos de Williamson e Baumol – autores que também defendem a atuação antitruste como restrição à reação de incumbentes à entrada de novas empresas – bem como pelo fato de muitos dos argumentos propostos pelo autor terem sido utilizados pelo Departamento de Justiça Americano em um dos mais polêmicos casos sobre o tema¹⁸ (U.S. vs. American Airlines Co.).

O terceiro tópico apresenta o resultado de estudos econômicos recentes no setor aéreo, contrapondo os resultados encontrados aos argumentos delineados no tópico anterior para justificar a atuação antitruste na indústria aérea. Serão apresentados dados relativos às taxas de sobrevivência de novos entrantes no mercado, inclusive segmentando-os entre aeroportos que servem de *hubs* para incumbentes ou não. Muito embora o foco específico de tais experimentos não seja a indústria aérea brasileira, os resultados fornecem subsídios para o questionamento de argumentos doutrinários que podem ser estendidos ao mercado nacional.

O último tópico apresenta a conclusão do trabalho, demonstrando que, muito embora haja evidências de que companhias aéreas já estabelecidas reajam à entrada de companhias de baixo custo, a análise da indústria não indica a existência de racionalidade estratégica predatória para tal, e tampouco há indícios significativos de que tais práticas estejam impactando a entrada e permanência de novas empresas no mercado.

1. Características do setor aéreo

O setor aéreo passou por grandes transformações nas últimas décadas. Após um longo período marcado pela dominação de monopólios ou oligopólios, bem como forte presença de empresas estatais, o setor foi gradativamente sendo aberto à concorrência, movimento que se acelerou a partir da década de 70. No Brasil o processo demorou mais tempo, sendo que até a década de 90 a política adotada para o setor objetivava a concentração das empresas e o controle de tarifas. A partir de 1991, foi definida uma política

¹⁸ U.S. v. American Airlines et al., 140 F. Supp. 2d 1141 (2001)

com tendências liberalizantes,¹⁹ conforme o que era observado em vários países do mundo.²⁰

Com a gradativa desregulamentação, novas empresas entraram no mercado, mas tiveram dificuldades para se estabelecer e competir com as companhias aéreas tradicionais.²¹ Isso se modificou no final da década de 80, quando empresas passaram a ingressar no mercado com um novo modelo de negócios, baseado na adoção de uma estrutura de baixos custos (*low cost carriers* – LCCs) e oferta de tarifas mais baratas através do direcionamento do tráfego aéreo para *hubs* menores, bem como pela eliminação de diversos serviços tradicionalmente oferecidos aos passageiros, tais como o serviço de bordo e assentos reservados.²² Esse modelo de negócios se mostrou bem sucedido, sendo que o *market share* das LCCs no mercado americano aumentou de 7,4% em 1990 para 26,9% em 2003.²³

Em reação à conquista de mercado pelas LCCs, as empresas aéreas já estabelecidas no mercado passaram a adotar uma série de estratégias, geralmente igualando os preços ou aumentando capacidade nas rotas em que competem com as LCCs, em combinação com outras estratégias de marketing. No entanto, muito embora este seja um comportamento típico de mercado,

¹⁹ Como exemplos dessa liberalização tarifária gradual, podem-se mencionar a adoção do sistema de banda dentro do qual as empresas podiam praticar suas tarifas em 1989. A permissão de descontos de até 65% sobre a tarifa de referência em 1997. A eliminação da banda tarifária, restando ainda o limite representado pela tarifa básica em 1998. A liberação das tarifas aéreas em algumas rotas em Março de 2001, bem como a liberação integral das tarifas aéreas para o transporte de passageiros e de carga em Agosto de 2001. Ver apresentação do então Coordenados Geral de Transportes e Logística da Secretaria de Acompanhamento Econômico, Marcelo Pacheco Guarany, sobre Regulação e concorrência no transporte aéreo, dezembro de 2006, disponível em: http://www.abetar.com.br/estudos/palestra2_06_12_saintive.pdf.

²⁰ Id.

²¹ EWALD, Christian. 2005. Predatory Pricing in the Airline Industry as a Challenge to Competition Law Enforcement – An Assessment of the Current Legal Practice in the U.S. and Germany. In.: FORSYTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing, p. 189.

²² EWALD, Christian. Op. cit. p. 190.

²³ BAMBERGER, Gustavo E.; CARLTON, Dennis W.. 2006. Predation and the entry and exit of low-fare carriers. In: LEE, Darin (ed.). *Competition policy and antitrust*, Elsevier, p. 7.

tendo inclusive sido previsto como uma das possíveis defesas para acusações de discriminação de preços no Robinson-Patman Act,²⁴ agências governamentais e doutrinadores têm criticado este procedimento no setor aéreo.

O teor destas críticas sugere que as empresas aéreas incumbentes possuiriam vantagens substanciais em relação às novas entrantes, de modo que a equiparação de preços impediria a permanência destas no mercado. Abaixo podem ser observadas algumas das principais vantagens atribuídas às companhias aéreas incumbentes pelas agências e autoridades antitruste supracitadas, e que fundamentam suas críticas a descontos reativos acima do custo. Salienta-se que o foco não é a análise exaustiva de características do setor aéreo de um determinado país, mas sim a apresentação de pontos frequentemente citadas por defensores de uma intervenção antitruste no setor, e que podem ser encontradas com variados graus de intensidade em países que estão realizando ou já realizaram investigações antitruste nesta indústria.

Hub-and-Spoke: A maioria das empresas aéreas nos Estados Unidos e Europa adotam o sistema *hub-and-spoke* para organização do tráfego aéreo.²⁵ Nesse sistema, cidades com alta densidade de passageiros e boa infraestrutura aeroportuária tornam-se centros regionais de tráfego aéreo ao concentrarem chegadas e saídas numa base principal, oferecendo voos com conexões aos passageiros das demais rotas que passarão por esses centros. O hub, portanto, transforma-se no centro de operações de uma empresa aérea, base principal de suas atividades. O sistema permite uma maior organização estratégica das empresas diante de uma demanda incerta na maioria dos aeroportos. Dessa forma, o hub permite à empresa oferecer maior conveniência em termos de destinos e horários aos passageiros, aumentando assim a capacidade utilizada em cada avião. Segundo o Departamento de Justiça Americano, isso propiciaria vantagens significativas em termos de receitas e custos às *hub carriers*, além de representar uma considerável barreira à entrada, uma vez que a construção de um hub seria difícil, lenta e custosa.²⁶ Assim, a lógica do sistema *hub-and-spoke*, se por um lado possibilita economias de escopo,

²⁴ Robinson-Patman Act §2, 15 U.S.C. §13 (b).

²⁵ Department of Transportation. 2001. Enforcement Policy Regarding Unfair Exclusionary Conduct in the Air Transport Industry – Findings and Conclusions on the Economic, Policy and Legal Issues, Docket AST-98-3713, Washington, <http://ostpxweb.dot.gov/aviation/domestic-competition>.

²⁶ Memorandum of the United States, U.S. v. AMR, n. 99-1180-JTM, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4800/4859.htm> (nov. 27, 2007).

por outro lado representa uma forte barreira à entrada diante das vantagens competitivas que possuem as incumbentes com posição dominante em um *hub*.

Slots: O *slot* refere-se ao tempo, relacionado a um determinado espaço, que uma companhia aérea utiliza para que sua aeronave, em determinada rota, possa realizar os procedimentos de aterrissagem e decolagem em um certo aeroporto. Assim, faz parte do *slot* o intervalo de tempo do procedimento que está associado às instalações: pista, estacionamento, portão de embarque e desembarque de passageiros; ou seja, toda e qualquer infraestrutura referente à aterrissagem e decolagem.²⁷ A correta alocação dos *slots* é condição necessária para a implementação de concorrência e eficiência no setor, devendo ser regulada através de objetivos claros e transparentes. As incumbentes, por possuírem maior porte e estarem atuando há mais tempo no mercado, detêm a maior parte destes *slots*.²⁸ De fato, o acesso a *slots* atrativos foi apontado como a principal e mais efetiva barreira à entrada para novas entrantes em estudo com empresários do setor aéreo.²⁹

Portões de Embarque: As regras de concessão de portões de embarque também podem representar uma barreira à entrada. Os contratos permitem a uma empresa aérea usufruir de direitos exclusivos de uso dos portões por um longo período de tempo, geralmente 20 anos. Esses aluguéis impedem o acesso de novas empresas à infraestrutura do aeroporto em condições de igualdade com as empresas incumbentes. Para ter acesso a portões em aeroportos onde estes são alugados com termos de exclusividade, as entrantes precisam sublocar estes portões das empresas incumbentes. Não raro tais sublocações só são oferecidas em horários de baixa demanda e a custos mais caros do que os arcados pela incumbente.³⁰

²⁷ ROCHA, Bolívar Moura; TAVARES, M. P. 2003. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: MOURA ROCHA, Bolívar (org.). *A regulação da infraestrutura no Brasil – Balanço e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson, p. 290.

²⁸ United States General Accounting Office, 1998. Airline Competition – Barriers to entry continue in some domestic markets, Testimony before the Subcommittee on Transportation, U.S. Senate, <http://www.gao.gov/archive/1998/rc98112t.pdf>, p.5.

²⁹ SCHNELL, Mirko C.A. 2005. Investigating airline managers' perception of route entry barriers: a questionnaire-based approach. In.: FORSYTH, Peter et al, *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing, p. 259.

³⁰ United States General Accounting Office. Op. cit., p. 5.

Marketing: As estratégias de marketing adotadas por empresas incumbentes podem representar também barreiras à entrada. O mais importante destes instrumentos é programa de milhagem (*frequent flyer programmes*), por meio do qual as companhias oferecem pontos a cada compra que podem ser convertidos em bilhetes aéreos. Além disso, as empresas aéreas frequentemente também pagam comissões extras a agentes de viagem para encorajá-los a reservar passagens nos voos daquela empresa.³¹

Marca: Devido à aversão de alguns passageiros à utilização do transporte aéreo, a marca desempenha um papel importante na escolha da companhia aérea. Dessa forma, baseando-se na reputação de sua marca, uma incumbente pode atrair mais passageiros do que uma nova entrante cobrando os mesmos preços, ou até mesmo um preço superior, desde que a diferença não seja considerável.³²

Mobilidade de ativos: Muito embora não seja um privilégio apenas de incumbentes, a indústria aérea goza de uma característica que facilita a predação estratégica, que é a mobilidade de ativos. Com efeito, o avião pode ser considerado como o extremo da mobilidade de ativos, o que permite uma rápida expansão da oferta e redução dos preços.

Esses são algumas das características frequentemente apontadas como vantagens das companhias aéreas incumbentes contra novas entrantes. Para alguns doutrinadores, essas características implicariam uma diferença substancial de custos entre as empresas competindo no mercado, justificando assim uma limitação à capacidade de as incumbentes reagirem à entrada de novas empresas no setor aéreo. O tópico a seguir apresentará alguns dos principais posicionamentos doutrinários sobre o assunto.

2. Principais correntes doutrinárias

Os modelos de limitação de preços ou de dissuasão estratégica de entrada não são um fenômeno recente. Em 1977 Williamson já havia proposto uma proibição para que incumbentes aumentassem sua produção por um período de 12 a 18 meses em resposta à entrada de uma nova empresa no mercado.³³

³¹ EWALD, Christian. Op. cit., p. 190.

³² EDLIN, Aaron S., 2002a, p. 943.

³³ ELHAUGE, Einer. 2003. Why above-cost price cuts to drive out entrants do not signal predation or even market power – And the implications for defining costs, *Yale Law Journal*, v. 112, n. 4, pp. 683-684.

Da mesma forma, Baumol em 1978 havia proposto uma regra que permitiria ao incumbente reduzir preços (e aumentar produção) em resposta à entrada de uma nova empresa, mas que proibiria o aumento dos preços após uma eventual saída desta nova empresa do mercado. Mais recentemente podemos encontrar o trabalho de Aaron Edlin a favor da restrição aos cortes de preço acima do custo,³⁴ inclusive com um enfoque aplicado ao setor aéreo,³⁵ bem como o posicionamento de Einer Elhauge, contrário a tais restrições. Considerando o escopo limitado do presente trabalho, bem como o fato de a proposta de Edlin incorporar elementos das propostas de Williamson e Baumol, utilizar-se-á a proposta deste e de Elhauge para sintetizar os principais aspectos de ambos os posicionamentos doutrinários a respeito do assunto.

2.1 *A regra de Edlin*³⁶

A posição tradicional dos tribunais com relação aos preços predatórios é melhor sintetizada nas palavras do magistrado Frank Easterbrook, para quem preços predatórios são um investimento num futuro monopólio, um sacrifício do lucro presente pelo lucro futuro.³⁷ Dessa forma, o investimento deve poder ser recuperado para que a prática tenha lógica econômica. Se um preço de monopólio posterior é inviável, então o comportamento não é lucrativo no longo prazo, e pode-se inferir que o preço praticado no presente não é predatório. Como o juiz bem salienta, “if there can be no ‘later’ in which recoupment could occur, then the consumer is an unambiguous beneficiary even if the current price is less than the cost of production”.³⁸

Aaron Edlin discorda de tal lógica. Segundo o autor, os incumbentes poderiam reduzir seus preços, equiparando-os ou situando-os abaixo do patamar dos concorrentes, sem necessariamente estar cobrando preços abaixo do custo. Isso seria particularmente verdadeiro no setor aéreo em razão das

³⁴ EDLIN, Aaron S., 2002a.

³⁵ EDLIN, Aaron S., 2002b.

³⁶ O escopo do presente trabalho impede a apresentação de todas as premissas e desdobramentos inerentes à teoria de Aaron Edlin. O objetivo do tópico é apenas a exposição das principais ideias e propostas apresentadas pelo autor, e como elas se encaixam no contexto do setor aéreo. O mesmo se aplica à crítica de Einer Elhauge apresentada no tópico seguinte.

³⁷ A. A. Poultry Farms, Inc. v. Rose Acre Farms, Inc., 881 F.2d 1396, 1401 (7th Cir. 1989).

³⁸ Id.

já mencionadas vantagens que as companhias aéreas incumbentes gozam em relação às suas rivais, bem como pelo fato de a incumbente conseguir expandir sua capacidade rapidamente, e os consumidores dificilmente conseguem firmar contratos de longo prazo ou “estocarem” bilhetes aéreos.³⁹ Nesse cenário, na ausência de uma sanção antitruste à estratégia adotada, novas empresas não entrariam no mercado, uma vez que antecipariam o comportamento da incumbente.⁴⁰

Dessa forma, a escola de Chicago e a Suprema Corte estariam cometendo um grave equívoco temporal, uma vez que estariam preocupadas com o efeito *ex-post* do preço predatório, onde o predador cobraria preços supracompetitivos para recuperar suas perdas, quando na verdade os efeitos ocorreriam *ex-ante*, com a perda de potenciais entrantes no mercado.⁴¹ E mesmo que novas empresas entrassem no mercado, caso estas tivessem de sair em razão do comportamento da incumbente, o benefício aos consumidores seria apenas temporário, pois após a saída a incumbente retornaria ao seu patamar de preços anterior, com a vantagem de ter construído uma reputação de concorrente agressiva, o que ajudaria a dissuadir novas entradas no mercado. Vale ressaltar aqui que, de acordo com Brooke Group, a mera falha em maximizar lucros não é suficiente para configurar a prática de preço predatório. É necessária a cobrança de preço abaixo do custo.

No espírito das colocações de Williamson e Baumol, Aaron Edlin propõe um padrão dinâmico⁴² para adjudicação de condutas predatórias. Assim, em um mercado onde incumbentes monopolistas gozam de vantagens significativas sobre potenciais entrantes – tais como aeroportos que servem como *hubs* – caso empresas decidam entrar no mercado oferecendo preços menores, o monopolista não poderia reagir a descontos substanciais de entrantes com cortes de preço, ou aumento significativo da qualidade do produto, até que o entrante tivesse tempo razoável para recuperar seus custos de entrada e se tornar viável, ou até que a participação de mercado do novo entrante crescesse

³⁹ ELHAUGE, Einer, op. cit., p. 705.

⁴⁰ EDLIN, Aaron S., 2002a, p. 943.

⁴¹ Id.

⁴² De acordo com a classificação de Craswell and Fratrik, a proposta seria dinâmica porque foca em mudanças de conduta ao longo do tempo em resposta à entrada e saída de uma empresa no mercado. Em Richard Craswell & Mark R. Fratrik, *Predatory Pricing Theory Applied: The Case of Supermarkets vs. Warehouse Stores*, 36 Case W. Res. L. Rev. 1, 6 (1985). Apud EDLIN, Aaron S., 2002a, p. 945.

o bastante para que o monopolista perdesse sua posição dominante.⁴³ Para efeitos práticos, o autor sugere que o gatilho para a aplicação da regra seria um desconto de 20% ou mais em relação ao preço do monopolista, e que o tempo estimado para permitir a viabilidade do concorrente no mercado seria de 12 a 18 meses,⁴⁴ podendo ser revisto em situações excepcionais.

Tal regra traria dois importantes benefícios para o mercado. Em primeiro lugar incentivaria a entrada de novas empresas ao impedir que monopolistas incumbentes reduzissem seus preços, inviabilizando a permanência destas na indústria. Em segundo lugar, a regra geraria um importante efeito “*ex-ex-ante*” ao incentivar a cobrança de preços baixos pelo monopolista incumbente mesmo antes da entrada de novos concorrentes no mercado, uma vez que a incumbente não teria como antecipar o momento exato da entrada de um concorrente, e porque, quando esta ocorresse, não poderia reduzir seus preços em resposta ao novo entrante. Aaron Edlin considera sua proposta superior à de Baumol nesse aspecto, uma vez que a solução deste último, ao sugerir que reduções de preços por incumbentes monopolistas fossem “*quasi-permanent*”, poderia até eliminar a possibilidade de recuperação do prejuízo, mas não geraria o incentivo “*ex-ex-ante*” para cobrança de preços baixos antes da entrada de novos concorrentes no mercado.

O autor reconhece que nem todos seriam beneficiados por tal regra. O monopolista incumbente auferiria menos lucros ao cobrar preços menores para desencorajar a entrada de novas empresas no mercado, e caso mesmo assim houvesse a entrada, o monopolista talvez não pudesse responder através de uma estratégia maximizadora de lucro. No entanto, o autor considera que a criação de uma conjuntura de maior contestabilidade no mercado aéreo seria suficiente para compensar perdas dos monopolistas. No agregado, haveria, portanto, um ganho em termos de *social welfare*. Em suas palavras, “the consumer surplus gains from low limit pricing will generally exceed the losses to the incumbent before entry”.⁴⁵

A regra proposta também apresentaria menores entraves administrativos do que outras alternativas “dinâmicas” aventadas na doutrina econômica. Um exemplo disto é a proposta de que um monopolista incumbente poderia equiparar seus preços aos do entrante, mas não poderia situá-los abaixo desse

⁴³ EDLIN, Aaron S., 2002a, p. 945

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Id., p. 947.

patamar. Areeda e Turner consideraram tal hipótese e rejeitaram-na pelo fato de que seria impossível administrar tal fórmula dada a dificuldade de se diferenciar uma equiparação de uma redução abaixo do preço do concorrente em situações comuns onde qualidade e preferências do consumidor não são de fácil percepção.⁴⁶ A regra de Edlin seria superior nesse aspecto, pois proibiria descontos reativos, independentemente de o preço final situar-se abaixo do valor cobrado pelo concorrente. O que poderia parecer um radicalismo na proposta seria, na verdade, uma virtude da regra, haja vista que, diante de tais condições rigorosas, o monopolista incumbente teria mais incentivos para cobrar preços baixos “*ex-ex-ante*” para evitar a entrada de um concorrente.

Em suma, Edlin defende que o foco das autoridades estaria equivocado uma vez que estaria centrado numa análise de “sacrifício mais recuperação financeira,” quando na verdade deveria focar em “exclusão com grave dano para o consumidor e/ou para a eficiência”.⁴⁷ Sua conclusão, portanto, segue em linha com os achados de Williamson e Baumol sobre tal prática anticoncorrencial.⁴⁸

2.2 Crítica à regra de Edlin⁴⁹

Da forma como é proposta, a regra de Edlin parece ser a “bala de prata” da política antitruste para problemas de preço no setor aéreo.⁵⁰ No entanto, Einer Elhauge demonstra que, apesar de tentadora, a proposta não se sustenta quando exposta a uma análise percuciente de sua lógica estratégica e efeitos. De fato, considerando que entrantes tão ou mais eficientes que as incumbentes poderiam responder lucrativamente à política de preços desta, o efeito imediato da regra sugerida seria o de proteger entrantes menos eficientes,

⁴⁶ EDLIN, Aaron S., 2002a, p. 949.

⁴⁷ FERREIRA, Natália Santos; OLIVEIRA, Alessandro Vinicius Marques de. 2007. Discussão das abordagens teóricas na investigação de práticas de concorrência predatória no transporte aéreo, Documento de Trabalho n. 020/2006 do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo do Instituto Tecnológico de Aeronáutica (Nectar-ITA), <http://www.nectar.ita.br/dt020.pdf>.

⁴⁸ Elhauge, Einer, op. cit., pp. 683-684.

⁴⁹ Ver nota 35.

⁵⁰ HÜSCHEL RATH, Kai. 2005. Strategic behavior of incumbents – Rationality, welfare and antitrust policy. In: FORSYTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing, p. 26.

seja em razão de custos maiores que os incumbentes, ou porque a qualidade é menor ao mesmo custo.⁵¹

De acordo com Elhauge, a regra criaria incentivos perversos para o monopolista, uma vez que este passaria a ter interesse em perder *market share* rapidamente para recuperar sua liberdade para reajustar preços. E, obviamente, a maneira mais rápida e eficaz para tal, seria aumentando seus preços. Considerando que há poucos casos de monopolistas com 100% de market share,⁵² haveria grandes chances de a regra perder sua aplicabilidade antes dos 12-18 meses propostos por Edlin. Além disso, como o autor bem nota, o resultado é irônico, pois troca a preocupação da concepção clássica de preço predatório com a diminuição de preços para maximização de lucros de longo prazo, por uma restrição que apenas gera incentivos para aumento de preços para maximização de lucros de longo prazo.⁵³

Do lado dos consumidores os efeitos também são perversos. Considerando que o entrante não conseguirá suprir a demanda de mercado desde o início (pois caso pudesse a regra não seria acionada), restará uma parcela considerável da demanda ao incumbente. Esse é um cenário bastante provável na indústria aérea, uma vez que, muito embora os ativos sejam móveis, a oferta de serviços depende de acesso a *slots* e portões de embarque, dentre outros requisitos regulatórios. Conforme visto, o incumbente tem incentivos para cobrar preços iguais ou maiores que os cobrados no nível pré-monopólio para acelerar o fim da aplicação da regra. Já os entrantes cobrarão preços mais baixos, mas sem nenhum incentivo para conceder descontos maiores que 20% (gatilho da regra), mesmo que tenham capacidade para tal. Dessa forma, o efeito é duplamente prejudicial para os consumidores, bem como para a sociedade em geral, uma vez que o incumbente perderá uma parcela considerável de sua demanda no curto prazo, mas terá incentivos para manter o seu nível antigo de preços, o que pode motivar demissões, rescisões contratuais e gastos desnecessários com capacidade ociosa, dentre outros.⁵⁴

O autor também demonstra que os efeitos “*ex-ante*” previstos na regra de Edlin também são duvidosos. No caso de empresas menos eficientes, dificilmente a regra proposta criará incentivos para a entrada desta no mer-

⁵¹ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 18-19.

⁵² Excetuando-se, é claro, monopólios naturais, que não são objeto desta discussão.

⁵³ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 20-23.

⁵⁴ Id.

cado, haja vista que, cedo ou tarde (mais cedo do que tarde), a incumbente recuperará a sua liberdade para reajustar preços, podendo expulsá-la do mercado. Isso é ainda mais significativo no caso de setores com altos custos irrecuperáveis, onde 12 a 18 meses dificilmente serão suficientes para obter o retorno do investimento. No caso de empresas que podem se tornar mais eficientes com o tempo, a regra também não criaria nenhum incentivo significativo, uma vez que o mercado de capitais poderia precificar o capital necessário para que ela pudesse sobreviver a reações da incumbente até se tornar mais eficiente. Assim, a regra de Edlin apenas substituiria o financiamento voluntário e eficiente do mercado de capitais pelo financiamento obrigatório dos consumidores na forma de preços mais altos. Por fim, no caso de empresas mais eficientes, a regra teria ainda menos serventia, uma vez que estes entrariam no mercado de qualquer modo, independentemente da existência da regra ou não.⁵⁵

E mesmo os efeitos “*ex-ex-ante*” propostos tampouco se realizariam, uma vez que, se a incumbente previr que poderá expulsar a entrante do mercado, terá incentivos para aumentar seus preços e acelerar o fim da aplicação da regra. Caso esta tenha ciência de que a entrante é financiada pelo mercado de capitais e possui *deep pockets*, muito provavelmente acomodará esta no mercado passando a um equilíbrio oligopolístico, ao invés de sacrificar fluxo de caixa presente e certo por um fluxo de caixa futuro e duvidoso. Não obstante, deve-se mencionar que a regra criaria sim outro efeito “*ex-ex-ante*”, que seria o de lançar sérias dúvidas a qualquer empresa que esteja pensando em investir em pesquisa e desenvolvimento para criar um produto novo ou aprimorar o já existente na busca de um monopólio.⁵⁶ No caso da indústria aérea especificamente, os efeitos “*ex-ex-ante*” limitariam a busca de muitas vantagens percebidas como positivas por consumidores tais como voos diários frequentes, voos de conexão disponíveis e uma marca reconhecida pela segurança e qualidade.⁵⁷

Segundo Einer, essa relação entre a teoria de predação estratégica acima do custo e o setor aéreo teria em sua raiz a frustração de alguns acadêmicos com a aplicação da teoria de mercado contestável nessa indústria.⁵⁸

⁵⁵ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 50-69.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Id., p. 69-77.

Este setor, que era frequentemente citado como um exemplo de mercado contestável em razão de sua mobilidade de ativos, acabou não apresentando a evolução concorrencial – em intensidade e velocidade – esperada após a desregulamentação. Considerando que a contestabilidade do mercado foi uma das razões justificadoras para as reformas promovidas nas décadas passadas, acadêmicos procuraram explicações alternativas para o fenômeno, tendo encontrado nas teorias de predação estratégica uma boa hipótese para tal comportamento de mercado.

No entanto, observa-se que a verdadeira razão pela qual a teoria de mercados contestáveis falhou no setor aéreo não seria em razão de questões anticoncorrenciais, mas sim por uma premissa equivocada de que os mercados relevantes seriam determinados por rotas individuais entre cidades, não incorporando os efeitos do advento do sistema *hub and spoke* para organização do tráfego aéreo. Isso porque, nesse sistema, passageiros com diferentes itinerários estariam sendo combinados no mesmo voo, provocando a distribuição dos preços e custos com base na rede como um todo, e não apenas em rotas individuais. Assim, os preços dos bilhetes no voo de um hub A para uma cidade *spoke* B não refletiriam apenas a demanda para este trecho, mas também a demanda entre o *spoke* B e outras cidades. Além disso, considerando que passageiros em voos diretos extraem mais valor da rede do que passageiros que precisam fazer conexão, faria sentido a cobrança de preços diferenciados entre estes para cobrir os significativos gastos envolvidos na construção de uma rede *hub and spoke*, tais como investimento em portões, *slots*, frota, manutenção, administração de bagagem, dentre outros.⁵⁹

Em razão destes gastos, a perda de uma rota tem um impacto significativo para um incumbente detentor da rede, uma vez que representa a perda de voos não apenas no trecho específico, mas também para outras cidades para as quais o trecho oferecia conexões. Isso acarreta uma transferência de pagamento para outros passageiros que podem extrair menos valor do serviço, e um desvio da relação ótima de preços, com a consequente redução da oferta total na rede. É natural, portanto, que o incumbente monopolista reduza os preços em resposta a um entrante, compensando a perda de receita em outros trechos da rede. Com a saída da entrante do mercado, a incumbente poderia, então, retomar o patamar de preços maximizador de oferta para o sistema *hub and spoke*. Segundo Elhauge “the observed pattern of single route entry, reactive above-cost price

⁵⁹ Id.

cuts by hub incumbents, exit by the single route entrant, and restoration of higher prices thus can be fully explained by fully competitive behavior”.⁶⁰

Este posicionamento é corroborado por Forsyth et al, para quem o poder de companhias aéreas estabelecidas não deve ser superestimado. De acordo com o autor, muitas incumbentes temem a competição com as empresas de baixo custo. As entrantes possuem custos menores e a habilidade de inserir seu serviço no mercado de tal forma que a demanda cresce de forma veloz. Assim, os incumbentes deparam-se com o seguinte dilema: caso não igualem os preços, perderão participação de mercado rapidamente. Por outro lado, se igualarem os preços, há uma grande possibilidade de que estejam ajustando tarifas abaixo de seus custos e correm o risco de serem acusadas de prática de preço predatório. Considerando a dificuldade em se reduzir os custos rapidamente, as incumbentes têm dificuldade em encontrar uma resposta às entrantes que seja viável no longo prazo e que não lhes sujeite a acusações de prática predatória. Nesse contexto, não é de se surpreender que muitas empresas decidam abrir as suas próprias subsidiárias de baixo custo para conseguir competir no mercado, apesar das evidentes dificuldades operacionais e custos transacionais criados por tal medida.⁶¹

Por fim, não bastassem todas as dificuldades conceituais e lógicas supramencionadas, faz-se necessário ressaltar que, ao contrário do que o seu proponente afirma, a regra de Edlin possui sérios problemas práticos de implementação. De fato, considerando que os preços estariam congelados, as incumbentes poderiam procurar competir aumentando a qualidade de seus produtos.

⁶⁰ Id.

⁶¹ “The strength of the position in which incumbent FSAs [Full Service Airlines] find themselves should not be overestimated. Many incumbents are afraid of competition of LCCs [Low Cost Carriers]. The latter have lower costs, and the ability to pitch their product such that demand for it grows very rapidly. The incumbents face a dilemma – if they do not match fares they lose market shares rapidly. On the other hand, if they do match fares, they are likely to be setting fares below costs (since the LCCs’ costs are lower than theirs) and they risk being found to have indulged in predatory conduct. Since it is usually very difficult for them to reduce their costs quickly, they find it difficult to choose a response to LCC entry which is both viable in the long run and not risking charges of predation. In this situation, it is not surprising that have set up their own LCC subsidiaries, in spite of the difficulties in making this work effectively”. FORSYTH, Peter et al. 2005. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing, p. xiv.

As companhias aéreas, por exemplo, poderiam procurar atrair clientes com refeições mais sofisticadas. Seria isso considerado um aumento de qualidade pela regra de Edlin? Também há dúvidas quanto à data de entrada em vigor da regra. O ponto de referência seria a data do anúncio da entrada, ou quando a companhia aérea começasse efetivamente a operar na rota? Dependendo da resposta, a proteção dos 12-18 meses pode se tornar ineficaz. Esses são apenas alguns dos problemas práticos que a regra de Edlin não soluciona.

A regra também cria problemas práticos para os tribunais. Quanto a esse aspecto, o Tribunal Antitruste Canadense ilustrou de forma clara a dificuldade relativa à análise de descontos reativos de preço e acusações de predação estratégica no caso *Director of Investigation and Research v. Tele-Direct Inc.*, onde afirmou que:

“... because of the absence of any criteria, the Tribunal is being asked by the Director to place itself in the shoes of a potential entrant with a view to assessing the credibility of the alleged ‘threat’ being issued by Tele-Direct by its responses to entry. The Tribunal must determine whether the response in the initial markets in which entry occurred was ‘overwhelmingly intense’ that an entrant would be intimidated and future entry or expansion deterred. What may seem to be a response of ‘overwhelming intensity’ to one person may not to another. It is inevitably a highly subjective exercise. Decisions by the Tribunal restricting competitive action on the grounds that the action is of overwhelming intensity would send a chilling message about competition that is, in our view, not consistent with the purpose of the Act”.⁶²

Observa-se, portanto, que além de criar incentivos negativos no mercado, a regra de Edlin também possui sérios problemas práticos de implementação. Tais fatos por si só já serviriam para lançar sérias dúvidas quanto à eficácia da regra. Não obstante, como poderá ser observado no tópico a seguir, a evidência empírica do setor torna ainda mais nebulosa a lógica da implementação de tal regra.

3. Evidências empíricas sobre o setor aéreo

Motivados por muitos dos argumentos apresentados no tópico anterior, economistas têm realizado pesquisas empíricas no setor aéreo para averiguar

⁶² *Director of Investigation and Research v. Tele-Direct Inc.*, CT-94/3 at 290-291, <http://www.ct-tc.gc.ca/english/cases.html>.

a existência ou não de comportamento predatório neste mercado. Dado o escopo do presente trabalho, a análise será limitada a alguns dos principais resultados encontrados, baseando-se no impacto destes nas teorias supramencionadas. Os dados têm como foco o mercado americano e europeu. A razão para tal é o fato de tais mercados terem sido desregulamentados mais cedo, oferecendo, portanto, um maior número de observações referentes à entrada de LCCs⁶³ do que o mercado nacional.⁶⁴ Conforme poderá ser observado, os resultados dos estudos corroboram o posicionamento de Elhauge, criando dúvidas quanto à necessidade de uma reação antitruste aos descontos reativos acima do custo.

Tomando como referência dados do Departamento de Transportes americano, Gustavo Bamberger e Dennis Carlton demonstram que o *market share* em termos de passageiros das LCCs triplicou na década de 90, passando de 7,4% em 1990 para 26,9% em 2003.⁶⁵ Essa rápida evolução de mercado já é um primeiro sinal de inconsistência com o posicionamento de parte da doutrina quanto à agressividade predatória das incumbentes. Não obstante, deve-se levar em consideração que a Southwest Airlines é uma das principais responsáveis por tal evolução, contando em 2003 com 16,8% de participação de mercado. Justamente em razão disso os autores preferiram calcular as informações relativas à empresa em separado das outras LCCs.

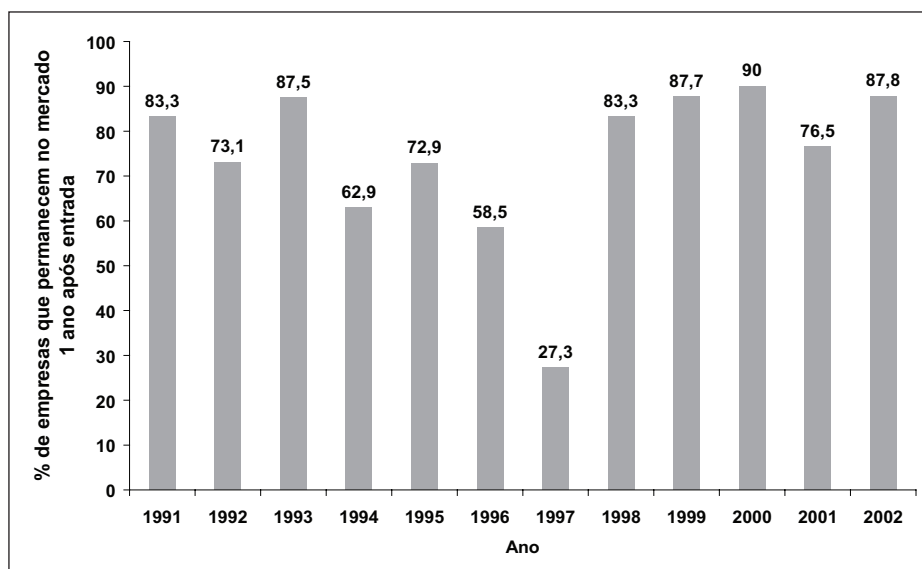
Um dos dados mais interessantes analisados no estudo são as taxas de sobrevivência à entrada de LCCs no mercado. Estes dados são importantes, pois afetam diretamente um dos fundamentos da regra de Edlin, que é a incapacidade destas empresas sobreviverem no mercado sem o auxílio de uma proteção antitruste. Os autores demonstram que a taxa de sobrevivência destas empresas para pares de aeroportos (origin and destination pairs) um ano após a entrada, sem contar a Southwest Airlines, é relativamente alta, flutuando entre 60% e 90% no período de 1991 a 2002, com a exceção de 1997, quando a taxa foi de 27%.⁶⁶

⁶³ Low-Cost Carriers.

⁶⁴ Some-se a isto a dificuldade na obtenção de tais informações referentes ao mercado nacional.

⁶⁵ BAMBERGER, Gustavo; CARLTON, Dennis W. Op. cit., p. 7.

⁶⁶ Id., p. 12.

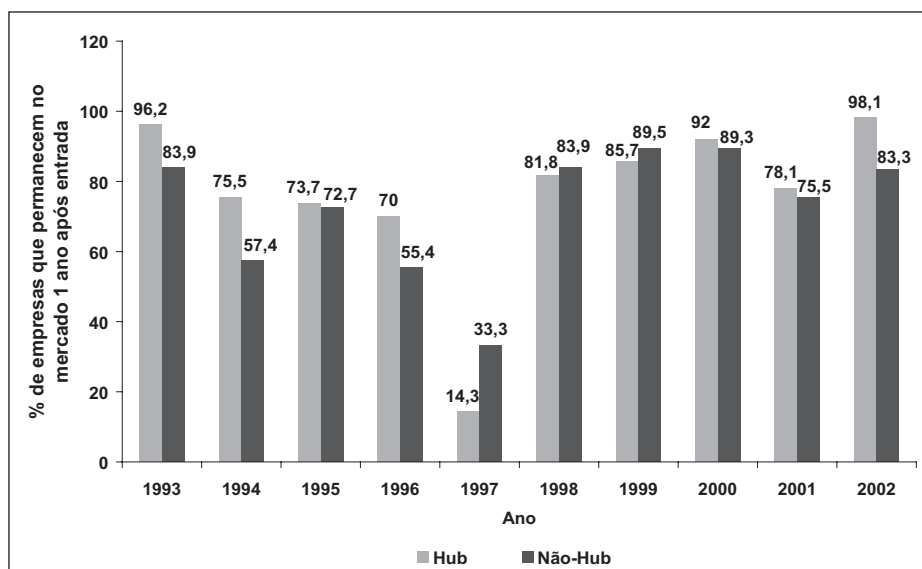


Fonte: Data Base Products, Inc. baseado em dados do Departamento de Transportes Americano.

A taxa média de sobrevivência das LLCs no período foi de 73,8%, enquanto que a taxa média de sobrevivência das *major carriers* no mesmo período foi de 76,1%. A Southwest Airlines apresentou taxa de sobrevivência superior a 83% durante todo o período observado. Esses resultados demonstram que a taxa de sobrevivência destas empresas não é baixa como Edlin sugere, e que a grande maioria consegue permanecer no mercado por pelo menos um ano sem a proteção da regra proposta.

Não obstante, deve-se lembrar que a regra de Edlin só seria aplicada em casos onde a entrada se desse num mercado dominado por um monopolista incumbente. No caso do setor aéreo, torna-se necessário observar a taxa de sobrevivência das LCCs para entradas em *hubs* dominados por uma *major carrier*. Dessa forma, os autores desagregaram os dados de taxa de sobrevivência para pares de aeroportos com pelo menos um hub dominado por uma *major carrier*, um ano após a entrada (e excluindo a Southwest Airlines):⁶⁷

⁶⁷ Id., p. 15.



Source: Data Base Products, Inc. baseado em dados do Departamento de Transportes Americano. Os anos de 1991 e 1992 não apresentaram (com exceção da Southwest Airlines) entradas de LCCs em *hubs* dominados por *major carriers*.

Constata-se novamente pelos dados apresentados que a taxa de sobrevivência das LCCs ainda é bastante alta, mesmo em *hubs* já ocupados por uma *major carrier*. Dessa forma, observa-se que o efeito prático da regra de Edlin é duvidoso, haja vista que, em média, 76% das LCCs que entraram em *hubs* no período de 1993 a 2002 sobreviveram por um ano, independentemente de uma proteção antitruste. Excluindo-se o *outlier* de 1997, a média sobe para 83%. Assim, a não ser que haja uma alteração drástica, e que a vasta maioria das LCCs seja obrigada a sair no intervalo entre 12 e 18 meses – e não há evidência alguma nesse sentido – a regra de Edlin não teria utilidade. Não obstante, muito embora ela não apresente utilidade, não será inócua, haja vista os incentivos perversos que ela criaria para os agentes de mercado, já discutidos no tópico anterior.

Com relação ao comportamento de preços no mercado, os autores analisaram as reações das *major carriers* nos casos de entrada em seus *hubs*, chegando à conclusão de que a evidência demonstra que os descontos reativos que preocupam os críticos dos comportamentos das *major carriers* são relativamente raros, e também ocorrem em resposta a entradas e saídas no mercado por outras companhias de igual ou maior porte. Dessa forma, o argumento de que a competição no mercado aéreo na década de 1990 teria

sido limitada por reações predatórias de companhias incumbentes é inconsistente com as evidências empíricas encontradas.⁶⁸

Os resultados encontrados pelos autores são corroborados pelos trabalhos de outros economistas. Kai Hüschelrath⁶⁹ cita o trabalho de Lin et al,⁷⁰ onde foram investigadas as reações dos incumbentes em 889 entradas no mercado no período de 1991 a 1997. Baseando-se nessa amostra, os autores não encontram evidência de que incumbentes respondam mais agressivamente a LCCs do que outras companhias aéreas. De fato, eles encontram evidência de que incumbentes reservam seus maiores cortes de preço para entrantes de maior porte, com custos maiores. Além disso, os dados demonstram que, mesmo que o entrante seja forçado a sair do mercado, os preços não retornam ao patamar pré-entrada.

Nessa mesma linha, também é mencionado o estudo de Ito e Lee,⁷¹ onde foram analisados 370 casos de entradas de LLCs em *hubs* no período de 1991 a 2002, das quais apenas 89 foram mal sucedidas. De acordo com o estudo, os entrantes seriam mais agressivos que os incumbentes com relação a reduções de preço e incrementos de capacidade. Em comparação com os níveis pré-entrada, as LCCs em média introduziram 32,7% mais capacidade e reduziram os preços em 49,5%. A resposta média das incumbentes foi um incremento de 4% de capacidade e redução dos preços em 15,1%. Além disso, 38% dos incumbentes não alteraram sua capacidade ou preço após a entrada. Em apenas 8% dos casos as incumbentes adicionaram mais capacidade (assentos) que as LCCs. Por fim, o estudo também demonstra que as características de entradas mal sucedidas divergem das bem sucedidas. Entrantes que fracassaram tipicamente adicionaram menos capacidade e ofereceram maiores cortes de preço do que as entrantes bem sucedidas. A resposta da

⁶⁸ “The evidence shows that the type of fare responses that concern critics of ‘*major carriers*’ pricing practices are relatively rare, and also occur in response to entry and exit by *major carriers*. Thus, the claim that competition in the airline industry was ‘chilled’ in the mid-1990s because *major carriers* systematically charged predatory prices is inconsistent with the empirical evidence”. BAMBERGER, Gustavo; CARLTON, Dennis W. Op cit., p. 22.

⁶⁹ HÜSCHEL RATH, Kai. Op. cit., p.12.

⁷⁰ LIN, Jiun-Sheng; DRESNER, Martin; WINDLE, Robert. 2002. Determinants of price reactions to entry in the U.S. Airline Industry, *Transportation Journal*, v. 41, 5-22.

⁷¹ ITO, Harumi; LEE, Darin. 2003. Incumbent responses to lower cost entry: evidence from the U.S. Airline Industry. Brown University, Working Paper 2003-22, <http://ideas.repec.org/p/bro/econwp/2003-22.html>.

incumbente aparentemente não exerce grande influência no resultado final. De fato, o incremento de capacidade das incumbentes é ligeiramente menor nos casos de entrada mal-sucedida (3,5%), do que em casos de entrada bem sucedida (4,5%). Os resultados são apoiados por regressões que mostram que o preço e a capacidade da incumbente não têm efeitos estatísticos significantes na probabilidade de saída de uma LCC de um hub.⁷²

Por fim, deve-se mencionar o interessante trabalho de Mirko Schnell, que realizou uma pesquisa a respeito da percepção das barreiras à entrada pelos executivos do setor aéreo. O autor entrevistou executivos de 39 empresas aéreas situadas na Europa, questionando a respeito da existência, efetividade e influência de barreiras à entrada nas decisões de negócio de cada uma dessas empresas. Pode-se observar abaixo uma compilação com os resultados que mais interessam a este trabalho.⁷³

Dificuldade	Percebida como uma dificuldade	Não Efetiva (-1)	Indiferente (0)	Efetiva (+1)	Muito Efetiva (+2)	Absolu-tamente Efetiva (+3)
Rota pretendida é um spoke do sistema hub and spoke do seu concorrente	16%	5%	11%	27%	35%	5%
O custo variável total da sua empresa na nova rota é maior do que custo variável total presumido do(s) seu(s) competidor(es)	24%	5%	18%	16%	24%	13%
Há possibilidade de os competidores reagirem à entrada de sua empresa através de preços e/ou aumento de capacidade em outras rotas onde a sua empresa atua	5%	0%	42%	32%	18%	3%
Após a entrada de sua empresa no mercado, competidores podem reduzir os preços a valores baixos e não atrativos para sua companhia	3%	3%	18%	45%	29%	3%

⁷² LALL, Ashish. 2005. Predatory pricing: still a rare occurrence? In: FORSYTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*, Ashgate Publishing, p. 52-53.

⁷³ SCHNELL, Mirko C.A. Op. cit., p. 258-259.

Observa-se pelos dados apresentados que, de acordo com as companhias aéreas, a reação dos incumbentes à entrada não é um obstáculo intransponível, tal como alguns doutrinadores sugerem. Os executivos consideram a redução de preços dos concorrentes em reação à entrada como uma barreira, mas apenas 3% dos entrevistados consideram esta uma barreira “absolutamente efetiva”. Considerando que estas reações são um dos pilares para as propostas de intervenção antitruste na área, os resultados lançam dúvidas quanto à magnitude do problema alegado. Na verdade, os executivos parecem encarar tais reações apenas como um comportamento típico de mercado, considerando que, muito embora isto dificulte a entrada de algumas empresas, não chega a inviabilizar a entrada de empresas realmente eficientes.

Por fim, deve-se mencionar como uma última evidência a respeito do assunto a própria evolução dos lucros das companhias aéreas. Como Elhauge afirma, “the non-monopoly explanation is more consistent with the empirical evidence that the airline industry has not only failed to enjoy monopoly profits, but has been unable to sustain even a competitive rate of return for any five year period since deregulation”.⁷⁴ Nesse mesmo sentido, Lall também mostra que companhias aéreas nos Estados Unidos não têm apresentado taxas anormais de retorno. De fato, o retorno econômico médio no período de 1978 a 1996 foi semelhante ao de indústrias de commodities, tal como o aço.⁷⁵ Isso é corroborado pela evolução recente de mercado, evidenciando as grandes dificuldades financeiras pelas quais muitas empresas aéreas têm passado. Essas evidências são incompatíveis com a dimensão do poder de mercado sugerido por alguns doutrinadores; indicando, portanto, que tais conceitos merecem ser repensados.

Conforme dito, o escopo do trabalho é limitado, não sendo possível realizar uma análise abrangente e exaustiva das evidências empíricas no setor aéreo. Não obstante, pode-se observar pelos dados apresentados que estes servem para lançar fortes dúvidas quanto à utilidade de uma regra como a proposta por Edlin. Aliando-se estas evidências empíricas às considerações acerca da racionalidade estratégica e os incentivos que ela cria para os agentes de mercado, os questionamentos à regra proposta intensificam-se ainda mais.

⁷⁴ ELHAUGE, Einer. Op. cit., p. 74.

⁷⁵ LALL, Ashish. Op. cit., p. 49.

4. Conclusão

O presente trabalho procurou analisar o mérito das acusações de predação estratégica no setor aéreo. Nesse sentido, foram observadas algumas das principais características do setor, os principais posicionamentos doutrinários, bem como evidências empíricas.

A análise doutrinária e as evidências empíricas sugerem que, muito embora companhias aéreas já estabelecidas no mercado possam estar respondendo à entrada de LCCs com expansão de capacidade ou redução de preços, esse fenômeno não tem a amplitude e intensidade que alguns doutrinadores procuram sugerir, e tampouco é evidência per se de comportamento anticoncorrencial. Pelo contrário, o comportamento das incumbentes pode ser explicado pela concorrência entre os agentes do mercado.

Além disso, a análise doutrinária demonstra que, mesmo que se admita um problema com os descontos reativos apresentados por incumbentes, as soluções propostas por acadêmicos como Williamson, Baumol, e mais recentemente Edlin, não parecem ser a melhor forma para enfrentar a situação. Isto porque, além de não haver evidências de que tal intervenção seja realmente necessária, esta cria incentivos perversos variados para os agentes econômicos no mercado.

Assim, da forma como foi proposta, a regra de Edlin conduz a uma nova regulamentação do setor, caminhando no sentido diametralmente oposto ao movimento da década de 70 nos Estados Unidos e década de 90 no Brasil, cujo objetivo foi justamente o de desregulamentar a indústria aérea.

O presente estudo não teve como foco a análise da indústria de um país específico. Muito embora os dados apresentados tenham sido obtidos nos Estados Unidos e Europa, a lógica dos argumentos apresentados e a consistência das evidências apresentadas podem ser estendidas a outros países, dentre os quais encontra-se o Brasil. Caso se confirme a tendência de entrada de companhias de baixo custo no país, tal como demonstrado pela entrada da WebJet em 2005 e a entrada da Jetblue neste ano, é bastante provável que os questionamentos a respeito da atuação de companhias já estabelecidas como GOL e TAM intensifiquem-se ainda mais. Nesse sentido, espera-se que o estudo aqui empreendido ofereça subsídios para a análise de tal fenômeno na indústria nacional face às experiências e conhecimento acumulados pela investigação de tal conduta no exterior.

Bibliografia

- BAMBERGER, Gustavo E.; Dennis W. Carlton, 2006. Predation and the entry and exit of low-fare carriers. In: LEE, Darin (ed.). *Competition policy and antitrust*. Elsevier.
- BUNDESKARTELLAMT. 2002. Beschluss im Verwaltungsverfahren gegen Deutsche Lufthansa AG, Köln, von 18.2.2002, Geschäftszeichen: B9-144/01, <http://www.bundekartellamt.bund.de>.
- DEPARTMENT OF TRANSPORTATION. 2001. Enforcement policy regarding unfair exclusionary conduct in the air transport industry – Findings and conclusions on the economic, Policy and Legal Issues, Docket AST-98-3713, Washington, <http://ostpxweb.dot.gov/aviation/domestic-competition>.
- EASTERBROOK, Frank H. 1981. Predatory strategies and counterstrategies, 48 U.Chi. L. Rev. 263.
- EDLIN, Aaron S. 2002a. Stopping above-cost predatory pricing. *Yale Law Journal*, http://works.bepress.com/aaron_edlin/18.
- EDLIN, Aaron S.; FARRELL Joseph. 2002b. The American Airlines case: a chance to clarify predation policy, *Competition Policy Center*. Paper CPC02-033, <http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC02-033>.
- ELHAUGE, Einer. 2003. Why above-cost price cuts to drive out entrants do not signal predation or even market power – And the implications for defining costs, *Yale Law Journal*, v. 112, n. 4, pp. 681-827.
- EWALD, Christian. 2005. Predatory Pricing in the Airline Industry as a Challenge to Competition Law Enforcement – An assessment of the current legal practice in the U.S. and Germany. In.: FORSUTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing.
- FERREIRA, Natália Santos; OLIVEIRA, Alessandro Vinícius Marques de. 2007. Discussão das abordagens teóricas na investigação de práticas de concorrência predatória no transporte aéreo. Documento de trabalho n. 020/2006 do Núcleo de Estudos em Competição e Regulação do Transporte Aéreo do Instituto Tecnológico de Aeronáutica (NECTAR-ITA), <http://www.nectar.ita.br/dt020.pdf>.
- FORSYTH, Peter; GILLEN, David W.; MAYER, Otto G.; NIEMEIER, Hans-Martin. 2005. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*, Ashgate Publishing.
- HOVENKAMP, Herbert. 2005. *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. 3. ed. Thomson West, p. 341.

- HÜSCHEL RATH, Kai. 2005. Strategic behavior of incumbents – Rationality, Welfare and Antitrust Policy. In.: FORSUTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*. Ashgate Publishing.
- Ito, Harumi; LEE, Darin. 2003. Incumbent responses to lower cost entry: evidence from the U.S. Airline Industry. Brown University, Working Paper 2003-22, <http://ideas.repec.org/p/bro/econwp/2003-22.html>.
- LALL, Ashish. 2005. Predatory pricing: still a rare occurrence? In: FORSUTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*, Ashgate Publishing.
- LANDES, William M. et al. 1983. On the resignation of Ronald H. Coase, *Journal of Law and Economics*, v. 26.
- LIN, Jiun-Sheng; DRESNER, Martin ; WINDLE, Robert. 2002. Determinants of Price Reactions to Entry in the U.S. Airline Industry, *Transportation Journal*, v. 41, 5-22.
- Memorandum of the United States, U.S. v. AMR, n. 99-1180-JTM, <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f4800/4859.htm> (november 27, 2007).
- ROCHA, Bolívar Moura; TAVARES, M. P. 2003. Crise, concorrência e regulação no transporte aéreo doméstico brasileiro. In: MOURA ROCHA, Bolívar (org.). *A regulação da infraestrutura no Brasil – Balanço e propostas*. São Paulo: IOB-Thomson.
- SCHNELL, Mirko C.A. 2005. Investigating airline managers' perception of route entry barriers: a questionnaire-based approach. In: FORSYTH, Peter et al. *Competition versus predation in aviation markets – A survey of experience in North America, Europe and Australia*, Ashgate Publishing.
- SPENCE, Michael. 1981. Competition, entry and antitrust policy. In: SALOP, Steven C. (ed.). *Strategy, predation and antitrust policy*. Washington D.C.
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1998. Airline Competition – Barriers to Entry Continue in Some Domestic Markets. Testimony before the Subcommittee on Transportation, U.S. Senate, <http://www.gao.gov/archive/1998/rc98112t.pdf>.

INTERAÇÃO ENTRE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SETOR BANCÁRIO E O TRATAMENTO DAS REESTRUTURAÇÕES COMPULSÓRIAS ORDENADAS PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Glauco Alves Martins

1. Introdução: o panorama do setor bancário na década de 90

A regulação exercida pela autoridade monetária brasileira sobre o sistema financeiro nacional na última década caracterizou-se fundamentalmente pela introdução de grandes mudanças institucionais, visando não só ao reforço das medidas de segurança do crédito e proteção ao depositante, mas também à facilitação da incorporação e fusão de instituições financeiras.¹ Esse último conjunto de medidas foi justificado, em parte, pela necessidade de se evitar um surto de insolvências nas instituições financeiras de menor porte, especialmente após a implantação do Plano Real.² Os efeitos dessa política são verificados na acentuada queda do número total de bancos após 1994, caindo de 273 para 233 em 2000.

Entretanto, a reestruturação do setor bancário também se deu – embora em menor grau – por força da ação do Banco Central do Brasil (“Bacen”) no exercício da chamada regulação sistêmica, por meio da decretação dos regimes especiais previstos na Lei 6.024, de 13 de março de 1974 (intervenção) e no Decreto 2.321, de 25 de fevereiro de 1987 (regime de administração especial temporária – “RAET”), bem como ordenando a reorganização socie-

¹ Para uma exposição detalhada das principais mudanças institucionais implementadas pelo Banco Central Brasil na década de 90, cf. G. Oliveira, Defesa da concorrência e regulação no setor bancário, in: C. F. Campilongo et al. (coord.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 163 e ss.

² Os principais instrumentos de introdução das mudanças institucionais aqui comentadas são os seguintes: Medida Provisória 1179/95, que criou incentivos fiscais para a incorporação de instituições financeiras; Resolução Bacen 2212/95, que dificultou a constituição de novas instituições financeiras e criou incentivos para a fusão incorporação e transferência de controle acionário; e Resolução 2211/95, que regulamentou o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) em caso de insolvência da instituição financeiras.

tária compulsória ou a alienação de controle de instituições financeiras, com supedâneo na Lei 9.447, de 14 de março de 1997. De fato, desde 1994, foram promovidos ajustes diversos em mais de 100 instituições financeiras, incluindo incorporação, alienação do poder de controle ou venda de ativos.³

A alta concentração no setor bancário resultante dessa política implantada pela autoridade monetária, de um lado, é justificada por alguns pela suposta necessidade de criação de um ambiente de estabilidade e competição no setor, inclusive mediante o incentivo ao crescimento do número de bancos com controle estrangeiro. Frequentemente invoca-se como justificativa também a maior resistência a choques externos apresentada hoje pelas instituições componentes do sistema financeiro nacional.⁴

Entretanto, é inegável que o setor bancário apresenta hoje um alto grau de concentração. Esse processo verificado ao longo da década de 90 se deu praticamente sem participação ou controle por parte por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), restando todo o processo concentrado nas mãos da autoridade dotada do poder regulador. Diante disso, surgiram no início dessa década sérios questionamentos no âmbito do Cade relacionados ao modelo institucional vigente no Brasil no tocante à interação entre a autoridade antitruste e o órgão responsável pela regulação do setor bancário. A questão experimentou seu ápice com a apresentação de parecer por parte da Advocacia Geral da União que se propôs a analisar a matéria. Tal parecer foi posteriormente acolhido pelo Presidente da República. Muito embora o estudo em questão tenha se limitado a analisar a questão do ponto de vista formal das competências legalmente conferidas ao Cade e ao Bacen, ele teve o condão de suscitar debates com relação ao modelo institucional mais adequado. Como resultado disso, dois projetos de lei complementar bastante distintos tramitam hoje perante o Congresso Nacional, ambos visando a definir um novo modelo institucional das interações entre o Bacen e o Cade quando da apreciação e aprovação de atos de concentração no setor bancário.

Por outro lado, o poder atribuído ao Bacen de determinar compulsoriamente modificações na estrutura das instituições financeiras a fim de preservar a higidez do sistema e prevenir a ocorrência de risco sistêmico poderia levar a criação de estruturas cuja implementação dependeria, em tese, da aprovação da autoridade antitruste, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94. Trata-se de

³ Cf. G. Oliveira, *Defesa da concorrência...* cit., p. 163.

⁴ *Idem*, p. 168.

uma hipótese em que as estruturas são criadas e definidas segundo o juízo técnico do Bacen quando promove a reorganização artificial no mercado, dando ensejo a atos de concentração praticados no âmbito dos regimes especiais aplicáveis às instituições financeiras com dificuldades de solvência (intervenção e Raet) ou com fulcro na Lei 9.447/97.

Assim é que, motivado pelos recentes debates relacionados a essa matéria, o objetivo do presente trabalho é buscar compreender o modelo institucional atualmente vigente em nosso ordenamento, para que se responda, ao final se e quando a autoridade antitruste tem o dever de apreciar e aprovar atos de concentração ordenados pelo Bacen nessas condições especiais.

Classificação do setor regulado. A ação do Banco Central do Brasil na década de 90 e a conciliação dos objetivos de garantia de higidez e concorrência

Considerando-se as hipóteses de regulação que encontram seu fundamento em princípios concorrenciais, a doutrina considera que é possível realizar uma classificação dos setores regulados em dois grupos, de acordo com os problemas que a regulação se propõe a resolver em cada setor econômico específico.⁵ O primeiro grupo abrange os chamados mercados dominados, em que se busca a regulação das posições dominantes existentes em razão de condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência de forma natural. Já o segundo grupo compreende setores em que as condições estruturais não impedem a criação da concorrência, mas fazem com que essa se torne instável. Nesses casos, por diversos motivos de ordem pública, o Estado opta por controlar rigidamente a entrada e a permanência no setor, estabelecendo condições para o desempenho da atividade econômica no setor e ditando regras de comportamento. Esse rígido controle é justificado fundamentalmente pela necessidade de se garantir a higidez e segurança nos setores que apresentam essas características, dentre os quais se encontra o setor bancário.

De acordo com C. Salomão Filho, a atuação do Estado visando a garantir a segurança e a higidez nesses setores cria condições propícias à formação

⁵ A classificação aqui invocada é de C. Salomão Filho (*Regulação da atividade econômica – Princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 41 e ss.). Na busca de uma solução plausível para a questão do tratamento concorrencial das reestruturações compulsórias ordenadas pela autoridade monetária nacional, tomou-se como norte alguns dos problemas específicos do setor bancário apontados pelo mencionado autor.

de posições dominantes.⁶ Essa afirmação pode ser confirmada com especial facilidade no setor bancário brasileiro a partir de duas observações: de um lado, o Estado, ao controlar a entrada de potenciais concorrentes acaba por proteger o setor da concorrência. Além disso, sob a alegação de se garantir a segurança tanto dos poupadores individuais, quanto do sistema como um todo, a autoridade reguladora cria condições institucionais facilitadoras da permanência de instituições de grande porte e dotadas de solidez.⁷ Argumenta-se que nesses setores, por vezes, a concentração empresarial é a única alternativa que resta à autoridade reguladora para garantir a segurança do sistema.

Se nesses setores a atuação da autoridade reguladora em momentos de crise implica a imposição de reestruturações capazes de acarretar a formação de posições dominantes no mercado, claro está que o grande desafio da autoridade reguladora e do órgão de defesa da concorrência nesse caso é buscar a adequada conciliação entre a garantia de segurança e hígidez de sistema e a livre concorrência. No caso brasileiro, as últimas ações institucionais da autoridade reguladora do setor bancário demonstram a inexistência de qualquer compromisso com o estabelecimento de um ambiente competitivo – o que, em última análise, prejudica a própria segurança do sistema, já que a própria garantia de hígidez requer a presença de concorrência.

Isso porque é bastante questionável a afirmação simplista de que a concentração no setor bancário reduz necessariamente o risco sistêmico, por evitar a quebra de instituições mais frágeis.⁸ Vale lembrar que essa solução

⁶ “Essa regulamentação visa a garantir a hígidez e segurança do mercado. Esse é o fundamento das regras de controle. O problema é que essa garantia de segurança cria normalmente, por si só, condições propícias à formação de posições dominantes. Limitado o acesso, protegido estará o setor da concorrência externa.” (C. Salomão Filho, *Regulação...* cit., p. 47).

⁷ A atuação da autoridade reguladora do sistema financeiro nacional na década de 90 é uma prova de como a regulação nesses mercados pode criar condições propícias para a formação de posições dominantes: de um lado, o Bacen incentivou ao máximo a concentração no setor, criando incentivos fiscais e de outra natureza para a fusão, incorporação ou aquisição do controle de instituições financeiras; por outro lado, o art. 5.º da Lei 9.447/97 deu ao Bacen o amplo poder de determinar mudanças estruturais às instituições com dificuldades de solvência, sendo isso possível antes mesmo da adoção do regime de invenção ou de administração especial temporária, desde que necessário para “assegurar a normalidade da economia pública e resguardar o interesse dos depositantes, investidores e demais credores”.

⁸ Rejeitando posicionamentos extremados e simplistas na matéria, G. Oliveira pondera que “uma política sistemática de estímulo à concentração bancária de forma a evitar

ordenada pela autoridade monetária representa uma reorganização artificial do mercado, ou seja uma, uma solução para as crises de insolvência obtida fora dele, o que, em determinados casos, pode não surtir o efeito buscado pela autoridade reguladora. Portanto, ainda que se trate de uma solução imposta em meio a uma crise de insolvência, as concentrações bancárias não implicam necessariamente efeitos benéficos no tocante ao controle do risco sistêmico. Mais à frente, destacaremos que tais concentrações podem eventualmente gerar efeitos negativos também em relação aos depositantes – justamente um dos grupos a que se visa proteger com as medidas de proteção sistêmica.

Portanto, as particularidades da ação regulatória nos setores de acesso e permanência controlados – dentre os quais se encontra o setor bancário – são especialmente relevantes para se definir de que forma de que forma deve se dar a interação entre a autoridade reguladora e órgão antitruste. Conforme se constatará ao final desse trabalho, a adequada classificação do setor regulado e a compreensão dos motivos que levam a sua regulação pelo Estado também são relevantes para se entenda de que forma as autoridades antitruste devem encarar as reestruturações determinadas pelo Bacen com o intuito de prevenir o risco sistêmico em instantes de crise.

2. Interação entre autoridades reguladora e antitruste no setor bancário

a. Os modelos institucionais de interação entre a autoridade de defesa da concorrência e o órgão regulador do sistema financeiro

Uma questão que precede à análise do cerne desse trabalho seria qual o modelo institucional de interação entre autoridade concorrencial e reguladora que vige atualmente em nosso ordenamento, tendo em vista especificamente o setor bancário. A partir da compreensão do desenho institucional vigente e de quais seriam desejáveis, será possível concluir qual a solução adequada para o problema cuja análise nos propusemos a realizar.

Conforme estudo realizado pela OCDE,⁹ é possível uma multiplicidade de arranjos institucionais entre agência reguladora do setor bancário e

a quebra de instituições mais frágeis pode ter efeitos contrários aos desejados, na medida em que sinaliza uma solução fora do mercado para crises de solvência e, conseqüentemente, estimular estratégias excessivamente arriscadas (risco moral)” (G. Oliveira, Defesa da concorrência... cit., p. 162).

⁹ Tal estudo se baseia em dados de trabalho recente do Secretariado da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) a respeito dos arranjos

autoridade antitruste, conforme determinadas funções se concentrem em um ou outro órgão. Tais funções seriam: a regulação técnica do setor (estabelecimento de normas, padrões e metas a serem buscados pelos agentes no setor regulado); a regulação econômica (definição dos preços, tarifas e quantidades a serem observados pelo agente quando do fornecimento do serviço ou produto regulado); e, por fim, a atividade de aplicação da lei concorrencial, por meio do controle das estruturas e repressão das condutas anticoncorrenciais. Levando-se em conta o exercício dessas três funções acima descritas, cinco modelos de interação entre as autoridades seriam possíveis.

O primeiro dos modelos reservaria à agência reguladora (o Banco Central, no caso do setor aqui analisado) tanto a aplicação da legislação antitruste, quando a regulação técnica e econômica do setor regulados.¹⁰ Nessa primeira hipótese, não haveria nenhum espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência no setor bancário, nem mesmo como instância revisora das decisões do órgão regulador setorial. Conforme se verá mais à frente, a Advocacia Geral da União, quando consultada a respeito de eventual conflito de competência entre o Cade e o Bacen, nitidamente entendeu que nosso ordenamento adota esse primeiro modelo que concentra todas as funções na autoridade reguladora, uma vez que concluiu que “a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre as instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o Cade”. Conquanto esse primeiro modelo tenda a representar, em tese, maior segurança para os administrados (dada a inexistência do risco de decisões conflitantes entre órgãos distintos), a verdade é que ele não prevalece ao redor do mundo (Alemanha, Espanha e Turquia seriam três exemplos de ordenamentos cujo desenho institucional se aproxima desse modelo).

institucionais existentes em diversos países entre agências de regulação do setor bancário e autoridade de defesa da concorrência (G. Oliveira, *Defesa da concorrência... cit.*, p. 151 e ss).

¹⁰ Segundo C. Salomão Filho (Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro, in: Campilongo et al. (coord.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 129), existe uma tendência internacional no sentido de se dar tratamento especializado para a concorrência no setor bancário.

Um segundo modelo possível seria o de competências concorrentes, no qual tanto a autoridade antitruste, quanto a autoridade reguladora ostentariam competência para aplicar a legislação antitruste. Se por um lado esse modelo apresentaria a vantagem de introduzir na estrutura institucional uma autoridade cuja preocupação fulcral é o controle da concorrência, independentemente das resistências que seriam representadas pela estrutura regulatória, por outro ele teria o inconveniente de burocratizar o controle da concorrência no setor regulado, além de introduzir o potencial risco de conflito entre dois órgãos dotados de função judicante na matéria concorrencial, o qual tende a ser minimizado conforme. Pode-se dizer que essa sistemática é hoje adotada em diversos países – ressalvadas algumas peculiaridades de cada ordenamento –, dentre os quais se destacam a França e os Estados Unidos.

É oportuno mencionar que tramita atualmente no Congresso Nacional um projeto de lei complementar de iniciativa do Poder Executivo que tem por objetivos introduzir um novo modelo de interação entre o Cade e o Bacen e evitar quaisquer novos conflitos de competência entre os dois órgãos. Trata-se do projeto de Lei Complementar 344/2002, o qual modifica o art. 10 da Lei 4.595/64, estabelecendo que o Bacen terá competência privativa apenas para “decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro”.¹¹ Dessa forma, se após a conclusão do exame de um caso o Bacen concluir que o ato de concentração não acarreta potencial risco sistêmico, então a análise e eventual aprovação do ato de concentração serão de responsabilidade das

¹¹ “Art. 1.º O art. 10 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 10. (...)

XIII – decidir acerca de atos de concentração entre instituições financeiras que afetem a higidez do sistema financeiro.(...)

§ 3.º No exercício da competência a que se refere o inciso XIII deste artigo, se o Banco Central do Brasil, após concluído o exame do caso, entender que o ato de concentração não afeta a higidez do sistema financeiro, encaminhará, de imediato, a matéria às autoridades responsáveis pela defesa da concorrência.’ (NR)

Art. 2.º Compete ao Banco Central do Brasil o exame dos atos de concentração e a punição das condutas lesivas à concorrência praticados por instituições financeiras anteriormente à vigência desta Lei Complementar.

Art. 3.º Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Fica revogado o § 2.º do art. 18 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964.”

autoridades encarregadas de defesa da concorrência. O arranjo institucional sugerido pelo projeto de lei em questão aproxima-se desse segundo modelo aqui comentado, ou seja, de competências concorrentes, já que tanto a autoridade antitruste quanto a reguladora teriam atribuição para exercer o controle de atos de concentração no setor, muito embora a sistemática sugerida reserve ao Cade apenas a análise dos atos de concentração que não afete a higidez do sistema financeiro. Parece-nos que a regra de divisão de atribuições sugeridas no projeto de lei em exame não seria a mais adequada, uma vez que apenas a autoridade reguladora teria o poder de decidir que casos afetam a segurança do sistema financeiro. Assim, de plano, é possível formular uma crítica relevante ao modelo proposto: como caberá ao Bacen exercer, segundo sua conveniência, o juízo acerca da existência ou não de risco sistêmico em determinada operação – e, por conseguinte, encaminhar ao Cade os atos de concentração que não impliquem risco ao sistema – eventual demora no envio do ato de concentração à autoridade concorrencial gerará grande expectativa e insegurança no mercado financeiro. Assim, o modelo sugerido, ao buscar dar a tutela adequada àquelas concentrações que possam afetar a segurança do sistema, acaba justamente por dar ensejo a situações capazes de gerar nos depositantes e investidores uma grande desconfiança, o que trará inegáveis impactos negativos para a higidez do sistema financeiro.

Um terceiro modelo de interação entre órgãos antitruste e regulador seria o das competências complementares. Nesse caso, a agência regulatória cuidaria exclusivamente da regulação técnica e econômica, enquanto que a autoridade concorrencial se encarregaria da aplicação da legislação antitruste. Em relação ao modelo de competências concorrentes, esse terceiro possível arranjo apresenta a vantagem de praticamente eliminar a possibilidade de qualquer conflito de competência entre a autoridade reguladora e a antitruste. O projeto de Lei Complementar 412/2003,¹² em trâmite atualmente perante o Senado Federal, tem por objetivo o estabelecimento de um modelo semelhante a esse, reservando a aplicação da lei antitruste somente ao Cade. De acordo com a proposição, atos de concentração que envolvessem entes do sistema financeiro nacional deveriam previamente

¹² De iniciativa do Senador Antônio Carlos Magalhães, o Projeto de Lei em questão é justificado pela inexistência de “ações satisfatórias do Banco Central do Brasil, órgão responsável pela supervisão do Sistema Financeiro Nacional, para sanar os males causados por essa falta de competição em tão importante segmento econômico”.

ser submetidos à análise e aprovação do Cade, para somente então ocorrer a análise do Bacen.¹³

Um quarto e quinto modelos seriam possíveis, embora muito raros atualmente. Assim, é possível que a legislação reserve à autoridade antitruste não somente a aplicação da legislação concorrencial, mas também a regulação técnica e econômica, caso em que a regulação se restringiria ao mínimo necessário. Por fim, é possível imaginar um modelo de total desregulamentação, em que sequer existiria a regulação de caráter técnico e econômico sobre o setor.

b. Abordagem do ponto de vista da competência constitucional e legalmente atribuída aos órgãos

Uma questão bastante discutidas nos últimos anos é o suposto conflito positivo de competência que existiria entre o Cade e o Bacen no que tange à análise e aprovação de atos de concentração que envolvam instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como para aplicar sanções contra condutas anticoncorrenciais. De um lado, o Bacen sustenta que os

¹³ “Art. 1.º A Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 45-A:

‘Art. 45-A. Compete ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica e contra a concorrência no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, nos termos estabelecidos na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994’.

§ 1.º As atribuições delegadas pela Lei 8.884, de 1994, Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda se aplicam às operações e às instituições do Sistema Financeiro Nacional.

Art. 2.º O art. 10, X, c, da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 10.

X – (...)

c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou ter alterado seu controle acionário, desde que a operação tenha sido previamente aprovada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica;

Art. 3.º Esta lei complementar entrará em vigor noventa dias após a sua publicação.

Art. 4.º Fica revogado o § 2.º do art. 18 da Lei 4.595, de 1964”.

dispositivos constitucionais e legais que tratam da matéria permitem afirmar que vigoraria no Brasil um modelo institucional que concentra na autoridade regulatória tanto a regulação de caráter econômico e técnico, quanto o controle da concorrência no setor, com total exclusão do Cade. Dessa forma, cumpriria ao Bacen não somente o controle das estruturas no setor (incluídos aí tanto os atos de concentração praticados por iniciativa das instituições, como aqueles ordenados compulsoriamente em defesa da segurança do sistema), mas também aplicar penalidades nas hipóteses de ilícitos. Tal opinião do Bacen acabou por ser confirmada pela Advocacia-Geral da União no polêmico Parecer AGU/LA-01/2001, o qual, por sua vez, foi acolhido pelo Presidente da República em 5 de abril de 2001. Posição bastante distinta é sustentada pelo Cade e pelo Ministério da Justiça, que vêm entendendo que inexistente incompatibilidade entre as Leis 4.595/64 e 8.884/84 nessa matéria, uma vez que ao Cade competiria sempre a aprovação dos atos de concentração e o julgamento de procedimentos visando a sancionar condutas, restando ao Bacen apenas a atribuição de emitir parecer sobre os atos de concentração que envolvam integrantes do sistema financeiro nacional, bem como proceder à instrução dos processos que visem à apuração de condutas anticoncorrenciais. Tendo em vista que essa discussão é relevante para o tema que nos propusemos a desenvolver, passaremos a analisar, nas linhas que seguem, os principais argumentos invocados em favor de ambos os posicionamentos. Ao final desse tópico, buscaremos indicar, unicamente com base nos fundamentos constitucionais e legais pertinentes, qual seria o arranjo institucional vigente em nosso ordenamento. A partir dessa constatação, será possível prosseguir na investigação de qual seria o tratamento correto a ser dado aos casos de reestruturações compulsórias ordenadas pelo Bacen.

O posicionamento da Procuradoria-Geral do Cade é baseado em estudo de G. Oliveira¹⁴ sobre a questão, o qual entende que as normas de conteúdo concorrencial constantes da Lei 4.595/64 (especialmente seus artigos 10, X, c e g, e 18, § 2.^o¹⁵) têm natureza de lei ordinária, e não complementar, uma

¹⁴ G. Oliveira, *Defesa da concorrência...* cit., 2002, p. 149.

¹⁵ “Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central do Brasil: (...) X – conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: (...) c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas; e (...) g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário”

“Art.18 As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. (...)”

vez que os incisos do art. 192¹⁶⁻¹⁷ da Constituição da República, ao tratar do conteúdo da lei complementar que regulamentaria o sistema financeiro nacional, não incluiu atribuições de natureza concorrencial. Ademais, o art. 173, § 4.º, da Constituição da República determina que lei ordinária reprimirá o abuso de poder econômico. Entretanto, de acordo com a opinião manifestada pela Procuradoria-Geral do Cade, não haveria incompatibilidade entre a Lei 8.884/94 e os dispositivos da Lei 4.595/64 de natureza concorrencial. Isso

§ 2.O Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, *regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras*, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (Vetado) nos termos desta Lei.”

¹⁶ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, *inclusive*, sobre:

I – a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, assegurado às instituições bancárias oficiais e privadas acesso a todos os instrumentos do mercado financeiro bancário, sendo vedada a essas instituições a participação em atividades não previstas na autorização de que trata este inciso;

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador.

III – as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições a que se referem os incisos anteriores, tendo em vista, especialmente:

a) os interesses nacionais;

b) os acordos internacionais

IV – *a organização, o funcionamento e as atribuições do Banco Central e demais instituições financeiras públicas e privadas;*

V – os requisitos para a designação de membros da diretoria do Banco Central e demais instituições financeiras, bem como seus impedimentos após o exercício do cargo;

VI – a criação de fundo ou seguro, com o objetivo de proteger a economia popular, garantindo créditos, aplicações e depósitos até determinado valor, vedada a participação de recursos da União;

VII – os critérios restritivos da transferência de poupança de regiões com renda inferior à média nacional para outras de maior desenvolvimento;

VIII – o funcionamento das cooperativas de crédito e os requisitos para que possam ter condições de operacionalidade e estruturação próprias das instituições financeiras.”

¹⁷ A redação transcrita é a que vigia antes da Emenda Constitucional 40, a qual mudou do art. 192 da Constituição da República, eliminando seus incisos.

porque¹⁸ à autoridade reguladora apenas incumbiria a emissão de parecer sobre atos de concentração que envolvam entes do sistema financeiro nacional, uma vez que somente ela seria capaz de avaliar os seus impactos no sistema quanto à sua higidez e segurança. Além disso, no que tange à apuração e repressão das condutas anticoncorrenciais, o Bacen deveria instruir os procedimentos instaurados com essa finalidade. Porém, tanto a aprovação dos atos de concentração, quanto o julgamento das condutas estariam reservados ao Cade, caracterizando, assim, um modelo institucional de competências complementares, e não concorrentes.

Já a opinião sustentada pelo Bacen acabou por ser acolhida pela Advocacia-Geral da União. Essa, sem adentrar à discussão do modelo institucional ideal de interação entre autoridade concorrencial e reguladora no setor bancário, limita-se a extrair das normas vigentes qual o modelo adotado no ordenamento brasileiro. Em primeiro lugar, os incisos do art. 192 da Constituição da República seriam meramente exemplificativos, já que toda a matéria relativa à organização e estruturação do sistema financeiro nacional deveria ser objeto de lei complementar, e não apenas aquelas constantes dos incisos desse artigo. Ainda que assim não fosse, o inciso IV do art. 192 prevê que a lei complementar estruturadora do sistema financeiro deverá também tratar das atribuições do Bacen, razão pela qual as normas de natureza concorrencial da Lei n.4.595/64 teriam eficácia de lei complementar. Ademais, com acerto, a Advocacia-Geral da União esclareceu que o fato de o art. 173, § 4.º, da Constituição impor a regulamentação da repressão ao poder econômico por meio de lei ordinária não impede que a questão receba um tratamento específico setorial em lei complementar. Nessa mesma linha de raciocínio, não é correto vislumbrar qualquer afronta à ordem constitucional na existência de normas infraconstitucionais que outorguem competência na esfera concorrencial a alguma agência reguladora, visto que a Constituição não determina que apenas o Cade ostentará competência para reprimir o abuso de poder econômico. Além disso, o fato de a Lei 9.447/97 permitir ao Bacen que ordene reestruturações societárias ou alienações de participação apenas robusteceria, no entender da AGU, a competência privativa do Bacen na matéria.¹⁹

¹⁸ Conforme se demonstrará mais à frente, a mera definição formal das competências não esclarece satisfatoriamente qual o tratamento adequado, do ponto de vista concorrencial, para a questão das reestruturações compulsórias impostas pelo Bacen.

¹⁹ Se por um lado parece claro que o legislador, ao conferir tamanho poder regulamentar ao Bacen, pretendeu de fato concentrar na agência reguladora todo o controle da concorrência no setor, por outro isso não é suficiente para que se conclua, de

Por essas razões, concluiu a Advocacia-Geral da União que o modelo institucional atualmente vigente no Brasil outorga competência privativa ao Bacen tanto para analisar e aprovar os atos de concentração no sistema financeiro nacional, quanto para regular as condições de concorrência no setor e aplicar penalidades.

De fato, considerando apenas a questão da existência de competência formal (e deixando de lado, apenas por ora, qualquer consideração relacionada ao efetivo exercício desse poder regulamentar, ou mesmo à existência de capacidade técnica e conhecimento do mercado por parte de agência reguladora), parece que realmente existem dispositivos constitucionais e legais que obrigam a autoridade encarregada da regulação do setor bancário a levar em consideração os seus efeitos sobre o mercado. Sob esse ponto de vista formal, portanto, assistiria razão ao polêmico parecer apresentado pela Advocacia-Geral da União.

Não obstante a clara resistência manifestada pelo Cade em algumas oportunidades,²⁰ esse posicionamento, ao que tudo indica, encontra respaldo na doutrina que já se dedicou à análise dessa matéria à luz do parecer apresentado pela AGU. De acordo com R. Sztajn e M. P. de Almeida Salles,²¹ o sistema financeiro não teria as mesmas características de outros setores regulados da economia, razão pela qual o Bacen teria competência exclusiva para fixar as regras que garantam a higidez do sistema. Em seu entender, como em qualquer ato de concentração entre instituições financeiras há sempre a possibilidade de risco sistêmico, e como a preservação da segurança no sistema

plano, pela imunidade dessas reestruturações à ação do Cade. Essa constatação, aparentemente contraditória, é plenamente justificada pela aplicação do critério das imunidades implícitas ao setor bancário no Brasil, como se comprovará mais à frente.

- ²⁰ Um precedente que bem ilustra essa resistência ao parecer oferecido pela AGU é o caso Finasa Seguradora (Ato de Concentração 08012.006762/2000-09). Naquela oportunidade, cinco conselheiros declararam que o parecer da AGU não vincula o Cade, razão pela qual consignaram suas opiniões pessoais de que o Cade ostenta competência para análise do ato de concentração, sem prejuízo de um maior entrelaçamento institucional entre os dois órgãos.
- ²¹ Os autores concluem que nas hipóteses de concentrações originadas da proteção contra o risco sistêmico, a autoridade concorrencial abdica naturalmente de qualquer pretensão de análise do ato de concentração. (R. Sztajn e M. P. Almeida Salles, *Regulação e concorrência no sistema financeiro*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 123/57).

financeiro deve se sobrepor a qualquer outra presunção de falhas de mercado, então a competência do Bacen na matéria deve ser considerada absoluta. A prioridade na defesa da segurança do sistema explicaria porque, no entender dos autores,²² o Cade não ostenta competência para rever e muito menos desaprovar uma operação de concentração determinada pelo Bacen.²³

Nesse ponto, é pertinente retomar a ressalva que se fez atrás com relação ao efetivo exercício do poder outorgado à autoridade reguladora para disciplinar as condições de concorrência no setor bancário. De acordo com C. Salomão Filho, a questão de se determinar as formas de convivência entre dispositivos regulamentares e direito antitruste “não pode e não deve limitar-se a aspectos formais de definições de competência, que não são capazes de avaliar a efetividade de atuação do órgão”.²⁴ Consoante se des-

²² Não se trata, a rigor de ignorar a tutela da concorrência a fim de priorizar a segurança do sistema financeiro. Na realidade, os impactos das concentrações bancárias sobre o mercado são indissociáveis do objetivo de manutenção de higidez do sistema. Essa é a razão pela qual, em nosso entender, essa explicação, conquanto pertinente, não é suficiente para justificar, per se, a competência exclusiva do Bacen na matéria.

²³ Entendimento semelhante é sustentado por J. Saddi, o qual, no entanto, admite que em certas situações (v.g., quando a operação terá claros efeitos sobre o consumidor) o Cade deve opinar: “por algumas razões, é o Banco Central que deve manter sob seu controle a aprovação de toda e qualquer atividade no mercado financeiro. Além de ser especializado na tarefa, atos de concentração no mercado financeiro podem ter implicações na política monetária, na ampliação dos riscos sistêmicos e nos parâmetros de fiscalização. A política monetária influencia o volume de moeda e contribui para as decisões de uso dos instrumentos da política monetária, e é de bom alvitre que o Banco Central tenha sob suas rédeas novos multiplicadores de crédito. Por administração dos riscos sistêmicos, a tese de que um banco não pode se tornar too big to fail, ou seja, grande demais para ficar insolvente, tornando previsível o auxílio do erário a fim de evitar o efeito dominó — a quebra de um banco, afetando todo o mercado financeiro. Finalmente, é a fiscalização das instituições financeiras responsabilidade do Banco Central (e não do Cade), para atuar de maneira preventiva analisando a conduta das instituições, vigiando o obediência às normas cujo propósito é garantir a estabilidade do sistema bancário. Essas normas incluem matéria que dispõe sobre restrições no balanço (imposição sobre determinados tipos de ativos, exigibilidades sobre certas contas de passivo, etc.), capital mínimo que os bancos devem apresentar e depósitos compulsórios que devem ser mantidos como reservas no Banco Central”. (J. Saddi, *Concentração no Sistema Financeiro Nacional*, *Revista de Direito Econômico (Cade)* 26/52, ago-dez. 1997).

²⁴ C. Salomão Filho, *Regulação...* cit., p. 144. Em outra oportunidade (*Direito concorrencial – As estruturas*, 2.ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 231), o autor, mantendo a relevante ressalva quanto à efetividade de atuação do órgão, afirmou que, do ponto

tacará mais adiante, essa ressalva é de inegável relevância para o deslinde adequado da questão.

3. Reestruturações compulsórias ordenadas pela autoridade reguladora e controle da concorrência

a. Regulação sistêmica e reestruturação

A exploração da atividade bancária está sempre envolvida com um potencial risco decorrente do fato de que a maioria dos recursos movimentados pela empresa é de propriedade de terceiros. Isso explica, em parte, as peculiaridades da atividade reguladora que é exercida no setor bancário. De fato, os bancos exigem atenção especial não apenas pela sua importância enquanto guardião de recursos da sociedade e emprestadores capazes de gerar maior produção e consumo, mas principalmente pela sua vulnerabilidade às ações dos depositantes, especialmente quando são disseminados boatos acerca das dificuldades de solvência de uma determinada instituição. Isso é especialmente comum em processos de negociação visando à alienação do controle ou mesmo à incorporação de uma instituição financeira. A situação é tanto mais crítica quanto mais demorado ou incerto o procedimento de aprovação por parte da autoridade concorrencial e/ou reguladora.²⁵

O risco constante de que possa se instaurar uma crise generalizada de confiança no sistema – o que levaria, conseqüentemente, a uma acentuada e repentina corrida ao caixa das instituições – obriga a autoridade reguladora do setor bancário a fixar parâmetros bem rígidos para o exercício da atividade bancária, tudo a fim de preservar as instituições de eventuais riscos decorrentes de crises de confiança. Essa regulação exercida pelo Bacen em caráter preventivo costuma ser designada regulação prudencial e é exercida por meio de diversos instrumentos, como a exigência de provisionamento de créditos não realizados, aumento compulsório dos fundos próprios do banco, instituição de mecanismos de proteção dos depósitos, além da própria atuação do Bacen como prestador de última instância.²⁶

de vista meramente formal, a agência reguladora do setor bancário estaria, em tese, autorizada a disciplinar a concorrência no setor.

²⁵ Conforme assinalado por R. L. Troster (Os bancos são diferentes?, in: C. F. Campilongo et al. (coord.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 287).

²⁶ F. J. de Siqueira, Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* 12/45 e ss.

Por outro lado, a regulação sistêmica tem objetivos mais amplos: visa a preservar o sistema como um todo de uma crise generalizada de confiança, e não apenas proteger os depositantes de uma determinada instituição. Embora exista uma relação nítida de complementariedade entre as duas modalidades de regulação aqui comentadas, a regulação prudencial visaria mais a assegurar a solvência das instituições isoladamente consideradas. Já a regulação sistêmica objetiva a proteção do sistema bancário e da economia, resguardando os depositantes e investidores apenas indiretamente.²⁷ Essa última modalidade de regulação é certamente justificada pelos altos custos sociais que seriam provocados pela quebra de uma instituição financeira: caso esse evento acarrete uma crise sistêmica, está claro que as consequências seriam não somente suportadas pelos acionistas, credores e depositantes do banco insolvente, mas por toda a sociedade.

Muitos são os instrumentos utilizados pelas autoridades reguladoras do setor bancário em defesa do sistema. Os Banco Centrais, ao atuarem como emprestadores de última instância, visam justamente a socorrer problemas transitórios de liquidez de instituições solventes. Os regimes especiais aplicáveis às instituições financeiras insolventes no Brasil (intervenção, liquidação extrajudicial e regime de administração especial temporária) enquadram-se dentro da noção de regulação sistêmica. Em casos extremos, a autoridade reguladora do setor bancário brasileiro pode até mesmo exercer o poder de impor reorganizações societárias, tudo em defesa da higidez do sistema.

O poder atribuído ao Bacen nesse campo sofreu nítida evolução desde a edição da Lei 6.024, de 13 de março de 1974, a qual regula os regimes especiais de intervenção e liquidação extrajudicial. O arcabouço legal do regime de intervenção decretado pelo Bacen não atribuía expressamente a essa autarquia o poder de ordenar reestruturações aos entes componentes do sistema financeiro nacional, mas apenas o poder de exigir dos interessados as “necessárias condições de garantia” a fim de que seja determinada a cessação do regime de intervenção e retomada das atividades da empresa.²⁸

²⁷ T. M. Cortez, O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário, in: Campilongo et al. (coord.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 324.

²⁸ “Art. 7.º A intervenção cessará:

a) se os interessados, apresentando as necessárias condições de garantia, julgados a critério do Banco Central do Brasil, tomarem a si o prosseguimento das atividades econômicas da empresa;”.

Porém, o Decreto-lei 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, ao criar o regime de administração especial temporária, ampliou consideravelmente os poderes de regulação sistêmica do Bacen. Assim, caso uma instituição com dificuldades de solvência seja submetida a esse regime, sua administração será confiada a um conselho diretor nomeado pelo próprio Bacen, com poderes plenos de gestão. Referido conselho pode propor ao Bacen que autorize a transformação, a incorporação, a fusão, a cisão ou a transferência do controle da instituição, a fim de resguardar a higidez do sistema.²⁹ Por fim, foi editada a Medida Provisória 1.470, afinal convertida na Lei 9.447, de 14 de março de 1997. Os arts. 5.º e 6.º³⁰ desse diploma conferem ao Bacen o poder de determinar profundas reestruturações em quaisquer instituições financeiras

²⁹ “Art. 11. À vista de relatório ou de proposta do conselho diretor, o Banco Central do Brasil poderá:

a) autorizar a transformação, a incorporação, a fusão, a cisão ou a transferência do controle acionário da instituição, em face das condições de garantia apresentadas pelos interessados;”

³⁰ “Art. 5.º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2.º e 15 da Lei 6.024, de 1974, e no art. 1.º do Decreto-lei 2.321, de 1987, *é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:*

I – capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II – *transferência do controle acionário;*

III – *reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.*

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.”

“Art. 6.º No resguardo da economia pública e dos interesses dos depositantes e investidores, o interventor, o liquidante ou o conselho diretor da instituição submetida aos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, quando prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, poderá:

I – transferir para outra ou outras sociedades, isoladamente ou em conjunto, bens, direitos e obrigações da empresa ou de seus estabelecimentos;

II – alienar ou ceder bens e direitos a terceiros e acordar a assunção de obrigações por outra sociedade;

III – proceder à constituição ou reorganização de sociedade ou sociedades para as quais sejam transferidos, no todo ou em parte, bens, direitos e obrigações da institui-

com dificuldades de solvência ou em má-administração, dentre outras várias hipóteses que evidenciem potencial risco sistêmico. Essas medidas – que incluem, dentre outras, fusão, incorporação, transferência do controle, capitalização da sociedade e cessão de bens e direitos – podem ser determinadas pelo Bacen mesmo que a instituição não esteja submetida ainda a um dos regimes especiais mencionados anteriormente.

Esse poderoso instrumento de regulação sistêmica posto à disposição do Bacen chama a atenção por dois motivos: primeiro, pelos inegáveis efeitos sobre a concorrência que algumas das medidas ali previstas acarretaria. Em segundo lugar, pela inexistência de qualquer menção à participação da autoridade concorrencial na análise ou aprovação dos atos de concentração impostos pelo Bacen. Esse é o motivo pelo qual questiona-se se o caso aí disciplinado poderia configurar uma hipótese de isenção antitruste.

b. Imunidade antitruste

A busca da resposta à indagação acima formulada passa necessariamente pela análise de relação entre poder regulamentar e direito antitruste, a fim de se verificar se é possível afirmar que o primeiro pode substituir o segundo nessas condições. A partir dessa análise, deve-se buscar entender se um particular que exerce atividade econômica dentro de um setor regulado goza de imunidade em relação à atuação das autoridades concorrenciais, especialmente no que tange ao controle das estruturas – ponto esse que guarda maior relação com os objetivos desse trabalho. Por fim, será necessário verificar se é possível vislumbrar alguma peculiaridade capaz de conferir ao particular imunidade antitruste nas hipóteses de atuação da agência reguladora sempre que o processo de concentração e formação das estruturas se dá por ordem da própria autoridade reguladora.

A fim de explicar a relação entre poder regulamentar e direito antitruste e eventuais situações em que se poderia cogitar de imunidade do particular à ação da autoridade antitruste, a doutrina³¹ invoca teorias desenvolvidas na casuística norte-americana, as quais são oriundas de duas tendências surgidas na jurisprudência. A primeira tendência, denominada teoria da ação política (*State Action Doctrine*) por C. Salomão Filho, está relacionada a

ção sob intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, objetivando a continuação geral ou parcial de seu negócio ou atividade.”

³¹ Cf. C. Salomão Filho, *Direito concorrencial* – As estruturas cit., p. 211 e ss.

eventuais choques entre a autonomia concedida aos estados norte-americanos e a regulação antitruste federal. Nessa primeira tendência aqui analisada, a questão consistiria em saber se os atos praticados pelos governos estaduais eram capazes de conferir imunidade à aplicação do direito antitruste federal. A jurisprudência estadunidense³² estabeleceu dois critérios básicos para determinar se a regulamentação dos estados era capaz de tornar o particular imune à ação da autoridade antitruste: primeiramente, era necessário que a regulamentação expedida em nível estadual tenha a clara intenção de substituição da competição pela regulamentação, ou seja, é preciso que ela seja resultado de uma política que apresente expressamente esse conteúdo. Em segundo lugar, seria preciso que houvesse supervisão constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação. Assim, na ausência de um desses requisitos, a atividade do estado poderia ser revisada pela autoridade concorrencial federal.

A segunda teoria interessa mais aos objetivos do presente trabalho, já que está relacionada com a análise das competências regulamentares das agências governamentais norte-americanas e também porque busca compreender em que situações a atribuição de competências (concorrenciais) a uma agência reguladora permite afastar a possibilidade de aplicação do direito antitruste. Trata-se da teoria do poder amplo (*Pervasive Power Doctrine*), segundo a qual é possível cogitar-se do afastamento das competências do órgão antitruste nos casos em que o poder regulamentar conferido à agência reguladora de determinado setor é amplo o suficiente para afastar a competência da autoridade concorrencial.³³ Essa amplitude apta a afastar a aplicação do direito antitruste pode se verificar pela extensão do poder regulamentar conferido à agência (ou seja, o poder é conferido com o expresse objetivo de substituir o sistema concorrencial) ou pela profundidade dos poderes conferidos. Nessa última hipótese o poder regulador legalmente estabelecido em favor da agência já inclui a competência para aplicar o direito concorrencial no setor. De acordo com tal teoria, no setor regulado em que a autoridade desfruta de um poder com tal grau de profundidade, não faz sentido a aplicação do

³² De acordo com C. Salomão Filho, a melhor e mais recente formulação dessa teoria foi dada pela Suprema Corte em *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc.* (*Regulação da atividade econômica...* cit., p. 136).

³³ Sobre a teoria do poder amplo e o critério das imunidades implícitas, C. Salomão Filho, *Regulação da atividade econômica...* cit., p. 144. A respeito do impacto dessas noções no setor bancário brasileiro, do mesmo autor, *Direito concorrencial – As estruturas cit.*, p. 228 e ss.

direito antitruste pela autoridade concorrencial porque a própria autoridade reguladora já levou em consideração (ou deveria ter levado em consideração) os aspectos concorrenciais quando da aprovação de uma determinada estrutura ou quando do julgamento de uma dada conduta, ou mesmo quando da regulamentação geral do setor. No entanto, é importante destacar que, de acordo com a formulação da teoria do amplo poder constante da casuística norte-americana, não é suficiente e bastante a mera previsão legal para que se conclua pela competência do órgão regulador em matéria antitruste. Para que o poder regulamentar seja considerado *pervasive* – e, portanto, capaz de tornar o particular imune à ação da autoridade antitruste, necessário se faz o exercício pleno e efetivo dessa competência por parte da agência setorial. Tomando-se como verdadeira essa afirmação, seria lícito então concluir que uma regulamentação expedida sem levar em consideração os aspectos concorrenciais acarretaria duas consequências de maior relevância: primeiro, uma regulamentação nessas condições poderia ser considerada ilegal, uma vez que o poder regulamentar, ainda que profundo o suficiente do ponto de vista formal, não está sendo exercido; em segundo lugar, tal situação, conforme se verá mais a frente, autorizaria, em tese, a revisão de um determinado ato pela autoridade concorrencial.

O desenvolvimento da doutrina do poder amplo levou, então, à formulação do chamado critério das imunidades implícitas, o qual está relacionado diretamente à profundidade do poder regulamentar atribuído ao órgão regulador. Assim, se os poderes atribuídos a tal órgão são profundos o bastante, seria adequado presumir a incompatibilidade desses poderes com o sistema antitruste. Isso ocorre, como já visto, se a autoridade reguladora, quando da análise de uma conduta, for obrigada a tomar em consideração também as suas consequências do ponto de vista concorrencial.

Ao que tudo indica, a experiência da casuística norte-americana e o critério das imunidades implícitas são duas contribuições bastante relevantes para que se busque uma solução para a questão da necessidade e pertinência de intervenção da autoridade antitruste nas hipóteses em que ocorre uma reestruturação forçada do setor bancário com a finalidade de se preservar a higidez do sistema.

c. A imunidade nos casos de reestruturação compulsória

Em face do que se expôs até aqui, é possível concentrar a análise nos casos de reestruturação compulsória ordenados pelo Bacen e nas peculiarida-

des que devem ser consideradas por se tratar de uma reestruturação imposta em defesa da segurança do sistema. A análise agora empreendida buscará entender se estaria configurada uma hipótese de isenção antitruste implícita nas situações em se exige a atuação urgente do Bacen junto às instituições financeiras em estado de insolvência ou de pré-insolvência.

Para tanto, serão consideradas três cenários: primeiro, a questão será apreciada à luz das opiniões constantes do parecer apresentado pela AGU, o qual, como já dito, sustenta que vige no Brasil um modelo institucional que concentra o controle da concorrência do setor bancário na autoridade reguladora. Em segundo lugar, a mesma análise será feita considerando-se vigente o modelo institucional defendido pelo Cade, ou seja, aquele que concentraria o julgamento das questões concorrenciais nesse órgão, restando ao Bacen apenas a atribuição de opinar acerca dos atos de concentração e instruir os procedimentos que visem à apuração de infração à ordem econômica. Por fim, reconstruiremos a análise feita no primeiro cenário, porém buscando compreender a interação entre o Cade e o Bacen com auxílio do critério das imunidades implícitas, já mencionado anteriormente, abordando-se a questão da competência além dos meros limites formais legalmente estabelecidos.

O exame da questão à luz do primeiro cenário proposto parece não apresentar grande complexidade. De fato, em se considerando presente o primeiro dos arranjos institucionais acima comentados (item 3.a, supra), estando concentrados na agência reguladora tanto a regulação técnica e econômica do setor, quanto o controle da concorrência, conclui-se que quaisquer reestruturações compulsórias ou alienação de controle ordenadas pelo Bacen com fulcro na Lei 9.447/97 ou no Decreto-lei 2.321/87 não deveriam ser submetidas à análise prévia ou mesmo posterior do Cade. Afinal de contas, se, de acordo com esse primeiro cenário, o Bacen ostenta competência absoluta para apreciar e analisar atos de concentração praticados por iniciativa de particulares, então não restam dúvidas de que as concentrações impostas também aos particulares em defesa do hígidez do sistema não devem ser analisadas pela autoridade concorrencial.

Já o segundo cenário proposto reclamaria uma reflexão mais aprofundada. Nesse caso, duas são as indagações mais relevantes: em primeiro lugar, deve-se entender se seria lícito afirmar, como já se sustentou,³⁴ que os fins de manutenção e hígidez do sistema devem prevalecer sobre os objetivos concorrenciais nas situações de risco sistêmico efetivo ou mesmo potencial.

³⁴ Cf. R. Sztajn e M. P. de Almeida Salles, *Regulação...* cit., p. 57.

Em caso positivo, superada a situação de perigo sistêmico que ensejou a concentração compulsória, deve-se investigar se é correto cogitar-se de uma análise posterior por parte da autoridade concorrencial.

Segundo o que já se expôs, o poder atribuído às autoridades bancárias de impor reorganizações societárias – acompanhadas geralmente de outras medidas de regulação sistêmica – deve ser exercido, evidentemente, com muito cautela e em situações extremas de crise de confiança instaurada em uma ou mais instituições, nas quais pode restar comprometida a segurança de todo o sistema financeiro, gerando graves consequências para a economia, dado o papel inegavelmente relevante que os bancos nela desempenham. Diante dessa situação de anormalidade que justificaria a atuação do Bacen, sustenta-se que não haveria espaço para aplicação do direito concorrencial,³⁵ já que, sendo a regulação sistêmica justificada pela necessidade de proteção do setor bancário em momentos de grande incerteza e insegurança, não seria o caso de se manter as condições normais do mercado. São características próprias do setor bancário, não encontradas na maioria dos setores regulados e que deveriam ser levadas em conta na busca de uma solução razoável para a questão. Portanto, a defesa da segurança do sistema é um valor que justificaria a não atuação do Cade nesses casos, ainda que com potencial prejuízo para a concorrência.³⁶

Por outro lado, não há como negar que a adequada proteção da poupança popular (que é um dos objetivos da autoridade reguladora do setor bancário)

³⁵ “Nesse caso, que é uma situação limite e bastante excepcional, pode-se dizer que a manutenção da estabilidade financeira é o objetivo a ser alcançado pelas autoridades públicas, mesmo que com isso se restrinja o nível de concorrência no setor bancário” (T. Cortez, *O conceito de risco sistêmico... cit.*, p. 332).

³⁶ O voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Junior no caso *Finasa Seguradora* encontra-se redigido nesse sentido. Mesmo sustentando a competência exclusiva do Cade para aprovar atos de concentração voluntários, o voto em questão conclui que, nas hipóteses de concentração compulsórias, as peculiaridades da situação desaconselham a atuação do Cade: “quando promove reestruturações societárias no âmbito de regimes especiais ou nas hipóteses da Lei nº 9.447/97, o Bacen, como autêntica agência reguladora do mercado financeiro, está realizando uma reorganização artificial do mercado. Trata-se, aqui, de um momento de configuração do mercado que antecede a própria discussão sobre o seu grau de concorrência. Vislumbra-se, assim, um momento em que o controle de estruturas não faz sentido, pois o que está em jogo é a própria sobrevivência do mercado (em risco de crise sistêmica), segundo o juízo prudencial do órgão regulador especializado” (grifamos).

é perfeitamente compatível com os fins concorrenciais.³⁷ Isso porque a forte concentração das instituições financeiras não significa, necessariamente, segurança para os depositantes e proteção contra o risco de uma crise sistêmica, já que a insolvência de uma instituição financeira de grande porte implicará prejuízos para um maior número de depositantes e investidores. É inadequado, portanto, no exercício da regulação sistêmica ignorar os dados concorrenciais. Talvez a adequada interação entre os dois objetivos seja uma ponderação que apenas a autoridade bancária está apta a realizar com segurança, ao menos em tese.³⁸

Ainda considerando vigente o arranjo institucional em que o Cade ostentaria competência para aprovar os atos de concentração voluntários, é interessante indagar se seria adequado cogitar-se de um controle estrutural *ex post* por parte desse órgão. Nesse caso, não se está pensando no Cade como mera instância revisora da decisão tomada pelo Bacen de se reorganizar artificialmente o mercado. Cogita-se aqui de um controle estrutural que seria exercido pelo Cade apenas quando superada a situação de risco de crise sistêmica. Ou seja, questiona-se se, uma vez atingidos os objetivos regulatórios pretendidos pelo Bacen com a reorganização (isto é, uma vez restabelecida a higidez do sistema), seria lícita ou até pertinente uma intervenção do Cade. Pelos motivos expostos até aqui, a resposta seria negativa. Primeiro porque em se considerando que o rearranjo estrutural do setor foi imposto pela autoridade reguladora justamente com o objetivo de afastar a crise sistêmica, qualquer alteração na estrutura poderia comprometer os objetivos alcançados por esse meio.

Certamente um elemento que auxiliaria a solucionar esse problema com mais segurança seria o critério das imunidades implícitas e a *pervasive power doctrine*, já comentados anteriormente. Reputando-se corretas as conclusões do já mencionado parecer da AGU acerca do modelo institucional vigente no Brasil no tocante à interação entre autoridade bancária e antitruste, vê-se que a adoção do critério das imunidades implícitas permitirá alcançar um desate muito mais adequado e seguro para a questão. Para tanto, a atuação do Bacen ao longo dos últimos anos e especialmente durante a década de 90 deve ser cuidadosamente analisada a fim de que se verifique em que medida

³⁷ Cf. C. Salomão Filho, *Regulação e antitruste...* cit., p. 145.

³⁸ Diz-se em tese porque, para tanto, seria necessário que o órgão encarregado da regulação do setor ostentasse conhecimento técnico para correta disciplina da concorrência no setor, o que, no caso brasileiro, não se constata.

o Bacen vem exercendo as atribuições concorrenciais que a Lei n.4.595/64 lhe confere. Vale dizer, deve-se observar se a autoridade monetária brasileira, quando da regulação do setor por meio de normativos vem dando mostras de que leva em conta o dado concorrencial – como deveria ocorrer –, com especial ênfase nos casos específicos de exercício do poder de determinar atos de concentração no setor. Essa verificação é necessária porque, de acordo com a *pervasive power doctrine*, as competências não seriam legalmente definidas, mas sim construídas e consolidadas a partir do seu efetivo exercício.

Observando-se a atuação no Bacen nesse particular, a resposta à indagação formulada é negativa. Realmente, não seria equivocada afirmar que a autoridade reguladora do setor bancário brasileiro não exerce sua competência teórica em matéria concorrencial, e tampouco deu mostras, quando da regulação do setor, que leva em conta o dado concorrencial, o que pôde ser particularmente notado na década de 90. Portanto, é possível afirmar que o poder regulamentar exercido pelo Bacen não é amplo o suficiente, ou seja, não é capaz de afastar a ação da autoridade concorrencial. Nesse contexto, se um determinado ato de concentração ou conduta de um particular contou com a aprovação do Bacen, isso não pode implicar imunidade à aplicação do direito anticoncorrencial por parte do Cade.³⁹ Conclui-se, portanto, que o Bacen não exerce a atribuição que a lei lhe confere em matéria antitruste e que na sua atuação não está implícita a consideração do dado concorrencial, motivo pelo qual não está imune o particular à atuação do Cade.⁴⁰

Em se tratando de atos de concentração compulsórios ordenados pelo Bacen em defesa da segurança do sistema, ainda assim persistiria o dever de a autoridade reguladora tomar em consideração também o dado concorrencial. Como já esclarecido anteriormente, não se trata de se afastar, por um instante, o objetivo de defesa da concorrência em prol da segurança do sistema, pois

³⁹ “O Banco Central jamais exerceu sua competência teórica. Não é possível em qualquer justificativa ou exposição de motivos de normativos identificar qualquer referência a análise da situação do ponto de vista da concorrência. Portanto, em sua profundidade, o poder do BC não pode ser considerado *pervasive* e as condutas por ele aprovadas não podem ser tidas como imunes à aplicação do direito concorrencial e à revisão do órgão especificamente encarregado dessa função (Cade), pelo menos até que ele demonstre a efetiva assunção da fiscalização do setor financeiro, também do ponto de vista concorrencial” (C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – As estruturas cit.*, p. 231).

⁴⁰ Nessa situação, o Cade, a rigor, não revisaria a decisão do Bacen, mas sim exerceria uma competência que jamais foi exercida pela autoridade reguladora.

o próprio Bacen, ao impor o rearranjo do setor, seria obrigado a tomar uma decisão que considere os aspectos concorrenciais. Nesse caso, a aplicação da doutrina do *pervasive power* levaria à conclusão de que caberia também ao Cade exercer sua competência nessas hipóteses de reestruturações compulsórias, a fim que as questões concorrenciais fossem devidamente observadas. No entanto, essa medida poderia prejudicar justamente o objetivo fulcral pretendido com a reestruturação – a saber, a preservação da higidez sistêmica. As circunstâncias específicas que justificam essa providência extrema não recomendariam a “revisão” pura e simples da decisão do Bacen pela autoridade concorrential. Assim, embora a doutrina do poder amplo evidencie que o Bacen não vem exercendo as atribuições que lhe foram conferidas, a solução dela oriunda pode não ser a mais adequada.

5. Considerações finais

Diante das constatações acima – e a fim de que o rearranjo artificial do mercado ordenado pelo Bacen não seja tomado à revelia das questões concorrenciais –, seria recomendável que o Bacen demonstrasse a efetiva assunção do controle das questões concorrenciais no setor financeiro, ou seja, que ele efetivamente passasse a exercer a atribuição que se encontra prevista em lei. Para que os resultados alcançados sejam interessantes, é recomendável que o órgão regulador do setor bancário brasileiro esteja dotado de capacidade e conhecimento técnico do mercado em um nível semelhante ou até mesmo maior que o Cade possa apresentar.

De qualquer forma, nem sempre é fácil se distinguir uma situação de normalidade do mercado daquelas que exigiriam a tomadas das medidas extremas aqui comentadas. Por esse motivo, seria interessante que houvesse uma efetiva entrelaçamento institucional entre o Cade e o Bacen visando à troca de informações entre os órgãos que permitisse essa constatação com maior segurança.

Bibliografia consultada

- OLIVEIRA, G. Defesa da concorrência e regulação no setor bancário. In: CAMPILONGO, C. F. et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 163.
- SALOMÃO FILHO, C. *Regulação da atividade econômica – Princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- SZTAJN, R.; SALLES, M. P. Almeida. Regulação e concorrência no sistema financeiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* n. 123, p. 57.
- SADDI, J. Concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Econômico (Cade)* n. 26, ago-dez. 1997, p. 52
- SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial – As estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- TROSTER, R. L. Os bancos são diferentes? In: CAMPILONGO, C. F. et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 287.
- SIQUEIRA, F. J. de. Instituições financeiras: regimes especiais no direito brasileiro. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 12, p. 45 e ss.
- CORTEZ, T. M. O conceito de risco sistêmico e suas implicações para a defesa da concorrência no mercado bancário. In: CAMPILONGO, C. F. et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 324.
- SADDI, J. Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no sistema financeiro nacional. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 113, p. 99.
- SALOMÃO FILHO, C. Condutas anticoncorrenciais no setor bancário. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 114, p. 51.
- LUNDBERG, E. L. Saneamento do sistema financeiro – A experiência brasileira dos últimos 25 anos. In: SADDI, J. (coord.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Texto Novo, 1999. p. 53.
- LUNDBERG, E. L. Rede de proteção e saneamento do sistema bancário. In SADDI, J. (coord.). *Intervenção e liquidação extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Texto Novo, 1999. p. 29.
- GOLDBERG, D. K. Notas sobre concorrência no Sistema Bancário. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, n. 23, p. 32.
- SOUZA, M. M. de. Organização das Instituições Financeiras e o Cade. *Revista de Direito Econômico (Cade)*, n. 24, jul.-dez. 1996, p. 1.
- SADDI, J. Aprovação pelo Banco Central de Controle de Instituição Financeira. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, n. 5, p. 86 e ss.

- SALOMÃO FILHO, C. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, C. F. et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129.
- SZTAJN, R. Regulação e concorrência no sistema financeiro. In: CAMPILONGO, C. F. et al. (coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 233.
- OCDE, Relationship between Regulators and Competition Authorities, Series Roundtables on Competition Policy, 1999.

A PROPOSTA DE NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O LICENCIAMENTO COMPULSÓRIO DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

Renato Dolabella Melo

1. Introdução

O Direito Econômico e a Propriedade Intelectual são ramos do Direito que guardam afinidade entre si. Ambos são fortemente relacionados com a Ciência Econômica e possuem pontos de contato. Dados os relevantes impactos econômicos que a Propriedade Intelectual provoca ao conceder certas prerrogativas aos titulares das criações da mente humana,¹ a utilização desses direitos será objeto de interesse da Defesa da Concorrência, haja vista que poderão repercutir na ordem econômica.²

Tendo isso em mente, os Projetos de Lei 3.937/04 e 5.877/05, que visam alterar a Lei 8.884/94, propõem modificações na legislação quanto ao tratamento da Propriedade Intelectual no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Neste trabalho, focaremos a questão do licenciamento compulsório, relacionando o texto dos projetos mencionados com as normas que tratam especificamente dos direitos de PI. Com isso, nosso objetivo é verificar se as modificações propostas na Lei 8.884/94, nesse campo, de fato podem gerar uma melhoria do sistema de Defesa da Concorrência.

¹ “Com efeito, a partir do momento em que se assegura a proteção dos patentes, marcas, *know how*, etc., admite-se a criação de um monopólio privado, pois àquele detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração.” (FORGIONI, 2005, p. 289 e 290).

² “A compreensão do direito [propriedade] industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito. A patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos.” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 138).

Inicialmente, serão destacados os pontos dos PL 3.937/04 e 5.877/05 que tratam da licença compulsória. Em seguida, será feita a análise de tal instituto na legislação nacional específica de Propriedade Intelectual. Por fim, com base no estudo comparado de tais textos normativos, concluiremos este trabalho indicando se as alterações propostas na Lei 8.884/94 nesse âmbito de fato promovem melhorias.

2. O licenciamento compulsório nos PL 3.937/04 e 5.877/05

Antes de tudo, é imprescindível apresentar os conceitos de Propriedade Intelectual e de licença ou licenciamento compulsório.

A Propriedade Intelectual pode ser considerada o ramo do Direito que tutela as criações da mente humana. Podemos citar, como espécies do gênero, as patentes (de invenção e de modelo de utilidade), desenhos industriais, marcas, indicações geográficas,³ direitos autorais, softwares, cultivares e as topografias de circuitos integrados.

Já a figura da licença ou licenciamento compulsório é assim conceituada pelo professor José Carlos Vaz e Dias:

Licença compulsória é entendida como a outorga de direitos de utilização de uma patente a um terceiro, por determinação governamental e sem autorização prévia do titular da patente, conforme o procedimento de concessão descrito pela lei de direito da propriedade industrial e direito antitruste (DIAS, 2001, p. 03).

Em que pese o conceito do professor ser focado na questão das patentes, a noção apresentada nos permite compreender a essência do instituto do licenciamento compulsório como um todo. Como o próprio nome diz, trata-se de situação em que será autorizado o uso, por terceiro, de direitos de Propriedade Intelectual de titularidade de outrem, sem o consentimento deste. Não configura hipótese de extinção (ou “quebra”) de direitos: o titular deve ser indenizado pelo licenciamento, mesmo que este tenha sido efetivado sem a sua anuência, e suas prerrogativas permanecem válidas contra aqueles que não foram agraciados com a licença.

O termo licença ou licenciamento compulsório é mencionado em duas oportunidades no texto dos PL 3.937/04 e 5.877/05: no art. 38, ao tratar de

³ Juntamente com os instrumentos de repressão à concorrência desleal, as patentes, desenhos industriais, marcas, indicações geográficas são agregadas sob o conceito de Propriedade Industrial.

infração da ordem econômica, e no art. 61, quando está relacionado com o julgamento dos atos de concentração econômica.

O trecho do art. 38 que aborda a matéria está assim redigido:

“Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

[...]

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;”.

A redação atual da Lei 8.884/94 possui teor bastante similar em seu art. 24, IV, *a*.⁴ A alteração mais relevante, a nosso ver, encontra-se na substituição do termo “patentes” por “direito de propriedade intelectual”.

Como visto quando discorreremos a respeito do conceito de Propriedade Intelectual, este termo possui conteúdo mais amplo do que as patentes, haja vista que estas são espécies daquela. Dessa forma, a sugestão de modificação aumenta o escopo a ser tratado na aplicação desse tipo de pena. Tal proposta pode ser interessante do ponto de vista da Defesa da Concorrência, uma vez que o texto atual se limita a falar apenas em “patentes” e a infração pode relacionar-se com outro tipo de direito de Propriedade Intelectual.

De fato, a justificativa apresentada no parecer da Comissão Especial da Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados, de relatoria do dep. Ciro Gomes, é claramente nesse sentido:

Uma das penalidades possíveis na lei atual, e que permaneceu no Projeto de Lei 5.877/2005, é a recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do

⁴ “Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

(...)

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;”.

infrator. Esta penalidade nunca foi utilizada na prática. No entanto, não se pode desconsiderar a possibilidade de que em segmentos dinâmicos tecnologicamente, a medida mais adequada para reduzir a capacidade de abuso de poder econômico seja um licenciamento compulsório de patentes. Apenas introduzimos um aperfeiçoamento. É possível que o abuso esteja relacionado a um direito de propriedade intelectual, que não uma patente, como pode ser o caso de software, regido, em parte, pela legislação de direito autoral. Assim, consideramos mais adequado adotar a terminologia geral de “direito de propriedade intelectual”, no qual se incluem as patentes.

O Projeto de Lei do Deputado Carlos Cadoca também prevê que a recomendação de sanções relacionadas à licença compulsória de direitos de propriedade intelectual guardassem relação com a infração cometida.⁵ Entendemos que tal dispositivo evita eventuais arbitrariedades e, portanto, contemplamos tal modificação no Substitutivo. (GOMES, 2008, p. 32)

Entretanto, não podemos perder de vista o fato de que a aplicação concreta, pelo Cade, do disposto no art. 38, IV, *a*, dos PL limitar-se-ia à recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja efetivado licenciamento compulsório sobre algum direito de Propriedade Intelectual de titularidade do infrator. A redação atual da Lei 8.884/94 igualmente confere ao Cade tal prerrogativa de recomendação, porém limitada à questão patentária.

A interpretação de tais textos leva à conclusão de que o Cade, nessas hipóteses, não possui poder de aplicação de licença compulsória, mas apenas a possibilidade de recomendar sua efetivação ao ente público dotado de prerrogativa para executá-la. Não será o Cade, portanto, quem aplicará

⁵ Mesmo na redação atual da Lei 8.884/94, que não vincula expressamente a recomendação de licenciamento compulsório aos casos em que o direito de Propriedade Intelectual do agente seja diretamente relacionado ao ilícito, podemos perceber manifestação da doutrina coerente com a proposta dos projetos de lei: “É óbvio que tal penalidade [licenciamento compulsório de patentes] deve ser aplicada quando a infração for a referida no art. 21, nos incisos VI (impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição), X (regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou produção de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição) e XVI (açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia)”. (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 280)

o licenciamento compulsório e tampouco parece possuir poder legal para ordená-lo (situação essa bem distinta de uma mera recomendação).

Tal fato é de extrema relevância para o presente trabalho. A plena eficácia do art. 38, IV, *a*, dos PL estaria condicionada, portanto, à previsão expressa, pelas leis de Propriedade Intelectual, de aplicação de licenciamento compulsório nas diversas espécies da matéria. Obviamente, de nada adiantaria o Cade recomendar a concessão de uma medida que não encontra respaldo legal para sua efetivação concreta. Contudo, caso não haja compatibilidade do disposto nos PL que visam alterar a Lei 8.884/94 e os dispositivos jurídicos específicos da Propriedade Intelectual, será justamente isso que ocorrerá.

Mais adiante, analisaremos as normas específicas de Propriedade Intelectual, buscando verificar se estas de fato preveem ou não a possibilidade de licenciamento compulsório para os institutos que tutelam. Serão objeto de estudo, nesse contexto, as Leis 9.279/96 (Propriedade Industrial), 9.609/98 (Softwares), 9.610/98 (Direitos de Autor), 9.456/97 (Cultivares) e 11.484/07 (Topografia de Circuitos Integrados).

No âmbito dos atos de concentração econômica, podemos destacar o art. 61 dos PL:

“Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1.º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2.º As restrições mencionadas no § 1.º incluem:

[...]

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual”.

A justificativa para essa redação é assim defendida pela Comissão Especial da Defesa da Concorrência da Câmara dos Deputados:

O art. 58 do Projeto de Lei 5.877/2005 dispõe de forma mais clara que na lei atual acerca das possibilidades de decisões a serem tomadas pelo Tribunal no que tange a atos de concentração. Em particular, destacamos

o § 1.º que contém definição importante de que o objetivo das restrições é “mitigar os efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes”. Isso evita extrapolações das restrições para objetivos que não aqueles pertinentes à concorrência. Também é incluída a possibilidade de separação contábil ou jurídica das atividades, medida muito utilizada em integrações verticais, e o licenciamento compulsório de marcas e patentes quando estas forem uma fonte importante de barreiras à entrada no setor. Consistente a mudanças realizadas anteriormente no Substitutivo, trocamos tal possibilidade de licenciamento compulsório para o termo mais genérico de “direitos de propriedade intelectual” (GOMES, 2008, p. 38).

Nesse caso, o licenciamento compulsório seria condição para que o ato de concentração econômica submetido à apreciação da autoridade de defesa da ordem econômica goze de validade e eficácia. Contudo, vislumbramos impropriedade técnica na redação desse ponto.

Como seu próprio nome indica, a licença compulsória é efetivada sem a anuência do titular dos direitos. Este não deseja o licenciamento, mas não pode se opor. No caso indicado no art. 61, § 2.º, V, dos PL, a licença compulsória seria efetivada como requisito para que o ato de concentração econômica seja aprovado. Contudo, deve-se considerar a possibilidade de o requerente preferir desistir do ato a ter seu direito de Propriedade Intelectual licenciado compulsoriamente. Dessa forma, para que obtenha a aprovação pelo Cade, deve concordar com as restrições determinadas, no caso, a licença compulsória.

Tal aspecto configura uma anuência implícita ao licenciamento efetivado nesses moldes. Como dito, o agente pode simplesmente desistir da operação e nenhuma interferência sofrerão seus direitos de Propriedade Intelectual. Mesmo que haja concordância com o licenciamento, visando a aprovação do ato, devemos indagar se o titular dos direitos de PI poderia, nesse caso, escolher quem seria o licenciado beneficiado e negociar o valor do royalties a serem pagos por este. Caso seja possível, parece-nos que estaríamos diante de uma licença que, apesar de definida pelo Cade como condição de validade e eficácia do ato de concentração, seria estruturada em grande parte na autonomia da vontade do agente, especialmente no que diz respeito à definição de beneficiados e valores.

Tais hipóteses são absolutamente estranhas à sistemática da licença compulsória, pois não é dado ao titular dos direitos, como destacado, nenhuma possibilidade de ingerência ou concordância sobre tal licenciamento (o que, inclusive, o configura como “compulsório”).

Tal lógica é corroborada pela jurisprudência administrativa do Cade. No caso Colgate/Kolynos (AC 27/95), o Conselho indicou, como condição para aprovação do ato, três possibilidades à escolha do agente: suspensão temporária de uso, alienação ou licenciamento exclusivo da marca Kolynos. Em que pese ter sido escolhida a primeira opção, as condições consideradas aceitáveis para efetivação do licenciamento eram bem distintas de uma imposição compulsória. Além do agente possuir autonomia para escolha do licenciado,⁶ a questão da remuneração era condicionada tão somente pela exigência de aplicação dos “usos e costumes na determinação das cláusulas de royalties”, o que difere bastante de uma arbitragem de tais valores imposta pela autoridade estatal.⁷

Nos termos apresentados, a operação não cumpre integralmente os requisitos necessários à aprovação sob o amparo da Lei n. 8.884/94. Aprovo a operação no que concerne aos mercados relevantes de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, posto não representar dano ou ameaça de dano à concorrência. Aprovo a operação de aquisição da atual Kolynos pela Colgate Company no que concerne ao mercado relevante de creme dental desde que aceito um dos três conjuntos de condições detalhados abaixo, no prazo de trinta dias, a contar da publicação desta decisão:

“(…)

B) *Licenciamento exclusivo para terceiros da marca Kolynos*

⁶ Feita a ressalva de que tal contrato seria ainda analisado pelo Cade, nos termos do art. 54 da Lei 8.884/94.

⁷ A Lei 9.279/96 indica que, no licenciamento compulsório de patentes, o INPI arbitrará a remuneração a ser paga ao titular:

“Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente.

(…)

§ 4.º Havendo contestação, o INPI poderá realizar as necessárias diligências, bem como designar comissão, que poderá incluir especialistas não integrantes dos quadros da autarquia, visando arbitrar a remuneração que será paga ao titular.

§ 5.º Os órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, federal, estadual e municipal, prestarão ao INPI as informações solicitadas com o objetivo de subsidiar o arbitramento da remuneração.

§ 6.º No arbitramento da remuneração, serão consideradas as circunstâncias de cada caso, levando-se em conta, obrigatoriamente, o valor econômico da licença concedida”.

1. Licenciamento com exclusividade por 20 anos prorrogáveis, de acordo com o interesse do licenciado, por igual prazo e de forma indefinida, os direitos no Brasil sobre a marca Kolynos e suas extensões para a fabricação e comercialização de creme dental voltadas para o mercado interno.

1.1. O contrato de licenciamento, celebrado em até noventa dias após a manifestação da Requerente de sua opção pelo conjunto B de condições, deverá seguir os usos e costumes na determinação das cláusulas de royalties, controle de qualidade, direitos de ação contra infratoras e medidas de controle da marca, marca dupla, uso gratuito de know-how, dentre outras e deverá ser apresentado ao Cade, para que seja apreciado sob o amparo do caput do art. 54.

1.2. Durante o período em que vigorar o licenciamento exclusivo, a proprietária não poderá fazer uso da marca Kolynos e suas extensões nem de marcas similares, assim como qualquer material relacionado de embalagem, propaganda e promoção. (Cade, AC 27/94, Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, 18.09.1996).

Assim, do ponto de vista da técnica jurídica, o mais adequado seria indicar a restrição para aprovação do ato de concentração econômica como sendo tão somente “o licenciamento de direitos de propriedade intelectual”, haja vista que não parecem estar presentes as características inerentes a uma hipótese de licença compulsória.

Destacadas as referências feitas pelos PL à questão do licenciamento compulsório, passaremos ao estudo desse instituto na legislação específica de Propriedade Intelectual, visando especialmente a análise quanto à eficácia desse tipo de licença na nova sistemática de Defesa da Concorrência proposta pelos projetos de lei.

3. Licenciamento Compulsório na Lei 9.279/96 (Propriedade Industrial)

A Lei 9.279/96 trata da Propriedade Industrial, ramo que congrega patentes, desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, além de instrumentos de repressão à concorrência desleal. Nesse âmbito, impera o sistema atributivo de direitos, sendo o depósito/registro do pedido e sua concessão pelo INPI requisitos essenciais para obtenção e gozo das prerrogativas concedidas ao titular.

Há previsão legal para aplicação da licença compulsória de patentes nos arts. 68, 70 e 71⁸ da Lei de Propriedade Industrial.

O *caput* do art. 68 fala no exercício abusivo dos direitos de patente e em sua utilização para a efetivação de abuso de poder econômico. Trata-se, portanto, de hipóteses abertas, pois a lei não enumera expressamente as situações em que considera haver ilícito nesse âmbito. Agiu corretamente o legislador nesse ponto. Uma vez que abusos dessa natureza serão efetivados no mercado, em um ambiente econômico, a análise deve ser feita no caso

⁸ “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1.º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado.

[...]

Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses:

I – ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra;

II – o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e

III – o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior.

§ 1.º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior.

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular.

§ 2.º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo.

§ 3.º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente”.

concreto. Qualquer tentativa de listar taxativamente as hipóteses de ilícito estaria inevitavelmente fadada a um descompasso com a realidade em um curto espaço de tempo. Isso porque o fato econômico é concreto e mutável,⁹ sendo impossível para a lei acompanhar de forma eficiente todas as modalidades de abuso existentes.

Dada a abertura que o significado dos termos “exercício abusivo” e “abuso de poder econômico” carregam, não é difícil imaginar hipóteses que se enquadrem nessas situações. O aumento exacerbado do preço do produto, de modo a impedir o acesso ao bem por toda uma coletividade de consumidores, poderia se encaixar nos cenários que a figura do licenciamento compulsório visa impedir e corrigir nesses casos. Vale ressaltar que a situação é agravada pelo fato de que as empresas concorrentes são impedidas de produzir o produto em função da patente. Quanto menor for o grau de substituíbilidade do bem patenteado e mais acentuada for sua necessidade ao consumidor, ainda mais gravosa será esse tipo de situação.

Deve-se destacar, a respeito da figura do monopólio, que o efeito natural desse tipo de situação é a redução da produção de modo a ensejar um aumento nos preços. Tanto o encarecimento do produto quanto a sua escassez podem implicar, inclusive, no impedimento do acesso a determinado consumidor ao bem monopolizado. Conforme o caso, o monopólio em si pode afetar também a capacidade de escolha. Ainda que o consumidor possa ter acesso ao produto, se este não possuir substitutos não haverá, na verdade, sequer opção de escolha.

Entretanto, é importante deixar claro que a legislação busca coibir o abuso, não o exercício regular do direito. É da própria natureza da patente que o seu titular possa gozar de certos privilégios que podem operar efeitos como o aumento de preços, restrição da concorrência e a redução da produção. Deve-se analisar, no caso concreto, se o agente não está promovendo um abuso, com o consequente desvio esperado da utilização de seus privilégios,

⁹ “O Direito Econômico tem a ver com normas concretas direcionadas à condução do fenômeno econômico. Este, na verdade, é um fenômeno plenamente situado, visceralmente vinculado historicamente. Como visto, a economia se entende como a ‘ciência da escolha racional num mundo – o nosso mundo – em que os recursos são limitados em relação com as necessidades humanas’. Ora, as necessidades humanas são determinadas qualitativa e quantitativamente pelo contexto histórico e geográfico. Daí que normas direcionadoras da economia também se ressintam dessa aderência concreta ao tempo e ao lugar.” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2002, p. 37 e 38).

que justifique a aplicação do licenciamento compulsório. A aplicação desta ferramenta nos termos do caput do art. 68 objetiva, portanto, coibir eventual exercício abusivo dos direitos patentários.

Como dito, os ilícitos previstos no caput do art. 68 podem se manifestar das mais variadas formas. Nesse sentido, é muito relevante a atuação do Cade, autarquia federal encarregada de julgar infrações contra a ordem econômica. Trata-se de entidade que, com o auxílio da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE e da Secretaria de Direito Econômico – SDE, é dotada de aparato técnico para analisar se determinada situação configura abuso de poder econômico, inclusive para fins de aplicação da licença compulsória.

Os incisos I e II do § 1.º do art. 68 preveem a possibilidade de licenciamento compulsório no caso de não fabricação ou comercialização insuficiente para as necessidades do mercado. A licença compulsória, nesses casos, visa normalizar o fornecimento do bem objeto da patente. Apesar da Lei 9.279/96 não indicar expressamente o caráter abusivo dessas situações, a conduta do agente econômico pode ser enquadrada como um ilícito anticoncorrencial,¹⁰ caso configurada a hipótese do art. 20 da atual Lei 8.884/94,¹¹ que encontra correspondente no art. 36 dos PL.

A hipótese prevista no art. 70 fundamenta-se na justificativa de viabilizar legalmente a criação de nova tecnologia que seja dependente de matéria

¹⁰ “Na verdade, essas últimas hipóteses também poderiam ser caracterizadas como abuso de poder econômico. Enquanto a regra do caput claramente refere-se a preços abusivos, o § 1.º tem como objeto aquele abuso decorrente da limitação da produção (que também leva ao desabastecimento do mercado). Ora, os dispositivos mencionados, analisados em conjunto, claramente configuram para os detentores de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais. Note-se que a consequência do descumprimento desse tipo de regra é exatamente o rompimento do monopólio através do licenciamento compulsório a concorrentes. A inspiração concorrenciais da regra é, portanto, evidente.” (SALOMÃO FILHO, 2003. p. 139).

¹¹ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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.

protegida por patente de titularidade de terceiro. Caso este não aceite voluntariamente licenciar a sua patente para que o criador da tecnologia dependente possa gerar e explorar o novo conhecimento, é possível lançar mão do licenciamento compulsório. Com isso, a intenção da lei é evitar que a figura da patente, nessas condições, provoque obstáculos ao progresso tecnológico e econômico. Importante lembrar que esse posicionamento está em consonância com as finalidades previstas no art. 5.º, XXIX, da Constituição.¹² Quanto a esse aspecto, não só a legislação de Propriedade Intelectual, mas também as normas de defesa da ordem econômica, devem ter em mente a questão do desenvolvimento tecnológico e industrial na aplicação de seus dispositivos:

“É importante ainda ressaltar a necessidade de se articular a política antitruste à política industrial. As políticas de regulação da concorrência, em especial aquelas consubstanciadas nas legislações antitruste e nas instituições que as implementam, raramente são analisadas tendo como pano de fundo a concepção de uma política industrial integrada e abrangente” (POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ, p. 25-26, 2002).

Por fim, cabe ainda ressaltar que a Administração Pública Federal pode conceder licença compulsória de ofício, nos casos de emergência nacional ou interesse público, conforme art. 71 da Lei 9.279/96.

§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2.º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

¹² “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”.

O recente licenciamento compulsório de medicação destinada ao tratamento da Aids foi efetivado com base nesse dispositivo legal. Dado o insucesso da negociação para redução dos preços de aquisição do remédio pelo governo federal a patamares praticados pelo fabricante em outros países, foi determinado o licenciamento compulsório de modo a permitir a importação do medicamento. Conforme a natureza do instituto, que não se trata de quebra ou extinção da patente, o laboratório fabricante recebeu do governo uma indenização pelo ato.

Como destacado, o licenciamento compulsório pode ser implementado por motivos diversos e com diferentes finalidades. Entretanto, o traço comum em todas as hipóteses é a necessidade de efetivar um ato sobre um direito individual tendo-se em vista um interesse coletivo,¹³ o que é inclusive compatível com a questão da Defesa da Concorrência, haja vista ser a coletividade a titular dos direitos protegidos pela Lei 8.884/94.¹⁴ Essa medida implicará em efeitos sobre o fornecimento do bem e, conseqüentemente, em seu mercado:

“Aliás, ressalta-se que o objetivo precípua da licença compulsória é exatamente utilizar uma patente de maneira adequada, seja para suprir a demanda de um produto ou para manter a concorrência no mercado” (DIAS, 2001, p. 8).

¹³ “O poder econômico é admitido como um dado estrutural, mas reclama a prudente atividade estatal de controle, mediante repressão aos abusos em seu exercício, já que ‘todo o poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerça’. Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. De acordo com o ensinamento já transcrito, em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais”. (BRUNA, 2001, p. 146-147).

¹⁴ O parágrafo único do art. 1.º dos PL mantém esse posicionamento: “Art. 1.º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Entretanto, em que pese a demonstrada compatibilidade e relevância da licença compulsória na Defesa da Concorrência, a Lei 9.279/96 apenas a previu no caso expresso de patentes. Não há qualquer dispositivo legal que autorize o seu uso para aplicação em relação aos desenhos industriais, marcas ou indicações geográficas, apesar de tais institutos estarem previstos na mesma lei das patentes.

Não conseguimos vislumbrar motivo para tal omissão, especialmente porque o acordo Trips, documento internacional que faz parte dos atos constitutivos da Organização Mundial do Comércio – OMC e que tem por objetivo definir padrões mínimos no campo da Propriedade Intelectual, prevê a possibilidade de inclusão na legislação nacional de ferramentas para coibir genericamente o abuso de direitos no âmbito da tutela dos ativos intelectuais:

“Art. 40.

1. Os membros concordam que algumas práticas de licenciamento ou condições pertencentes aos direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem ter efeitos adversos no comércio e podem impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nada neste Acordo pode impedir os Membros de especificar em suas legislações práticas de licenciamento ou condições que podem em casos particulares constituir um abuso de direitos de propriedade intelectual tendo um efeito adverso na concorrência no mercado relevante. Como fornecido acima, um Membro pode adotar, coerentemente com outras condições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, as quais podem incluir, por exemplo, condições exclusivas de devolução de privilégio, condições que evitem disputas referentes à validade e licenciamento compulsório, na luz das leis e regulamentos relevantes daquele Membro” (tradução livre).¹⁵

¹⁵ Tradução livre: “Article 40 – 1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such

Diante disso, uma vez que a Lei 9.279/96 não autoriza o licenciamento compulsório de desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, o disposto nos PL a respeito das “licenças compulsórias de direitos de Propriedade Intelectual” pode ter sua força significativamente esvaziada nesses casos, em especial o disposto em seu art. 38, IV, *a*, que busca utilizá-la como verdadeira sanção.

Nunca é demais relembrar que a sistemática da legislação de defesa da ordem econômica, especialmente no caso de combate às condutas, é de mera recomendação e não de execução direta da licença compulsória pelo Cade. Dessa forma, sem a previsão, na legislação específica de Propriedade Intelectual, de efetivação concreta desse dispositivo para determinadas espécies de PI, a recomendação do Cade será absolutamente inócua. É justamente essa a hipótese para os desenhos industriais, marcas e indicações geográficas, em que pese o dispositivo poder ser concretamente aplicado no caso das patentes, como demonstrado.

No caso dos atos de concentração econômica, não vislumbramos perda significativa de eficácia em função do tratamento dado pelos PL à questão, em que pese o uso da expressão “licenciamento compulsório” de forma pouco técnica, conforme demonstrado no item 2. O art. 61, § 2.º, I dos projetos de lei confere ao Cade o poder de definir até mesmo a alienação de ativos como condição para aprovação do ato. Tendo em vista que essa hipótese pode ser até mesmo mais incisiva que o licenciamento compulsório, uma vez que este não implica na transferência definitiva de direitos, pouco importa que não haja previsão legal para a licença nesses moldes, pois o Cade pode determinar a venda do ativo de PI como condição. Vale lembrar, neste caso, que não estamos diante de mera recomendação, ao contrário do disposto no art. 38, IV, *a*, o que colabora para a eficiência do art. 61 dos PL.

4. Licenciamento Compulsório na Lei 9.609/98 (*Softwares*)

A Lei 9.609/98 tutela a proteção dos softwares ou programas de computador, assim os definindo:

“Art. 1.º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida

practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.”

em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados”.

Ao contrário da Propriedade Industrial, a pessoa obtém a titularidade do programa de computador com o simples ato de criação. Não se trata de sistema atributivo, mas meramente declaratório, o que torna dispensável qualquer tipo de depósito/registro para gozo dos direitos.¹⁶

Não há previsão legal para o licenciamento compulsório de programas de computador na Lei 9.609/98. Além disso, o fato de estarmos diante de um direito cujo registro é absolutamente dispensável e, portanto, inexistente análise de mérito por nenhum ente estatal para a concessão das prerrogativas ao titular, traz à baila a seguinte questão: qual seria o órgão público competente para concessão (em tese) da licença compulsória de software? A quem o Cade deveria se dirigir para encaminhar a recomendação prevista no art. 38, IV, *a*, dos PL?

O INPI, no caso dos programas de computador, possui papel meramente cartorário. Limita-se a receber o pedido de depósito de software em um envelope lacrado, sem efetivar nenhuma análise de mérito, mesmo porque o regime jurídico não é o de atribuição de direitos pelo registro. Dessa forma, entendemos que seria impossível considerar que o INPI seria o órgão público competente para julgar uma recomendação de licença compulsória nesses termos, uma vez que não há dispositivo legal que o autorize a efetivar o licenciamento nessas condições e também porque não procede com nenhuma análise sobre a matéria protegida pelo programa de computador.

Diante disso, somos da opinião que, no caso dos softwares, a proposta de alteração da Lei 8.884/94 no que diz respeito às infrações contra a ordem econômica não gera nenhuma eficiência em prol da Defesa da Concorrência, uma vez que inaplicável nesta hipótese.

No caso dos atos de concentração econômica, vale o exposto no item 3, quando tratamos dos institutos de Propriedade Industrial. A prerrogativa de

¹⁶ “Art. 2.º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

(...)

§ 3.º A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro”.

se determinar a alienação de ativos como requisito para aprovação do ato, nos termos do art. 61, § 2.º, I, dos PL, supre qualquer ineficácia que a ausência de previsão legal de licenciamento compulsório poderia gerar.

5. Licenciamento Compulsório na Lei 9.610/98 (Direitos Autorais)

A lei de direitos autorais protege as criações do espírito, manifestações do intelecto humano de cunho preponderantemente artístico. São exemplos de tais obras as literárias, musicais e audiovisuais, entre outras. A exemplo dos programas de computador, a aquisição dos direitos de autor se dá com a criação da obra, sem obrigatoriedade de registro de nenhuma espécie para o seu reconhecimento.

Não há previsão legal para o licenciamento compulsório dos direitos autorais, em idêntica situação à explanada no caso dos softwares. Por esse motivo e pela similaridade da aquisição das prerrogativas legais independentemente de registro ou depósito, todas as observações apresentadas no item 4, referentes aos programas de computador, são também aplicáveis aos direitos de autor. Devemos ressaltar apenas que, neste caso, a entidade que exercerá a função cartorária será a Biblioteca Nacional e não o INPI.

Dessa forma, a ausência de permissão legal que embase o licenciamento compulsório de direitos de autor pode retirar a eficácia buscada pela proposta de alteração da Lei 8.884/94, com tal medida, no caso de condutas que envolvam esse tipo de ativo intelectual, tendo em vista que a recomendação proferida pelo Cade não encontrará base para sua efetivação. Não haverá prejuízo no caso dos atos de concentração econômica, uma vez que o Cade poderá impor a condição de até mesmo determinar a transferência definitiva dos direitos, conforme previsto no art. 61 dos PL.

6. Licenciamento Compulsório na Lei 9.456/97 (Cultivares)

A Lei 9.456/97 trata dos direitos de propriedade intelectual referente às variedades vegetais (cultivares) e as prerrogativas concedidas ao titular. Trata-se de norma que se utiliza de linguagem extremamente técnico do ponto de vista da Biologia, como pode-se depreender dos conceitos apresentados em seu art. 3.º.¹⁷ Para os fins deste trabalho, interessar-nos-á o fato de que

¹⁷ “Art. 3.º Considera-se, para os efeitos desta Lei:

(...)

a Lei de Cultivares concede certos direitos de exclusividade ao titular, da maneira semelhante à legislação de Propriedade Industrial, Direitos de Autor e Software, o que pode gerar impactos na concorrência.

Para a análise dos dispositivos dos PL 3937/04 e 5877/05 que temos destacado, importa ressaltar que a Lei 9.456/97 prevê expressamente a possibilidade de licenciamento compulsório de cultivares, mediante requerimento de terceiro interessado, em seus arts. 28 e 29.¹⁸ Há, inclusive, previsão expressa de concessão da licença motivada por restrição injustificada à concorrência.

IV – cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos;

V – nova cultivar: a cultivar que não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;

(...)

IX – cultivar essencialmente derivada: a essencialmente derivada de outra cultivar se, cumulativamente, for:

a) predominantemente derivada da cultivar inicial ou de outra cultivar essencialmente derivada, sem perder a expressão das características essenciais que resultem do genótipo ou da combinação de genótipos da cultivar da qual derivou, exceto no que diz respeito às diferenças resultantes da derivação;

b) claramente distinta da cultivar da qual derivou, por margem mínima de descritores, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão competente;

c) não tenha sido oferecida à venda no Brasil há mais de doze meses em relação à data do pedido de proteção e que, observado o prazo de comercialização no Brasil, não tenha sido oferecida à venda em outros países, com o consentimento do obtentor, há mais de seis anos para espécies de árvores e videiras e há mais de quatro anos para as demais espécies;”.

¹⁸ “Art. 28. A cultivar protegida nos termos desta Lei poderá ser objeto de licença compulsória, que assegurará:

I – a disponibilidade da cultivar no mercado, a preços razoáveis, quando a manutenção de fornecimento regular esteja sendo injustificadamente impedida pelo titular do direito de proteção sobre a cultivar;

II – a regular distribuição da cultivar e manutenção de sua qualidade;

Interessante notar que, por força do art. 21, § 1.º, do Decreto 2.366/97, o interessado, para solicitar o licenciamento compulsório, não pode ter, contra si, representação por infração à ordem econômica, nos termos da Lei 8.884/94.

Um dos aspectos mais relevantes para análise da questão, sob o ponto de vista da Defesa da Concorrência, é que o Cade, nesse caso, será a autoridade pública responsável pelo próprio deferimento da licença compulsória, sendo-lhe atribuído, por força dos arts. 31 e 33 da Lei 9.456/97,¹⁹ poder superior ao da mera recomendação. O Ministério da Agricultura, responsável pela concessão da cultivar, terá papel de receber o requerimento, elaborar parecer técnico a respeito da questão e encaminhar posteriormente o processo ao Cade, devendo este decidir a matéria.²⁰

III – remuneração razoável ao titular do direito de proteção da cultivar.

Parágrafo único. Na apuração da restrição injustificada à concorrência, a autoridade observará, no que couber, o disposto no art. 21 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

Art. 29. Entende-se por licença compulsória o ato da autoridade competente que, a requerimento de legítimo interessado, autorizar a exploração da cultivar independentemente da autorização de seu titular, por prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, sem exclusividade e mediante remuneração na forma a ser definida em regulamento”.

¹⁹ “Art. 31. O requerimento de licença será dirigido ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento e decidido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, criado pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.

§ 1.º Recebido o requerimento, o Ministério intimará o titular do direito de proteção a se manifestar, querendo, no prazo de dez dias.

§ 2.º Com ou sem a manifestação de que trata o parágrafo anterior, o Ministério encaminhará o processo ao Cade, com parecer técnico do órgão competente e no prazo máximo de quinze dias, recomendando ou não a concessão da licença compulsória.

§ 3.º Se não houver necessidade de diligências complementares, o Cade apreciará o requerimento no prazo máximo de trinta dias.

(...)

Art. 33. Da decisão do Cade que conceder licença requerida não caberá recurso no âmbito da Administração nem medida liminar judicial, salvo, quanto à última, ofensa ao devido processo legal.”

²⁰ O Ministério da Agricultura, independentemente da licença compulsória, poderá utilizar a ferramenta do uso público restrito, prevista no art. 36 da Lei 9.456/97, para atender as necessidades da política agrícola nos casos de emergência nacional,

Dessa forma, uma vez que há expressa previsão legal para a concessão de licenciamento compulsório e sendo esta decidida pelo próprio Cade, como demonstrado, entendemos que os artigos 38 e 61 dos PL podem ser aplicados de maneira eficaz no caso da questão debatida envolver cultivares.

7. Licenciamento compulsório na Lei 11.484/07 (topografia de circuitos integrados)

A topografia de circuitos integrados trata-se de matéria prevista na Lei 11.484/07, estando conceituada no art. 26 dessa norma.²¹ A sua proteção como uma espécie de Propriedade Intelectual, no Brasil, foi motivada pelo fomento que se buscou estruturar na área de semicondutores e na implementação da televisão digital.

O art. 48 da Lei 11.484/07 define a possibilidade de concessão de licenças compulsórias destinadas a “assegurar a livre concorrência ou prevenir abusos de direito ou de poder econômico pelo titular do direito, inclusive o não atendimento do mercado quanto a preço, quantidade ou qualidade”. A questão da Defesa da Concorrência salta aos olhos, dadas as expressas finalidades do licenciamento.

A autoridade pública dotada de poder para decidir a respeito da licença, no caso, seria o INPI, também responsável pela concessão, por meio de registro, dos direitos ao titular da topografia.

Para fins de aplicação concreta dos dispositivos concernentes à licença compulsória nos PL que propõem as mudanças no sistema de Defesa da

abuso do poder econômico, ou outras circunstâncias de extrema urgência e em casos de uso público não comercial, autorizando a exploração da cultivar pela União ou por terceiro por ela designado.

²¹ “Art. 26. Para os fins deste Capítulo, adotam-se as seguintes definições:

I – circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II – topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.”

Concorrência, nos casos que envolvam topografias de circuito integrado, entendemos que há base jurídica suficiente na Lei 11.484/07, haja vista a expressa previsão legal. Dessa forma, as propostas de alteração na legislação de proteção à ordem econômica, quanto a esse tipo de licenciamento, tendem a ter eficácia prática no caso de sua efetiva utilização.

8. Conclusão

Neste trabalho, procuramos analisar as propostas de alteração da Lei 8.884/94, materializadas nos PL 3937/04 e 5877/05, que envolvem a questão do licenciamento compulsório de direitos de Propriedade Intelectual. Deve-se ressaltar que, em determinados casos, a eficiência buscada pela modificação do texto legal pode não ser alcançada em sua plenitude, especialmente quando não houver previsão expressa na legislação que permita a efetivação de licença compulsória para determinados tipos de direito. Como demonstrado, é justamente esse o caso dos desenhos industriais, marcas, indicações geográficas, direitos autorais e softwares.

Em que pese o fato de que a forma proposta para imposição de restrições para aprovação dos atos de concentração econômica, indicada no art. 61 dos PL, ofereça instrumentos adicionais que podem suprir a falta de aplicação da licença compulsória (como a determinação de alienação de ativos, nos termos do § 2.º, I, do art. 61), o mesmo não se observa no caso das condutas infrativas.

O art. 38, IV, “a” dos PL, a exemplo da redação atual do art. 24, IV, *a*, da Lei 8.884/94, limita-se a permitir ao Cade a expedição, aos órgãos públicos competentes, de recomendação de concessão de licença compulsória. O Conselho, portanto, não a decretará diretamente, salvo se for-lhe concedido poder específico para tanto por meio de outra lei, como no caso das cultivares.

Tal fato pode esvaziar a proposta de alteração da legislação de Defesa da Concorrência nesse ponto. De nada adiantará o Cade recomendar algo que não pode ser legalmente cumprido. No caso dos direitos de Propriedade Intelectual em que não se vislumbra a previsão legal para o licenciamento compulsório, entretanto, será justamente isso que se verificará.

Parece-nos que a relevância econômica de determinados ativos de Propriedade Intelectual, especialmente em seu aspecto de restrição concorrencial, vem sendo subestimada ao longo do tempo, o que explicaria a ausência do dispositivo expresso referente à licença compulsória em tais

casos. Entretanto, exemplos recentes demonstram que essa questão merece uma reflexão mais profunda.²²

Em suma, é lícita a previsão, na legislação, de mecanismos para Defesa da Concorrência tendo em vista as situações que envolvem direitos de Propriedade Intelectual, sendo o uso do licenciamento compulsório uma poderosa ferramenta nesse contexto. Entretanto, a busca por melhoria nesse âmbito poderá ser mais eficiente se as propostas de modificação da Lei 8.884/94 levarem em conta também o conteúdo das demais normas pertinentes à questão, especialmente as Leis 9.279/96, 9.456/97, 9.609/98, 9.610/98 e 11.484/07. É bem possível que se conclua que estas leis também necessitam de ajustes para a melhoria do sistema de Defesa da Concorrência.²³ O momento atual, de discussões destinadas a debater alterações de ordem legislativa no campo da proteção à ordem econômica, é bastante propício para essa reflexão.

Bibliografia

- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- DIAS, José Carlos Vaz e. Licença compulsória de patentes e o direito antitruste. *Revista da ABPI*, n. 54. São Paulo: ABPI, 2001.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, Ciro. Relatório Sobre os Projetos de Lei 3.937/04 e 5.877/05 para a Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Brasília, Câmara dos Deputados, 2008.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

²² Haja vista o Procedimento Administrativo 08012.002474/2008-24 e a averiguação preliminar 08012.002673/2007-51, que envolvem discussões concorrenciais a respeito de desenhos industriais, espécie de direito de Propriedade Intelectual cujo tratamento na legislação nacional não prevê o licenciamento compulsório.

²³ “O desafio de qualquer práxis de aplicação do Direito da Concorrência está justamente em saber fluir de modo a justificar, de tempos em tempos, a sua reconstrução em termos de progresso, o que só é possível sob a condição de que os operadores dessa práxis aprendam a se mover na fértil intersecção entre ciência econômica, dogmática jurídica e política econômica.” (SCHUARTZ, 2002, p. 73).

- _____. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- POSSAS, Mario Luiz; FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: POSSAS, Mário Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mário Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

SIMULAÇÃO DE EFEITOS UNILATERAIS DE FUSÕES HORIZONTAIS: REVISITANDO O CASO AMBEV

Ian Ramalho Guerriero

1. Apresentação

Para Robert Willig, “a maior mudança no ferramental analítico usado para avaliação de fusões foi o advento de análise de simulações”.¹ O uso de modelos de simulação tem sido cada vez mais recorrente em casos de concentração horizontal na jurisprudência norte-americana, europeia e também na brasileira. Por fornecer previsões do comportamento futuro do mercado, trata-se de uma ferramenta poderosa para a análise de fusões. Com isso, criam-se evidências que podem ser consideradas no julgamento sobre possíveis impactos anticompetitivos da concentração.

A grande vantagem das simulações é gerar resultados quantitativos sobre os impactos da fusão. A necessidade de mensurar efeitos está presente em qualquer julgamento em que seja necessário ponderar argumentos para uma decisão final. Em se tratando de efeitos futuros, naturalmente não observáveis, as simulações precisam se valer de premissas comportamentais do mercado, inseridas num arcabouço teórico sólido.

No entanto, as premissas e os modelos econômicos usados não necessariamente são os mais realistas e nem sempre refletem o efetivo funcionamento do mercado sob análise. Todo modelo é uma simplificação da realidade, enquanto que as relações econômicas reais são bastante sofisticadas e por vezes podem envolver muitas dimensões, dificultando seu tratamento analítico. Por outro lado, a simplicidade dos modelos é o que garante que sejam explorados e desenvolvidos e, principalmente, compreendidos pelas partes interessadas e pelo próprio órgão julgante. É essencial que os modelos sejam claros em sua mecânica e tenham explícitas suas premissas para que seus resultados sejam adequadamente interpretados e considerados no julgamento.

No Brasil, o caso que inaugura a ampla utilização de simulações é o Nestlé-Garoto, julgado em 2004. Nessa ocasião, as simulações desempenha-

¹ Declaração no Merger Enforcement Workshop, evento conjunto do FTC com DOJ, em 19.02.2004. Ver transcrição em FTC/DOJ (2004, p. 124).

ram um papel fundamental na decisão pela reprovação do ato de concentração, mostrando que os ganhos alegados de eficiência não seriam suficientes para mitigar os efeitos anticompetitivos, em especial o aumento simulado de preços.²

Estimulado pela extrema importância que os modelos de simulação tiveram para orientar a decisão do caso Nestlé-Garoto, este artigo se propõe a analisar as vantagens e limitações do uso de simulações em defesa da concorrência. Nesse sentido, o importante caso da criação da Ambev, julgado em 2000, serve de ilustração para o qual foram feitas simulações com o modelo PCAIDS. Os resultados simulados para o mercado de cervejas à época da criação da Ambev apontam para efeitos anticompetitivos bastante expressivos, que poderiam sugerir ao Cade medidas mais restritivas para a aprovação do que aquelas efetivamente tomadas.

O artigo está dividido em cinco seções incluindo esta introdução. Na seção 2 é feita a análise dos modelos de simulação, sua mecânica e principais vantagens e limitações. Na seção 3 é apresentado o modelo PCAIDS. A aplicação de modelo PCAIDS ao caso Ambev é feita na seção 4, onde também se discute a convergência dos resultados da simulação com a análise feita pelo Cade à época do julgamento. A seção 5 traz os comentários finais.

2. Modelos de Simulação

Modelos de simulação que analisam os efeitos unilaterais de uma fusão horizontal,³ medem os diferenciais de preços e quantidades gerados pela fusão entre empresas no setor. São um instrumento de previsão dos impactos de uma fusão horizontal, em termos de preços e quantidades, que podem ainda incluir a consideração de os ganhos de eficiência na operação. Ganhos de eficiência, em geral associados à redução de custos, compensariam o aumento de poder de mercado, ao reduzir o preço e elevar a quantidade ofertada.

A mecânica das simulações parte dos preços e quantidades disponíveis pré-fusão como uma situação de equilíbrio, de maximização de curto prazo da indústria. Com as elasticidades-preço dos produtos do mercado, associa-

² Ver Guerriero (2008).

³ Apresentado originalmente por Werden e Froeb (1994), modelo com bens diferenciados competindo num modelo de Bertrand. Farrell e Shapiro (1990) já haviam proposto o uso de modelo baseado em concorrência de Cournot.

das a um modelo de concorrência oligopolista, em geral Bertrand, é possível encontrar um novo equilíbrio pós-fusão, considerando inclusive ganhos de eficiência alegados, alterando a regra de maximização de lucro da empresa, que depois da fusão considerará conjuntamente todos os produtos que antes eram produzidos por empresas diferentes.

Os preços e quantidades de equilíbrio simulados para a situação pós-fusão podem ser comparados com a situação pré-fusão e, com isso, avaliar e tirar conclusões normativas sobre a variação de bem estar econômico advindo do efeito unilateral da fusão.

Cada etapa da simulação exige a admissão de algumas premissas, que podem se fundamentar em diversas alternativas teóricas. Isso implica na possibilidade de muitos resultados diferentes, baseados nos mesmos dados originais. A técnica econômica não é unívoca e tampouco consensual. Além disso, em situações de decisões normativas, pode ser usada retoricamente pelas partes envolvidas. Isso certamente cria dificuldade para os órgãos anti-truste em suas decisões ao se depararem com evidências econômicas díspares que são, todas elas, fundamentalmente corretas na técnica.

Com os Guidelines norte-americanos de 1992 se consolidou a análise de efeitos unilaterais advindos de fusões horizontais. Esses efeitos são caracterizados como aumento de preços, redução de quantidades ou comportamento menos competitivo da empresa fusionada enquanto as outras empresas concorrentes não alteram suas estratégias. Essa é, portanto, uma análise estática de um jogo de apenas uma rodada usando modelos de oligopólio que geram equilíbrios comparáveis, pré e pós-fusão.

Formalmente, um efeito unilateral pode ser definido como a diferença entre dois equilíbrios não cooperativos de Nash, sendo que o primeiro representa a situação pré-fusão e o segundo a situação pós-fusão. Denotando por a_i a ação da empresa i e a_{-i} a ação de todas as demais empresas, os lucros da empresa i são:⁴ $\Pi_i(a_i, a_{-i})$ e a condição de equilíbrio, necessária e suficiente, é que cada empresa esteja no seu ótimo:

$$(1) \quad \frac{\partial \Pi_i(a_i, a_{-i})}{\partial a_i} = 0$$

⁴ Essa função é assumida como estritamente côncava, contínua e duplamente diferenciável.

Sendo assim, cada empresa maximiza seu lucro de curto prazo considerando a ação das outras. Isso gera uma curva de reação de cada empresa às ações de suas concorrentes, que resolve a equação (1). Considerando uma fusão entre a empresa i e j , o problema da nova empresa passa a ser maximizar $\Pi^i + \Pi^j$, e a condição de ótimo é:

$$(2) \begin{cases} \frac{\partial \Pi_i(a_i, a_{-i})}{\partial a_i} + \frac{\partial \Pi_j(a_j, a_{-j})}{\partial a_i} = 0 \\ \frac{\partial \Pi_i(a_i, a_{-i})}{\partial a_j} + \frac{\partial \Pi_j(a_j, a_{-j})}{\partial a_j} = 0 \end{cases}$$

Note-se que por (2) a nova empresa mudará seu comportamento se existirem efeitos entre os produtos de i e j . Ou seja, haverá um equilíbrio diferente devido à influência do preço e consumo de um produto sobre o preço e consumo do outro, de forma que a nova empresa tem a possibilidade de estrategicamente alterar a oferta de seus dois produtos com o objetivo de maximizar seu lucro, pois já não toma o segundo produto como dado.

É importante ressaltar que, apesar de ser um efeito unilateral, as outras empresas mudam suas ações em resposta à nova estratégia da empresa fusionada, apesar de que permaneçam otimizando o mesmo problema (1), mantendo-se na mesma curva de reação. É por isso que o efeito é dito unilateral. A fusão internaliza a concorrência entre as duas empresas e isso reduz a competição geral do mercado, gerando preços mais elevados e quantidades totais menores.

2.1 Definição do mercado relevante

A doutrina antitruste, bem como os guias de análise das autoridades brasileiras,⁵ estabelece a necessidade de definição do mercado relevante em suas dimensões geográfica e de produto. Essa etapa da análise é fundamental já que definições de mercado muito abrangentes podem indicar pouca concentração e, ao contrário, definições muito restritas podem gerar elevados índices de concentração. O Teste do Monopolista Hipotético é o método consagrado para essa definição, que estabelece o mercado relevante como aquele conjunto de bens, num espaço geográfico restrito, tal que se fossem

⁵ Guia (2001).

fornecidos por apenas uma empresa (o monopolista hipotético) seria possível elevar lucrativamente o preço de forma substancial e permanente.⁶

Pelo lado da demanda, se faz necessária a estimação das elasticidades-preço, próprias e cruzadas de cada produto, para a definição de como os consumidores reconhecem os produtos como substitutos ou não, ou seja, se pelo lado da demanda os produtos são concorrentes e participam do mesmo mercado. Elasticidades-preço cruzadas muito baixas entre dois produtos indicariam que os consumidores não os enxergam como substitutos. Por outro lado, elasticidades cruzadas altas apontariam substitutibilidade entre os produtos.

A capacidade de oferta, por sua vez, também é parte da definição do mercado, já que produtos que não necessariamente são considerados substitutos pelo consumidor, podem ser produzidos pela mesma empresa sem implicar em novos investimentos ou qualificações. Ou seja, pelo lado da oferta uma empresa pode ser considerada participante do mercado por sua capacidade de oferta, mesmo que não esteja efetivamente produzindo mercadorias consideradas pelos consumidores daquele mercado no momento da análise. Portanto, o lado da oferta deve considerar também a capacidade potencial de oferta das empresas.

Definido o mercado, em suas dimensões geográfica e de produto, é necessário levantar os dados de preços e quantidades dos produtos do mercado. Observar essas informações num único período do tempo é bastante simples e acessível às autoridades. Porém, para possibilitar estudos econométricos e estimação das elasticidades-preço do mercado são necessárias séries mais longas. Para muitos dos bens diferenciados é possível obter séries de dados longas em consultorias específicas, como ACNielsen e Information Resources Inc., que pesquisam preços e quantidades vendidas em pontos de venda com periodicidade regular (scanner data). Deve-se ficar atento ao uso desses dados, pois são agregados por produto, pontos de venda e tempo, o que pode gerar problemas de estimação.⁷ Além disso, os dados refletem os preços de revenda enquanto as fusões em geral acontecem no nível da produção. Nesse sentido, se fazem necessárias análises sobre a relação contratual entre

⁶ Em geral o aumento de preços considerado é de no mínimo 5%. Uma apresentação detalhada da definição de mercado relevante e do TMH pode ser encontrada em Hovenkamp (2005a) seção 3.8 e também em Motta (2004) capítulo 3.

⁷ Ver Hosken et al (2002) para uma discussão sobre os problemas das fontes de dados e agregação no uso antitruste.

essas duas partes, que pode mitigar ou ampliar efeitos anticompetitivos de uma fusão.

A necessidade de agregação dos produtos, principalmente entre os diversos tipos de embalagens e variedades disponíveis, reduz fortemente o número de parâmetros a serem estimados. Entretanto, havendo disponibilidade de dados em séries suficientemente longas, as estimativas mostram que as elasticidades calculadas são muito diferentes quando os produtos não são agregados.

O problema da agregação é que gera estimação de uma média que não reflete nenhuma demanda real. Na análise antitruste, porém, o que se está avaliando é o mercado que envolve os produtores e os revendedores e, por isso, a agregação passa a ser uma alternativa técnica interessante, sendo pouco importantes as diferenças entre as formas de apresentação dos produtos.

Outro aspecto importante que deve ser sempre avaliado com cautela é a participação de mercado das empresas. Nos raros mercados de bens homogêneos, essa definição é trivial, porém em mercados com bens diferenciados – vale dizer, a maior parte deles – é necessário definir uma unidade comum entre os diversos bens. O mais usual é definir as parcelas de mercado pela parcela do faturamento total, ou seja, considerar o valor monetário do faturamento como unidade comum de comparação. Essa abordagem, porém, sofre algumas limitações por sobre-avaliar a participação de mercado de produtos mais caros e, inversamente, sub-avaliar a participação de produtos mais baratos, mesmo assim, é a melhor e mais prática aproximação para a maior parte dos casos.⁸

2.2 *Função de demanda e sensibilidade*

Para a análise antitruste, em especial para o uso de simulações, é indispensável e não trivial a definição da demanda e a estimação de seus parâmetros. Mercados com bens diferenciados possuem não só a elasticidade-preço total do mercado, mas elasticidades-preço cruzadas entre os diversos

⁸ As abordagens alternativas exigem que o produto seja reduzido a alguma característica física comum que possa ser mensurada. Em sequência, os preços são definidos com referência a essa unidade. Essa alternativa pode ser útil em mercados cujos bens compartilham propriedades comuns e identificáveis, sendo cada um dos bens diferenciados uma diferente composição das características disponíveis. A metodologia dessa alternativa é por si só questionável, reservando a ela espaço apenas na academia. Ver por exemplo o mercado de automóveis, em Berry et al (1995).

produtos. O total de parâmetros cresce quadraticamente com o número de produtos do mercado e isso, sem dúvida, é um desafio para o econometrista que precisa estimar muitos parâmetros de forma consistente, nem sempre dispondo da quantidade de dados necessária.

O ideal é estimar a demanda tendo flexibilidade para que os dados apontem os parâmetros mais próximos da realidade. Entretanto, isso é custoso em termos de dados e de tempo, elementos escassos na análise antitruste. Dessa forma, usualmente recorre-se a alguns padrões de substituição para modelar o mercado. Dentre os mais comuns, destacam-se a função de demanda Linear, Log-linear (isoelástica), Aids,⁹ Logit¹⁰ e também PCAIDS.¹¹

Foge ao escopo desse artigo apresentar as diferentes formas funcionais de demanda comumente aplicadas para estimação das elasticidades-preço.¹² É importante, no entanto, destacar que os parâmetros estimados e os resultados das simulações de fusões são bastante sensíveis à forma funcional da demanda. Admitir uma forma funcional para a demanda é, por um lado, necessário por permitir a estimação dos parâmetros e viabilizar análises quantitativas e simulações no tempo hábil do processo de julgamento de casos de fusões. Por outro lado, essas formas funcionais, além de muito rígidas, resultam efeitos unilaterais muito diferentes entre si. Ou seja, além de não necessariamente refletirem o real comportamento do mercado, a depender do tipo de demanda escolhido, os resultados das simulações serão bastante diferentes.

Quanto ao primeiro problema, qual seja, da adequação dos dados à realidade, se fazem necessários alguns testes de adequação. É preciso avaliar o comportamento pregresso do mercado para confirmar que o padrão de demanda escolhido ao menos explique os principais movimentos de substituição entre os produtos. Do contrário, será pouco adequado o uso do sistema escolhido para o mercado avaliado e outros sistemas devem ser buscados. Nesse sentido, o uso de sistemas de demanda mais rígidos traz benefícios em termos de facilidade de interpretação e reduzida necessidade de dados e tempo para análise e estimação econométrica, mas se a forma funcional não representar o comportamento do mercado, toda a vantagem da simplicidade

⁹ Deaton e Muelbauer (1980).

¹⁰ Werden e Froeb (1994).

¹¹ Epstein e Rubinfeld (2002).

¹² Para uma apresentação detalhada de diferentes formas de estimar funções de demanda, aplicada ao antitruste, ver Huse e Salvo (2006). Ver também Hosken et al (2002) para uma abordagem comparativa.

se perde com a precariedade da relação entre a forma funcional proposta e o real funcionamento da substituição entre os produtos.

Ademais, escolher entre as formas funcionais da demanda implica resultados diferentes dos efeitos unilaterais advindos da fusão. Para uma intuição desse problema, basta lembrar que funções de demanda com declividade mais acentuada, e menor elasticidade, permitem maiores aumentos de preços com menores reduções de quantidade do que demandas mais horizontais, mais elásticas. Assim, se a forma funcional escolhida for mais elástica, a perda em quantidades resultante de aumento de preços é maior, o que é um limitador dos efeitos negativos de uma fusão de concorrentes.¹³

Evidentemente, é necessário que a escolha entre qualquer uma das formas funcionais se respalde na análise do comportamento dos agentes do mercado. Mesmo assim, em casos em que o tempo é exíguo, e nos quais possivelmente essa análise não possa ser feita, a autoridade antitruste deve reconhecer que exercícios de simulação geram diferentes resultados a depender da forma funcional da demanda adotada e, por isso, tomar seus resultados com cautela.

2.3 Modelo comportamental e mecânica das simulações

A preocupação na simulação é mensurar o aumento do poder de mercado gerado pela fusão e seus possíveis impactos. Para isso, é necessário saber o poder de mercado atual. Existem muitas formas de medir poder de mercado, a maioria delas relaciona, de alguma maneira, o custo marginal (CMg) e o preço.

Na tradição estruturalista, que fundamenta a análise antitruste, a causalidade Estrutura → Conduta → Desempenho (ECD)¹⁴ foi base teórica para a economia industrial em seus esforços no sentido de explicar a indeterminação teórica em mercados oligopolistas. Assim como a teoria microeconômica tradicional, a escola estruturalista mantém a premissa de que empresas são

¹³ Ver Crooke et al (1999) para uma discussão sobre esse tema, onde são testadas as sensibilidades de quatro tipos de forma funcional (AIDS, Logit, Linear e log-linear). Os autores chegam a que mostram diferenças expressivas entre as elasticidades-preço a depender da forma funcional. Ver também Werden e Froeb (2002) para uma comparação entre os impactos de diferentes formas funcionais da demanda sobre os resultados de simulações.

¹⁴ Para uma apresentação detalhada ver os livros-texto de Scherer e Ross (1990) e Hay e Morris (1991).

passivas, sujeitas à determinação de suas condutas e desempenho pela estrutura de mercado. Esta, por sua vez, é definida como resultado das características técnicas e de custos.

A disponibilidade de dados e o desenvolvimento de métodos econométricos possibilitou o teste empírico da causalidade ECD e de seus resultados teoricamente esperados. Seus resultados empíricos¹⁵ apontam para a importância de muitas outras variáveis – que a princípio não seriam relevantes – e relações muito mais complexas entre essas variáveis do que a causalidade ECD mais simplista supõe. Ou seja, indicam que a estrutura não é o principal determinante do desempenho e, além disso, a relação entre os dois é instável no tempo e no espaço. Esse resultado se opõe à hipótese de causalidade ECD em sua relação mais básica de determinação entre a concentração e a lucratividade.

Daí a necessidade de um arcabouço teórico mais sofisticado, considerando uma empresa que trabalha para modificar as condições de mercado onde atua, mudando as suas próprias restrições. Mais que isso, a evidência empírica mostra a importância de incluir outras variáveis na análise, especialmente relacionadas às características particulares das empresas. Tratar-se-á, assim, de uma abordagem que vê a empresa como agente responsável por seus próprios resultados, sem perder de vista restrições dadas pelo ambiente em que atua. Restrições estas que a própria empresa trabalha para relaxar a seu favor. Esse reconhecimento torna a análise ainda mais complexa, dificultando tratamentos quantitativos.

Com a crescente importância da eficiência como referencial normativo¹⁶ e a necessidade de mensuração quantitativa dos efeitos comportamentais, foram reabilitados também modelos de oligopólio anteriormente descartados por serem considerados simplistas demais. Esses modelos são fáceis de serem interpretados por terem soluções de equilíbrio, permitindo comparação estática entre duas situações com parâmetros diferentes. Os modelos de Cournot e Bertrand, principalmente o último, são os mais recorrentes em simulações de efeitos anticompetitivos de fusões.

¹⁵ O artigo de Schmalensee (1989) se insere no conjunto de trabalhos que reúnem resultados empíricos de diversas tentativas de testar a causalidade ECD, de onde se destacam também os esforços de Bresnahan (1989) e Hay e Morris (1991), cap. 8.

¹⁶ Característica da chamada Escola de Chigago, ver Hovenkamp (2005a), p. 64. Ver o artigo seminal de Williamson (1968) e o trade-off entre poder de mercado e eficiência econômica.

O modelo de Bertrand com produtos diferenciados é baseado em competição por preços, que são determinados simultaneamente pelas empresas do mercado considerando a reação de suas concorrentes. A simplicidade de premissas e a aproximação desse modelo com mercados oligopolizados de bens de consumo diferenciados credenciam-no a ser utilizado nas simulações de fusões em análise antitruste, ainda que suprima diversas dimensões competitivas (como barreiras à entrada, propaganda, distribuição, etc.) que não podem faltar à análise. Nesse sentido, a simulação é sempre uma ferramenta útil para a análise, embora seus resultados não sejam suficientes para a tomada de decisão.

Formalmente, a empresa em Bertrand quer maximizar seus lucros e tem apenas um produto.¹⁷ Denominando p_i os preços de todos os demais produtos, a demanda pelo bem i $D_i(p_i, p_{-i})$ e o custo de produção $C_i(D_i(p_i, p_{-i}))$. Os lucros são dados por:

$$(3) \Pi_i(p_i, p_{-i}) = p_i D_i(p_i, p_{-i}) - C_i(D_i(p_i, p_{-i})) ,$$

e a condição de maximização de lucros é:

$$(4) \frac{\partial \Pi_i(p_i, p_{-i})}{\partial p_i} = D_i(p_i, p_{-i}) + \frac{\partial D_i(p_i, p_{-i}) [p_i - C'_i(D_i(p_i, p_{-i}))]}{\partial p_i} = 0 .$$

Define-se também a margem entre preço e custo como $m_i = -1/\epsilon_i$, onde ϵ_i é a elasticidade-preço própria do bem i , que é o familiar índice de Lerner. Com isso, sendo o comportamento de Bertrand, é possível estimar, a partir do equilíbrio pré-fusão qual é o CMg das empresas do mercado dispendo dos preços e das elasticidades. Considerando os CMg constantes em todas as empresas, é possível calcular o novo equilíbrio, pós-fusão, dado o mesmo padrão de oligopólio, reduzindo o número de empresas e considerando a empresa fusionada como maximizadora de lucros advindos do novo conjunto de produtos. Com a fusão entre as empresas i e j , a nova empresa passa a maximizar a seguinte função de lucros:

¹⁷ O caso de empresas com dois ou mais produtos envolve a maximização do lucro considerando também as elasticidades-preço cruzadas entre os produtos da própria empresa, exatamente como se fará para a empresa fusionada, que terá dois produtos. Segue-se aqui a apresentação feita por Werden e Froeb (2006).

$$\begin{aligned} \Pi_{i+j}(p_i, p_j, p_{-i-j}) &= p_i D_i(p_i, p_{-i}) - C_i(D_i(p_i, p_{-i})) \\ (5) \quad &+ p_j D_j(p_j, p_{-j}) - C_j(D_j(p_j, p_{-j})) . \end{aligned}$$

E, com isso, a condição de maximização de lucros passa a ser:

$$(6) \quad \begin{cases} D_i(p_i, p_{-i}) + \frac{\partial D_i(p_i, p_{-i})[p_i - C'_i]}{\partial p_i} + \frac{\partial D_j(p_j, p_{-j})[p_j - C'_j]}{\partial p_i} = 0 \\ D_j(p_j, p_{-j}) + \frac{\partial D_i(p_i, p_{-i})[p_i - C'_i]}{\partial p_j} + \frac{\partial D_j(p_j, p_{-j})[p_j - C'_j]}{\partial p_j} = 0 \end{cases}$$

Em termos de elasticidades, as condições de máximo lucro podem ser escritas:

$$(7) \quad \begin{cases} p_i + (p_i - C'_i) \cdot \epsilon_{ii} + (p_j - C'_j) \cdot \epsilon_{ij} = 0 \\ p_j + (p_j - C'_j) \cdot \epsilon_{jj} + (p_i - C'_i) \cdot \epsilon_{ji} = 0 . \end{cases}$$

Ou ainda, usando o conceito de “diversion ratio”,¹⁸ d_{ij} , que é a razão pela qual aumenta a quantidade do bem j quando diminui a venda do bem i , $d_{ij} = -\epsilon_j D_j / \epsilon_i D_i$, temos que as novas margens entre preço e custo da empresa fusionada serão:

$$(8) \quad \begin{cases} m_i = m_j d_{ij} p_i / p_j - 1 / \epsilon_{ii} \\ m_j = m_i d_{ji} p_j / p_i - 1 / \epsilon_{jj} . \end{cases}$$

As demais empresas continuam atendendo à condição (4), enquanto a empresa fusionada passa a operar como (6). O novo equilíbrio calculado fornece estimativas de preços e quantidades das empresas na situação futura, pós-fusão, além das participações de mercado.

Sem existir sinergias advindas da operação, com aumento de eficiência e redução de custos, forçosamente o equilíbrio pós-fusão gerará uma situação de elevação de preços.¹⁹ Intuitivamente, a nova empresa aproveita o padrão

¹⁸ Conceito introduzido por Shapiro (1996).

¹⁹ Para uma formalização desses resultados, ver Motta (2004), seção 5.4.

de substituição entre seus produtos para elevar seus lucros, já que a redução de oferta de um eleva a demanda do outro, e isso pode ser maximizado de forma estratégica.

As simulações que usam o modelo de Bertrand, se forem conhecidos os preços dos bens diferenciados e tiverem boas estimativas das elasticidades da demanda, dispensam o conhecimento da estrutura de custos das empresas, desde que se assuma que o custo marginal de produção é constante no trecho relevante da função. Ou seja, é possível calcular os custos marginais de forma reversa, dados os preços de equilíbrio e as elasticidades, bastando admitir maximização de lucros de curto prazo antes da operação. Essa inferência é bastante vantajosa, dada a dificuldade de estimar a função de custos das empresas, por permitir que as simulações não só projetem a elevação de preços que a fusão gerará, mas também o montante necessário de redução de custos para evitar que ocorra elevação de preços.

Nesse sentido, as simulações são instrumentos quantitativos poderosos para a análise antitruste. Se o critério de aprovação de uma operação for a manutenção do excedente do consumidor, como o Price Standard,²⁰ então é possível quantificar a magnitude da redução de custos necessária, advindas das sinergias da fusão. Para tal, ao executar o exercício de simulação, basta fixar que a variação de preços é zero, mantendo inalterado o equilíbrio de mercado, e deixar que os custos variem para compensar os efeitos da maximização conjunta de lucros dos produtos das empresas fusionadas.

A simplicidade e ampla difusão de suas propriedades fazem do modelo de Bertrand o mais utilizado em simulações de efeitos unilaterais de fusões horizontais. De fato, a maior parte dos mercados com bens diferenciados tem no preço uma variável estratégica importante para a maximização de lucros das empresas, em que se pese ser difícil identificar mercados em que essa seja a única variável estratégica a ser escolhida pelos produtores. Além disso, trata-se de um modelo que permite comparar dois estados de equilíbrio estático, relevando questões relacionadas à transformação dos mercados.

²⁰ O critério de eficiência conhecido como Price Standard exige que para uma situação de concentração de mercado ser eficiente, o excedente do consumidor não pode ser reduzido, ou seja, o preço praticado após a fusão deve ser pelo menos igual ao pré-fusão. Usando o mesmo ferramental analítico, esse critério é mais restrito do que o *trade-off* de Williamson (1968) que apenas exigia que o excedente total (consumidor mais produtor) fosse superior após a fusão. Apresentado por Fisher e Lande (1983), ver Fagundes (2003) para uma defesa de sua aplicação ao antitruste.

Modelar outros tipos de comportamento das empresas, mais sofisticados e possivelmente mais fiéis à realidade, é uma tarefa desejável, mas não simples. Os esforços das análises empíricas estruturalistas, por exemplo, evidenciam o grande número de variáveis estratégicas importantes, a complexidade da interação entre elas e, mais que isso, a dificuldade de mensuração dessas variáveis. À medida que os modelos ganham complexidade e incorporam outras variáveis além do preço, seus resultados dependem cada vez mais da estrutura dos pay-offs associados a cada combinação de estratégias. Ou seja, os resultados dos modelos dependem de suas próprias premissas e estrutura de interação, sendo determinados pelos valores escolhidos ad hoc para cada combinação de estratégias das empresas.

O significado disso é que, em boa medida, o resultado do jogo já está determinado pela sua própria formulação. Assim, ainda que os esforços de modelagens mais complexas sejam muito importantes sob o aspecto teórico e acadêmico, na defesa da concorrência é necessário que todos os argumentos possam ser verificados. Ademais, enquanto os novos modelos exigem que suas propriedades sejam testadas e conhecidas, os resultados e a mecânica dos modelos baseados em Bertrand são amplamente difundidos.²¹

Possivelmente, o melhor para o interesse público seria sempre tratar a possibilidade de conluio, como a escola estruturalista propunha.²² Sem embargo, uma alternativa conservadora para a análise seria considerar que após a fusão o mercado operaria em alguma espécie de colusão, tácita ou explícita, que levaria o preço ao nível de monopólio. Essa escolha de padrão de oligopólio visa a refutar a possibilidade mais extrema, pior para o bem estar dos consumidores, em que os preços seriam os mais altos possíveis. A premissa de concorrência em preços em muitos mercados nem sempre é a

²¹ Podem ser citados modelos desenvolvidos com finalidade antitruste mais sofisticados, entre eles o de Gowrisankaran (1999) que estabelece jogos repetidos e alteração de estratégias das empresas endogenamente a depender dos resultados de lucratividade. Um modelo mais recente é o de Davies (2006) que incorpora num modelo de Bertrand a possibilidade de ação colusiva entre as empresas. Mesmo assim, essas tentativas são bastante restritas se comparadas à amplitude de dimensões competitivas já levantada pela escola estruturalista e presente nos guias de análise antitruste, tanto o Guia (2001) quanto os guidelines (1997). Para uma análise detalhada do referencial internacional e dos guias de análise, ver Maia (2005) cap. 2. Para uma crítica das limitações das simulações de efeitos unilaterais de fusões, ver Gama e Cavalieri (2006).

²² Ver Schuartz (2006).

mais adequada e, estando a autoridade antitruste preocupada com os resultados futuros de uma fusão, considerar a possibilidade de colusão mostra-se uma alternativa que visa à segurança da decisão: se, mesmo sob colusão, os ganhos de eficiência compensarem a possibilidade de aumento de preços, a operação poderia ser seguramente aprovada.

Nesse sentido, os resultados de simulações não devem ser considerados como decisivos no julgamento e sim como evidências que corroboram análises mais sofisticadas. O domínio das técnicas econométricas e a disponibilidade de capacidade de processamento permitem que simulações sejam feitas com custos bastante reduzidos. Dessa forma, poder-se-ia pleitear que as autoridades de defesa da concorrência usassem os resultados de simulações como parâmetros indicativos do grau de impacto de uma fusão proposta, exatamente como é usada a variação de IHH. A criação de índices de efeitos unilaterais de fusões é bastante simples, bastando usar alguns padrões de simulação.²³ Evidentemente, tal lugar tão diminuto não seria suficiente para acomodar as simulações nas análises antitruste. Mesmo que tais índices fossem incorporados, sempre haverá por parte dos interessados o esforço de representar o mercado em análise da forma mais realista possível para medir os impactos de uma fusão horizontal. E, dessa forma, o desenvolvimento de novas técnicas, e principalmente o reconhecimento por parte dos profissionais envolvidos das vantagens e limitações de modelos de simulação, permitem que esse ferramental tenha cada vez mais espaço para avaliações mais rigorosas de fusões propostas.

Argumenta-se, porém, é que os julgamentos não devem ser pautados inteiramente no resultado dessas simulações. Elas são restritivas demais e muito sensíveis a algumas premissas, além de nunca incorporarem todas as dimensões relevantes da concorrência do mercado em análise. As simulações são, sim, úteis como parâmetros da análise. Ou seja, se indicarem que os efeitos líquidos são positivos ou apenas levemente negativos, a autoridade antitruste pode com maior segurança autorizar a operação se as outras evidências também forem favoráveis. Por outro lado, se as simulações indicam efeitos prejudiciais, é necessário que as outras evidências sejam fortes o suficiente para justificar uma aprovação.

²³ Ver, por exemplo, o Werden-Froeb Index (WFI) proposto por Schinkel et al (2007).

3. Modelo PCAIDS e simulação de fusão

A função de demanda conhecida como Proportionately Calibrated Almost Ideal Demand System (PCAIDS),²⁴ é especialmente simples e requer pouquíssima informação sobre o mercado para viabilizar uma simulação de fusão. Usando a premissa de proporcionalidade entre os padrões de substituição entre produtos e suas participações de mercado, o modelo PCAIDS consegue fornecer toda a matriz de elasticidades-preço precisando, essencialmente, apenas a participação de mercado de cada produto, a elasticidade-preço de demanda do mercado como um todo e também a elasticidade-preço própria de um único produto.

A grande vantagem do sistema PCAIDS é sua extrema simplicidade, pouca necessidade de dados e principalmente a rapidez com que simulações de efeitos unilaterais de concentração horizontal podem ser feitas, o que é muito vantajoso para os julgamentos desses casos. Entretanto, essa simplicidade tem um alto preço: a rigidez da função, que estabelece padrões rígidos de substituição entre as marcas baseados apenas em suas participações de mercado. É possível – embora não seja o caso neste artigo – criar cestas de produtos cuja substituição entre si é mais próxima²⁵ e calibrar o parâmetro de distanciamento entre as cestas de forma a se aproximar dos reais padrões da demanda de mercado. Nesse sentido, é muito importante fazer testes de sensibilidade aos parâmetros escolhidos e elasticidades calculadas para que eles consigam refletir os dados do passado desse mercado.

No sistema PCAIDS a estrutura da demanda é dada por:

$$(9) \quad s_i = a_i + \sum_j b_j \ln(s_j).$$

Sendo as elasticidades próprias e cruzadas:

$$(10) \quad \varepsilon_{ii} = -1 + \frac{b_i}{s_i} + s_i(\varepsilon + 1),$$

$$(11) \quad \varepsilon_{ij} = \frac{b_j}{s_i} + s_j(\varepsilon + 1).$$

²⁴ Epstein e Rubinfeld (2002). A apresentação a seguir do modelo segue a feita originalmente por esses autores. Para uma exploração de suas propriedades, ver o artigo original e também Epstein e Rubinfeld (2003).

²⁵ Ver Epstein e Rubinfeld (2003).

Sendo que ε sem subscrito denota a elasticidade-preço total do mercado, e os b representam parâmetros e substituição entre os produtos. Dados ε e ε_{11} (maior em termos absolutos que ε) e também as participações s_i de mercado de cada produto, b_{11} é conhecido, representando o efeito do próprio preço de cada marca sobre sua participação. A matriz de substituição será calculada a partir dessas informações, viabilizando o cálculo das outras elasticidades próprias e cruzadas:

$$(12) \quad b_{11} = s_1(\varepsilon_{11} + 1 - s_1(\varepsilon + 1)) ,$$

$$(13) \quad b_{ii} = \frac{s_i}{1-s_1} \frac{1-s_i}{s_1} b_{11} ,$$

$$(14) \quad b_{ij} = -\frac{s_i}{100\% - s_j} b_{jj} .$$

Dispondo da matriz de substituição e da matriz de elasticidades, é ainda necessário definir outros elementos. São N marcas e n empresas, sendo que cada uma pode produzir n_i marcas. O preço de cada marca será denotado p_j ; a quantidade q_j ; custo marginal c_j ; e a margem de lucro $\mu_j = (p_j - c_j)/p_j$. Definem-se a diferença exponencial entre os preços pós-fusão e pré-fusão como $\delta_j = \ln(p_j \text{ pos}) - \ln(p_j \text{ pre})$. Define-se também a mudança percentual de custos marginais como $\gamma_j = (c_j \text{ pos})/(c_j \text{ pre}) - 1$.

Os vetores são indicados sem o subscrito: $s = (s_1, s_2, \dots, s_N)'$; $p = (p_1, p_2, \dots, p_N)'$; $q = (q_1, q_2, \dots, q_N)'$; $c = (c_1, c_2, \dots, c_N)'$; $\mu = (\mu_1, \mu_2, \dots, \mu_N)'$; $\delta = (\delta_1, \delta_2, \dots, \delta_N)'$ e $\gamma = (\gamma_1, \gamma_2, \dots, \gamma_N)'$. Definem-se as seguintes matrizes: $S = \text{diag}(s)$, $\Gamma = \text{diag}(1 + \gamma)$, $\Delta = \text{diag}(\exp(\delta))$.

Haverá também as matrizes E_i para cada empresa, tal que cada elemento da matriz (k, j) é igual a e_{jk} , ou seja, é a matriz transposta das elasticidades próprias e cruzadas das marcas produzidas pela própria empresa. Define-se, por fim, o vetor de solução $\delta^* = \exp(\delta) - 1$ que é a medida de variação de preços.

A condição de primeira ordem é dada por: $s + \text{diag}(E_1, E_2, \dots, E_n) S \mu = 0$. A primeira etapa da simulação é encontrar a margem de lucro em cada produto, dada pela diferença de preços e custos, antes da operação:

$$(15) \quad \mu_{pre} = -S^{-1} \text{diag}(E_1, E_2, \dots, E_n)^{-1} s .$$

Após a fusão haverá uma empresa a menos, sendo o total $(n-1)$, mas o número de marcas continuará o mesmo. Assumindo que E^{*n-1} é a matriz referente à empresa fusionada (digamos a união da empresa $n-1$ com a n), a condição de primeira ordem pós-fusão é $s + \text{diag}(E_1, E_2, \dots, E^{*n-1}) S \mu = 0$, com

todas as variáveis tomadas em sua situação pós-fusão. Sendo $c_j \text{ pre} = (1 - \mu_j \text{ pre}) p_j \text{ pré}$, e $p_j \text{ pos} = \exp(\delta_j) p_j \text{ pré}$, temos:

$$(16) \quad \begin{aligned} \mu_{j \text{ pos}} &= 1 - c_{j \text{ pos}} / p_{j \text{ pos}} \\ &= 1 - (1 - \mu_{j \text{ pre}})(1 + \gamma_j) / \exp(\delta_j) \end{aligned}$$

Para todas as marcas, a relação pode ser escrita como:

$$(17) \quad \mu_{\text{pos}} = 1 - \Gamma \Delta^{-1} (1 - \mu_{\text{pre}})$$

$$(18) \quad s + \text{diag}(E_1, E_2, \dots, E_{n-1}^*) S \left[-\Gamma \Delta^{-1} (1 - \mu_{\text{pre}}) \right] = 0$$

Assim, a condição de primeira ordem para o pós-fusão pode ser escrita de forma a clarificar a variação de preços como na equação acima. Fundamentalmente, a simulação reside em encontrar o vetor de variação de preços δ que resolve o sistema de equações, sendo que não é necessário conhecer nem os preços nem os custos, já que tudo depende apenas de suas variações.

4. Simulação do caso Ambev

A fusão das companhias de bebida Brahma e Antarctica, em 1999, criou a Companhia de Bebidas das Américas, Ambev.²⁶ No processo de análise do caso, levantou-se o problema de que a operação criaria concentração muito elevada no mercado de cervejas, que aumentaria o risco de abuso de poder de mercado.

Tabela 1 – Participação no Mercado Brasileiro de Cerveja (1999)

	Sul	Sudeste	Oeste	Nordeste	Norte	Brasil
Brama	19,1	23,8	19,1	37,7	18,4	24,4
Skol	22,2	28,3	37	0	0	23,7
Antarctica	20,3	14,1	12,8	34,2	68,3	18,3
Bavaria	3,5	7,6	6,8	8,9	5,1	7,1
Kaiser	21,4	14,3	13,3	9,8	8,2	15,9
Schincariol	5,8	- ²⁷	-	6	0	7,5
Outros	7,7	11,9	11	3,4	0	3,1

Fonte: Santacruz (2000) p. 26.

²⁶ Ato de Concentração 08012.005846/99-12.

²⁷ A participação nacional da Schincariol, de 7,5%, situa-se em patamar superior às participações da empresa nos mercados sul (5,8%) e nordeste (6%) porque os dados de participação da Schincariol nas regiões sudeste e oeste estão somados no item “outros”.

A Tabela 1 apresenta os dados de participação de mercado antes da operação. Lembrando que, antes da criação da Ambev, as marcas Brahma e Skol eram produzidas pela Cia. Brahma e as marcas Antartica e Bavária pela Cia. Antartica. Fica evidente que a criação da Ambev, detentora das três principais marcas significavas, implicaria uma empresa concentrando mais de três quartos do mercado. O IHH medido antes da operação era de 3277 para o mercado brasileiro, passando para 5721 com a fusão. T tamanha concentração suscitou bastante preocupação por parte do Cade que, mesmo assim, aprovou a operação sob algumas condições, que diminuiriam as barreiras à entrada e, com isso, viabilizariam um acirramento da concorrência.²⁸

Durante o processo, foram alegados ganhos de eficiência de diversas naturezas que, segundo as requerentes, reduziriam os custos de produção e, por sua vez, poderiam ser repassados aos preços finais, mitigando o risco de abuso de poder de mercado.²⁹ Um exercício de simulação baseado no trade-off de Williamson³⁰ foi apresentado mostrando que as reduções de custos (ganhos de eficiência), fossem os alegados pela requerente de 13,2%, ou os medidos pela SEAE de 6,9%, eram suficientes para garantir a não redução de bem-estar da sociedade. Ou seja, a redução de custos geraria aumento de excedente do produtor de tal monta que mais que compensaria a redução do excedente do consumidor causada pela concentração de mercado.³¹ A decisão do Cade, porém, não aceitou esses exercícios como evidência para o julgamento com base no entendimento de que os benefícios da operação deveriam ser repartidos com os consumidores, o que não aconteceria haja vista a redução simulada de seu excedente.³²

À luz do famoso caso Nestlé-Garoto,³³ no qual modelos de simulação baseados em Bertrand e com critério Price Standard foram amplamente usados para pautar a decisão do Cade, a proposta desta seção é simular os efeitos uni-

²⁸ A aprovação ficou sujeita a venda da marca Bavária e de cinco fábricas para uma nova empresa além de compartilhamento da distribuição.

²⁹ Para uma descrição das eficiências alegadas, ver o voto da Conselheira Relatora, Romano (2000), p. 57.

³⁰ Williamson (1968).

³¹ Ver Possas (2003).

³² Romano (2000), p. 60.

³³ Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. Ver voto do Conselheiro Relator Andrade (2004) para uma descrição do processo e de seus principais argumentos. Ver Guerriero (2008) para uma análise do uso de modelos de simulação nesse caso.

laterais da criação da Ambev e analisar as implicações de seus resultados para a decisão do órgão antitruste. O uso do modelo PCAIDS se justifica pela sua fácil interpretação e pela limitação de dados disponíveis sobre o mercado de cervejas brasileiro à época do julgamento. Dessa forma, utilizam-se os dados de participação de mercado, em valor de receitas,³⁴ das principais marcas para o mercado relevante nacional.³⁵ A restrição de dados também impossibilita a estimação das elasticidades-preço da demanda, o que fortalece a justificativa do uso de um modelo proporcional como o PCAIDS para a simulação.³⁶

As informações disponíveis sobre o mercado de cervejas na Tabela 1 são suficientes para estimarmos os efeitos unilaterais da criação da Ambev usando o modelo PCAIDS, apresentado na seção anterior. Com o objetivo de testar a sensibilidade dos resultados a diferentes parâmetros, são apresentados na Tabela 2 os resultados das simulações, variando as elasticidades do mercado entre (-1) e (-2), e da marca líder, Brahma, entre (-2) e (-3), faixas típicas para a elasticidade-preço de bens de consumo.

Os resultados são apresentados nas três colunas à direita, sendo a primeira o aumento médio de preços no mercado no caso de nenhum ganho de eficiência, a segunda o aumento médio de preços das quatro marcas da Ambev e a terceira coluna o montante de redução de custos necessário para que não houvesse elevação de preços no mercado. A dispersão dos resultados é bastante grande a depender dos parâmetros iniciais, as elasticidades-preço determinadas do mercado e da Brahma. Mesmo assim, excluindo os valores mais extremos, pode-se afirmar que as simulações com PCAIDS indicam que a formação da Ambev, caso não gerasse nenhuma sinergia e eficiência que acarretasse em redução de custos, teria como resultado unilateral a elevação dos preços de mercado em cerca de 8 a 15%, sendo que os preços das marcas

³⁴ Por se tratarem de bens diferenciados, a melhor aproximação para participação de mercado é feita usando dados de valor das receitas, de forma que a diferença de preços entre os produtos possa refletir parte de seus atributos diferenciados.

³⁵ Os exercícios para os mercados regionais são igualmente possíveis. A falta de dados sobre a participação da Schincariol para os mercados Sudeste e Oeste reduz a qualidade dessas possíveis simulações. Como intuição, vale imaginar que os resultados para os mercados regionais seriam de maior elevação de preços, e correspondente maior necessidade de redução de custos, haja vista a maior concentração da Ambev nesses mercados do que no agregado, com exceção do mercado Sul.

³⁶ À época foram feitas tentativas de estimação de elasticidades-preço com dados de mercado da ACNielsen sem chegar, porém, a valores robustos. Ver Cysne et al (2003).

da Ambev subiriam mais, algo entre 10 e 22%.³⁷ Para compensar esse efeito negativo, as simulações indicam que seriam necessárias reduções de CMg da ordem de 10 a 27%. Nesse sentido, os ganhos de eficiência estimados pelas requerentes ou pela SEAE seriam insuficientes para garantir que os consumidores não fossem lesados com aumentos de preços.

**Tabela 2 – Resultados das simulações
(aumento de preço e redução compensatória de custos)**

Elasticidades-preço		Aumento de preços médio do mercado	Aumento do preço Ambev	Redução de custos necessária a Ambev para evitar aumento de preços
Mercado (€)	Brahma (€11)			
-1	-2	22,6%	33,5%	-41,4%
-1	-2,25	19,5%	29,1%	-38,9%
-1	-2,5	17,2%	25,7%	-36,6%
-1	-2,75	15,3%	23,1%	-34,6%
-1	-3	13,8%	20,9%	-32,9%
-1,25	-2	16,4%	23,6%	-26,2%
-1,25	-2,25	15,4%	22,4%	-26,7%
-1,25	-2,5	14,3%	21,0%	-26,6%
-1,25	-2,75	13,2%	19,5%	-26,1%
-1,25	-3	12,2%	18,2%	-25,5%
-1,5	-2	10,2%	14,4%	-15,0%
-1,5	-2,25	11,2%	15,9%	-17,5%
-1,5	-2,5	11,2%	16,1%	-18,7%
-1,5	-2,75	10,9%	15,8%	-19,3%
-1,5	-3	10,5%	15,3%	-19,6%
-1,75	-2	4,7%	6,5%	-6,6%
-1,75	-2,25	7,0%	9,8%	-10,3%
-1,75	-2,5	8,1%	11,5%	-12,5%
-1,75	-2,75	8,5%	12,2%	-13,9%
-1,75	-3	8,6%	12,4%	-14,7%
-2	-2,25	3,3%	4,5%	-4,6%
-2	-2,5	5,1%	7,2%	-7,5%
-2	-2,75	6,2%	8,7%	-9,4%
-2	-3	6,7%	9,5%	-10,7%

³⁷ Como resultado das simulações, todos os preços de mercado aumentam, sendo o aumento dos preços da empresa fusionada maior.

O primeiro destaque desses resultados é a grande sensibilidade dos modelos aos parâmetros escolhidos. Não é difícil imaginar que outras formas funcionais de demanda gerariam resultados igualmente dispersos. Diferentes combinações de elasticidades (premissas utilizadas para a simulação) geram diferentes resultados que implicam em decisões normativas diferentes. Basta ver que quanto maiores as elasticidades, tanto menores os aumentos de preços e as correspondentes reduções de custos necessárias para absorvê-los. Outro resultado interessante é que quanto menor a diferença proporcional da entre a elasticidade de mercado (ϵ) e a elasticidade da Brahma (ϵ_{11}), menores os aumentos de preço e reduções de custo resultantes da simulação.

Sem saber a priori alguma estimativa confiável das elasticidades-preço da demanda, a escolha arbitrária de uma combinação delas pode ter implicações totalmente díspares. Nesse caso, resta ao analista reconhecer a sensibilidade de seus resultados e trabalhar normativamente dentro de alguma margem de segurança.

Mais um resultado importante das simulações é apresentado na Tabela 3 abaixo, que complementa a Tabela 2 com as participações de mercado após a fusão caso não exista ganhos de eficiência. Trata-se de um resultado contraintuitivo, pois significa que a fusão criará uma empresa cuja participação de mercado é inferior à soma das empresas separadamente, antes da fusão. Ou seja, a fusão reduz a participação de mercado da empresa fusionada.³⁸ Isso se deve à premissa das simulações sobre o objetivo da empresa ser apenas a maximização de lucro de curto prazo. É curioso imaginar que empresas possam se fundir para que suas concorrentes aumentem suas participações de mercado e seus lucros, já que seus preços também subirão com a redução da concorrência. O resultado simulado, no entanto, mostra que a elevação de preços mais do que compensa a redução de participação de mercado. Reside nesse resultado uma das limitações do modelo comportamental adotado, cujas premissas são simplificações da realidade. Como registro, vale notar que, caso os ganhos de eficiência sejam exatamente suficientes para evitar aumentos de preços, as participações de mercado não serão alteradas pela fusão, já que o mercado permanece rigorosamente o mesmo.

³⁸ Isso possivelmente contradiz objetivos empresariais considerados comuns, como ampliação de participação de mercado.

**Tabela 3 – Resultados das simulações
(participação de mercado sem redução de custos)**

Elasticidades-preço		Brahma	Skol	Antarctica	Bavária	Kaiser	Schincariol	Outros
Mercado	Brahma							
-1	-2	24,2%	22,2%	13,5%	5,3%	20,7%	9,9%	4,1%
-1	-2,25	24,3%	22,1%	13,0%	5,1%	21,1%	10,2%	4,2%
-1	-2,5	24,3%	22,1%	12,6%	4,9%	21,4%	10,3%	4,3%
-1	-2,75	24,4%	22,1%	12,3%	4,8%	21,7%	10,5%	4,4%
-1	-3	24,4%	22,0%	12,0%	4,7%	21,9%	10,6%	4,4%
-1,25	-2	24,3%	22,7%	15,1%	5,9%	19,1%	9,1%	3,8%
-1,25	-2,25	24,3%	22,5%	14,5%	5,6%	19,8%	9,4%	3,9%
-1,25	-2,5	24,3%	22,4%	13,9%	5,4%	20,3%	9,7%	4,0%
-1,25	-2,75	24,3%	22,3%	13,5%	5,2%	20,7%	9,9%	4,1%
-1,25	-3	24,3%	22,2%	13,1%	5,1%	21,0%	10,1%	4,2%
-1,5	-2	24,3%	23,1%	16,5%	6,4%	17,8%	8,4%	3,5%
-1,5	-2,25	24,3%	22,9%	15,7%	6,1%	18,5%	8,8%	3,6%
-1,5	-2,5	24,3%	22,7%	15,1%	5,9%	19,2%	9,1%	3,8%
-1,5	-2,75	24,3%	22,6%	14,6%	5,6%	19,7%	9,4%	3,9%
-1,5	-3	24,3%	22,5%	14,1%	5,5%	20,1%	9,6%	4,0%
-1,75	-2	24,4%	23,5%	17,5%	6,8%	16,7%	7,9%	3,3%
-1,75	-2,25	24,4%	23,2%	16,8%	6,5%	17,5%	8,3%	3,4%
-1,75	-2,5	24,3%	23,0%	16,1%	6,2%	18,1%	8,6%	3,6%
-1,75	-2,75	24,3%	22,9%	15,5%	6,0%	18,7%	8,9%	3,7%
-1,75	-3	24,3%	22,7%	15,0%	5,8%	19,2%	9,1%	3,8%
-2	-2,25	24,4%	23,5%	17,6%	6,8%	16,6%	7,8%	3,2%
-2	-2,5	24,4%	23,3%	17,0%	6,6%	17,3%	8,2%	3,4%
-2	-2,75	24,4%	23,1%	16,4%	6,4%	17,8%	8,4%	3,5%
-2	-3	24,3%	23,0%	15,9%	6,2%	18,4%	8,7%	3,6%

De modo bastante geral, os resultados obtidos aqui estão em linha com a análise feita à época pelo Cade: apenas os ganhos de eficiência gerados pela fusão não seriam suficientes para neutralizar os efeitos prejudiciais à concorrência. Desse modo, a aprovação da operação foi condicionada a medidas derivadas de outros elementos da análise, em especial a venda da marca Bavária a uma nova empresa no mercado brasileiro e também a remoção de barreiras à entrada. O efeito de uma barreira à entrada sobre os preços de mercado, porém, não é facilmente quantificável.

Na Tabela 4 são mostrados os resultados das simulações considerando a alienação da marca Bavária, ou seja, essa marca é considerada como uma empresa separada, e a Ambev passa a contar apenas com as marcas Brahma, Skol e Antarctica. Como seria previsto, a alienação reduz o efeito unilateral da fusão sobre os preços. Desconsiderando os valores extremos, a elevação simulada de preços é algo entre 4 e 9% para a média do mercado e 7 e 15% para as marcas da Ambev.

Tabela 4 – Resultados das simulações com alienação da Bavária

Elasticidades-preço		Aumento de preços médio do mercado	Redução do Preço Bavária	Aumento de preços médio Ambev	Redução de custos necessária a Ambev para evitar aumento de preços
Mercado (ε)	Brahma (ε11)				
-1	-2	12,8%	-9,1%	22,2%	-29,7%
-1	-2,25	10,9%	-8,0%	19,2%	-27,6%
-1	-2,5	9,6%	-7,1%	16,9%	-25,7%
-1	-2,75	8,5%	-6,4%	15,1%	-24,1%
-1	-3	7,6%	-5,8%	13,6%	-22,7%
-1,25	-2	9,6%	-7,3%	16,2%	-19,1%
-1,25	-2,25	8,9%	-6,7%	15,3%	-19,3%
-1,25	-2,5	8,2%	-6,2%	14,1%	-19,0%
-1,25	-2,75	7,5%	-5,7%	13,1%	-18,5%
-1,25	-3	6,9%	-5,3%	12,1%	-18,5%
-1,5	-2	6,2%	-5,3%	10,3%	-11,1%
-1,5	-2,25	6,6%	-5,4%	11,1%	-12,8%
-1,5	-2,5	6,6%	-5,2%	11,1%	-13,6%
-1,5	-2,75	6,3%	-5,0%	10,8%	-13,9%
-1,5	-3	6,0%	-4,7%	10,4%	-14,0%
-1,75	-2	2,9%	-2,8%	4,8%	-4,9%
-1,75	-2,25	4,3%	-3,8%	7,1%	-7,6%
-1,75	-2,5	4,9%	-4,1%	8,1%	-9,2%
-1,75	-2,75	5,0%	-4,2%	8,5%	-10,1%
-1,75	-3	5,0%	-4,1%	8,6%	-10,7%
-2	-2,25	2,0%	-2,0%	3,3%	-3,4%
-2	-2,5	3,1%	-2,9%	5,2%	-5,6%
-2	-2,75	3,7%	-3,3%	6,2%	-6,9%
-2	-3	4,0%	-3,4%	6,7%	-7,8%

As reduções de custos necessárias a Ambev para que não houvesse aumento de preços – nem qualquer alteração no mercado – são menores devido à alienação da marca Bavária, situando-se algo entre 7 e 20%, desconsiderando os resultados mais extremos. Curiosamente, esse intervalo engloba a magnitude de ganhos de eficiência alegados durante a análise. Nesse sentido, se houvesse algum motivo para assumir que as reais elasticidades fossem grandes – entre (-1,5) e 2 para o mercado e (-2) e (-3) para a Brahma –, os ganhos de eficiência da operação calculados entre 6,9 e 13,2% não poderiam ser considerados insuficientes para evitar efeitos unilaterais.

Outro resultado interessante é que o preço da Bavária seria reduzido em relação à situação pré-operação. Isso ocorreria mesmo sem redução de custos na produção da marca. É um resultado derivado do fato de que a nova empresa detém apenas a marca Bavária e, por isso, não consegue manejar estrategicamente aumentos de preços, pois não implicarão em migração de consumidores para outra de suas marcas. A retirada da marca Bavária da composição anterior com Antartica implica que reduzir preços maximiza lucros.

Segue-se que os resultados das simulações servem para gerar alguma intuição sobre efeitos unilaterais advindos da fusão, mas não são suficientes para entender o complexo comportamento do mercado. Imediatamente após a fusão os preços reais observados no mercado caíram. Só a partir de 2001 se verificou uma recuperação dos preços reais, com uma paralela queda na participação de mercado das marcas Brahma e Antartica.³⁹ Para um prazo mais longo, os resultados das simulações não podem servir de referência pois os outros elementos da concorrência – fora do escopo dos modelos adotados – podem gerar efeitos importantes. Reconhecer essa limitação, que é a essência de modelo que mede efeitos unilaterais, é a chave para a incorporação segura de modelos de simulação como evidências na análise antitruste.

5. Comentários finais

A análise de fusões horizontais é especialmente delicada pois exige da autoridade antitruste uma postura preventiva sobre o comportamento esperado do mercado no futuro, para autorizar ou proibir uma operação que possa lesar a concorrência. Nesse sentido, devem ser buscadas evidências no funcionamento atual do mercado para prever resultados futuros. Essa

³⁹ Farina (2003), p. 151.

função está sujeita a diversas limitações, seja pela dificuldade de entender os princípios centrais do comportamento das empresas pré-fusão, seja pela de prever o padrão a ser adotado após a operação. Além disso, deve-se também avaliar os ganhos de eficiência alegados advindos da fusão que podem evitar danos à concorrência e benefícios aos consumidores.

Para o órgão de defesa da concorrência avaliar os impactos advindos da operação e, com isso decidir por sua aprovação ou não, todos esses requisitos precisam ser considerados na análise e igualmente comparados. Os modelos de simulação se apresentam como uma ferramenta para auxiliar a análise quantitativa dos efeitos líquidos de uma fusão horizontal. Partindo de premissa comportamental do mercado, na maior parte das vezes assumindo concorrência via preços em mercados com bens diferenciados, e que as empresas maximizam lucro de curto prazo, é possível quantificar os aumentos de preços gerados pela redução da concorrência, resultante da fusão, e também incluir os efeitos de redução de custos marginais originados pelos ganhos de eficiência da operação. Dessa forma, obtém-se um resultado quantitativo indicando os efeitos líquidos da fusão sobre os preços e quantidades do mercado.

A grande vantagem de seu uso é que os resultados são dependentes das premissas usadas, que devem ser explicitadas e adequadas ao mercado em análise. Ou seja, os modelos devem explicitamente ser fidedignos à realidade do mercado. Devem também representar, pelo menos em linhas gerais, os movimentos de preços e quantidades durante o período anterior à fusão, comprovando sua adequação e assegurando que, se a fusão não alterar o padrão de concorrência do mercado, os resultados simulados podem ser considerados como boas previsões sobre o futuro comportamento do mercado.

Essa vantagem⁴⁰ nem sempre pode ser sustentada. O uso de modelos, por seu apelo formal e elegante, pode ser feito retoricamente em casos concretos mesmo que não se verifiquem semelhanças entre as premissas adotadas e as evidências empíricas, entre os dados reais e os previstos pelo modelo.

É necessário que se entenda o PCAIDS como um modelo simples, de fácil manejo e pouca necessidade de dados ao custo, porém, de não necessariamente representar o comportamento do mercado com precisão. Além disso, as simulações aqui apresentadas usaram dados bastante agregados por marcas e sem divisão por regiões. Seria possível sofisticar a análise, incluindo

⁴⁰ Essas características estão em sintonia com a chamada “Disciplina Daubert para simulações de fusões”, que estabelece alguns critérios de aceitação de exercícios de simulação para a análise antitruste. Ver Werden et al (2004).

diferenciação de embalagem, local de consumo e região geográfica, entre outras. A louvável tentativa de modelar mais precisamente a realidade carrega também o custo da dificuldade de interpretação dos resultados. Para o escopo deste artigo, as simulações apresentadas são suficientes para permitir algumas reflexões importantes para o uso de simulações na análise antitruste, seja sob o escopo acadêmico seja para os praticantes da defesa da concorrência.

A primeira, e mais fundamental, dessas reflexões é que os resultados das simulações devem ser usados como indicadores, mas nunca como critério de decisão. As limitações das simulações, principalmente, sua grande sensibilidade aos parâmetros e sua natureza de curto prazo, inviabiliza que decisões reais sejam baseadas unicamente em seus resultados. Sua utilidade nem por isso é eliminada. As simulações permitem compreender os efeitos sobre os preços gerados pela concentração de mercado de modo quantitativo. Com isso, podem-se fazer comparações entre magnitudes de ganhos de eficiência e elevação de preços ou, ainda, a aceitação de um pequeno aumento de preços simulado em prol de uma fusão que traga benefícios de natureza dificilmente quantificável.

A defesa da concorrência não pode se preocupar apenas com a possibilidade de elevação de preços no curto prazo mas, principalmente, com as condições de concorrência do mercado. Ou seja, o foco da defesa da concorrência deve estar na preservação e estímulo de ambiente competitivo. Sob essa ótica, os efeitos sobre preços no curto prazo são coadjuvantes em relação à preocupação com elementos mais estruturais, como redução de barreiras à entrada.

O caso da criação da Ambev serviu aqui como ilustração do uso de simulações em análise antitruste. A simplicidade e exigência de poucos dados do modelo PCAIDS permite observar com facilidade algumas das propriedades desse tipo de simulações. Para poderem ser usadas como evidências no julgamento, deve-se registrar, tal modelo precisaria passar por testes sobre sua adequação para explicar o mercado progressivo e deveria também haver evidências fortes que justificassem a manutenção do tipo de comportamento após a fusão. Nesse sentido, os julgamentos nunca poderão prescindir de análises mais complexas sobre o comportamento do mercado.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, T. (2004). Voto do Conselheiro Relator, Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. Cade.
- BERRY, S.; LEVINSOHN, J.; PAKES, A. (1995). Automobile prices in market equilibrium. *Econometrica*, v. 63, p. 841-890.

- BRESNAHAM, T. (1989). Empirical studies of industry with market power. In: SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (1989). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam, North Holland.
- CARLTON, D. W. (2004) – Using economics to improve antitrust policy. *Columbia Business Law Review*, <http://ssrn.com/abstract=558363>.
- _____ (2007) – Does antitrust need to be modernized?. *Economic Analysis Group Discussion Paper*. EAG 07-3. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=956930.
- CROOKE, P; FROEB, L.; TSCHANTZ, S.; WERDEN, G. (1999). Effects of assumed demand form on simulated postmerger equilibria. *Review of Industrial Organization*; nov. 1999, 15.
- CYSNE, R. P.; ISSLER, J. V.; REZENDE, M.; WYLLIE, R. (2003). Demanda por cerveja no Brasil: um estudo econométrico. In: MATTOS, C. (2003). *A revolução antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular.
- DAVIES, P. (2006). Coordinated effects merger simulation with linear demands. http://www.competition-commission.org.uk/our_role/analysis/coordinated_effects_merger_sim.pdf.
- DEATON, A.; MUELBAUER, J. (1980). *Economics and consumer behavior*. Cambridge University Press.
- EPSTEIN, R.; RUBINFELD, D. (2002). Merger simulation: a simplified approach with new applications. *Antitrust Law Journal*, v. 69, p. 883-919.
- EPSTEIN, R.; RUBINFELD, D. (2003). Merger simulation with brand-level margin data: extending PCAIDS with Nests. Berkeley Program in *Law & Economics, Working Paper Series*, n. 89. <http://repositories.cdlib.org/blewp/art89/>.
- FAGUNDES, J. (2003). *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência*. Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular.
- FARINA, E. (2003). Ambev: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In: MATTOS, C. (2003). *A revolução antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular.
- FARRELL, J.; SHAPIRO, C. (1990). Horizontal mergers: na equilibrium analysis. *American Economic Review*, 80, p. 107-126.
- FISHER, A.; LANDE, R. (1983). Efficiency considerations in mergers enforcement. *California Law Review*, v. 71, n. 6.
- FTC/DOJ (2004). Merger enforcement workshop. <http://www.ftc.gov/bc/mergerenforce/index.shtm>.

- GAMA, M. M.; CAVALIERI, M. A. R (2006). Crítica a avaliação quantitativa do efeito unilateral de um ato de concentração. <http://www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A176.pdf>.
- GOWRISANKARAN, G. (1999). A dynamic model of endogenous horizontal mergers. *The Rand Journal of Economics*, v. 30, n. 1, p. 56-83.
- GUERRIERO (2008), I. R. *Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Dissertação de Mestrado, IE/UFRJ. http://www.ie.ufrj.br/monta_frames.php?topo=pos/postop-stricto.html&menu=pos/posnaveg.html&principal=pos/listar_tesedissertacao.php?listar=d
- Guidelines (1992) e (1997). Horizontal merger Guidelines, do US Department of Justice and Federal Trade Commission. http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html.
- GUIA (2001). Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. Portaria Conjunta SEAE/SDE 50. http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao/3-5-1-defesa-da-concorrencia/portaria_conj_seae_sde_50.pdf.
- HAY, D.; MORRIS, D. (1991). *Industrial economics and organization: theory and evidence*. Oxford University press. Oxford.
- HOSKEN, D.; O'BRIEN, D.; SCHEFFMAN, D.; VITA, M. (2002). Demand system estimation and its application to horizontal merger analysis. *Federal Trade Commission, Bureau of Economics, Working Paper 246*, <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp246.pdf>.
- HOVENKAMP, H. (2005a). *Federal antitrust policy – The law of competition and its practice*. Third Edition. Thomson West.
- HOVENKAMP, H. (2005b). *The antitrust enterprise. principle and execution*. Harvard University Press.
- HUSE, C. e Salvo, A. (2006). Estimação e identificação de demanda e de oferta. In: FIÚZA, E. P. S.; MOTTA, R. S. (2006). *Métodos quantitativos e defesa da concorrência*. Rio de Janeiro, Ipea.
- MAIA, G. B. S. (2005). *Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto*. Tese de doutorado. IE/UFRJ.
- MOTTA, M. (2004). *Competition policy, theory and practice*. Cambridge University Press.
- PIONER, H. M.; CANÊDO-PINHEIRO, M. (2006). Margens de erro e eficiências em fusões. In: FIÚZA, E. P. S.; MOTTA, R. S. (2006). *Métodos quantitativos e defesa da concorrência*. Rio de Janeiro, Ipea.

- POSSAS, M. L. (2003). Avaliação de eficiências compensatórias no caso Ambev. In: MATTOS, C. (2003). *A revolução antitruste no Brasil*. São Paulo: Singular.
- ROMANO, H. (2000). Voto da Conselheira Relatora, Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12.
- SANTACRUZ, R. (2000). Voto do Conselheiro. Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12.
- SCHEFFMAN, D.; COLEMAN, M. (2003). Quantitative analyses of potential competitive effects from a merger. <http://www.ftc.gov/be/quantmergeranalysis.pdf>.
- SCHEFFMAN, D.; COLEMAN, M. (2005). FTC perspectives on the use of econometric analyses in antitrust cases. <http://www.ftc.gov/be/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>.
- SCHERER, F.; ROSS, D. (1990). *Industrial market structure and economic performance*. Houghton Mifflin.
- SCHINKEL, M. P.; GOPPELSROEDER, M. C.; TUINSTRA, J. (2007). Quantifying the scope for efficiency defense in merger control: the werdenfroeb-index. A ser publicado em *Journal of Industrial Economics*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916556.
- SCHMALENSEE, R. (1989). Inter-industry studies of structure and performance. In: SCHMALENSEE, R.; WILLIG, R. (1989). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam, North Holland.
- SCHUARTZ, L. F. (2006). Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?. *Revista do Ibrac*, 13, 2.
- SHAPIRO, C. (1996). Mergers with differentiated products. *Antitrust*, 10 (2). P. 23-30.
- O'BRIEN, D. P.; SHAFFER, G. (2003). Bargaining, Bundling an Clout: the portfolio effects of horizontal merges. Federal Trade Commission, Bureau of Economics, *Working Paper 266*. <http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp266.pdf>.
- WALKER, M. (2005). The potential for significant inaccuracies in merger simulation Models. <http://encore.nl/documents/Walker-Mergersimulationpaper-April05.doc>.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. (1994). The effects of merger in differentiated products industries: logit demand and merger policy. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10, p. 407-426.

- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. (2002). Calibrated economic models add focus, accuracy, and persuasiveness to merger analysis. *The Pros and Cons of Merger Control* 63 (Swedish Competition Authority, 2002). <http://www.cea.fi/course/material/Calibrated.pdf> .
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. (2006). Unilateral competitive effects of horizontal mergers. Capítulo 3 de Buccirosi, P. ed. (2006), *Handbook of Antitrust Economics*. MIT Press. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=927913 .
- WERDEN, G. J., FROEB, L. M.; SCHEFFMAN, D. T. (2004.) A daubert discipline for merger simulation. <http://www.ftc.gov/be/daubertdiscipline.pdf> .
- WILLIAMSON, O. E. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs. *American Economic Review*, 58.

CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO MERCOSUL

Paulo Burnier da Silveira

1. Introdução

No âmbito do Mercosul, até o presente momento, inexistiu um sistema comum de controle dos atos de concentração de empresas. Esta ausência justifica-se, em certa medida, pelo estágio ainda embrionário no qual se encontra o Mercosul enquanto bloco econômico regional. Quando comparado ao bloco econômico europeu, que desfruta de um sistema comunitário de controle das concentrações desde 1989, verifica-se que a Comunidade Europeia tem mais de cinquenta anos de existência (Tratado de Roma, 1957), enquanto que o Mercosul ainda não completou seus vinte anos (Tratado de Assunção, 1991).¹ Entretanto, os primeiros passos para a adoção de tal sistema já foram dados através da assinatura do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, em 1996.

Assim, este estudo tem por objetivo principal analisar as perspectivas para a implementação de um sistema comum de controle das concentrações na esfera do Mercosul. Inicialmente, as estruturas dos sistemas nacionais de controle das concentrações existentes nos países integrantes do bloco serão examinadas, pois estes poderão servir de referência para a criação de um modelo comum na esfera regional. Em seguida, o estágio atual do processo de implementação de tal sistema será analisado, com base nos recentes compromissos assumidos pelos Estados Partes. Em conclusão, os principais obstáculos que vêm sendo enfrentados serão expostos, assim como algumas propostas serão sugeridas.

¹ A respeito do estágio inicial de desenvolvimento do Mercosul e do seu processo evolutivo no controle da concorrência, vide: Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. São Paulo: Manole, 2003. p. 127 e ss.; e Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002. p. 424 e ss.

2. Sistemas nacionais de controle das concentrações

O surgimento de uma legislação consistente de defesa da concorrência é recente nos países que integram o Mercosul. O Brasil e a Venezuela² foram os primeiros a adotar uma lei bem estruturada sobre a matéria, em 1991 e 1992, respectivamente. Em seguida, vieram a Argentina e o Uruguai, cujas respectivas leis datam de 1999 e de 2000. O Paraguai conta apenas com um Projeto de Lei sobre a matéria.

2.1 Sistema brasileiro

No Brasil, o controle das operações de concentração recebeu um tratamento explícito pela primeira vez em 1991, quando da entrada em vigor da Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991, que alterava a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962.³ Atualmente, a matéria é regulada pelo art. 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, cuja redação é bem próxima àquela prevista na Lei 8.158 de 1991.⁴

O sistema é composto por três órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério

² A Venezuela encontra-se em processo de adesão ao Mercosul, tendo aderido às disposições do Tratado de Assunção, mas estando sua adesão plena condicionada à aprovação pelos demais Estados Partes. No entanto, para fins do presente trabalho, a Venezuela será considerada como parte integrante do Mercosul, pois possui um sistema diferente de controle das concentrações, que poderá agregar valor ao estudo da matéria e influenciar o sistema comum do bloco.

³ Apesar disso, Nusdeo defende que o art. 74 na redação original da Lei 4.137 de 1962, já estabelecia um “mecanismo de controle dos atos de concentração, que emprestava à lei um caráter regulativo das atividades econômica e do mercado nacional, encaminhando-a mais na direção de um direito econômico, no qual a autoridade antitruste tinha um controle sobre as práticas potencialmente prejudiciais à livre concorrência, com vistas não apenas a reprimi-las, mas enquadrá-las num quadro de maior compatibilidade com as políticas públicas do país” (cfr. Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 221).

⁴ Esta estrutura poderá ser alterada em breve, caso venha a ser aprovado o Projeto de Lei 5.877/2005, apresentado pelo Poder Executivo. Segundo o Projeto de Lei, o sistema brasileiro de defesa da concorrência será formado somente pelo Cade e pela Seae. No entanto, suas competências serão igualmente alteradas, sobretudo as do Cade, o qual passará a contar com um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos.

da Justiça (SDE) e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae).⁵ A importância maior fica reservada ao Cade, pois a este cabe, de modo exclusivo, a apreciação das operações de concentração. À SDE e à Seae também são destinadas funções importantes, mas quando comparadas com as funções do Cade podem ser consideradas auxiliares.

O Cade foi criado pela Lei 4.137 de 1962 e transformado em autarquia federal pela Lei 8.884 de 1994, o que lhe assegurou uma maior independência.⁶ O órgão goza de poder judicante e funciona como um tribunal administrativo em matéria de defesa da concorrência, o que não impede, entretanto, que suas decisões sejam revistas pelo Poder Judiciário.⁷ O Plenário do Cade é composto de sete membros: um Presidente e seis Conselheiros, todos indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal.

A SDE integra o Ministério da Justiça e é dirigida por um Secretário indicado pelo Ministro da Justiça e nomeado pelo Presidente da República. Em matéria de concentração de empresas, este órgão é responsável pela instrução dos processos administrativos e pela elaboração de pareceres jurídicos.

A Seae é um órgão do Ministério da Fazenda e é igualmente dirigida por um Secretário indicado pelo seu Ministério e nomeado pelo Presidente da República. A Seae atua no controle dos atos de concentração através da emissão de pareceres econômicos. A título ilustrativo cita-se o “Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal”, elaborado por este órgão em 2001.⁸ Ressalte-se que os pareceres emitidos pelas SDE e Seae devem ser apreciados pelo Cade, mas não são vinculativos, tendo em vista a independência funcional do Conselho.

As operações de concentração que ficarão sujeitas ao controle do Cade estão definidas no art. 54 (*caput* combinado com § 3.º) da Lei 8.884/94, conforme transcrição abaixo:

⁵ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 306 a 309.

⁶ Sobre a natureza jurídica do Cade, vide: Fábio Ulhoa Coelho. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 13 e ss.

⁷ Sobre o controle das decisões do Cade, vide: José Inácio Gonzaga Franceschini. Introdução ao direito da concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 14/234, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

⁸ O Guia encontra-se disponível em: www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias, acesso em: 10 maio 2008.

“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.

(...)

§ 3.º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)” (grifos do autor).

Verifica-se a obrigação de notificar ao Cade as operações de concentração que possam, por um lado, limitar ou prejudicar de qualquer forma a concorrência, ou que resultem, por outro lado, na dominação de mercados relevantes. Existindo uma ou outra situação, há de ser feita a notificação da operação. Com relação ao segundo caso, percebe-se a influência do Direito comunitário europeu na adoção da noção de “posição dominante”, a qual será objeto de análise por parte do Cade.

O mencionado § 3.º especializa a norma prevista no caput ao acrescentar que serão atos sujeitos à notificação ao Cade as operações de concentração que impliquem na obtenção de 20% ou mais de um determinado mercado relevante ou em que uma das empresas envolvidas na operação detenha um volume de negócios superior ou igual a R\$ 400.000.000,00 reais.⁹

Quanto às operações de concentração que, apesar de não atingirem os valores estabelecidos no § 3.º, causarem prejuízo à concorrência ou resultarem

⁹ No Projeto de Lei 5.877/2005, uma parcela de detenção no mercado deixa de ser um critério para as notificações. Assim, o critério passa a ser estritamente objetivo e repousa sobre o volume de negócios praticado pelas empresas envolvidas na operação. De acordo com o Projeto de Lei (art. 89, I e II) deverão ser notificadas as operações nas quais sejam verificadas duas condições cumulativas: (i) que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, um volume de negócios no País igual ou superior a R\$ 150.000.000,00; e (ii) que pelo menos outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, um volume de negócios total no País igual ou superior a R\$ 30.000.000,00.

na dominação de um mercado relevante, parece evidente que estarão sujeitas à apreciação do Cade. No entanto, a este respeito, duas questões interessantes podem ser colocadas. A primeira: pode o Cade intervir ex officio? E a segunda: existe para as empresas a obrigação de notificação da operação?

Em relação à primeira indagação, a resposta parece ser afirmativa, pois o telos da lei brasileira é proteger a ordem econômica. Além disso, é competência do Cade de “zelar pela observância desta lei” (art. 7.º, I, da Lei 8.884/94) e da SDE de “zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado” (art. 14, I, da Lei 8.884/94).

No que concerne à segunda questão, a resposta é mais difícil. Uma leitura literal do art. 54 parece responder que todas as operações de concentração que causarem prejuízo à concorrência ou resultarem numa posição de dominação no mercado estão sujeitas à obrigação de notificação. Entretanto, é bem verdade que essa obrigação implica em certa insegurança jurídica, pois as empresas terão dificuldades em identificar se a sua operação provoca um destes efeitos sobre o mercado, o que interferirá diretamente na decisão de notificar ou não a operação ao Cade. Assim, não parece ser a melhor solução obrigar as operações que não atingirem os patamares legais à obrigação de notificação prévia, apesar destas continuarem sujeitas à apreciação do Cade.¹⁰

Ainda sobre os critérios estabelecidos no § 3.º do art. 74, formula-se um terceiro questionamento a respeito dos casos em que a operação atinja os limites previstos em lei mas não apresente potenciais efeitos de prejuízo à livre concorrência ou de domínio de mercados. Estas operações estão sujeitas à obrigação de prévia notificação? Uma resposta no sentido afirmativo parece mais razoável, pois se trata de uma análise imprecisa, a qual deverá ser apreciada pela autoridade da concorrência no decorrer do processo administrativo, e não antes pelos particulares envolvidos na operação. Igualmente neste sentido, encontra-se NUSDEO, que invoca ainda outro argumento: “(...)

¹⁰ Neste sentido também, Andrade afirma que “[a] conclusão que se chega, por conseguinte, é a de que os critérios previstos no § 3.º implicam apenas a obrigatoriedade da notificação dessas operações de concentração ao sistema de defesa da concorrência, tendo em vista que as operações prejudiciais ao mercado, assim como aquelas que geram uma posição dominante num mercado relevante, mas que não atinjam esse patamar mínimo, se constatadas pelo Cade, também deverão estar sujeitas à apreciação” (cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 327). Esta questão é resolvida no Projeto de Lei 5.877/2005, pois este estabelece de forma clara que apenas ficarão sujeitos à notificação prévia as operações que envolverem determinado volume de negócios (art. 89, I e II).

do contrário o § 3.º seria inútil, sendo suficiente a regra geral estabelecida no caput do artigo, combinada com os dispositivos do art. 20”.¹¹

Em seguida, merecem destaque o § 4.º e o § 9.º do mesmo art. 54 da lei de defesa da concorrência brasileira:

“§ 4.º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à Seae”.

“§ 9.º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, 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. (grifo do autor).”

Percebe-se que o Brasil não adota o sistema de controle a priori das operações de concentração, tal como existe na União Europeia. Isto porque a lei brasileira estabelece a obrigatoriedade de notificação prévia de determinadas operações de concentração, mas não condiciona a validade e os efeitos dessas operações à prévia aprovação por parte da autoridade da concorrência.

Forgioni e Nusdeo ensinam que estes negócios jurídicos são celebrados com uma cláusula resolutiva tácita, uma vez que gozam de plena eficácia, apesar de ficarem condicionados a um evento futuro e incerto, que é a decisão de autorização do Cade.¹² Assim, as operações de concentração no Brasil,

¹¹ Cfr. Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Defesa da concorrência...* cit., p. 227-228. Em sentido contrário, vide: Tercio Sampaio Ferraz Jr. Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e Consumo – IBRAC*, n. 2, São Paulo: Ibrac, 1998, p. 7-15.

¹² Cfr. Paula A. Forgoni. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 197-198; e Ana Maria de Oliveira Nusdeo. *Defesa da concorrência...* cit., p. 226.

ainda que notificadas anteriormente à autoridade da concorrência, são plenamente válidas e geram efeitos a partir do momento de sua conclusão.

No entanto, ressalte-se que as empresas têm a faculdade de submeter a sua operação a um regime de controle a priori, pois podem, por iniciativa própria, suspender os efeitos da operação, até que haja uma autorização do Cade. Para isto, basta a notificação prévia de uma operação que contenha uma cláusula de condição suspensiva aposta no ato jurídico de concentração. O maior inconveniente nesta situação é a eventual demora do Cade na apreciação do pedido, uma vez que o sistema está estruturado sob a forma de controle a posteriori, inexistindo um prazo limite para a apreciação do Cade e, tampouco, um mecanismo de autorização tácita como nos sistemas clássicos de controle *a priori*.

Ao sistema adotado no Brasil remetem-se todas as críticas relativas aos sistemas de controle *a posteriori* das operações de concentração em geral. A título ilustrativo, cita-se o caso milionário da compra da companhia brasileira Garoto pela multinacional suíça Nestlé, no mercado brasileiro de chocolates e derivados. A operação foi concluída em 28 de fevereiro de 2002 e comunicada ao Cade quinze dias depois, conforme exige a lei. Passados dois anos, em fevereiro de 2004, o Cade proibiu a operação e obrigou o seu desfazimento, gerando prejuízos enormes para todos os envolvidos, além de problemas sociais relacionados, sobretudo, aos funcionários da Garoto.¹³

Além disso, assinala-se que o sistema de controle a posteriori não parece condizer com a sistemática da lei brasileira de defesa da concorrência, que tem um escopo preventivo na proteção da ordem econômica. A este respeito, a doutrina ressalta que o sistema brasileiro de controle das concentrações precisará de uma profunda reestruturação para que um controle a priori seja viável, uma vez que este exige uma maior eficiência do Cade na análise dos pedidos de concentração. Dentre as medidas necessárias, incluem-se a simplificação do mecanismo de notificação, a adoção de prazos rigorosos e a unificação do procedimento de análise em um único órgão da concorrência.¹⁴⁻¹⁵

¹³ O processo completo da operação encontra-se disponível em www.cade.gov.br, consultado em 25 de maio de 2008. Processo 08012.001697/2002-89. Requerentes: Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil Ltda.

¹⁴ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 311.

¹⁵ Mais uma vez, menção merece ser feita ao Projeto de Lei 5.877/2005, que regula o sistema brasileiro de defesa da concorrência, pois altera completamente a estrutura

Outra crítica que merece ser feita em relação ao sistema brasileiro de controle das concentrações é que a sua regulação legislativa inclui-se nos mesmos dispositivos legais relativos aos atos e contratos que devem ser submetidos à apreciação do Cade. Neste sentido, Andrade adverte que “(...) os atos de concentração encontram-se sujeitos às mesmas regras de apreciação que outros atos ou acordos entre empresas que tenham por objeto ou efeito a cooperação, ou ainda que não impliquem concentração econômica”, assinalando que, por isso, são resgatados os mesmos problemas enfrentados pela Comunidade Europeia antes da entrada em vigor do Regulamento das Concentrações de 1989, quando se discutia a pertinência da aplicabilidade do art. 81.º ou do art. 82.º do Tratado CE às concentrações de empresas na esfera comunitária.¹⁶

2.2 Sistema venezuelano

Na Venezuela, a Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia está em vigor desde 13 de janeiro de 1992 e dispõe sobre as operações de concentração apenas no seu art. 11:

“Art. 11. Se prohíben las concentraciones económicas, en especial las que se produzcan en el ejercicio de una misma actividad, cuando a consecuencia de ellas se generen efectos restrictivos sobre la libre competencia o se produzca una situación de dominio en todo o parte del mercado”.

Percebe-se que a lei venezuelana apóia-se nas noções de “efeitos restritivos sobre a livre concorrência” e de “situação de domínio” para estabelecer as diretrizes gerais de regulação das operações de concentração. Assim, de início, verificam-se semelhanças com o Direito brasileiro, o qual se remete à limitação ou prejuízo da concorrência e, igualmente, ao conceito de posição dominante.

O regime de controle destas operações é estabelecido pelo Regulamento 2, de 2 de maio de 1996, do Ministério da Indústria e Comércio, que regula

de controle das concentrações no Brasil, o qual passa a ser prévio e não posterior (art. 89, § 2.º, do Projeto de Lei).

¹⁶ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 324. Esta questão é igualmente resolvida no Projeto de Lei nº 5.877/2005, pois o controle das operações de concentração passa a receber um tratamento próprio, notadamente no Título VII do Projeto de Lei (arts. 89 e ss.).

a lei venezuelana de defesa da concorrência. Este Regulamento contém disposições importantes, concernentes, principalmente, aos critérios de análise das operações por parte da autoridade da concorrência venezuelana, a Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (ou, simplesmente, Procompetencia).

O conceito de operação de concentração que vem sendo utilizado pela doutrina venezuelana corresponde à definição presente no Direito comunitário europeu, que associa a concentração à questão da mudança no controle de uma empresa, por qualquer meio que seja.¹⁷

Estabeleceu-se o sistema de controle a posteriori das operações de concentração, inexistindo a obrigatoriedade de notificação prévia, à diferença do sistema brasileiro. Assim, como regra geral, o procedimento de controle será o seguinte:

“Art. 15. Procedimiento. La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia podrá, de conformidad con los artículos 32 y siguientes de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, efectuar investigaciones preliminares y abrir un procedimiento sancionador cuando presuma que una operación de concentración económica ya celebrada, genera efectos restrictivos sobre la libre competencia, o produce o refuerza una posición de dominio en el mercado relevante”.

Contudo, as partes têm sempre a faculdade de apresentar previamente uma operação à Procompetencia, através de um sistema especial de notificação, o qual não importará, necessariamente, na suspensão dos efeitos da operação:

“Art. 6.º. Evaluación de la solicitud. Las operaciones de concentración económica a que se refiere este Reglamento, podrán ser evaluadas por la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, antes de su realización o ejecución. La solicitud de evaluación previa no obliga a las empresas a suspender la ejecución de la operación, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 13 y 15 de este Reglamento”.

¹⁷ Cfr. Claudia Curiel Leidenz. Régimen de evaluación de las operaciones de concentración económica en Venezuela. Caracas: Procompetencia, 1996. ponto nº IV. Disponível em www.procompetencia.gov.ve, consultado em 25 de maio de 2008.

Os efeitos da operação serão suspensos somente nos casos em que as empresas assim desejarem através de uma cláusula de condição suspensiva. É interessante notar uma disposição expressa do Regulamento que impede a autoridade da concorrência de reanalisar uma operação apresentada e aprovada previamente pelo órgão, o que parece funcionar como um bom incentivo aos particulares para este tipo de procedimento:

“Art. 13. Efectos de la decisión. Las operaciones de concentración económica que la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia haya considerado como no contrarias a la libre competencia en las decisiones que pongan fin al procedimiento de evaluación previa previsto en los artículos 6, 7, 8 y 12 de este Reglamento, no serán susceptibles de ser sancionadas con posterioridad a su realización (...)”.

Observa-se na legislação venezuelana a referência a critérios mínimos de volume de negócios praticados pelas empresas envolvidas na operação. No entanto, estes critérios não visam criar uma obrigação de notificação, pois esta obrigação inexistente no sistema venezuelano. Desta forma, o critério de volume de negócios visa tão-somente incluir ou não a operação na abrangência do Regulamento, isto é, no próprio controle das operações de concentração. As operações que não atingirem os índices de volume de negócios previstos não estarão sujeitas ao controle da autoridade da Procompetencia.

2.3 *Sistema argentino*

No caso da Argentina, a Lei 25.156, de 25 de agosto de 1999, é considerada o marco da legislação de defesa da concorrência do país, apesar da existência anterior de outros diplomas sobre a matéria.¹⁸ Aliás, esta é

¹⁸ Em 1923, entrou em vigor a Lei 11.210, de 28 de agosto de 1923, sobre a repressão dos monopólios. Em 1980, editou-se a Lei 22.262, de 1 de agosto de 1980, que constitui a primeira lei argentina sobre a defesa da concorrência propriamente dita. Esta lei de 1980 estendeu a regulação dos crimes penais de monopólio a uma análise mais ampla da concorrência, incluindo preocupações com seus efeitos e distorções do mercado. Sobre o assunto, vide: Julián Peña. La defensa de la competencia en la Argentina. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 17, julho, 2003, p. 3 e ss. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em 30 jun. 2008; e Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito de defesa da concorrência...* cit., p. 145 e ss..

a primeira lei argentina a prever um sistema de controle das operações de concentração de empresas.

Adotou-se um sistema de controle a priori para as operações de concentração, seguindo as tradições norte-americana e comunitária europeia. A lei proíbe as operações cujo objeto ou efeito possibilite restringir ou distorcer a concorrência, de modo que possa resultar prejuízo para o interesse econômico geral (art. 7.º da Lei).¹⁹ A definição de “concentración económica” é igualmente prevista na lei:

“Art. 6.º A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica la toma de control de una o varias empresas, a través de realización de los siguientes actos:

a) La fusión entre empresas;

b) La transferencia de fondos de comercio;

c) La adquisición de la propiedad o cualquier derecho sobre acciones o participaciones de capital o títulos de deuda que den cualquier tipo de derecho a ser convertidos en acciones o participaciones de capital o a tener cualquier tipo de influencia en las decisiones de la persona que los emita cuando tal adquisición otorgue al adquirente el control de, o la influencia sustancial sobre misma;

d) Cualquier otro acuerdo o acto que transfiera en forma fáctica o jurídica a una persona o grupo económico los activos de una empresa o le otorgue influencia determinante en la adopción de decisiones de administración ordinaria o extraordinaria de una empresa”.

Todas as operações de concentração em que a soma do volume total de negócios das empresas envolvidas na operação supere \$ 200.000.000,00 de pesos argentinos a nível nacional ou \$ 2.500.000.000,00 de pesos argentinos a nível mundial deverão ser notificadas ao Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia,²⁰ ficando tais operações sujeitas à prévia autorização do órgão

¹⁹ Isto significa que as operações de concentração serão proibidas unicamente quando implicarem em potencial prejuízo ao interesse econômico geral. Cfr. Mauricio Ochoa Urioste. Análisis del derecho de la competencia en Argentina. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 24, maio, 2008. p. 15. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 junho 2008.

²⁰ O Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia foi criado pela Lei de 1999, mas ainda não foi instituído, pelo que as notificações continuam sendo feitas à

para que possam produzir efeitos. Ressalte-se que o sistema argentino adota apenas o critério quantitativo relacionado ao volume de negócios praticado pelas empresas para definir quais operações estão sujeitas à notificação. Outros sistemas, como o brasileiro, adotam um critério misto, que leva em consideração o volume de negócios praticado pelas empresas envolvidas na operação ou a parcela de mercado detida pelas mesmas.

Destaca-se a existência de regras específicas para o cálculo do volume de negócios das empresas (art. 8.º) e de uma lista de operações que são dispensadas da obrigação de notificar ao Tribunal, ainda que atinjam os volumes de negócios previstos em lei (art. 10). Uma das exceções à regra da notificação é o caso das aquisições de uma única empresa por parte de uma empresa estrangeira que não possuía previamente ativos nem ações societárias na Argentina.

Com relação ao procedimento, as empresas deverão notificar a operação ao Tribunal antes da sua realização ou até uma semana após a sua conclusão. Uma vez apresentada a notificação, o Tribunal deverá proferir uma decisão dentro de 45 dias. Esta decisão poderá ser de autorização simples, de autorização com condições ou de proibição (art. 13). Caso o Tribunal não decida no prazo de 45 dias, a operação considera-se tacitamente aprovada (art. 14).

2.4 Sistema uruguaio

A primeira lei uruguaia sobre a defesa da concorrência é a Lei 17.243, de 29 de junho de 2000 (arts. 13 a 15), regulada pela Lei 17.296, de 21 de fevereiro de 2001 (arts. 157 e 158) e pelo Decreto 86, de 28 de fevereiro de 2001.²¹ No entanto, neste corpo legislativo não constavam disposições sobre o controle das operações de concentração de empresas.

Foi apenas a partir de 2007 que o ordenamento jurídico uruguaio passou a desfrutar de um sistema de controle dos atos de concentração, por conta da entrada em vigor da nova lei de defesa da concorrência no país. Trata-se

Comisión Nacional de Defensa de la Competência, órgão vinculado ao Ministério da Economia. Merece aplausos a criação do novo Tribunal, pois constitui-se sob a forma de autarquia e desfruta de independência e autonomia, o que permite análises mais técnicas e menos influenciadas politicamente.

²¹ Este Decreto instituía a Dirección General de Comercio como autoridade da concorrência uruguaia. Atualmente, a função é exercida pela Comisión de Promoción y Defensa de la Competência, conforme previsto na legislação uruguaia atual (art. 21.º da Lei 18.159, de 20 de julho de 2007).

da Lei 18.159, de 20 de julho de 2007, consideravelmente mais completa e estruturada que a lei anterior, a qual revoga expressamente os diplomas precedentes.²² A questão é tratada diretamente pelos artigos 7.º, 8.º e 9.º da nova lei, os quais dispõem, respectivamente, sobre os casos de obrigatoriedade de notificação, de dispensa da notificação e de necessidade de autorização prévia da operação.

A recente experiência uruguaia contribui, em especial, de duas maneiras para a construção de um sistema de controle comum no Mercosul.

Por um lado, o sistema uruguaio traz a definição do que se entende por operação de concentração, o que poderá ser útil na harmonização deste conceito na esfera comunitária. Segundo a nova lei uruguaia:

“Art. 7.º (...) se considerarán posibles actos de concentración económica aquellas operaciones que supongan una modificación de la estructura de control de las empresas partícipes mediante: fusión de sociedades, adquisición de acciones, de cuotas o de participaciones sociales, adquisición de establecimientos comerciales, industriales o civiles, adquisiciones totales o parciales de activos empresariales, y toda otra clase de negocios jurídicos que importen la transferencia del control de la totalidad o parte de unidades económicas o empresas”.

Percebe-se que o conceito utilizado é bastante amplo, de modo a incluir toda operação que resulte na transferência de controle da totalidade ou de uma parte de uma unidade econômica ou empresa. Esta diferenciação entre “unidade econômica” e “empresa” também merece destaque, na medida em que enriquece a legislação antitruste sul-americana.²³

Por outro lado, a nova lei uruguaia prevê um sistema de controle misto, uma vez que estabelece a obrigatoriedade de notificação a todas as operações de grande impacto (leia-se as operações em que as empresas envolvidas

²² A respeito da nova lei uruguaia, vide: Daniel Hargain. Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Uruguay. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007, p. 100 e ss. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

²³ O direito comunitário europeu faz referência expressa somente à “empresa”, o que rendeu inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência a respeito da extensão deste conceito, até o posicionamento do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no sentido de que o termo “empresa” deve ser entendido como “unidade econômica autônoma”. Cfr. Acórdão do TJCE de 12 de julho de 1984, Processo 170/83.

obtenham mais de 50% do mercado relevante ou em que o volume de seus negócios seja igual ou superior a 750.000.000,00 de unidades indexadas uruguaias),²⁴ mas aplica o controle prévio somente àquelas que resultem na formação de um “monopólio de fato”.²⁵ O critério é fluído e será alvo de muitos debates na doutrina e na jurisprudência uruguaia,²⁶ mas o fato é que somente estas operações estão sujeitas à prévia autorização da parte da autoridade da concorrência uruguaia.

2.5 Sistema paraguaio

No sistema jurídico paraguaio inexistente uma lei de defesa da concorrência. No entanto, um Projeto de Lei sobre a matéria foi apresentado pelo Ministério da Indústria e Comércio e tramita na Câmara dos Deputados.²⁷ O Projeto de Lei é bem estruturado e tem por objetivo regular três grandes matérias: as práticas restritivas da livre concorrência (art. 7.º e ss.), as condutas abusivas (art. 13 e ss.) e as operações de concentração (art. 17 e ss.).²⁸ Em relação às concentrações, o Projeto de Lei parece ter recebido forte influência da legislação comunitária europeia. Para dar um exemplo, nota-se que o art. 17 do Projeto de Lei, que define uma operação de concentração, é praticamente a tradução do art. 3.º do Regulamento das Concentrações europeu.

O Projeto de Lei prevê um controle a priori das operações de concentração, tendo utilizado o critério de análise europeu, conforme se verifica pela transcrição do dispositivo abaixo do Projeto de Lei:

“Art. 18.º, 2. Son compatibles con la presente Ley las operaciones de concentración que no supongan un obstáculo significativo para una

²⁴ Cfr. nova lei uruguaia, art. 7.º, “A” e “B”.

²⁵ Tradução livre da expressão “monopolio de hecho”, utilizada no art. 9.º da nova lei uruguaia.

²⁶ Cfr. Daniel Hargain. Nueva Ley de Defensa de la Competencia en Uruguay cit., p. 101-102.

²⁷ Mais informações sobre a tramitação do Projeto de Lei, vide: <www.congreso.gov.py>, acesso em: 25 maio 2008.

²⁸ O Projeto de Lei paraguaio pode ser encontrado em: Bruno Belmont Valdovinos. Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia de la Republica del Paraguay. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 24 maio 2008, p. 41 e ss. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 junho 2008.

competencia efectiva, al no crear ni reforzar posición dominante alguna en el mercado nacional o en una parte substancial del mismo”.

Se aprovada a lei, o sistema de defesa da concorrência será composto por três órgãos: o Ministerio de Industria y Comercio, que terá competência para aplicar a lei de defesa da concorrência; a Comisión Nacional de Defensa da Competencia, que gozará de autonomia administrativa e, dentre outras funções, será incumbida de proibir ou autorizar os acordos e as condutas abusivas; e a Secretaría Técnica de Defensa da Competencia, que será o órgão executivo integrado à Comisión e responsável pela investigação e instrução dos processos.

Deverão ser notificadas as operações de concentração que resultem na aquisição de 30% do mercado nacional paraguaio de um determinado produto ou serviço ou quando o volume de negócios das empresas envolvidas na operação exceda 80.000 salários mínimos paraguaios.²⁹ Assim, verifica-se a presença do critério misto, presente igualmente no Brasil e no Uruguai, que leva em consideração para a obrigatoriedade da notificação o volume total de negócios praticado pelas empresas ou a parcela detida pelas empresas num determinado mercado.

2.6 Síntese dos sistemas nacionais

Os sistemas de controle das operações de concentração dos países integrantes do Mercosul são bastante recentes. No caso paraguaio, inexistem sequer uma legislação em vigor sobre a matéria. Por um lado, a criação de normas comunitárias de controle das concentrações poderia incentivar o desenvolvimento e a aplicação de normas nacionais, como assinala Cunha com base na experiência europeia:

Na União Europeia nem todos os países possuíam normais locais sobre a defesa da competição. Os órgãos da União e, em especial, a Comissão, foram grandes incentivadores para que se adotassem leis e se estruturasse um sistema eficiente de controle e defesa da competição. No Mercosul, caso o tema seja tratado de maneira adequada, os órgãos comuns podem também cumprir esta função.³⁰

²⁹ Projeto de Lei paraguaio, art. 19.º, a e b.

³⁰ Cfr. Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito de defesa da concorrência...* cit., p. 163.

Por outro lado, os sistemas nacionais existentes podem igualmente servir de referência para a criação de um sistema comunitário de controle das concentrações. Neste sentido, parece importante fazer uma síntese dos sistemas nacionais analisados, de modo a identificar, sobretudo, seus pontos de contato, os quais poderão influenciar um possível sistema de controle comunitário.

Percebe-se uma tendência para estabelecer uma política de controle a priori das operações de concentração. Dos cinco países do Mercosul, este é o sistema adotado por três deles, levando-se em consideração a lei em vigor na Argentina e os Projetos de Lei que tramitam no Brasil e no Paraguai sobre a matéria. Além disso, o Uruguai possui um sistema de controle misto, o qual inclui mecanismos clássicos de controle a priori. Desta forma, apenas a Venezuela parece manter, num futuro próximo, um sistema de controle a posteriori das concentrações.

Com relação ao conceito de operação de concentração e aos critérios de sua apreciação, os sistemas nacionais do Mercosul parecem seguir as noções que vêm sendo consolidadas pelo Direito comunitário europeu. Em particular, destacam-se a ideia de posição dominante e a inclusão de toda forma de operação que provoque uma mudança duradoura de controle de uma empresa na definição de operação de concentração.

O âmbito de aplicação é estabelecido, na maioria dos sistemas, em função de dois critérios quantitativos, seja sobre a parcela detida pelas empresas no mercado, seja sobre o volume de negócios praticado pelas empresas.³¹ No entanto, recorde-se que o sistema comunitário europeu adota apenas o critério quantitativo relacionado ao volume de negócios das empresas. Em realidade, o critério único europeu parece ser uma solução mais prática, uma vez que a percentagem de participação de uma empresa no mercado envolve fatores econômicos e é de difícil mensuração.

3. Estágio atual na implementação de um sistema comum no Mercosul

O Tratado de Assunção estabelece que os Estados Partes do Mercosul devem coordenar suas respectivas legislações nacionais com o fim de elaborar

³¹ A Argentina é uma exceção, pois prevê apenas o critério baseado no volume de negócios das empresas. O Uruguai prevê, além dos dois critérios quantitativos mencionados, um terceiro critério, baseado nas operações que provoquem um “monopólio de fato”. No entanto, este terceiro critério uruguaio é impreciso e não parece ser uma boa opção, pois resulta em insegurança jurídica ao sistema, em particular às empresas, que terão dificuldades em saber quais operações estarão sujeitas à obrigação de notificação.

normas comuns sobre a concorrência (art. 4.º). Assim, nos anos seguintes à assinatura do Tratado, o Conselho do Mercado Comum aprovou uma série de Decisões sobre o assunto,³² dentre as quais se destaca a Decisão 21, de 1994, que propunha uma harmonização das legislações dos Estados Partes em matéria de defesa da concorrência e previa um controle das operações de concentração de empresas de dimensão comunitária.

Esta foi a primeira tentativa de adoção de um sistema de controle das concentrações no Mercosul. A Decisão 21/94, no item 5, da Terceira Secção, do Capítulo II, determinava:

Os Estados Partes submeterão a controle as operações de qualquer natureza entre empresas ou grupos de empresas que impliquem uma concentração econômica, das quais resulte uma participação igual ou superior a 20% (vinte por cento) do mercado relevante e que possam produzir efeitos anticoncorrenciais em todo ou em parte do Mercosul.

Verificava-se a adoção do critério quantitativo baseado em percentagem de participação no mercado para estabelecer quais operações de concentração ficariam sujeitas a controle, à diferença do Direito comunitário europeu, cujo critério quantitativo é fundado no volume de negócios praticado pelas empresas. Além disso, estabelecia-se uma exigência de dimensão comunitária, de modo a controlar somente as operações que produzissem efeitos anticoncorrenciais na esfera regional. Todavia, a Decisão não previa os critérios que deveriam ser utilizados para a aprovação ou proibição das operações sujeitas a controle.

Ocorre que a Decisão 21/94 tinha um caráter temporário e acabou por nunca ter sido aplicada. Desde o início, previa-se a sua substituição por um Estatuto de Defesa da Concorrência do Mercosul, que foi finalmente aprovado em 1996, pelo denominado Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. Apesar disso, a Decisão 21/94 é considerada como um marco na evolução da defesa da concorrência do Mercosul, uma vez que previa o primeiro sistema comum de defesa da concorrência, inclusive com o controle das concentrações no nível do bloco.

3.1 Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

Através da Decisão 18/96, do Conselho do Mercado Comum, aprovou-se o Estatuto definitivo de defesa da concorrência no Mercosul, em substituição

³² Em matéria de concorrência, além da citada Decisão 21 de 1994, foram aprovadas: a Decisão 03, de 1992, sobre práticas desleais de comércio; a Decisão 07, de 1993, relativa à prática de dumping; e a Decisão 20, de 1994, relacionada às diretrizes para eliminar políticas públicas que distorcem a competitividade.

à Decisão 21/94. A solenidade de assinatura do diploma ocorreu na Cidade de Fortaleza, em 17 de dezembro de 1996, razão pela qual se encontra também a simples denominação de “Protocolo de Fortaleza”.³³

O Protocolo de Fortaleza tem por finalidade a proteção da concorrência no âmbito do Mercosul (art. 1.º), sendo suas regras aplicáveis a todos os atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, assim como a outras entidades que tenham por objeto produzir, ou que produzam, efeitos sobre a concorrência no âmbito do Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes (art. 2.º). Andrade assinala que é imprescindível a verificação de dois requisitos: a intenção ou produção de efeitos anticoncorrenciais, cumulada com a afetação do mercado, o que difere da normativa comunitária europeia, na qual se considera suficiente a mera potencialidade de prejuízo ao mercado comum, independentemente da produção ou intenção de resultados anticoncorrenciais.³⁴

No campo específico do controle das operações de concentração de empresas, o Protocolo de Fortaleza destaca-se por três motivos. Em primeiro lugar, prevê a adoção de normas comuns em matéria de controle das concentrações, sem estabelecer, contudo, as regras e os critérios a serem utilizados (infra, item 3.1.1.). Em seguida, cria o Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul, que é o órgão mais próximo de uma autoridade da concorrên-

³³ No Brasil, o Protocolo de Fortaleza encontra-se em vigor através do Decreto 3.602, de 18 de setembro de 2000. No sistema paraguaio, o Protocolo foi aprovado em 1997 e, atualmente, encontra-se vigente através da Lei 3.026, de 5 outubro de 2006. A Venezuela ficou vinculada ao Protocolo ao aderir ao Tratado de Assunção, pois aquele é parte integrante deste, enquanto a Argentina e o Uruguai ainda não transpuseram o Protocolo nos seus respectivos ordenamentos jurídicos. Sobre o assunto, vide: Murilo Otávio Lubambo de Melo. Defesa da concorrência no mercosul: entraves e soluções normativas. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007, p. 24. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 jun.2008. Com relação à Argentina, Andrade defende que o Protocolo goza de plena eficácia, “pois, em conformidade com o art. 75, inciso 22, da Constituição da Nação Argentina, os tratados têm hierarquia superior às leis”. Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 428. Em sentido contrário, Melo adverte que “[o] fato de a Argentina contemplar na sua Constituição que os tratados tem [sic] hierarquia superior à lei não significa que: 1) seja desnecessária a incorporação do tratado; 2) seja dispensado o depósito da ratificação; ou 3) tenha o tratado aplicabilidade direta”. Cfr. Murilo Otávio Lubambo de Melo. Op. cit., p. 24, nota de rodapé 85.

³⁴ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 429.

cia na esfera do Mercosul (infra, item 3.1.2.). Finalmente, estabelece um procedimento geral para a aplicação do Protocolo, incluindo as linhas gerais de cooperação entre os órgãos do Mercosul e as autoridades nacionais da concorrência (infra, item 3.1.3.).

3.1.1 Previsão de normas comuns de controle das concentrações

O Protocolo de Fortaleza contém um Capítulo intitulado “Do Controle de Atos e Contratos”, que prevê aos Estados Partes do Mercosul a obrigação de estabelecer normas comuns para as operações de concentração de empresas, nos termos assim transcritos:

“Art. 7.º Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviços, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul”.

Percebe-se que existe a obrigação de estabelecer normas comuns sobre a matéria, mas o Protocolo, em si, optou por não impor diretamente um sistema comum de controle das operações de concentração, como pretendeu fazer a Decisão 21/94 ao estabelecer a obrigatoriedade de notificação de todas as operações de concentração que resultassem numa participação de 20% de um mercado relevante no âmbito regional. Esta omissão parece ter sido voluntária, como assinala Costa e Silva:

“(...) o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul mostra-se como um projeto cauteloso de harmonização de políticas da concorrência. Optamos por elaborar regras gerais e consensuais, com características uniformes, para a implementação de um marco negociatório nas discussões sobre a política de concorrência do Mercosul. Esta é somente a primeira etapa de um projeto muito mais ambicioso”.³⁵

Apesar disso, critica-se a opção legislativa do Conselho do Mercado Comum, uma vez que a imposição de um sistema comum será invariável-

³⁵ Eugênio da Costa e Silva. A concorrência no Mercosul: considerações preliminares. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997, ponto n. 5.

mente necessária em algum momento, ainda que seja através da “adoção de normas comuns” – para utilizar a fórmula contida no Protocolo. Ressalta-se que, até o presente momento, não houve a adoção das tais normas comuns, pois o Protocolo de Fortaleza não se encontra ratificado por todos os Estados Partes do Mercosul.³⁶

Ainda assim, deve-se reconhecer que este dispositivo do Protocolo representa uma esperança concreta de criação de um sistema comum de controle das operações de concentração no Mercosul.

3.1.2 Criação do Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul

O Comitê de Defesa da Concorrência no Mercosul foi criado pelo Protocolo de Fortaleza, através do seu art. 8.º, parágrafo único. Trata-se de um órgão intergovernamental – à diferença da Comissão Europeia, que tem natureza supranacional – da Comissão de Comércio do Mercosul, cuja atribuição principal é a aplicação do Protocolo. Destaca-se que o Comitê ficou responsável pela elaboração da regulamentação do Protocolo, que ocorreu em 5 de dezembro de 2002, a qual desempenha a função de um guidelines na aplicação do diploma.³⁷

O órgão será composto pelas autoridades nacionais da concorrência dos Estados Partes do Mercosul, que serão representadas por um membro titular e dois suplentes. O Comitê realizará reuniões ordinárias pelo menos uma vez a cada três meses e extraordinárias sempre que um de seus membros solicitar.

A criação do Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul representa igualmente um avanço em matéria de defesa da concorrência, mas se critica a falta de independência prevista para o órgão, uma vez que todas as suas decisões devem ser objeto de homologação por parte da Comissão de Comércio do Mercosul.³⁸

³⁶ Assinala-se a necessidade de ratificação de todas as Decisões do Conselho do Mercado Comum, por parte de todos os Estados Partes do Mercosul, para que estas sejam devidamente incorporadas aos respectivos ordenamentos jurídicos nacionais e produzam efeitos legais.

³⁷ Cfr. Nuno Ruiz. El derecho y la política de competencia: la Comunidad Europea y el Mercosur. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n, 7, jul. 1999, p. 144. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

³⁸ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 430.

3.1.3 Procedimento para aplicação do Protocolo

O Protocolo de Fortaleza adota um sistema de cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência, o Comitê de Defesa da Concorrência do Mercosul e a Comissão de Comércio do Mercosul para a aplicação das regras do Protocolo. Todo o procedimento está previsto nos arts. 10 e seguintes do Protocolo.

Na prática, qualquer pessoa interessada pode apresentar à autoridade da concorrência de um Estado Parte uma denúncia de infração às regras estabelecidas no Protocolo de Fortaleza. Esta autoridade da concorrência será competente para instaurar o procedimento investigatório e elaborar um parecer técnico, que deverá ser submetido à apreciação do Comitê de Defesa da Concorrência (art. 10). Com base no parecer, o Comitê decidirá a respeito da continuidade ou arquivamento do processo, devendo esta decisão ser homologada pela Comissão de Comércio do Mercosul (art. 11).

Em caso de urgência ou ameaça de dano irreparável à concorrência, é facultado ao Comitê aplicar medidas preventivas e multas no caso de descumprimento. Dentre estas medidas, a imediata cessação da prática sob investigação poderá ser, por exemplo, exigida. Esta decisão fica, igualmente, sujeita à homologação da Comissão de Comércio do Mercosul (art. 13, *caput* e § 1.º).

Optando-se pela continuidade do processo no nível do Mercosul, a etapa investigatória da prática denunciada ficará sob a responsabilidade da autoridade nacional da concorrência que iniciou o procedimento. As demais autoridades nacionais da concorrência terão a obrigação de auxiliar a primeira, através do fornecimento de informações, documentos ou qualquer outro meio considerado essencial para o procedimento (art. 16). Concluída a etapa investigatória, a autoridade da concorrência responsável apresentará ao Comitê um parecer conclusivo sobre a matéria (art. 18), que, por sua vez, decidirá se houve infração às regras comunitárias e aplicará as eventuais sanções à parte infratora (art. 19).

Esta decisão final do Comitê deverá ser homologada pela Comissão de Comércio do Mercosul (art. 20) e pelo Grupo Mercado Comum (art. 21), antes de encerrado o procedimento. Por fim, ressalte-se que, na hipótese do Grupo Mercado Comum não alcançar um consenso na sua homologação, os Estados Partes interessados poderão recorrer diretamente ao Procedimento Arbitral previsto no Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias (art. 21, parágrafo único).

3.2 *Entendimento sobre cooperação entre as autoridades nacionais de defesa de concorrência*

Outro importante instrumento na implementação de um sistema comum de controle das concentrações no Mercosul é o “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do Mercosul para o Controle de Concentrações Econômicas de Âmbito Regional”, aprovado pelo Conselho do Mercado Comum, através da Decisão 15, de 20 de julho de 2006.

Este Entendimento vem na sequência da assinatura do “Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do Mercosul para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência”, em 7 de julho de 2004, que fixa as diretrizes básicas de cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência na aplicação das respectivas legislações nacionais.³⁹ Assim, o objetivo do Entendimento de 2006 é estabelecer como ocorrerá a efetiva cooperação entre as autoridades nacionais da concorrência em matéria específica de controle das operações de concentração.

O Entendimento começa por definir importantes conceitos, entre os quais se destacam o de “controle de concentração econômica” e de “controle de concentração econômica de âmbito regional”, abaixo transcritos:⁴⁰

a) “Controle de concentração econômica” é um procedimento de natureza preventiva que requer a apreciação de operações, sob qualquer forma manifestada, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na [sic] domínio de mercados relevantes de bens ou serviços, por uma Autoridade de Defesa da Concorrência, a qual pode aprovar a operação em sua integralidade, aprová-la com restrições ou reprová-la;

b) “Controle de concentração econômica de âmbito regional” é o controle de concentração econômica reconhecido por duas ou mais Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL como um controle de interesse de dois ou mais Estados

³⁹ Decisão 04, de 7 de julho de 2004, do Conselho do Mercado Comum do Mercosul.

⁴⁰ Cfr. art. I, n. 2, alíneas “a” e “b” do Anexo da Decisão 15/06, do Conselho do Mercado Comum.

Partes, por avaliar uma operação de concentração econômica que pode ter efeitos em um mercado geográfico relevante que abranja o território de mais de um Estado Parte.

Com relação à definição de “controle de concentração econômica” verifica-se a natureza preventiva, o que remete à ideia de um controle a priori das operações de concentração. Quanto à segunda definição, percebe-se que, para fins do Entendimento, as operações sujeitas a um “controle cooperado” serão aquelas reconhecidas por pelo menos duas autoridades nacionais da concorrência como operações de interesse regional.

Nos termos do Entendimento, a partir do momento em que uma autoridade nacional da concorrência tome conhecimento de uma operação de concentração de âmbito regional, esta terá 15 dias para notificar as demais autoridades nacionais da concorrência em que a operação possa provocar efeitos anticoncorrenciais, para que o procedimento de cooperação do Entendimento possa ser iniciado.

Destaca-se a possibilidade que tem um Estado Parte de solicitar a outro Estado Parte o início do procedimento de cooperação quando entender que há operações de concentração no território deste que podem afetar o seu mercado. A solicitação deverá especificar os possíveis efeitos adversos para a sua ordem nacional e oferecer as informações e cooperação que se encontre em condições de prover. A autoridade da concorrência solicitada não tem a obrigação de iniciar o procedimento de cooperação, mas deverá apreciar a solicitação e comunicar a sua decisão.

Outra medida interessante presente no Entendimento diz respeito à coordenação das operações de concentração inter-relacionadas ou conexas a diferentes Estados Partes. Assim, estabelece o item V do Entendimento:

Quando as Autoridades de Concorrência de dois ou mais Estados Partes estiverem realizando Atividades de Aplicação relativas a operações de concentração econômica inter-relacionadas ou conexas, considerarão a conveniência de coordená-las, levando em consideração os objetivos das Autoridades de Concorrência do(s) outro(s) Estado(s) Parte(s).

Esta medida não impede que decisões divergentes sejam tomadas, isto é, que uma operação seja aprovada num Estado Parte e proibida em outro, uma vez que não há um único sistema de controle sendo aplicado. No entanto, a coordenação destas operações conexas facilitará a apreciação da operação e, provavelmente, chegar-se-á a melhores decisões por parte das autoridades nacionais da concorrência competentes.

Por fim, o Entendimento compreende igualmente uma cooperação técnica entre as autoridades nacionais da concorrência do Mercosul, nas formas mais variadas. Isto inclui, por exemplo, o intercâmbio de experiências e funcionários destes órgãos, assim como a promoção de conferências e cursos relativos à legislação da concorrência dos diferentes Estados Partes.

4. Conclusão

Em conclusão a este estudo, buscou-se, por um lado, identificar os principais obstáculos que deverão ser superados na atual conjuntura do Mercosul para a adoção de um sistema comum de controle das concentrações e, por outro lado, propor algumas alternativas.

4.1 *Obstáculos de ordem técnica*

Conforme visto, o Protocolo de Fortaleza prevê no seu art. 7.º a obrigação, por parte dos Estados Partes, de estabelecer normas comuns em matéria de controle das operações de concentração de empresas. No entanto, nada foi determinado em relação aos conceitos, critérios e procedimento, inerentes a qualquer sistema de controle das concentrações. Andrade observa bem a dificuldade de estabelecer as regras de um sistema comum e faz uma alusão à experiência europeia:

O estabelecimento de um critério para a notificação das operações, a delimitação das competências das autoridades nacionais (o Cade, no Brasil, e a CNCC – Comissão Nacional de Defesa da Concorrência, na Argentina) e os critérios de análise são temas bastante delicados, que, a exemplo do que aconteceu durante os dezesseis anos que o Regulamento (CE) 4.064/89 foi discutido na Comunidade Europeia, deverão também levantar controvérsias no âmbito do Mercosul. (...). Essas regras, portanto, deverão ser delimitadas com bastante cautela.⁴¹

Desta forma, uma primeira dificuldade será encontrar um mínimo denominador comum entre as legislações dos Estados Partes para a definição de um sistema de controle comum. Para tanto, um estudo aprofundado de

⁴¹ Cfr. Maria Cecília Andrade. *Controle de concentrações de empresas...* cit., p. 432 e 433. Ressalta-se que, à época da publicação da obra da autora, o Brasil e a Argentina eram os únicos países do Mercosul que contavam com um sistema de controle das operações de concentração, o que justifica a menção feita pela autora apenas ao Cade brasileiro e à Comissão Nacional de Defesa da Concorrência argentina.

Direito comparado será necessário. No item 2.6. deste trabalho, tentou-se traçar os principais elementos de contacto entre os diferentes sistemas nacionais de controle das concentrações existentes no Mercosul. Ainda assim, alguns Estados Partes precisarão alterar radicalmente suas estruturas nacionais de defesa da concorrência em prol de um sistema comum no âmbito do Mercosul, de forma a se adaptarem às exigências do novo modelo. Neste aspecto, cita-se, em particular, o caso da Venezuela, que ainda emprega um sistema de controle a posteriori das concentrações,⁴² em larga medida incompatível com um modelo de controle prévio que exige rapidez na análise da operação por parte da autoridade da concorrência e eficiência do procedimento administrativo de controle como um todo.

Superado o desafio de definir as normas em comum que serão aplicadas, passa-se à tarefa de uniformizar a interpretação destas normas, como assinala Magalhães: “[n]ão basta os Estados Partes aprovarem norma idêntica, mas é necessário que a aplicação da norma se faça de modo uniforme (...)”.⁴³ Neste sentido, Melo enfatiza a necessidade de analisar como os tribunais e as autoridades nacionais da concorrência do Mercosul estão a aplicar os conceitos comuns ou similares, pois a compreensão destas diferenças pode trazer um duplo benefício: por um lado, contribuir para a diminuição das divergências em os diferentes Estados Partes e, por outro lado, colaborar na consolidação de uma jurisprudência no Mercosul.⁴⁴

4.2 *Obstáculos de ordem institucional*

Existem também obstáculos de ordem institucional, que dizem respeito à estrutura intergovernamental adotada pelo Mercosul.

Enquanto as organizações supranacionais dispõem de maior liberdade na consecução de seus objetivos, em razão da limitação que impõem à soberania dos países que as integram, as organizações intergovernamentais não gozam da mesma autonomia e ficam limitadas às divergências políticas internas do bloco. Na União Europeia, por exemplo, as decisões do Conselho,

⁴² O Brasil, conforme já assinalado, apesar da vigência atual de um sistema de controle a posteriori, possui um Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional e modifica todo o sistema, de modo que passará, provavelmente, a adotar o controle prévio das concentrações num futuro próximo.

⁴³ José Carlos de Magalhães. Defesa da concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997, ponto n. 8.

⁴⁴ Murilo Otávio Lubambo de Melo. Op. cit., p. 31.

ainda que tomadas por maioria de votos, serão obrigatórias a todos os Estados-Membros. Desta forma, um Estado-Membro pode ser, individualmente, contra determinada medida da União Europeia, mas deverá respeitá-la caso tenha sido tomada em interesse aos objetivos comuns. No contexto do Mercosul, Cunha resume bem esta problemática:

“A integração, para que se torne um processo contínuo de unir-se, precisa estar acima dos conflitos de interesses dos Estados e das diversas rivalidades que podem resultar do relacionamento interestatal. O modelo supranacional traz esta possibilidade, garantindo a estabilidade da integração, o que não ocorre com o interestatal, adotado pelo Mercosul (...).”⁴⁵

No Mercosul, não há órgãos com poderes supranacionais, o que os impossibilitam de se impor sobre os Estados Partes do bloco. Deste modo, a respeito do atual estágio do Mercosul, Cunha completa: “[t]rata-se de cooperação, e não de integração”.⁴⁶ Por isso, esta característica de ordem institucional do Mercosul talvez represente a maior dificuldade para a introdução de um sistema eficaz de controle comum das operações de concentração no âmbito do bloco. Neste sentido, a falta de órgãos supranacionais limita o funcionamento do processo.

Uma solução seria a criação de uma autoridade da concorrência regional com características supranacionais, como argumenta Melo:

No campo da concorrência, isso se reflete na maior qualidade e consistência técnica das decisões a serem tomadas pelos órgãos. Além disso, a tomada de decisões por maioria implica na prevalência de aspectos fundamentais ao espírito integrativo em detrimento de soluções meramente nacionais.⁴⁷

Além disso, a criação de uma estrutura supranacional da concorrência permitiria que as notificações fossem feitas a um único órgão, como no sistema de “balcão-único” existente na União Europeia. Como benefícios, haveria a otimização de todo o procedimento de notificação e de análise da operação, resultando em uma redução de custos para as empresas e uma uniformização das decisões sobre a compatibilidade da operação. Vale ressaltar que, no atual sistema, há a possibilidade da operação ser considerada compatível

⁴⁵ Cfr. Ricardo Thomazinho da Cunha. *Direito de defesa da concorrência...* cit., p. 254.

⁴⁶ Idem. p. 257.

⁴⁷ Murilo Otávio Lubambo de Melo. Op. cit., p. 33.

pela autoridade da concorrência de um país e incompatível pela de outro. No entanto, há quem entenda que o Mercosul ainda não está preparado para órgãos com poderes supranacionais. Neste sentido, inclui-se Costa e Silva, ao defender que “a discussão sobre a ordem institucional do Mercosul deve ocorrer somente após conclusões pragmáticas sobre a integração comercial terem sido alcançadas”.⁴⁸

Outra dificuldade de ordem institucional diz respeito à demora para a aprovação interna dos diplomas comunitários. Recorde-se que os atos aprovados pelos órgãos comuns do Mercosul deverão ser internalizados nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, cada qual com seu processo formal de incorporação de normas internacionais. Os atos preveem prazos para que isso seja feito, mas os atrasos são constantes. Um exemplo é o próprio Protocolo de Fortaleza, que precisava ser ratificado por pelo menos dois Estados Partes para entrar em vigor, o que ocorreu somente em 8 de setembro de 2000, trinta dias após o depósito do instrumento de ratificação pelo Brasil. O Paraguai havia sido o primeiro a aprovar internamente o diploma, em 1997.

Como proposta para solução deste problema, sugere-se a criação de mecanismos de sanção pelo atraso, como existem na União Europeia. Com isso, espera-se incentivar os Estados Partes a acelerarem o processo de incorporação das normas do Mercosul, respeitando os prazos estabelecidos em tais acordos. Outra solução seria alterar os sistemas de ratificação nos diferentes Estados Partes para prever procedimentos acelerados de incorporação das normas do Mercosul.

Ainda no seio dos obstáculos institucionais, verifica-se a ausência de um tribunal comunitário no Mercosul, pelo que se sugere a criação de um tribunal permanente do Mercosul, ao menos para julgar assuntos econômicos, que resultem em impactos sobre a concorrência regional.

4.3 Obstáculos de ordem cultural

Por fim, nota-se uma terceira categoria de dificuldades no âmbito dos países do Mercosul, que é de natureza cultural, pois os países do bloco não possuem uma “cultura da concorrência”, como aponta Oliveira:

“(…) falta aquilo que genericamente pode ser chamado de cultura da concorrência. Estado e setor privado ainda não se habituaram ao jogo inerentemente competitivo do mercado. As autoridades revelam vícios

⁴⁸ Eugênio da Costa e Silva. Op. cit., ponto n. 5.

intervencionistas, e as lideranças empresariais teimam em flertar com a tutela do pai Estado. (...). Os setores público e privado se encontram desparelhados para fazer valer as determinações legais. Os departamentos jurídicos e os executivos das empresas do Mercosul desconhecem aspectos básicos da legislação de defesa da concorrência dos países maduros e de seus próprios mercados domésticos. Os órgãos públicos padecem de crônica falta de recursos humanos e materiais”.⁴⁹

Desta forma, Rivière assinala a necessidade de desenvolver esta “cultura da concorrência” na América Latina e sugere alguns meios para atingir este objetivo:

“(...) se requiera un esfuerzo para crear la “cultura” de la competencia. El fomento de la competencia empieza en la propia Administración del Estado, mediante la formación de sus funcionarios, y la adecuación de los planes de estudios académicos de las universidades. A fin de concienciar a la sociedad es preciso explicar a las empresas y a los profesionales liberales el objetivo de la economía de libre mercado y la utilidad de legislar en defensa de la competencia. Resulta sin duda más arduo aplicar las reglas de defensa de la competencia en América Latina que en economías de alto grado de desarrollo industrial como las existentes en la Unión Europea”.⁵⁰

Ainda no terreno das propostas, Peña, demonstrando uma preocupação especial em relação às pequenas e médias empresas, propõe que todas as informações relativas aos procedimentos estejam disponíveis na internet de forma clara e organizada para facilitar o seu acesso e promover as regras comuns da concorrência nos países do Mercosul.⁵¹

⁴⁹ Gesner de Oliveira. Defesa da concorrência no Mercosul: avanços e desafios. *Informativo Mercosul*, ano 2, n. 4, Brasília: Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, 1997. Disponível em: <www.camara.gov.br/mercosul/Informativo/info_4.htm>. Acesso em: 3 jun. 2008. Sobre a cultura intervencionista na América Latina, vide: Luis Tineo. Políticas de competencia en America Latina. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997, pontos ns. 2 e 3; e José Carlos de Magalhães. Defesa da concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997, ponto 8.

⁵⁰ Juan Antonio Rivière Martí. La política de competencia en América Latina. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997, ponto n. 6.

⁵¹ Félix Peña. Una política de competencia económica en el Mercosur. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 12, jul. 2001, p. 6. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

A falta de uma “cultura da concorrência” é uma herança de décadas nos países da América Latina. Assim, como todos os obstáculos de ordem cultural, ela deverá ser superada lentamente, pois mudar a cultura de um país é uma tarefa que requer, sobretudo, tempo.

Parece evidente que o Mercosul poderá beneficiar-se da experiência europeia na tarefa de implementação de um sistema comum do controle das concentrações a nível regional. No entanto, as diferenças institucionais, históricas e culturais entre os dois blocos econômicos devem ser levadas em consideração para que isto seja possível. Nas palavras de Celli Júnior:

“(...) o que se quer enfatizar, portanto, é que não se pretende, nem se poderia, retirar da experiência histórica da União Europeia fórmulas prontas de organização ou modelos de comportamento político para a conformação institucional do Mercosul, na presente fase de transição. É preciso, sem dúvida, adaptar tal experiência à realidade e às necessidades do Mercosul”.⁵²

Em conclusão, percebe-se que um sistema comum de controle das operações de concentração constitui uma peça-chave no processo de integração econômica do Mercosul, assim como foi na criação de um mercado comum na União Europeia.⁵³ Neste contexto, a adoção de um sistema comum de controle das concentrações torna-se essencial para o Mercosul e o Direito da concorrência confirma a sua função instrumental na implementação de políticas públicas, como bem ensina Forgioni.⁵⁴

Bibliografia

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002.

⁵² Cfr. Umberto Celli Júnior. Direito da concorrência no Mercosul. In: Paulo Borba Casella; Nádia de Araújo; e Ricardo da Cunha (Coord). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996. p. 108-109.

⁵³ Cfr. Edurne Navarro Varona et al. *Merger control in the European Union: law, economics and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005, ponto n. 1.06.

⁵⁴ Cfr. Paula A. Forgioni. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 171.

- CELLI JÚNIOR, Umberto. Direito da concorrência no Mercosul. In: BORBA CASELLA, Paulo; ARAÚJO, Nádia de; CUNHA, Ricardo da (Coord). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- COSTA E SILVA, Eugênio da. A concorrência no Mercosul: considerações preliminares. *Revista de Direito Econômico*, n. 25. Brasília: Cade, 1997.
- CUNHA, Carolina. *O controle das concentrações de empresas (direito comunitário e direito português)*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CUNHA, Ricardo Thomazinho da. *Direito de defesa da concorrência: Mercosul e União Europeia*. São Paulo: Manole, 2003.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração. *Revista do Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e Consumo – IBRAC*, n. 2. São Paulo: Ibrac, 1998.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao direito da concorrência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- FURSE, Mark. *The law of merger control in the EC and the UK*. Oxford: Hart Publishing, 2007.
- HARGAIN Daniel. Nueva Ley de Defensa de La Competencia en Uruguay. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/index.html>>. Acesso em: 27 maio 2008.
- LEIDENZ, Claudia Curiel. *Régimen de evaluación de las operaciones de concentración económica en Venezuela*. Caracas: Procompetencia, 1996.
- MAGALHÃES, José Carlos de. Defesa da Concorrência no Mercosul. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997.
- MALAUURIE-VIGNAL, Marie. *Droit de la concurrence interne et communautaire*. 3. ed. Paris: Dalloz, 2005.
- MELO, Murilo Otávio Lubambo de. Defesa da Concorrência no Mercosul: Entraves e Soluções Normativas. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 23, set. 2007.

- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner de. Defesa da Concorrência no Mercosul: Avanços e Desafios. *Informativo Mercosul*, ano 2, n. 4, Brasília: Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, 1997.
- PEÑA, Félix. Una política de competencia económica en el Mercosur. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 12 jul. 2001.
- PEÑA, Julián. La defensa de la competencia en la Argentina. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 17 jul. 2003.
- PEREIRA, Ana Cristina Paulo. O controle sobre as operações de concentração entre empresas em mercados integrados: União Europeia e Mercosul. *Revista de Direito Renovar*, v. 17, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- RIVIÈRE MARTÍ, Juan Antonio. La política de competencia en América Latina. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997.
- RUIZ, Nuno. El derecho y la política de competencia: la comunidad europea y el Mercosur. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 7, jul. 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- TINEO, Luis. Políticas de competencia en America Latina. *Revista de Direito Econômico*, n. 25, Brasília: Cade, 1997.
- URIOSTE, Mauricio Ochoa. Análisis del derecho de la competencia en Argentina. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 24, maio, 2008.
- VALDOVINOS, Bruno Hug de Belmont. Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia de la Republica del Paraguay. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 24, maio 2008.
- VARONA, Edurne Navarro; GALARZA, Andrés Font; CRESPO, Jaime Folguera; ALONSO, Juan Briones. *Merger control in the European Union: Law, economics and practice*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2005.

A CONCORRÊNCIA PELO MERCADO NO SETOR DE TRANSPORTES TERRESTRES NO BRASIL: ANÁLISE DAS CONCESSÕES RODOVIÁRIAS FEDERAIS À LUZ DA TEORIA ECONÔMICA DOS LEILÕES

Enrico Spini Romanielo

1. Introdução

O presente trabalho visa à análise das concessões rodoviárias federais à luz da Teoria Econômica dos Leilões. Busca-se avaliar, dentro do setor de transportes terrestres, a experiência das licitações de concessão sob o prisma da defesa da concorrência. Em última instância, quer-se investigar se o mecanismo de leilão utilizado pelas autoridades brasileiras como forma de introdução da competição pelo mercado é o mais adequado.

Trata-se de objeto de estudo situado na fronteira nem sempre bem delimitada entre a defesa da concorrência e a regulação. Ainda que as duas áreas possam ser, inicialmente, bem definidas, cada qual com princípios peculiares, verifica-se uma crescente convergência entre elas (RODAS & OLIVEIRA; 2004, p. 140). Prega-se, cada vez mais, pela necessidade de uma regulação concorrencial que busque, dentre outros objetivos, aqueles colimados pela defesa da concorrência, realizando o princípio expresso no art. 170, IV da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, escolheu-se como foco de análise o setor de transportes terrestres brasileiro, em especial o modal rodoviário federal. A escolha justifica-se, primeiramente, pela alta importância do setor para a economia nacional, sendo ela, de fato, muito dependente do transporte rodoviário. Além disso, apesar do movimento de privatização do setor ter se iniciado na década de 1990, apenas 2,6% das estradas federais contam com participação privada em sua gestão, o que sugere a realização de novas rodadas de licitação (OECD: 2008).

Sabe-se que há muitas formas de regulação que o Estado pode adotar, variando desde os mecanismos clássicos como controle de preços e qualidade dos serviços prestados até a imposição de tributação e criação de mercados de direitos privados (BREYER: 1982). Dentre essas formas, destaca-se o modelo proposto por DEMSETZ (1968), segundo o qual a melhor maneira

de se regular um setor no qual a competição não é viável seria a introdução de concorrência ex ante, realizando-se leilões dos direitos de atuação naquele mercado.

Fundamentalmente, trata-se de uma maneira de se introduzir a concorrência, promovê-la por meio de instrumentos regulatórios (leilões). Neste sentido, uma parte da Teoria dos Jogos dedica-se ao estudo do desenho do mecanismo ótimo de leilão a ser adotado para que sejam alcançados objetivos previamente definidos.

Surgem, portanto, duas perguntas iniciais a serem respondidas com a bagagem oferecida pela teoria econômica: (i) a escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?; e (ii) a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do player mais eficiente? As respostas obtidas serão utilizadas para avaliar a experiência brasileira nas concessões de rodovias federais.

A monografia é, pois, dividida em cinco partes, além desta introdução. Em um primeiro momento, apresenta-se o setor de transportes terrestres brasileiro, analisando-se, sucintamente, suas peculiaridades e a forma pela qual se deram as concessões rodoviárias federais. Depois, estuda-se o modelo proposto por DEMSETZ (1968) de introdução da concorrência pelo mercado, bem como a Teoria Econômica dos Leilões. A terceira seção é dedicada a responder as perguntas feitas inicialmente, seguindo-se a aplicação dos resultados obtidos ao caso brasileiro. Por fim, apresentam-se as conclusões.

Para a confecção do estudo foram utilizadas pesquisas bibliográficas, por meio do método dedutivo, através de técnicas de análise e interpretação textual da mais balizada doutrina nacional e estrangeira, bem como pesquisa documental pelo método indutivo, valendo-se de estudo histórico e comparativo de legislações e resoluções atinentes ao tema.

2. O setor de transportes terrestres no Brasil

O setor de transportes terrestres encontra-se dentre os mais regulados da economia, tendo em vista a existência de marcantes características de monopólio natural.¹ (CASTELAR PINHEIRO & SADDI: 2004, p. 320)

¹ De acordo com Harrington Jr., Vernon & Viscusi (2000, p. 337), um setor é caracterizado por monopólio natural se a produção de um bem por uma firma apenas (monopolista) minimiza os custos. Em linhas gerais, pode-se dizer que existe monopólio natural quando, tendo em vista as características da atividade, torna-se mais

Tradicionalmente, observou-se uma intensa intervenção do setor público, seja mediante a prestação direta dos serviços pelo Estado, seja mediante a implementação de um marco institucional destinado a regular a iniciativa privada. (GUIMARÃES: 2004, p. 107)

Destacam-se dois modais dentro do setor de transportes terrestres: o transporte ferroviário, o qual utiliza ferrovias como infraestrutura de deslocamento, e o transporte rodoviário, que utiliza rodovias como infraestrutura de deslocamento. O presente trabalho focaliza a atenção no modal rodoviário, razão pela qual, daqui em diante, quaisquer referências ao setor de transportes terrestres devem ser entendidas como feitas exclusivamente ao rodoviário, salvo expressa menção ao contrário.

A prestação dos serviços de transportes pode ser dividida em três atividades: embarque, deslocamento e desembarque. Cada uma requer uma infraestrutura específica: pontos de embarque/desembarque e vias por onde se dará o deslocamento. Surge aqui uma peculiaridade do setor de transportes terrestres: a infraestrutura de deslocamento deve ser construída, ao contrário dos setores de aviação civil e transporte aquaviário.

Os serviços de transporte de passageiros e cargas mostram-se altamente competitivos, tendo em vista a inexistência de barreiras à entrada e de exigência de realização de altos investimentos específicos. Por outro lado, a construção, manutenção e operação da via não admitem concorrência, frente à necessidade de altos investimentos específicos e altas economias de escala, caracterizando-se, portanto, como monopólio natural. CASTELAR PINHEIRO & SADDI (2004, p. 321) afirmam que o custo médio diminui com a capacidade das instalações no intervalo de produção relevante, dadas as dimensões do mercado. Isso porque há vários elementos importantes na composição do custo total que apresentam indivisibilidade e/ou cuja escala mínima eficiente é elevada. O custo marginal é, pois, inferior ao custo médio, o que significa que as empresas irão operar apenas abaixo do lucro normal. A tendência é organizar a oferta dos serviços em forma de monopólio.

Dessa forma, o Estado brasileiro investiu diretamente na construção das rodovias, tendo disponibilizado seu uso, a princípio, gratuitamente e, com o passar do tempo, mediante a cobrança de pedágios como forma de financiar seus gastos. Deve-se lembrar, analisando o histórico das políticas

economicamente eficiente (e, portanto, justificável) que apenas um agente atue no mercado. Um típico exemplo são as indústrias organizadas em torno de redes.

econômicas nacionais desde a década de 1930, que cabia ao Estado o investimento em infraestrutura, tendo em vista a impossibilidade de atuação da praticamente inexistente burguesia nacional, bem como a necessidade de atração de investimentos estrangeiros.

Além disso, a intervenção estatal direta justificava-se pela essencialidade do serviço e pela necessidade constante de desapropriação de terras. (CASTELAR PINHEIRO & SADDI: 2004, p. 321)

Segundo CASTRO (1999, pp. 224 e 225), o Brasil viveu um processo de intenso crescimento da demanda por transportes inter-regionais concomitantemente à sua industrialização. O comércio interno crescia rapidamente, principalmente em direção ao Sudeste, o que exigiu a construção de rodovias para deslocamento dos bens envolvidos nas transações comerciais.

A contrapartida estatal para o aumento dessa demanda foi a realização de pesados investimentos públicos, contando com o Fundo Rodoviário Nacional (FRN) – criado pela Lei Joppert, aprovada em dezembro de 1975 –, o qual era composto por recursos advindos das taxas de combustíveis e lubrificantes. CASTRO (1999, p. 225)

No entanto, essa situação muda. Os recursos coletados pelo governo, que seriam destinados ao FRN, já haviam perdido tal conexão nos anos 1980, até que a Constituição Federal de 1988 proibiu a alocação específica de recursos provenientes das taxas de combustíveis. O investimento passou a depender de previsão em orçamento.

Além disso, é de se ressaltar que, na década de 1980, assiste-se a uma grave crise fiscal que assola o Estado, gastador e ineficiente, o qual, diante das crises do petróleo e do aumento significativo das taxas de juros norte-americanas no final da década de 1970, encontra-se, por um lado, sem recursos para financiar suas atividades e, por outro, pressionado para executar um sério ajuste macroeconômico e, com isso, honrar suas dívidas. Trata-se da década perdida, período no qual houve grande recessão econômica no país.

A repercussão dessa situação nas áreas de infraestrutura e, por consequência, no setor de transportes terrestres, foi uma drástica redução dos investimentos públicos, os quais já não eram condizentes com as reais necessidades da economia brasileira.

O problema é que o setor de transportes terrestres é de fundamental importância. A carência de investimentos pode trazer impactos econômicos e sociais muito negativos, comprometendo o desempenho de inúmeras outras

atividades que dependem do setor e, em última instância, prejudicando o próprio desenvolvimento econômico. (OECD: 2008, p. 168)

Dessa forma, tem-se uma mudança na concepção quanto ao papel do Estado na economia. Fica latente sua ineficiência para atuar como empresário. Tem-se, portanto, um abandono do modelo de substituição de importações como plataforma de desenvolvimento nacional, caminhando para uma desregulamentação e abertura econômica. Neste sentido, caminha-se para a privatização de vários setores da economia brasileira. (OECD: 2008, p. 168)

Nos anos 1990, o Brasil inicia o processo de privatização do setor de transportes terrestres por meio de um programa de concessões envolvendo temas diferentes para cada concessão (construção, reforma ou simples operação das vias) e participação de todos os níveis de governo. Trata-se do Programa de Concessões de Rodovias Federais (Procofe), instituído pelo Ministério dos Transportes em 1994. Além de levantar fundos, o objetivo principal do programa foi atrair investimentos privados extras para melhorar a performance e a cobertura, e também facilitar a manutenção e segurança das vias por meio da administração privada das mesmas. (OECD: 2008, p. 189)

A Primeira Etapa do Procofe realizou-se entre o período de 1994 a 1997, envolvendo cinco trechos federais para concessão durante vinte e cinco anos. O estado do Rio Grande do Sul transferiu uma estrada para o governo federal, perfazendo um total de 1.493,2 km de estradas privatizadas. O modelo de concessão utilizado se baseou na licitação de franquia. Nos leilões organizados para a privatização, um nível mínimo de investimento foi estabelecido, e a concessão foi outorgada ao licitante que ofereceu o pedágio mais baixo (OECD: 2008, pp. 189 e 190). Em outras palavras, utilizou-se o critério da menor tarifa.

A Segunda Etapa do Procofe foi lançada em 2004, mas devido a um alto número de atrasos e questionamentos pelo Tribunal de Contas da União (TCU), as licitações somente ocorreram em outubro de 2007. As novas concessões foram outorgadas, novamente, aos licitantes que ofereceram os menores valores de pedágios a serem praticados. (OECD: 2008, p. 190)

Atualmente, a rede rodoviária construída no país cobre 1.610.038 km, sendo 72.800km de rodovias federais, 225.323 de rodovias estaduais e o restante de rodovias municipais. Do total, apenas 12% é pavimentado, principalmente em âmbito federal (80%). A fatia do setor privado é, contudo, ainda muito limitada, representando apenas 2,6% das estradas federais pavimentadas. (OECD: 2008, p. 190)

Avaliando o processo de privatização das rodovias federais brasileiras, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) aponta que o resultado foi positivo, considerando, principalmente, a falta de investimento do Estado. Vale relatar que as concessionárias investiram R\$ 1,1 bilhão até 1999, criando treze mil novos postos de trabalho. Além disso, os índices de capacidade e qualidade melhoraram nas estradas sob concessões. (OECD: 2008, p. 193).

Fato é que a privatização e as consequentes concessões das rodovias federais mudaram a configuração inicial do setor de transportes terrestres. Conforme se observou anteriormente, o Estado disponibilizava gratuitamente o uso das rodovias que ele mesmo havia construído e, portanto, gerenciava. No entanto, ele passa a ofertar a construção, manutenção e exploração dessas vias para a iniciativa privada. Isso dá origem a um mercado do mercado do uso da rodovia, instituição que GUIMARÃES (2004, p. 112) alcunha de metamerca do uso da via. Se, por um lado, o mercado do uso da via se caracteriza como monopólio natural, já que é economicamente ineficiente que se tenha mais de um agente explorando um mesmo trecho de determinada via ao mesmo tempo, o metamerca admite competição. Os potenciais concessionários, portanto, concorrem entre si, no certame licitatório, para ganhar do Estado o direito de explorar, de forma monopolística, a via em questão.

Trata-se de uma concorrência ex ante, ou pelo mercado, a qual, segundo DEMSETZ (1968), seria a melhor forma de regulação de um setor, conforme se verá a seguir. Ensina GUIMARÃES (2004, p. 113) que, “embora não exista a possibilidade de concorrência no mercado operado pelo concessionário monopolista, é possível introduzi-la na escolha desse concessionário, recorrendo-se ao processo de licitação”. Tem-se a seguinte configuração do setor:

Tabela 1 – Configuração do Setor de Transportes Terrestres a partir da realização das concessões de rodovias

	Mercadoria transacionada	Oferta composta por:	Demanda composta por:
Mercado do uso das rodovias	Uso da rodovia (disponibilização da infraestrutura)	Concessionário monopolista	Empresas de transporte rodoviário e particulares
Metamerca do uso das rodovias	Mercado do uso da rodovia (direito de exploração)	Poder concedente	Concessionários potenciais

Fonte: GUIMARÃES: 2004, p. 116

Vale apontar, ainda em tempo, que o marco regulatório do setor foi estabelecido após a realização de várias concessões. A própria Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) foi constituída apenas em 2001, com a promulgação da Lei 10.233/01, a qual reestruturou os transportes terrestres (concepção lato, incluindo os modais rodoviário e ferroviário) e aquaviários, além de criar a Agência Nacional dos Transportes Aquaviários (ANTAQ). Até 2001, a regulação era feita pelo Ministério dos Transportes, órgão vinculado ao governo e de independência questionável.

Completam o marco regulatório do setor a Lei 8.987/95, a qual dispõe sobre o regime de concessões e permissão da prestação de serviços públicos, a Lei 9.491/97, referente ao Programa Nacional de Desestatização, e a Lei 11.079/04, a qual trata das Parcerias Público-Privadas.

3. A concorrência pelo mercado e a teoria econômica dos leilões

Apresentado o setor de transportes terrestres brasileiro, passa-se a estudar o modelo proposto por DEMSETZ (1968) da concorrência pelo mercado e a Teoria Econômica dos Leilões.

3.1 O modelo de Demsetz

Harold Demsetz propôs, em artigo publicado em 1968, uma espécie alternativa de regulação econômica. Segundo o autor, a teoria econômica do monopólio natural não consegue dar fundamentos suficientes que justifiquem a atuação reguladora do Estado. Para ele, não é claro que um menor número de firmas atuando significa, per se, que haverá comportamento monopolístico e, portanto, perdas sociais. Um menor número de firmas indica, sim, a existência de grandes economias de escala naquele determinado mercado. (DEMSETZ: 1968, pp. 55 a 57)

Neste sentido, ele afasta a necessidade da regulação clássica, entendida como o controle de preços e do comportamento do agente pelo Estado. Seria necessário introduzir um processo competitivo ex ante ou pelo mercado, no qual os interessados (bidders) fariam seus lances e, assim, o melhor lance ganharia o direito de exploração do serviço (franchise). O único papel do Estado seria o de desenhar um mecanismo para selecionar o lance vencedor. (DEMSETZ: 1968, p. 58).

Um mecanismo de leilão que garantisse a outorga do serviço ao agente que oferecesse a melhor proposta iria garantir a competição pelo mercado, sendo

desnecessária, pois, a regulação. Isso aliviaria as firmas do desconforto causado pelas agências reguladoras. Caso houvesse competição suficiente no leilão, o ganhador auferiria lucros normais no desempenho de sua atividade, não caracterizando, portanto, os prejuízos do monopólio. O papel do Estado seria, então, o de um leiloeiro. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 396)

De acordo com PEREIRA & LAGROTERIA (2001, pp. 151-153), o leilão é o melhor mecanismo de regulação de que o Estado dispõe. O argumento dos autores é de que, no momento da privatização, o Estado está na melhor posição econômica para negociar: ele é o monopolista, e os candidatos são múltiplos, devendo competirem entre si pela outorga. O leilão, pois, se bem desenhado, permite a obtenção do melhor resultado da licitação.

Portanto, a motivação do leilão, como alternativa à regulação, é de que a concorrência *ex ante* faz as vezes do papel exercido pela concorrência ativa no mercado. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 397)

Sabendo disso, volta-se a atenção para a Teoria Econômica dos Leilões para que se possa averiguar se existe um tipo de leilão ideal para que o Estado proceda com os seus objetivos.

3.2 A Teoria econômica dos leilões

Os leilões constituem a forma mais antiga de mercado. Diversos bens sempre foram vendidos através de leilões, mas eles somente chamaram a atenção dos economistas na década de 1970, quando ocorreram as crises do petróleo. Diante de tal quadro, os EUA decidiram leiloar o direito de perfuração de áreas costeiras onde havia a perspectiva de existência de reservas petrolíferas. Assim, o governo norte-americano requisitou a economistas que desenhassem o formato do leilão a ser utilizado para tanto (VARIAN: 2003, p. 333). De acordo com FIANI (2006, p. 316), é possível, à luz da teoria econômica, desenhar um mecanismo de jogo (leilão) de forma que suas regras sejam elaboradas a fim de se alcançar objetivos previamente estabelecidos.

Existem, basicamente, dois grandes gêneros de leilão: o de valor privado, que é aquele cujo objeto não tem o mesmo valor para todos os participantes, é dizer, a utilidade que cada um auferirá é definida de acordo com aspectos subjetivos; e o de valor comum, definido como aquele em que o item a ser leiloado tem o mesmo valor para todos os arrematadores, mas estes não sabem exatamente qual é esse valor, razão pela qual realizam estimativas. (PINDICK & RUBINFELD: 2002, p. 493)

Trata-se, na verdade, de dois tipos ideais de difícil constatação, em seu estado puro, na realidade. O mais comum é que se tenham leilões com

características dos dois tipos. Os leilões de concessão, por exemplo, são essencialmente de valor comum, uma vez que as receitas econômicas advindas do serviço concedido são iguais para todos, com algumas características de valor privado, já que cada participante sabe de sua própria curva de custos e, portanto, os lucros a serem auferidos poderão ser diferentes.

Sabendo disso, os leilões podem ser divididos em quatro espécies distintas (VARIAN: 2003, pp. 334-335):

Leilão inglês: o leiloeiro parte de um preço de reserva, que é o menor preço pelo qual se admite vender o objeto. A partir desse preço, os participantes oferecem, em viva-voz e sucessivamente, preços mais altos. Quando nenhum participante se dispõe a um novo lance, o bem é vendido àquele que apresentou o lance mais alto. Pode-se idealizar também o contrário, dependendo do objetivo do leiloeiro: fixa-se um preço máximo (o de uma tarifa a ser praticada, por exemplo), devendo os participantes reduzirem sucessivamente seus lances até que somente um continue no jogo;

Leilão holandês: o leiloeiro inicia com um preço alto e o reduz sucessivamente até que alguém faça o lance e, com isso, arremate o objeto, dando fim ao jogo;

Leilão de lances fechados: cada participante oferece seu lance em papel e o deposita em um envelope fechado. O leiloeiro, então, abre todos os envelopes ao mesmo tempo, ganhando aquele que fez a proposta mais alta;

Leilão do filatelista ou de Vickrey: similar ao de lances fechados. O objeto é outorgado ao participante que der o lance mais alto, mas este paga o segundo preço mais elevado. Tendo em vista sua pequena utilização prática, o estudo não tratará do leilão de Vickrey (PEREIRA & LAGROTERIA: 2001).

4. Respostas às perguntas elaboradas

Apresentadas as espécies de leilão estudadas pela teoria econômica, faz-se necessário buscar as respostas das duas perguntas elaboradas inicialmente.

4.1 A escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis de licitação?

A realização de um leilão cria um mercado pelo bem ou serviço objeto do jogo, competindo os jogadores entre si de acordo com as regras definidas pelo leiloeiro.

Trata-se de um mercado onde a competição é possível. Vale lembrar que o leilão é uma forma de se introduzir a concorrência ex ante em um setor caracterizado por monopólio natural.

Sendo assim, como em todo mercado competitivo, eventuais práticas anticompetitivas podem surgir. Dentre elas, a mais danosa é o cartel.

Primeiramente, deve-se entender o que é o cartel e como ele é caracterizado, bem como seus potenciais efeitos nefastos para o mercado. Em um segundo momento, apresenta-se o problema dos cartéis de licitação, verificando-se, por fim, a capacidade de evitá-lo mediante a escolha do tipo de leilão a ser empregado.

O cartel é uma forma de cooperação entre competidores, um acordo horizontal, vale dizer, envolve agentes econômicos que fazem parte do mesmo mercado relevante.² O combate a tal tipo de prática se dá mediante a atuação repressiva da política antitruste.

De forma simplificada, a racionalidade de um cartel é restringir ou limitar a concorrência em determinado mercado com o objetivo de se auferir lucros monopolistas. Assim, os participantes do acordo conseguem combinar um preço mais elevado, causando transferência de renda da sociedade para os agentes envolvidos e resultando, enfim, em mal-estar social e perda de eficiência econômica. Além disso, por não haver pressão competitiva, tem-se uma redução dos investimentos em melhoria na qualidade dos bens ou serviços prestados.

Rodas & Oliveira (2004, pp. 41 a 45) citam algumas condições que tornam a ocorrência de um cartel mais provável. Dentre elas, destacam-se: (i) baixo número de agentes competindo;³ (ii) produtos homogêneos; e (iii) altas barreiras à entrada. Tais características podem facilitar a formação e sucesso de um cartel, o qual é, essencialmente, um acordo instável.⁴

² Deve-se ressaltar, porém, que o cartel pode envolver também relações verticais.

³ Frequentemente o cartel é associado a oligopólios. Tal distinção deve ser bem clara, vez que o oligopólio é uma estrutura de mercado na qual poucos agentes competem entre si, havendo diferenciação de produtos. Dessa forma, e tendo em vista o tamanho de cada empresa, é razoável supor que a ação de um player tenha influência na determinação da ação do outro. Essa é a racionalidade vigente em uma situação de oligopólio, o que não significa, per se, a ocorrência de um cartel.

⁴ A instabilidade do cartel advém da tentativa que seus participantes enfrentam de quebrar o acordo e, assim, auferirem lucros ainda maiores.

Domingues & Gaban (2008, p. 184), analisando as formas de se caracterizar e identificar o cartel, mostram que, nos EUA, entendia-se que o simples paralelismo de condutas não era suficiente para caracterizar a prática. No entanto, esse posicionamento foi alterado em 1946, no julgamento do caso *American Tobacco Co.*: ainda que o Department of Justice (DOJ), órgão norte-americano responsável pela investigação de condutas ilícitas do ponto de vista concorrencial, não houvesse conseguido obter provas materiais que comprovassem a existência de um acordo, a Suprema Corte condenou as empresas envolvidas baseando-se no mero paralelismo de preços.

Em 1954, o posicionamento mudou novamente, fixando-se o entendimento vigente até hoje. A Suprema Corte, então, postulou que o fator mais importante para a caracterização de um cartel é se as empresas tomam decisões de forma independente ou baseando-se em acordos. Assim, o simples paralelismo não é mais suficiente⁵ (DOMINGUES & GABAN: 2008, p. 186).

Desenvolveu-se, pois, a doutrina do paralelismo plus, segundo a qual a prática de cartel não é comprovada simplesmente pela semelhança de preços. Essa semelhança pode ser, pelo contrário, reflexo de ferrenha concorrência. É necessário demonstrar um plus, algo a mais do que o simples paralelismo, que comprove (i) a existência do acordo e (ii) a intenção ilícita de restringir a concorrência e auferir lucros monopólicos (SALOMÃO FILHO: 2002, p. 161).

A legislação antitruste brasileira (Lei 8.884/94) tipifica o cartel como infração à ordem econômica no art. 21, VIII. Além disso, a prática é constituída como tipo penal, de acordo com o art. 4.º, III da Lei 8.137/90.

Feitas tais considerações, cabe avaliar o problema recorrente dos cartéis em licitações.

Deve-se ressaltar que os leilões pressupõem que não existe comportamento colusivo entre os concorrentes, mas que cada um age dentro das regras competitivas definidas de forma independente e a buscar a maximização de interesses individuais. A cooperação subverte as características alocativas previstas no mecanismo de leilão, e, ainda que não se provoque a perda de certas propriedades de eficiência elástica, sempre se logrará a apropriação de alguma parte do excedente esperado pelo licitante (FRANCO NETO: 2003, p. 453).

⁵ Esse é, inclusive, o entendimento atual das autoridades brasileiras de defesa da concorrência.

Sendo assim, em um modelo de leilão competitivo, a estratégia ótima dos participantes é decidir a melhor oferta para si, levando em consideração presunções do que serão as estratégias de seus adversários, constituindo-se, portanto, um Equilíbrio de Nash.⁶

No entanto, os concorrentes do metamercaado, instituído a partir da realização dos leilões de concessão, podem (e o fazem efetivamente) organizar-se, acordando os preços e lances que cada um dará, objetivando a maximização do lucro conjunto.

Assevera Franco Neto (2003, p. 467) que a anulação da competição em um leilão pode se dar mediante (i) a renúncia da participação de certos agentes, submetendo-se uma única proposta em nome do grupo, ou (ii) através da submissão de ofertas em valores acertados previamente, direcionando, assim, o resultado do certame.

Ainda que a organização do cartel em licitação seja difícil, tendo em vista sua natureza essencialmente instável, enfrentando problemas como (i) a definição de uma regra para designar previamente o agente que irá representar o grupo no certame, (ii) a estipulação de uma regra clara para definir a forma de rateio interno dos lucros resultantes da colaboração, ao mesmo tempo (iii) garantindo a estabilidade do acordo, ela é possível e já foi enfrentada algumas vezes pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).⁷

A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) publicou, recentemente, uma Cartilha de Combate a Cartéis em Licitações. Segundo tal documento, as licitações são um ambiente propício para a formação de cartéis, os quais podem se dar de várias formas: (i) fixação de preços; (ii) direcionamento privado da licitação, definindo-se previamente quem será o vencedor do certame ou de uma série de licitações, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas; (iii) divisão de mercado, mediante a divisão de um conjunto de licitações entre os membros que, dessa forma, deixam de concorrer entre si; (iv) supressão de propostas com o intuito de favorecer o player escolhido pelo grupo; (v) apresentação de propostas com preços muito altos ou com vícios desclassificatórios; (vi) rodízio, alterando-se os vencedores de determinados certames; (vii) sub-contratação, ou seja,

⁶ O Equilíbrio de Nash é “um conjunto de estratégias ou ações em que cada empresa faz o melhor que pode em função do que suas concorrentes estão fazendo”. (PINDYCK & RUBINFELD: 2002, p. 429).

⁷ Alguns casos em que o SBDC lidou com cartéis de licitação: PA nº 08012.009118/98-26, PA 08000.001164/1997-53, PA 08012.001826/2003-10.

concorrentes desistem do certame na certeza de que serão subcontratados pelos vencedores (SDE: 2008, pp. 9-10).

Vê-se que as possibilidades são inúmeras. Resta investigar, portanto, se a escolha de determinado mecanismo de leilão consegue evitar a formação de cartéis. A resposta parece ser, contudo, negativa.

Ocorre que, quando da realização de leilões de concessão, os eventuais participantes conhecem as regras previamente, publicadas no edital. Dessa forma, eles têm tempo para organizar-se de acordo com as normas do jogo, elaborando uma forma de cooperação condizente com a dinâmica do leilão adotado pelo Estado.

Sendo assim, caso o leilão escolhido tenha sido o de lances fechados, os participantes podem (i) reunir-se para fixar os preços previamente, ajustando os lances a serem feitos, (ii) direcionar privadamente o resultado da licitação, (iii) eleger um membro como representante do grupo, definindo uma forma de reparação para os outros participantes do cartel, seja em pecúnia, seja mediante subcontratação, (iv) combinar formas de supressão de propostas ou (v) apresentar propostas com preços muito altos ou com vícios desclassificatórios.

Da mesma forma, no leilão holandês, os participantes podem definir o preço mediante o qual o objeto será arrematado pelo representante do grupo. Neste sentido, quando o leiloeiro chega a um preço determinado pelo cartel como lucrativo para todos os seus membros, o representante arremata o objeto leiloado e, a partir disso, procede-se à compensação dos demais participantes do acordo.

Segue-se a mesma racionalidade no leilão inglês: define-se um representante para o grupo, o qual terá em mãos uma planilha de valores possíveis pelo qual o objeto poderá ser arrematado, valores esses que garantem a remuneração devida de todos os membros do acordo.

Pode-se perceber, então, que nenhum mecanismo de leilão está imune ao problema da formação de cartel. Durães (1997, p. 16) relata que Bikchandani & Huang (1992) admitem que os quatro tipos de leilão são suscetíveis, de fato, à manipulação por parte dos licitantes.

Contudo, ainda que o problema não possa ser evitado pela escolha do mecanismo de leilão, ele pode ser atenuado. É fácil perceber que o leilão de lances fechados admite uma maior possibilidade de formas pelas quais um cartel pode atuar, vez que se trata de um jogo simultâneo, que ocorre em apenas uma etapa, com elevada assimetria de informação. Isso não só eleva as possibilidades de atuação do cartel, mas também as probabilidades de êxito do mesmo.

A experiência empírica mostra que todos os processos administrativos envolvendo cartéis em licitações analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) envolviam leilões de lances fechados, o que ajuda a concluir que esse mecanismo facilita a formação de acordos colusivos.

Tabela 2 – Processos administrativos envolvendo cartéis em licitação analisados Cade

Número do processo	Partes representadas	Tipo de leilão
PA 08000.004436/1995-04	Produtos Químicos Guaçú Inds. Com. Ltda., Produtos Químicos Elekeiroz S.A., etc.	Lances fechados
PA 08000.013471/1995-98	Clip e Clipping Publicidade e Produções Ltda., Teleclipping Publicidade e Produções Ltda. e Lead Comunicação e Consultoria Empresarial Ltda.	Lances fechados
PA 08000.001164/1997-53	Indústrias Químicas Cubatão, Elkeiroz S.A, CIEL, CIMIL, Nhel Química Ltda.	Lances fechados
PA 08012.009118/1998-26	Consórcio Marítima/LISNAVE e Estaleiro EISA	Lances fechados
PA 08012.001826/2003-10	Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul, Airton Rolim Araújo, Angra Log. De Segurança S/C Ltda., etc.	Lances fechados

Fonte: elaboração própria a partir de dados obtidos no sítio eletrônico do Cade. Critério utilizado na pesquisa: “cartel + licitação”.

Por outro lado, o leilão inglês admite várias etapas, o que a Teoria dos Jogos chama de jogos sequenciais. Segundo FIANI (2006, pp. 215 e 216), trata-se de uma situação na qual os jogadores tomam suas decisões conhecendo antecipadamente a escolha dos demais players, tendo, pois, maiores informações. Essas informações que um jogador dispõe acerca da ação de seus concorrentes pode alterar de forma bastante significativa as suas opções, quando deve tomar sua decisão na próxima etapa do jogo.

Tal redução na assimetria de informação pode elevar a instabilidade do cartel, tornando-o mais difícil de se efetivar.

Ressalta-se que, independentemente do tipo de leilão escolhido, quanto maior for a participação de licitantes no processo, ainda mais improvável a formação de cartel. Santacruz (2003, p. 419) assevera que, em um mercado

com elevado número de competidores, onde a concorrência efetiva é alta, a prática do cartel se torna muito difícil.

Portanto, responde-se à primeira pergunta formulada de forma negativa: a escolha do tipo de leilão não consegue evitar a formação de cartéis entre os licitantes. Contudo, o leilão de lances fechados é o mais suscetível à atuação colusiva, sendo preferível a escolha do leilão inglês, tendo em vista que ele reduz a assimetria de informação e torna a formação de cartéis mais difícil de ser efetivada. De qualquer forma, é imperioso garantir a maior participação possível de agentes econômicos no certame, garantindo, assim, uma ampla concorrência.

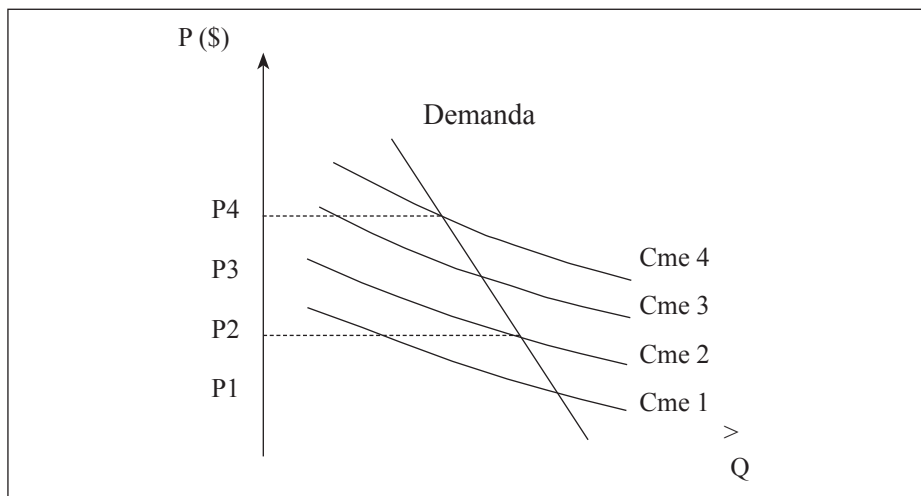
4.2 *A escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do player mais eficiente?*

O Estado pode ter dois objetivos ao realizar leilões de concessão: a maximização da receita ou a maximização dos interesses dos usuários do serviço. A escolha entre esses objetivos resultará na escolha do critério a ser utilizado nos leilões, a saber, (i) a melhor oferta pela outorga, ou (ii) a menor tarifa a ser praticada. Interessa para os propósitos do trabalho somente o segundo critério.

A pergunta a ser respondida, nesta fase do estudo, é se a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do player mais eficiente, objetivo último da concorrência.

Para tanto, utilizar-se-á do exercício teórico abaixo

Gráfico 1 – Leilão inglês modificado



Fonte: HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 398.

O gráfico ilustra uma situação na qual existem quatro firmas competindo em um leilão de uma concessão qualquer. As quatro firmas possuem curvas de custos médios (CMe) diferentes, advindas de diferenças de eficiência entre elas, sendo a firma 1 a mais eficiente. Considere-se um leilão inglês modificado: lances são dados em viva-voz sucessivamente, mas o leiloeiro inicia o jogo com uma tarifa máxima a ser cobrada, sendo que o papel dos participantes é dar lances sucessivamente mais baixos.

Supondo que o leiloeiro inicie com uma tarifa acima de P4, todas as firmas participarão do leilão, vez que seus respectivos custos médios encontram-se abaixo de P4. Lances sucessivamente menores serão dados, portanto. Uma vez que a tarifa estiver abaixo de P4, a firma 4 não participará mais do processo, tendo em vista que a tarifa a ser praticada é inferior aos seus custos. Quando a tarifa estiver abaixo de P3, a firma 3 sairá do certame pelas mesmas razões. Finalmente, quando o leiloeiro chegar abaixo de P2, a firma 1 se consagrará a vencedora do leilão, cobrando uma tarifa um pouco abaixo de P2. (HARRINGTON JR., VERNON & VISCUSI: 2000, p. 399)

Isso traz uma consequência boa e outra ruim. A ruim é que a firma com menor custo médio cobrará uma tarifa aproximadamente igual a P2, o que excede seu próprio custo médio. Isso ocorre devido à falta de competição, já que, quanto maior o número de participantes, maior a probabilidade de se ter uma tarifa menor. Por outro lado, a consequência boa é que, de acordo com este modelo, a firma mais eficiente sempre irá se consagrar vencedora, tendo em vista que ela poderá dar melhores lances, é dizer, oferecer cobrar uma tarifa menor (HARRINGTON JR., VERNON e VISCUSI: 2000, p. 399).

De acordo com este modelo, caso o mecanismo adotado houvesse sido o leilão holandês, quando o leiloeiro estivesse em P4, qualquer das firmas poderia arrematar o objeto, não sendo garantido, portanto, que a firma 1 fosse a vencedora do certame. Assim, não há certeza de que o player mais eficiente é escolhido no leilão holandês, nem que será praticada a menor tarifa possível.

Da mesma forma, um leilão de lances fechados não consegue garantir a escolha do agente mais eficiente. Uma avaliação errônea acerca da atuação dos seus concorrentes poderia levar a firma 1 a oferecer um lance muito alto, não se consagrando vencedora do jogo.

Os leilões holandeses e de lances fechados, então, não conseguem garantir a seleção do agente mais eficiente, nem a menor tarifa possível. O problema maior em tais mecanismos é a existência de alta assimetria de informação.

O modelo, contudo, não considera a questão da qualidade do serviço. Isso permitiria, em tese, um agente oferecer o menor preço, mas fornecendo um serviço de má qualidade. Uma solução para tanto é estabelecer previamente critérios de qualidade mínimos do serviço a ser prestado, a partir do que os agentes competiriam entre si pela menor tarifa.

Portanto, responde-se à segunda pergunta formulada de forma positiva: a escolha do leilão inglês consegue garantir a seleção do player mais eficiente. Ressalta-se ainda que, quanto maior for a competição no certame, menor tende a ser a tarifa escolhida.

5. Análise do caso brasileiro

Desde 2001, a partir da promulgação da Lei 10.233, a ANTT é a agência reguladora responsável pelo setor. Antes disso, o órgão regulador era o próprio Ministério dos Transportes. O Procofe teve início em 1994, e, até hoje, já teve duas etapas, sendo a primeira conduzida pelo Ministério dos Transportes e a segunda pela ANTT.

A privatização das estradas federais, que ocorreu mediante a concessão de trechos a particulares que vencessem os certames licitatórios, deu origem a uma nova configuração do setor. Surgiram os mercados de mercado do uso da via, ou metamercados do uso da via, onde é possível a existência de competição. Tem-se a introdução da concorrência pelo mercado.

O setor privado tem uma participação pouco expressiva nas rodovias federais brasileiras: apenas 2,6% (OECD: 2008). Isso significa que existe ainda muito espaço para sua atuação, podendo-se prever a realização de futuras licitações pela ANTT.

Diante disso, é de fundamental importância avaliar, de acordo com os resultados encontrados acima, a atuação das autoridades brasileiras nas etapas do Procofe. Sabendo que os editais da Primeira e da Segunda Etapas adotaram o critério de menor tarifa a ser oferecida, seguindo o procedimento do leilão de lances fechados, objetiva-se identificar os problemas e propor soluções.

5.1 Soluções para o problema dos cartéis em licitações

Foi dito que o desenho do mecanismo de leilão não consegue evitar a formação de cartel entre os licitantes. Contudo, constatou-se que o leilão de

lances fechados é o mais suscetível à formação do acordo colusivo, tendo em vista que ele se realiza em somente uma etapa (jogo simultâneo) e conta com elevada assimetria de informação. Por outro lado, o leilão inglês consegue aumentar a instabilidade do cartel, tornando sua formação mais difícil. Por fim, independentemente do tipo de leilão escolhido, é imperioso garantir a maior participação possível de potenciais concessionários possível, ampliando a concorrência no certame.

Tem-se, então, o primeiro problema da atuação da ANTT (e do Ministério dos Transportes, vez que o mesmo conduziu a Primeira Etapa do Procofe). Os editais previam o leilão de lances fechados, o qual é mais suscetível à atuação colusiva. O ideal teria sido adotar o leilão inglês. Embora não previsto pela Lei 8. 987/95, ele pode ser utilizado nos casos de concessões comuns, nos termos do art. 4.º, § 3.º da Lei 9.491/97.

Além disso, é importante garantir ampla participação nos certames licitatórios: quanto mais licitantes, menor será a probabilidade de cartel. E, sabendo que a efetividade da concorrência depende das regras de acesso ao certame, deve-se evitar que requisitos técnicos e econômico-financeiros exigidos dos potenciais concessionários constituam obstáculos a um maior número de licitantes (GUIMARÃES: 2004).

Em outras palavras, pode-se dizer que devem ser retiradas, ao máximo possível, as barreiras à entrada no metamercaado de uso da rodovia, barreiras estas entendidas como as exigências feitas pela ANTT para a participação na licitação.

Neste quesito, os editais das duas etapas do Procofe foram bem diferentes. Os relativos à Primeira Etapa não apenas exigiam a participação de empresas de engenharia nacionais nos consórcios, como também requeriam que tais empresas atendessem à exigência de volume mínimo de obras bastante elevado, devendo apresentar patrimônio líquido fixado com base no percentual máximo do valor do contrato permitido pela legislação.

Os editais da Segunda Etapa, por sua vez, não estabeleceram quaisquer exigências à presença de empresa de engenharia ou à nacionalidade dos participantes dos consórcios, admitindo, assim, a participação de instituições financeiras, fundos de pensão e fundos de investimento. Essa ampliação reduziu o risco de conluio.⁸

⁸ Os editais das Segunda Etapas do Procofe estão disponíveis no sítio eletrônico da ANTT.

Salomão Filho (2001, p. 49) argumenta:

Em primeiro lugar, é necessário atuar sobre as estruturas, criando condições que dificultem os comportamentos estratégicos. É necessário, então, selecionar as barreiras à entrada existentes no setor, mantendo exclusivamente aquelas realmente imprescindíveis à garantia da segurança e higidez. Se o objetivo é, com efeito, impedir os comportamentos estratégicos, então é preciso que se combata preventivamente seu mais mortal inimigo, as barreiras à entrada que bloqueiam exatamente toda a concorrência potencial e seus efeitos benéficos para o mercado em questão, garantindo ao agente econômico o sucesso de sua predação (grifos não presentes no original).

Segundo a SDE, a inexistência de barreiras à entrada no mercado torna difícil a manutenção de um cartel, tendo em vista a pressão concorrencial feita por potenciais competidores. “Por outro lado, se esse tipo de pressão não existe (quer pelas características do mercado, quer pelos requisitos de habilitação exigidos nas licitações de um determinado produto ou serviço), o conluio se torna mais provável” (SDE: 2008, p. 14).

Sendo a ANTT o órgão competente para elaborar os editais e conduzir o processo licitatório, de acordo com o art. 26, VI da Lei 10.233/01, ela deve estabelecer como requisitos apenas aqueles fundamentais para a boa prestação do serviço, ou, nas palavras de Salomão Filho (2001, p. 49), aqueles “imprescindíveis à garantia da segurança e higidez”. Assim, o regulador reduz as barreiras à entrada e a probabilidade de formação de cartéis.

No entanto, fato é que a agência reguladora está muitas vezes preocupada com outras questões que não a defesa e promoção da concorrência. Fagundes, Pondé & Possas (2002, p. 2006) colocam que podem surgir, quando da elaboração das regras de licitação, conflitos entre os objetivos do regulador, preocupado com a maximização do interesse público, e os da legislação antitruste.

Sendo assim, seria interessante que o Cade analisasse os editais de licitação elaborados pela ANTT, avaliando se os requisitos exigidos para a participação no certame constituem barreiras injustificadas à entrada no metmercado de uso da rodovia, atuando preventivamente. Neste sentido, vale transcrever parte do voto elaborado pelo Conselheiro Cleveland Prates no Ato de Concentração 08012.005516/2001-11, referente ao caso Goiásgas:

Contudo, entendo que o Cade tem uma função primordial como promotor da concorrência, identificando os possíveis problemas derivados da regulação e sugerindo as alterações para o bom funcionamento do mercado. É fato que o

ideal seria que os órgãos de defesa da concorrência fossem previamente consultados antes mesmo da elaboração dos editais de licitação, ou no caso específico da legislação que criou a empresa. (grifos não presentes no original)

Sugere-se, pois, a elaboração de um convênio entre o Cade e a ANTT, estabelecendo que esta remeta àquele os editais de licitação de futuras concessões de rodovias federais para uma avaliação acerca das possíveis barreiras à entrada no metamercaado de uso das rodovias. O Cade, então, avaliaria e faria suas sugestões não vinculativas, dentro de um prazo máximo estabelecido, devolvendo os editais à ANTT para que esta proceda à licitação. A partir desta atuação preventiva, poder-se-á promover uma maior concorrência nos certames licitatórios de concessões, contribuindo para a redução da possibilidade de formação de cartéis.

Deve-se ressaltar que a celebração de tal convênio é amparada pela legislação setorial. De fato, o art. 24, parágrafo único, inciso I da Lei 10.233/01, dispõe que a ANTT, no exercício de suas atribuições, poderá firmar convênios de cooperação técnica e administrativa com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, tendo em vista a descentralização e a fiscalização eficiente das outorgas. Da mesma forma, a Lei 8.884/94, em seu art. 7.º, inciso XVI, prega que compete ao Plenário do Cade firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais.

Também importante é a advocacia da concorrência: disseminando a cultura antitruste no país, divulgando os prejuízos econômicos e sociais do cartel, bem como as sanções administrativas e penais impostas, é de se esperar uma maior conscientização por parte dos agentes econômicos, que ficarão mais intimidados ao realizar tal prática.

Portanto, em resumo, sugere-se a adoção de três medidas para o combate a cartéis de licitação no setor de transportes terrestres: (i) a utilização do leilão inglês pela ANTT nas próximas rodadas de licitação; (ii) a elaboração de um convênio entre o Cade e a ANTT, de forma que a autoridade antitruste avalie as barreiras à entrada no metamercaado de uso da rodovia; e (iii) um aprofundamento da advocacia da concorrência, de forma a divulgar os efeitos nocivos do cartel, bem como as penalidades a que seus integrantes são suscetíveis.

5.2 *Soluções para escolher o player mais eficiente*

Viu-se, também, que o leilão inglês é o único que garante a escolha do player mais eficiente, conforme demonstrado no exercício realizado acima,

nas páginas 20 e 21. Além disso, constatou-se que quanto maior a concorrência no certame, menor tende a ser a tarifa vencedora.

Portanto, é fundamental que a ANTT, fazendo uso do critério da menor tarifa, utilize o leilão inglês, sendo que o convênio sugerido entre o Cade e a agência reguladora contribuirá para a existência de uma maior competição nos leilões, contribuindo, assim, para resultados mais eficientes, é dizer, tarifas menores.

6. Conclusões

O setor de transportes terrestres é um dos mais intensamente regulados no país. Historicamente sob responsabilidade direta do Estado, o qual fornecia a infraestrutura de forma gratuita para os usuários da via, este passa a, paulatinamente, cobrar pedágios pelo uso, como forma de financiar seus investimentos, até que deixa de atuar diretamente, passando a responsabilidade para o particular por meio de concessões.

Dessa forma, incluiu-se o setor no Programa Nacional de Desestatização, ainda sem a existência de uma agência reguladora, ficando a responsabilidade para o Ministério dos Transportes. Esse elaborou o Procofe, o qual já contou com duas etapas de concessões, tendo a última se encerrado em 2007, sob responsabilidade da ANTT.

Contudo, a participação privada nas rodovias federais é ínfima, perfazendo menos de 3% (OECD: 2008). Isso sugere a realização de novas concessões pela ANTT. Sendo assim, justifica-se o estudo das concessões para que se possa identificar problemas no modelo utilizado e propor melhorias para a atuação futura.

Utilizou-se do instrumental teórico da Teoria Econômica dos Leilões, um tópico dentro da Teoria dos Jogos, para analisar a atuação do Estado nas concessões de rodovias federais. Partindo-se do modelo proposto por DEMSETZ (1968) da concorrência pelo mercado, pretendeu-se avaliar a utilização dos leilões, apontando qual o melhor mecanismo a ser utilizado.

Neste sentido, foram elaboradas duas perguntas: (i) a escolha do tipo de leilão consegue evitar a formação de cartéis entre os licitantes?; e (ii) a escolha do tipo de leilão consegue garantir a seleção do agente mais eficiente? A partir das respostas a esses questionamentos, analisou-se o caso brasileiro.

A primeira pergunta teve resposta negativa: a escolha do tipo de leilão não consegue evitar a formação de cartéis em processos licitatórios. Eles

serão organizados independentemente do mecanismo escolhido pelo Estado porque os eventuais participantes do conluio conhecem as regras do certame previamente, vez que elas são publicadas em edital. Assim, confeccionam a cooperação de acordo com as regras do jogo.

No entanto, viu-se que o leilão de lances fechados é o mais suscetível à formação de cartel. E, por outro lado, o leilão inglês aumenta a instabilidade do acordo colusivo, sendo, pois, preferível a sua adoção. Além disso, o Estado deve garantir a maior participação possível nos certames licitatórios, de forma a aumentar a concorrência e reduzir a possibilidade de formação de cartéis.

A segunda pergunta teve resposta positiva: a escolha do leilão inglês consegue garantir a seleção do player mais eficiente. Viu-se, a partir de um exercício teórico simples, que, em um leilão de viva-voz cujo critério seja a menor tarifa, consagra-se vencedor o agente com a menor curva de custos médios, praticando, pois, a menor tarifa possível. Frisou-se, ainda, que, quanto maior a competição no certame, menor tende a ser a tarifa vencedora.

Sabendo disso, aplicam-se tais resultados ao caso brasileiro. Os editais das etapas do Procofe previam a utilização de leilões de lances fechados, adotando o critério da menor tarifa. Esse mecanismo eleva a assimetria de informações, potencializando a probabilidade de ocorrência de cartéis de licitação, além de não garantir a escolha do player mais eficiente.

Sugere-se, portanto, a adoção das seguintes medidas:

Deve-se elaborar um convênio entre a ANTT e o Cade, estabelecendo uma colaboração formal entre as duas agências. Assim, a ANTT remeteria ao Cade os editais de licitação para que este, como autoridade antitruste pátria máxima, possa averiguar as barreiras à entrada no certame, é dizer, as barreiras à entrada no metamercaado de uso da via, promovendo uma ampla participação e forte concorrência pelo mercado. Dessa forma, reduzir-se-ia a probabilidade de formação de cartéis em licitação, além de contribuir para a obtenção da menor tarifa possível;

Ampliação da advocacia da concorrência, divulgando a cultura antitruste no país, de forma que se faça disseminar os benefícios econômicos da livre concorrência, bem como as penalidades a que estão sujeitos os praticantes de infrações contra a ordem econômica, em especial o cartel;

Por fim, a ANTT deve adotar, para as próximas licitações, o leilão inglês. Demonstrou-se que ele é o mais adequado, vez que (i) aumenta a instabilidade dos cartéis de licitações e (ii) resulta na escolha do player mais

eficiente para atuar no mercado pós-leilão. Assim, é fundamental a utilização desse tipo de leilão, fundamentando-se no art. 4.º, §3.º da Lei 9.491/97.

A adoção dessas três medidas irá melhorar a atuação do Estado no que diz respeito à defesa da concorrência nos transportes terrestres, contribuindo, em última instância, com a promoção do interesse público e com o desenvolvimento econômico do país.

Bibliografia

- ANTT. Editais da Segunda Etapa do Programa de Concessões Federais. Disponível em: <<http://www.antt.gov.br/concessaorod/ConcessoesRodoviaras.asp>>. Acesso em: 4 set. 2008.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 8.137/90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 10 junho 2008.
- BRASIL. Lei n. 8.884/94. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 8.987/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 9.491/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 10.233/01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/LEIS_2001/L10233.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BRASIL. Lei n. 11.079/04. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 10 jun. 2008.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge: Harvard Universty Press, 1982.
- CADE. Ato de Concentração n. 08012.005516/2001-11. Voto do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 10 maio 2008.
- CADE. Processo Administrativo n. 08000.004436/1995-04. Voto do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000001310.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.

- Cade. Processo Administrativo n. 08000.013471/1995-98. Voto da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000016065.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.
- Cade. Processo Administrativo n. 08000.001164/1997-53. Voto do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcelos. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000004515.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.
- Cade. Processo Administrativo n. 08012.009.118/1998-26. Voto do Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000019562.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.
- Cade. Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10. Voto do Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Download_D00000030861.pdf>. Acesso em: 22 set. 2008.
- CASTELAR PINHEIRO, Armando. SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- CASTRO, Newton de. Privatização do setor de transportes no Brasil. In: CASTELAR PINHEIRO, Armando. FUKASAKU, Kiichiro (orgs.). *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.
- DEMSETZ, Harold. Why Regulate Utilities. *Journal of Law and Economics*, 11, 1968, pp. 55 a 65.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste: combate aos cartéis*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DURÃES, Marisa Socorro Dias. Teoria dos leilões: abordagem comparativa com ênfase nos leilões de títulos do Tesouro no Brasil e em outros países. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIpremio/divida/2afdpIVPTN/DURAES_Marisa_Socorro.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2008.
- FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; POSSAS, Mario Luiz. Defesa da Concorrência e Regulação de setores de infraestrutura em transição. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002. pp. 189-210.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- FRANCO NETO, Afonso Arinos de Mello. Acerto de vantagens em licitações: o caso envolvendo o consórcio Marítima/Lisnave e o Estaleiro Eisa. In: MATTOS, Cesar (org.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. pp. 453-471.

- GUIMARÃES, Eduardo. Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário. *Revista do Ibrac*, v. 11, n. 2, 2004, pp. 107-128.
- HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M.; VISCUSI, W. Kip. *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Londres: MIT Press, 2000.
- LAGROTERIA, Eleni; PEREIRA, Edgar Antonio. Leilões ou regulação? Onde está o monopolista? *Revista do Ibrac*, v. 8, n. 3, 2001, pp. 147-173.
- OECD. Relatório sobre a Reforma Regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2008.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.
- RODAS, João Grandino; OLIVEIRA, Gesner. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica* (princípio e fundamentos jurídicos). São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. *Regulação e concorrência* (estudos e pareceres). São Paulo: Malheiros, 2002.
- SANTACRUZ, Ruy. Cartel na lei antitruste: o caso da indústria brasileira de aços planos. In: MATTOS, Cesar (org.). *A revolução do antitruste no Brasil – A teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2003. pp. 415-434.
- SDE. Cartilha sobre combate a cartéis em licitações. 2008. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ9F537202ITEMID4FF6B0EE362F4F0C815831F6052FA329PTBRIE.htm>>. Acesso em: 4 set. 2008.
- VARIAN, Hal R. *Microeconomia*. Princípios básicos – uma abordagem moderna. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

OS LIMITES JURÍDICOS ENTRE A LEGISLAÇÃO FEDERAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A ORDENAÇÃO ECONÔMICA FORMULADA POR ESTADO OU MUNICÍPIO: A CONTRIBUIÇÃO DA STATE ACTION DOCTRINE

Bruno Braz de Castro

1. Introdução

A forma de Estado sob a qual se organiza a nação brasileira, conforme declara a Carta Constitucional vigente, é o federalismo. Dentre as consequências de tal opção política, destaca-se a autonomia jurídico-política dos integrantes da federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – da qual decorre, dentre outras coisas, a repartição de competências legislativas entre tais entes.¹

Essa divisão de poder normativo, formatada constitucionalmente, chancela a existência de competência concorrente entre a União, os Estados e os Municípios para atuação – nos termos do art. 174 da Constituição da República – na qualidade de agentes normativos e reguladores da ordem econômica.

Tal possibilidade jurídica de coexistência entre três diferentes níveis de disciplina normativa voltados ao mesmo objeto – a ordem econômica – dá ensejo a sérias controvérsias, quando se discute a aplicação da legislação federal de defesa da concorrência em situações em que esteja presente ordenação econômica estadual ou municipal em sentido contrário às suas disposições.

É que a Constituição da República, ao consagrar a livre concorrência e livre iniciativa como princípios fundamentais da ordem econômica (art. 170, caput e inciso IV), não estipulou qualquer imunidade antitruste expressa à observância dos preceitos jurídicos decorrentes de tais princípios.² Por imunidade antitruste entender-se-ia, em linhas gerais, a possibilidade de que norma jurídica estadual ou municipal disponha de forma diversa dos princípios estabelecidos pela legislação federal de defesa da concorrência, revogando,

¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 96-102.

² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 246.

total ou parcialmente, a ordem concorrencial para estabelecer fatores econômicos tão importantes quanto “preço” e “quantidade produzida”.³

Observe-se, outrossim, que a Lei Federal 8.884/1994 – que estabelece normas gerais de defesa da concorrência e estrutura o aparato institucional para sua implementação – estende tão amplamente quanto possível seu âmbito de incidência subjetivo e material.⁴

Diante desse quadro, a grande questão é harmonizar o poder-dever de ordenação econômica reconhecido a Estados e Municípios, de um lado, e a aplicação das regras federais de defesa da concorrência, de outro.

A busca pela solução de tal impasse jurídico passa pelo reconhecimento de determinadas situações em que, implicitamente, a estrutura da ordem econômica admitirá que norma jurídica estadual ou municipal seja imune à legislação da concorrência, o que caracterizaria, segundo o Prof. Calixto Salomão Filho, hipóteses de “imunidade antitruste implícita”.⁵

Nesse contexto, torna-se extremamente relevante para o direito brasileiro a State Action Doctrine americana, estruturada com o intuito de determinar as hipóteses em que a norma jurídica estabelecida por ente federado será imune às disposições da legislação federal antitruste.⁶

³ Registre-se que, considerando-se imune a norma jurídica estadual ou municipal com tal conteúdo, os atos praticados por agentes econômicos (no limite, obviamente, do disposto pela norma jurídica do ente federado) estariam isentos da observância dos preceitos da legislação antitruste.

⁴ Note-se, nesse sentido, que o diploma não exige qualquer mercado ou setor econômico da obrigação de observância de suas regras. Seu art. 15, ademais, estabelece amplíssimo âmbito subjetivo de validade da lei, dispondo a ela se sujeitarem “as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio”.

⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit. p. 246.

⁶ Conquanto seja a teoria americana a que encontra mais significativa repercussão em nossa comunidade jurídica (razão pela qual é adotada como objeto do presente trabalho), é de se destacar que ao tema da relação entre ação do Estado sobre o domínio econômico e a livre concorrência é atribuída posição relevante também no sistema europeu, sendo a matéria disciplinada ao menos parcialmente pelos artigos 92-94 do Tratado de Roma. Em linhas gerais, a disciplina europeia do tema visa a evitar que os Países-Membros ajudem ou promovam indevidamente empresas nacionais em seus próprios territórios, tendo em vista a salvaguarda do comércio comunitário. No Japão, a seu turno, verifica-se que a atuação da autoridade antitruste é afastada

O presente trabalho visa a apresentar os contornos de tal doutrina conforme formulada nos Estados Unidos da América, para em seguida analisar criticamente sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e sua adoção pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

2. A state action doctrine no sistema jurídico norte-americano.

Em decorrência de ser o sistema constitucional dos Estados Unidos da América fundado sob a égide do federalismo,⁷ verifica-se a possibilidade de produção de normas voltadas à disciplina econômica não somente no âmbito da ordem jurídica federal, como também no estadual e mesmo – em algumas hipóteses⁸ – no das municipalidades.

Herman Pritchett demonstra, com efeito, que a disciplina da ordem econômica constitui situação em que se vislumbra o exercício concorrente de poder entre os dois níveis da federação norte-americana:

A Constituição defere de maneira específica ao governo nacional poderes tão importantes como a decretação de impostos e a regulamentação do comércio, porém não proíbe aos Estados o exercício dessas competências dentro de suas fronteiras.⁹

significativamente por políticas industriais aplicadas pelo MITI (Ministry of Trade and Industry of Japan). Cf. BONER, Roger Alan. Antitrust and state action in transition economies. *Antitrust Bulletin*. Spring 1998, 43, 1, p. 71-77.

⁷ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 150-164: “Com Alexandre Hamilton, aceita-se que foram os americanos os inventores de um novo tipo de Estado que surgiu no fim do século XVIII, o Estado Federal”. Cf. tb INMAN, Robert P. Federalism values and the value of federalism. *Working Paper* 13735. Nber Working Paper Series, January 2008.

⁸ No federalismo americano, o município ocupa posição diversa daquela reservada a essa figura no federalismo brasileiro. A possibilidade jurídica de produção, pelas municipalidades americanas, de regulamentação econômica passível de imunidade pela State Action Doctrine dar-se-á, grosso modo, na medida da delegação de poderes recebida de cada Estado. Para melhor conhecimento dessa discussão, cf. United States of America, U. S. Supreme Court. a) *Hallie v. Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985), disponível em <<http://supreme.justia.com/us/471/34/>>, acesso em: 4 ago. 2008; b) *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising*, 499 U.S. 365 (1991), disponível em <<http://supreme.justia.com/us/499/365/>>, acesso em: 4 ago. 2008.

⁹ PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1965, pp. 84 e ss. Apud BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 153.

Havendo diferentes esferas para regulamentação do mesmo objeto, não resta dúvida de que haverá situações em que a legislação específica de cada ente federado difira substancialmente da legislação antitruste federal. Torna-se relevante, diante disso, analisar as regras de convivência entre os diferentes níveis normativos.

Inicialmente, tenha-se em vista que, segundo a interpretação vigente da Supremacy Clause contida na Constituição dos Estados Unidos da América, à legislação federal emanada pelo Congresso se reconhece, em determinadas hipóteses, o poder de suplantar disposições jurídicas emanadas por Estados e Municípios (*preemption*).¹⁰

Tal poder de suplante, entretanto, não se justificará simplesmente a partir da constatação de que determinada regra jurídica estadual ou municipal seja diferente da disciplina da ordem econômica em nível federal. A grande questão do federalismo, destaca Hovenkamp, é que aos Estados e, às vezes, aos governos locais se reconhece a prerrogativa de ter sua própria política regulatória, mesmo se tal política conflita-se com a política federal.¹¹

Com efeito, a delimitação das hipóteses em que seria possível à legislação antitruste federal suplantar a disciplina da ordem econômica estadual ou municipal tem sido, ao longo de décadas, motivo de discussão no seio da comunidade jurídica norte-americana, sendo especialmente objeto de construção pela jurisprudência de sua Suprema Corte.¹²

¹⁰ “Article VI, Clause 2: This Constitution, and the laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all treaties made, or which shall be made, under the authority of the United States, shall be the supreme law of the land; and the judges in every state shall be bound thereby, anything in the Constitution or laws of any State to the contrary notwithstanding”. Cf. United States of America. Constitution of United States of America. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>, acesso em: 17 jul. 2008.

¹¹ “The whole point of federalism is that state and sometimes local governments are entitled to have their own regulatory policy even if that policy conflicts with federal policy” (tradução livre): HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of the competition and its practice*. Third Edition (Hornbook Series). United States: Thomson/West, 2005.

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Op. cit., p. 151: “Na elaboração da teoria do federalismo, as relações entre o governo federal com os Estados Membros, devido o texto constitucional, apresentam dúvidas. Para muitos, a Constituição é ambígua no que toca às relações do Governo Federal com os Estados e dos Estados entre si.

Nesse sentido é que se observa a formulação da State Action Doctrine voltada ao direito antitruste, através da qual se objetiva estabelecer as situações em que a norma jurídica estadual seria dotada de imunidade (exemption) diante do poder de suplante (preemption) atribuído à legislação emanada pelo Congresso.

Tal imunidade implicará na desnecessidade de que a norma estadual seja emanada em conformidade com a disciplina antitruste federal. A imunidade impedirá, ainda, que se aprecie, à luz da regra jurídica federal, os atos praticados por agentes econômicos com estrito fundamento na norma estadual.¹³

2.1 *O caso California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum, Inc. (1980): paradigma para análise da norma jurídica estadual à luz da State Action Doctrine*

The national policy in favor of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement.¹⁴

A State Action Doctrine foi originalmente estruturada, pela Suprema Corte americana, no julgamento do caso Parker v. Brown (1943),¹⁵ em que se entendeu não haver sido a intenção do Congresso restringir o poder de regulação econômica pelos entes federados, ao editar o Sherman Act.¹⁶

O Sherman Act não faz menção ao Estado por si só, e não mostra sinais de que sua intenção era restringir a ação estadual ou ação oficial dirigida por um Estado. O Sherman Act é aplicável a “pessoas”, incluindo corporações (§ 7) (...). O Estado, ao adotar e aplicar o programa de rateio, não firmou

Dentro dessa maneira de entendimento, a Suprema Corte transforma-se no árbitro de suas controvérsias”.

¹³ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 742.

¹⁴ United States of America. U.S. Supreme Court. California Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminum, Inc., 445 U. S. 97 (1980). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>>, acesso em: 14 jul. 2008.

¹⁵ Cf. interessante análise da decisão em: DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd J. The FTC and state action: evolving views on the proper role of government. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005, pp. 1076-1079.

¹⁶ O Sherman Act (02 de julho de 1890) foi o primeiro diploma normativo norte-americano a disciplinar cartéis e monopólios, constituindo primeiro passo para a formação do sistema jurídico federal antitruste naquele país.

contrato ou acordo ou entrou em conspiração para restrição ao comércio ou para estabelecer monopólio, e sim, como soberano, impôs a restrição como ato de governo que o Sherman Act não visava a proibir.¹⁷

Foi, entretanto, na decisão do caso *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum, Inc.*¹⁸ (03 de março de 1980) que o tema foi mais clara e detalhadamente analisado pela Suprema Corte. É oportuno, por esta razão, analisar os principais contornos do caso.

A legislação de negócios e profissões do estado da Califórnia à época, no tocante à comercialização de vinho em seu território, estabelecia a seguinte política, em síntese: a cada produtor de vinho – e, na omissão deste, aos distribuidores do produto licenciados pelo governo estadual – incumbia registrar, junto ao estado, os preços para cada uma de suas marcas (price scheduling).¹⁹

Nessas condições, cada preço fixado por um produtor ou distribuidor era vinculante a todas as relações comerciais de distribuição do produto na área comercial a que o registro se referia, cabendo ao estado fiscalizar sua observância. Ao distribuidor licenciado que praticasse preços inferiores aos registrados eram cominadas sanções estatais, como multas e suspensões ou revogações de licença profissional.

No referido sistema, não obstante competisse ao estado garantir que os preços registrados por produtores e distribuidores fossem observados em todas as relações comerciais pertinentes, não se previu qualquer prerrogativa estadual de interferência em tais valores. Havendo a distribuidora de bebidas *Midcal Aluminum Inc.* sido autuada pelo estado por comercializar produtos

¹⁷ United States of America. U.S. Supreme Court. *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>, acesso em: 31 de julho de 2008: “The Sherman Act makes no mention of the state as such, and gives no hint that it was intended to restrain state action or official action directed by a state. The Act is applicable to ‘persons’, including corporations (§ 7), and it authorizes suits under it by persons and corporations (§ 15). ()The state, in adopting and enforcing the prorate program, made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly, but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit” (tradução livre).

¹⁸ United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit.

¹⁹ United States of America. State of California. *California Business and Professions Code*, § 24866. In: United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit. Footnote 1.

em desacordo com o sistema de registro de preços então vigente, ingressou esta em juízo solicitando injunção contra a legislação estadual. Em razão de ter o caso sido levado ao seu conhecimento, a Suprema Corte dos Estados Unidos empreendeu detida análise acerca da subsunção da política californiana à hipótese de imunidade regulatória estadual estipulada na decisão do caso *Parker vs. Brown* (1943) à luz de toda a evolução jurisprudencial verificada desde então.

Não sendo admissível, segundo a Corte, que o simples envolvimento do Estado no programa de definição de preços seja suficiente para atribuir-lhe isenção antitruste, o órgão julgador firmou os dois requisitos clássicos para a configuração da imunidade de determinada regra jurídica de ente federado: a) tal regra deverá ser claramente articulada e apresentada afirmativamente pelo estado como política regulatória governamental; e b) a regra deverá ser objeto de supervisão ativa (“active supervision”) por parte do próprio estado.²⁰

Diante das tais exigências, a imunidade do sistema californiano para apreçamento de bebidas não pôde ser sustentada. Conquanto fosse o sistema claramente apresentado como política estatal de controle de preços (primeiro requisito), o governo da Califórnia assumia posição notadamente passiva diante dos preços unilateralmente definidos pelos agentes econômicos privados,²¹ não sendo reconhecido ao estado qualquer poder de intervenção ou revisão dos valores instituídos, ou de monitoramento das condições de mercado. Estaria insatisfeito, portanto, o segundo requisito para a exemption.

Em decorrência desse raciocínio, entendeu a Corte constituir o sistema californiano hipótese de violação ao Sherman Act, ao dar ensejo à fixação de preços de revenda (*resale price maintenance*), sem que a atuação do estado da Califórnia fosse suficiente para que se configurasse a imunidade antitruste prevista na decisão do caso *Parker vs. Brown* (1943).

²⁰ “First, the challenged restraint must be ‘one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy’; second, the policy must be ‘actively supervised’ by the State itself”. In: *United States of America. U.S. Supreme Court. California Liquor...* cit. p. 445 U. S. 105.

²¹ Nota a Suprema Corte, a esse propósito, que o Estado da Califórnia demonstrava tão pouco interesse no sistema de definição de preços de bebidas que sequer chegou a atuar junto à Corte para advogar os interesses estaduais no presente caso, de modo que somente a California Retail Liquor Association, entidade de classe californiana, dispôs-se a intervir no presente caso em defesa do combatido sistema. In: *United States of America. U.S. Supreme Court. California Liquor...* cit., footnote 12.

2.2 *Análise dos requisitos básicos para configuração da imunidade (exemption) de norma jurídica de Estado ou Município, sob a perspectiva da State Action Doctrine*

Conforme já se referiu, duas condições deverão ser simultaneamente preenchidas para que determinada norma jurídica estadual ou municipal seja considerada imune às exigências da disciplina antitruste federal, de acordo com a State Action Doctrine americana. Faz-se oportuno, destarte, analisar os contornos de cada uma delas, buscando considerar as oscilações jurisprudenciais na abordagem do tema pela Suprema Corte.²²

2.2.a *Inserção em política expressa e claramente articulada*

Na análise da subsunção de determinado norma jurídica estadual à imunidade antitruste via State Action Doctrine, deverá o órgão judicial inicialmente perquirir se a regra formalmente se insere no contexto de uma política claramente articulada e expressamente apresentada pelo estado como tal, em substituição da livre concorrência pela regulação.

Para que se considere determinada conduta de agente econômico isenta da obrigação de observância dos preceitos da legislação antitruste, esta deverá subsumir-se estritamente nos termos de regra jurídica dotada de imunidade antitruste. Há de ser verificada concretamente a ocorrência de autorização do próprio ente federado para a prática do ato sob análise. Tal autorização, repita-se, deverá ser inserida em política regulatória claramente articulada e afirmativamente expressa, de modo que seja evidente

²² Importa notar, nesse ponto, que a concepção acerca do conteúdo de tais requisitos tem evoluído substancialmente no sentido de tornar as hipóteses de imunidade antitruste cada vez mais estritas: “The state action doctrine was born in an era of exceptional confidence in government, with governmental entities widely regarded as unbiased and conscientious defenders of the public interest. Over time, however, more cautious and skeptical theories of government began to gain sway. In particular, the school of thought known as “public choice”—which holds that governmental entities, like private firms, will act in their economic self-interest—began to influence both legal theory and competition policy. Indeed, a close examination of recent state action case law suggests that public choice thinking has driven a slow, but consistent, evolution of the doctrine toward less deference to state regulators and more careful assessment of the actual incentives that drive their decision making”. DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd. J. Op. cit., pp. 1091-1112.

que a vontade política estatal é no sentido da adoção da regulação em lugar da ordem concorrencial.²³

A autorização estatal para determinada prática econômica deverá ser inequívoca, sendo essencial que haja elementos que permitam inferir que o estado realmente previu a ocorrência da prática e decidiu permiti-la.

Exige-se que o próprio estado – e não um órgão inidentificável com este – autorize o ato em questão. A delimitação do conceito de “estado” aceitável para satisfação de tal exigência não é pacífica na jurisprudência.²⁴ Em especial, questiona-se quando estariam as agências reguladoras, conselhos ou demais órgãos estaduais incluídos em tal definição.

Analisando o entendimento da Suprema Corte em diversos casos em que se analisou a State Action Doctrine, Hovenkamp aponta três ideias correntemente levadas em conta para caracterização de determinado ente como estado: a) tenha o órgão poderes quase-legislativos; b) seja o órgão integralmente composto de oficiais do governo, sem interesse financeiro direto no mercado regulado e sem participação de agentes deste mesmo mercado; c) encontre-se o órgão sob controle direto ou resposta de certo modo ao governo, ao poder legislativo ou à suprema corte estadual.²⁵

Importa notar, por fim, que a Suprema Corte americana, em uma das mais recentes decisões envolvendo a State Action Doctrine, acrescentou mais

²³ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 742.

²⁴ ELHAUGE, Einer Richard. The scope of antitrust process. *104 Harvard Law Review*, p. 672 (1990-1991). Cf. ainda *United States of America. U. S. Supreme Court. City of Lafayette vs. Louisiana Power & Light Co.*, 435 U. S. 389, 98 S. Ct. 1123 (1978); *Community Communications v. City of Boulder*, 455 U. S. 40, 102 S. Ct. 835 (1982); *Southern Motor Carriers Rate Conference, Inc. v. United States*, 471 U. S. 48, 105 S.Ct. 1721 (1985).

²⁵ “In finding the line between the ‘state itself’ and its subordinate agencies the courts have focused on three questions: (1) whether the agency, office or board at issue has quasi-legislative powers, or is merely instructed to carry out certain functions; if the latter, then the agency is probably not the state itself. (2) Whether the decision makers in the agency, office or board are composed entirely of government officials with no financial interests in the regulated market, or whether representatives of the regulated market are included; if the latter, then the agency, office or board is usually not part of the state itself. (3) Whether the agency is governed or answerable in some explicit fashion to the legislature, governor, or state supreme court; if not, then the agency is less likely to be found part of the state itself.” In: HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 744.

requisitos para considerar-se satisfeita a exigência de clara articulação, exigindo que a política regulatória estadual encontre-se perseguindo metas legítimas, e que a regra específica analisada tenha nexos plausíveis com tais metas.²⁶

2.2.b *Supervisão estatal ativa (active supervision)*

Conforme já referido, a simples autorização estatal não é suficiente para atribuição de imunidade antitruste a determinada prática, sob a State Action Doctrine. A Suprema Corte americana estabeleceu ser essencial que o ente federado tenha assumido o encargo de supervisionar ativamente a atuação dos agentes econômicos privados no âmbito da política regulatória estabelecida.²⁷

A ideia central dessa exigência é garantir que a atuação do estado seja suficiente para impedir que os agentes ajam de forma destoante da política estadual e venham a praticar ato anticompetitivo não autorizado. Busca-se impedir, outrossim, que o estado lance mão da imunidade para atribuir aos particulares total liberdade de atuação.²⁸

Nessa linha, a exigência de supervisão ativa estará presente sempre que se estiver analisando a atuação de ente privado. O comportamento do próprio estado, registre-se, não está subsumido nessa exigência, uma vez que não haveria entidade superior capaz de supervisioná-lo.²⁹

²⁶ “Even if a per se violation is shown, the alleged anticompetitive scheme may still be immunized under the Parker state action doctrine only where it regulates commerce in furtherance of *legitimate state policy goals and limits unnecessary anticompetitive effects*. A statute that permits or compels private parties to engage in per se violations of the federal antitrust laws will be saved from preemption if: (i) the restraint in question is ‘clearly articulated and affirmatively expressed as state policy’, and (ii) the policy is ‘actively supervised’ by the state itself.” United States of America. U.S. Supreme Court. 357 F.3d 205 (2d Cir. 2004) (Freedom Holdings I); 363 F.3d 149 (2d Cir. 2004) (Freedom Holdings II). Disponível em <http://www.altlaw.org/v1/cases/1129270>, acesso em: 27 set. 2008.

²⁷ United States of America. U.S. Supreme Court. *California Liquor...* cit., p. 445 U.S. 105.

²⁸ “The requirement of active state supervision serves essentially the evidentiary function of ensuring that the actor is engaging in the challenged conduct pursuant to state policy.” In: United States of America. U.S. Supreme Court. *Hallie v. Eau Claire*, 471 U.S. 34 (1985). Disponível em <http://supreme.justia.com/us/471/34/index.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

²⁹ Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 748.

Se é polêmica em algumas hipóteses a distinção entre atos governamentais e atos de entes privados, deve-se ter em vista que a linha mestra de raciocínio sob a State Action Doctrine é a necessidade de que aqueles que decidam os contornos da política regulatória sejam economicamente independentes dos seus resultados.³⁰

A exigência de que a supervisão seja ativa refere-se à necessidade de que a autoridade estadual tenha poder jurídico tal que possa rever substancialmente a decisão do agente privado. Isso significa rever a decisão em seu mérito, e não meramente anulá-la por verificar a existência de falha procedimental. Ademais, a mera possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas não é considerada suficiente para que a Corte considere preenchido o requisito sob análise³¹

Note-se que não bastará, outrossim, a mera existência de tal poder. É essencial que o ente estadual efetivamente exercite controle sobre cada uma das decisões particulares tomadas.³²

³⁰ ELHAUGE, Einer Richard. Op. cit., p. 672: “antitrust case law adjudicating the distinction between state and private action embodies the process view that restraints on competition must be subject to antitrust review whenever the persons controlling the terms of the restraints stand to profit financially from the restraints they impose. Conversely, restraints are immune from antitrust review whenever financially disinterested and politically accountable persons control and make a substantive decision in favor of the terms of the challenged restraint before it is imposed on the market. This reveals a limiting principle that is generally obscured by the business context of most antitrust cases. Namely, it reveals that, contrary to prevalent notions, antitrust law does not stand for the proposition that all economically inefficient restraints of market competition are against the public interest. Rather, antitrust stands for the more limited proposition that those who stand to profit financially from restraints of trade cannot be trusted to determine which restraints are in the public interest and which are not”.

³¹ “Absent active supervision, there can be no state action immunity for what were otherwise private price fixing arrangements. And state judicial review cannot fill the void.” United States of America U.S. Supreme Court. Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al., 504 U. S. 621 (1992), disponível em: <http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

³² “The ‘active supervision’ prong of the test used to determine whether private parties may claim state action immunity requires that state officials have and exercise power to review such parties’ particular anticompetitive acts and disapprove those that fail to accord with state policy.” In: United States of America. U.S. Supreme Court. Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988). Disponível em: <http://supreme.justia.com/us/486/94/index.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

O propósito da exigência de supervisão ativa é determinar se o Estado exerceu julgamento e controle suficientemente independentes, de modo que os detalhes das taxas e preços tenham sido estabelecidos como produto de uma intervenção estadual deliberada. (...) O mero potencial de supervisão estatal não é um substituto adequado para uma decisão estatal.³³

2.3 *Do caráter predominantemente formal da abordagem da regulação estatal via State Action Doctrine*

À vista dos dois requisitos para a configuração da imunidade de regulação estadual ou municipal sob a State Action Doctrine, apresentados acima, é de se notar que, de forma geral, nenhum deles impõe ser necessário analisar o conteúdo de tal regulação para aferição de sua adequação ou eficiência, de modo que se pode identificar na abordagem proposta pela doutrina uma perspectiva basicamente não substancial.

Registre-se, entretanto, a existência de um importante conteúdo normativo na referida análise: o princípio jurídico de repulsa à prática de atos anticompetitivos por parte de agentes econômicos privados sem supervisão estatal adequada.³⁴ Evita-se, essencialmente, que seja reconhecido livre poder decisório a atores economicamente interessados no resultado de determinada regulação.³⁵

Observe-se, nesse sentido, a manifestação da Suprema Corte na decisão do caso *Federal Trade Commission v. Tigor Title Insurance Co.*, de 1992:

“Nossas decisões deixam claro que o propósito do requerimento de supervisão ativa não é determinar se o Estado alcançou determinado padrão normativo, como eficiência, em sua prática regulatória. Seu propósito é determinar se o Estado exerceu suficiente julgamento independente e controle de modo que os detalhes das tarifas e preços foram

³³ Cf. *United States of America U.S. Supreme Court. Federal Trade Commission v. Tigor Title Insurance Co. et al.*, cit.: “The purpose of the active supervision inquiry is to determine whether the State has exercised sufficient independent judgment and control so that the details of the rates or prices have been established as a product of deliberate state intervention.(...) The mere potential for state supervision is not an adequate substitute for the State’s decision.” Tradução livre.

³⁴ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit., p. 742.

³⁵ ELHAUGE, Einer Richard. Op. cit., p. 682-691.

estabelecidos como produto de uma deliberada intervenção estatal, e não simplesmente por um acordo entre particulares”.³⁶ (grifou-se)

3. A State Action Doctrine e o sistema jurídico brasileiro.

A formatação jurídica da intervenção do Estado no domínio econômico constitui objetivo capital da disciplina constitucional da ordem econômica, em nosso país. Quanto ao método de processamento de tal intervenção, é comum a doutrina distinguir entre as modalidades “direta” e “indireta”.³⁷

Intervindo diretamente no campo da economia, busca o Estado alterar, em certa medida, as condições fáticas do mercado. Para tanto, assume as vestes do chamado “Estado-Empresário”, que se propõe a executar de mão própria determinados objetivos da Política Econômica nacional, explorando diretamente a atividade econômica.³⁸

A ação estatal dá-se indiretamente quando, por outro lado, se tem em vista a alteração do estatuto jurídico de todo o mercado ou de determinado setor. Nesse âmbito é que se inserem, em especial, a regulação, regulamentação, fiscalização e planejamento econômicos.³⁹

É de se observar que o entendimento acerca do conteúdo e objetivos da atuação estatal no domínio econômico é cambiante no tempo e espaço. É objeto da Política Econômica nacional, “traçada de acordo com os princípios da ‘ideologia’ constitucionalmente estabelecida”.⁴⁰

³⁶ Cf. United States of America U.S. Supreme Court. *Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance...* cit.: “Our decisions make clear that the purpose of the active supervision inquiry is not to determine whether the State has met some normative standard, such as efficiency, in its regulatory practices. Its purpose is to determine whether the State has exercised sufficient independent judgment and control so that the details of the rates or prices have been established as a product of deliberate state intervention, not simply by agreement among private parties”.

³⁷ SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 330. Cf. classificação diversa em: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148 et seq.

³⁸ SOUZA, Washington Albino Peluso de. Op. cit. p. 245.

³⁹ Idem, *ibidem*.

⁴⁰ Idem, p. 244. O mesmo autor acresce que a “‘ideologia’ constitucionalmente adequada, portanto, define a posição da ‘intervenção’ e, desde que a assimile, passa a funcionar como origem de todo o direito correspondente e da legislação que o corporifica sob a forma de medidas ‘político-econômicas’ legisladas” (idem, p. 323).

Quanto à ideologia constitucionalmente estabelecida no contexto jurídico-político brasileiro recente, registre-se que é a modalidade indireta – normativa – de intervenção estatal no domínio econômico a que se tem como preferencial.⁴¹ Tal preferência se apresenta como reflexo de importantes discussões acerca da postura ideal do Estado diante do universo da economia – influenciada em larga escala pelas experiências norte-americana e europeia.⁴²

O tratamento constitucional da intervenção normativa do Estado na economia, entretanto, não é isento de problemas, especialmente ao se analisar sua relação com o princípio constitucional da livre concorrência.

3.1 A teoria das imunidades implícitas, a State Action Doctrine e o ordenamento jurídico brasileiro: contextualização do problema

Conforme mencionado supra, a Constituição da República, ao desenhando a distribuição de competências entre os atores do federalismo, estipula

⁴¹ Note-se, nesse sentido, a disposição do art. 173 da Constituição da República, que restringe a intervenção direta do Estado tão-somente quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

⁴² Partindo-se de uma concepção de Estado dita liberal (virada entre séc. XIX e XX) – em que a abstenção era regra, reduzindo-se as funções estatais primordialmente à justiça, segurança e outras necessidades essenciais – consolidou-se o paradigma social de atuação do Estado (welfare state, após as Guerras Mundiais), em que a intervenção direta assumiu posição de enorme relevância na política econômica, tendo em vista a condução do desenvolvimento, a correção de desigualdades sociais e amenização de distorções do mercado. Nota-se, entretanto, já ao fim do século XX, severas críticas a esse modelo hipertrofiado de Estado, amplamente identificado com a ideia de morosidade, ineficiência e corrupção. O que se passa a propor, a partir disso, é que à sociedade civil seja atribuído papel mais relevante na promoção do desenvolvimento econômico, o que se corporifica através de movimentos como a desregulamentação e a desestatização. A intervenção direta do Estado empresário passa a perder importância, enquanto a intervenção indireta do Estado regulador e incentivador ganha relevo. Ecos dessas reflexões atingiram o Brasil e influenciaram amplamente a formatação constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico, em nossas Constituições. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Ordem Econômica e Agências Reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Direito Regulatório. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 15-67. Registre-se, entretanto, haver entendimento consistente por parte de importantes autores do Direito Econômico no sentido de ser o caráter da Constituição de 1988 predominantemente social, ao invés do cunho neoliberal que identificamos nesse trabalho.

competência concorrente entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios para atuação na condição de agentes normativos e reguladores da atividade econômica, bem como para o desempenho das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174). Reparte, ainda, entre União, Estados e Distrito Federal a competência para legislar sobre direito econômico (art. 24, I).

Ao mesmo tempo, a Constituição alça a livre concorrência à posição de princípio (art. 170, IV), prevendo-se inclusive a edição de legislação federal a ventilar normas gerais de defesa da concorrência (art. 173, § 4.º).

Verifica-se, no entanto, não se ter o constituinte preocupado em expressar parâmetros de convivência entre (i) o poder-dever de intervenção normativa de Distrito Federal, Estados e Municípios na economia e (ii) o princípio constitucional da livre concorrência.

Com efeito, no texto constitucional não se encontra disposição expressa acerca da existência de hipótese em que poderia a regra jurídica de ente federado ser considerada imune aos ditames do princípio da livre concorrência.⁴³ No tocante à legislação concorrencial federal, é de se destacar que a Lei Federal 8.884/94 (Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências) tampouco enfrentou a questão, não eximindo qualquer mercado ou setor econômico da obrigação de observância de suas regras (Cf. *supra*).⁴⁴

Registre-se, sobre esse assunto, a observação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em relatório recente:

⁴³ Repetindo o já explicitado acima, por imunidade antitruste entende-se a possibilidade de dispor de forma diversa dos princípios estabelecidos pela legislação federal disciplinadora da ordem econômica e revogar, total ou parcialmente, a ordem concorrencial. Ainda repetindo o já exposto acima, é importante notar que, considerando-se imune a norma jurídica estadual ou municipal com tal conteúdo, os atos praticados por agentes econômicos (no limite, obviamente, do disposto pela norma jurídica do ente federado) estariam isentos da observância dos preceitos da legislação antitruste. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 246.

⁴⁴ Sobre a disposição do art. 15 da Lei 8.884/94, que não exclui qualquer mercado ou modalidade de pessoa jurídica de sua observância, constata o Prof. Calixto Salomão Filho que “Essa disposição corresponde ao desejo expressamente declarado pelos autores do projeto, de submeter ao controle do Cade todos os atos e ajustes entre empresas, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a não aplicação do direito antitruste só seja possível em hipóteses excepcionais”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 249

Muitos setores da economia brasileira, formalmente caracterizados como estatizados ou monopólios publicamente controlados, encontram-se sob reestruturação. Bens públicos foram privatizados, controles governamentais foram removidos, e novas entradas foram permitidas. Em alguns setores, novos, reguladores independentes foram criados. O nível de reforma varia de setor a setor, entretanto.

Não há imunidades específicas à lei de concorrência para qualquer dos setores regulados; a Lei 8.884, considerada isoladamente, aplica-se integralmente a eles. A interface entre regulação e lei da concorrência, entretanto, não é bem definida nesse ponto.⁴⁵

A omissão constitucional poderia levar a concluir que, não havendo a Constituição instituído qualquer imunidade antitruste de forma expressa, não poderia o Estado ou Município, ao disciplinar a atividade econômica em determinado setor, dispôr de maneira diferente do que estabelece a legislação federal de defesa da concorrência, sendo sempre seus atos normativos sujeitos, ato contínuo, à revisão pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Estudiosos do tema, não obstante, passaram a reconhecer que, a par de não haver o constituinte se ocupado em descrever qualquer imunidade antitruste, há hipóteses excepcionais em que a Constituição da República implicitamente admite a substituição da ordem concorrencial pela ordem estabelecida pela regulação emanada por ente federado. É o que observa, no mesmo relatório supracitado, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE):

⁴⁵ OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: a Progress Report. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C35546D0-65E3-4AE1-B7AD-094F B715F05D}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>>. Acesso em: 22 set. 2008. “105. Many sectors of the Brazilian economy, formerly characterised by state-owned or publicly sanctioned monopolies, are undergoing restructuring. State-owned assets have been privatised, government controls have been removed, and new entry has been permitted. In some sectors, new, independent regulators have been created. The pace of reform varies from sector to sector, however .106. There are no specific exemptions from the competition law for any of the regulated sector; law 8884 on its face applies fully to them. The interface between regulation and the competition law is not well defined at this stage, however.” Tradução livre.

Talvez a proteção da livre concorrência tenha de ceder espaço à regulação em situações em que ambas não possam coexistir, ou seja, onde a estrutura regulatória não funcione como previsto em lei, caso a lei de concorrência também seja aplicada. Tais “imunidades implícitas” à lei de concorrência, no entanto, devem ser estritamente interpretadas.⁴⁶

Se estabelece, assim, a possibilidade de reconhecimento de imunidade antitruste implícita⁴⁷ a determinadas regras jurídicas emanadas por ente federado, o que isentaria a conduta do agente econômico – que se subsuma estritamente aos termos da regra imune – de ser apreciada à luz da legislação federal de defesa concorrência.

É justamente nesse ponto que se encerra a razão de ser da State Action Doctrine: a teoria estabelece os parâmetros a partir dos quais será possível identificar a configuração da imunidade (exemption) antitruste implicitamente consignada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Resta, agora, perquirir as hipóteses em que será juridicamente possível considerar, em nosso ordenamento, atendidos os requisitos da State Action Doctrine.

3.2 A identificação das hipóteses de substituição da ordem concorrencial pela ordem regulatória estabelecida por Estado e Município

Sob a perspectiva da State Action Doctrine, conforme acima exposto, para que se reconheça a imunidade antitruste de determinada regra jurídica produzida por ente federado será essencial o preenchimento de certos requisitos (cf. supra).

É necessário, como primeira condição, que seja possível identificar, por parte do ordenamento jurídico, a inequívoca vontade de substituição do sistema regulamentar pelo concorrencial.

⁴⁶ Idem. “Competition enforcement may have to give way to regulation in situations where the two cannot co-exist, that is, where the regulatory scheme could not work as provided in law if the competition law were also fully applicable. Such ‘implied exemptions’ from the competition law should be narrowly construed, however.” Tradução livre.

⁴⁷ “A Constituição Brasileira não prevê qualquer imunidade expressa à aplicação do direito antitruste. Cumpre, então, verificar se é possível identificar a existência de de alguma imunidade implícita à aplicação do direito concorrencial” SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 246.

Isso significa pretender a Lei transferir ao ente federado a tarefa de definição das diversas variáveis mercadológicas relevantes (v.g.: preço e quantidade produzida), ao invés de confiá-la ao funcionamento trivial do mercado – à ordem concorrencial, à racionalidade dos agentes econômicos.⁴⁸ Busca-se, assim, que “os detalhes das taxas e preços tenham sido estabelecidos como produto de uma intervenção estatal deliberada”.⁴⁹

Perscrutando os sistemas jurídicos estadual e municipal, concluir-se-á que a concessão e permissão da prestação de serviços públicos ao particular constitui importante exemplo de situação em que se identifica o ânimo substitutivo da ordem concorrencial pela ordem regulatória.⁵⁰

Nelas há, normalmente, a criação de um verdadeiro monopólio de produção ou prestação de serviço público pelo particular. Contrapartida necessária é a substituição do autocontrole do sistema de mercado pelo sistema regulamentar, que passa a estabelecer as variáveis relevantes, tais como preço e frequentemente até a quantidade produzida. A qualidade do

⁴⁸ “É preciso ou que a lei especificamente manifeste a intenção de substituir o sistema concorrencial pelo sistema regulamentar ou então que a lei outorgue ao titular do poder regulamentar poderes para influir nas variáveis fundamentais da vida da empresa: basicamente preço e quantidade produzida, o que faz presumir a existência da mencionada intenção de substituição.” SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁹ Cf. United States of America U.S. Supreme Court. *Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al.*, 504 U. S. 621 (1992), disponível em: <http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>, acesso em: 30 jul. 2008.

⁵⁰ É forçoso registrar aqui que a definição das atividades que podem constituir serviço público encontra-se longe de ser pacífica em doutrina e jurisprudência nacionais. O Prof. Eros GRAU observa, nesse sentido, tratar-se de conceito aberto, devendo sua significação ser resgatada na realidade social, de modo que a definição “desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é (...) decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho” (*op. cit.*, p. 110). O mesmo autor apresenta interessante distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, apresentadas como diferentes espécies da atividade econômica em sentido amplo. “Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. (...) intervenção é atuação na área da atividade econômica em sentido estrito; exploração de atividade econômica em sentido estrito e prestação de serviço público estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).” (*op. cit.*, p. 93).

produto e serviço é normalmente objeto de fiscalização pelo próprio órgão governamental dotado do poder regulamentar.⁵¹

Com efeito, observe-se que as normas gerais para o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, expressas pela Lei 8.987/95, estabelecem como cláusulas essenciais do contrato de concessão, sujeitas à fiscalização do poder público e punição por seu descumprimento, elementos como o preço do serviço, critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas, e o modo, forma e condições de sua prestação (art. 23 e incisos).

Aprofundando-se nesse ponto, assim manifesta-se o Professor Dr. Washington Albino Peluso de Souza, apontando quatro elementos para identificação do serviço público como organização sujeita a regulação:

“Apresenta-se, então, a questão de determinar as condições necessárias para que a ‘mão invisível’ seja substituída pela ‘regulação do serviço público’. Busca-se a melhor entre as condições em que a livre concorrência, ou a regulação do serviço público, possam produzir os benefícios coletivos pretendidos. (...)

Quatro elementos são indicados por Bonbright para a definição de ‘serviço público’ como uma organização privada sujeita a regulação:

- 1) o controle direto das tarifas por serviços;
- 2) o propósito primordial da regulação deve ser, pelo menos ostensivamente, a proteção do público, representado pelos consumidores, em lugar dos produtores ou dos contribuintes;
- 3) a regulação só se aplica ‘como uma questão de política a longo prazo, e não como uma ordem temporária em épocas de guerra ou em alguma emergência’;
- 4) a empresa é ‘um negócio’, ainda que esteja sujeita à regulação e quando seja propriedade estatal direta e operada pelo governo, isto é, ‘os serviços públicos são projetados para ser vendidos pelo custo, ou a um custo menor para um ganho justo’”.⁵²

Ainda nesse sentido, apontamos o raciocínio do Supremo Tribunal Federal:

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 243.

⁵² SOUZA, Washington Albino Peluso de. Op. cit., p. 335.

“Os transportes coletivos de passageiros consubstanciam serviço público, área na qual o princípio da livre iniciativa (...) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade econômica a título privado. A prestação desses serviços pelo setor privado dá-se em regime de concessão ou permissão, observado o disposto no art. 175 e seu parágrafo único da Constituição do Brasil. A lei estadual deve dispor sobre as condições dessa prestação, quando de serviços públicos da competência do Estado-membro se tratar”.⁵³

Afastou-se, em seguida, a alegação de ofensa ao art. 170 da CF. Afirmou-se, no ponto, que a livre iniciativa presta-se à garantia de liberdade empresarial para atividades desta natureza, sendo que para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não seria de livre iniciativa, mas de iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade.⁵⁴

Trata-se, portanto, de exemplo de situação em que poderá estar satisfeito o primeiro requisito estabelecido pela State Action Doctrine.

É de se destacar, por outro lado, que, diante de hipótese em que não seja possível aferir claramente a intenção substitutiva aqui mencionada, a edição de lei estadual e municipal está adstrita à observância dos standards jurídicos decorrentes do princípio da livre concorrência e demais princípios da ordem econômica. Intervenção normativa estatal e os princípios da ordem econômica não são necessariamente conflitantes, devendo estes constituir limites à implementação de políticas intervencionistas.⁵⁵ Há, inclusive,

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 845 Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 22.11.2007, *DJE* de 07.03.2008.

⁵⁴ Idem. ADI 2649/DF. Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJE* 08.05.2008.

⁵⁵ Aplicando o exposto à intervenção estatal normativa sob a forma de política industrial, disserta o Prof. Calixto: “Afastado o dirigismo, é necessário determinar a forma de intervencionismo propugnada pelo constituinte brasileiro. Para essa definição o art. 174 é de pouco auxílio. A competência normativa e reguladora atribuída pelo constituinte ao Estado é bastante ampla (...) Parâmetros mais claros para resolução da questão encontram-se no art. 170. Entre os vários princípios ali previstos, parece ser possível destacar três que se sobrepõem (...) a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial. (...) Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. cit.*, p. 210-237. Cf., ainda, FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação. *Revista do Ibrac*, v. 3, n. 8, 1996.

diversos julgados do Supremo Tribunal Federal que exemplificam o aqui exposto, declarando a inconstitucionalidade de leis estaduais ou municipais que contrariem preceitos da livre concorrência ou livre iniciativa.⁵⁶

3.3 *O âmbito de incidência da imunidade implícita concebida pela State Action Doctrine*

Merece ser observado que a imunidade antitruste de que trata a State Action Doctrine refere-se a uma regra específica,⁵⁷ e não a todo um setor ou a um plexo indiscriminado de condutas dos agentes econômicos atuantes em mercado regulado.

Por essa razão é que se entende ser acertado o entendimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), no tocante aos setores regulados, no sentido de declarar sua competência para apreciar atos de agentes econômicos praticados em descumprimento ou excesso da disposição regulatória, além dos casos em que a prática analisada não encontre previsão regulamentar (lacuna regulatória):

“De fato, mesmo dentro de um regime regulatório adequadamente instituído e aplicado, é possível que empresas, naquelas condutas não reguladas, pratiquem infrações à concorrência. (...) Da mesma forma, quando o arcabouço regulatório dá às empresas uma margem de opção quanto à sua atuação, é possível que uma ou mais dessas opções, permitidas mas não impostas pela regulação, configurem num caso concreto infrações à concorrência. Há também a possibilidade de que uma empresa regulada aja de forma contrária à regulação, violando não apenas esta como também o direito da concorrência. Neste caso, aplicar-se-iam as normas e eventualmente punições previstas em ambos

⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 646, *DJ* de 09.10.2003, p. 2: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Cf. tb “Observância de distância mínima de farmácia ou drogaria existente para a instalação de novo estabelecimento no perímetro. Lei Municipal 10.991/91. Limitação geográfica que induz à concentração capitalista, em detrimento do consumidor, e implica cerceamento do exercício do princípio constitucional da livre concorrência, que é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada.” RE 193.749-1/SP. Rel. Min. Carlos Velloso. *DJ* 04.06.1998.

⁵⁷ A imunidade terá reflexos, ainda, com relação à *conduta do agente* que se subsuma perfeitamente à norma em questão, que será isenta da apreciação à luz da legislação federal de defesa da concorrência.

sistemas normativos. Essa interrelação entre regulação e concorrência pode vir expressa, como ocorre, por exemplo, na Lei 9.472/97, que criou a Anatel, ou não, mas sempre existe, de forma a assegurar que tais mercados operem de acordo com os princípios informadores da Ordem Econômica previstos na Constituição”.⁵⁸

Diante desse quadro, a jurisprudência atual do Cade é no sentido de que existe uma competência residual da agência de concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revela inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. Isto afasta o motivo do arquivamento ostentado pelo titular da SDE/MJ. A atuação dos órgãos de defesa da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas da concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação.⁵⁹

3.4 O requisito da active supervision e a impossibilidade de reconhecimento a priori de imunidade a determinada norma jurídica

Conforme já se teve oportunidade de discorrer acima, o segundo requisito estabelecido pela State Action Doctrine para reconhecimento de imunidade antitruste a determinada regra é que sua aplicação tenha sido objeto de supervisão estatal ativa.

Com isso, se quer dizer que o Estado deve fiscalizar intensamente o desempenho de sua estrutura regulatória, evitando-se, assim, que os agentes pratiquem atos anticompetitivos não autorizados ou que o poder público atribua aos particulares total liberdade de atuação. Exige-se que aqueles que decidem os contornos da política regulatória sejam economicamente independentes dos seus resultados (cf. supra).

⁵⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão 31.03.1999. Cf. ainda BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz. Data de Publicação do Acórdão: 06.10.2006.

⁵⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Representação 07/93. Representante: Cebracan. Representada: Rondonal. Apud: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão: 31.03.1999.

Tendo-se em vista que tal requisito deverá ser verificado no caso concreto,⁶⁰ decorre que não será possível negar a priori ao Cade a possibilidade de apreciação da conduta dos agentes econômicos atuantes em mercado regulado. O Cade deverá empreender detida análise da situação concreta, somente ao final da qual será possível aferir se a supervisão estatal foi suficientemente empreendida a ponto de garantir a imunidade antitruste.

Ressalte-se, por fim, que, não obstante verifique o Cade a ocorrência de imunidade antitruste, restar-lhe-á o poder-dever de advocacia da concorrência. Com efeito, o Conselho poderá submeter aos órgãos públicos responsáveis pela regulação “atos de constatação” no sentido de indicar alterações no ordenamento jurídico que atendam mais adequadamente aos interesses dos consumidores e ao princípio da eficiência (art. 7.º, X, Lei 8.884/94).⁶¹

3.5 *A adoção da State Action Doctrine pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica invocou os preceitos da State Action Doctrine em diversos de seus julgados,⁶² afiançando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro nessas ocasiões.⁶³

⁶⁰ Cf. supra. Não basta a mera existência do poder de supervisão, devendo ser comprovado que o estado efetivamente o exerce.

⁶¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer ProCade 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Representante: Ministério Público Estadual de Sergipe. Representado: Município de Aracaju.

⁶² A ideia de estabelecer requisitos para que seja possível reconhecer imunidade antitruste a determinada conduta econômica chancelada pelo governo não existiu sempre de forma vigorosa no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A jurisprudência do Cade revela ter havido situações em que tão-somente a constatação do envolvimento estatal em determinada conduta seria suficiente para afastar sua apreciação à luz da legislação antitruste em vigor. O Processo Administrativo 129/92, em que o DPDE ex officio oferece representação contra a “Associação Brasileira da Indústria Farmacêutica (Abifarma)”, ilustra tal forma de pensamento – embora caiba ressaltar que aqui se trata do envolvimento de órgão federal e não estadual na conduta dos agentes econômicos. Nesse processo, o Cade procedeu ao arquivamento do Processo Administrativo, em razão do fato de que a adoção de listas de preços e índices-padrão de reajustamento (condutas que, segundo o DPDE, caracterizariam abuso de poder econômico) teriam sido procedidos com intermédio do Ministério da Saúde. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 129/92. Voto do Conselheiro-Relator Arthur Barrionuevo Filho.

⁶³ A título de exemplo, mencione-se: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica; a) Processo Administrativo 08012.006507/1998-81. Voto do

Em alguns deles, é de se destacar que o Cade atribuiu à teoria contornos que diferem substancialmente de sua formatação original empreendida pela Suprema Corte americana.

Analisar-se-á, a seguir, três casos em que a State Action foi adotada pelo Conselho.

3.5.1 Adoção da State Action Doctrine em seus contornos típicos

Constitui importante exemplo de adoção da State Action Doctrine pelo Cade o Processo Administrativo 0800.002605/97-52, em que “Associação Mineira dos Usuários de Transportes de Passageiros e Carga- AMUT P&C” oferece representação em face de “BHTRANS – Empresa de Transportes e Trânsito da Região Metropolitana de Belo Horizonte” e outras 87 empresas de transporte coletivo da Região Metropolitana.

Nesses autos, a AMUT acusa as representadas de formação de cartel no setor, visando à dominação do mercado relevante e ao aumento arbitrário de lucros, que estaria sendo obtido através de aumento de preços em nível superior à inflação.

Em defesa, as representadas defendem ser descabida a alegação de cartel para fixação de tarifa uniforme, uma vez que é o próprio Poder Público, e não as empresas, que fixa os valores. Ademais, sustentam a inaplicabilidade da Lei 8.884/94 às hipóteses de concessão ou permissão de serviço público, uma vez que “o Poder Público, ao concretizá-los, usa seu poder de império, tendo em vista que deve atender a hipóteses alheias à economia de mercado.”

Ao analisar a ocorrência de imunidade antitruste para a regulação tarifária da capital mineira, o Conselheiro-Relator, Marcelo Calliari, analisou a satisfação dos dois requisitos estabelecidos pela State Action Doctrine:

“A State Action Doctrine é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e, de fato, já foi adotada pelo Cade em diversos julgados. (...)”

Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer; b) Parecer ProCade 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95; c) Ato de Concentração 08012.000035/2000-68. Voto do Conselheiro-Relator Márcio Felsky; d) Ato de Concentração 08012.006762/2000-09. Voto do Conselheiro-Relator Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva; e) Processo Administrativo 08000.021660/1996-05. Voto do Conselheiro-Relator Fernando de Oliveira Marques; f) Processo Administrativo 08012.000677/1999-70. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Rigato Vasconcellos.

Cumpra agora verificar se, no caso em tela, a regulamentação do serviço de transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte segue política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispõe de supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações por ela impostas.

Não há dúvida de que o Estado de Minas Gerais e o município de Belo Horizonte, ao regulamentarem o transporte público coletivo, fazem uso de competência constitucional e infraconstitucional clara. (...)

Claro está, então, que, a partir da Constituição Federal, seguiu-se política claramente expressa e definida de regulamentação. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação. (...)

[E]ntendo que, no caso sub judice, o poder público estadual e municipal tomou as providências necessárias para que a regulamentação do transporte coletivo da Região Metropolitana de Belo Horizonte se dê de acordo com o arcabouço legal”.⁶⁴

Diante de tais conclusões, concluiu o Relator que a regulação do transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte discutida era dotada de imunidade antitruste, sob a chancela da State Action Doctrine. Em decorrência disso, as práticas das empresas de ônibus – tanto quanto realizadas em estrita obediência da regulamentação imune – não poderiam ser acusadas de infração à ordem econômica por dominação de mercado ou aumento abusivo de lucros.

3.5.2 *A aplicação da State Action Doctrine para análise de regulação econômica federal*

Não obstante seja a State Action Doctrine ligada em sua essência ao federalismo (cf. supra), tem-se que o Cade já mencionou a aplicabilidade dos princípios dessa doutrina americana para análise da imunidade antitruste de regulamentação econômica expedida por órgãos situados em seu próprio nível de governo (federal).

⁶⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 0800.002605/97-52. Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão 31.03.1999.

Exemplifica tal situação o Ato de Concentração 08012.006688/2001-01 – julgado pelo Conselho em 18 de fevereiro de 2004, tratando da aquisição, pela CTBC Celular S/A, de 56% das ações ordinárias na empresa Net Site S/A.

Nesse processo, a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (Seae) vislumbrava potenciais impactos anticoncorrenciais no tocante à repartição de receitas entre as empresas notificantes, sugerindo a aprovação da operação com a condição de que fosse firmado “compromisso de a CTBC Telecom manter um tratamento isonômico com relação ao fornecimento de infraestrutura de telecomunicações anteriormente definida, em todos os seus aspectos, inclusive no que diz respeito ao compartilhamento de receita, aos concorrentes da Net Site por três anos, sob o monitoramento da autoridade antitruste”.

Entendendo pela impertinência de tal sugestão, entendeu o Conselheiro-Relator, Dr. Thompson Almeida Andrade, ser desnecessário que as empresas prestassem compromisso diante do Cade, tendo-se em vista o fato de a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) já regular devidamente o tema através da Norma 004/95.

Em Voto-Vista, o Conselheiro Cleveland Prates Teixeira manifestou discordância do entendimento do Relator. Argumentando ser a regulamentação expedida pela Anatel insuficiente para a solução do problema do compartilhamento de receitas entre as empresas,⁶⁵ sugere ser necessário que o Cade delimite os termos em que tal compartilhamento se dará, evitando, desse modo, impactos anticoncorrenciais futuros. O Conselheiro sustenta suas alegações com base na State Action Doctrine, alegando serem seus princípios extensíveis a situações envolvendo regulação emanada por órgão regulador situado no nível federal de governo (Anatel).

Note-se que apesar da State Action, em sua formulação original, aplicar-se aos conflitos entre normas federais antitruste e normas estaduais de regulação, seus princípios são plenamente possíveis no presente caso.⁶⁶

⁶⁵ “Partindo das considerações apresentadas pela Anatel, é possível concluir que o tratamento isonômico previsto na Norma 004/95 alcança apenas o uso da infraestrutura de telefonia, não havendo, regulamentação acerca do compartilhamento de receita entre as empresas.” BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de Publicação do Acórdão: 16.04.2004.

⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de Publicação do Acórdão: 16.04.2004.

Com a devida vênia de tal raciocínio, há que se registrar que, tratando-se de regulação emitida por agência reguladora situada no mesmo nível que o órgão de defesa da concorrência (federal), estar-se-á lidando com uma questão de competência administrativa indiferente ao federalismo (razão de ser da State Action Doctrine).

O tratamento de questão como a do presente caso pode lançar mão, aliás, de outra doutrina americana, que também encontra acolhida no cenário jurídica nacional: a Pervasive Power Doctrine.

Dois e apenas dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente (pervasive) para afastar a competência de qualquer órgão.

Em uma primeira hipótese o poder do órgão é extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência. (...)

A segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é profundo o suficiente para fazê-lo. Nesta hipótese, o que ocorre é que o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste;(…) ⁶⁷

3.5.3 O estabelecimento de novos requisitos para a configuração de imunidade de determinada regulação estadual ou municipal

Casos há, ainda, em que, para que o Conselho reconheça imunidade antitruste a determinada regulamentação estadual ou municipal, são erigidos requisitos adicionais aos estabelecidos na formulação tradicional da State Action Doctrine, acima referidos.

Tal ocorre, especialmente, quando o Conselho empreende análise do conteúdo da regulação, para fins de determinação de sua eficiência, razoabilidade e compatibilidade com o princípio da livre concorrência.

Veja-se o exemplo do Processo Administrativo 08012.006207/98-48, em que a Companhia Nacional de Álcalis e outros promovem representação em face da Companhia Estadual de Gás do Rio de Janeiro – CEG e da Riogás S/A, em razão da suposta fixação de preços abusivos.

⁶⁷ FILHO, Calixto Salomão. Op. cit., p. 248.

O Voto do Conselheiro-Relator, Dr. Afonso Arinos de Mello Franco Neto, conquanto se proponha a analisar a regulamentação estadual sob a State Action Doctrine, empreende de fato verdadeiro julgamento acerca da eficiência do sistema de tarifas discutido.

Analisando o atendimento ao primeiro requisito – política regulatória claramente articulada de substituição da livre concorrência pela regulação – pronuncia-se da seguinte forma:

Claro está, então, que a partir da Constituição Federal, seguiu-se a competência para definição e implantação de política de regulamentação. Fica também provida a racionalidade econômica da concessão de exclusividade e imposição de limites regulatórios a um monopólio natural de distribuição de gás natural canalizado. Cabe agora perquirir se houve supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação.⁶⁸

Propondo-se, em seguida, a discutir o preenchimento do requisito de supervisão ativa, o Voto passa em verdade a analisar a eficiência econômica do sistema de tarifas adotado pela CEG e Riogás S/A, concluindo sobre esse particular que:

Conclui-se que o sistema de tarifas máximas diferenciadas por blocos de consumo aplicado pelas concessionárias, na sua concepção e na metodologia usada para seu emprego e administração, atende os requisitos de um sistema regulatório eficiente e promotor do bem-estar social.⁶⁹

Baseando-se nesses argumentos, o Conselheiro entendeu encontrar-se o sistema de tarifas inserido em hipótese de imunidade antitruste.

Tal abordagem é contraditória com a razão de ser da imunidade antitruste. Ora, se tal imunidade consiste essencialmente em atribuir-se à regulação estadual ou municipal o poder de revogar determinados standards jurídicos da legislação de defesa da concorrência (cf. supra), não caberá ao Cade analisar o conteúdo de tal regulação para aferir sua adequação ou eficiência, sob pena de inutilização do conceito.

⁶⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.006207/98-48. Voto do Conselheiro-Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Data de Publicação do Acórdão: 01.03.2001.

⁶⁹ Idem.

4. Conclusão

A State Action Doctrine atua como importante paradigma para solução das controvérsias criadas pelo fato de a distribuição federativa de poder normativo atribuir à União, aos Estados e aos Municípios competência concorrente para ordenação de mercados, ao determinar as hipóteses em que será juridicamente possível ao ente federado emitir regulação que revogue parcial ou totalmente os padrões normativos da legislação federal de defesa da concorrência.

À luz dessa doutrina, será reconhecida imunidade antitruste à determinada norma jurídica quando esta (i) formalmente inserir-se em contexto de uma política regulatória claramente articulada e expressamente apresentada pelo Estado como tal (substituição da livre concorrência pela regulação) e (ii) for objeto de supervisão estatal ativa.

Tais preceitos já foram adotados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em diversos julgados. Em alguns deles, não obstante, observa-se que o Cade empreendeu certa alteração nos contornos originais da doutrina, acrescentando requisitos ou interpretando a State Action Doctrine de forma diversa do originalmente formatado pela Suprema Corte Americana.

Espera-se, com o presente trabalho, otimizar a discussão acerca dos limites jurídicos entre regulação e livre concorrência, especialmente no tocante à intervenção dos entes federados no domínio econômico.

Referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, ordem econômica e agências reguladoras. In: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 15-67.
- BONER, Roger Alan. Antitrust and state action in transition economies. *Antitrust Bulletin*, Spring, 1998, 43, 1.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08012.006688/2001-01. Voto-Vista do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira. Data de publicação do acórdão: 16.04.2004.
- _____. Averiguação Preliminar n. 08000.013661/97-95. Voto do Conselheiro-Relator Luis Fernando Schuartz. Data de publicação do acórdão: 06.10.2006.

_____. Parecer ProCade n. 134/2006. Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95. Representante: Ministério Público Estadual de Sergipe. Representado: Município de Aracaju.

_____. Processo Administrativo n. 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de Publicação do Acórdão: 31/03/1999.

_____. Processo Administrativo n. 08012.006207/98-48. Voto do Conselheiro-Relator Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Data de publicação do acórdão: 01.03.2001.

_____. Processo Administrativo n. 08012.006507/1998-81. Voto do Conselheiro-Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. Data de publicação do acórdão: 20.08.2003.

_____. Processo Administrativo n. 129/92. Voto do Conselheiro-Relator Arthur Barrionuevo Filho.

_____. Representação n. 07/93. Representante: Cebracan. Representada: Rondonal. Apud: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n. 0800.002605/97-52. Voto do Relator Marcelo Calliari. Data de publicação do acórdão: 31.03.1999.

DELACOURT, John T.; ZYWICKY, Todd. J. The FTC and state action: evolving views on the proper role of government. *Antitrust Law Journal*, v. 72, n. 3, 2005, pp. 1076-1079.

ELHAUGE, Einer Richard. The scope of antitrust process. *104 Harvard Law Review*, p. 672, 1990-1991.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação. *Revista do Ibrac*, v. 3, n. 8, 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – The law of the competition and its practice*. Third Edition (Hornbook Series). United States: Thomson/West, 2005.

INMAN, Robert P. Federalism values and the value of federalism. *Working Paper 13735*. NBER Working Paper Series, January 2008.

MOTTA, Ronaldo Seroa; SALGADO, Lúcia Helena; FIÚZA, Gabriel. Desafios da regulação econômica no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: *Boletim de Conjuntura*, n. 74, set. 2006, pp. 99-102. Disponível

em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/boletim_conjuntura/bc_74m.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2008.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: a Progress Report. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/sde/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={C35546D0-65E3-4AE1-B7AD-094F-B715F05D}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>>. Acesso em: 22 set. 2008.

PRITCHETT, C. Herman. *La Constitución americana*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1965.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Albino Peluso de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Supreme Court. California Liquor Dealers Assn. v. Midcal Aluminun, Inc., 445 U. S. 97 (1980). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/445/97/case.html>>. Acesso em: 14 jul. 2008.

_____. City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, 499 U.S. 365 (1991). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/499/365/>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

_____. Constitution of United States of America. Disponível em: <http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html>. Acesso em: 17 jul. 2008.

_____. Community Communications v. City of Boulder, 455 U. S. 40, 102 S. Ct. 835 (1982). Disponível em: <<http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>>. Acesso em> 30 jul. 2008.

_____. Federal Trade Commission v. Ticor Title Insurance co. et al., 504 U. S. 621 (1992). Disponível em: <<http://law.onecle.com/ussc/504/504us621.html>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

_____. Hallie v. Eau Claire, 471 U.S. 34 (1985). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/471/34/>>. Acesso em: 4 ago. 2008.

_____. Parker v. Brown, 317 U.S. 341 (1943). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/317/341/case.html>>. Acesso em: 31 jul. 2008.

_____. Patrick v. Burget, 486 U.S. 94 (1988). Disponível em: <<http://supreme.justia.com/us/486/94/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2008.

REMÉDIOS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: ESTRUTURAIS OU COMPORTAMENTAIS? PRECAUÇÕES, INDICAÇÕES E CONTRAINDICAÇÕES

Joyce Ruiz Rodrigues Alves

Introdução

Os Atos de Concentração entre empresas podem produzir efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico. De um lado, podem, ao diminuir o número de participantes no mercado, facilitar a adoção de condutas anticompetitivas e, conseqüentemente, ocasionar aumento de preços, redução da qualidade, diminuição da variedade e redução das inovações. De outro, podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes mediante a geração de economias de escala, economias de escopo e redução dos custos de transação, entre outros, e resultar no aumento do bem-estar econômico.

Devido a esta ambigüidade dos efeitos dos atos de concentração econômica, entende-se importante que a Administração monitore as operações de aquisição artificial de poder econômico e analise caso-a-caso os efeitos de cada Ato de Concentração. Após a análise dos efeitos do Ato, as autoridades podem alcançar 2 (duas) conclusões distintas, quais sejam, (i) que o ato de concentração não acarreta qualquer efeito negativo sobre o bem-estar do econômico; ou (ii) que o ato de concentração gera efeitos negativos. No primeiro caso, o ato deve ser aprovado. No segundo caso, por sua vez, as autoridades de defesa da concorrência devem examinar (i) se é possível aplicar remédios que mantenham as eficiências e eliminem os efeitos anticompetitivos para que ato seja aprovado ou (ii) se ele deve ser reprovado.

Neste cenário, as autoridades de defesa da concorrência enfrentam um novo desafio: como escolher e desenhar o remédio correto para aquele Ato de Concentração? A este respeito, dispõe o Guia SEAE/SDE de Análise de Atos de Concentração Horizontais que somente as autoridades devem adotar preferencialmente remédios estruturais, in verbis:

“Nos casos em que seja sugerida a aprovação do ato com restrições (alternativa ‘b’), as recomendações da SEAE e da SDE buscarão ‘preferencialmente’, criando condições para a consolidação de

um ambiente competitivo, adotar medidas estruturais nos mercados envolvidos”.

De fato, em muitos casos, a aplicação de remédios estruturais é mais questionado: será que esta preferência pode e deve ser generalizada a Atos de Concentração em geral? Quais são as exceções? É ela aplicável a Atos de Concentração que gerem preocupações verticais?

Neste cenário, o objetivo desse trabalho é estudar as razões para esta preferência por remédios estruturas, bem como identificar as hipóteses em que os remédios estruturais devem ser afastados em favor dos comportamentais.

Para isso, a discussão deste trabalho está estruturada em 5 (cinco) seções, além desta introdução. A primeira seção apresenta considerações iniciais sobre remédios em atos de concentração. A segunda seção considera as razões para a preferência das autoridades de defesa da concorrência pelos remédios estruturais. A terceira seção examina a jurisprudência do Cade nos últimos 3 (três) anos a fim de verificar se é possível identificar hipóteses em que remédios comportamentais devem ser adotados em detrimento dos estruturais. Por sua vez, a quarta seção analisa as hipóteses levantadas na seção anterior. Por fim, a última seção consiste em uma breve conclusão.

1. Considerações iniciais

Neste capítulo, far-se-á considerações iniciais sobre o papel dos remédios em Atos de Concentração bem como, apresentar-se-á conceitos básicos que subsidiarão a discussão deste trabalho.

1.1 O papel dos remédios em atos de concentração

Nos termos do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência, somente podem ser aprovados os Atos de Concentração que não tenham um efeito líquido negativo no bem-estar social do consumidor. Destarte, o papel dos remédios é manter as eficiências decorrentes do Ato de Concentração e impedir a irradiação de efeitos anticompetitivos.

Em outras palavras, conforme ensina Barnett (2007) um remédio deve buscar reestabelecer a oportunidade para concorrência, deve proporcionar uma oportunidade para o mercado funcionar.

Por conseguinte, o ponto inicial da discussão da escolha e do desenho dos remédios aplicáveis aos Atos de Concentração se refere ao correto diagnóstico da preocupação concorrencial a ser endereçada pelo remédio.

Conforme indicado por Baker et al. (2002), as preocupações concorren- ciais que podem ser irradiadas por atos de concentração podem ser classifica- das em 3 (três) grupos principais, a saber, (i) efeitos unilaterais; (ii) efeitos coordenados e (iii) efeitos exclusionários, os quais se passa a considerar.

A preocupação em relação a efeitos unilaterais é ocasionada por Ato de Concentração que confira poder de monopólio as partes envolvidas no Ato de Concentração. Assim, a parte resultante do Ato poderá unilateralmente, ou seja, independentemente do comportamento dos demais rivais, aumentar os preços (pricemaker) e diminuir quantidades.

Por sua vez, as preocupações relativas aos efeitos coordenados são ocasionadas pela redução do número de concorrentes, à medida que ocorra a formação de uma estrutura oligopolística que permita que os agentes econô- micos atuem de forma colusiva, ainda que tacitamente, e dividam mercados e/ou combinem preços.

Por fim, as preocupações relativas aos efeitos verticais exclusionários podem ser resumidas no que se refere ao (i) aumento das barreiras à entrada; e (ii) bloqueio do mercado (foreclosure). O aumento artificial de barreiras à entrada ocorre quando, em decorrência de uma integração vertical, um ofertante possa limitar a capacidade de seus compradores/ vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não os seus. Se esta possibilidade se concretizasse, o novo entrante seria obrigado a ser verticalmente integrado, produzindo e reven- dendo seus próprios produtos e serviços, fato que poderia gerar um aumento significativo de seus custos. Por sua vez, o bloqueio de mercado (foreclosure) se refere também à obtenção da capacidade de limitar a capacidade de seus compradores/vendedores de adquirir outros produtos ou serviços que não fos- sem os seus, no entanto, aplica-se, às empresas já instaladas. Note-se, portanto, que essa preocupação é tipicamente associada a Atos de Concentração entre agentes na mesma cadeia de produção – Atos de Concentração verticais.

Frise-se, por sua relevância, que referidas preocupações quanto à poten- cialidade de efeitos concorrências só surgem (i) quando o Ato de Concentração confira poder de mercado para as partes envolvidas e (ii) as condições no mercado relevante sejam propícias ao exercício abusivo desse poder. Para isso, é necessário que sejam observadas três condições, quais sejam, (i) que as importações não sejam um antídoto efetivo; (ii) que a entrada de novas empresas no mercado não seja fácil (tempestiva, provável e suficiente), e (iii) que inexistam competidores efetivos, ou seja, rivalidade.¹

¹ Cf Voto do Ex-conselheiro Ruy Afonso de Santacruz Lima no Ato de Concentração 08012.006065/98-55.

Posto isto, dado que a aplicação de um remédio antitruste em um Ato de Concentração deve almejar impedir a irradiação de efeitos anticompetitivos, o remédio deve consistir na adoção de medidas que impeçam que, ao menos, uma dessas 3 (três) condições seja observada.

Ocorre que, por óbvio, ao desenharem um remédio, não podem as autoridades de defesa da concorrência determinar medidas que ultrapassem a sua competência. Assim sendo, na maioria das vezes, elas não detêm competência para adotar medidas para aumentar as importações, uma vez que isso afetaria a política de comércio exterior do país, a balança comercial, ou seja, teria reflexos econômicos que não são de competência da autoridade. Assim sendo, mesmo que as autoridades de defesa da concorrência concluam que o aumento das importações poderia remediar o efeito anticompetitivo, elas não detêm competência para reduzir tarifas de importação, podendo tão somente fazer recomendações para os órgãos competentes.²

Restam, portanto, 2 (duas) possibilidades no que se refere aos objetivos de remédios em Atos de Concentração para impedir efeitos anticompetitivos, quais sejam, (i) facilitar a entrada de novos concorrentes e (ii) manter ou aumentar a rivalidade efetiva entre os concorrentes.

Neste ponto, cumpre salientar que desenhar um remédio para alcançar qualquer um desses objetivos constitui um desafio e não há uma solução única aplicável para todos os casos, conforme bem colocado por Majoras (2002). Assim sendo, as autoridades devem diagnosticar o problema a ser sanado e examinar, com base nas características do mercado relevante, qual é o remédio mais adequado para aquele Ato de Concentração.

1.2 Classificações dos remédios

Os remédios aplicáveis em pelas autoridades de defesa da concorrência podem ser classificados em 2 (dois) grupos principais, a saber, (i) estruturais ou (ii) comportamentais, os quais se passa a considerar.

1.2.1 Remédios estruturais

De acordo com Motta (2004), os remédios estruturais podem ser definidos como medidas que modificam a alocação de direitos de propriedade.

² De fato, o Cade já fez recomendações para a redução da alíquota da TEC em diversos Atos de Concentração.

De modo geral, pode-se afirmar que os remédios estruturais são decisões que determinam o desinvestimento, o qual pode ser definido como a alienação de parte significativa ou da totalidade dos ativos de uma empresa (entendida como atividade comercial) em favor de outro agente econômico.

Da própria definição de desinvestimento, é possível definir 2 (dois) cenários de remédios, quais sejam, (i) desinvestimento total e (ii) desinvestimento parcial. No primeiro caso, determina-se a alienação do negócio todo. Trata-se, por exemplo, da determinação de alienação do estabelecimento comercial todo. Por sua vez, no segundo caso, determina-se a alienação de um conjunto de ativos. Pode-se citar como exemplos a alienação de marcas e a quebra de patentes.

Ao desenharem um desinvestimento, as autoridades de defesa da concorrência devem necessariamente enfrentar 4 (quatro) desafios: (i) a identificação correta da cesta de ativos, (ii) a determinação do tempo apropriada para o cumprimento da decisão, (iii) a determinação da capacidade do comprador dos ativos de concorrer efetivamente, e (iv) a possibilidade do remédio favorecer colusão entre os agentes econômicos, os quais se passa a analisar.

O primeiro desafio a ser enfrentado pelas autoridades é a identificação correta da cesta de ativos que será objeto do desinvestimento. Conforme alertado por Majoras (2002), as autoridades de defesa da concorrência devem se assegurar que o desinvestimento compreenda todos os ativos tangíveis e intangíveis necessários para viabilizar que o seu comprador concorra no mercado relevante.

Ocorre que a identificação da cesta de ativos é dificultada pela existência de assimetria de informação entre a autoridade de defesa da concorrência, os alienantes dos ativos (leia-se as empresas envolvidas no Ato de Concentração) e comprador. Muitas vezes, as autoridades de defesa da concorrência não detêm expertise sobre o funcionamento do mercado e quais são, de fato, os elementos mínimos que viabilizam a entrada de uma nova empresa. O mesmo pode se dar com o comprador, especialmente quando ele é uma empresa entrante no mercado relevante e, portanto, não detém conhecimento sobre o conjunto mínimo de ativos necessário para viabilizar a sua entrada. Por fim, é razoável supor que as partes envolvidas no Ato de Concentração preferiram que o desinvestimento incluía somente os seus ativos “mais fracos”. Em decorrência disso, o comprador pode acabar com um conjunto de ativos que não viabilize a sua entrada e, conseqüentemente, a aplicação do remédio estrutural não será bem-sucedida.

Assim sendo, em mercados em que haja assimetria informacional, a determinação do um desinvestimento total poderia ser mais recomendável, uma vez que a alienação da totalidade dos ativos pertencentes ao negócio de uma das partes pode dar maior segurança ao comprador que os ativos serão viáveis. Além disso, essa política também evita que as partes envolvidas no Ato de Concentração – as alienantes – selecionem os ativos menos atraentes para o desinvestimento. No entanto, a desvantagem potencial de se requerer a alienação de ativos de um negócio é a possível eliminação de eficiências que teriam sido geradas pela integração dos ativos dos negócios das partes envolvidas no Ato de Concentração.

Outrossim, em alguns casos, devido à existência de economias de escopo ou efeitos de rede, para que se tenha um concorrente efetivo nos mercados relevantes afetados pode ser necessária a alienação de ativos que não acarretaram preocupações concorrenciais.

Verifica-se, portanto, que para o desenho do desinvestimento as autoridades de defesa da concorrência devem analisar com cuidado (i) quais são as integrações entre os ativos que geram eficiências bem como (ii) a cesta de ativos mínimos necessários para viabilizar a entrada nos mercados afetados pelo Ato de Concentração para que possam identificar a cesta de ativos objeto do desinvestimento.

A segunda questão a ser enfrentada é a determinação do tempo de execução do desinvestimento. De um lado, não se pode dar um período de tempo muito abreviado, já que isso poderia tornar a decisão inexecutável ou prejudicar muito os alienantes que se veriam obrigados a alienar ativos por um preço mais baixo. De outro, tampouco pode ser esse prazo longo uma vez que os alienantes têm incentivos para que os ativos alienados não configurem um negócio viável. Assim, os alienantes podem tentar diminuir o valor comercial e competitivo dos ativos objeto do desinvestimento mediante a transferência de corpo técnico, má manutenção dos ativos ou deterioração da marca. Decorre disso a necessidade que as autoridades de defesa se assegurem de que as empresas alienantes não se envolvam em atividades que reduzam o valor dos ativos envolvidos ou prejudiquem as vendas relacionadas com aqueles ativos (cf. FTC, 1999).

Para incentivar os alienantes a realizarem o desinvestimento determinado em um curto período de tempo, conforme ensina Baker et al. (2002), as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos têm utilizado determinações denominadas de “jóias da coroa” (crown jewels). Trata-se da determinação de que se as partes não venderem os ativos determinados

dentro do prazo, elas terão que vender os ativos mais valiosos. Isso ajuda a evitar comportamentos oportunistas que reduzam o valor dos ativos a serem alienados ao assegurar que o desinvestimento seja realizado dentro do prazo. Por sua vez, ele também viabiliza comportamentos oportunistas por parte dos compradores que podem atrasar propositalmente a sua compra.

O terceiro desafio é determinar a capacidade do comprador dos ativos objeto do desinvestimento. As autoridades de defesa da concorrência prefeririam um comprador já detenha know-how e que tenha capacidade de rivalizar a empresa resultante do Ato de Concentração. Em contraste, conforme diagnosticado pelo FTC (1999), as empresas envolvidas no ato de concentração – que realizarão o desinvestimento – têm incentivos para selecionar compradores que serão competidores fracos. Uma possível solução é que as autoridades de defesa da concorrência determinem de características que devem ser apresentadas pelo comprador a fim de se assegurarem que ele será um concorrente efetivo. Além disso, conforme apontado por Baker et al (2002), há também a possibilidade de determinação de desinvestimentos alternativos, (i) caso o comprador seja um concorrente a cesta de ativos pode ser menor, mais limitada, uma vez que os que se integrarão ao negócio do adquirente e, (ii) caso o comprador seja uma empresa entrante, sem expertise, a cesta de ativos será mais ampla a fim de garantir a efetividade de sua entrada.

A última questão se refere à possibilidade dos remédios estruturais aumentarem a possibilidade de colusão entre agentes econômicos quando (i) o desinvestimento aumentar a simetria entre o comprador e alienante e (ii) aumentar os contatos multi-mercado entre eles. Assim sendo, se, por um lado, as autoridades de defesa da concorrência devem se preocupar com a criação de um conjunto de ativos viável a fim de evitar que as partes envolvidas no Ato de Concentração exerçam poder de mercado unilateralmente. Por outro, elas também devem evitar que o remédio aplicado ocasione um ambiente propício a colusão.

1.2.2 Remédios comportamentais

Segundo Motta (2004), remédios comportamentais determinam restrições ao exercício de direitos de propriedade pelas empresas envolvidas no Ato de Concentração. Eles consistem na assunção de compromissos pelas empresas envolvidas no Ato de Concentração de não abusarem de certos direitos ou na obrigação de executarem certos arranjos contratuais específicos.

Desse modo, a imposição de remédios comportamentais implicam na regulação do comportamento do agente econômico pela autoridade de defesa da concorrência. Note-se que esta regulação pode configurar uma medida compensatória que objetive (i) tão somente assegurar a realização das eficiências que as partes afirmaram que seriam geradas pela Operação e no seu compartilhamento com os consumidores ou (ii) pode também envolver a imposição de restrições a condutas futuras da empresa resultante da Operação a fim de viabilizar a concorrência nos mercados relevantes afetados.

Segundo Motta (2004), os remédios comportamentais podem ser classificados em 3 (três) grupos, quais sejam, (i) comportamentais puros; (ii) “quasi- estruturais”; e (iii) “firewalls” verticais.

Os remédios comportamentais puros se referem à assunção de compromissos pelas partes no que se refere ao seu comportamento. Por exemplo, pode-se citar os casos em que as empresas celebram um termo de compromisso de desempenho afirmando que não discriminarão rivais. Já os remédios “quasi-estruturais” se referem a remédios de natureza contratual. O exemplo típico desse tipo de remédio é o licenciamento obrigatório de uma tecnologia para uma empresa rival.

Outro exemplo utilizado frequentemente é nas hipóteses em que os ativos não são detidos pelas partes envolvidas no Ato de Concentração, mas são assegurados por contratos de exclusividade de longo prazo, o remédio pode envolver a renúncia ao direito de exclusividade ou a redução do prazo do contrato.

Por fim, tem-se os firewalls verticais. Trata-se da adoção de mecanismos de bloqueio de informação concorrencialmente sensível entre agentes econômicos. Esse bloqueio de informação é utilizado em casos em que o Ato de Concentração gera uma empresa verticalmente integrada, e a empresa upstream fornece insumo não somente para a empresa integrada para baixo, mas também para suas rivais.

O desenho de remédios comportamentais também exige a atenção das autoridades de defesa da concorrência para algumas questões importantes concernentes à (i) limitações de expertise das autoridades de defesa da concorrência; (ii) clareza e objetividade dos termos e condições impostos pelo remédio comportamental; (iii) impacto do remédio nos incentivos; (iv) modo de monitoramento do cumprimento da decisão e (v) duração do remédio aplicado.

Primeiramente, é importante considerar que quando a autoridade de defesa da concorrência opta por um remédio comportamental, ela tem maior

liberdade para desenhar o remédio a ser aplicado. Isto porque, de certo modo, a imposição de remédio comportamental implica a regulação do comportamento do agente econômico pela autoridade de defesa da concorrência. De um lado, isso é benéfico porque permitiria que a autoridade de defesa da concorrência desenhe um remédio direcionado ao efeito anticompetitivo – potencial ou real- gerado pelo Ato de Concentração. De outro, é mais arriscado devido à existência de informação imperfeita. As autoridades de defesa da concorrência dispõem de recursos limitados e que não são executivos especializados. Portanto, remédios que transfiram a competência para que as autoridades de defesa da concorrência façam decisões empresariais ou que requeiram extensa monitoração ou qualquer outra ação governamental continuada devem ser evitadas sempre que possível (cf. Barnett, 2007).

A segunda questão a ser analisada é se os termos da restrição são claros e objetivos de modo que a percepção da autoridade antitruste quanto ao remédio imposto seja a mesma do administrado. Em se tratando de um remédio que impõe restrições de comportamento ao agente econômico, um problema que pode surgir é incerteza quanto a real profundidade e extensão das restrições impostas ao seu comportamento. Se o agente econômico entender que o remédio restringiu mais a sua conduta do que as autoridades de defesa da concorrência pretendiam, o remédio pode evitar que o agente responda eficazmente as mudanças de mercado e assim pode restringir comportamentos potencialmente pró-competitivos. Na situação oposta, qual seja, o agente entender que a decisão restringiu menos do que as autoridades de defesa da concorrência pretendiam, corre-se o risco da decisão se tornar ineficaz e do ato de concentração impactar negativamente o bem-estar do consumidor. Assim sendo, as autoridades de defesa da concorrência devem se assegurar que os termos da sua decisão sejam claros e objetivos (cf. Barnett, 2007).

A terceira questão que deve ser enfrentada pelas autoridades de defesa da concorrência quando aplicam um remédio comportamental é seu o efeito daquele remédio nos incentivos. O agente econômico é racional e analisa os incentivos na tomada de decisões e reage em conformidade. Por conseguinte, torna-se forçoso reconhecer que a imposição de remédios comportamentais tais como licenciamento obrigatório de patentes e execução de contratos de fornecimento altera os incentivos no que tange o comportamento dos concorrentes. De fato, tais remédios podem reduzir os incentivos para aqueles concorrentes desenvolverem seus próprios ativos bem como diminuir os incentivos para as empresas envolvidas no Ato de Concentração continuarem a investir no desenvolvimento dos seus ativos. Assim sendo, torna-se necessário

que as autoridades considerem os riscos associados a tais remédios partindo do pressuposto de que os mercados são dinâmicos, já que uma determinada ação baseada em um modelo estático pode acarretar efeitos não previstos e indesejáveis no mundo atual dinâmico.

O quarto desafio enfrentado pelas autoridades é como realizar monitoramento do cumprimento das obrigações impostas pelo remédio. Caso não haja um monitoramento adequado e eficiente, torna-se provável que os agentes econômicos adotem comportamentos oportunistas e não cumpram as obrigações assumidas, o que tornaria o remédio aplicado ineficaz. Assim sendo, as autoridades devem determinar remédios passíveis de monitoramento, de modo que remédios que consistam somente na declaração de que “não irão discriminar rivais” não são recomendáveis. A prática recomenda que sejam aplicados remédios que possam ser demonstrados mediante a apresentação de relatórios e contratos, por exemplo. Além disso, cumpre salientar que em setores regulados, por definição, há um monitoramento maior da atividade dos agentes econômicos, o que aumenta o incentivo para que os agentes se comportem em conformidade com as restrições estabelecidas pelas autoridades de defesa da concorrência.

Por fim, a quinta questão a ser enfrentada pelas autoridades é determinar a duração adequada do remédio comportamental aplicado. De um lado, se a duração do remédio for muito longa, a decisão pode se tornar obsoleta, inexequível ou até mesmo anticompetitiva, dada a natureza dinâmica dos mercados. De outro, se ele for muito curta, os efeitos anticompetitivos que se buscava remediar podem ocorrer. O prazo de duração deve considerar a evolução do mercado, o ciclo de produção, o estágio e a velocidade da evolução tecnológica, não obstante isso, a existência de períodos de duração padronizados é aconselhável à medida que reduz o espaço para discussão e negociação da duração do remédio pelo administrado. No passado, as autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos requeriam que suas restrições permanecessem em efeito por 10 (dez) anos, atualmente o prazo mais comum é o de 5 (cinco) anos e, em setores caracterizados por rápida evolução tecnológica têm sido aceitos prazos de 3 (três) anos.

2. Analisando a regra geral: as razões da preferência por remédios estruturais

Neste capítulo, considerar-se-á as razões que embasam a preferência das autoridades de defesa da concorrência por remédios estruturais em Atos de Concentração.

2.1 As razões da preferência por remédios comportamentais

Conforme mencionado na Introdução deste trabalho, as autoridades de defesa da concorrência brasileiras preferem adotar remédios estruturais a remédios comportamentais. Esta preferência é justificada devido a desvantagens dos remédios comportamentais em comparação com os remédios estruturais no que se refere a (i) incerteza quanto à eficácia e (ii) custos, conforme se passa a analisar.

2.1.1 Incerteza quanto a eficácia

Os remédios estruturais apresentam um bom índice de eficácia, e são de fácil avaliação. Afinal, basta verificar se o comprador dos ativos alienados se tornou um concorrente efetivo no mercado relevante. De fato, no estudo realizado pela Federal Trade Commission (FTC) sobre a eficácia das decisões que determinaram desinvestimentos totais ou parciais, verificou-se que em 75% (setenta por cinco por cento) dos casos analisados, as decisões de desinvestimento foram eficientes. Por sua vez, verificar a eficácia de medidas comportamentais é muito mais difícil.

Além disso, ainda no que se refere à eficácia dos remédios, a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas por parte das empresas envolvidas no Ato de Concentração que impeça o sucesso do remédio é bem menor quando se adota um remédio estrutural. No caso de um remédio estrutural, antes do desinvestimento, as empresas envolvidas no Ato de Concentração podem tentar alienar ativos mais fracos ou podem tentar reduzir o seu valor, no entanto, uma vez realizado o desinvestimento, não há essa preocupação. Por sua vez, quando se adota um remédio comportamental, a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas perdura todo o período de duração do remédio.

Por fim, vale lembrar que, conforme discutido no item 1.2.1 deste trabalho, os remédios comportamentais afetam os incentivos, o que resulta e, maiores riscos associados aos impactos de tais remédios no comportamento dos agentes econômicos.

2.1.2 Custos adicionais associados aos remédios comportamentais

Os remédios comportamentais apresentam custos mais elevados para a Administração Pública. Isso advém do fato dos remédios estruturais serem de execução imediata, enquanto que os remédios comportamentais são

de execução continuada em determinado lapso de tempo. Decorre disso, a necessidade de monitoração pela autoridade de defesa da concorrência da cooperação das partes envolvidas no Ato de Concentração por um período de tempo longo.

Além disso, existem os custos de revisão, pelas autoridades de defesa da concorrência, das condições impostas a empresa periodicamente para que a decisão não se torne obsoleta, inexecutável ou até mesmo anticompetitiva, dada a natureza dinâmica dos mercados.

Em síntese, pode-se afirmar que é aconselhável a adoção de medidas estruturais ao invés de medidas comportamentais uma vez que notadamente estas (i) são de difícil implementação e monitoração; e (ii) acarretam custos elevados a Administração.

Neste ponto, cumpre salientar que não se trata de um entendimento somente do SBDC, mas que ele é acompanhado por organismos internacionais e por outras jurisdições. Tanto é assim que não foi outra a conclusão da OCDE (2003) em estudo elaborado sobre remédios em atos de concentração, para o qual contribuíram autoridades de defesa da concorrência de mais de 18 (dezoito) jurisdições conforme se depreende do fragmento transcrito abaixo:

“Dado que atos de concentração acarretam alterações estruturais e permanentes no mercado, um remédio estrutural frequentemente será a solução mais apropriada quando o ato de concentração originar preocupações concorrenciais. Além de serem mais eficazes, remédios estruturais também são tipicamente mais fáceis de administrar porque eles não requerem monitoração continuada pelas autoridades”³ (tradução livre).

Cabe ainda frisar que este entendimento também é compartilhado pelas autoridades de defesa da concorrência do dos Estados Unidos e da União Europeia, conforme se depreende dos fragmentos transcritos abaixo:

“Os problemas das restrições comportamentais não precisam ser repetidos em detalhe aqui. É suficiente dizer que as agências e tribunais

³ “Given that mergers bring about structural, permanent changes in the market, a structural remedy frequently will be the most appropriate solution where the merger gives rise to competition concerns. In addition to being more effective, structural remedies also typically are easier to administer because they do not require ongoing monitoring by authorities.”

não dispõe dos recursos e da expertise para comandar negócios de um modo eficiente”.⁴

“(…) Segundo o Tribunal, os compromissos de caráter estrutural, tal como o compromisso de alienar uma filial, são, em regra geral, preferíveis atendendo ao objetivo prosseguido pelo regulamento, na medida em que um compromisso desse tipo impede a criação ou o reforço de posição dominante previamente identificada pela Comissão e não requer medidas de acompanhamento a médio e longo prazos (…)” (tradução livre).

Assim sendo, torna-se forçoso admitir que há um consenso que as restrições estruturais são preferidas pelas autoridades. No entanto, cabe questionar: será que a análise da jurisprudência do Cade nos casos em que foram aplicados remédios levará a este diagnóstico? Ou será que existem cenários em que o Cade tem adotado remédios comportamentais?

3. Análise da jurisprudência do Cade

Conforme considerado, existe uma preferência generalizada pela adoção de remédios estruturais em detrimento dos comportamentais, a qual se encontra reforçada na doutrina como se verifica em Baker et al (2002), Motta (2008), e no posicionamento das autoridades de defesa da concorrência estrangeiras.

Esta preferência é refletida pelo Guia de análise de Atos de Concentração SEAE/SDE que no que tange ao desenho de remédios se restringe a dizer que as autoridades devem preferir remédios estruturais.

Mediante uma análise das decisões do Cade, verificar-se-á se é possível generalizar essa preferência ou se é possível identificar hipóteses em que a autoridade de defesa da concorrência prefere adotar remédios comportamentais.

Esta análise foi feita com base em um levantamento da jurisprudência do Cade de 3 (três) anos, compreendido entre 2005 e 2007.⁵ Para isso, a base

⁴ “The extensively discussed problems with behavioral remedies need not be repeated in detail here. Suffice it to say that agencies and courts lack the resources and expertise to run businesses in an efficient manner.” (BARNETT, 2007, p.5)

⁵ Entende-se que esse período é suficiente para a análise almejada e ele compreende a última formação do Conselho do Cade.

de dados utilizada foi descrição de casos julgados apresentada nos Relatórios Anuais do Cade,⁶ que se encontram disponibilizados em sua página eletrônica bem como os votos proferidos pelos Conselheiros.

Conforme demonstra a Tabela 1, o Cade impôs restrições em 24 (vinte e quatro) Atos de Concentração distintos, sendo que em 6 (seis) deles foram impostas restrições estruturais e em 18 (dezoito) casos foram aplicados remédios comportamentais. Assim sendo, verifica-se que a despeito da preferência das autoridades de defesa da concorrência por remédios estruturais, a maioria dos remédios aplicados são comportamentais.

Da análise das preocupações anticompetitivas, verifica-se que os remédios estruturais foram aplicados aos Atos de Concentração que ocasionaram preocupação relativas a efeitos unilaterais e coordenados de poder de mercado. Por sua vez, aos Atos que ocasionaram preocupações relativas a efeitos exclusionários foram aplicados remédios comportamentais. Disso poder-se-ia levantar o cenário que em mercados que se verificam impactos verticais, os remédios comportamentais são mais adequados do que os estruturais.

Além disso, cumpre destacar que em dois Atos de Concentração,⁷ justificou-se a adoção de remédios comportamentais a fim de manter as eficiências alegadas pelas partes, uma vez que a aplicação de um remédio estrutural os eliminaria. Por fim, cumpre destacar que foi justificada adoção de remédios comportamentais em 3 (três) casos devido à rápida evolução tecnológica do mercado.

Em síntese, mediante a análise da jurisprudência do Cade, é possível levantar 3 (três) hipóteses em remédios comportamentais são indicados, quais sejam, (i) Atos de Concentração em que existem relações verticais entre os agentes; (ii) Atos de Concentração em que a aplicação de remédios estruturais eliminaria as eficiências alegadas pelas partes e (iii) setores de rápida evolução tecnológica.

⁶ Os relatórios do Cade estão disponíveis em sua página eletrônica no endereço <<http://www.cade.gov.br/publicacoes/relaanual.asp>>

⁷ 08012.001015/2004-08 e 08012+.009843/2005-67.

Tabela 1 – Remédios aplicados pelo Cade de 2005 a 2007

Ato de Concentração n.	Preocupação concorrencial	Restrição Imposta	Justificativa
		2005	
08012.007013/2000-91	Horizontal: facilitação da coordenação Vertical: bloqueio de entrada	(i) Informar aos SBDC qualquer no objeto social da EstruturaNet ou mesmo em seu modelo de negócio, (ii) divulgar no portal a lista de sócios do mesmo e submeter à análise do SBDC qualquer alteração.	Remédio Comportamental
08012.002556/2002-83	Horizontal: coordenação de políticas de preço	Modificação da cláusula de exclusividade	Remédio Comportamental
08012.005832/2000-01	Vertical: acesso a informações estratégicas	Que a empresa Quadrem e seus acionistas exijam que a empresa independente responsável pela auditoria do portal emita pareceres públicos que atestem a segurança do mesmo.	Remédio Comportamental
08012.009500/2003-31	Vertical: bloqueio de entrada	Supressão da cláusula de exclusividade e à limitação	Remédio Comportamental
08012.003427/2003-93 08012.007073/2003-56 08012.000640/2000-09 08012.001872/2000-76 08012.002838/2001-08 08012.002962/2001-65 08012.006472/2001-38	Horizontal: concentração que permite exercício unilateral de poder de mercado. Vertical: bloqueio de entrada.	(i) alteração do contrato referente à mina Casa de Pedra, para que sejam dele excluídas, por anticoncorrenciais, preferência incidentes sobre a lúdida mina Casa de Pedra, tanto para o mercado doméstico como para o mercado internacional; (ii) unificação da participação direta ou indireta da MRS Logística S/A, vinculada ao acordo de acionistas da MÊS que organiza seu controle em uma só pessoa jurídica; (iii) CVRD deve se abster de vincular ao acordo de acionista, que organiza o controle da MRS em vigor, ações ordinárias decorrentes da conversão de ações preferenciais classe B (iii.1) de modo que a CVRD passe a ser titular de mais de 50% das ações ordinárias a ele vinculadas, ou (ii) em pessoa jurídica outra não a que vier a ser titular da participação atualmente vinculada a tal acordo, nos termos do item (ii) acima. Ou (iv) as Requerentes podem optar pela desconstituição integral do Ato de Concentração 08012.002328/2001-08 (Ferteco), alienando todos os ativos adquiridos na operação, bem como aqueles ativos adquiridos posteriormente à compra, mas necessários ao pleno funcionamento da Ferteco.	Remédio Estrutural

Tabela 1 – Remédios aplicados pelo Cade de 2005 a 2007 (continuação)

Ato de Concentração n.	Preocupação concorrencial	Restrição Imposta	Justificativa
08012.005116/2006-16 08012.005117/2000-61 08012.005118/2000-13	Horizontal: concentração que permite exercício unilateral de poder de mercado.	Determinação para os mercados de Santos e São Vicente: (i) alienação para um único comprador com condições de concorrência, de 25% dos painéis em cada um dos mercados citados, sendo que este desinvestimento deve ter os bens individualizados determinados	Remédio Estrutural
2006			
08012.003997/2003-83	Vertical: aumento da barreira a entrada pode acarretar bloqueio de entrada.	(i) retirar da cláusula 2.4 do Acordo Comercial a proibição de que a FMT e UNISOJA explorem comercialmente, sob qualquer forma, variedades de soja tolerantes ao glifosato que não tenham sido obtidos através do acordo técnico; (ii) retirar a primeira parte da cláusula 1.4 do Acordo Técnico, m que veda a FMT, durante a vigência do acordo, direta ou indiretamente, exercer pesquisas ou desenvolver linhagens e cultivares de soja que expressem tolerância ao glifosato, a partir da tecnologia junto a terceiros; (iii) retirar da cláusula 3 do Acordo Comercial o inciso III, que permite a Monsanto impedir ou rescindir o licenciamento a pessoas que produziram ou comercializarem sementes de soja com tolerância ao glifosato que não contenha tecnologia Monsanto.	Remédio Comportamental
08012.003711/2000-17	Vertical: fechamento de mercado	alteração das cláusulas 2.4, 3 e 4.2 do “Contrato de cooperação científica para desenvolvimento de cultivares de soja tolerantes a glifosato.	Remédio Comportamental
08012.001015/2004-08	Vertical: bloqueio de mercado. a Operação gera incentivos para discriminação de potenciais rivais.	a, que sejam dada publicidade, por meio de autos públicos do Cade, ao Anexo 6 do Acordo Operativo do Consórcio; b. Que sejam públicos, por meio de autos do Cade todos os preços, prazos contratuais e volumes contratados, por cliente do Consórcio, d, que apresentem relatórios auditados, trimestrais a CAD-Cade, referentes as operações definidas no Anexo 6 do Acordo Operativo, para que seja dada publicidade nos autos do Cade, que se abstenham de introduzir novas cláusulas em qualquer acordo entre as mesmas; f. que seja dada publicidade às demonstrações contábeis da GNL Gemini.	Remédios Comportamentais A aplicação de remédio estrutural poderia eliminar as eficiências geradas pela Operação

Tabela 1 – Remédios aplicados pelo Cade de 2005 a 2007 (continuação)

Ato de Concentração n.	Preocupação concorrencial	Restrição Imposta	Justificativa
53500.002423/2003	Vertical: bloqueio de entrada	<p>Determinações: (i) a News Corp e suas afiliadas não poderão agir de forma discriminatória favorecendo empresas a ela afiliadas em detrimentos das não afiliadas, na seleção, preço, termos ou condições de aquisição de conteúdo; (ii) a News Corp não oferecerá qualquer programação, existente ou futura, de forma exclusiva a operadoras de televisão por assinatura, assim como continuará oferecendo conteúdo a todas as operadoras de forma não exclusiva e em bases discriminatórias; (iii) a News Corp deverá apresentar em 30 dias corridos os contratos de suas afiliadas que atuam como programadores de conteúdo no Brasil com as operadoras de TV por assinatura. (iv) A News Corp deverá informar ao Cade, pelo prazo de 5 anos, sobre qualquer novo canal de conteúdo internacional de empresa afiliada que for operar no mercado brasileiro, apresentando os contratos firmados. (v) A News Corp, ou qualquer empresa afiliada, quer seja ou não especializada em esportes, não poderá pelo período de 10 anos, deter contratos de transmissão com exclusividade no território nacional de nenhum dos cinco principais eventos anuais de futebol envolvendo times brasileiros.</p>	Remédio Comportamental
53500.029160/2004	Vertical: bloqueio de entrada	<p>Determinações: (i) a Sky Brasil Serviços Ltda. deverá praticar preço único para cada pacote em todo o território nacional, permitida a realização de promoções locais de preço por tempo determinado de, no máximo, 90 dias; (ii) a Sky Brasil Serviços Ltda. deverá ofertar as programadoras de canais pagos de conteúdo brasileiro hoje disponíveis na base de assinantes da DirecTV Brasil Ltda, no mínimo algumas condições de migração para a nova plataforma. (iii) as condições de migração descritas deverão ser validas pelo período de 3 anos. (iv) a oferta às programadoras deverá ser comprovada ao Cade em 30 dias corridos; (v) a Sky deverá efetuar alterações em seu contrato social para que possa contratar Conteúdo Brasileiro de Empresa Brasileira; e (vi) qualquer alteração nos contratos deve ser apresentada ao Cade.</p>	Remédio Comportamental

Tabela 1 – Remédios aplicados pelo Cade de 2005 a 2007 (continuação)

Ato de Concentração n.	Preocupação concorrencial	Restrição Imposta	Justificativa
08012.005539/2004-60	Horizontal: possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado	(i) por maioria, ficou estabelecido que devem ser impostas restrições estruturais em mercados de combustíveis líquidos, (ii) as restrições incidem sobre os 14 municípios listados na Tabela 2; (iii) por maioria, restou acordado que as restrições estruturais referidas consistem no dever da BR de apresentar, no prazo de 5 meses da publicação, que a sua participação de mercado é inferior a 50% nos mercados listados na Tabela, (iv) a BR deverá disponibilizar para a ANP os preços de GLP, bem como os seus respectivos contratos de fornecimento que tenham sido e venham a ser celebrados com cada uma e todas as distribuidoras da Petrobrás.	Remédio Estrutural
08012.011178/2005-71	Vertical: fechamento de mercado.	Conceder licença de suas patentes no Brasil nos mercados de cartão SIM.	Remédio Comportamental
08012.004661/2006-81	Vertical: fechamento de mercado.	A Organon mantenha os medicamentos considerados como referência pela ANVISA (Cerazette, Gracial, Mercilon e Microdio) em comercialização.	Remédio Comportamental
08012.000501/2006-62	Horizontal: possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado	obrigação de garantir, a demandantes do minério-de-ferro oriundo das reservas adquiridas da Rio Verde, localizados no território nacional, pelo prazo de 5 anos.	Remédio Comportamental (garantir as eficiências alegadas)
2007			
08012.009843/2005-67	Vertical: bloqueio de entrada de novos concorrentes.	(i) Retrada da cláusula de exclusividade, (ii) obrigação de fornecimento de compra de volumes mínimos	Remédio Comportamental
08012.003299/2006-21	Horizontal: concentração horizontal possibilita exercício unilateral de poder de mercado	Reversão da operação referente à região do Guará	Remédio Estrutural
08012.005747/2006-21	Vertical:	Obrigação de dar publicidade a preços e outras condições comerciais	Remédio Comportamental
08012.0003111/2007-26	Vertical: fechamento de mercado	Não impedir a Syngenta de firmar acordos comerciais similares ao presente com terceiros.	Remédio Comportamental

Tabela 1 – Remédios aplicados pelo Cade de 2005 a 2007 (continuação)

Ato de Concentração n.	Preocupação concorrencial	Restrição Imposta	Justificativa
08012.01092/2004-77	Vertical: fechamento de mercado.	Seja instituído um “regime especial de acesso” a documentos e informações.	Remédio Comportamental
08012.01095/2004-19	Vertical: fechamento de mercado.	Seja instituído um “regime especial de acesso” a documentos e informações.	Remédio Comportamental
08012.003972/2001-18	Horizontal: concentração que possibilita exercício unilateral de poder de mercado.	A Rede Bom Preço em Petrolina aliene um de seus dois estabelecimentos para um concorrente.	Remédio Estrutural
535.029599/2006	Horizontal: possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado.	Manter para os atuais assinantes da Vivx as mesmas condições de antes da operação, comunicar aos usuários a continuação do recebimento dos canais nacionais e internacionais, se o assinante não manifestar explicitamente seu desejo de migrar para outro plano, esse reconhecimento não será tácito, na hipótese de incorporação da Vivax pela Net permanecerá inalterado o que já foi acordado.	Remédio Comportamental (mercado regulado)
08012.011047/2004-11	Horizontal: elevada probabilidade de exercício de poder de mercado	Venda dos ativos no mercado de Florianópolis	Remédio Estrutural

4. Análise das Hipóteses em que os remédios comportamentais são aconselháveis

Neste item, demonstrar-se-á que a preferência por remédios estruturais é inadequada em algumas circunstâncias, de modo que serão analisadas as 3 (três) hipóteses identificadas no capítulo anterior, a saber, (i) quando as existem relações verticais relevantes entre os agentes econômicos; (ii) quando a aplicação de um remédio estrutural pode eliminar eficiências que seriam geradas pelo Ato de Concentração e (iii) em indústrias de elevada tecnologia caracterizadas pelo desenvolvimento acelerado, propriedade intelectual e mercados de capital intensivo.

4.1 Hipóteses em que existem relações verticais entre os agentes econômicos

Nos mercados em que se verificam relações verticais relevantes, os remédios estruturais não são eficientes seja porque (i) o alienante dos ativos objeto do desinvestimento não coopera com o adquirente de modo que este possa concorrer efetivamente no mercado ou (ii) o alienante entra em conluio com o adquirente.

Trata-se do caso, em que, por exemplo, o adquirente necessite do fornecimento de insumos ou de serviços de assistência técnica, a ineficácia da entrada se dá devido a não cooperação da alienante. Afinal, é racional que as partes envolvidas no Ato de Concentração – os alienantes dos ativos objeto do desinvestimento – não tenham interesse que o adquirente dos ativos seja um concorrente forte. Assim sendo, se não for aplicado um remédio comportamental que determine que o alienante coopere com o adquirente, é razoável supor que ele não cooperará. Esses incentivos só se alteram em caso de conluio entre os agentes. Por conseguinte, concluiu o FTC (1999) que os remédios estruturais não são indicados seja porque o comprador não conseguiu operar efetivamente, seja porque houve colusão entre as empresas. De fato, dos 19 (dezenove) casos analisados pelo estudo em que se verificava esse relacionamento, em 13 (treze) casos o remédio estrutural não foi eficaz seja porque o adquirente não conseguiu operar efetivamente no mercado, seja porque as empresas entraram em conluio.

4.2 Hipóteses em que a aplicação de um remédio estrutural pode eliminar eficiências que seriam geradas pelo Ato de Concentração

Como alertado por Majoras (2002), a determinação de um remédio estrutural clássico como o desinvestimento é que a alienação de uma cesta

de ativos (tanto do negócio de uma das partes como de uma mistura de ativos pertencentes a ambas as partes) pode implicar na perda de eficiências que teriam sido geradas pela integração dos ativos dos negócios das partes envolvidas no Ato de Concentração.

Isso pode ocorrer em diversas situações dependendo das características da indústria. Não obstante isso, é possível afirmar que é provável verificar esse tipo de hipótese nos atos de concentração verticais, em que a integração de ativos ao longo da cadeia geralmente resulta em eficiências.

É neste ponto que se verifica a importância das partes envolvidas no Ato de Concentração apontarem de modo específico e claro quais são as eficiências geradas pela operação, a fim de que as autoridades detenham informação suficiente para desenhar o melhor remédio.

4.3 Em indústrias de elevada tecnologia caracterizadas pelo desenvolvimento acelerado, propriedade intelectual e mercados de capital intensivo

Os mercados emergentes ou “high tech” se caracterizam por (i) investimentos elevados em pesquisa e desenvolvimento; (ii) dependência de direitos de propriedade intelectual; (iii) um elevado grau de dependência de capital intelectual em detrimento de capital físico; (iv) rápidas mudanças tecnológicas e ciclos de produção curtos; (v) presença de ganhos de escala e (vi) importantes efeitos em rede.

Essas características sustentam a argumentação de que mercados caracterizados por elevado grau de inovação são tão dinâmicos que o poder de mercado é corroído naturalmente pelo mercado, sendo desnecessária a intervenção das autoridades de defesa da concorrência.

De fato, é correto afirmar que Atos de Concentração em mercados de elevado grau de inovação apresentam pequeno potencial para irradiar efeitos anticompetitivos relativos a coordenação. Isso se dá devido ao elevado grau de diferenciação do produto e potencial para “leapfrogging” baseado radicalmente em novas tecnologias. No entanto, o mesmo não o mesmo não pode ser dito para seu potencial de irradiar efeitos anticompetitivos unilaterais: a habilidade e o incentivo para excluir rivais demandam atenção nos atos de concentração envolvendo mercados de alta inovação.

Por conseguinte, a alegação de que o poder de mercado pode ser corroído rapidamente não tem sido admitido pelas autoridades de defesa da concorrência como justificativa para admitir atos de concentração que

potencialmente irradiem poder de mercado, ainda que somente no curto prazo. Assim sendo, novamente se coloca a questão de que tipo de remédio aplicar?

Em mercados caracterizados por elevada inovação, os ativos produtos mais importantes são (i) capital humano e (ii) direitos de propriedade intelectual. A transferência de tais ativos é inerentemente difícil e, ao menos nos casos de transferência de direitos de propriedade intelectual, geralmente requer um relacionamento continuado entre o cedente e cessionário.

Decorre disso, a constatação de que a aplicação de um remédio comportamental, por si só, não seria suficiente. Isto porque a existência de um relacionamento continuado entre o cessionário e o cedente já impõe que a autoridade deve monitorar e supervisionar esse relacionamento. Seria altamente desaconselhável assumir que o cedente não consideraria seus interesses próprios e que continuaria ajudando a fortalecer um concorrente.

Vê-se, portanto, que é afastada uma das principais vantagens dos remédios estruturais em relação aos comportamentais, qual seja, a inexistência de custos de monitoração por um período de tempo considerável. Não obstante isso, cumpre salientar que devido a ocorrência de alterações rápidas nesse mercado, o tempo de monitoração necessário também é consideravelmente menor se comparado a “mercados tradicionais”. Esse raciocínio foi aplicado no caso da Vodafone pela Comissão Europeia que impôs restrições pelo período de 3 (três) anos bem como pelo Cade no Ato de Concentração envolvendo a Telesp e a Nutec.

Além disso, elas não ignoram a probabilidade do poder econômico ser corroído com o tempo desfavorece a aplicação de remédios estruturais que, por definição, são mais custosos para o administrado.

Assim sendo, as autoridades de defesa da concorrência tem demonstrado flexibilidade em mercados de elevado grau de inovação, relaxando a sua preferência por remédios estruturais e optando por mercados comportamentais ou mistos (OCDE, 2003).

Considerações finais

Neste trabalho, verificou-se que a aplicação de remédios em Atos de Concentração deve ser almejar impedir a irradiação de efeitos anticompetitivos ao mesmo tempo em que mantenha as eficiências gerados pelo Ato de Concentração. Destarte, existem 2 (duas) possibilidades no que se refere aos objetivos de remédios em Atos de Concentração, quais sejam, (i) facilitar a

entrada de novos concorrentes e (ii) manter ou aumentar a rivalidade efetiva entre os concorrentes.

Para isso, o remédio deve ser adequado às características do mercado relevante e ao tipo de preocupação acarretada pelo Ato de Concentração, de modo que não se pode admitir que exista uma única solução padrão para remediar efeitos anticompetitivos.

Posto isto, apesar dos remédios estruturais apresentarem vantagens em relação aos remédios comportamentais uma vez que notadamente estas (i) são de difícil implementação e monitoração; e (ii) acarretam custos elevados a Administração, seria equivocado afirmar que os remédios comportamentais não devem ser aplicados.

A própria análise da jurisprudência demonstrar-se-á que remédios comportamentais devem ser adotados nas hipóteses em que (i) se verificarem relações verticais relevantes entre os agentes econômicos; (ii) a aplicação de um remédio estrutural eliminar eficiências que seriam geradas pelo Ato de Concentração e (iii) o Ato de Concentração impactar indústrias de elevada tecnologia caracterizadas pelo desenvolvimento acelerado, propriedade intelectual e mercados de capital intensivo.

Ressalta-se a relevância de identificação das hipóteses em que a preferência por remédios estruturais deve ser relaxada em favor dos comportamentais para o êxito do controle preventivo de poder de mercado. Isto porque a adoção de remédios inadequados gera prejuízos ao bem estar e torna ineficaz o controle preventivo de poder de mercado.

Bibliografia

- BAKER, J. B.; GAVIL, A. I.; KOVACIC, W. E. *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*. Thomson West, 2003.
- BARNETT, T. (2007) Section 2: Remedies, a necessary challenge. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/speeches/226537.htm>. Acesso em: 20 set. 2008.
- Federal Trade Commission (1999). A Study on the Comissions Divestiture Process. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/1999/08/divestiture.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2008.
- BRASIL. Guia SEAE/SDE de Análise de Atos de Concentração Horizontais (2001), expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1.º de agosto de 2001.

BRASIL. Lei 8.884, de 11.06.1994

MAJORAS, Deborah Platt (2002). Houston, We Have a Competitive Problem: How Can We Remedy It? Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11112.htm>>. Acesso em 20 set. 2008.

MOTTA, Massimo (2004). *Competition policy theory and practice*. Ed. Cambridge. 9. ed.

Organization for Economic Development- OECD (“OCDE”) (2003) Policy Roundtables. Mergers Remedies. disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/61/45/34305995.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2008

_____. (2002) Merger Review in Emerging High Innovation Markets, disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/40/0/2492253.pdf>, acesso em 13 set. 2008.

O ACORDO DE LENIÊNCIA E O TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO EM UMA ANÁLISE COMPARATIVA: UMA COEXISTÊNCIA EFETIVA

Flávia Teixeira Fortes

1. Introdução

Os Acordos constituem uma forma alternativa de solução de controvérsias que vêm sendo adotados nas diversas jurisdições do mundo pela sua forma pacífica e por seus diversos benefícios. Os custos são menores, uma vez que não há custas processuais, nem sucumbência, nem outras penas que podem advir com uma sentença; há a possibilidade de qualquer um capacitar-se; além de ser mais rápido, em um contexto atual em que o tempo do processo está muito aquém do tempo real, e mais eficaz, uma vez que o acordo agrada o máximo possível, ambos os lados.

Nesse contexto, observa-se que o legislador procurou assegurar a realização de acordos no âmbito da Lei 8.884/94 ao autorizar o Plenário do Cade a celebrar transações nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica:

“Art. 10. Junto ao Cade funcionará uma Procuradoria, com as seguintes atribuições:

(...)

IV – promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Plenário do Cade, e ouvido o representante do Ministério Público Federal;”

A solução de alguns conflitos através de acordos realizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem por objetivo tornarem mais eficazes e eficientes as decisões de tal órgão, com a maior celeridade no seu cumprimento. Por outro lado, é realizado sem que se perca o poder punitivo e dissuasório, e sempre respeitando o pleno direito de defesa das partes.

O que diferencia, no entanto, os acordos do Cade é a ausência de duas partes bem identificadas tentando resolver um conflito privado. Os acordos

em sua maioria são realizados com o Cade diante de uma conduta que tem como titular toda uma coletividade, bem jurídico protegido pela Lei 8.884/94 no caput do seu art. 1.º. Dessa forma, a configuração de tais acordos será diferente, bem como sua conveniência e oportunidade ficarão adstritas ao Cade, a quem compete a proteção da concorrência.

Os acordos se configurarão assim, em tais casos, como um instrumento eficaz para a garantia da tutela dos direitos difusos e coletivos, ao prescindir de um moroso processo judicial.

Nesse sentido, a Lei 8.884, já em 1994, estabeleceu o Termo de Compromisso de Cessação (TCC) como uma solução negociada de litígios. O TCC previsto no art. 53 da Lei 8.884/94 estabelece a possibilidade de um acordo entre empresas e o Cade, em que aquelas se comprometem cessar a prática infratora sob investigação, não importando em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. A previsão do acordo pela Lei em 1994 abrangia qualquer tipo de conduta, sem fazer distinções.

A Lei 10.149/2000, contudo, acrescentou o § 5.º a tal artigo, dispondo não se aplicar tal acordo às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 da mesma lei. Tais condutas, cartelizadoras, correspondem aos acordos ou práticas concertadas das empresas entre si visando fixar preços e condições de vendas de bens ou prestações de serviços, dividir mercados e estabelecer quotas ou restrição da produção.

A restrição do Termo de Compromisso e Cessação em casos de cartéis coincidiu com a introdução de novos instrumentos de investigação, também pela Lei 10.149/2000, destacadamente os Acordos de Leniência.

O Acordo de Leniência, previsto no art. 35-B da Lei 8.884/94, é firmado entre o integrante-delator do cartel e a autoridade antitruste para reduzir/afastar as sanções administrativas e penais que seriam aplicadas ao primeiro em troca de cooperação com as autoridades. Apesar de previsto desde 2000, o primeiro Acordo de Leniência no Brasil foi celebrado apenas em 2003, sendo resultado do avanço da política de repressão às infrações contra a ordem econômica empregada pela Secretária de Direito Econômico (SDE). Além da instabilidade inerente aos cartéis, outro incentivo à delação mostrou-se então presente: a instabilidade resultante do crescente número de investigações antitruste. As empresas passaram, portanto, a vislumbrar a possibilidade de se beneficiarem da realização de Acordos de Leniência.

A Lei 11.482, de 31.05.2007, no entanto, veio suprimir a restrição da celebração de TCC, voltando a legalizar a celebração de tais acordos

em investigação de cartéis. Foi acrescentado ao dispositivo, contudo, que a celebração do acordo, nos casos das infrações relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III ou VIII do caput do art. 21 da Lei 8.884/94, fica condicionada ao recolhimento de valor pecuniário, que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 23 da Lei 8.884/94, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Tal mudança é questionada sob o argumento de se estar comprometendo a efetividade da celebração do Acordo de Leniência, uma vez que com a possibilidade de realização do acordo em caso de cartel as empresas poderiam perder o incentivo a delação.

O objetivo do presente trabalho consiste em criticar tal argumentação, procurando demonstrar, através de uma análise comparativa dos programas de leniências dos Estados Unidos, União Europeia e Brasil, que é possível a coexistência de ambos os mecanismos. Ainda que com diferentes contextos e mecanismos paralelos que possam influenciar, tal análise de diferentes jurisdições é útil pois apresenta os benefícios e os custos da introdução de tais instrumentos, permitindo-se sua adequação ao contexto brasileiro.

Entendendo-se os incentivos para cada tipo de acordo é possível avaliar se ambos se sustentarão no direito antitruste brasileiro e permitir uma crítica mais consistente sobre a mudança na legislação, também incorporada no Projeto de Lei para a mudança no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Para cumprir seus objetivos, a monografia dividir-se-á em quatro seções, além desta primeira, introdutória, e da conclusão. Na segunda seção são trazidos os programas de leniência de cada jurisdição, analisando-se os custos e benefícios da realização do acordo em cada país.

A terceira seção trata do Termo de Compromisso e Cessação, a sua aplicação internacional e o contexto brasileiro. A quarta seção, por sua vez, procurará mostrar a possibilidade da coexistência de ambos os acordos especificamente no caso brasileiro, com base na experiência internacional, e considerando nosso contexto específico.

2. Acordos de Leniência

2.1 Acordo de Leniência da União Europeia

O programa de leniência adotado pela Comissão Europeia em 1996, “Commission Notice on the non-imposition or reduction of fines in cartel cases”, concede imunidade total ou parcial às multas administrativas impostas ao participante do cartel que colaborar de forma efetiva com a Comissão.

Tal imunidade é apenas administrativa e cabe à Comissão determinar a quantidade apropriada de redução da multa dentro da margem determinada em cada seção, uma vez que o programa estabelece uma escala de redução em três níveis. Para se beneficiar da redução a empresa que se candidatar ao programa de leniência deve completar as condições cumulativamente na seção respectiva.

O primeiro nível (seção B) concede imunidade total, isentando totalmente da multa, ou ao menos uma redução de mais de 75% à empresa aplicante que for a primeira a informar a Comissão sobre o cartel e produzir evidências suficientes antes da Comissão ter começado uma investigação ou ter informações suficientes sobre a conduta. Além disso, a empresa deve parar a prática, cessando seu envolvimento com o cartel e deve colaborar continuamente e completamente com a Comissão durante a investigação. Finalmente, o delator não pode ser o líder do cartel ou ter um papel determinante no cartel.

Quando a empresa completa tais condições mas traz a proposta do acordo após a investigação já ter começado, a empresa se qualifica ao segundo nível para uma redução substancial na multa (seção C), que varia de 50% a 75% do valor normal da multa.

Finalmente, é concedida uma redução significativa de 10% a 50% no terceiro nível (seção D) para os membros do cartel que cooperarem com a autoridade antitruste mas não satisfizerem as condições estabelecidas nas seções B e C.

O programa de leniência da Comissão Europeia requer que a empresa que procure imunidade total deve trazer evidências decisivas sobre a existência do cartel, ser a primeira empresa a propor o acordo e antes da Comissão ter começado qualquer investigação. Tal programa apresentará, no entanto, algumas críticas que questionarão a efetividade do programa.¹

A primeira crítica refere-se ao requerimento de evidências que sejam decisivas, o que pode ser considerado muito rigoroso. A razão para tal rigorismo encontraria-se no fato de ser alto o ônus da prova que a Corte de Justiça Europeia impõe à Comissão nos casos de cartel, requerendo a produção de evidências consistentes.

¹ KRÜGER, Hans-Wilhelm. *The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis*. 2001, p. 40-46.

No entanto, requerer evidências decisivas limita o objetivo de se alcançar possíveis informações ao se excluir empresas que poderiam se beneficiar do programa de leniência, mas que não são capazes de produzir evidências que sejam decisivas. Tal parâmetro desqualifica potenciais fontes de informação, que ainda que não decisivas poderiam conter informações valiosas, e diminui, portanto, o número de membros do cartel que proporião o acordo.

A redução da multa para aqueles que trazem informações que não são decisivas também é um fator desestimulante, uma vez que consiste na redução de, no máximo, apenas 50% (seção D). Excluem-se assim os principais alvos do programa de leniência que são as empresas periféricas, que não possuem informações consistentes, mas que são as mais suscetíveis ao acordo, uma vez que o lucro do cartel não é significativo como o de outras empresas, induzindo-as à delação quando da análise do custo e benefício do acordo.

Outra crítica consiste na concessão de benefícios pelo modelo da Comissão Europeia também para uma empresa que procura a autoridade depois da investigação já ter começado, que não seja a primeira empresa a delatar e que não produza evidências decisivas. O fato de tal empresa ainda poder ser beneficiada em uma pequena redução na multa, pode ser considerado como comprometedor para a eficiência do programa de leniência, que deve ser baseado no benefício apenas ao primeiro delator, para que possa aumentar a tensão entre os membros do cartel relativamente ao dilema do prisioneiro.²

² No dilema do prisioneiro dois criminosos foram apreendidos pela polícia e serão questionados separadamente, sendo que a polícia possui evidências para condenar ambos. Ambos possuem a opção de confessar ou não confessar, sendo que a anistia será concedida para aquele que confessar e a outra parte não confessar. Caso nenhum dos dois confesse a pena seria mínima, e se os dois confessarem a pena máxima seria dividida entre os dois. Considerando que ambos os prisioneiros tentarão maximizar o seu interesse próprio, o resultado será que ambos confessam. Isso ocorre porque se o prisioneiro 1 confessa, a melhor opção para o prisioneiro 2 será também confessar, pois assim reduziria sua pena para a metade. Se o prisioneiro 1 não confessa, confessar ainda assim será a melhor opção para o prisioneiro 2 que pode conseguir anistia ao invés da pena mínima. Dessa forma, independente da decisão do prisioneiro 1, a melhor estratégia para o prisioneiro 2 será confessar. A recíproca obterá o mesmo resultado. Conforme o modelo, portanto, confessar será sempre a estratégia dominante para cada prisioneiro uma vez que cada um buscaria maximizar sua recompensa, independente da escolha do outro prisioneiro. Para um análise mais ilustrativa que mostre a aplicação nos casos de cartel confira o artigo *Leniency Policies in Brazil* de Pedro de Abreu e Lima Forêncio no Boletim Latino

De acordo com tal modelo, a incerteza advinda da instabilidade do cartel induz um comportamento delatatório na medida em que na dúvida se um dos membros irá ou não delatar a empresa pode acabar decidindo pelo acordo, como forma de evitar as multas administrativas. Ao contrário do tradicional dilema, no entanto, nos casos de acordo de leniência a autoridade não possui provas que possam garantir a condenação, dessa forma confessar o cartel não será a estratégia dominante como no dilema do prisioneiro.

No entanto, outros incentivos estão presentes de forma a impelir a delação, como as imunidades concedidas. O fato de ser garantida imunidade total ao primeiro delator provoca a “corrida à autoridade” aumentando a tensão entre os participantes do cartel. Ao recompensar também a segunda empresa, o programa de leniência da Comissão Europeia reduz as chances de um alto nível de tensão entre os membros do cartel, e, portanto, as chances de se estabelecer um acordo.

Em relação a quantidade exata da redução da multa em todos os casos foi visto que é da discricionariedade da Comissão, que apenas é limitada pelos valores máximos e mínimos estabelecidos nas diferentes seções do programa. Tal discricionariedade é por vezes criticada sob o argumento de que impede um nível de predictabilidade e certeza às empresas deladoras. Tal predictabilidade é importante principalmente para o cálculo realizado pelas empresas do custo e benefício da delação. A certeza quanto à extensão da multa pode contribuir com a decisão da empresa de propor o acordo.

Cabe ressaltar, por fim, que as ações civis por reparação de danos contra o participante do cartel pelas suas vítimas não estão incluídas na imunidade conferida pela Comissão no programa de leniência, uma vez que a reparação por tais danos está incluída na jurisdição de cada país.

2.2 Acordo de Leniência dos Estados Unidos

O programa de leniência dos Estados Unidos foi criado pelo Departamento de Justiça americano em 1978, no entanto apenas em 1993 começou a trazer efeitos significativos. No programa americano onde os cartéis são sujeitos a sanções criminais, leniência significa imunidade à instauração de processo criminal.

Americano de Competencia n. 21 – Fevereiro 2006 (disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/publications/blc/boletin_21_1.pdf>) de onde a explicação do modelo foi retirada.

Inicialmente, o perdão judicial no âmbito criminal era da discricionariedade da autoridade, o que revelou um insucesso do programa por gerar desconfiança das empresas em relação ao alto grau de arbítrio por parte do governo. A mesma crítica que se dirige atualmente ao programa europeu foi logo corrigida nos Estados Unidos através da revisão do programa em 1993 (Amnesty Program).

Na versão atual do programa de leniência, é concedida automaticamente imunidade criminal total para a empresa que delatar o cartel antes da investigação ter começado e ter recebido qualquer informação sobre a conduta; para a empresa que tome atitudes efetivas para terminar sua participação no cartel; que colabore continuamente e completamente; que faça restituições às pessoas prejudicadas; que não tenha incitado a participação de outras empresas no cartel e que não seja o líder (secção A).

A redução da discricionariedade da autoridade antitruste em conceder ou não o benefício foi fundamental para garantir a efetividade do programa de leniência. Sendo a regra a concessão automática de leniência, o infrator é estimulado a procurar a autoridade antitruste, tendo a certeza de que se beneficiará com a delação.

Ainda que depois de iniciada a investigação, a empresa pode ainda procurar a autoridade e obter imunidade total se preencher as outras condições descritas acima, se a autoridade ainda não tiver evidências suficientes contra a empresa para condená-la, e se a autoridade não considerar que a concessão da leniência seja injusta para outros (secção B). Após ter começado a investigação, no entanto, o Departamento de Justiça tem a discricionariedade de conceder o benefício, como de determinar a solução mais justa em um caso específico.

Como diretores, oficiais e outros empregados da empresa também sofrem ações criminais como indivíduos pela lei americana antitruste, o programa de leniência também concede imunidade àqueles indivíduos que admitirem seu envolvimento e suas ações, e que colaborarem completamente e continuamente com a investigação.

Além disso, o Departamento de Justiça americano possui um programa de leniência específico para indivíduos que também concede leniência – não responsabilizando o indivíduo criminalmente – ao responsável pelas decisões do cartel que procurar a autoridade por conta própria e confessar a conduta ilegal, mesmo que seu empregador não se qualificar para a leniência.

O programa de leniência dos Estados Unidos não concede imunidade para a empresa que procura a autoridade após a primeira empresa já ter delatado. Não é dado aos “late comers” o benefício de redução da multa para aquela específica prática que fora delatada, como ocorre no program de leniência europeu. No entanto, no direito americano tais empresas podem recorrer ao plea bargain,³ mecanismo que depende da discricionarietà das autoridades, mas que pode também levar a uma considerável redução na pena.

Existe, contudo, outro tipo de mecanismo que pode vir a beneficiar a segunda empresa se essa estiver envolvida em condutas colusivas em outro mercado. Tal mecanismo conhecido como “Anistia Plus” (Amnesty Plus) é uma estratégia de instigar confissões múltiplas ao se aumentar os incentivos de empresas já condenadas de reportar à autoridade outro mercado em que praticou condutas colusivas.

O outro lado do Amnesty Plus progama é o Penalty plus em que aquelas empresas que se recusaram à vantagem do Amnesty plus e são flagradas pela segunda vez numa prática anticompetitiva irão receber uma multa mais severa do que aquela que seria aplicada.

Tais mecanismos não existem na atual configuração do programa de leniência europeu. Apesar de a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em 2001, recomendar a inclusão de tais instrumentos como parte das reformas realizadas em 2002, a Comissão Europeia não tomou a oportunidade para introduzir tais políticas.

Assim como em todas as demais jurisdições, o programa de leniência dos Estados Unidos não abrange as ações civis de reparação de danos. Aqui, no entanto, ao contrário de outros países é expressivo o uso de tais ações – que se podem configurar como ações coletivas (class actions) – de forma que elas colaboram com o “enforcement” do direito antitruste.

Entretanto, tais ações podem significar também um desincentivo ao programa de leniência, uma vez que ao confessar a prática, a empresa se

³ De acordo com o Black’s Law Dictionary, plea bargain consiste num acordo entre o promotor e o réu em que o réu se declara culpado em uma ofensa menos grave ou em uma das múltiplas acusações em troca de algumas concessões pelo promotor, normalmente uma sentença mais tolerante, ou a dispensa de outras acusações – Também chamado de plea agreement. Tal instrumento não existe no sistema legal brasileiro, uma vez que é estranha ou não-familiar a ideia de que um réu não será incriminado a partir de uma decisão de um promotor público, e não de um juiz.

torna mais suscetível de ser reclamada por terceiros danos, por poderem ser as ações facilitadas pelas informações concedidas à autoridade.

E realmente tal é uma das maiores preocupações no direito norte-americano, pois a reparação dos danos para tais vítimas pode ser multiplicada por três vezes o valor devido (*treble damages*), e seu uso é extremamente comum, conforme se observa que 90% de todos os casos de concorrência nos Estados Unidos originam ações privadas de indenização. A possibilidade de entrar com tais ações, portanto, terá um grande peso na análise pelas empresas do custo e benefício da realização de acordos de leniência.

2.3 *Acordo de Leniência do Brasil*

O programa de leniência foi implementado no Brasil no ano 2000, no entanto, o programa só passou a ter aplicação efetiva a partir do ano 2003, quando foram introduzidos novos instrumentos de investigação⁴ que possibilitaram aumentar o risco de detenção de um cartel e, conseqüentemente o interesse de empresas em se beneficiar de tais acordos.

O cartel no Brasil é punido tanto administrativamente como criminalmente. O crime contra a Ordem Econômica previsto na Lei 8.137/90 prevê multa ou prisão de dois a cinco anos, sendo que a sanção pode ser aumentada de um terço até a metade de um terço se, entre outros, o crime causar grave dano à coletividade.

As condutas contra a ordem econômica estão previstas no art. 21 da Lei 8.884/94 e a prática de cartel pode se enquadrar nos incisos I, II, III ou VIII de tal artigo.⁵ As empresas que praticam cartel estão sujeitas ao pagamento de multa administrativa nos termos do art. 23 da Lei 8.884/94.

⁴ A Lei 10.149 de 2000 passou a permitir interceptações telefônica, buscas e apreensões com autorização judicial, entre outros mecanismos. O art. 35-A assim dispõe:

“Art. 35-A. A Advocacia-Geral da União, por solicitação da SDE, poderá requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, assim como de livros comerciais, computadores e arquivos magnéticos de empresa ou pessoa física, no interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 839 e seguintes do Código de Processo Civil, sendo inexigível a propositura de ação principal”.

⁵ “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

O fato de ser muito difícil detectar um cartel, e de produzir evidências suficientes para uma condenação, uma vez que seu elemento inerente é o sigilo, foi feita a opção pelo legislador de se conseguir evidências diretas, que viessem diretamente de dentro do cartel, através do programa de leniência. A Lei 8.884/94 reconhece, portanto, ser do interesse dos consumidores brasileiros a concessão de benefícios ao participante do cartel que queira colaborar com a autoridade administrativa na produção de evidências suficientes para a condenação do cartel.

Segundo a SDE “o interesse dos cidadãos brasileiros de ver desvendados e punidos cartéis supera o interesse de sancionar uma única empresa ou indivíduo que possibilitou a identificação e o desmantelamento e punição de todo o cartel⁶”. Em vista disto, podem ser concedidas imunidades nos âmbitos administrativo e penal, que corresponde à não imposição ou redução da multa administrativa e extinção da punibilidade.

O art. 35-B da Lei 8.884/1994 dispõe sobre a imunidade garantida pelo acordo de leniência no âmbito administrativo:

“Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte.” “(Artigo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

Os respectivos incisos trazem as condições básicas para a celebração de um acordo de leniência quais sejam: (i) ser o primeiro a se qualificar para o programa e confessar sua participação no cartel; (ii) cessar o envolvimento na prática anticompetitiva; (iii) não ser o líder do cartel; (iv) cooperar efeti-

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; (...)

VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;”.

⁶ Cartilha da SDE. Combate a cartéis e Programa de Leniência. p. 17, 2008.

vamente com a investigação, o que deve resultar na identificação dos demais membros do cartel, bem como a obtenção de evidências que comprovem a infração; (v) não dispor a SDE de provas suficientes para assegurar a condenação do proponente quando da propositura do acordo.

Além disso, o parágrafo único do art. 35-C dispõe sobre a imunidade criminal em relação aos crimes previstos pela Lei 8.137/90, desde que cumpridos os requisitos para o acordo de leniência:

“Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo” (Parágrafo único incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

A imunidade poderá ser total ou parcial dependendo da informação que a autoridade – SDE – possuía previamente sobre a conduta. Se a SDE não tinha conhecimento algum sobre a existência do cartel, o proponente poderá obter imunidade integral, tanto nas investigações administrativas quanto criminais. Por outro lado, somente será concedida imunidade parcial, que pode variar de um a dois terços na redução da multa administrativa, se a SDE já tinha ciência sobre o cartel. Já no âmbito criminal, ainda que a SDE já soubesse da conduta, será concedida imunidade total automaticamente e os indivíduos não poderão ser processados individualmente se o acordo foi cumprido.

Apesar do art. 35-B utilizar o verbo “poderá” para indicar que cabe ao SDE, decidir pelo acordo, sinalizando para um ato discricionário, observa-se que, preenchidos todos os requisitos, a empresa adquirirá a imunidade total, o que representa muito mais uma condição automática. A realização de um acordo de leniência no Brasil, portanto, tende mais para o modelo norte-americano, em que, preenchidas todas as condições, concede imunidade automaticamente, do que o modelo europeu, baseado na discricionariedade.

A discricionariedade no modelo europeu é muito maior, pois o acordo de leniência requer que a empresa delatora produza evidências decisivas, o que acaba sendo do arbítrio da autoridade determinar o que é decisivo ou não. No Brasil as evidências têm que ser consistentes e efetivas, o que apesar de dar certa margem de interpretação apresenta-se como um requisito mais brando. O art. 35-B menciona apenas em seu caput que a empresa deve colaborar efetivamente com as investigações e que da colaboração resulte na “obtenção de documentos que comprovem a infração” (art. 35-B, inciso II).

Se a decisão sobre realização do acordo baseia-se mais num preenchimento de requisitos descritos pela lei do que do entendimento da autoridade antitruste, garante-se maior confiança e segurança jurídica para a empresa que optar pela delação.

Outro ponto a ser destacado refere-se a não abrangência do acordo para a esfera civil. Assim, nada impede que as empresas que confessaram a prática da conduta anticompetitiva sejam processadas por terceiros que se considerarem patrimonialmente lesados. Dessa forma, apesar de ações judiciais de indenização ainda não serem comumente utilizadas no Brasil, tais podem vir a ser futuramente consideradas no cálculo do custo e benefício da delação pelas empresas, assim como ocorre nos Estados Unidos, uma vez que possuem a confissão como um instrumento a seu favor.

Como o programa de leniência concede benefícios somente ao primeiro candidato ao acordo, para que outros membros ou o líder do cartel consigam algum benefício é preciso que forneçam informações relevantes acerca de outro cartel, e cumprir com os demais requisitos do programa de leniência, antes que o primeiro caso seja enviado pela SDE ao Cade para julgamento final. Dessa forma, a empresa receberá todos os benefícios da leniência em relação à segunda infração e redução de um terço da pena que lhe seria aplicável com relação à primeira infração.

Tal mecanismo, conhecido como “leniência plus”, equivalente ao programa Amnesty Plus dos Estados Unidos, objetiva incentivar as empresas investigadas na primeira conduta a buscarem acordos em outros mercados nos quais concorram.⁷

A multa administrativa que pode ser aplicada aos integrantes do cartel pode variar de 1 a 30% do respectivo faturamento bruto, excluídos impostos, no ano anterior ao início das investigações. Além disso, os administradores

⁷ Lei 8.884/94, art 35-B (...):

“§ 7.º A empresa ou pessoa física que não obtiver, no curso de investigação ou processo administrativo, habilitação para a celebração do acordo de que trata este artigo, poderá celebrar com a SDE, até a remessa do processo para julgamento, acordo de leniência relacionado a uma outra infração, da qual não tenha qualquer conhecimento prévio a Secretaria (Parágrafo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

§ 8.º Na hipótese do parágrafo anterior, o infrator se beneficiará da redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção dos benefícios de que trata o inciso I do § 4.º deste artigo em relação à nova infração denunciada” (Parágrafo incluído pela Lei 10.149, de 21.12.2000).

considerados responsáveis podem pagar de 10 até 50% da multa aplicada à empresa. Nos casos de reincidência tais multas podem ser dobradas.

Mas não apenas multas são impostas administrativamente como sanções. O Cade pode ainda impor que a publicação da decisão seja publicada em jornal de grande circulação às expensas dos infratores; proibir que os infratores participem em licitações e obtenha financiamentos de bancos oficiais por até cinco anos; recomendar órgãos públicos competentes que não concedam parcelamento de tributos federais por eles devidos, ou chancelam incentivos fiscais, entre outros.⁸

Como os benefícios são concedidos apenas ao primeiro delator, gera-se uma corrida à autoridade antitruste e um clima de desconfiança dentro do cartel. O receio da descoberta somado a altas sanções pecuniárias e a existência de outras sanções administrativas, bem como sanções criminais, garantem a efetividade do programa de leniência, sendo um incentivo à delação.

3. Termo de Compromisso e Cessação

3.1 Perspectivas internacionais

O equivalente ao Termo de Compromisso de Cessação na Comissão Europeia foi instituído no Regulamento (EC) 1/2003 (“Regulamento 1”) que procurou modernizar as cláusulas do Tratado da Comissão Europeia relativas a acordos que violam a concorrência (art. 81) e o abuso de posição dominante (art. 82).

Tal Regulamento procurou garantir uma aplicação mais efetiva das regras de concorrência da União Europeia, ao reduzir a carga administrativa para as empresas que operam na Comunidade Europeia.

Para isso, ele cria um procedimento, em seu art. 9.º, que permite que a Comissão conclua formalmente uma investigação publicando uma decisão aceitando comprometimentos de empresas sob investigação por práticas anticompetitivas. Tais são os termos do art. 9.º:

“Compromissos

1. Quando a Comissão tencione aprovar uma decisão que exija a cessação de uma infracção e as empresas em causa assumirem compromissos susceptíveis de dar resposta às objecções expressas pela

⁸ Art. 24 da Lei 8.884/94.

Comissão na sua apreciação preliminar, esta pode, mediante decisão, tornar estes compromissos obrigatórios para as empresas. Esta decisão pode ser aprovada por um período de tempo determinado e deve concluir pela inexistência de fundamento para que a Comissão tome medidas.

2. A Comissão pode, a pedido ou oficiosamente, voltar a dar início ao processo se:

a) Tiver ocorrido uma alteração substancial da situação de facto em que a decisão se fundou;

b) As empresas em causa não cumprirem os seus compromissos; ou

c) A decisão se basear em informações incompletas, inexactas ou deturpadas prestadas pelas partes”.

O acordo neste caso, além de representar uma redução significativa dos custos da litigação, apresenta-se como importante instrumento de remoção da carga da Comissão Europeia em demonstrar e comprovar a infração.

Devido ao ônus da prova que cabe à Comissão ser altíssimo, tal acordo se apresenta como uma solução mais eficiente. A Comissão possui, no entanto, o poder de voltar a dar início ao processo, conforme o item 2 do art. 9.º.

O estatuto dos Estados Unidos que prevê os Consent Decrees (equivalente ao Termo de Compromisso de Cessação) é o “Antitrust Procedures and Penalties Act” também chamado de Tunney Act, criado em 1974.

O contexto dos Estados Unidos demonstra que aproximadamente 90% dos casos de cartel terminam com alguma forma de acordo processual. Nos últimos 5 anos, mais de 200 acordos processuais, em casos antitrustes foram celebrados.

Um fator relevante a ser destacado é o poder dissuatório decorrente das altas multas que são impostas. Em outubro de 1996, a Acher Daniels Midland (ADM) concordou em pagar US\$ 100 milhões ao governo norte-americano em troca do encerramento das investigações dos cartéis de lisinas e ácidos cítricos.

Assim também o risco de se detectar um cartel é muito grande, devido um investimento maior de recursos pela autoridade para seu monitoramento. Dessa forma, maior é o incentivo para a celebração de acordos de leniência, forte instrumento de desmantelamento de cartéis.

A tradição de celebração de acordos, juntamente com o forte incentivo a delação, ante ao risco de ser detectado garante a convivência de ambos, leniency program e consent decree nos Estados Unidos.

3.2 *Contexto brasileiro*

O Termo de Compromisso de Cessação (TCC) configura-se como uma solução negociada de litígios que foi estabelecido pela Lei 8.884/94 para que resolvesse de forma mais célere e eficiente os conflitos no direito antitruste.

O principal objetivo do Cade ao possibilitar tais acordos é a cessação da infração à ordem econômica. Apesar de ser celebrado quando as condutas já estão em investigação, a autoridade não possui certeza sobre o cometimento de condutas anticompetitivas, ou não possui provas que sejam suficientes para uma condenação, o que para algumas condutas é por vezes muito difícil de se conseguir. Através de uma reciprocidade de concessões, portanto, extingue-se o litígio através do TCC, em uma situação em que a incerteza é inequívoca quanto aos direitos das partes.

O Cade é a autoridade competente para celebrar TCCs, sendo que a SDE pode emitir um parecer não vinculativo sobre a pertinência da proposta do acordo. Através do acordo, as empresas já sob investigação podem conseguir o arquivamento do processo administrativo, sem que lhe importe confissão do fato ou reconhecimento da ilicitude.

O TCC passou por diferentes configurações na Lei 8.884/94 por ter sido modificado pela Lei 10.149/2000, que passou a não permitir sua celebração nos casos de cartel, mas o que foi recentemente revertido com a Lei 11.482/2007.

Com a celebração de TCCs as empresas conseguem o arquivamento do processo administrativo inclusive em casos de cartel, não lhes implicando, necessariamente, a confissão de culpa, exigência que fica a critério do Cade, de acordo com o art. 129-G da Resolução 46/07. No caso das condutas cartelizadas a empresa deve, contudo, pagar uma multa pecuniária não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94, conforme o art. 129-E da citada resolução. Ressalta-se que tal multa deve ser de valor suficiente que garanta seu poder dissuasório.

Ao se fazer o acordo condicionado ao pagamento de multa não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94 garante-se que a empresa sofra tão logo diminuição de seu patrimônio como forma de sanção, eliminando-

se os custos associados à sua implementação e antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Tal multa não difere daquela que seria paga ao fim do processo Judiciário, não configurando, pois, mera “contribuição” pecuniária.

A restauração da concorrência mostra-se tão importante para o mercado quanto à repressão, na medida em que se alcançam benefícios imediatos com a cessação espontânea. Portanto, seus benefícios vão muito além do que apenas garantir os cofres públicos.

Outro ponto polêmico do TCC consiste no caso de ser proposto em casos em que já houver Acordo de Leniência, pois, dessa maneira, a proposta do acordo, com a modificação realizada pelo art. 129-G da resolução, implicará no reconhecimento de culpa por parte do compromissário.

Nos casos de Acordo de Leniência, o Cade já alcança elementos para a uma futura condenação, portanto, desaparece o elemento da incerteza, razão pela qual, caso as empresas proponham acordo, tal implicará na confissão de culpa. Além disso, pretende-se garantir futuras celebrações do acordo de leniência, ao se procurar não prejudicar a empresa delatora, que seria a única que teria confessado.

O TCC não se esvazia, pois é interessante o arquivamento do processo administrativo, com o pagamento de contribuição correspondente à multa que lhe seria devida, eliminando ainda os gastos com advogados e custos de imagem. Os efeitos negativos no âmbito criminal decorreriam ainda que com a não assinatura do acordo, através da delação. Com o TCC, consegue-se, ao menos, encerrar a investigação no âmbito administrativo, detentor das provas para uma possível condenação.

A limitação no número de acordos que decorrerá dessa nova regra não é preocupante, pois o Cade possibilita tais acordos como instrumento mais eficiente diante da incerteza sobre o desfecho da investigação. Subtraindo-se tal dúvida, não justifica retirar de tais empresas a confissão de culpa. Caberá agora às empresas a avaliação sobre a conveniência ou não de que sua prática seja declarada contrária à ordem econômica.

A ex-Presidente do Cade, Elizabeth Farina, em entrevista concedida a Folha de São Paulo⁹ para tratar da celebração de termos de compromissos de cessação de prática com representados nos processos administrativos por

⁹ Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?70c352a779ae45ce5be87bd568>>.

formação de cartel, afirmou que nesses casos em que se exige a confissão, é preferível que se tenha menos Termos de Compromisso e Cessação celebrados do que se comprometa o Acordo de leniência.

A análise sobre a convivência de ambos os mecanismos será pormenorizada na seção que se segue.

4. A coexistência do Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação no Brasil

O cartel é considerado a mais grave lesão à concorrência e prejudicam consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens ou serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente.¹⁰

Por serem difíceis de detectar, dado ao caráter sigiloso da conduta, o acordo de leniência se mostrará como um elemento essencial no combate a cartéis, uma vez que conta com a colaboração que vem de dentro do próprio cartel.

A ferramenta básica do programa de leniência para atingir resultados que cooperem com a aplicação e o enforcement da lei antitruste é a criação de incentivos aos membros do cartel para revelarem a existência do cartel à autoridade. Se tais incentivos induzem ao menos um membro do cartel a delatar depende da análise do custo e benefício da revelação da informação para a autoridade antitruste realizada pela empresa.

Uma empresa racional, que busca a maximização dos lucros apenas irá delatar a conduta ilegal se os custos de tal delação forem superados pelos benefícios esperados. Durante o cálculo dos custos e benefícios a empresa sempre considera a probabilidade de o cartel ser detectado e condenado, pois apenas neste caso o delator pode criar benefícios para a empresa. A probabilidade de se descobrir um cartel depende além dos esforços com

¹⁰ Cartilha da SDE. Combate a cartéis e Programa de Leniência. p. 6. 2008.

“enforcement” também na probabilidade de consumidores perceberem e reportarem os ajustes de preços e o risco de ex-empregados da empresa de revelarem informações.

A probabilidade de se detectar um cartel é influenciada pelos recursos investidos no monitoramento do cartel, uma vez que a quantidade de recursos normalmente influencia seu sucesso. E conforme se sabe, na maioria das vezes o orçamento das autoridades para a investigação do cartel é restrito, o que resulta em um monitoramento imperfeito, sendo difícil e custoso se detectar cartéis.

O desestímulo a cartéis depende assim no tipo e tamanho da penalidade imposta, bem como na probabilidade do cartel ser detectado. Quanto maior o risco de ser detectado, mais tal fator pesará na análise do custo e benefício para uma empresa realizar um acordo de leniência.

A realidade brasileira demonstra, no entanto, que ainda que se consiga um sucesso na condenação de um cartel, tal processo pode ser custoso e demorado, pois na maioria das vezes a decisão é recorrida ao Judiciário, o que implica em um longo período de espera, que pode por vezes retirar a efetividade da decisão.

Em vista da necessidade de uma solução célere dos conflitos, principalmente no campo do direito da concorrência, marcado pelo dinamismo do mercado que requer decisões em tempo econômico, o Termo de Compromisso e Cessação se apresenta como uma ferramenta necessária.

A possibilidade de cooperação dos representados no início do processo poupa recursos públicos, diminui os litígios judiciais e possibilita o pagamento antecipado da multa aos cofres públicos, efetivando-se a tutela dos direitos difusos e coletivos.

O procurador-geral do Cade, Arthur Badin, afirma que:

“A solução negociada é superior à solução imposta, na medida em que elimina os custos associados à implementação, antecipando à sociedade os benefícios da tutela legal. Com efeito, muitas vezes a solução negociada dos processos administrativos que visam a aplicação da Lei 8.884/94, na medida em que obvia os custos e riscos inerentes à morosidade do trâmite judicial, pode afigurar-se uma alternativa para a implementação eficaz da política de defesa da concorrência”.¹¹

¹¹ BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, p. 26, 2007.

Os acordos possuem incentivos e efeitos díspares, razão pela qual é possível sua convivência. São incentivos à celebração do Acordo de Leniência a instabilidade inerente aos cartéis, a instabilidade resultante do crescente número de investigações antitruste, bem como as altas multas pecuniárias impostas aos infratores. O integrante-delator adquire, apesar de lhe implicar a confissão de culpa, imunidade penal e administrativa, afastando as sanções que lhe seriam aplicadas em troca de cooperação com as autoridades antitrustes.

Já no TCC as empresas conseguem o arquivamento do processo administrativo, não lhes implicando, necessariamente, a confissão de culpa. Encerra-se a questão com o pagamento de multa pecuniária não inferior ao estabelecido no art. 23 da Lei 8.884/94. Importante ressaltar, contudo, que tal Acordo não exime a possibilidade de tal empresa sofrer processo criminal e civil por ação indenizatória – essa última também possível em Acordos de Leniência. Tem em seu favor a não confissão do fato, mas perde a imunidade que decorreria da delação.

Importante ponto que distingue o Termo de Compromisso de Cessação brasileiro daqueles de outros países, como os Estados Unidos e Europa é a não necessidade de confissão de culpa. Tal mostrará relevante efeito nas ações civis que decorrem do acordo. Ao contrário dos Estados Unidos que as ações de indenização promovidas por terceiros são a grande preocupação na realização de acordo, aqui sem o elemento da confissão dificulta-se o processo, podendo garantir assim mais celebrações do TCC.

Por outro lado, no entanto, não se garante imunidade criminal, e como no Brasil as infrações à concorrência são consideradas infrações tanto no âmbito administrativo como penal, tal pode se configurar um estímulo para a celebração de acordos de leniência, que por sua vez garantem a imunidade em ambos os âmbitos.

No Boletim Latino Americano de Competencia a advogada Adriana Franco Giannini¹² ressalta que:

“Para o poder público, as vantagens da celebração de TCCPs são claras: o imediato recebimento da prestação pecuniária e a rápida

¹² GIANNINI, Adriana Franco. Acordos em investigações de cartel: Inovações brasileiras e a experiência internacional. *Boletim Latino Americano de Competência*, p. 18, 2007.

conclusão do processo administrativo, economizando recursos do governo e, em última instância, da sociedade. Porém, mais importante é que ao obrigar os acusados a cessarem as práticas sob suspeita, o TCCP permite a imediata restauração da ordem econômica, em total conformidade com os ditames constitucionais e da Lei 8.884/94”.

Para a iniciativa privada, a celebração de TCCPs também traz benefícios. A rápida conclusão de uma investigação que poderia levar anos ou até décadas poupa recursos privados e permite aos investigados retomarem seus negócios o mais rápido possível. O TCCP traz ainda a definição da prestação pecuniária a ser paga em um estágio inicial das investigações, permitindo às empresas e indivíduos o planejamento do desembolso econômico a ser feito. A certeza, transparência e rapidez resultantes do TCCP são altamente benéficas para as empresas sem geral, e, portanto, para a economia do país como um todo.

Cabe ressaltar, ainda, que o TCC não se trata de direito subjetivo da empresa. De acordo com o parágrafo único do art. 129-D da resolução, o Secretário de Direito Econômico enviará ao Cade parecer opinativo sobre a conveniência e oportunidade da celebração do compromisso, propondo ao Plenário do Cade sua aprovação ou rejeição. O Cade possui discricionariedade para aceitar ou não o compromisso de cessação. Analisando o caso de acordo com o interesse público, pode entender que a celebração do termo não se mostra conveniente, não se confundindo, portanto, a legitimidade para requerer a celebração do acordo com o direito à sua celebração.

Não deve, pois, a empresa se furtar à delação confiando que, caso a conduta seja descoberta, poderá se valer de acordo para encerrar o processo. A celebração do acordo não configura direito líquido e certo dos requerentes. O Cade analisará no caso concreto aquele em que o transcorrer natural do processo poderia significar um risco de prejuízo à concorrência, com danos potenciais ao mercado. Sem a garantia do acordo não fica esvaziada a delação, convivendo efetiva e harmoniosamente o Acordo de Leniência e o Termo de Compromisso de Cessação.

5. Conclusão

O presente artigo procurou demonstrar que é possível, bem como necessária a convivência do Acordo de Leniência e do Termo de Compromisso de Cessação no direito antitruste brasileiro para se garantir a aplicação de todos

objetivos e princípios almejados pela Lei 8.884/94 de forma a se garantir a implementação eficaz da política de defesa da concorrência.

Objetivou-se também demonstrar que cada acordo possui incentivos díspares que irão garantir a sua aplicação. Tais incentivos irão variar conforme o contexto do direito antitruste nas diversas jurisdições. O grau de influência de um acordo sobre o outro, de forma a gerar um desestímulo na operação de ambos os acordos é resultado da sua forma de implementação em cada país. Entretanto, conforme visto, ainda que em diferentes graus, sua convivência será possível.

O Acordo de Leniência representa instrumento essencial na busca do dismantelamento de cartéis. Já o Termo de Compromisso representa a solução negociada que traz enormes benefícios para ambas as partes, como redução dos custos em litígios e maior eficiência da aplicação do direito antitruste e, portanto, justifica seu alto percentual de utilização nos países desenvolvidos.

Não se justifica dessa forma o questionamento descrédulo quanto a mudança na legislação brasileira no tratamento dos TCCs. Sua utilização nos casos de cartel ainda que passível de algumas críticas e que requeira aprimoramentos, busca a garantia da maior eficiência da aplicação do direito antitruste brasileiro e se apresenta, portanto, necessária.

6. Bibliografia

- BADIN, Arthur. Transação judicial na Lei n. 8.884/94. *Revista Jurídica Consulex*, ano XI, n. 263, 31 de dez. 2007.
- Cade. Relatório de Gestão da Procuradoria de 2006.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 7. ed. St Paul:West Group, 1999.
- GIANNINI, Adriana Franco. Acordos em investigações de cartel: Inovacoes brasileiras e a experiencia internacional. *Boletim Latino Americano de Competência*, n. 23, set. 2007.
- KRÜGER, Hans-Wilhelm. The Leniency Program in Cartel Law Enforcement: A Law & Economics Analysis. Master Thesis Erasmus Programme in *Law and Economics, University of Rotterdam*. 2001.

OCDE. Lei e Política da Concorrência no Brasil – Uma revisão pelos pares (Peer Review). Relatório elaborado pela OCDE e BID em 2005.

ROSENBERG, Barbara. Leniency program in Brazil: constraints and perspectives. set. 2005. Disponível em: <www.mecon.gov.ar/cndc/2005.pdf>.

ROUX, Catherine; UNGERN-STERNBERG, Thomas von. Leniency programs in a multimarket setting: Amnesty Plus and Penalty Plus. CESifo working paper no. 1995. Category 9: industrial organization. May 2007.

SDE, Cartilha SDE: *Combate a cartéis e programa de leniência*. Brasília, 2008.

A QUESTÃO DO NÃO CONHECIMENTO DAS OPERAÇÕES NO DIREITO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Gustavo Flausino Coelho

1. Introdução

O estudo desenvolvido na presente monografia visa a abordar a questão do não conhecimento, por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de operações pretensamente consideradas como atos de concentração sujeitas à notificação obrigatória ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), conforme previsto na Lei 8.884/1994 (“Lei Antitruste”).

A partir das recentes discussões do Plenário do Cade sobre o tema, este trabalho pretende abordar os requisitos legais existentes para a submissão necessária de atos de concentração para o SBDC e a atual aplicação das teorias que desejam mitigar a aplicação da previsão legal às operações de reduzido potencial de dano à concorrência.

À luz dessa questão, serão discutidas as propostas suscitadas para reduzir a insegurança jurídica provocada pela incerteza quanto ao conhecimento de atos de concentração por parte das autoridades de defesa da concorrência.

2. Atos de concentração no Brasil: submissão obrigatória e requisitos legais

A Constituição da República Federativa do Brasil (“CF/88”), promulgada há vinte anos, apresenta desde no texto original até os presentes dias uma divisão destinada à ordem econômica e financeira (título VII – arts. 170 a 192). Assim, a Carta Magna incorporou ao nosso ordenamento jurídico a ideia de constituição econômica, ao determinar a forma de organização e funcionamento da economia nacional.

Nesse sentido, cabe destacar a previsão constante no art. 170, inciso IV, da CF/88. A partir da livre concorrência, consignada como princípio da ordem econômica, o Constituinte decidiu adotar a inédita postura no direito brasileiro de introduzir normas de direito antitruste em nosso ordenamento.

Para atender a esse fim, a Carta dispõe, no art. 173, § 4.º, que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

A lei ordinária referida no texto constitucional foi devidamente sancionada pelo Presidente da República em 11 de junho de 1994 sob o n. 8.884 (“Lei Antitruste”). Tal diploma legal possibilitou a plena eficácia da previsão constitucional de promoção da livre concorrência, não se limitando à repressão das condutas lesivas ao mercado competitivo, mas abarcando a prevenção de infrações à ordem econômica, que é realizada por meio de controle de estrutura de mercado.

O controle estrutural encontra amparo legal infraconstitucional no art. 54 da Lei Antitruste, devendo monitorar a configuração dos mercados pelo controle de atos e contratos que viabilizam legalmente as fusões e aquisições, incorporações, joint ventures e outros meios de concentração econômica.

Ao notar que a estrutura de mercados apresenta é de grande relevância para as condições de concorrência, as autoridades de defesa da concorrência adotam postura preventiva, analisando de forma peculiar os chamados atos de concentração.

Para tanto, cabe analisar a definição de ato de concentração consagrada no direito antitruste nacional, a partir do entendimento extraído da doutrina e do texto legal.

A concentração é o ato de associação de empresas que provoca a transferência do poder decisório de órgãos independentes para um sistema de controle empresarial (FORGIONI, 2005, p. 466). Segundo os ex-presidentes do Cade Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 186), o ato de concentração pode ser compreendido como o ato jurídico de integração de empresas que gera poder econômico, i. e., a capacidade de influir em determinado mercado.

Recorrendo à recente publicação de Santiago (2008, p. 250):

Em suma, um ato de concentração econômica se caracteriza por mudanças duradouras na estrutura das empresas envolvidas, sendo necessário que estas mudanças façam com que essas empresas atuem como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações econômicas por elas realizadas.

As concentrações devem ser classificadas em três categorias: (i) horizontais; (ii) verticais; e (iii) conglomeradas. Brevemente, cabe distinguir

as concentrações horizontais por envolverem agentes econômicos que desenvolvam atividades no mesmo mercado, sendo concorrentes diretos. Nas concentrações verticais, os agentes não atuam no mesmo mercado, nutrindo relação de conexão ao longo da cadeia produtiva. Já as concentrações por formação de conglomerados são consideradas como residuais (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 318-319), uma vez que as operações não se enquadram nas demais categorias. Nessa situação, as empresas atuam em mercados distintos e sem correlação entre si.

De acordo com o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal formulado conjuntamente pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), não é possível definir preliminarmente se concentrações econômicas impactam positiva ou negativamente no bem-estar econômico. Assim, afasta-se a ideia de atos aprovados ou reprovados per se. A tabela abaixo (“Tabela 1”) apresenta sinteticamente as variáveis existentes que obrigam a análise específica de cada caso:

Tabela 1 – Impactos dos atos de concentração no bem-estar econômico

Impactos dos atos de concentração no bem-estar econômico	
Positivos	Negativos
Vantagens competitivas para participantes	Adoção de práticas anticompetitivas
<ul style="list-style-type: none"> – economias de escala – economias de escopo – redução dos custos de transação 	<ul style="list-style-type: none"> – aumento de preços – redução da qualidade – diminuição da variedade e/ou inovações

Fonte: Elaboração do autor

Para consolidar a previsão adotada para atos de concentração, recorre-se à Lei Antitruste:

“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.

(...)

§ 3.º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou

incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)”.

Conforme disposto acima, os atos de concentração no Brasil apresentam duas hipóteses legais para submissão à apreciação das autoridades de defesa da concorrência: (i) atos que possam limitar ou prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência; e/ou (ii) atos que possam resultar na dominação de mercado relevante. Essas condições foram apresentadas na Lei Antitruste de forma objetiva, ao obrigar a apresentação da operação ao SBDC quando: (i) ato implicar em participação de pelo menos 20% (vinte por cento) de um mercado relevante (art. 20, § 3o); ou (ii) ato tenha qualquer participante com faturamento bruto anual no último exercício social equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) (art. 54, § 3o).

Assim, resta claro que a existência de pelo menos uma das duas condições indicadas acima obriga os participantes, no caso concreto, à notificação obrigatória.

3. O conhecimento

Quando os atos de concentração são submetidos à análise do SBDC, os requerentes visam à aprovação sem restrição de suas operações. Todavia, antes de adentrar no mérito do caso, cabe às autoridades de defesa da concorrência a apreciação preliminar quanto à necessidade de o ato em tela ser enviado à esfera antitruste para controle de estrutura.

Por meio da apropriação de termo utilizado no direito processual civil,¹ o “conhecimento” será dado à operação, caso esta apresente as características devidas para a notificação ao SBDC (critérios supramencionados de

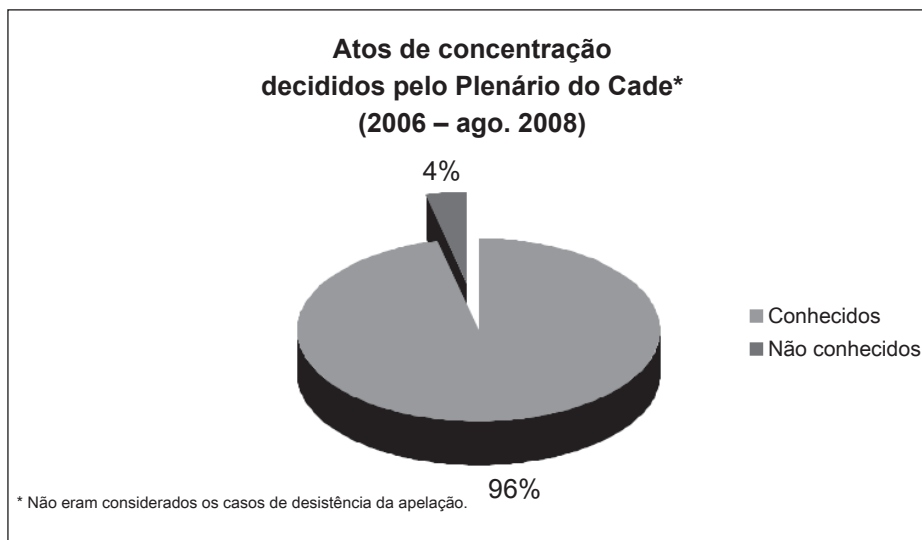
¹ Conforme lição de J. E. Carreira Alvim (2007, p. 320) sobre recursos no direito processual civil, é preciso analisar inicialmente os pressupostos para admissão do recurso (“juízo de admissibilidade”), como a satisfação das condições impostas em lei, para posteriormente examinar o mérito (“juízo de mérito”). Sendo o juízo de admissibilidade preliminar ao juízo de mérito, caso o tribunal entenda que o recurso não atende aos pressupostos, deve declarar que “não conhece o recurso”. Caso o juízo de admissibilidade dê positivo, diz-se que “conhece o recurso”.

faturamento ou posição dominante). No mesmo sentido, o conhecimento no direito antitruste é declarado pelo tribunal (Plenário do Cade) após a devida análise, a fim de atestar que o caso apresentado cumpriu os requisitos de forma indicados no texto legal.

Cabe destacar a objetividade das hipóteses de não conhecimento. O Cade pode não conhecer o ato caso o mesmo não se subsume aos parâmetros constantes no parágrafo 3.º do art. 54. “Assim, o Cade sequer examina o mérito do processo, julgando-o extinto.” (Santiago, 2008, p. 260)

Para ilustrar o universo das operações conhecidas e não conhecidas pelo Cade, segue abaixo gráfico indicando os atos de concentração julgados entre 2006 e 2008 (“Gráfico 1”).

Gráfico 1 – Atos de concentração decididos pelo Plenário do Cade (2006 – ago. 2008)



Fonte: Cade / Elaboração: autor

Cabe destacar a redação do art. 523, § 1.º, do Código de Processo Civil (Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973):

“Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1.º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.”

Apesar da aparente inexpressividade percentual de casos que não foram conhecidos, cabe destacar que o percentual indicado corresponde a 50 (cinquenta) atos de concentração que foram submetidos indevidamente ao SBDC. Isso significa que há uma média de quase 1 (uma) operação não conhecida por sessão ordinária do Cade.

O não conhecimento implica no arquivamento do ato de concentração sem o julgamento de mérito por parte do Cade. Dessa forma, deve-se indagar sobre o motivo de tantas sociedades requerentes terem submetido as suas operações em vão nos últimos anos.

4. A questão do não conhecimento

A questão do não conhecimento no direito antitruste brasileiro deve ser analisada em duas partes: (a) falta de uniformidade na análise de casos com jurisprudência pacífica por parte dos órgãos de instrução e de julgamento; e (ii) embate de ideias quanto à aplicação irrestrita do art. 54, *caput* e § 3.º.

4.1 Falta de uniformidade do SBDC

Apesar de os entes competentes pela instrução e julgamento do SBDC serem independentes em suas análises, e da necessidade de se analisar cada ato de concentração de forma individualizada, não é possível tratar com naturalidade a gama de casos simples, em rito sumário, que apresentam divergências entre os posicionamentos defendidos pela SEAE,² pela Procuradoria do Cade (ProCade) e pelo conselheiro-relator.

Um exemplo recente pode ser visto no AC 08012.001167/2008-26. Não obstante a operação se tratar de mera reestruturação societária, o que afasta a aplicação do controle estrutural pelas autoridades de defesa da concorrência,³ a SEAE se manifestou pelo conhecimento.

Mesmo com entendimentos consolidados pela jurisprudência antitruste, como o referido posicionamento em casos de reestruturação societária, o

² O posicionamento apresentado pela SEAE em seu parecer é acompanhado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) nos casos de atos de concentração, conforme Termo de Cooperação Técnico-Operacional firmado entre a ProCade e a SDE publicado no Diário Oficial da União em 20 de agosto de 2007. Dessa forma, quando mencionada a posição da SEAE em um dado caso, será considerada também a mesma posição para a SDE para fins do presente trabalho.

³ Vide AC 53500.006612/2002.

problema reside na aplicação da decisão reiterada na prática, quando a SEAE e/ou a ProCade não identificam os claros indícios para o não conhecimento e o ato de concentração é aprovado pelo Plenário do Cade pelo rito sumário.

No caso em tela, o conselheiro-relator Paulo Furquim de Azevedo apresentou voto elucidativo, reiterando a posição existente sobre a operação e convencendo os demais conselheiros a não conhecer a operação por unanimidade.

Assim, fica notória a deficiência do SBDC em lidar com questões de redução complexidade que envolvem o conhecimento, mesmo em casos de entendimento cristalizado do Cade pelo não conhecimento.

4.2 *Conflito atual: não subsunção*

Conforme previsto há vários anos (Oliveira; Rodas, 2004, p.192-194), há um ponto sensível sobre o conhecimento ou não de uma operação no Cade.

Partidários de uma visão mais legalista (ou ortodoxa) do direito antitruste costumam afirmar que inexistem exceções para a aplicação dos requisitos constantes no art. 54, *caput* e § 3.º da Lei Antitruste, exceto se constantes na própria redação da lei.

Outros, invocando o princípio da eficiência econômica e processual, sustentam abordagem liberal, afirmando que existem operações entre agentes que não se submetem ao referido art. 54. Nessas operações não haveria qualquer possibilidade de limitação ou prejuízo à livre concorrência, o que seria suficiente para isentar os participantes de apresentação do ato ao SBDC.

O embate tem se acirrado recentemente, sendo capitaneado pela ProCade e endossado pelo conselheiro Furquim e pela ex-presidente do Cade Elizabeth Farina, a fim de o Plenário alterar o entendimento da maioria dos conselheiros e adotar a postura liberal da não subsunção de atos manifestamente irrelevantes do ponto de vista concorrencial.

A principal situação de divergência do Plenário ocorre nos casos em que a operação é notificada ao SBDC em razão de o faturamento do vendedor atender ao mínimo legal para submissão. A necessidade de submeter esse tipo de operação aos custos inerentes ao procedimento de análise concorrencial é uma anomalia da Lei Antitruste, uma vez que, em última instância, se trata de uma “desconcentração” econômica e não de um ato de concentração.

Para exemplificar, cabe analisar o recente AC 08012.000431/2008-12, no qual os pareceres da ProCade e da SEAE e o voto do conselheiro-relator

convergir no sentido de acolher o argumento do não conhecimento da operação. Pautado na premissa maior de que não é aplicável a presunção de lesividade quando apesar de o faturamento do grupo vendedor atende ao requisito de faturamento do art. 54, § 3.º, da Lei Antitruste, o conselheiro-relator Paulo Furquim sustentou a tese da não subsunção obrigatória para casos como esse. Todavia, sofreu a derrota por maioria do seu pensamento. Dessa forma, o ato de concentração em tela foi conhecido e aprovado sem restrições.

Em suma, os defensores do novo entendimento sustentam os seguintes argumentos: (i) o faturamento do grupo vendedor não pode ser fator exclusivo para submissão de ato de concentração ao SBDC; (ii) o termo “participante”, constante na redação do art. 54, § 3.º, da Lei Antitruste, não deve abarcar o agente econômico vendedor, pois este não seria participante do ato de concentração, mas mera parte do contrato que serve de suporte fático para a operação; e (iii) diante da referida ambiguidade terminológica entre o significado jurídico das palavras “parte” e “participante”, parece ser mais sensata a interpretação à luz do sentido sustentado pelo Legislador da Lei Antitruste de eficiência econômica e possibilidade de dano ao ambiente concorrencial.

Defensor da estrita interpretação legalista para o caso em comento, o ex-conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado costumava sustentar em sessão que a legislação antitruste brasileira deve ser respeitada e suas imperfeições devem ser sanadas da devida forma (alteração legislativa). Assim, enquanto a Lei Antitruste não fosse alterada, não caberia o despeito do texto legal ou a sustentação de interpretação extraordinária.

4.3 *Perspectivas*

Em meio a essa contenda, o Cade apresenta posição frágil para lidar com tamanha divergência de posições. Destaca-se que a questão do não conhecimento envolve o interesse coletivo, não se tratando de questão irrelevante.

A notificação obrigatória é um custo para toda a sociedade em nome de um bom enforcement da defesa da concorrência. Esse dano à coletividade se manifesta explicitamente na taxa de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) ao SBDC⁴ e nos honorários pagos aos profissionais encarregados pela

⁴ O valor da taxa pago ao SBDC não é devolvido ao requerente em caso de não conhecimento da operação, uma vez que se considera que o montante foi devidamente

notificação e acompanhamento da operação, assim como no dispêndio da Administração Pública com a análise antitruste da operação. Contudo, o problema maior a ser enfrentado é a incerteza quanto ao que fazer em situações como a do AC 08012.000431/2008-12, em que há divergência sobre a necessidade de notificação.

Enfatiza-se que a dúvida quanto à questão gera um volume de trabalho desnecessário para o SBDC, resultando em instruções e votos rasteiros, e, em última análise, um sério problema para um ramo do direito que destaca a produção advinda dos julgados.

Nesse sentido, listamos abaixo algumas sugestões de medidas cabíveis por parte do SBDC, a fim de sanar o atual quadro de instabilidade:

- promover o diálogo institucional entre os componentes do SBDC, a fim de melhorar a qualidade dos casos, especialmente na fase de instrução;
- rediscutir o projeto de instrução normativa do Cade⁵ para definir critérios objetivos de conhecimento de operações de concentração econômica em consonância com a Lei Antitruste; e
- pressionar efetivamente o Poder Legislativo, a fim de aprovar o Projeto de Lei 3.937/2004, que trará disposição diversa para a notificação obrigatória de atos de concentração.

Porém, enquanto a Lei Antitruste não for alterada e o art. 54, caput e § 3.º mitigado pela legislação, a melhor forma de assegurar o crescente destaque e credibilidade dados ao direito antitruste nacional é a aplicação irrestrita do texto legal em vigor, a despeito da visão de eficiência econômica.

5. Conclusão

Ao longo do trabalho, foram analisadas as características e circunstâncias teóricas e práticas do não conhecimento no Brasil.

empregado na análise da operação, independentemente do seu conhecimento pelo Plenário do Cade.

⁵ Desde 2007, o conselheiro Furquim defende a edição de uma norma do Cade estabelecendo, de forma transparente e clara, as hipóteses de não conhecimento. Os ex-presidentes do Cade Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 194) fazem menção à iminência de o assunto ser tratado por meio de resolução do Cade, uma vez que a tendência de não subsunção se firme.

Procurando sempre se ater aos aspectos econômico e técnico-jurídico da matéria, inserida no campo do direito da concorrência, buscou-se demonstrar a importância que esse tema tem para a sociedade. Devido ao pouco destaque dado ao tema, mesmo dentro desse ramo do direito, o não conhecimento tem sido declarado de forma inconstante e sem questionamentos futuros.

Esse trabalho visou a explorar um tema raramente abordado com a devida atenção pela doutrina. Conforme exposto no capítulo anterior, o não conhecimento apresenta facetas distintas, mas que resultam em problemas similares para a sociedade (insegurança jurídica e redução do enforcement, em especial).

Como se percebeu, a tendência atual é de discussão do tema, que deve ser tratado pela nova formação do Plenário do Cade de modo singular. Nesse sentido, o presente trabalho espera contribuir para a constante melhora dos institutos de defesa da concorrência, a altura da magnitude do Brasil e do potencial econômico do país e das empresas nele instaladas.

Bibliografia

- BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>>. Acesso em: 22 out. 2007.
- BRASIL. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1.º de agosto de 2001 – Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/legislacao/portarias/2001/SEAE_SDEn50_2001.pdf>. Acesso em: 30 set. 2008.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SANTIAGO, Luciano Sotero Santiago. *Direito da concorrência – Doutrina e jurisprudência*. Salvador: JusPodivm, 2008.