

OS REQUISITOS PARA CONSIDERAÇÃO DAS EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E A DISCRICIONARIEDADE DA COMPROVAÇÃO RAZOÁVEL

Maria Paula Bertran

Price theory is not only a powerful tool of analysis, it is also a powerful form of rhetoric

Robert H. Bork, The Antitrust Paradox

Introdução

As condições para apreciação das eficiências

i) não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representem tão somente repasses de recursos entre os agentes

ii) sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração

iii) sejam distribuídas eqüitativamente entre consumidores e empresas envolvidas

iv) compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante

v) sejam demonstradas por meios razoáveis

Exemplos da dificuldade de medição de eficiências

Razoabilidade e discricionariedade

Conclusão

Bibliografia

Sumário

Em duas recentes decisões, o CADE determinou um rol de requisitos para a apreciação de eficiências econômicas. Este trabalho se propõe a analisar o cumprimento de tais requisitos em um ambiente de assimetria informacional e limitações metodológicas de quantificação econômica, apontando a relativa discricionariedade que a apreciação das eficiências obriga trazer.

Introdução

A decisão do Ato de Concentração n.º 08012.006976/2001-58 (G. Barbosa e Cia, BR Participações e Empreendimentos S.A. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda, doravante denominado apenas “G. Barbosa”), julgado em 17 de dezembro de 2003, condensou os elementos considerados necessários para o reconhecimento de eficiências. O voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira¹, acolhido por unanimidade pelo Plenário do CADE, estabelece admissibilidade de alegações de eficiências que:

- i) não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representem tão somente repasses de recursos entre os agentes;
- ii) sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração;
- iii) sejam distribuídas eqüitativamente entre consumidores e empresas envolvidas;
- iv) compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante;
- v) sejam demonstradas por meios razoáveis.

O AC n.º 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A., doravante denominado apenas “Nestlé-Garoto”), julgado em 04 de fevereiro de 2004, no voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade, acatado pela maioria do Plenário, estabelece o mesmo rol de critérios para o estabelecimento das eficiências.

Anteriores decisões do CADE discutiram requisitos para as eficiências, mas não chegaram a determinações tão precisas² ou que contassem com a unanimidade do Conselho³, donde a novidade e relevância das duas decisões acima citadas.

¹ Cf. voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira, G. Barbosa, pp. 71 e 72.

² Sem pretensão de que a análise seja exaustiva, mencionam-se a seguir alguns Atos de Concentração em que as eficiências foram discutidas: AC n.º 08012.002315/99-50 – Bolsa Brasileira do Álcool; AC 0800.020.471/97-70 – Kellog e Superbom; AC 08012.012223/99-60 – Warner Lambert e Kraft Lacta; AC n.º 08012.002086/2000-96 – White Martins e Liquid Carbonic; AC n.º 27/94 – Kolynus e Colgate; AC n.º 08012.00875/98-52 – Ibope e Nielsen; e AC n.º 39/95 Teka e Texcolor.

As condições para apreciação das eficiências

Passa-se à discussão pontual de cada um dos critérios estipulados pelo CADE, com ênfase aos itens iii, iv e v, em função da discussão mais abrangente e menos técnica de seus argumentos:

i) Não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representam tão somente repasses de recursos entre os agentes

O argumento é de que os ganhos de eficiência devem representar economias reais de recursos e não meras transferências pecuniárias entre agentes econômicos³. Economias reais de recursos implicam a utilização de menor quantidade de fatores produtivos para obtenção da mesma quantidade do bem ou serviço final. Economias pecuniárias, diferentemente, associam-se à redução do preço dos fatores de produção e não à quantidade utilizada⁴. Nessa concepção, a definição de taxas de juros bancárias seria elemento que se associa a economias pecuniárias e não a economias reais, uma vez considerada a capacidade de adimplir mútuos correlata ao tamanho do capital da empresa.

ii) Sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração

Os países que aceitam a argumentação das eficiências para aprovação de concentrações que geram poder de mercado exigem que tais eficiências não

³ Como exemplo seguem trechos de votos, respectivamente, dos Conselheiros Ruy Santacruz e Hebe Romano, no AC 08012.005846/99-12, entre as empresas Brahma e Antarctica, geradoras de Ambev, doravante denominado apenas como caso “Ambev”, ilustrativos da falta de consenso sobre o tema de consideração de eficiências obteníveis exclusivamente através de fusão. O primeiro é favorável à consideração das eficiências que descreve e o segundo é absolutamente contrário: “[Eficiências] nas áreas administrativa e financeira, com a unificação de administrações e do sistema de informática, implantando melhores práticas administrativas e reduzindo as dívidas a curto prazo (...).” versus “Já aquelas [eficiências] decorrentes de economias gerenciais e administrativas não podem ser aceitas, principalmente porque se considera desnecessária uma fusão para que essas economias sejam alcançadas.”

⁴ Dentre as várias fontes que reforçam essa consideração, Oliver Williamson, *Economics As An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* (American Economic Review, v. 58, março de 1968), que literalmente expressa: “*The relevant effects are those which take the form of real rather than pecuniary economies.*” P. 24.

possam ter sido obtidas por modos outros que não a operação. O argumento, da OCDE⁵, reiteradamente tomado pela jurisprudência do CADE⁶, considera ganho de eficiência como ganho de produtividade, de modo que são passíveis de serem considerados eficientes resultados que gerem redução de custos unitários de produção obteníveis pela redução dos recursos para produção de mesma quantidade de bens ou serviços, manutenção dos recursos para aumento de produção, variabilidade ou melhoria de qualidade. Eficiências decorrentes de economias de escala ou escopo deveriam ser, portanto, aceitas. Eficiências decorrentes de economias gerenciais e administrativas não seriam exclusivamente dependentes da operação e não deveriam ser consideradas.

iii) Distribuição eqüitativa das eficiências entre consumidores e empresas envolvidas

O item que aponta a distribuição eqüitativa das eficiências atende a requisito da Lei 8.884/94⁷. O entendimento cabível à expressão “distribuição eqüitativa”, que condiciona a apreciação das eficiências pelos critérios estabelecidos pelo CADE, é, porém, objeto de controvérsia. *A priori*, o termo sugere que os benefícios da operação, geradores de um montante determinável, sejam divididos de uma determinada maneira – equânime – entre duas partes. Todavia, o que ambas decisões do CADE demonstram é o afastamento desse elemento e a determinação de uma preocupação que se restringe à ausência de prejuízos para os consumidores. A necessidade de divisão, termo original da Lei 8.884/94, é substituída pela idéia de não subtração.

Como literalmente expressa voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira em G. Barbosa, a determinação legal é afastada para dar viabilidade à análise, a despeito do sentido original da Lei:

“(...) há que se lembrar que a lei 8.884/94, em seu art. 54, parágrafo 1º, inciso II, exige que os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos eqüitativamente com os consumidores. É fato que este é o ponto mais

⁵ Cf. explicação proposta no voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira em G. Barbosa, p. 72.

⁶ “Diretrizes para a elaboração e implementação de política de defesa da concorrência”, São Paulo, Singular, pp. 263 a 293.

⁷ Cf. voto Conselheiro-relator Thompson Andrade, caso Nestlé e Conselheira-relatora Hebe Teixeira Romano, caso Ambev.

difícil de ser demonstrado, e que não há como se garantir, com certeza, que qualquer operação distribuirá eqüitativamente os resultados gerados pelo ato. E mais, a única forma de se garantir que o consumidor será beneficiado com a operação ocorre naqueles casos em que a redução de custo é tão grande que o novo ponto ótimo de maximização do lucro da nova firma criada ($R_{mg}=C_{mg}$) naturalmente gerará um preço mais baixo ao mercado. Dessa forma, entendo que tal dispositivo legal deve ser entendido com cautela, para que não incorramos no erro de desaprovarmos operações que possam gerar benefícios para toda a sociedade.

No mesmo sentido, o voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade no caso Nestlé-Garoto:

“Como visto, a lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do art. 54, que ‘os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro’. A lei, portanto, obriga que seja levado em consideração na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo price standard se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos eqüitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços.”⁸

O terceiro dos requisitos apontados pelo CADE como critério de eficiência exigiria, portanto, para corretamente expressar seu conteúdo, abandonar a expressão “distribuição eqüitativa das eficiências entre consumidores e empresas envolvidas”, uma vez que não fica atendido o requisito do art. 54, parágrafo 1º, inciso II, mas apenas o preceito geral do art. 1º da Lei 8.884/94 (que determina a defesa dos consumidores como elemento orientador da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica).

Considerando-se que a medição de distribuição eqüitativa das eficiências é apontada como uma conclusão intangível, as decisões procuram ga-

⁸ Art. 54, parágrafo 1º, II.

rantir apenas que o consumidor não seja prejudicado. Para isso, ambas decisões apontam o modelo de *price standard*, elaborado por Fisher e Lande⁹.

A proposição original de consideração das eficiências, de Williamson¹⁰, estipula que o excedente econômico viabilizado por eficiências alocativas (decorrente de reduções de custos e melhor aplicação de recursos) pode compensar perdas decorrentes do aumento de preços oriunda da formação de uma estrutura de oligopólio porque o bem-estar social total é aumentado.

A posição do CADE nas duas decisões confronta o argumento de Williamson porque não interessa que o resultado seja apenas não-negativo em geral ou para a empresa; deve ser não-negativo para o consumidor. Como alternativa, portanto, o Conselho adotou o modelo *price-standard*, o qual prevê que as eficiências apresentadas em número extremamente elevado poderiam suplantar comportamento de poder de mercado com substancial redução de custos que o compensariam.

O Conselho, porém, usou apenas uma parte do argumento do texto original de Fisher e Lande, desconsiderando o contexto em que se desenvolve a idéia do *price standard*, como a seguir, no item seguinte.

iv) Compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante

Este elemento complementa a parte do texto de Lande e Fisher, desconsiderada para a argumentação pelos votos do CADE.

Esses autores discutem sobre a) o objetivo do legislador americano em não sopesar eficiências e poder de mercado; b) a incapacidade de medição correta das eficiências em análises caso a caso. O CADE apodera-se parcialmente dos argumentos, destacando a inadmissibilidade de consideração das eficiências acima do poder de mercado, como Williamson originalmente propunha, mas sem mencionar o problema estrutural da medição das eficiências e da viabilidade de quantificações que ajudem os órgãos antitruste a chegarem a decisões apoiados em critérios econômicos.

O elemento “a”, completamente acatado pelo CADE, é menos pertinente para a estrutura da legislação brasileira do que para a dos Estados Unidos.

⁹ Cf. p. 37

¹⁰ FISHER, Alan e LANDE Robert H. “Price Effects of Horizontal Mergers”, California Law Review, 77, julho de 1989.

Em função da redação da lei, a caracterização de eficiências em concentrações de empresas nos Estados Unidos já foi elemento a ser por elas escondido e refutado¹¹. Inusitado aos olhos da racionalidade antitruste atual, tão peculiar entendimento se justificava por interpretação um tanto precavida do dispositivo que proibia concentrações “em que em qualquer linha de comércio ou jurisdição do país, o efeito da aquisição possa ser diminuir substancialmente a competição ou propiciar a criação de monopólio”¹². A interpretação do dispositivo e a orientação de como lê-lo, em conclusão, propunha que ser eficiente era uma maneira de crescer; e tornar-se grande era uma maneira de fazer os demais menores: ser mais eficiente era diminuir a competição. O crescimento a partir da maior eficiência de um dos agentes do mercado era presságio do poder de monopólio.¹³ O entendimento sobre as eficiências foi substancialmente modificado, porém, pelo artigo “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare of Tradeoffs”, de Williamson, originalmente publicado em 1968, que inaugurou a concepção de que o poder de mercado poderia ser sopesado com a geração de eficiências.

No Brasil, porém, a Lei 8.884/94 explicitamente acata a consideração das eficiências, bem como exige que não haja prejuízo do consumidor, incorporados na Lei, portanto, o debate sobre a consideração das eficiências e a que devem elas beneficiar, ou, ao menos, não causar prejuízos (conforme o art. 1º, e o art. 54, parágrafo 1º, inciso II). As longas argumentações dos votos

¹¹ WILLIAMSON, Oliver. “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review*, v. 58, março de 1968.

¹² **O excerto que segue pertence a uma peça de defesa das empresas Clorex e Procter & Gamble (Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., 87 S. Ct. 1224, 1967). No esforço de assegurar que a aquisição não geraria eficiências, lista a ré os seguintes argumentos:**

“Complaint can point to no contrary proof, establishing any advantages in the procurement or price of raw materials or in the acquisitions or use of needed manufacturing facilities or in the purchase of bottles or in freight costs.... As indicated in respondent’s Proposed Findings, there is no proof of any savings in any aspect of manufacturing. There is no proof that any additional manufacturing facilities would be usable for the production of Clorox. There is no proof that any combination of manufacturing facilities would effect any savings, even if such combination were feasible... there is no showing here that the sales costs of Clorox would be any less whether it was merchandised by a one-product company or by Procter. Brief for Respondent at 60, 62-63, 74, In re Procter & Gamble, 63, F.T.C. (1963) (citation omitted).”

¹³ *“Where in any line of commerce or any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”*, Public Law 899, Sec. 7, 38 Stat. 731, as amended; 15 U.S.C. 18.

sobre o modelo de *price standard* são, portanto, úteis no sentido de firmar uma interpretação social da lei, mas obsoletas no sentido de que irrazoável outro entendimento¹⁴, como o do modelo de Williamson.

v) Sejam demonstradas por meios razoáveis

O último elemento acima, aproveitando a ordenação numérica em que se apresenta, pode em trocadilho ser apontado como a quinta-essência dos demais. A razoabilidade da demonstração de eficiências é o tema do item que segue.

A estrutura do texto *Economies As An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* é dividida em quatro partes. Primeira e última são introdução e conclusão. As demais são a apresentação do que Williamson chama de “The Naïve Tradeoff Model” e “Qualifications”, respectivamente a apresentação da estrutura de troca de bem-estar e as limitações desse modelo, reconhecida-mente, portanto, desde de sua origem, imperfeito e ingênuo. A aposta de Williamson, todavia, era a de que o incremento técnico das qualificantes tornaria aperfeiçoaria o modelo naïve.

“There are, as indicated in Section II [“Qualifications”], a variety of qualifications that may upset this general conclusion [a pertinência do modelo de troca naïve] this general conclusion in any particular case, but absent these and the result clearly holds.

It might be objected that the courts do not possess the expertise to make the types of judgements described. This is typically true. But that does not mean that an analysis of these effects should be not performed by the Antitrust Division or Federal Trade Commission before deciding to challenge a merger. The enforcement agencies can obtain, at reasonable cost, the necessary expertise to make these evaluations. Only after they are convinced that such economies as may exist are not sufficient to justify a merger should go forward. Although possibly this extends the responsibility of the enforcement agencies beyond those that are clearly intended, the alternative is scarcely acceptable. For if neither the courts nor the enforcement agencies are sensitive to these considerations, the system fails to meet a basic test of economic rationality. And without this the whole enforcement system lacks for defensible standards and becomes suspect.

¹⁴ “Price Effects of Horizontal Mergers”, p. 03.

Once the economies are admitted as a defense, the tools for assessing these effects can be expected progressively to be refined. Since such refinements will permit both the courts and the enforcement agencies to make more precise evaluations, the threshold value under which an economies defense will be allowed can be reduced accordingly. Thus even if initially only a few mergers for which mixed effects are present are able to pass an appropriately qualified tradeoff test because of high threshold requirements, this proportion can be expected to increase as research and analytical aids for evaluating scale economies accumulate. As an interim gain, solemn references to early oratory might finally be displaced in favor of analysis in the continuing dialogue on antitrust enforcement.”¹⁵

Do excerto destaca-se que a consideração das eficiências, desde o original texto introdutório de Williamson, espera um crescimento das habilidades técnicas capazes de aferi-las e quantificá-las. As evoluções dos métodos de compilação dos dados de mercado e acesso a informações de produção e venda fizeram, de fato, progressos, mas o entendimento atual é de que mantenham-se evadidos de substancial insuficiência para explicar a realidade. Os modelos seriam perenemente “naïves”.

A observação de Williamson aproxima-se do argumento “b” de Fisher, Johnson e Lande. Apontam os autores que a análise caso a caso do estudo das eficiências e, principalmente, a comprovação de que seus benefícios superam os prejuízos da criação de poder de mercado, é inviável¹⁶. Os comentários que seguem, ainda que próprios da estrutura decisória dos Estados Unidos, podem ser pertinentes, crê-se, à estrutura de defesa da concorrência brasileira.

¹⁵ Avalia-se aqui que o crescimento de eficiências totais, do modelo de Williamson, não reflete a orientação da Lei 8.884/94. Esse entendimento, porém, sempre encontrou posicionamentos contrários, particularmente de Requerentes. Mencionem-se “Avaliações de ‘eficiências’ compensatórias no caso Ambev”, excerto modificado de parecer submetido pela Ambev ao CADE em dezembro de 1999, redigido pelo consultor Mário Possas, publicado em *A Revolução do Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*, São Paulo, Singular, pp. 157 a 180 e a menção do voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade no caso Nestlé-Garoto, de que “*As Requerentes inicialmente propugnaram pela adoção do excedente total (modelo de Williamson)*”. p. 37 e ainda que “*As Requerentes insistiram que o ‘Guia da SEAE para análise de Atos de concentração horizontais’ exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, isto é, de quem se apropria dos benefícios e quem incorre nas perdas de bem-estar*” p. 38.

¹⁶ P. 34.

“Merger policy must recognize the limited ability of courts and the Commission to assess efficiencies accurately. In asking the courts and Commission to address issues they cannot handle adequately, we risk judicial ad hocery, an erosion of confidence in the judicial system, and increased costs of business uncertainty and antitrust enforcement.

The case-by-case approach in any form would lead to litigation with efficiencies as a central issue. The Commission and the courts would have to identify both probable market-power and efficiency effects and trade them off against each other. As we have seen, accurate prediction and assessment of both types of effects are enormously difficult. The courts would have particular difficulty predicting market-power and efficiencies effects because each party would find experts to present its own competing analysis of these questions. Faced with conflicting expert testimony, courts would have to evaluate those claims even though such a task would be outside their fields of expertise.

The market-power/efficiencies tradeoff may not only be beyond judges’ expertise, but may be beyond the limits of reliable adjudication. The judiciary is best suited to adjudicate problems of an “either-or” variety where the issue is deciding which side is correct. An efficiencies defense, however, requires a multivariate inquiry that balances not only market-power and efficiency effects, but quality changes as well. Each factor is related to the other ‘as are strands of a spider web. If one strand is pulled, a complex pattern of readjustments will occur throughout the entire web’. Given the nature of the multivariate problem, lawyers usually cannot meaningfully isolate one factor from another. Nor can judges rely on traditional step-by-step reasoning. Judges therefore are unlikely to render opinions that will guide future business and legal decisions.

(...)

The accumulated wisdom of generations of antitrust courts is that judicial attempts to make complex economic tradeoffs lead merely to judicial chaos.”¹⁷

¹⁷ “In the ensuing discussion, we seek to demonstrate that the complexity of the market-power/efficiencies tradeoff not only justifies that courts recognize their limited ability to balance such concerns, but also militates against creation of an efficiencies defense under section 5. An accurate resolution of the tradeoff is so difficult that no decisionmaker or decisionmaking body, whatever its claim to expertise, would be adequate to the task.” (p. 7)

Como pode ser visto na argumentação da própria jurisprudência, a assimetria de informação entre os agentes do mercado e as entidades antitruste compromete a determinação dos outros critérios utilizados para aferição das eficiências, restando comprovada, portanto, afirmação anteriormente feita, sobre a razoabilidade da comprovação dos outros requisitos acima discutidos.

“[I]ntrincado problema de assimetria de informações surge quando as agências buscam verificar e quantificar os efetivos ganhos de eficiência. Cabe às empresas produzir as provas das eficiências, já que as informações necessárias para esta avaliação são acessíveis apenas às próprias empresas interessadas e somente elas podem avaliar corretamente seus reais efeitos. Nem mesmo auditores independentes têm acesso a todas as informações necessárias para um dimensionamento adequado dos ganhos, que sempre podem estar superestimados.”¹⁸

Dada a complexidade do contexto em que se inserem as assimetrias de informações, uma usual abordagem é a de considerar a análise das eficiências da forma mais conservadora possível, como manifestou-se o Conselho na decisão de Nestlé-Garoto¹⁹. Qual é, porém, a medida do conservadorismo? O que é a razoabilidade da demonstração das eficiências?

Exemplos da dificuldade de medição de eficiências

A assimetria de informações sobre o que devam ser consideradas eficiências, ainda que com delineamento jurisprudencial mais preciso²⁰, pode ser fonte de discrepâncias. Dois fatores podem ser vislumbrados: possíveis diferentes análises entre os órgãos do SNDC e variadas manifestações das Requerentes.

Na tabela abaixo são apresentados os valores atribuídos por SDE e SEAE, bem como pelos diversos pareceres das Requerentes sobre a quantificação de eficiências no caso Ambev:

¹⁸ “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, p. 27

¹⁹ Voto Conselheiro-relator Thompson Andrade, caso Nestlé-Garoto, p. 34.

²⁰ Idem.

| | |
|----------------|-----------------|
| SEAE/MF | R\$ 282 milhões |
| SDE/MJ | R\$ 373 milhões |
| Requerentes 01 | R\$ 536 milhões |
| Requerentes 02 | R\$ 552 milhões |
| Requerentes 03 | R\$ 504 milhões |

Dados: voto caso Ambev, Gesner de Oliveira, pp. 8 e 9.

Por que os valores quantificados por SEAE e SDE foram tão diferentes? Se Nestlé-Garoto tivessem medição de eficiências pelos outros órgãos do SNDC, seriam esses também discrepantes? Vale frisar que não se está lidando com uma lógica maniqueísta, de que requerentes queiram ampliar ao máximo suas eficiências e órgãos do sistema antitruste queiram-nas apenas corretas, ou as instituições do SNDC não teriam discrepância entre seus valores.

Trechos de votos podem sugerir que também as empresas não conseguem medir as eficiências de suas operações de modo satisfatório, gerando situações de constante alteração de resultados apresentados pelas Requerentes ou dilação de apresentação das eficiências ao SBDC.

“As eficiências inicialmente apresentadas pela Nestlé à SDE e à SEAE foram substancialmente aditadas e alteradas com o encaminhamento do relatório da Consultoria Trevisan. (...) De 22 tipos de eficiências apresentados originalmente pela Trevisan, somente 13 foram mantidas pelas próprias Requerentes.”²¹

“Há que se ressaltar também que uma parte razoável das supostas eficiências alegadas não foram apresentadas de maneira clara, em que pese o esforço recente realizado pelas Requerentes. Note-se que a presente operação foi apresentada ao SBDC no dia 9 de novembro de 2001, dispondo as empresas de tempo suficiente para a elaboração de estudos detalhados sobre planos de investimentos, atuação conjunta e perspectivas de geração de eficiências. Entretanto, somente nas datas de 24 e 31 de outubro de 2003 foram entregues a este Conselho estudos realizados pela Trevisan e LCA.”²²

²¹ Cf. atos de concentração G. Barbosa e Nestlé.

²² P. 39.

“Inicialmente, é necessário ressaltar que existem dúvidas quanto à viabilidade e pertinência das eficiências alegadas pelas Requerentes, especialmente diante da mudança substancial de posicionamento ao longo do processo, em que foram apresentadas, em diferentes momentos da análise, cifras diversas e crescentes.

*O espanto se deve à diferença gritante entre os valores apresentados, o que nos leva à indagação: se a Nestlé desconhecia ab initio as eficiências em detalhes que decorreriam da operação, então, qual teria sido o real motor da decisão de aquisição da Garoto? Contudo, a intenção dos agentes não merece ser esmiuçada por esta autoridade, haja vista que importam mais os efeitos da operação.”*²³⁻²⁴

A diferença do entendimento das medições de eficiências pelos órgãos do SNDC e pelas Requerentes é indício de que o elemento de razoabilidade das alegações, firmado na jurisprudência do CADE primeiro pelo caso G. Barbosa e logo em seguida pelo caso Nestlé-Gatoro, é uma prova que possivelmente exigirá flexibilidade, pois o consenso não é nem um pouco evidente.

Razoabilidade e discricionariedade

No corpo deste texto foram apresentadas razões pelas quais a qualificação das eficiências na análise de casos de Direito da Concorrência devem ser vistas com parcimônia, principalmente com o reconhecimento de que respostas absolutas não fazem parte dos flexíveis modelos de análise econômica. Doravante será proposta a conclusão, intuitiva para os juristas, de que as respostas do Direito também não são absolutas.

O “quinto elemento” apontado pela jurisprudência como essencial para consideração das eficiências – a razoabilidade de suas alegações – adquire características de um quase esoterismo, o que, afinal, a expressão “quinto elemento” propositalmente sugere. Como ser razoável o que os especialistas tão bem explicitam ser intrinsecamente impreciso, indeterminável e especulativo pela natureza própria da análise econômica?²⁵ Ou, em uma leitura

²³ G. Barbosa, voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira, p. 84.

²⁴ Nestlé-Garoto, voto do Conselheiro Fernando Marques, p. 6.

²⁵ A argumentação dos votos citados sugere ser factível que as empresas não declarem expressamente suas “eficiências”, ou retardem ao máximo mostrá-las, porque não têm como real estímulo promovê-las, mas apenas aumentar o poder de mercado, o que

ra mais comedita, apenas pela imprecisão da coleta de dados e limitações de medição?²⁶⁻²⁷ Há um limiar muito sutil entre as eficiências aceitas e as consideradas especulativas, mas não poderia deixar de ser diferente. Pode ser diferente, porém, a assunção de que a análise de eficiências se encontra no espaço da discricionariedade (onde idealmente deve estar) e não da arbitrariedade (promovida por uma análise que busque padrões de certeza impossíveis de serem apresentados).

A conclusão mais relevante é a de que a falta de especificidade do que seja considerado eficiência é um elemento que se mostra balanceado por fatores alheios à cientificidade dos meios matemáticos. O que diferencia a motivação de uma concentração aprovada com restrições de uma reprovação? Algo mais tênue que a concepção de decisões certas em uma única forma: discricionariedade²⁸.

Discricionariedade, usando uma terminologia consagrada, é a liberdade para transitar nos espaços da moldura da norma. A apreciação de eficiências

seria coerente com a perspectiva de D'Aveny e Ravenscraft, que enumeram duas grandes razões para que empresas queiram se fundir: diminuir custos ou aumentar lucros. O primeiro grupo integra economias *“by avoiding market costs; by eliminating the distortion in input costs caused by imperfect competition in the upstream market; by reducing transaction costs; by decreasing uncertainty or asymmetric information, resulting in a more efficient use of inputs; and by protecting proprietary technology”*. O aumento de lucros, por sua vez, pode ser gerado *“through higher prices by creating barriers to entry; allowing price discrimination; reducing service and advertising externalities or providing a firm with power over buyers or suppliers”* (Cf. “Economies of Integration versus Bureacracy Costas: Does Vertical Integration Improve Performance?” *Academy of Management Journal*, v. 37, n. 5, 1994, p. 1168). Por essa lógica, se o agente não conhece as eficiências pelas quais se fundiu, é porque com a fusão não pretendia propriamente obter vantagens com a diminuição de custos, mas com o aumento de lucros.

Não nos parece que a assunção desse tipo de presunção seja cabível em função do reconhecimento de que os agentes do mercado coordenam-se racionalmente, mas com racionalidade limitada. A partir de tal concepção não seria difícil defender que as empresas optam por diminuição de custos (e não necessariamente aumento de lucros) ainda que não possam precisar e quantificar numericamente as razões pelas quais assim procedem.

²⁶ Cf. *“Efficiency Consideration in Merger Enforcement”*

²⁷ SCHEFFMAN, David. “Statistical Measures of Market Power: Uses and Abuses”, *Antitrust Law Journal*, v. 60, maio de 1992, pp. 901 a 919. e BURNS, Jean Wegman. “Vertical Restraints, Efficiency, and the Real” *World, Fordham Law Review*, v. 62, 1993.

²⁸ No mesmo sentido, lembramos a chamada “Falácia Cellophane”, sobre o intrincado problema de determinação dos mercados relevantes. Cf., 351 U.S. at. 395, citado por WERDEN, Gregory J, “The History of Antitrust Market Delineation”, *Marquette Law Review* 76, 1992.

de modo “razoável”, crê-se, abre espaço para muita discricionariedade, como sugerido pelo comportamento díspar na quantificação das eficiências entre SEAE e SDE no caso Ambev e dos variados pareceres das Requerentes, em mais de um caso. O sentido de discricionariedade é diverso do sentido de arbitrariedade, não sendo cabível torná-los sinônimos. É pertinente, porém, apontar em que situações que admitam o emprego da discricionariedade seja esta com facilidade distorcida rumo a arbitrariedade. A fluidez do uso de colocações econômicas no discurso jurídico pode ganhar força de argumento de autoridade, perdendo-se o limiar entre o discricionário e o arbitrário. Em outras palavras, aventa-se neste trabalho que a determinação de que as eficiências sejam “razoáveis” abre espaço para que o resultado da decisão seja escolhido e, depois, sejam selecionados os argumentos técnicos que possam legitimar a escolha. O uso do instrumental econômico pode ser falacioso, apto a responder não à pergunta “Qual a melhor decisão?”, mas sim legitimar a decisão que se quis melhor.

Reafirma-se que a precisão da economia engenheira²⁹ não suplanta a clássica prudência na determinação prática dos conflitos jurídicos, os quais nunca puderam ser subsumidos a um texto de lei de maneira simplista. Deparam-se os julgadores com a estrutura que a moldura legal³⁰ propõe para a consideração das eficiências, mas fundamentalmente com a necessidade de guiarem-se de maneira segura pelo espaço ora mais amplo, ora menos, mas jamais previamente determinado.

Conclusão

O CADE determinou critérios para o estabelecimento da consideração das eficiências econômicas. Dentre os critérios que estabeleceu, a necessidade de que as eficiências sejam comprovadas “por meios razoáveis”, ou seja, racionalmente demonstráveis. Dadas deficiências próprias da metodologia de mensuração dos critérios econômicos, destacavelmente a comprovação de seus resultados, em função da assimetria de informações, o critério do que seja razoável pode ser submetido a considerações discricionárias. Discricionariedade é termo que não deve ser visto como sinônimo de arbitra-

²⁹ Discorrer sobre os conceitos de discricionariedade não é o tema precípua deste trabalho, senão que apenas uma conclusão aventada para elucidar a indeterminação dos critérios econômicos nas análises antitruste. Sua abordagem conceitual indispensa um trabalho profundo, centrado especificamente em tal tema.

³⁰ Cf. Amartya Sen, modelo walrasiano de economia, *Sobre Ética e Economia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

riedade, mas, em princípio, com o sentido de liberdade decisória conforme a lei. Este trabalho aponta que critérios econômicos de análise antitruste podem ter diferentes pesos, pois dependem da margem de liberdade de escolha dos embasamentos que os julgadores detêm.

Bibliografia

BAKER, Donald. “Antitrust Law and Economics at the Political Frontier” in LARNER, Robert e MEEHAN Jr, James W. (org.). *Economics and Antitrust Policy*, New York, Quorum Books.

BURNS, Jean Wegman. “Vertical Restraints, Efficiency, and the Real World”, *Fordham Law Review*, v. 62, 1993.

D’AVENI, Richard e RAVENSCRAFT, David “Economies of Integration versus Bureacracy Costas: Does Vertical Integration Improve Performance?”, *Academy of Management Journal*, v. 37, 1994.

LANDE, Robert H. “Challenges to the Chicago School Approach: Chicago’s false foudation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust”, *Antitrust Law Journal*, v. 58, agosto 1989.

_____ “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Atitrust: The Efficiency Interpretation Challenged” in GAVIL, Andrew, *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência – Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*, São Paulo, Singular, 2003.

FISHER, Alan e LANDE Robert H. “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, *California Law Review*, v. 71, dezembro de 1983.

FISHER, Alan, JOHNSON, Frederick e LANDE Robert H. “Price Effects o Horizontal Mergers”, *California Law Review*, v. 77, julho de 1989.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e PEREIRA, Edgard Antônio. “As Eficiências sob o Prisma Jurídico”, *Arché Interdisciplinar*, Faculdades Integradas Cândido Mendes – Ipanema, Ano VII, n. 20, 1998

FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*, Reading in Microeconomis, Breitethochaman, Virginia, 1968.

POSSAS, Mário Luiz. “Avaliação das ‘Eficiências’ Compensatórias no caso Ambev”. In MATTOS, César (org.) *A Revolução do Antitruste no Brasi – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*, São Paulo, Singular, 2003.

ROWLEY, Charles K. *Antitrust and Economic Efficiency*, London, The Macmillian Press, 1973.

SANTACRUZ, Ruy. *Prevenção Antitruste no Brasil – 1991/1996*. Tese de doutoramento apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, março de 1998.

SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

_____. “Rational Fools: a Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory” in SEN, A. Choice, Welfare and Measurement, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

SALOMÃO, Calixto Filho. *Direito Concorrencial – as Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed São Paulo, Malheiros, 2002.

SCHEFFMAN, David. “Statistical Measures of Market Power: Uses and Abuses”, *Antitrust Law Journal*, v. 60, maio de 1992

WATERS, Timothy J. “Antitrust Law and Policy: Rule of Law or Economic Assumptions?” in LARNER, Robert e MEEHAN, James W. Jr. *Economics and Antitrust Policy*, New York, Quorum Books.

WILLIAMSON, Oliver. “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review*, v. 58, março de 1968

_____. “Economics as an Antitrust Defense Revisited”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, 1977.

WERDEN, Gregory. “The History of Antitrust Market Delineation”, *Marquette Law Review*, v. 76, 1992.

