

ANÁLISE TEÓRICA E EMPÍRICA SOBRE O USO DAS PREMISSAS DA ESCOLA DE CHICAGO E DA ESCOLA DE HARVARD EM DECISÕES DO TRIBUNAL DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA ENTRE 2017 E 2018¹

*Theoretical and empirical analysis on the use of
Chicago School and Harvard School premises
in decisions of the Administrative Council for
Economic Defense between 2017 and 2018*

Gabriel Freitas Jabur Bittar²

Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia/GO, Brasil

Álvaro Augusto Camilo Mariano³

Universidade Federal de Goiás (UFG) – Goiânia/GO, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: o presente trabalho busca apresentar as principais características da Escola de Chicago e da Escola de Harvard (Estruturalista) quanto à doutrina econômica seguida por essas correntes e o grau de intervenção proposto por cada uma. Posteriormente, são analisadas decisões do Tribunal do Cade em que as premissas de cada corrente foram utilizadas como fundamentação dos votos de Conselheiros.

Método: com base no método dedutivo e em análise jurisprudencial, busca-se coletar exemplos de como o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica aplica as teses da Escola de Chicago e da Escola de Harvard em suas decisões. Através da análise empírica qualitativa dessas decisões, o trabalho

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 19/09/2023 **Aceito em:** 07/06/2024 **Publicado em:** 19/06/2024

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás.
E-mail: gabrieljbittar@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6270332091078378>
ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2379-7372>

3 Professor da Universidade Federal de Goiás e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP).
E-mail: alvaro_mariano@ufg.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6250839627001344>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8712-0149>

contribui para a compreensão das abordagens adotadas pelas Escolas de Chicago e de Harvard no contexto do direito concorrencial e destaca a aplicação prática dessas teorias pelo Tribunal do Cade na análise de atos de concentração.

Conclusões: o estudo revela que o Tribunal do Cade legitimou a aprovação de uma operação entre duas das principais empresas de telecomunicação do Brasil com base em eficiências geradas pela transação e na promoção do bem-estar do consumidor, conforme defendido pela Escola de Chicago. Em outro caso, verificou-se que o Tribunal do Cade, embasado no modelo Estrutura-Conduta-Desempenho e na busca pela efetiva concorrência em mercados, conforme estimulado pela Escola de Harvard, reprovou uma operação que criaria um monopólio entre as duas principais empresas no segmento de educação privada. Assim, verifica-se que o Cade utiliza ideias das referidas Escolas em suas decisões.

Palavras-chave: direito concorrencial; atos de concentração; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Escola de Chicago; Escola de Harvard.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: This paper aims to present the main characteristics of the Chicago School and the Harvard School (Structuralist) regarding the economic doctrine followed by these approaches and the scope of intervention proposed by each of them. This is followed by an analysis of the decisions of Cade's Tribunal, in which the premises of each approach were used as reasons for the votes of Cade's commissioners.

Method: Based on the deductive method and on a case law analysis, it is intended to collect examples on how Cade's Tribunal applies the ideas of the Chicago School and the Harvard School in its decisions. Through a qualitative empirical analysis of these decisions, the paper contributes to the understanding of the approaches adopted by the Chicago and Harvard Schools in the context of competition law and highlights the practical application of these theories by Cade's Tribunal in the context of Merger Review.

Conclusions: The study reveals that Cade's Tribunal legitimized the clearance of a transaction between two of Brazil's leading telecom companies based on efficiencies generated by the transaction and the promotion of consumer welfare, as endorsed by the antitrust approach of the Chicago School. In another case, it was found that Cade's Tribunal, based on the Structure-Conduct-Performance model and on the pursuit of an effective competition in the markets, as stimulated by the Harvard School, blocked a transaction that would create a monopoly between the two main companies in the private education segment. Thus, it is evident that CADE incorporates concepts from these schools in its decisions.

Keywords: competition law; merger review; Administrative Council for Economic Defense; Chicago School; Harvard School.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *As Principais Correntes do Direito Antitruste: a Escola de Chicago e a Escola de Harvard*; 3. *Considerações Finais; Referências*.



1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC) trouxe inovações ao Direito Concorrencial brasileiro, sobretudo ao instituir o controle prévio de atos de concentração econômica⁴. Nesse sentido, agentes econômicos que desejarem: (i) fundir duas ou mais empresas previamente descorrelacionadas; (ii) adquirir o controle ou frações e/ou ativos de uma ou mais empresas; (iii) incorporar uma ou mais empresas; ou (iv) celebrar contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, deverão submeter a operação à análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) antes do fechamento da transação. Adicionalmente, a lei – e subsequentes Portarias do Cade – preveem critérios para notificação de atos de concentração. A análise de atos de concentração econômica é uma das incumbências do Conselho, sendo tarefa do ramo denominado controle de estruturas⁵.

O Cade é uma autarquia de regime especial, sendo composto pela Superintendência-Geral (SG/Cade), pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE/Cade).

Na análise de atos de concentração, é incumbência da SG/Cade receber, instruir, sanear o processo, bem como emitir um parecer acerca da transação, opinando pela: (i) aprovação sem restrições; ou pela (ii) impugnação da operação ao Tribunal, que reanalisará o caso e emitirá uma decisão final no âmbito administrativo.

O Tribunal do Cade, formado por seis Conselheiros e um Presidente, representa o órgão máximo de deliberação do Conselho e funciona em estrutura de colegiado. Periodicamente, os(as) Conselheiros(as) e o(a) Presidente se reúnem em sessões plenárias de julgamento, ocasiões em que são pautados, dentre outros tipos de processos, os atos de concentração, ocasião que haverá a decisão na última instância da autarquia. Para que um ato de concentração seja julgado pelo Tribunal, deverá: (i) receber parecer da SG/Cade de impugnação ao Tribunal; (ii) ter sido objeto de recurso por parte de terceiros interessados legalmente habilitados pela SG/Cade durante a instrução processual; ou (iii) o Parecer da SG/Cade ter sido objeto de avocação por algum Conselheiro.

Na análise dos atos de concentração, o Tribunal pode decidir pela: (i) aprovação da operação sem restrições; (ii) aprovação da operação com restrições; ou (iii) reprovação da operação. Todas as decisões do Tribunal devem ser devidamente fundamentadas, expondo, de maneira clara, as razões que motivaram o convencimento dos Conselheiros.

A Escola de Chicago e a Escola de Harvard (Estruturalismo ou Brandeisianismo) são duas correntes do direito concorrencial que oferecem ferramentas para que os membros do Tribunal fundamentem os seus votos, trazendo, sobretudo, subsídios embasados em doutrinas econômicas

4 No controle prévio de atos de concentração, que foi instituído pela Lei nº 12.529/2011, as Partes que desejarem se envolver uma operação deverão, obrigatoriamente, submeter uma transação que atinja os critérios de notificação obrigatória ao julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em um momento anterior ao fechamento (BRASIL, 2011). Somente a decisão da autoridade concorrencial transitada em julgado autoriza que as Requerentes prossigam com o *closing*. Anteriormente, sob vigência da Lei nº 8.884/1994, as Partes eram permitidas a consumir a operação antes do crivo da autoridade concorrencial, que somente realizava uma análise *ex post* dos atos de concentração notificados.

5 O controle de estruturas busca manter um ambiente competitivo, que respeite a livre concorrência e a livre iniciativa. Caso operações societárias prejudiquem a concorrência, é prerrogativa do órgão que realiza o controle de estruturas, *in casu*, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, analisar a transação, aprovando-a com ou sem restrições, ou, em casos mais sensíveis, reprovando-a.

distintas e contribuições sobre o grau de intervencionismo alvejado pela autoridade concorrencial.

Nesse sentido, o principal objetivo da presente pesquisa é compreender como o Tribunal do Cade utilizou das premissas das Escolas de Chicago e Harvard para fundamentar algumas de suas decisões exaradas entre 2017 e 2018. Para isso, no capítulo 2, serão expostas as principais correntes do pensamento antitruste (*i.e.*, a Escola de Chicago e a Escola de Harvard), buscando sintetizar como cada uma aborda temas como doutrina econômica majoritária e grau de intervencionismo ideal para a autoridade antitruste⁶.

Para esse fim, será feita revisão bibliográfica de autores originários de tais escolas, como também de obras que comentam cada uma dessas vertentes (e.g., ATKINSON; AUDRETSCH, 2011; BAGNOLI, 2020; BORK, 1978; GABAN; DOMINGUES, 2016; EASTERBROOK, 1984; MATTIUZZO; BECKER, 2020; SALOMÃO FILHO, 2021). Por fim, serão resumidos alguns dos Atos de Concentração julgados pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica entre 2017 e 2018, executando-se uma análise silogística de modo a enquadrar a fundamentação e a razão de decidir do Plenário às premissas defendidas pela Escola de Chicago e Harvard.

Como metodologia, será utilizado o método dedutivo, considerando as concepções de cada corrente analisada como premissa maior; as fundamentações da decisão do Tribunal serão consideradas como premissa menor; e, como conclusão, fundamentar-se-á o enquadramento da decisão do Tribunal às teses defendidas pelas escolas analisadas. A seleção dos atos de concentração analisados se baseia em pesquisa jurisprudencial. Posteriormente, na conclusão do trabalho, será feita uma síntese do exercício silogístico realizado, analisando, empírica e qualitativamente, como o Tribunal utilizou das ideias das escolas analisadas para fundamentar algumas de suas decisões no período sob análise.

A pesquisa se faz relevante por quatro motivos: primeiro, o Cade completou sessenta anos de existência em 2022. Em segundo lugar, no mesmo ano, a Lei nº 12.529/2011, que promoveu substanciais alterações na estrutura do Cade e no direito concorrencial brasileiro, completou uma década de vigência. Terceiro, por meio dessa pesquisa, busca-se promover e disseminar o estudo do direito concorrencial, conforme defendido e incentivado pela advocacia da concorrência⁷⁻⁸, buscando, sobretudo, a difusão do conhecimento sobre as abordagens do pensamento antitruste e sobre a jurisprudência do Cade. Por fim, em quarto lugar, a pesquisa é relevante para compreender como as principais doutrinas do direito concorrencial são aplicadas em casos concretos de atos de concentração julgados pela autoridade antitruste brasileira.

6 Para fins de completude, também serão mencionadas as ideias Pós-Chicago e o Neoestruturalistas, aprimoramentos teóricos e posteriores às Escolas de Chicago e Harvard, respectivamente. No entanto, tais correntes não serão pormenorizadamente analisadas.

7 Conforme a Cartilha de Advocacia da Concorrência – SEAE/SEPEC/ME (BRASIL, 2020) e o art. 19 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a advocacia da concorrência envolve a análise e proposição de políticas públicas com o objetivo de se identificar a existência ou a criação de barreiras e entraves desnecessários à concorrência pelo Estado. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e o Cade detêm a competência governamental para as ações de advocacia da concorrência, buscando incrementar a cultura da concorrência no setor público e privado.

8 Dada à importância do tema, o Cade, inclusive, exigiu, para inscrição de candidatos para o 42º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade), redação com o tema: “Considerando os posicionamentos defendidos pelos autores da Escola de Harvard, da Escola de Chicago, bem como do Movimento Neobrandeísiano, discorra, na sua opinião, sobre quais devem ser os atuais objetivos do Direito Antitruste no Brasil”. Vide Edital nº 623, de 27 de outubro de 2022 (Documento SEI nº 1140297), (BRASIL, 2022).



2. AS PRINCIPAIS CORRENTES DO DIREITO ANTITRUSTE: A ESCOLA DE CHICAGO E A ESCOLA DE HARVARD

O direito concorrencial⁹ é permeado por divergências metodológicas. Inúmeros pesquisadores, práticos e adeptos do assunto discutem quais seriam os objetivos do Antitruste e quais os métodos jurídico-econômicos¹⁰ de análise deveriam ser utilizados em formulações teóricas em casos concretos.

Em virtude da mutabilidade de contextos históricos, econômicos e sociais, é plausível verificar alterações nas concepções do Direito, sobretudo no direito concorrencial. Forgioni (2020), adicionalmente, leciona que, em uma relação simbiótica, não é somente o contexto que modifica o ordenamento jurídico, mas este também pode modificar a realidade que o circunscreve. Em outras palavras e mais especificamente: o Direito Antitruste possuirá objetivos e funções distintas a depender do momento, do país e do ordenamento jurídico em que a legislação concorrencial for analisada (FORGIONI, 2020). Ao mesmo passo, o direito concorrencial modifica a realidade socioeconômica do local em que ele se insere.

No contexto acadêmico, surgem correntes que pregam maior intervenção das autoridades concorrenciais na condução da política antitruste. Nesse rol, há a corrente Estruturalista, também denominada de Brandeiana¹¹, que, surgida em Harvard, tem entre suas principais características a defesa do controle das estruturas de mercado de modo a assegurar a existência efetiva de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2021).

Por outro lado, outras vertentes são menos adeptas ao intervencionismo. A Escola de Chicago, por exemplo, advoga por uma redução drástica do *enforcement* antitruste, uma vez que a intervenção governamental causaria mais malefícios do que benefícios ao causar, por exemplo, desequilíbrios na alocação de eficiências pelo mercado (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

Por outro lado, Atkinson e Audretsch (2011) e Mattiuzzo e Becker (2020) entendem que os debates teóricos acerca do direito concorrencial não se resumem ao antagonismo entre as correntes de Harvard e Chicago. Existem, por exemplo, vertentes que racionalizam o antitruste de maneiras distintas às escolas mencionadas. A título de exemplificação, podem ser citadas a Economia Comportamental e a Escola Neoschumpeteriana (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Gaban e Domingues (2016) ainda citam a Escola de Freiburg, também denominada de corrente Ordoliberal¹². Todas, em certa medida, também dedicam trabalhos ao estudo da concorrência.

A seguir, serão expostas as principais concepções da Escola de Chicago e da Escola de

9 Ora também denominado de Direito Antitruste ou, simplesmente, Antitruste.

10 Mattiuzzo e Becker (2020) denominam os métodos jurídico-econômicos com o termo “ferramentais”.

11 Alusão a Louis Dembitz Brandeis, advogado e professor norte-americano que, ao final do século XIX e início do século XX, se posicionou de forma veemente contra o monopólio de mercado exercido por grandes corporações.

12 Em linhas gerais, a Economia Comportamental sustenta que existem limites à racionalidade, ao livre arbítrio e ao autointeresse dos indivíduos, que frequentemente tomam decisões dotados de heurísticas e vieses. Os Neoschumpeterianos, por vez, acreditam que a análise do direito concorrencial não considera a eficiência dinâmica dos mercados, que estão constantemente em evolução tecnológica e promovendo inovações (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Gaban e Domingues (2016) ainda citam a Escola de Freiburg, também denominada Ordoliberal, que, ao divergir da Economia Neoclássica, entende que a definição de bem-estar do consumidor é meramente teórica, assim como não há viabilidade de atribuir objetivos econômicos predeterminados ao antitruste, que meramente deveria ser tutelado por um Estado forte que estabeleceria regras gerais para o funcionamento dos mercados e coibiria, com o seu próprio poder impositivo, o poder de mercado de agentes econômicos. No entanto, embora tais vertentes sejam úteis para compreender o sentido das normas concorrenciais, elas não serão analisadas neste trabalho.

Harvard no que tange ao Direito Concorrencial. Com base em suas origens históricas, em alguns de seus autores e em suas principais ideias, objetiva-se sintetizar a concepção do antitruste sob o viés de vertentes antagonistas, buscando, conforme Salomão Filho (2021) leciona, expor e compreender a discussão acerca do sentido das normas concorrenciais atribuído por cada uma dessas correntes.

Em cada corrente, serão analisadas, conforme proposição de Mattiuzzo e Becker (2020): (i) a doutrina econômica majoritária que embasa o respectivo pensamento concorrencial; e (ii) o nível/ grau de intervenção proposto pelas referidas correntes no contexto de atuação das autoridades concorrenciais¹³. Isso porque o direito concorrencial, em sua essência, envolve a aplicação de teses jurídicas aos problemas econômicos e, conseqüentemente, as doutrinas econômicas subsidiarão a abordagem antitruste. Além disso, o nível de intervenção proposto por cada doutrina é um reflexo das crenças dos economistas e políticos sobre o que melhor funcionaria para o contexto econômico em que eles estão inseridos (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1 A Escola de Chicago e o pensamento Pós-Chicago

The University of Chicago¹⁴ foi fundada em 1890 a partir de doações substanciais de associações e filantropos, incluindo John D. Rockefeller, que contribuiu com, aproximadamente, USD 600,000.00 para a fundação, construção e desenvolvimento da Universidade.

Durante o Século XX, a Universidade de Chicago desenvolveu trabalhos substanciais na Ciência Política, sobretudo, na Ciência Econômica, sendo notável por advogar por um Estado menos interventor, por um livre mercado e pela supremacia da liberdade individual. Os primeiros autores a se destacarem pela Escola de Chicago foram Aaron Director e Ronald Coase (FORGIONI, 2020). Menciona-se, também, a obra de Richard Posner, reconhecido por seus estudos na Análise Econômica do Direito. Diversas láureas acadêmicas foram concedidas aos teóricos da Escola de Chicago, incluindo o Prêmio Nobel de Economia dado a Milton Friedman, economista que desenvolveu teorias sobre a estabilidade monetária¹⁵ e críticas ao intervencionismo governamental.

Vários autores proeminentes da Escola de Chicago seguiram carreira fora da Universidade, integrando cargos governamentais ou corporativos. Por essa razão, Brue e Grant (2016) menciona que as ideias por lá cultivadas não ficaram restritas ao ambiente acadêmico, sendo notadas aplicações práticas no ambiente público e privado.

O pensamento liberal de Chicago também se difundiu em escopo global. No Chile, por exemplo, existiu um grupo denominado *Chicago Boys*, que era composto por diversos economistas chilenos que exerceram cargos na ditadura de Augusto Pinochet (1974 – 1990), criando políticas econômicas com base nas doutrinas da Escola de Chicago. Na Inglaterra, as teses de Chicago foram

13 Na análise do nível de intervenção proposto por cada Escola, serão verificados os posicionamentos de cada uma sobre os objetivos pretendidos pela política antitruste (MATTIUZZO; BECKER, 2020).

14 Nome institucional da Universidade de Chicago. Para os fins deste trabalho, The University of Chicago será denominada, doravante, Universidade de Chicago. O Termo “Escola de Chicago” alude ao conjunto de autores que possuem ideais comuns sobre diversos aspectos e áreas das Ciências Humanas, como Direito, Economia, Sociologia, Ciência Política, entre outras.

15 Friedman, por exemplo, criticava a expansão da política monetária notada por uma elevação na quantidade de moeda em circulação. Para o autor, o aumento da oferta monetária conduziria, inexoravelmente, à inflação, vide sua obra *A Monetary History of the United States, 1867-1960*.



levadas à política econômica por Margaret Thatcher (1979 – 1990). Nos Estados Unidos, berço da Escola de Chicago, o ápice da utilização das referidas teses ocorreu durante o Governo Ronald Reagan (1981 – 1989).

Com relação ao direito concorrencial, tem-se que as primeiras formulações sobre Antitruste pela Escola de Chicago se iniciaram na década de 1970. As alterações das condições econômicas nesse contexto e a conseqüente ampliação do comércio internacional foram os pontos fulcrais para o desenvolvimento do raciocínio sobre as funções e os objetivos do direito concorrencial pelos autores de Chicago¹⁶. Evidentemente, houve confluência entre o pensamento econômico, político e social desenvolvido em Chicago para a formulação e aplicação da legislação antitruste.

Como mencionado acima, Atkinson e Audretsch (2011) pontuam que o pensamento econômico exerceu influência em como a teorização do direito concorrencial foi construída. Segundo esses autores, essa influência ocorre porque, no centro do antitruste, há a aplicação de teorias jurídico-legais para a análise de problemas econômicos. No contexto da Escola de Chicago, prosseguem os autores, é evidenciada uma forte influência da Economia Neoclássica, tanto conservadora¹⁷ quanto liberal¹⁸.

Nos anos 1980 e 1990, surgiram pensadores que se denominavam “Pós-Chicago”. Conforme explicado por Atkinson e Audretsch (2011), os autores de Chicago e Pós-Chicago têm muito em comum, uma vez que ambos defendem que os mercados são eficientes meios para alocação de recursos. No entanto, ao contrário dos antecessores, os sucessores acreditam que o poder de mercado pode ser um indício de práticas anticompetitivas das empresas, sendo que elevadas barreiras à entrada promovidas por companhias monopolistas poderiam minar a habilidade de os mercados corrigirem a competição eficientemente. Por essa razão, os autores Pós-Chicago defendem que o Estado pode adotar medidas para distinguir comportamentos pró-competitivos e anticompetitivos, auxiliando e fomentando a realocação eficiente do mercado, sobretudo em aspectos concorrenciais.

Em suma, os autores Pós-Chicago defendem que (i) a abordagem dos predecessores negligenciava as falhas de mercado, (ii) que os antecessores não analisaram os efeitos dos comportamentos anticompetitivos por parte dos agentes de mercado e (iii) que o Governo deveria adotar um papel ativo na correção de falhas de mercado por meio do *enforcement* antitruste e de medidas regulatórias.

Nos termos da análise proposta por Mattiuzzo e Becker (2020), passa-se à listagem e ao estudo das principais abordagens da Escola de Chicago (e Pós-Chicago) sobre o direito concorrencial, sobretudo quanto a: (i) a sua doutrina econômica majoritária; e (ii) o grau de intervenção proposto pela corrente às autoridades concorrenciais.

16 Nesse cenário, verifica-se um maior dinamismo econômico (*i.e.*, cadeias de produção mais complexas, compostas por diversas etapas), que até então não era observado nos países capitalistas.

17 Evidenciada, sobretudo, nas obras dos autores pioneiros da Escola de Chicago. Eles acreditam na infalibilidade do mercado e repudiam a intervenção governamental (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

18 Evidenciada, sobretudo, nas obras de autores posteriores da Escola de Chicago, enquadrados, academicamente, como autores Pós-Chicago. Eles reconhecem a existência de falhas de mercado e acreditam que, para corrigi-las, é necessária a utilização da intervenção governamental (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1.1. Doutrina Econômica Majoritária

A Escola de Chicago, em regra, é adepta à Economia Neoclássica, teoria econômica originada no final do século XIX e desenvolvida majoritariamente no século XX. Alguns autores, como Brue e Grant (2016), afirmam que a Escola de Chicago é uma variante da Economia Neoclássica, podendo ser a criadora da vertente do “Novo Classicismo”.

Retomando à Economia Clássica, sobretudo autores como Adam Smith e David Ricardo, a Economia Neoclássica desenterra os princípios de livre mercado, racionalidade individual e utilidade marginal. Nesse sentido, autores Neoclássicos, tendo consciência de que os indivíduos são racionais e que os recursos são escassos, acreditam que a tomada de decisão individual deve buscar a maximização da utilidade, ou seja, a obtenção do maior benefício possível a partir dos recursos escassos.

Os autores Neoclássicos ainda acreditam que os mercados são eficientes meios para a alocação de recursos na economia e que eles se equilibram de maneira automática. A intervenção governamental, nesse sentido, desequilibraria os mercados, minando a alocação eficiente de recursos e, conseqüentemente, causando prejuízos econômicos aos ofertantes e aos demandantes.

O valor de determinado bem, para os Neoclássicos, seria determinado pela interação entre as forças de oferta e procura em cada mercado relevante (NUSDEO, 2016). Conseqüentemente, bens ou serviços com oferta estável e demanda elevada seriam considerados de maior valor para determinada sociedade e, logicamente, seriam maiores precificados. Em outras palavras, o preço pago a algo depende da oferta e da demanda por este. A demanda é dependente da produtividade marginal do fator de produção e, em uma situação de equilíbrio, cada fator recebe o valor de sua contribuição marginal para a produção de bens e serviços (MANKIW, 2019).

Atkinson e Audretsch (2011) citam que os autores de Chicago se utilizaram de duas doutrinas econômicas: (i) a Economia Neoclássica Conservadora pelos adeptos à Escola de Chicago; e (ii) a Economia Neoclássica Liberal pelos autores Pós-Chicago. Ambas possuem, como ponto comum, a busca pela maximização das eficiências alocativas do mercado, de modo a elevar os benefícios à sociedade com o uso racional dos recursos escassos disponíveis.

Contudo, ao passo que a Economia Neoclássica Conservadora vê o mercado como infalível e repudia veementemente a intervenção governamental, os Economistas Neoclássicos Liberais reconhecem que falhas de mercado existem e, para corrigi-las, faz-se necessária intervenção governamental, mesmo que elas, às vezes, afetem o crescimento econômico (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

2.1.2. Grau de intervenção proposto pela corrente na atuação das autoridades concorrenciais

Em linhas gerais, a Escola de Chicago defende uma menor intervenção das autoridades concorrenciais no mercado. Nesse sentido, Atkinson e Audretsch (2011) e Easterbrook (1984) taxativamente afirmam que a Escola de Chicago clama por uma redução dramática no *enforcement* antitruste. Isso porque, conforme o ferramental econômico fornecido pela Economia Neoclássica, a



intervenção do Estado nos mercados afetaria o seu equilíbrio natural, considerando a existência de *players* que competem no mercado.

Além do mais, Mattiuzzo e Becker (2020) pontuam que autores da Escola de Chicago tolerariam e justificariam altas concentrações econômicas¹⁹ e restrições verticais²⁰, pois poderiam gerar eficiências e, conseqüentemente, fomentar o desenvolvimento econômico. Isso ocorre porque, segundo Robert H. Bork (1978), o bem-estar econômico deveria ser buscado acima de qualquer intervenção na estrutura do mercado, seja em suas concentrações, ou em operações verticalizadas. Em complemento, Bork (1978) pontua que o objetivo geral da Escola de Chicago seria melhorar a eficiência alocativa dos mercados sem prejudicar a eficiência produtiva, de forma a não gerar perdas líquidas ao bem-estar do consumidor. Em outras palavras, Atkinson e Audretsch (2011), remetendo à obra de Bork (1978), aludem que, para a Escola de Chicago, o principal objetivo do direito concorrencial seria a busca por uma eficiência alocativa que incremente o bem-estar do consumidor.

Caso o exercício indevido de poder de mercado em virtude de altas concentrações econômicas e restrições verticais ensejar maiores preços e provocar prejuízos ao bem-estar do consumidor, os mercados tenderão a se realocar automaticamente, corrigindo tais falhas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). No entanto, em uma situação extrema de as estruturas do mercado não conseguirem corrigir suas falhas, os autores de Chicago acreditam que as autoridades concorrenciais deveriam atuar, mediante provocação, de forma pontual e residual, nas estruturas dos mercados, buscando fomentar a realocação eficiente dos fatores de produção. Nessas hipóteses, o ferramental econômico Neoclássico deveria ser utilizado de forma conservadora (MATTIUZZO; BECKER, 2020).

Analogamente à Escola de Chicago, os autores Pós-Chicago também acreditam que a tutela da premissa “bem-estar do consumidor” é o objetivo central do antitruste (MATTIUZZO; BECKER, 2020). No entanto, além da diferença de ferramental econômico proposto²¹, autores Pós-Chicago acreditam que as falhas de mercado (e.g., poder de mercado) são decorrentes de condutas anticompetitivas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Por essa razão, diante da incapacidade de os mercados corrigirem suas falhas, decorrentes sobretudo de condutas anticompetitivas dos *players* que nele atuam, os autores Pós-Chicago acreditam que a autoridade concorrencial deve atuar para distinguir as condutas competitivas das anticompetitivas, punindo as últimas caso provoquem distorções na alocação dos mercados.

19 Altas concentrações de mercado são evidenciadas em situações que poucas empresas ou grupos empresariais possuem parcela significativa de um mercado relevante. Nessas hipóteses, as empresas dominantes podem possuir maior poder de mercado e influenciar preços e outras variáveis competitivas.

20 Restrições verticais ocorrem em práticas que afetam diferentes etapas da cadeia de produção, ou seja, quando a(s) parte(s) atuam em mais de um elo de uma cadeia. Por exemplo, uma empresa que produz celulares pode atuar a montante (*upstream*) na cadeia de produção ao desenvolver e produzir os processadores gráficos, insumos utilizados na fabricação dos telefones, assim como pode atuar a jusante (*downstream*), comercializando e distribuindo o produto. Embora restrições verticais possam produzir eficiências ao consumidor, podem ser consideradas anticompetitivas caso limitem a entrada de novos *players* no mercado.

21 *i.e.*, Economia Neoclássica Conservadora para os autores da Escola de Chicago e Economia Neoclássica Liberal para os autores Pós-Chicago.

2.1.3. Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84: o uso das premissas da Escola de Chicago pelo Tribunal do Cade

A prática decisória do Cade considera, por vezes, critérios de bem-estar do consumidor e promoção de eficiências no mercado para aprovar determinados atos de concentração²².

Um caso decidido pelo Tribunal do Cade utilizou, como razão de decidir, a geração de eficiências no mercado e consequente criação de benefícios ao consumidor. Trata-se do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, julgado no dia 7 de novembro de 2018.

As requerentes Tim Celular S.A (Tim) e Oi Móvel S.A. (Oi) pretendiam, por meio da prorrogação de um contrato associativo, realizar o compartilhamento ativo e passivo de rede, permitindo que as requerentes utilizassem das mesmas torres, equipamentos e ativos para prestar serviços de telefonia e banda larga com a utilização da tecnologia 4G (*RAN Sharing*). A primeira versão do contrato e os seus dois aditivos subsequentes foram notificados ao Cade em 2013. Em todas as oportunidades de análise, a SG/Cade não vislumbrou preocupações concorrenciais.

O terceiro aditivo, representado pelo ato de concentração em análise, chegou ao Tribunal após a homologação de proposta de avocação exarada pelo Conselheiro Paulo Burnier da Silveira sobre parecer da Superintendência-Geral pelo não-conhecimento da operação. O caso, então, foi sorteado à relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende.

O voto vencedor do julgamento foi do próprio Conselheiro-Relator, que votou pela aprovação da operação sem restrições. Em aspectos introdutórios ao voto, o relator entendeu que, além de o caso ser de notificação obrigatória, o terceiro aditivo contratual implicaria em maior coordenação entre Tim e Oi, sobretudo em virtude de os aspectos tecnológicos da operação terem sido alterados da configuração MORAN para a MOCN²³, o que enseja o compartilhamento do espectro de radiofrequência entre as requerentes, indubitavelmente concorrentes no mercado de telefonia móvel.

Quanto ao mérito da operação, em que pese a existência de riscos concorrenciais, sobretudo gerados pela preocupação quanto à entrada de novos concorrentes e à irreversibilidade da operação, o Conselheiro-Relator entendeu que o contrato associativo traria inequívocos ganhos de eficiência. Como exemplo, o Conselheiro João Paulo de Resende pontua que a operação poderia: (i) gerar maior rapidez na expansão da rede 4G LTE; (ii) reduzir custos de implantação de novos sites e da manutenção de sites já compartilhados; (iii) reduzir riscos associados aos negócios das requerentes; (iv) minimizar o impacto do sistema de redes de telecomunicação nos espaços urbanos; e (v) aproveitar melhor o recurso escasso dos espectros de radiofrequência. A própria Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a partir de resposta a ofício expedido pelo Cade durante a instrução da operação, confirmou os ganhos de eficiência do compartilhamento de redes.

O Relator ainda pontua que ganhos oriundos das eficiências seriam repassados ao consumidor final. Por exemplo, desde o início da implementação do compartilhamento de redes, o custo do

22 Vide, por exemplo, declaração do Presidente Alexandre Cordeiro Macedo em entrevista concedida ao Brazil Journal, referenciada abaixo.

23 Conforme trazido pelo Voto-Relator (Documento SEI nº 0545849) (BRASIL, 2018), tratam-se de modalidades de compartilhamento ativo. A configuração MORAN leva o compartilhamento de: (i) Estação base; (ii) *Element management system* – SEM; (iii) Link estação base e rede - *core network*; e (iv) módulo digital. A configuração MOCN engloba todos os recursos da configuração MORAN, contudo, adiciona o compartilhamento do espectro de radiofrequência.



minuto de tráfego para os clientes das requerentes, captado pelo indicador Receita por Minuto de Voz (RPM), diminuiu. Dessa forma, o valor pago pelo usuário se reduziu, proporcionando benefícios ao consumidor (*i.e.*, menores custos). Nesses termos, o Tribunal, por unanimidade, aprovou a operação sem restrições.

Dessa forma, na presente operação, vislumbra-se que o Cade fundamentou a aprovação do ato de concentração pautando-se em premissas da Escola de Chicago, sendo elas: (i) geração de eficiências econômicas; e (ii) promoção do bem-estar do consumidor.

2.1.4. Conclusão sobre a Escola de Chicago

Ante o exposto, Bertran (2021) sintetiza as características da Escola de Chicago, mencionando que: (i) sua premissa fundante aplica critérios microeconômicos ao Direito; (ii) a vertente pressupõe que indivíduos, baseados na racionalidade, buscam maximizar o seu bem-estar; e (iii) normas e decisões judiciais são aptas – ou deveriam ser – a proporcionarem a maximização de bem-estar por meio de alocações eficientes.

O quadro abaixo sintetiza a Escola de Chicago (e Pós-Chicago) quanto aos seus pressupostos econômicos e concorrenciais:

Quadro 1 – Quadro-Síntese das Características da Escola de Chicago

Escola de Chicago	
Doutrina Econômica Majoritária	Economia Neoclássica Conservadora
Objetivos do Direito Antitruste	Tutela do bem-estar do consumidor
	Menor intervenção da autoridade concorrencial nos mercados
	Falhas de mercado tendem a ser corrigidas pelo próprio mercado
	Antitruste deve ser política reativa e residual para atuar nas estruturas do mercado caso as falhas de mercado não sejam autocorrigidas
Pós-Chicago	
	Economia Neoclássica Liberal
Objetivos do Direito Antitruste	Tutela do bem-estar do consumidor
	Maior intervenção da autoridade concorrencial nos mercados, sobretudo para punir condutas anticompetitivas
	Falhas de mercado são decorrentes de condutas anticompetitivas, que devem ser perseguidas pela autoridade concorrencial

Fonte: elaboração própria.

2.2. A Escola de Harvard (Estruturalista - Brandeisiana)

A abordagem da Escola de Harvard sobre o direito concorrencial surge no final do século XIX e início do século XX em decorrência do contexto econômico evidenciado na sociedade estadunidense e no Capitalismo, de modo geral. À época, ocorria a Segunda Revolução Industrial, marcada pelo desenvolvimento das indústrias químicas, elétricas, de petróleo e de aço. Nesse contexto, verificava-se o crescimento desenfreado de grandes corporações e, conseqüentemente, o poder econômico se tornava concentrado em poucos – e grandes – *players*, todos monopolistas.

Diante dos rumos tomados pela economia, sobretudo estadunidense, Louis Brandeis se posicionou veementemente contra a estrutura monopolística dos mercados. Dentre os ideais defendidos por Brandeis, destacavam-se o fortalecimento do Sherman Act²⁴, substancial respectivo combate aos trustes (SÁ; VILANOVA, 2022) e o posicionamento ferrenho contra as estruturas monopolistas de mercado (*i.e.*, contra as grandes corporações).

Inspirados nas teses de Brandeis, autores como Phillip Areeda, Donald F. Turner e Carl Kaysen, da Harvard University, pressupunham que agentes detentores de poder econômico poderiam utilizá-lo para a implementação de condutas anticompetitivas. O poder de mercado, *per se*, seria considerado ilegal para esses autores (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Para evitar disfunções, os teóricos de Harvard defendiam que as autoridades concorrenciais deveriam atuar ativamente nos mercados, sobretudo certificando que excessivas concentrações não fossem evidenciadas (FORGIONI, 2020). Forgioni (2020) ainda comenta que as condutas anticompetitivas dos agentes econômicos eram causadas justamente pela estrutura disfuncional dos mercados. Por fim, Salomão Filho (2021) pontua que, para os autores Estruturalistas, é a estrutura do setor econômico que determina, em última medida, a performance da indústria respectiva.

O foco dos autores de Harvard era, portanto, a atuação das autoridades concorrenciais nas estruturas de mercado (SÁ; VILANOVA, 2022), de modo a buscar uma concorrência atomística²⁵ (FORGIONI, 2020). Daí a denominação “Escola Estruturalista”.

Gaban e Domingues (2016) afirmam que a Escola de Harvard buscava um modelo de *workable competition*, termo introduzido por John Maurice Clark que recomendava a garantia e eventual aumento da quantidade de agentes econômicos atuando no mercado, que deveria ser, em última medida, pulverizado para evitar suas disfunções. Os autores ainda mencionam que a base normativa dos Estruturalistas é o Modelo Estrutura-Condução-Desempenho (E-C-D), que prega que *estruturas* de mercado que elevem as barreiras à entrada e reduzem a quantidade de vendedores facilitam as *condutas* de coordenação entre agentes econômicos, agravando a possibilidade de que a precificação no âmbito de um mercado seja superior ao custo médio marginal a longo prazo, reduzindo, portanto, o *desempenho* dos mercados.

24 Diante do surgimento de organizações monopolistas nos Estados Unidos, sobretudo durante o Século XIX, foi promulgado, em 1890, o *Sherman Act*, de autoria do Senador John Sherman. Trata-se da primeira lei antitruste estadunidense, que buscou, sobretudo, disciplinar a concentração de poder econômico entre os agentes de mercado (GABAN; DOMINGUES, 2016).

25 A concorrência atomística é um modelo em que a quantidade de agentes econômicos é alta, fato que torna a estrutura do mercado mais pulverizada, além de as participações de mercado dos *players* serem baixas, já que todos participam do mercado. A competição, portanto, ocorreria em decorrência da manutenção ou do incremento de um elevado número de agentes econômicos na economia, que, com baixo *market share*, concorrerão pela preferência do consumidor.



Contudo, nos meados da década de 1970, a Escola Estruturalista sofre abalos, já que muitos de seus representantes aderem aos ideais da Escola de Chicago (SALOMÃO FILHO, 2021), sobretudo aqueles relativos à primazia do bem-estar do consumidor. Como reação, e buscando a retomada aos pressupostos teóricos da Escola de Harvard, surge a corrente Neoestruturalista, pejorativamente denominada *Hipster Antitrust*²⁶.

Em linhas gerais, autores Neoestruturalistas criticam a tese de que o bem-estar do consumidor deveria ser o foco da atuação antitruste, conforme defendido pelos autores de Chicago. Adicionalmente, as finalidades do antitruste são expandidas por esses autores (SÁ; VILANOVA, 2022), que além de defenderem a pulverização das participações de mercado e a garantia de um ambiente concorrencial justo, entendiam que o Direito Concorrencial deveria proteger o emprego, as pequenas e médias empresas, o meio-ambiente, etc.²⁷⁻²⁸. Lina Khan e Tim Wu se destacam como os principais autores do Neoestruturalismo.

Feita a contextualização das escolas Estruturalista e Neoestruturalista, abaixo estará uma enumeração com as principais abordagens da Escola de Harvard sobre o Direito Concorrencial, sobretudo quanto a: (i) a sua doutrina econômica majoritária; e (ii) o grau de intervenção proposto pela corrente às autoridades concorrenciais.

2.2.1. Doutrina Econômica Majoritária

Atkinson e Audretsch (2011) analisam a Escola de Harvard denominando-a de *Populist Antitrust Doctrine*. Para eles, o ferramental econômico que embasa tal corrente é representado pela Economia Neokeynesiana²⁹. A Economia Keynesiana teve o seu ápice após a 2ª Guerra Mundial e representou a doutrina econômica dominante nos Estados Unidos até meados de 1970. Contudo, após o desenvolvimento dos ideais da Escola de Chicago, embasados pelos fundamentos da Economia Neoclássica, verificou-se o surgimento de novas correntes análogas ao Keynesianismo, que buscaram se adequar ao desenvolvimento temporal do pensamento econômico.

Diante dos desenvolvimentos econômicos mais recentes, notados, sobretudo pela globalização da economia, pelo dinamismo das transações e pelo aprimoramento constante da tecnologia, surgem autores Neokeynesianos. Eles buscaram explicar os fenômenos econômicos contemporâneos mediante adequações do pensamento de Keynes à realidade que os circunscrevia.

Em linhas gerais, os autores neokeynesianos argumentam que a demanda por bens e serviços acarreta crescimento econômico. Tal demanda agregada pode ser evidenciada pelos investimentos e

26 Para fins do presente artigo, a corrente Neoestruturalista/Neobrandeisisana/*Hipster Antitrust* não será analisada pormenorizadamente, mas meramente citada.

27 Vide §18 da resposta do Cade, assinada pelo Presidente Alexandre Cordeiro Macedo, ao Ofício nº 2398/2022/AFEPAR/MJ, expedido pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, encaminhando à autarquia o Requerimento de Informação Parlamentar (RIC) nº 688/2022, de autoria da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle. (Documento SEI nº 1159045). Acesso em: 18 jul. 2023.

28 O Cade, inclusive, já demonstra preocupações quando aos mercados de trabalho (Vide Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61, que investiga supostas condutas anticompetitivas no mercado de trabalho da indústria de *healthcare*) e à Agenda ESG (Vide Ato de Concentração nº 08700.009905/2022-83, que aprovou a criação de uma *joint venture* entre empresas atuantes no mercado de suprimentos alimentícios e agrícolas para o desenvolvimento de uma plataforma que padronize a medição de níveis de sustentabilidade na cadeia de produção).

29 Alusão ao economista inglês John Maynard Keynes (1883 - 1946).

pelos gastos governamentais e de consumidores

Mattiuzzo e Becker (2020) entendem que a doutrina concorrencial surgida em Harvard se baseia, sobretudo, no ferramental econômico dos fundamentos da Economia Política. Nesse sentido, muitas das prescrições políticas de autores neokeynesianos fomentam o aumento dos gastos governamentais, buscando, sobretudo, a manutenção do pleno emprego, o qual elevaria a renda dos cidadãos e, conseqüentemente, geraria maior demanda agregada (especialmente em relação ao consumo).

Sobre o direito concorrencial, neokeynesianos certamente fomentariam dispêndios do Estado para um maior *enforcement* antitruste. Com isso, seria buscada a garantia de altos níveis de competição para a manutenção de preços baixos a curto-prazo (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Com preços de bens e serviços baixos no curto-prazo, a demanda agregada aumentaria e, conseqüentemente, o consumo se elevaria. Assim sendo, o principal aspecto da doutrina econômica neokeynesiana, em questões concorrenciais, é a busca pela elevada concorrência no mercado.

Além disso, outra política defendida pelos neokeynesianos é a distribuição justa e equitativa de renda e riqueza (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011). Estes autores acreditam que se as riquezas produzidas estiverem na posse de poucos indivíduos ou corporações, o consumo seria menor do que se o poder de compra fosse similar a todos. Por essa razão, quanto menor for a desigualdade de renda e riqueza, maior seria o consumo e, conseqüentemente, maior seria o crescimento econômico, já que haveria maior demanda agregada. Além do mais, para manter o ciclo de crescimento, os resultados oriundos do desenvolvimento econômico deveriam ser equitativamente distribuídos.

Em suma, os neokeynesianos entendem que o modelo econômico ideal deve buscar a ampliação da demanda agregada (e, conseqüentemente, o crescimento do consumo) a partir de práticas como: (i) a manutenção do pleno emprego; (ii) a busca por elevados níveis de concorrência no mercado consumidor; e (iii) a equitativa distribuição de renda e riqueza. Com tais premissas sendo observadas, seria vislumbrado o crescimento da economia.

2.2.2. Grau de intervenção proposto pela corrente na atuação das autoridades concorrenciais

A Escola de Harvard é reconhecida por sua predileção por um maior intervencionismo do Estado (*i.e.*, autoridade concorrencial) nos mercados (MATTIUZZO; BECKER, 2020). Os mesmos autores ainda pontuam que os Estruturalistas focam no processo competitivo, pregando que uma intervenção mais direta e fundamentada do órgão antitruste nas estruturas do mercado não só é viável, mas é imprescindível.

Lina Khan (2016), uma das principais representantes da vertente Neoestruturalista, corrente que retoma e atualiza os pressupostos da Escola de Harvard após surgimento dos ideais de Chicago, ressalta que Estruturalistas são pessimistas em relação aos mercados concentrados, uma vez que tais estruturas promovem diversas modalidades de condutas anticompetitivas.

Adicionalmente, a autora ressalta que a Escola de Harvard preferiria um mercado composto por muitas pequenas e médias empresas ao invés de poucas grandes companhias, pois: (i) estruturas monopolistas e oligopolistas permitem que as firmas dominantes coordenem os mercados com



facilidades e sutileza, promovendo condutas como fixação de preços, divisão de mercados e colusão tácita; (ii) empresas monopolistas e oligopolistas poderiam abusar de sua posição dominante para impedir a entrada de novas concorrentes no mercado; e (iii) empresas monopolistas e oligopolistas possuem maior poder de barganha em face de consumidores, fornecedores e trabalhadores, fato que permite elas a aumentarem os preços e piorarem os serviços, ao mesmo tempo que mantêm o seu lucro. Por essa razão, as estruturas de mercado deveriam ser controladas pelas autoridades concorrenciais (KHAN, 2016).

Adicionalmente, Atkinson e Audretsch (2011), comentando a visão de Carl Kaysen e de Donald F. Turner, pontuam que os autores da Escola de Harvard entendiam que o poder de mercado, *per se*, seria prejudicial à economia e, conseqüentemente, ilegal. Assim sendo, a estrutura de mercado deveria ser o foco da análise das autoridades concorrenciais. Condutas anticompetitivas deveriam ser investigadas residualmente, uma vez que as estruturas disfuncionais de mercado são a origem de performance econômica adversa.

Salomão Filho (2021) resume o pensamento Estruturalista afirmando que ele se preocupa menos com a eficiência, dando importância, então, à estrutura alocativa dos mercados. Além disso, os mercados, se considerados individualmente, não teriam forças suficientes para desafiar o poder econômico de uma empresa dominante. Por essa razão, intervenções estruturais seriam bem-vindas, inclusive com a atuação repressiva da autoridade antitruste no controle de atos de concentração e com a determinação da cisão de grandes firmas (ATKINSON; AUDRETSCH, 2011).

Dessa forma, nota-se que a Escola de Harvard prega uma maior intervenção estatal nos mercados, buscando, sobretudo, uma forte atuação no controle de estruturas mercadológicas como forma de repressão e de prevenção ao abuso de poder econômico pelos participantes de determinado mercado. Caso contrário, possivelmente existiriam condutas anticompetitivas em tal mercado. Os Estruturalistas buscam, então, a elevação dos níveis de concorrência nos mercados, pois, dessa forma, condutas anticompetitivas ocorreriam com menos frequência e com menor impacto.

2.2.3. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56: o uso das premissas da Escola de Harvard pelo Tribunal do Cade

O Cade pode adotar premissas de análise mais restritivas para garantir a manutenção da estrutura competitiva de determinados mercados relevantes. Tal prerrogativa da autoridade concorrential pode ser evidenciada no Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, reprovado pelo Tribunal do Cade em 28/06/2017 (BRASIL, 2017).

A operação buscava viabilizar a aquisição do controle, pela Kroton Educacional S.A., da Estácio Participações S.A. As requerentes atuam no segmento de educação privada, estando sobrepostas nos mercados de ensino superior - em distintas modalidades - e de cursos livres. A compradora desejava, com a aquisição, aproveitar-se da complementariedade geográfica das atividades de ensino superior presencial da Estácio, assim como inserir uma marca reconhecida em seu portfólio.

O caso chegou à análise do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica a partir de impugnação da Superintendência-Geral, que considerou que a operação geraria sobreposição horizontal nos mercados de educação superior (graduação e pós-graduação presencial e EAD - à

distância) e em cursos livres (cursos preparatórios para concursos, para OAB, Pronatec, entre outros). A título de exemplo, 125 mercados de graduação presencial estariam sobrepostos em um cenário segmentado por curso/município, 20 mercados de graduação EAD (à distância) teriam sobreposição horizontal no cenário nacional e 785 mercados, no cenário municipal. A SG/Cade entendeu que a operação poderia gerar uma concentração excessiva no mercado de educação superior à distância, permitindo que a compradora detivesse uma participação de quase 50% no mercado de educação. Em determinados mercados relevantes segmentados, inclusive, haveria o monopólio da entidade originada pela operação pretendida.

O órgão condutor da instrução processual também entendeu que uma eventual aprovação da operação promoveria uma estrutura de mercado passível de conferir, à Kroton, maior poder de mercado para adotar estratégias com efeito exclusionário aos concorrentes. A aprovação hipotética também facilitaria comportamentos colusivos no mercado em razão de ganhos nacionais de escala. Eventuais eficiências trazidas com a operação não seriam suficientes para compensar os problemas identificados pela SG/Cade.

Em 6 de fevereiro de 2017, o caso foi distribuído à relatoria da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, que pautou o julgamento para a 107ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 28 de junho de 2017. Na ocasião, embora a Relatora tenha entendido que há probabilidade de exercício de poder de mercado, pelo ente que seria formado em uma eventual aprovação, sobretudo em virtude das elevadas concentrações econômicas horizontais, votou pela aprovação da operação, condicionada à imposição de remédios unilaterais pelo Cade, sendo eles: (i) contratação de trustee de monitoramento das restrições impostas; (ii) Kroton não poder adquirir Instituições de Ensino Superior com mais de 10.000 alunos pelos próximos 5 anos; (iii) Kroton não poder fazer publicidade em televisão nacional por 1 ano; (iv) alienação dos ativos da Uniderp; (v) alienação de ativos em 8 municípios problemáticos³⁰; (vi) Kroton não poder aumentar, por 1 ano, a oferta de cursos nos mercados relevantes de EAD com concentração superior a 50%; (vii) alienação da marca Anhanguera; (viii) metas comportamentais para repassar eficiências aos alunos e professores; (ix) metas de responsabilidade social; (x) metas para garantir a manutenção ou melhoria dos índices de qualidade; e (xi) o fechamento da operação só poderia ocorrer após os remédios estruturais³¹ serem efetivados, mediante alienação, em leilão que deveria ocorrer em um prazo não superior a 12 meses, para Instituições de Ensino Superior credenciadas pelo Ministério da Educação (MEC).

No entanto, a opinião vencedora no julgamento do presente caso está no Voto-Vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, seguido pelo restante do Plenário³². O Voto-Vencedor entendeu que a operação deveria ser reprovada. O Conselheiro também ressaltou o movimento de crescimento por aquisições que as requerentes tiveram nos últimos anos, tendo a Kroton notificado 19 operações ao Cade e ao passo que Estácio notificou 7 atos de concentração ao Cade. Com a transação pretendida, seria formado um conglomerado de ensino a partir da junção dos dois maiores *players* nacionais.

O Conselheiro Gilvandro ainda pontuou, taxativamente, que a operação não repassaria

30 Sendo eles: (i) Macapá/AP; (ii) Campo Grande/MS; (iii) Niterói/RJ; (iv) São José/SC; (v) Santo André/SP; (vi) São Luís/MA; (vii) Belo Horizonte/MG; e (viii) Brasília/DF.

31 Itens (iv), (v) e (vi)

32 Aderiram, ao Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, os Conselheiros João Paulo de Resende, Alexandre Cordeiro Macedo, Paulo Burnier da Silveira e o Presidente Alexandre Barreto de Souza.



eficiências ao consumidor, uma vez que “se não houver no mercado agentes que ameacem constantemente a posição de mercado detida por Kroton/Estácio no momento pós-fusão, a falta de alternativas de mercado fará com que o aluno possa inclusive sofrer com preços mais altos e/ou com qualidade de ensino não tão desejável”. Ao invés de promover o bem-estar do consumidor, a transação supostamente prejudicaria os alunos vinculados às instituições de ensino das requerentes.

A estrutura do mercado de educação também seria sensivelmente alterada pela transação. A consolidação dos maiores grupos educacionais privados brasileiros alteraria a competitividade do setor educacional particular do Brasil. O Conselheiro Gilvandro Araújo assim pontuou:

57. Há aqui uma operação bastante complicada sob o ponto de vista da defesa da concorrência, pois o risco de que haja um cenário futuro de falta de competitividade no setor educacional privado no Brasil é patente no caso concreto. (...) Agrego que não há eficiências disponíveis em grau suficiente diante de tantos custos sociais a serem arcados com o desenvolvimento da operação, o que já foi bem enfrentado nesse processo. O que está para análise do Plenário não é apenas uma mitigação de sobreposições nos mercados em que os Requerentes atuam: a imbrincada interrelação entre ensino presencial e EAD traz ao Cade a necessidade de endereçar detalhes concorrenciais que sem dúvida terão impacto na dinâmica de negócios do ensino superior no Brasil (BRASIL, 2017, grifo nosso).

Em complemento, o Voto-Vencedor menciona que a Estácio, parte cujo controle potencialmente seria adquirido na operação, é a única rival da Kroton. A eliminação da única concorrente com porte para contestar a participação de mercado da parte compradora seria legitimar e chancelar monopólios nos diversos mercados relevantes afetados pela operação.

O modelo Estrutura-Condução-Desempenho, preconizado por autores da Escola de Harvard, também pôde ser evidenciado no voto. O Conselheiro Gilvandro, ao opinar pela insuficiência de remédios que legitimassem a aprovação da operação, pontuou que a solução proposta pelas partes de compartilhar, por determinado período, os ativos relacionados à marca Anhanguera com eventual concorrente comprador desses ativos, criaria uma *estrutura* de mercado disfuncional. Ela, por vez, fomentaria *condutas* anticompetitivas, como a cartelização ou troca de informações concorrencialmente sensíveis entre empresas. Como consequência seria reduzido o *desempenho* do mercado, já que malefícios seriam repassados aos consumidores finais dos serviços das partes.

Diante de todas as preocupações estruturais, entendeu-se que a operação seria passível de reprovação, uma vez que: (i) não traria eficiências; (ii) aumentaria substancialmente o poder de mercado do ente formado pela junção das principais participantes do mercado; e (iii) criaria a uma estrutura mercadológica monopolística e sem qualquer indício de competição. Em suma, questões eminentemente estruturais ensejaram a intervenção do Cade na pretensa transação, sobretudo para impedir a criação de um monopólio, para garantir a efetiva concorrência no mercado educacional brasileiro e para prevenir que eventual abuso de poder econômico fosse cometido pelas requerentes. Desse modo, a operação foi reprovada.

2.2.4 Conclusão sobre a Escola de Harvard

Com base na metodologia adotada neste artigo, é possível sintetizar o pensamento da Escola de Harvard deste modo:

Quadro 2 - Quadro-Síntese das Características da Escola de Harvard

Escola de Harvard	
Doutrina Econômica Majoritária	Nekeynesianismo
Objetivos do Direito Antitruste	Busca por estruturas competitivas de mercado, fomentando uma maior concorrência entre os agentes econômicos
	Maior intervenção da autoridade concorrencial nos mercados
	Falhas de mercado não são corrigidas pelo próprio mercado, devendo haver intervenção da autoridade antitruste
	Poder de mercado é ilegal por si só, devendo o Estado combatê-lo e preveni-lo
	Modelo Estrutura-Condução-Desempenho

Fonte: elaboração própria.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou sistematizar, de modo não exaustivo, duas das principais vertentes que teorizam os objetivos do Direito Concorrencial: a Escola de Chicago e a Escola de Harvard (Estruturalista). Com base no ferramental econômico seguido por cada escola e no grau de intervencionismo considerado ideal para a autoridade antitruste, é possível delimitar características próprias de cada linha de pensamento.

Nesse sentido, afirma-se que a Escola de Chicago é notada por trazer premissas mais liberais ao direito concorrencial e à Economia. Com base na Economia Neoclássica, autores adeptos ao pensamento de Chicago acreditam que os mercados são eficientes mecanismos de alocação de recursos evidentemente escassos. Além dessa característica intrínseca aos mercados, autores alinhados à Escola de Chicago acreditam que eventuais falhas de mercado poderiam ser corrigidas pelo próprio equilíbrio do mercado, não sendo necessárias intervenções governamentais para direcionar a oferta ou a demanda de determinado bem ou serviço, embora autores considerados como seguidores da vertente Pós-Chicago, que também se utilizam de preceitos da Economia Neoclássica, defendam certo intervencionismo estatal para a correção de falhas mercadológicas.

Em relação ao grau de intervencionismo proposto pela Escola de Chicago às autoridades concorrenciais, há de se pontuar que autores vinculados a essa linha de pensamento são evidentemente mais liberais e contrários à atuação estatal nos mercados. O direito concorrencial, nesse sentido, deveria ser utilizado somente para buscar melhores eficiências alocativas e para garantir o bem-estar do consumidor. Autores adeptos à corrente Pós-Chicago, no entanto, acreditam que falhas de mercado são originadas por condutas anticompetitivas e, por essa razão, comportamentos contrários



à livre concorrência deveriam ser eliminados pelas autoridades concorrenciais a fim de promover uma alocação eficiente de recursos nos mercados.

Um exemplo jurisprudencial de adoção das premissas da Escola de Chicago pode ser evidenciado na decisão do Tribunal do Cade no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84. Na ocasião, duas empresas com considerável participação de mercado notificaram contrato associativo para o compartilhamento de redes e infraestruturas móveis. Em que se pese as grandes concentrações das partes, o Plenário do Tribunal entendeu que a operação poderia gerar eficiências, sobretudo ao fomentar a expansão da rede 4G LTE e melhor aproveitar o limitado espectro de radiofrequência, além de promover o bem-estar do consumidor final ao reduzir os custos dos serviços prestados pelas requerentes (BRASIL, 2018).

A Escola Estruturalista de Harvard, por outro lado, é considerada uma vertente mais intervencionista em aspectos econômicos e concorrenciais. Com base em preceitos Neokeynesianos, referida Escola acredita, por exemplo, que elevados níveis de concorrência nos mercados são estimuladores de crescimento econômico. Nesse sentido, as autoridades concorrenciais, mediante maiores dispêndios governamentais, deveriam atuar para garantir estruturas competitivas de mercado.

Autores com o viés Estruturalista de Harvard defendem maior intervencionismo estatal nos mercados, de modo que a atuação da autoridade antitruste nas estruturas dos mercados seria necessária para a manutenção da livre competição. Além disso, tais autores acreditam que monopólios ou oligopólios são prejudiciais aos mercados, uma vez que estimulam a adoção de condutas anticompetitivas e fomentam o abuso do poder econômico por firmas dominantes. Para evitar referidos malefícios (*i.e.*, perda de desempenho dos mercados), a Escola de Harvard defende maior atuação da autoridade antitruste no controle de estruturas, buscando a manutenção e a garantia da competição.

A prática decisória do Cade também fundamentou as decisões de atos de concentração com base em premissas da Escola de Harvard. No Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, por exemplo, a operação foi reprovada com base nas participações de mercado que seriam auferidas pelo ente originado pela transação. O Voto-Vencedor considerou que havia grande possibilidade de o Cade tutelar a formação de um monopólio no mercado brasileiro de educação e, caso o ato de concentração não fosse reprovado, condutas anticompetitivas poderiam ser fomentadas, causando pior desempenho no mercado brasileiro de educação privada.

Percebe-se, assim, que o Cade já utilizou de premissas de ambas as Escolas para fundamentar suas decisões de atos de concentração. Sugere-se, como eventuais desdobramentos da presente pesquisa, ampliação do escopo de análise da jurisprudência do Cade, buscando mapear, estatisticamente, o percentual de decisões que foram fundamentadas com preceitos de cada uma das vertentes do direito concorrencial acima expostas. Assim, seria possível compreender, de certo modo, se há um padrão de predileção da autoridade concorrencial brasileira por determinada escola.

REFERÊNCIAS

ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. **Economic Doctrines and Approaches to Antitrust**. Washington: The Information Technology and Innovation Foundation, 2011. Disponível em: <http://>

www.itif.org/files/2011-antitrust.pdf. Acesso em: 2 jun. 2023.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BERTRAN, Maria Paula. **Escola de Chicago e Nova Economia Institucional**: as principais linhas da análise econômica do direito aplicadas a um caso concreto. 2. ed. Ribeirão Preto: Selo FDRP-USP, 2021.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1978.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.002276/2018-84**. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 7 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/29p7j8lv>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.006185/2016-56**. Requerentes: Kroton Educacional S.A. e Estácio Participações S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Voto-Vencedor: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 28 de junho de 2017. Disponível em: <https://tinyurl.com/25j9bege>. Acesso em: 30 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Edital nº 623, de 27 de outubro de 2022**. Edital de realização do 42º Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (PinCade). Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/263cuk98>. Acesso em: 3 jul. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 30 jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade. **Guia de Advocacia da Concorrência**. Brasília, DF: Ministério da Economia, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2y6qtuee>. Acesso em: 1 jul. 2023.

BRUE, Stanley L.; GRANT, Randy R. **História do Pensamento Econômico**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. **Texas Law Review**, Austin, TX, EUA, v. 63, n. 1, 1984. Disponível em: <https://tinyurl.com/29sadpap>. Acesso em: 2 jun. 2023.

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, p. 710-805, 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/yatw2kkl>. Acesso em: 2 jun. 2023.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2019.

MATTIUZZO, Marcela; BECKER, Bruno Bastos. Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional: mapeamento do debate atual. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 40-83. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/30031>. Acesso em: 30 jan. 2023.



NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao direito econômico. Prefácio Tercio Sampaio Ferraz Junior. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SÁ, Catharina Araújo; VILANOVA, Polyanna. As Escolas de Direito Antitruste: o que a história revela. **WebAdvocacy**, [S. l.], 19 maio 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/2872lm8k>. Acesso em: 17 jul. 2023.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.