

Prêmio IBRAC-TIM 2016

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A SUPERVALORIZAÇÃO DO ANTITRUSTE?

Luiz Antonio Galvão

Resumo: A ideia por trás deste artigo é analisar em que medida os objetivos que vêm sendo atribuídos ao direito antitruste não seriam superiores ao que ele consegue, sozinho, concretizar. No contexto dessa possível supervalorização do direito antitruste, o seu alinhamento com as políticas públicas determinadas pelo Estado e aplicadas por outros órgãos é essencial para a efetividade da política que se propõe, especialmente em países em desenvolvimento. Pretende-se verificar em que grau a autoridade antitruste deve estar alinhada a outros órgãos do governo e de que forma pode haver um embate entre elas quando da implementação de políticas públicas.

Palavras-chave (português): “direito antitruste”; “política pública”; “desenvolvimento”; “defesa da concorrência”; “cartel”; “concentração econômica”.

Palavras-chave (inglês): “antitrust law”; “public policy”; “development”; “competition policy”; “cartel”; “merger review”.

1. Introdução

O direito antitruste tem ganhado cada vez mais importância ao longo dos últimos anos. No Brasil, em especial, o debate tornou-se mais intenso na década de 90, com a promulgação da Lei nº 8.884/1994. O tema ganhou ainda mais relevância com a promulgação da Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o sistema de defesa da concorrência no Brasil, além de introduzir importantes modificações, como a análise prévia de atos de concentração econômica.

Corre em paralelo à maturidade da defesa da concorrência no Brasil e no mundo o debate sobre quais seriam os objetivos do direito antitruste. Em outras palavras, como deve ser a aplicação da lei concorrencial pelas autoridades antitruste? Deve ser ela estritamente técnica, fundada em critérios legais e econômicos, ou há margem para a inserção de outros valores?¹

¹ Como mencionado por Giorgio Monti, “When answering the political question, two extreme answers might be offered: either competition law is solely about promoting

Nesse sentido, a análise do direito antitruste como uma forma de implementação de políticas públicas tem se mostrado um tema bastante recorrente. Não são poucos os autores que entendem que autoridades de defesa da concorrência devem pautar a sua atuação não apenas na defesa da concorrência em si, mas considerando o contexto político-econômico e as políticas públicas que se pretende implementar em um país. O debate também surge no Brasil, ainda que de forma incipiente^{2,3}.

A discussão sobre políticas públicas traz consigo ainda diversos objetivos que poderiam ser perseguidos pela defesa da concorrência. Citando alguns exemplos, temos a distribuição de renda, eficiência do mercado, os consumidores, a felicidade, dentre outros elementos.

Todos estes supostos objetivos do antitruste levam a outra questão, talvez ainda mais complexa: será que, de fato, o antitruste é capaz de concretizar todos estes objetivos? Não estaria havendo uma supervalorização do direito antitruste, sendo atribuído a ele competências muito além do que ele é capaz de administrar?

A ideia por trás deste artigo é, assim, analisar em que medida a atuação da autoridade antitruste, ao definir uma política pública de defesa da concorrência, deve levar em conta também as bases definidas pelo Estado em seu programa de governo. Aliado a isso, pretende-se verificar em que grau a autoridade antitruste deve estar alinhada a outros órgãos do governo e de que

economic welfare by ensuring that firms behave in such a way as to minimize costs and maximize the benefits that consumers can obtain from the scarce resources that are available (in economic terms, the pursuit of productive, dynamic and allocative efficiency), or competition law can be used to pursue a variety of other public interest goals (...). In between these two extremes of competition law as ‘guardian of economic welfare’ and as ‘instrument of public policy’ intermediate positions are possible whereby only a discrete set of public policy goals other than economic welfare are pursued”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 4.

² Como afirma Paula A. Forgioni, “Entende-se, assim, o direito antitruste como *técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência*”. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 87.

³ Segundo Calixto Salomão Filho: “Afetando o direito concorrencial os interesses de todos os participantes do mercado – isto é, sendo necessariamente não neutro em relação a todos eles -, é necessário e não paradoxal incluir entre os titulares dos direitos subjetivos dele decorrentes todos os componentes do mercado, isto é, tanto os consumidores, quanto os concorrentes”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.p. 80.

forma pode acabar por haver um embate entre elas quando da implementação de políticas públicas.

2. A ampliação dos objetivos do antitruste

Como já mencionado, os estudiosos do direito antitruste há muito se dedicam a debater quais seriam os objetivos do antitruste. Pretende-se apresentar a seguir um breve resumo dos objetivos que vêm sendo atribuídos ao direito antitruste pela doutrina e autoridades nos últimos anos.

2.1 Direito Antitruste e Aplicação de Políticas Públicas

A análise do direito antitruste como uma forma de implementação de políticas públicas é um dos pontos mais discutidos e de maior influência no debate teórico brasileiro.

Para os adeptos de tal linha de pensamento, o direito antitruste não deveria ser visto como um fim em si mesmo, isolado de toda a realidade política e econômica de um país, mas seria mais uma ferramenta, dentre várias outras, para que sejam implementadas políticas públicas.

Haveria, assim, uma política de defesa da concorrência, que priorizaria, a depender dos objetivos e interesses de uma autoridade antitruste, um ou outro caminho. Poderia, nesse sentido, decidir por aumentar a repressão a carteis ao invés de focar no controle de estruturas. Ou então, poderia optar por focar determinados segmentos de mercado, abrindo mão de outros, com base em uma política específica.

A discussão não é recente. Em artigo de 1979, o professor da Universidade de Georgetown, Robert Pitofsky, já afirmava que não devem ser excluídos valores políticos da análise antitruste⁴. Muito embora a preocupação de Pitofsky esteja ligado também com uma certa ameaça que a concentração de poder econômico poderia trazer para um sistema político de um país, não se pode desconsiderar a conclusão a que ele chega, no sentido de que uma análise puramente econômica do direito antitruste, na forma como proposta por muitos autores e escolas da época, não abrange todos os espectros de uma análise concorrencial e exclui importantes pontos, especialmente políticos, que não podem ser desconsiderados.

⁴ De acordo com o professor, “It is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws”. PITOFSKY, Robert. *The Political Content of Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Pa., U.S.A., vol. 127, no. 4, April 1979.

No Brasil, o debate sobre o direito antitruste como uma ferramenta para implementação de políticas públicas está bastante maduro, tanto na doutrina, como nos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Assim, se de um lado há autores que admitem expressamente que o direito antitruste não deve estar restrito a uma aplicação técnica da lei, os precedentes do CADE refletem tal pensamento⁵.

Naturalmente, assumir que existe uma política de defesa da concorrência a ser aplicada por uma autoridade antitruste e, conseqüentemente, que tais autoridades utilizam o direito antitruste como uma ferramenta de implementação de políticas públicas significa assumir uma maior regulação econômica e social por parte do antitruste, admitindo, dessa forma uma maior intervenção do Estado na economia.

2.2. Direito Antitruste e Distribuição de Rendas e Riquezas

Outro tema de frequente discussão envolve o papel do antitruste como ramo do direito responsável por auxiliar na distribuição de rendas e riquezas. Muito embora o debate neste ponto esteja muitas vezes influenciado por uma considerável carga ideológica, trata-se de um ponto importante a ser observado, em especial nos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Nesse sentido, a questão que é trazida por este debate envolve basicamente se o direito antitruste, ao mesmo tempo em que luta pela proteção do mercado concorrencialmente saudável e da repressão ao abuso de poder econômico, deveria preocupar-se em evitar a concentração de riquezas nas mãos de poucos.

Sobre esse aspecto, Eleanor Fox traz interessante metáfora: “o antitruste de países em desenvolvimento não deve ser utilizado para proteger Davids ineficientes contra Golias, porém pode ser utilizado para empoderar Davids contra Golias ao manter abertos caminhos de mobilidade e acesso”⁶.

Não se trata aqui da autoridade antitruste atuar diretamente na distribuição de riqueza, o que parece ser claro estar fora de seu escopo legal. O

⁵ Nesse sentido, vale mencionar os Atos de Concentração nº 08700.005447/2013-12, 08012.001875/2010-81, 08012.008378/2011-95, 08700.005719/2014-65 e o Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79.

⁶ Tradução livre. No original: “Developing country antitrust should not be used to protect inefficient Davids against Goliath, but it may and should be used to empower Davids against Goliath by keeping open paths of mobility and access”. FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

ponto é justamente de refletir em que medida o aplicador do direito concorrencial em um país em desenvolvimento deve pautar-se pelos mesmos pilares e com os mesmos objetivos do aplicado do direito concorrencial que esteja em um país desenvolvido.

Parece natural, que o contexto político e social de um país deve interferir significativamente no cenário econômico, desde a organização das empresas, a estrutura de controle, a sua atuação no mercado e também o relacionamento destes agentes econômicos com autoridades governamentais e consumidores. Em que medida, portanto, deveria o direito antitruste em países em desenvolvimento adotar um caminho diferente daquele adotado por países desenvolvidos, baseado principalmente nos princípios de livre mercado e eficiência?⁷

No Brasil, o debate ainda é pouco maduro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Não obstante, é importante notar que o CADE tem aberto os olhos para este ponto, em especial em setores da economia que podem ter um impacto direto nos consumidores⁸.

Entender o direito antitruste como uma forma de auxiliar na distribuição de rendas e riquezas de países em desenvolvimento, portanto, é

⁷ Vale mencionar novamente trecho de artigo da professora Eleanor Fox: “In sum, the people of developing countries are impacted by cartels and monopolistic practices. These practices include those that raise consumer prices and input prices to their businesses, which exclude or build hurdles to their outputs, and foreclose domestic suppliers. They do so by all means: coercive practices such as boycotts, covenants not to compete, price manipulation, and predation. They shore up their power to do so by mergers. Anticompetitive practices are rife in areas of physical and business necessity (...). Many of the practices are local, many are facilitated by the government, and many others are offshore, resulting in inbound restraints”. FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

⁸ Em voto no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79, o Conselheiro Alessandro Octaviani cuidou da questão ao tratar o cimento como um produto de grande importância para o desenvolvimento do país: “No caso em análise, o conluio formado nos mercados de cimento e de concreto, bens de fundamental importância para a sociedade e que não possuem substitutos, gerou imensos danos sociais e econômicos, especialmente no que tange ao orçamento das famílias brasileiras, à efetivação de direitos básicos de moradia e ao acesso à infraestrutura, o que exige a fixação de penas em patamares elevados para os agentes que incorreram em tal conduta”. Neste mesmo contexto, quando da análise do setor de educação no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12, a Conselheira Ana Frazão traçou metas para as empresas envolvidas que dificilmente fariam sentido em países desenvolvidos.

também uma forma de vê-lo como um instrumento de aplicação de políticas públicas.

2.3 Direito Antitruste, Proteção dos Consumidores e Felicidade

Embora por muitos estigmatizada, a discussão sobre se o antitruste deve se preocupar com os consumidores tem ganhado cada vez mais espaço⁹. Há quem afirme que o direito antitruste deve imediatamente preocupar-se com os impactos que a concentração de poder econômico pode trazer para consumidores, e não de forma mediata, como normalmente entende-se.

A maior representação prática deste aspecto é o aumento de preços por parte de empresas detentoras de poder econômico, ou então por meio de condutas anticompetitivas, como carteis. A eficiência, nesse sentido, estaria relegada a um segundo plano da análise antitruste e não deveria sobrepor-se à proteção do consumidor.

Em paralelo, vale mencionar o debate sobre se o direito antitruste deveria trazer buscar à felicidade dos consumidores. Naturalmente, a palavra felicidade aqui é empregada como bem estar do consumidor em geral e está mais ligada à aplicação do direito antitruste em países desenvolvidos¹⁰.

2.4 A Supervalorização do Antitruste

Em verdade, todos os exemplos de objetivos do antitruste trazidos estão bastante próximos. De modo geral, o que tais autores sugerem é que o antitruste vá além de uma mera análise técnica e objetiva da lei e de critérios econômicos, alcançando setores da sociedade e modificando-os de forma a criar bem estar social. Todos eles pressupõem a existência de uma política de defesa

⁹ Cf. LANDE, Robert H. *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice*. 81 Fordham L. Rev. 2349, 2013.

¹⁰ Nas palavras de Maurice Stucke, “The happiness literature can help policymakers assess in a post-materialistic society the importance of antitrust’s noneconomic values relative to economic values, such as minimizing deadweight welfare loss. But even if the happiness literature down the road cannot assess the relationship between effective antitrust enforcement and well-being, the literature today already draws into question the framework used over the past thirty years to guide U.S. antitrust policy. (...) In short, to promote overall well-being, any competition policy in a developed economy must include both material well-being and quality-of-life factors”. STUCKE, Maurice E. *Should Competition Policy Promote Happiness?* 81 Fordham L. Rev. 2575, 2013.

da concorrência e um transbordamento da aplicação do direito antitruste para setores além do antitruste, sendo uma ferramenta para mudanças na sociedade.

Não se pretende afirmar aqui, como dito por Barak Orbach, que o antitruste perdeu o seu objetivo inicial, que é a defesa da concorrência, na medida em que passou a preocupar-se com o bem estar de consumidores¹¹. É inegável, contudo, que cada vez mais se tem atribuído a ele objetivos além da defesa da concorrência.

Ocorre que a autoridade antitruste não deve ser vista como um ponto isolado e capaz de, sozinho, implementar políticas públicas eficientes¹². Deve-se entender o direito antitruste como mais uma das ferramentas de que dispõe o Estado quando da definição e implementação de uma política pública. O alinhamento, dessa forma, é fundamental.

Como pretendemos demonstrar a seguir, o ambiente político que circunscreve a autoridade antitruste é de crítica importância para o sucesso ou não de uma política pública concorrencial.

3. A Aplicação de Política Concorrencial pela Autoridade Antitruste

Como visto, diversos objetivos têm sido atribuídos ao direito antitruste. Sua competência, tradicionalmente relacionada à defesa da concorrência e repressão ao abuso do poder econômico seria apenas mais um dos valores e objetivos de sua aplicação. No caminho desta aplicação deveriam ser considerados diversos outros fatores, todos parte de uma política de defesa da concorrência, que valorizaria um ou outro em maior ou menor medida com base no que foi definido como apropriado pela autoridade antitruste.

Como coloca Giorgio Monti, “é impossível identificar a ‘alma’ da lei concorrencial; o máximo que pode ser feito é mostrar que há diferentes opiniões, igualmente legítimas, sobre o que a lei concorrencial deve alcançar.

¹¹ ORBACH, Barak. *How Antitrust Lost Its Goal*, 81 Fordham L. Rev. 2253, 2012.

¹² Vale, nesse sentido, mencionar o quanto dito por Luis Fernando Schuartz: “O legislador, as autoridades ou os ‘especialistas’ podem dizer o que quiserem: somente aqueles resultados sociais que o melhor argumento econômico definir como *possíveis* de realizar por meio da implementação de uma política esclarecida da concorrência – sob a forma de normas jurídicas – é que caberão ser defendidos *racionalmente*. O resto é ideologia”. SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. pp. 63-64.

Além disso, dentro de cada país os propósitos da lei concorrencial podem mudar ao longo do tempo, mesmo sem uma alteração aos textos legislativos”¹³.

A questão que se coloca, contudo, é o quanto a autoridade antitruste está preparada para assumir tantas responsabilidades e em que medida ela será bem-sucedida. A resposta para isso reside muito mais fora da agência antitruste do que dentro dela.

Em outras palavras, não obstante a política concorrencial adotada pela autoridade, ela somente conseguirá sua máxima efetividade se alinhada a diversas outras políticas públicas a serem aplicadas por outros agentes reguladores e alinhada também às políticas públicas definidas pelo próprio Estado como sendo a sua forma de atuação.

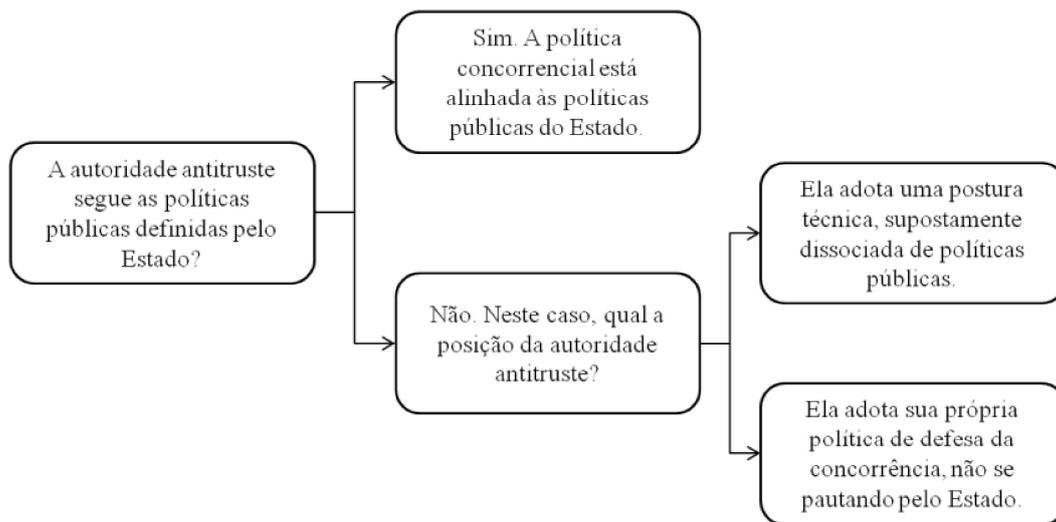
Deve-se assumir, assim, que o direito antitruste é tão somente uma das diversas ferramentas que estão à disposição do Estado para aplicar políticas públicas, seja essa política de regulação da economia ou não. Cabe ao Estado, assim, definir uma política pública macro, com base no programa de governo que tem para o país, para então essa política ser seguida pelos mais diversos braços do Estado.

Essas bases servirão para a atuação dos mais diversos agentes, como ministérios, agências reguladoras e autarquias, como o CADE e o Banco Central. O alinhamento entre a aplicação de políticas públicas por todos estes agentes é condição fundamental para o sucesso de suas atuações¹⁴.

É possível, portanto, traçar diversas hipóteses de cenários em que uma autoridade antitruste poderia estar inserida e que serão determinantes para a efetividade da sua atuação. O organograma a seguir expõe os possíveis cenários que pretendemos analisar:

¹³ Tradução livre. Do original: “it is impossible to identify the ‘soul’ of competition law; the most that can be done is to show that there are different, equally legitimate opinions as to what competition law should achieve. Moreover, within each country, the purposes of competition law can change over time, even without an amendment to the legislative texts”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. pp. 2-3.

¹⁴ Importante destacar, neste ponto, que quando falamos que determinada política pública foi “efetiva” ou “bem-sucedido” significa tão somente que ela produziu os resultados pretendidos. Não se está fazendo um juízo de valor sobre os impactos positivos ou negativos de tal política pública sobre a sociedade, mas tão somente se ela atendeu à proposta de plano de governo inicial (ou à política pública macro definida pelo Estado). Eventual acerto ou erro do plano de governo deverá ser analisado posteriormente e em um outro contexto.



O ponto inicial, assim, é assumir a existência de uma definição, por parte do Estado, das bases das políticas públicas que se pretende serem aplicadas pelos órgãos da administração pública e que haja políticas públicas que possam ser adotadas pela autoridade antitruste¹⁵. Em geral, tal política pública macro seguirá o plano de governo definido.

Assumida a definição pelo Estado de uma política pública macro, há duas opções para a autoridade antitruste: (i) seguir tal política pública como parâmetro para definição e aplicação de uma política de defesa da concorrência; ou (ii) não seguir tal política¹⁶.

Na hipótese da autoridade antitruste não seguir a política traçada pelo Estado, restam a ela duas opções: (i) adotar uma abordagem meramente técnica da legislação de defesa da concorrência – o que, como veremos adiante, é também uma decisão política; ou (ii) traçar a sua própria política de defesa da concorrência.

¹⁵ É possível que o Estado não assuma uma posição de regulação da economia ou defina políticas públicas que não estejam vinculadas ao direito da concorrência. Em tais hipóteses, a autoridade antitruste vê-se forçada a (i) fazer uma aplicação meramente técnica da legislação de defesa da concorrência (o que não deixa de ser uma política, na medida em que há sempre um juízo de valor); ou (ii) traçar a sua própria política de defesa da concorrência.

¹⁶ Neste ponto, devemos assumir que, muito embora vinculada muitas vezes ao Poder Executivo, a autoridade antitruste tem liberdade e discricionariedade para agir com independência. É a situação, por exemplo, do CADE, que é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

Entendemos ser possível agrupar todas essas possibilidades em três grandes hipóteses: (i) o Estado define as bases de uma política pública e a política de defesa da concorrência adotada pela autoridade antitruste está alinhada a essas bases; (ii) autoridade antitruste mantém-se supostamente afastada das políticas públicas do Estado e aplica a legislação concorrencial tecnicamente, alheia, em tese, a qualquer política pública; e (iii) a autoridade antitruste define sua própria política concorrencial, independente da política macro definida pelo Estado, em uma espécie de ativismo.

Analisaremos a seguir cada uma destas hipóteses à luz da efetividade da implementação de políticas públicas pela autoridade antitruste, bem como as consequências de cada cenário para a efetividade das políticas públicas que se pretende implementar.

3.1 Hipótese I – Há um alinhamento entre as bases da política pública do Estado e a política concorrencial da autoridade antitruste

A primeira hipótese cuida de situação em que a autoridade antitruste adota uma política concorrencial que está alinhada às demais políticas públicas definidas pelo Estado. Haveria uma sincronia entre a atuação da agência antitruste e o que o Estado espera em termos de políticas públicas para o país, com base no que fora definido pelo programa de governo.

Neste cenário, a autoridade antitruste funciona como uma entre as várias ferramentas que o Estado tem em sua mão para implementar políticas públicas. É, portanto, o modelo em que a aplicação de políticas públicas tende a encontrar uma maior efetividade.

Há um trabalho conjunto entre todos os agentes governamentais visando a um fim comum. Cada ator, no âmbito de suas competências, irá implementar políticas públicas que estejam em consonância com o quanto definido pelo Estado. O papel do Estado nesta hipótese é de azeitar o sistema, fazendo com que ele funcione adequadamente, especialmente ao evitar o conflito entre os diferentes órgãos governamentais.

Os modelos mencionados no capítulo anterior parecem, dessa forma, pressupor esse cenário. Um exemplo disso é o modelo proposto por Eleanor Fox. A partir do momento em que a autora defende uma aplicação do direito antitruste própria para países em desenvolvimento, tal aplicação somente terá os resultados pretendidos na medida em que os outros órgãos do Estado seguirem a mesma linha.

Nesta primeira hipótese, portanto, pressupomos um alinhamento entre a aplicação de políticas públicas por todos os órgãos governamentais, inclusive a autoridade antitruste, políticas essas que estarão alinhadas às bases

previamente definidas pelo Estado. Este alinhamento é positivo para a implementação de políticas públicas na medida em que reduz o embate e o conflito entre os órgãos governamentais: eles atuam como complementares ao invés de sobrepostos.

3.2 Hipótese II – A autoridade antitruste adota uma abordagem técnica, supostamente alheia a uma política concorrencial

Uma segunda hipótese envolve a autoridade antitruste recusar-se a seguir as bases definidas pelo Estado e decidir por adotar uma abordagem técnica do direito antitruste, sem buscar valores como distribuição de rendas e riquezas ou o bem estar de consumidores. A autoridade antitruste, nesse sentido, buscaria a eficiência do mercado¹⁷.

Mesmo neste cenário, contudo, está a autoridade antitruste tomando uma decisão política, ainda que essa decisão seja ausentar-se de decisões que envolvam aspectos não técnicos, ou ausentar-se da influência de aspectos não econômicos no processo decisório. Contudo, tal decisão carrega de forma inerente um juízo de valor pela autoridade e envolve, conseqüentemente, uma decisão política.

A consequência de a autoridade antitruste adotar tal postura é seu não alinhamento a eventuais políticas públicas a serem implementadas pelo Estado. É a perda, para o Estado, de uma ferramenta poderosa de mudança social e econômica¹⁸.

¹⁷ “The other theme viewed antitrust as a body of law designed to promote the goal of enhancing economic efficiency, without regard to the sociopolitical imbalance that such a goal might create between the large concentrated business and small struggling competitor. Under this approach, the antitrust laws were intended to protect competition rather than competitors”. R. Bork, *The Antitrust Paradox* 91 (1978). Efficiency is frequently viewed in terms of whether the challenged conduct creates a restraint or limitation on output”. SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: cases, materials, problems*. 6. Ed. San Francisco: LexisNexis, 2009. p. 2.

¹⁸ Como afirma Giorgio Monti, “to claim that competition law should not be affected by other public policy goals is at the very least a resolution of some of the internal differences between members of DG Competition, and at most a potentially significant delimitation of its powers. Indeed, the Commission in 1993 had noted how a competition policy that did not have an impact on other Community policies would be marginalized and of less relevance”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 90.

3.3 Hipótese III – A autoridade antitruste adota sua própria política concorrencial, não se pautando por bases definidas pelo Estado

Das três hipóteses por nós definidas, é a terceira que suscita maiores questões. Trata-se de situação em que, não obstante as bases de políticas públicas definidas pelo Estado, a autoridade antitruste define a sua própria política concorrencial, munida da independência que, ao menos no Brasil, lhe é conferida.

Dito de outra forma, a autoridade antitruste opta por traçar uma agenda própria, que pode estar alinhada à agenda do Estado e de outros órgãos reguladores ou não. Diversos podem ser os motivos para que tal situação ocorra, inclusive a existência de um Estado fraco e sem uma política pública clara ou sem força para implementar uma política pública de forma eficiente.

São ao menos três situações que podem advir de tal ativismo antitruste: (i) arbitrariedade - a autoridade não consegue traçar uma política concorrencial clara, trazendo insegurança para os administrados e para o mercado; (ii) conflito - há um embate entre a autoridade antitruste e outros órgãos do Estado; e (iii) ativismo - a autoridade antitruste transborda sua atuação sobre competências de outros órgãos do Estado. Passaremos, assim, a analisar cada uma dessas situações.

3.3.1 Arbitrariedade da Autoridade Antitruste

O primeiro risco é de a autoridade antitruste ver-se desprendida de uma racionalidade na aplicação de políticas públicas. Não há, nessa hipótese, uma linha a ser seguida pelos representantes da autoridade, que decidem por diversos valores e objetivos sem que isso fique transparente para os representados.

Tal situação representa um enorme risco para o bom funcionamento da autoridade antitruste. Ao não estabelecer critérios racionais de análise, a autoridade distancia-se dos administrados, que ficam impossibilitados de realizar qualquer diálogo. Dito de outra forma, a autoridade passa a falar sozinha e para si mesma.

Isso leva a uma enorme insegurança jurídica e instabilidade para o mercado, tendo uma influência direta na economia e nos negócios de um país. Nesse caso, a ausência de uma política concorrencial clara pode acabar por trazer mais prejuízos do que benefícios, fragilizando a autoridade antitruste.

Giorgio Monti alerta para tal problema, afirmando que o problema não está em a autoridade antitruste pautar sua política concorrencial em um leque amplo de políticas públicas, mas no fato dos administrados não saberem

quais políticas estão sendo perseguidas pela autoridade. Em último caso, uma arbitrariedade por parte do órgão antitruste pode resultar em um sistema que sequer pode ser chamado de sistema jurídico¹⁹.

A autoridade antitruste, portanto, deve estar atenta para traçar sua política concorrencial de forma clara, transparente e racional, de modo que os administrados possam dela fazer parte, inclusive facilitando a análise concorrencial pela autoridade ao diminuir a incerteza e a insegurança jurídica trazidas pela arbitrariedade.

3.2.2 Conflito com Outros Órgãos

Outro risco que pode advir da ausência de alinhamento entre as políticas públicas definidas como base pelo Estado e a política concorrencial adotada pela autoridade antitruste reside no conflito entre diferentes órgãos do governo.

Como já mencionamos, a autoridade antitruste não é o único órgão do Estado capaz de implementar políticas públicas. Em verdade, é apenas mais uma das muitas ferramentas de que dispõe o Estado para intervir na economia e na sociedade.

No Brasil, a situação é clara: são diversas agências reguladoras, autarquias e ministérios, todos eles capazes de implementar políticas públicas. O não alinhamento entre elas pode levar aos mais diversos embates, desde impasses sobre competência²⁰ até decisões conflitantes.

No caso da autoridade antitruste, a situação é ainda mais grave. Como é sabido, a legislação de defesa da concorrência faz um corte horizontal no mercado, ou seja, ela procura atingir os mais diversos segmentos. A regulação, por outro lado, procura fazer um corte vertical no mercado, atingindo

¹⁹ “However what threatens to make competition Law unworkable is not the pursuit of a wide range of public policy objectives, but the fact that market participants are unaware of the policies being pursued. The primary concern should not be the presence of policy considerations, but the lack of transparency in the decision-making process. (...) The pursuit of other public policy objectives should not be objectionable *per se*, but the arbitrary and opaque pursuit of such objectives is problematic. At worst, such arbitrariness can result in a system which cannot properly be called a legal system”. MONTI, Giorgio. *EC Competition Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 16.

²⁰ Vale mencionar aqui o conhecido e muito discutido impasse entre o CADE e o Banco Central na análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

determinado setor que precisa de uma intervenção mais profunda e constante do Estado.

Esse problema foi levantado inclusive em trabalho produzido em conjunto pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) e pelo Banco Mundial, onde se afirmou que a legislação de direito antitruste tem uma aplicação geral, a todos os setores da atividade econômica. Por conta disso, determinados objetivos da política de defesa da concorrência podem, em certo momento, entrar em conflito ou serem constringidos por outros objetivos de política pública²¹.

Um exemplo de situação em que se vê tal impasse está na criação dos chamados “campeões nacionais” no Brasil. Ao mesmo tempo em que o Estado, por meio do BNDES, por exemplo, incentivou grandes operações de fusão e aquisição entre empresas brasileiras para criar indústrias nacionais fortes e competitivas no mercado externo, o CADE impôs duras restrições a tais empresas.

A solução, nesses casos, não pode ser outra senão a articulação entre a autoridade antitruste e os órgãos de regulação. Como afirma Marcela Fernandes, “as políticas de defesa da concorrência e de regulação setorial, na medida que constituem instrumentos de uma política econômica voltada para o desenvolvimento do país, devem ser implementadas, ambas, com o objetivo de fazer da prestação dos serviços públicos uma forma de assegurar ao usuário uma existência mais digna”²².

No Brasil, o CADE parece estar atento a este risco e procura evitá-lo. No âmbito do julgamento do Ato de Concentração envolvendo ALL - América Latina Logística S.A. e Rumo Logística Operadora Multimodal S.A., o Conselheiro Relator Gilvandro Araújo mostrou-se atento a esse impasse entre

²¹ “A legislação de concorrência normalmente é uma lei de aplicação geral: aplica-se a todos os setores da atividade econômica, a menos que sejam previstas isenções especiais. Tendo em vista essa ampla esfera de ação, há inter-relações complexas entre a política de concorrência e outras políticas públicas de economia. (...) Esse fator tem uma influencia direta sobre a extensão em que os objetivos da política de concorrência podem ser buscados sem ser constringidos ou entrar em conflito com outros objetivos de política pública”. BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame, São Paulo: Singular, 2003, p. 41

²² FERNANDES, Marcela Campos Gomes. A Influência das Políticas Públicas na Aplicação dos Instrumentos de Defesa da Concorrência: Um Estudo sobre a Articulação entre Autoridade Antitruste e os Órgãos de Regulação Setorial. In: Ivo Teixeira Gico Junior; Antônio de Moura Borges. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006 p. 388.

autoridade antitruste e órgãos reguladores, admitindo que medidas concorrenciais devem permitir certa mobilidade^{23 24}.

3.3. *Ativismo*

Finalmente, vale falar ainda de um possível “ativismo” da autoridade antitruste. Em outras palavras, a autoridade antitruste, ao adotar uma política de defesa da concorrência independente das bases de políticas públicas definidas pelo Estado, pode acabar por transbordar a sua competência, passando a atuar em searas que, normalmente, não seria seu escopo. Assim, a autoridade antitruste passa a decidir, no âmbito de decisões concorrenciais, sobre aspectos que, em tese, deveriam ser regulados por outros órgãos, como agências reguladoras ou ministérios.

Cria-se, portanto, uma incerteza quando à atuação da autoridade antitruste, resultando em insegurança jurídica para os administrados, uma vez que a decisão da autoridade torna-se imprevisível²⁵.

²³ “Em mercados regulados, há que se observar com mais profundidade as medidas tomadas, já que a regulação alberga outros valores que não só a concorrência. Além disso, as medidas da autoridade de concorrência devem permitir certa mobilidade, para que o compasso regulação/concorrência não tenha mais zonas de confronto do que convergência”. – Voto do Conselheiro Gilvandro Araújo no Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65.

²⁴ Vale mencionar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso especial envolvendo o CADE e diversas empresas atuantes no mercado de gás liquefeito de petróleo. De acordo com o i. Ministro-Relator Napoleão Filho, “No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste (...) Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência – como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas – exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (*competition advocacy*) ou educativa”. Recurso Especial nº 1.390.875 – RS – Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho, Julgado em 9.6.2015.

²⁵ Como afirma Luis Fernando Schuartz, “a identificação de um possível *standard* de racionalidade, aplicável às decisões normativas das autoridades antitruste, tem por pressuposto um sistema de referências racionalmente aceitável no qual um *consenso* possa ser *racionalmente esperado* acerca da validade *ou* invalidade das inferências materiais (ou seja, em regra: das cadeias de razões) no interior das quais as mencionadas decisões aparecem como conclusões ou premissas. Sem isto não há controle objetivo (intersubjetivo) de correção de inferências e, portanto, racionalidade”. SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario

Uma atuação ativista por parte da autoridade não necessariamente implica em uma postura autoritária. Em muitas situações, o que se nota é uma inércia de órgãos do governo em aplicar políticas públicas. A autoridade antitruste vê-se, assim, compelida a assumir tal competência e participar de forma proativa na implementação dessas políticas públicas, ainda que isso leve a um transbordamento de sua atuação sobre competências de outros órgãos.

Trata-se de uma ocupação de vácuos no poder: a partir do momento que uma autoridade não exerce plenamente suas competências, surge outra que absorve uma parcela desse poder. Situação muito similar ocorreu recentemente no Poder Judiciário brasileiro, que adotou uma postura ativista, decidindo sobre temas que sequer foram debatidos pelo Poder Legislativo.

No âmbito do CADE, pode-se mencionar o julgamento do Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12, envolvendo a união de Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Ltda. Kroton, como um exemplo de uma postura ativista do CADE. Dentre as várias obrigações assinadas no âmbito do Acordo em Controle de Concentrações, foi acordada a criação de consistentes obrigações de qualidade, “para assegurar que as eficiências da operação sejam efetivamente repassadas aos estudantes/consumidores em proporções consideráveis”.

São obrigações que, em situações normais, deveriam ser impostas pelo Ministério da Educação e Cultura, responsável por cuidar deste segmento de mercado. Não obstante, em face à inércia do órgão, fica claro que a autoridade antitruste não viu outra opção que não adotar uma postura ativista, transbordando suas competências.

Repita-se: não se está afirmando que o CADE não teria legitimidade para tomar tal medida, mas apenas que está além de uma política de defesa da concorrência, invadindo outra seara. Deve-se valorizar, em certa medida, tal postura, que tem por objetivo suprir uma deficiência do Estado na implementação de políticas públicas.

4. Conclusão

Muitos têm sido os valores atribuídos ao direito antitruste ao longo dos anos. Enquanto alguns defendem decisões técnicas, baseadas em critérios absolutamente legais e econômicos, como eficiência, outros entendem que o direito antitruste é um importante instrumento de implementação de políticas públicas – e como tal deve ser aproveitado.

Luiz (coord.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência. São Paulo: Singular, 2002. p. 69.

Há assim uma tendência à valorização do antitruste, sendo atribuído a ele muito mais do que ele talvez possa atingir sozinho.

Pretendeu-se, assim, demonstrar que o direito antitruste é apenas uma das muitas ferramentas de que dispõe o Estado para a implementação de políticas públicas, de modo que a maior efetividade de tais políticas dependerá de um maior alinhamento entre todos os órgãos do governo. A política de defesa da concorrência será, portanto, tão mais efetiva enquanto estiver alinhada a outras políticas do governo.

Não obstante, nem sempre essa situação ocorre. Dentre as hipóteses vistas, a que mais suscita preocupações é a adoção de uma política de defesa da concorrência desvinculada de qualquer agenda definida pelo governo, o que pode trazer sérias consequências.

Assim, a autoridade antitruste deve estar atenta a todo o ambiente que a envolve ao definir uma política de defesa da concorrência. É inegável a importância do direito antitruste para o desenvolvimento do país, mas não se deve assumir que ele é capaz de solucionar todos os problemas e implementar de maneira efetiva as mais diversas políticas públicas. Não se deve supervalorizá-lo. Deve-se, ao contrário, entender o direito antitruste como uma importante ferramenta do Estado e que, junto de outras ferramentas, será essencial para o desenvolvimento do país.

Bibliografia

BANCO MUNDIAL/OCDE. *Diretrizes para elaboração e implementação de política de defesa da concorrência*, trad. port. de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame, São Paulo: Singular, 2003

FERNANDES, Marcela Campos Gomes. *A Influência das Políticas Públicas na Aplicação dos Instrumentos de Defesa da Concorrência: Um Estudo sobre a Articulação entre Autoridade Antitruste e os Órgãos de Regulação Setorial*. In: Ivo Teixeira Gico Junior; Antônio de Moura Borges. (Org.). *Intervenção do Estado no domínio econômico: temas atuais*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. *Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path*. New York University Law and Economics Working Papers, 2007, Paper 102.

LANDE, Robert H. *A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of*

Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. 81 Fordham L. Rev. 2349, 2013.

MONTI, Giorgio. *EC Competition Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice.* New York: Cambridge University Press, 2004.

ORBACH, Barak. *How Antitrust Lost Its Goal,* 81 Fordham L. Rev. 2253, 2012.

PITOFSKY, Robert. *The Political Content of Antitrust.* University of Pennsylvania Law Review, Philadelphia, Pa., U.S.A., vol. 127, no. 4, April 1979.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial.* São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHUARTZ, Luís Fernando. O Direito da Concorrência e seus Fundamentos In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência.* São Paulo: Singular, 2002.

STUCKE, Maurice E. Should Competition Policy Promote Happiness? 81 Fordham L. Rev. 2575, 2013.

SULLIVAN, E. Thomas; HOVENKAMP, Herbert; SHELANSKI, Howard A. *Antitrust Law, Policy and Procedure: cases, materials, problems.* 6. Ed. San Francisco: LexisNexis, 2009.

