

6

CONSIDERAÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO NO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Public interest considerations on merger controls

Roberto de Castro Pimenta¹

RESUMO

Determinadas concentrações de mercado geram repercussões não apenas econômicas, como também políticas e sociais. Valores como proteção à indústria nacional, redução de desigualdades, manutenção do nível de empregos ou proteção à pluralidade de setores estratégicos (mídia, saúde, educação, segurança pública) constam em diversas legislações concorrenciais. O desafio, comum a autoridades ao redor do mundo, consiste em como ponderar critérios de interesse público com critérios estritamente concorrenciais, visto que eles não necessariamente apontam para a mesma direção. O artigo se propõe a delimitar um conceito das “cláusulas de interesse público” e a verificar como elas podem ser veiculadas na legislação, do ponto de vista material e procedimental, por meio da análise de diferentes jurisdições e de *roundtables* da OCDE. Foi verificada ampla gama de modelos institucionais, bem como gradual consolidação, no Brasil, da utilização de critérios essencialmente concorrenciais – ilustrada por casos como Brahma/Antarctica (2000), Sadia/Perdigão (2011), HSBC/Bradesco (2016) e Kroton/Estácio (2017).

Palavras-chave: Antitruste; Controle de Concentrações; Cláusulas de Interesse Público; OCDE; Modelos; Brasil; CADE.

ABSTRACT

Some mergers brings not only economic, but also social and political consequences. Values as protection of national industry, reduction of inequalities, preservation of jobs or plurality in strategic sectors (such as media, health, education, public security) are established in several antitrust legislations. The challenge among different jurisdictions is to consider standards of public interest combined with strictly competitive standards, since they do not necessarily point to the same direction. The article aims to define the so-called “public interest clauses”, in order to examine how these clauses can be established by legislation, through the analysis of different jurisdictions and OCDE roundtables. It finds a wide range of institutional models, as well as a gradual consolidation, in Brazil, of economic and competition based methodology - illustrated by cases such as Brahma/Antarctica (2000), Sadia/Perdigão (2011), HSBC/Bradesco (2016) and Kroton/Estácio (2017).

Keywords: Antitrust; Merger Control; Public interest clauses; OECD; Institutional Models; Brazil; CADE.

¹ Mestrando em Direito Regulatório pela Universidade de Brasília (UnB). Graduado na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Advogado. E-mail: robertodcpimenta@gmail.com.

Classificação JEL: A12; B41; D47; D61; K21; L11; L22; L40; L49; L50.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Interesse Público como Ferramenta para Alcançar Objetivos e Valores para Além de Econômicos? Aspectos Doutrinários. 2.1. A Origem Multi-Dimensional do Antitruste, o Estruturalismo, a Escola de Chicago e o “Contexto Pós-Chicago” 2.2. Objetivos Centrais do Antitruste e a Definição de Cláusulas de Interesse Público. 3. Cláusulas de Interesse Público, Tipos e Modelos Institucionais. 3.1. Modelos Institucionais. 3.2. Análise Direta ou Indireta de Interesse Público. 3.3. Dificuldades na Aplicação. 4. Experiência Brasileira. 4.1. Histórico legislativo. 4.2. Casos Representativos. 4.2.a. *Brahma e Antarctica (2000)*. 4.2.b. *Sadia e Perdigão (2011)*. 4.2.c. *Bradesco e HSBC (2016)*. 4.2.d. *Kroton e Estácio (2017)*. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O direito antitruste é historicamente marcado por debates a respeito de suas finalidades, sendo esta, certamente, uma das temáticas mais abordadas pela sua literatura especializada. Não raro, é possível encontrar obras (tanto de juristas quanto de economistas) que se debruçam sobre as teorias econômicas e sociais que o fundamentam, ou que analisam a história e as razões de sua criação (o que geralmente remonta à edição do *Sherman Act*, nos Estados Unidos, em 1890).

Curiosamente, este tema retorna à pauta do dia de tempos em tempos (embora sob nova roupagem). Recentemente, por exemplo, candidatos a presidente dos Estados Unidos propunham, como plataforma eleitoral, a “quebra” de grandes empresas tecnológicas, exatamente pela via do antitruste².

A dimensão política que o antitruste alcança não surpreende, afinal o controle estatal sobre grandes estruturas de mercado é, pela sua própria natureza, uma intervenção de porte, que afeta poderosos interesses. Se para alguns ele representa uma postura estatal excessivamente intervencionista, para outros é tido como uma condição necessária para o bom funcionamento dos mercados e, em última instância, do próprio regime democrático³.

Cabe lembrar que o antitruste já chegou a ser considerado por alguns, até mesmo, um instrumento para disputas políticas no plano internacional. Há quem alegue, por exemplo, que o antitruste teria assumido determinado viés na década de 70 em benefício das empresas americanas, ou que, atualmente, a autoridade europeia “perseguiu” poderosas corporações tecnológicas americanas⁴,

2 Cabe menção às propostas da pré-candidata democrata Elizabeth Warren (2019) de (i) impedir a verticalização de empresas tecnológicas que funcionem como plataforma para outras empresas fornecerem serviços/produtos (como o Amazon Marketplace, Google’s ad Exchange e Google Search); e (ii) buscar a reversão de fusões de empresas tecnológicas tidas como anticompetitivas, como Facebook/Whatsapp, Facebook/Instagram, Amazon/Whole Foods, Google/Waze, dentre outras. Também pela “quebra” das *big techs* se posicionaram pré-candidatos como *Bernie Sanders*, *Tom Steyer* e *Pete Buttitiieg* (este último, contudo, no sentido de que a medida se justifica somente em caso da presença de comprovadas condutas abusivas). Notícias disponíveis em Warren (2019) Molla e Stewart (2019).

3 Entre esses dois polos existe, evidentemente, uma miríade de posicionamentos intermediários e não generalistas, em razão da complexidade que envolve o tema e da ampla gama de casos que se apresentam para as autoridades concorrenciais.

4 “Como a defesa da concorrência acompanha um viés político (e não só econômico), a escola de Chicago endereçava uma preocupação específica com a perda de espaço das empresas americanas, não só no cenário internacional, como no cenário doméstico” (RAGAZZO, 2014, p. 14).

como o Google e o Facebook⁵.

Para além dessas polêmicas, outro ponto que merece atenção – e que será objeto do presente artigo – é a constatação de que certas concentrações geram efeitos não apenas econômicos, mas também sociais, que extrapolam seus respectivos mercados. Daí decorre a constatação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) de que “*o controle de concentrações costuma possuir consequências políticas e econômicas, o que torna [...] considerações [sobre valores de interesse público] bastante usuais*” (OCDE, 2016, p. 2).

Isso pode ocorrer, por exemplo, para operações que envolvam os mercados de saúde, educação, segurança pública ou o setor financeiro, nos quais as concentrações têm potencial para atingir outros valores caros à sociedade⁶.

Em casos como estes, indaga-se: devem as concentrações ser analisadas somente sob o prisma dos seus aspectos econômicos? A resposta à questão não é trivial. Afinal, o que são, exatamente, critérios estritamente econômicos, como harmonizar estes critérios com outros não econômicos, quais os limites de competência da agência antitruste – e, ainda, se seria conveniente ao antitruste considerar outros valores – são questões que recorrentemente voltam à tona.

O artigo não pretende discorrer extensamente a respeito das finalidades do antitruste, ou se vincular a qualquer posição a respeito. Seu intuito é fornecer ao leitor um breve panorama sobre como possíveis considerações não econômicas (de “*interesse público*”) podem integrar a análise de um ato de concentração, e qual vem sendo a experiência internacional e a brasileira a respeito do tema.

A parte inicial analisa o que seriam as chamadas “cláusulas de interesse público”. A segunda parte verifica quais as formas, legais e institucionais, de inclusão destes valores na análise de concentrações. A terceira (e última) parte avalia a evolução brasileira a respeito do tema.

Ao cabo, espera-se fornecer respostas às seguintes perguntas: quais valores de interesse público costumam ser previstos nas legislações antitruste? Quais as formas de incluí-los no procedimento de análise de atos de concentração? Quais os modelos institucionais adotados em outros países? E em que direção aponta a experiência do CADE a respeito do tema?

2. O INTERESSE PÚBLICO COMO FERRAMENTA PARA ALCANÇAR OBJETIVOS PARA ALÉM DE ECONÔMICOS? ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.

O debate sobre os objetivos centrais do controle de estruturas antitruste é recorrente. Deve

5 A acusação chegou a ser formulada pelo próprio Presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, ao afirmar que a União Europeia indevidamente endereçava investigações contra companhias como o Google, Facebook, Amazon e Apple, as quais, na verdade, deveriam correr a cargo das autoridades americanas. Além disso, teceu duras críticas contra a Comissária Europeia para a Concorrência, Margrethe Vestager: “Ela odeia os Estados Unidos talvez pior do que qualquer pessoa que eu já conheci” (US/EU, 2019).

6 São inúmeros os exemplos possíveis. É o caso de uma fusão que cria um enorme veículo de comunicação, capaz de centralizar o fluxo de informações da mídia nacional; uma fusão que gera um monopólio no setor de distribuição de energia elétrica; uma operação que cria uma empresa-líder que pode levar à falência pequenos produtores de região pobre do país; ou, trazendo para os dias de hoje, que cria uma plataforma tecnológica com tamanho poder que possa influir diretamente no resultado das eleições de um país.

ele perseguir uma estrutura de mercado eficiente a todo custo, mesmo que isso importe na concentração excessiva de poder em um único *player*? Ou deve buscar uma estrutura de mercado com o maior número de competidores possível?

O critério democrático da liberdade de empreender, no sentido de possibilitar o mais amplo acesso ao mercado por novos *players* (em verdadeira concepção “madisoniana”⁷), deve ser seu mote central? Ou o preço ao consumidor deve ser o “padrão ouro” da análise de eficiência de um mercado? Pode o antitruste ser utilizado para a consecução de outras políticas públicas?

Essa discussão não se resume ao campo teórico. Ela impacta diretamente as premissas e a metodologia utilizada pela autoridade concorrencial, podendo levar a resultados diametralmente opostos no exame de um ato de concentração. É a lente pela qual a autoridade analisa e interpreta as operações entre agentes econômicos. Nas lições do sempre citado Robert H. Bork (1978, p 50), definir os valores do antitruste é tão primordial “*que todo o restante decorre da resposta que damos*”.

2.1. A Origem Multi-Dimensional do Antitruste, o Estruturalismo, a Escola de Chicago e o “Contexto Pós-Chicago”

Khan (2016, 2018) aponta aquela que seria a grande divergência que permeou o debate no século XX, entre a visão anteriormente predominante e a visão da “Escola de Chicago”. Segundo a autora, até a década de 60 teria prevalecido a visão que enxergava nas estruturas dos mercados um dos fatores mais relevantes para sua dinâmica competitiva. Tendo como um expoente a figura do juiz da Suprema Corte *Louis Brandeis*, entendia-se que estruturas concentradas de mercado devem ser evitadas, pois a diversidade de agentes seria, por si só, uma forma eficaz de promover o processo competitivo e a eficiência do mercado.

Amparado nas lições da escola de organização industrial de Harvard (paradigma “Estrutura-Condução-Desempenho”)⁸, tal entendimento propiciava uma análise metodologicamente mais simples – ao atribuir menor relevância a fatores como economias de escala, análise das barreiras de entrada (consideradas geralmente elevadas) e outras hipóteses de contestabilidade de posição dominante -, sendo dotado de maior previsibilidade, mas, certamente, *mais restritivo* para concentrações (RAGAZZO, 2014).

Outros autores, por sua vez, enquadram este momento inicial do antitruste como uma fase “*multi-dimensional*” (WRIGHT et al, 2019), atribuindo a ele forte carga pejorativa, por entendê-lo amparado em valores dispersos, casuisticamente levados em consideração, sem critérios de aplicabilidade bem estabelecidos:

Wright, por sua vez, afirma que “[c]om esse objetivo [i.e., de impedir a con-

7 Inspirada nas lições de James Madison Jr., consiste, essencialmente, na busca por uma distribuição democrática de poder e de oportunidades na economia política. Nesse sentido é a menção em KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 3, p. 131–132, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ipN56K>. Acesso em: 5 jul. 2019.

8 “[...] desenvolveu-se o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, segundo o qual a estrutura de um mercado (mais ou menos concentrado, dentre outras características) determinava a sua condução (os preços praticados no mercado, mais ou menos altos, dependendo do grau de concentração) e o seu desempenho (lucratividade, seguindo a mesma lógica)” (RAGAZZO, 2014, p. 12).

centração econômica], os tribunais entendiam a função do direito antitruste como a de servir vários - por vezes, conflitantes e anticompetitivos - objetivos sócio-políticos' (WRIGHT, 2019 apud JASPER, 2019, p. 175).

De toda forma, nas décadas de 70 e 80 ganhou proeminência a perspectiva da chamada “Escola de Chicago”, a qual, com premissas calcadas em conceitos econômicos, na crença da autorregulação dos mercados e enfoque na análise de eficiências, revolucionou a forma de análise até então dominante (FRAZÃO, 2017).

Ao deslocar a atenção do antitruste das estruturas dos mercados para as eficiências das operações (especialmente os custos de produção e preços ofertados aos consumidores), Chicago se contrapôs à visão anterior do “*small is beautiful*” (RAGAZZO, 2014).

As ideias de Chicago representaram, também, um ganho de complexidade analítica, pois afastavam a mera análise das estruturas e reduzia o uso de regras *per se*, exigindo verificações pormenorizadas dos efeitos das operações sobre preços, em um viés mais empírico e econômico. Tal complexidade teria trazido consigo, contudo, um incremento da imprevisibilidade das análises, muitas vezes marcadas por premissas irreais ou causalidades de difícil aferição (RAGAZZO, 2014).

Essa mudança de paradigma foi, segundo alguns autores, determinante para a aprovação de grandes fusões entre empresas e conglomerados à época - especialmente no que se refere às integrações verticais (KHAN, 2016). De maneira mais crítica, há quem atribua a Chicago um suposto “declínio” do antitruste, pois o abandono de valores políticos, morais e sociais levou à aceitação de concentrações em setores estratégicos, com poucos ganhos de objetividade nas análises - sendo que o “objetivismo” propugnado por Chicago jamais teria afastado as autoridades antitruste da ingerência de políticos ou grupos de interesse (STUCKE, 2012; FOX, 2008). O antitruste teria, assim, se afastado de questões sociais e políticas relevantes, com mínimos ganhos.

Para além da divergência entre Estruturalistas e a Escola de Chicago - a qual, segundo Frazão (2017), pode dar margem a posturas maniqueístas que ignoram ou supervalorizam o papel das estruturas nas análises concorrenciais⁹ -, há quem defenda a existência de um “**Contexto Pós-Chicago**”, marcado por postura mais crítica às limitações dos modelos teóricos de Chicago e que pode, inclusive, ter influenciado a adoção de outros objetivos para além da eficiência alocativa, como a proteção dos consumidores (RAGAZZO, 2014).

O que se tem notado hoje em dia, contudo, é a tendência de alguns autores se ampararem neste “Contexto Pós-Chicago”¹⁰, para defender a inclusão de outros valores ao antitruste, sob o fundamento de que o antitruste não seria um “fim em si mesmo”, mas instrumento para consecução de valores socialmente e legalmente relevantes (FORGIONI, 2015, p. 188; ATHAYDE, 2017).

É importante lembrar, contudo, que ainda existem vozes que advogam pela autonomia do direito da concorrência, entendendo que a inclusão de outros valores prejudica a construção de uma política coerente e sistemática (MENDES, 2013). Em outras palavras, a inclusão daria margem a aná-

9 Ou que, segundo Wu (2018), pode retirar o enfoque do processo competitivo. O referido autor, que se intitula como adepto do movimento “*NeoBrandeisian*”, não define, contudo, seus critérios para análise do processo competitivo, e parece se aproximar muito da tese estruturalista.

10 Embora o que ele signifique, precisamente, ainda não seja algo bem delimitado

lises casuísticas, voltadas para a consecução de políticas públicas momentâneas (que devem ser reservadas a outras esferas, que não o antitruste). Há também quem aponte que uma sólida política de concorrência pode ajudar, por si só, a alcançar objetivos de desenvolvimento econômico sustentável (DAVIES; THIEMANN, 2015), ou que a superação do critério da eficiência no antitruste simplesmente não encontrou ainda alternativas mais seguras (HOVENKAMP, 2002).

2.2. Objetivos Centrais do Antitruste

Em rodada de discussões da OCDE realizada em 2016 (OCDE, 2016e, p. 4-5), especialistas e delegações de diversos países buscaram a definição do que seria o “núcleo do antitruste”, ou seja, quais seus elementos e valores essenciais, que representam convergência entre diferentes correntes e jurisdições.

Na oportunidade, embora um consenso não tenha sido alcançado, a maioria dos participantes apontou conceitos como a busca “pela eficiência dos mercados, como um meio para geração de bem-estar”, a “eficiência do processo competitivo” ou a mera “eficiência alocativa”.

Infelizmente, tal núcleo pode parecer genérico e inócuo, vez que é difícil imaginar alguém que iria se contrapor a conceitos como “eficiência”, “bem-estar” e “competição”. A busca por conceitos genéricos como “processo competitivo”, “eficiência dos mercados” ou “promoção do bem-estar” nunca foi apta a unificar a política antitruste, pois simplesmente transfere o debate para a definição destes conceitos indeterminados (STUCKE, 2012).

Nesse sentido, são ilustrativas duas pesquisas da *International Competition Network* (ICN, 2011; 2007) que apontam divergência relativa a conceitos como “bem-estar” ou os objetivos perseguidos por autoridades de vários países¹¹. Foi verificado que, se mais geral e abstrato o objetivo, maior consenso existe entre as autoridades. Ao buscar uma delimitação mais precisa, as divergências tornam-se acentuadas (ICN, 2011, p. 93).

Esse panorama revela, portanto, que o debate ainda está longe de um consenso. De toda maneira, mesmo se tratando de conceitos indeterminados, não há como negar que as definições possíveis dos objetivos concorrenciais tradicionais ainda são aquelas ligadas aos critérios de eficiência, bem-estar e processo competitivo. Ou seja, outros valores, quanto mais se distanciarem da análise destes conceitos, poderão, com maior razão, ser considerados “cláusulas de interesse público”, tendo sido esta, também, a definição adotada pela OCDE na sua rodada de discussões (OCDE, 2016, p. 6).

Por essa razão, valores como proteção à indústria nacional e razões de interesse nacional¹²,

11 O conceito do “bem-estar” não é totalmente delineado, existindo controvérsia se essa busca deve se dar pelo bem-estar total, pelo bem-estar dos consumidores ou mesmo por outros recortes. Em pesquisa de 2011, apenas 07, de 57 autoridades, concordaram com o conceito fornecido pela entidade (ICN, 2011). Em outra pesquisa, sobre os objetivos das autoridades antitruste, os dez mais mencionadas foram: (i) garantir um processo competitivo eficaz; (ii) promover o bem-estar dos consumidores; (iii) maximizar a eficiência; (iv) garantir a liberdade econômica; (v) garantir condições equitativas para as pequenas e médias empresas; (vi) promover justiça e igualdade; (vii) promover a escolha do consumidor; (viii) alcançar a integração do mercado; (ix) facilitar a privatização e a liberalização do mercado; e (x) promover a competitividade nos mercados internacionais. (ICN, 2002 *apud* STUCKE, 2012, p. 567).

12 Prevista, por exemplo, na Austrália, África do Sul, Canadá, China, Itália, Holanda e Portugal (OCDE, 2016, p. 7, 9, 14, 19) e (OCDE, 2016e).

redução de desigualdades, manutenção do nível de empregos¹³, proteção à pluralidade de setores estratégicos (mídia, saúde, educação, segurança pública, setor financeiro, indústria exportadora)¹⁴, alinhamento com políticas culturais¹⁵, garantia do fornecimento de energia elétrica¹⁶, dentre outros, foram considerados, por quase todos os membros, como exemplos de cláusulas de interesse público.

3. CLÁUSULAS DE INTERESSE PÚBLICO, TIPOS E MODELOS INSTITUCIONAIS

Como visto, em 2016 a OCDE definiu “cláusulas de interesse público” como todas as cláusulas legais que preveem a utilização de outros valores, tradicionalmente alheios ao direito antitruste, na análise de um ato de concentração.

Tais cláusulas podem estar veiculadas sob algumas das seguintes formas (OCDE, 2016, p. 7):

- (i) Pela inclusão nos objetivos e princípios gerais da lei antitruste;
- (ii) Pela inclusão nos critérios legais de avaliação das concentrações (como diretriz ou mesmo como uma etapa autônoma da análise da concentração); ou
- (iii) Pela inclusão de disposições que permitem que concentrações sejam reavaliadas por outras entidades, que não a concorrencial (muitas vezes, entes políticos).

As cláusulas podem ser gerais (abstratas ou exemplificativas) ou taxativas. Um exemplo de cláusula geral é a alemã, que autoriza o Ministro de Assuntos Econômicos e Energia, excepcionalmente, a permitir uma concentração vetada pela autoridade concorrencial alemã, se a restrição da concorrência “for compensada por vantagens para a economia nacional” (OCDE, 2016b, p. 3).

Outro exemplo de cláusula geral é a do Reino Unido, que conta com lista exemplificativa de valores considerados de interesse público: segurança nacional, pluralidade da mídia e estabilidade do sistema financeiro (OCDE, 2016s, p. 4).

Já a Espanha adota uma lista taxativa. Segundo o artigo 14 da sua “*Ley de Defensa de la Competencia*” (ESPANHA, 2007), o Conselho de Ministros espanhol possui competência para aprovar ou reprovar uma operação de casos que envolvam (i) defesa e segurança nacional; (ii) proteção da saúde ou segurança pública; (iii) livre circulação de bens e serviços no território nacional; (iv) proteção do meio ambiente; (v) promoção de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; ou (vi) garantia de manutenção dos objetivos da regulamentação setorial.

3.1. Modelos Institucionais

Outro aspecto importante a respeito das considerações de interesse público é o *procedimental*, relativo ao momento em que será realizada a análise de interesse público, e a quem caberá a sua realização. Segundo a OCDE, dois modelos de desenho institucional podem ser adotados: o unitário

13 Há julgados na África do Sul, Namíbia e Brasil (AMBEV) (OCDE, 2016, p. 21), e previsão na legislação da França, Coreia do Sul, China (OCDE, 2016, p. 7) e (OCDE, 2016e, p. 10, 18).

14 Reino Unido, Portugal, União Europeia (OCDE, 2016, p. 7, 12, 21) e (OCDE, 2016e, p. 6, 19) dentre outros.

15 Canadá (OCDE, 2016a, p. 14).

16 Coreia, Alemanha, Espanha (OCDE, 2016, p. 7, 15) e (OCDE, 2016e, p. 7, 10).

ou o dual (OCDE, 2016, p. 9).

No modelo unitário, cabe à própria autoridade concorrencial a análise da operação, tanto sob a ótica concorrencial quanto sob a ótica das cláusulas de interesse público.

A vantagem desse modelo é que ele permitiria, em tese, uma maior coerência na aplicação dos valores previstos em lei, pois a centralização das funções viabiliza uma abordagem holística, com a ponderação entre os valores concorrenciais e os não concorrenciais. Além disso, aos que entendem que as autoridades da concorrência são menos sujeitas a pressões governamentais e à captura por setores do mercado¹⁷, esse modelo seria menos suscetível a pressões externas de grupos de interesse¹⁸.

No modelo dual, a autoridade da concorrência se atém aos aspectos concorrenciais da operação, sendo as considerações de interesse público avaliadas por um regulador setorial ou por um agente decisório político externo (um ministro de Estado, por exemplo)¹⁹. O modelo dual comportaria, segundo a OCDE (2016, p. 10), a seguinte subdivisão:

(i) competência compartilhada, no qual a autoridade antitruste e o órgão regulador atuam em conjunto, de maneira coordenada, na análise da operação²⁰;

(ii) competência concorrente, em que a autoridade antitruste e o agente regulador setorial analisam a operação de maneira independente, não levando em conta a opinião um do outro nas suas avaliações, ambos com competência para análise de questões de interesse público²¹; e

(iii) intervenção externa, na qual a operação pode ser analisada por um agente político, geralmente após a autoridade antitruste, e de maneira excepcional, com poderes para aprovar, impor condições ou rejeitar a operação.

Essa gama de modelos institucionais é ilustrada pelo seguinte esquema gráfico:

17 Vez que atuam no mercado como um todo, e não em um nicho específico, como as demais agências reguladoras.

18 Já as críticas a esse modelo alertam para o perigo da possibilidade de pressão política contaminar a análise concorrencial e, ainda, para a carência de legitimidade democrática da autoridade antitruste avaliar questões de interesse de toda a sociedade (tarefa que deveria ser atribuída a agentes políticos eleitos).

19 O modelo apresenta a vantagem de possibilitar que a autoridade antitruste faça um julgamento com base apenas em critérios concorrenciais, sem precisar se preocupar com os efeitos socioeconômicos que uma futura decisão em um ato de concentração causaria. Além disto, afastaria as questões relacionadas à legitimidade democrática das autoridades antitruste, em vista que os aspectos que escapam da seara do direito concorrencial seriam analisados por outra autoridade. A discussão acerca da legitimidade democrática das autoridades antitruste passa pela questão de que as decisões de tal autoridade seriam feitas por agente que estariam em instituições tecnocráticas, longe do controle democrático, sem estar sujeitas a “*accountability*”. Para um maior aprofundamento: (OCDE, 2017).

20 Embora as autoridades da concorrência fiquem menos expostas à pressão política e a preocupações com conflitos de interesse, é preciso alinhar os procedimentos da atuação em cooperação das diferentes instituições.

21 Mais comum em concentrações no sistema financeiro (Banco Central e autoridade antitruste).

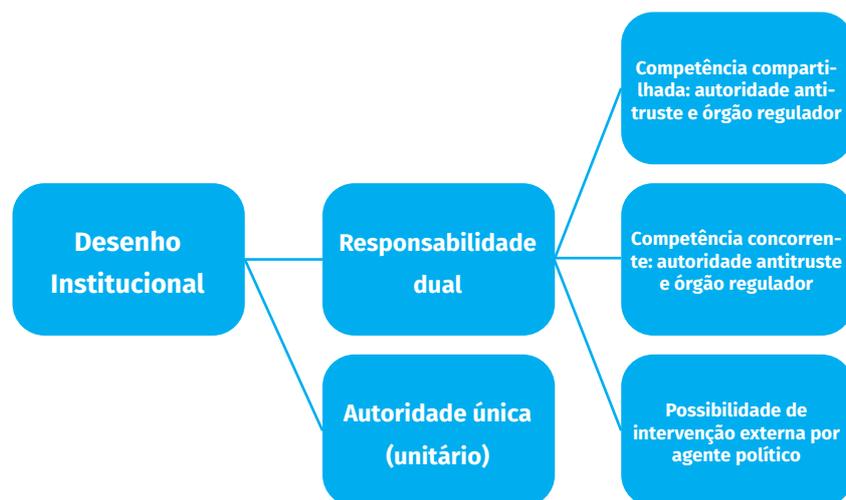


Figura 1. Modelos Institucionais para Avaliação do Interesse Público (elaboração própria)

Como exemplo de países que admitem a intervenção externa por autoridades políticas, após a análise concorrencial, é possível mencionar os exemplos da Espanha e da Alemanha.

No caso espanhol, o seu Conselho de Ministros (composto por membros do Executivo) é dotado de poderes para, mesmo após a análise da autoridade concorrencial, aprovar ou manter a reprovação de operações pelos motivos específicos de interesse público (previstos nos artigos 10.4, 14 e 60 da sua “*Ley de Defensa de la Competencia*”)(ESPAÑA, 2007)²².

De maneira semelhante, o sistema alemão permite que seu Ministro de Assuntos Econômicos e Energia autorize, em casos excepcionais, uma concentração proibida pela autoridade alemã da concorrência, caso a restrição da concorrência possa ser compensada por vantagens para a economia nacional²³.

3.2. Análise Direta ou Indireta de Interesse Público

Há quem faça distinção, ainda, quanto à forma como as considerações de interesse público podem ser veiculadas na análise de um ato de concentração.

Em alguns casos, a autoridade antitruste leva em consideração valores de interesse público explicitamente na avaliação final dos efeitos da concentração, sopesando fatores concorrenciais com valores não concorrenciais na sua decisão.

22 Como já mencionado, são eles: Defesa e segurança nacional; Proteção da saúde ou segurança pública; Livre circulação de bens e serviços no território nacional; Proteção do meio ambiente; Promoção de pesquisa e desenvolvimento tecnológico; Garantia de manutenção dos objetivos da regulamentação setorial.

23 Artigo 42.9, n.º 1, da lei alemã da concorrência, conforme informação obtida no documento oficial “*Guide to Mergers & Acquisitions in Germany*” (GTAI, 2016, p. 40). Embora tal previsão não seja largamente utilizada, dois casos ilustram bem a dinâmica do ordenamento alemão. A concentração E.ON/Rhurgas, por exemplo, foi vetada pelo Bundeskartellamt, mas autorizada pelo Ministério, sob o fundamento de aumento da competitividade internacional e da segurança de fornecimento de energia ao país. Já no caso da EDEKA/Kaiser, embora a operação gerasse uma concentração de 85% e tenha sido vetada pela autoridade concorrencial, foi aprovada pelo Ministro sob as condições de salvaguarda de empregos e a proteção dos direitos dos trabalhadores (OCDE, 2016b).

Para certos países, a análise do interesse público constitui, inclusive, uma etapa independente do procedimento, como ocorre na África do Sul, onde os critérios não econômicos são analisados de maneira separada, como etapa independente e obrigatória para reprovação ou aprovação condicionada do ato.

Já na Nova Zelândia e Canadá, a autoridade ocasionalmente pondera esses valores de maneira indireta - eles não são de consideração obrigatória pela autoridade antitruste, podendo, contudo, ser abarcados nas “análises amplas de eficiência” (OCDE, 2016c, p. 11), nas quais o teste de competição tradicional é “elastecido” para cobrir outras metas relacionadas a um interesse público mais geral (OCDE, 2016a, p. 12).

3.3. Dificuldades na Aplicação das Cláusulas

A OCDE aponta desafios práticos na aplicação das cláusulas de interesse público. O primeiro deles é a dificuldade na interpretação dessas cláusulas, visto que geralmente apresentam conceitos indeterminados, abertos a diferentes interpretações. Daí a razão pela qual a previsão de interesses públicos claramente definidos pode ajudar na previsibilidade da autoridade.

A segunda dificuldade é o horizonte temporal do impacto da avaliação das concentrações. Avaliações baseadas no interesse público tendem a refletir necessidades atuais, da conjuntura existente à época da concentração, mas os efeitos da concentração são permanentes, devendo os efeitos do médio e longo prazo ser contabilizados.

A terceira dificuldade é a análise da especificidade dos efeitos da fusão. É preciso delimitar, precisamente, quais efeitos decorrem diretamente da fusão, ou seja, que não ocorreriam caso ela não fosse concretizada. Muitas autoridades tendem a adotar decisões para atender objetivos de outra política pública, não se atendo aos efeitos diretos e específicos da concentração analisada.

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

4.1. Histórico legislativo

Embora exista registro de legislações esparsas ao longo das décadas de 20 e 30, os valores concorrenciais foram positivados pela primeira vez, de maneira expressa, na Constituição de 1946²⁴, ao passo que a primeira lei da concorrência foi promulgada em 1962, trazendo dispositivo que possibilitava a aprovação de uma operação com base em cláusula de interesse público.

A Lei 4.137/62 (BRASIL, 1962), voltada à repressão ao abuso de poder econômico, não continha rol de princípios gerais a reger o antitruste, tampouco um instituto geral (e recorrentemente apli-

24 Constituição Federal de 1946, “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (BRASIL, 1946).

cado), da forma que conhecido atualmente, de “análise de concentrações”²⁵. De toda maneira, seu art. 74, §1º possibilitava a aprovação de atos potencialmente problemáticos por razões de interesse público:

*Art. 74, § 1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no “caput”, **quando a restrição neles contida for necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum**, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final (BRASIL, 1962, grifo nosso).*

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, a Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) fortaleceu o controle de estruturas no ordenamento brasileiro, determinando que qualquer ato que pudesse restringir à concorrência, se preenchidos os requisitos legais, deveria ser autorizado pelo CADE.

A 8.884/94 também consagrou, em seu artigo 1º, a observância, pelo antitruste, de princípios constitucionais como a liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Por sua vez, a cláusula genérica de aprovação por justificativas relevantes “da economia nacional e do bem comum” foi mantida²⁶:

*Art. 54, § 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por **motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum**, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final (BRASIL, 1994, grifo nosso).*

Com o advento da Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011), vieram alterações significativas à dinâmica até então existente, que se baseava na análise posterior das operações, o que dificultava enormemente a análise pelo CADE diante do fato consumado (pelos prejuízos decorrentes da desconstituição de uma operação já consumada). Como amplamente divulgado à época, definiu-se que a autorização do CADE deve ser prévia à consumação das operações.

E, assim como a 8.884/94, a atual lei prevê que os princípios constitucionais devem orientar a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica²⁷.

Contudo, ao contrário das anteriores, a nova lei não trouxe previsão de cláusula geral de interesse público, sendo retirada a possibilidade de aprovação de operação “por motivos preponderantes da economia nacional ou do bem comum”, extirpando a possibilidade de aprovação por cláusula

25 Ela previa a análise, pelo poder público, de determinados *ajustes, acordos ou convenções*, com âmbito de aplicação mais limitado. Lei 4.137/62: “Art. 74. Os *ajustes, acordos ou convenções*, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos [...]” (BRASIL, 1962).

26 Muito embora a partir dali, para ser aprovada por motivos de interesse público, a operação deveria cumprir pelo menos três das quatro condições previstas em lei (condicionada, também, à ausência de prejuízos ao consumidor ou usuário final).

27 Em especial aqueles previstos no artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

de interesse público, vigente no país por 50 anos.

Dessa forma, o ordenamento brasileiro não conta mais com uma cláusula genérica que permita a aprovação de concentrações em prol da “economia nacional ou bem comum”. Também é importante notar que não há qualquer previsão, na legislação brasileira, de interferência de agente externo. A decisão do CADE é, por assim dizer, soberana no âmbito administrativo, o que reforça, positivamente, a sua autonomia enquanto autoridade concorrencial.

4.2. Casos representativos

a. Operações na vigência da Lei 8.884/94

O início de vigência da Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) aparenta se tratar de fase menos rigorosa do CADE no controle de concentrações, visto tratarem-se dos estágios iniciais da sua atuação na seara²⁸. A partir dos anos 2000, dois casos emblemáticos contextualizam a evolução no trato da questão.

i. Operação Brahma e Antarctica (Ambev - 2000)²⁹

A operação que deu origem a Ambev foi, se não uma das mais relevantes, certamente das mais polêmicas na vigência da Lei 8.884/94. Desde seu início o caso assumiu contornos midiáticos e políticos, pelo anúncio nacional da fusão das companhias Antarctica e Brahma - que eram, àquela época, líderes no mercado nacional de cervejas³⁰.

Naturalmente, a operação encontrou oposição da concorrente Kaiser, que apontava preocupações com a posição dominante que a nova empresa teria no mercado de cervejas³¹.

Além de atrair repercussão da mídia, o caso assumiu dimensão política, ensejando manifestação de ministros de Estado, realização de 06 audiências públicas (inclusive na Câmara dos Deputados), além de contar com a participação de associações e sindicatos do setor no processo do CADE³².

Na instrução do caso, chama atenção o envio de ofício pela Conselheira-Relatora, Hebe Romano, ao Secretário de Política Industrial do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), solicitando manifestação sobre “o motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum que foi alegado pelas requerentes em seu pedido de aprovação do ato”³³.

28 Provavelmente por essa razão, existem poucos registros de operações problemáticas que envolvessem a análise de questões de interesse público. No ano de 1996, verificou-se caso envolvendo as empresas Rhodia S.A e Sinasa S.A (AC nº 0012/94) – contudo, os motivos de interesse público, invocados pelas partes, não foram acatados.

29 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000.

30 Detentoras das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Bavaria, Bohemia, Caracu e Budweiser, dentre outras.

31 Corroborada por pareceres da SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e da SDE (Secretaria de Direito Econômico). CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 03, Fls. 768/829 e volume 13, fls. 3.634-3.839.

32 De distribuidores, de estabelecimentos comerciais, de produtores de cerveja, de empregados das empresas envolvidas, dentre outros

33 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 14, fl. 3.973.

Em resposta, o Secretário opinou que a fusão deveria ser aprovada em razão da internacionalização de empresas brasileiras (“ganhos econômicos e sociais ao país, pelo aumento de exportações”), a criação de empregos, investimentos em regiões menos desenvolvidas, valorização dos ativos das empresas participantes da cadeia setorial e o desenvolvimento no país de atividades de alto valor agregado³⁴.

Embora órgãos técnicos tenham opinado pela imposição de rigorosos remédios, e o parecer da Procuradoria Federal opinado pela sua reprovação, o Procurador-Geral do CADE à época entendeu que o CADE deveria aprovar a operação, salientando a necessidade de cautela da autoridade anti-truste e demonstrando preocupação em relação aos efeitos da operação ao mercado de trabalho³⁵.

Ao final, a fusão foi aprovada mediante a assinatura de TCD (Termo de Cumprimento de Desempenho), pelo placar de 04 a 01³⁶. Da análise dos votos verifica-se que, embora o fundamento da aprovação não tenha sido, expressamente, o artigo 54, §2º da Lei 8.884/94, questões de interesse público foram justificativas determinantes para a aprovação do ato - especialmente o fortalecimento da indústria nacional, a internacionalização das companhias e os efeitos da operação ao mercado de trabalho.

A manifestação do Presidente do CADE à época, Gesner Oliveira, é ilustrativa. Ao considerar necessária a análise dos impactos ao mercado de trabalho, assim consignou em seu voto:

Emprego e Defesa da Concorrência

O Parecer do ilustre Procurador Geral assinalou com propriedade a questão do emprego. Tal preocupação, ausente nos demais pareceres, é por vezes mal-entendida como tema que transcenderia o escopo competências de uma autoridade de defesa da concorrência.

Dirijo desta visão simplista e reitero que, diferentemente de outras questões de política industrial, o emprego atende os quesitos jurídico e econômico explicitados antes para ser incorporado na análise antitruste.

Lembro, ademais, que tal posição está de acordo com a jurisprudência do CADE nos casos Gerdau/Pains (1996) e Colgate/Kolynos (1996), tendo motivado inclusive um convênio de cooperação entre o CADE e o Ministério do Trabalho³⁷.

Não por acaso, o TCD firmado contou com previsão expressa que a Ambev se comprometeria a manter o nível de empregos e a promover programa de treinamento e recolocação profissional para todos os empregados dispensados em decorrência da fusão.

34 Embora não localizado o documento oficial de resposta do MDIC, ela está transcrita em parecer da Procuradoria do CADE. CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 17, fls. 5.346/5.347.

35 O Despacho do Procurador Geral consta no volume 17, fls. 5.235-5.236 dos autos físicos. “Logo pensei no desemprego que essa decisão poderia provocar. Eu já fui desempregado também, fiquei pensando no sofrimento das famílias”, disse o procurador ao jornal Folha de São Paulo, em 24/03/2000 (VERSIANI, 2000).

36 Vencido o Conselheiro Ruy Santacruz, que votou pela reprovação da operação.

37 CADE, AC nº 08012.005846/1999-12, Rel. Conselheira Hebe Romano, Data de Julgamento: 28.03.2000, volume 17, fls. 5.543-5.544.

ii. Operação Sadia e Perdigão (BRFoods - 2011)³⁸

No ano de 2011, o CADE analisou operação envolvendo a fusão das empresas Sadia e Perdigão.

Embora também gerasse alto grau de concentração no mercado nacional e contasse com interesse midiático, a instrução do caso foi bastante distinta do caso da AMBEV³⁹. Não há notícia de realização de audiência pública ou de discussões realizadas no âmbito na Câmara dos Deputados, como ocorrera no caso anterior, tampouco requerimento, pelo relator do caso (Conselheiro Carlos Ragazzo), de pedido de informações a Ministérios acerca de motivos de interesse público.

Na ocasião do julgamento, fatores como a política industrial nacional, ou mesmo os reflexos da operação nas vagas de emprego do mercado de trabalho, não foram objeto de discussão pelo Tribunal do CADE. A operação foi analisada, sobretudo, sob a ótica da eficiência e dos benefícios gerados aos consumidores.

Embora as empresas tenham invocado argumentos semelhantes ao caso da Ambev, como o aumento de exportações e efeitos benéficos à economia nacional, o relator tratou tais argumentações como “aspectos externos” à operação – não embutidos, propriamente, na análise concorrencial da concentração. Na oportunidade, o Conselheiro Ragazzo entendeu pela prevalência da ótica do consumidor para a análise do caso:

[...] a Lei proíbe, expressamente, a aprovação de atos que “impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”, mesmo diante de pretensos “motivos preponderantes da economia nacional”, indicando o quanto o bem-estar do consumidor se sobrepõe diante de quaisquer outros interesses.

Essas disposições legais levam a uma conclusão bastante simples: o fortalecimento de uma empresa, ainda que nacional, e o aumento de exportações porventura decorrentes disso não podem se sobrepor, em absoluto, ao bem-estar dos consumidores brasileiros. Um ato de concentração que gere danos severos ao consumidor nacional não pode ser aprovado sob o mero argumento de que esse mesmo ato criou uma empresa forte, capaz de competir internacionalmente e exportar seus produtos. [...]

Também não há mensuração de como o fortalecimento de um único agente privado poderia gerar, no caso, benefícios à coletividade que ultrapassem os severos prejuízos aos consumidores aqui encontrados, até porque essa seria uma hipótese extremamente improvável⁴⁰.

Embora o relator tenha ficado vencido quanto à reprovação da operação, os demais conselheiros votaram pela aprovação condicionada a substanciais medidas de desinvestimento.

O caso ilustra que, mesmo na vigência do mesmo diploma normativo (Lei 8.884/94), foi possível mudança de postura, com menor enfoque a valores de interesse público, como a política indus-

38 CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011.

39 As duas firmas, Sadia e Perdigão, em conjunto, respondiam por mais de 50% das vendas de praticamente todos os principais mercados de alimentos processados, chegando-se, em alguns segmentos, a patamares superiores a 80%, conforme a instrução do AC demonstrou. CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011, Fl. 3.618, item 716 do voto do Cons. Relator.

40 CADE, Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18, Rel. Conselheiro Carlos Ragazzo, Data de julgamento: 09.06.2011, volume 16, Fls. 3.729-3.732.

trial e os efeitos sobre os empregos.

b. Operações na vigência da Lei 12.529/11

Sob a égide da nova Lei (BRASIL, 2011), o CADE rotineiramente analisa relevantes operações e, para alguns, tem vivenciado um substancial aumento de rigor em suas análises⁴¹.

Em levantamento de casos selecionados para o presente artigo - por envolverem setores importantes da economia nacional, como Itaú/Unibanco, Itaú/XP, Cetip/Bovespa, Lan/Tam, AT&T/Warner, Disney/Fox, ALL/Rumo, Dow/Dupont, Suzano/Fibria, Mataboi/BJB e Ale/Ipiranga⁴², não foram encontradas significativas menções a valores de interesse público. Neles, a análise do CADE se ateve, essencialmente, a aspectos concorrenciais das operações.

O mesmo ocorreu em recentes casos de reprovação, como as operações da Liquigás/Ultrazgaz, Mataboi/BJB e Ale/Ipiranga⁴³ (setores de energia e alimentos), reprovadas por aspectos, essencialmente, de cunho concorrencial. O tema, contudo, foi abordado, mesmo que indiretamente, no julgamento de dois casos: HSBC/Bradesco (aprovada) e Kroton/Estácio (reprovada), como se passa a expor.

i. Operação HSBC e Bradesco (2016)⁴⁴

Na operação de aquisição do HSBC pelo Bradesco, o “Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Curitiba” requereu sua habilitação, como terceiro interveniente, sob o fundamento de que a concentração teria impactos relevantes em Curitiba, onde o HSBC mantém sua sede, sobre a manutenção dos níveis de emprego da instituição.

Ao abordar a questão, o Conselheiro Relator, João Paulo Resende, afastou a análise sob a ótica da “eficiência”, considerando que tal não seria uma questão concorrencial *stricto sensu*.

Segundo o Conselheiro, os efeitos de uma operação no mercado de trabalho não podem ser motivo determinante para a rejeição de uma operação, não cabendo à autoridade antitruste sequer a exigência de medidas a esse respeito como condição necessária à aprovação da operação. Em suas palavras:

A preservação de empregos, a meu ver, é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas específicas, e não pela autoridade de defesa da concorrência.

41 Segundo levantamento realizado pelo Conselheiro João Paulo Resende, exposto na 145ª Sessão Ordinária de Julgamento, de 26/06/2019, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=ieDl7xYB4nA> (1:02:45 a 1:03:15, acesso em julho de 2019.), entre os anos de 1994 a 2015, o CADE teria tentado reprová-las apenas 03 operações de grande relevância, ao passo que, nos últimos anos, foram 08 operações reprovadas (ou com desistência por reprovação). Acesso em 02/07/2019.

42 Os casos foram selecionados de maneira amostral, e dizem respeito a setores como o mercado financeiro, de investimentos, de mídia, agrícola, de exportações, dentre outros. São os Atos de Concentração nº 08012.011303/2008-96, 08700.004431/2017-16, 08700.004860/2016-11, 08012.009497/2010-84, 08700.001390/2017-14, 08700.004494/2018-53, 08700.005719/2014-65, 08700.005937/2016-61 e 08700.004085/2018-57, respectivamente.

43 Atos de concentração nº 08700.002155/2017-51, 08700.007553/2016-83 e 08700.006444/2016-49, respectivamente.

44 CADE, Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41, Rel. Conselheiro João Paulo Resende, Data de Julgamento: 08/06/2016.

Ao refutar a possibilidade de análise dos efeitos aos postos de trabalho, mesmo dentro do âmbito da análise de eficiências, assim justificou:

A manutenção de postos de trabalho tampouco se qualifica como uma espécie de possível eficiência da operação. Nem tudo que tem um efeito positivo é uma eficiência, e é preciso estressar bem esse ponto, pois muitas vezes essa pretensa acepção da palavra “eficiência” é utilizada no contexto antitruste para justificar decisões regulatórias, seja numa direção ou em outra. Eficiências são reduções de custos, otimizações do processo produtivo. Podem ser estáticas ou dinâmicas, mas não incluem, por exemplo, a geração de emprego ou a realização de um determinado valor de investimento que, por si só, não necessariamente gerará redução de custos passíveis de serem apropriados pelo consumidor final. Conforme bem sustentou agora há pouco o patrono do sindicato, é verdade que já houve casos em que o CADE admitiu compromissos de manutenção de empregos em acordos de controle de concentração. No entanto, a meu ver, tal compromisso tem que ser assumido unilateralmente pelas Requerentes no momento da proposição do ACC, e não partir de uma imposição do órgão antitruste em uma aprovação condicionada, ou de uma condição trazida pela autoridade para celebração do acordo. Até mesmo porque, tendo em vista que muitas vezes acordos são negociados entre as partes, a busca da preservação de postos de trabalho poder acabar prejudicando a negociação de uma solução para as preocupações verdadeiramente concorrenciais do ato de concentração.

Na ocasião, o voto do Relator foi acompanhado por unanimidade, em forte sinalização de que questões relativas ao mercado de trabalho não fariam parte da análise concorrencial da autoridade antitruste, não podendo integrar a análise das eficiências da operação.

ii. Operação Kroton e Estácio (2017)⁴⁵

Em outro recente caso, envolvendo o mercado de educação superior, a aquisição da Estácio pela Kroton foi reprovada pela maioria do Tribunal do CADE. Embora analisado sob uma ótica econômica/concorrencial, o caso suscitou reflexões a respeito da abrangência da análise que caberia ao CADE, por tratar de setor caro à sociedade e à economia nacional (educação).

Segundo a Superintendência-Geral, a concentração no mercado, além de redução de eficiências, traria prejuízos “para a qualidade do ensino superior no Brasil e as decorrências disso para a economia como um todo”⁴⁶. Por sua vez, o Conselheiro Paulo Burnier reafirmou, na ocasião de julgamento, sua preocupação com repercussões “metajurídicas” do ato, para além das tradicionalmente analisadas no antitruste:

Sem aprofundar nas ricas e profundas discussões sobre o tema, parece oportuno pontuar que, em casos de extrema relevância social como o que ora se examina, a atuação do CADE deve observar, com especial atenção, a pluralidade de princípios e valores constitucionais que orientam a interven-

45 CADE, Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56, Rel. Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, Data de Julgamento: 28.06.2017.

46 Anexo ao Parecer Técnico nº 1/2017/CGAA2/SGA1/SG/CADE (item 728).

ção do Estado no domínio econômico. Sob esse viés, fica claro que, embora a busca pela eficiência alocativa seja sem dúvida diretriz de extrema relevância para o controle antitruste, não se trata do único e exclusivo conteúdo a informar a política de defesa da concorrência.

Nesse sentido, afiguram-se preciosas as observações feitas pela Professora Ana Frazão, ex-Conselheira do CADE, apoiada nas lições do Professor Maurice Stucke, ao afirmar que “o direito antitruste em qualquer democracia com um pluralismo razoável não pode ser reduzido a um único e bem definido objetivo, tendo em vista que, ao alcançar o bem-estar das pessoas, precisa ponderar diversos objetivos políticos, sociais, morais e econômicos”.

No caso em tela, fica claro que a operação submetida a escrutínio suscita importantes preocupações acerca das suas repercussões metaeconômicas. Tendo em vista a elevada participação de mercado das duas Requerentes, caso aceito, o Ato de Concentração teria grande potencial de homogeneização da educação superior no país, comprometendo significativamente a variedade da oferta. Além disso, sob uma perspectiva dinâmica, poder-se-ia cogitar sobre possíveis impactos negativos no desenvolvimento de novas tecnologias, o que representaria retrocessos principalmente em setor tão central para a economia e para o desenvolvimento.

Dessa forma, embora o CADE tenha pautado sua análise em considerações essencialmente econômicas, reflexões a respeito de valores não diretamente relacionados àqueles tradicionais da esfera antitruste - como a importância da qualidade e pluralidade dos serviços educacionais, não só para seus usuários, mas para a sociedade - foram não apenas objeto de lembrança pelo Conselheiro, como constituíram importante reforço argumentativo de sua posição pela reprovação da operação.

4.3. Evolução da Jurisprudência do CADE

A evolução legislativa brasileira indica que, a cada novo diploma normativo, o ordenamento teve reduzida a previsão de cláusulas genéricas, ligadas a valores abstratos de interesse público (como “economia nacional” ou “bem comum”), para aprovação de atos de concentração. Não por acaso, a atual lei não conta com dispositivo que permita a aprovação de um ato de concentração com base, exclusivamente, em critérios de interesse público.

É importante notar que a legislação prevê a aplicabilidade dos princípios constitucionais para orientação das normas de defesa da concorrência (art. 1º, Lei 12.529 e artigo 170 da Constituição Federal) (BRASIL, 2011) (BRASIL, 1988) - o que ainda enseja discussões a respeito da utilização, ou não, de critérios não estritamente concorrenciais no âmbito do controle de concentrações (SCHUARTZ, 2009).

De toda maneira, - e isso é fundamental ressaltar - a autoridade concorrencial não mais conta com uma cláusula genérica, que permite a aprovação de uma operação a despeito dela gerar efeitos anticompetitivos. Em tese, *caso se admita* a invocação de quaisquer razões de interesse público na análise de uma operação - alheias às tradicionalmente adotadas na esfera antitruste -, elas necessariamente deverão contar com fundamento constitucional, que seja excepcionalmente e diretamente aplicável ao caso concreto em análise.

O exame dos casos selecionados parece apontar uma gradual tendência, na experiência brasileira, de delimitação do escopo da análise do CADE. Se na década de 1990 argumentos como a proteção à indústria nacional e aos empregos eram recorrentes, levando até mesmo à participação de

políticos e a realização de audiências públicas na instrução dos casos, na última década o Conselho tem apresentado um escopo de análise menos abrangente, centrada essencialmente em aspectos econômicos e concorrenciais das operações.

CONCLUSÃO

Determinadas concentrações de mercado geram repercussões não apenas econômicas, mas também sociais e políticas, que extrapolam o segmento de mercado envolvido. Tal situação é especialmente propensa a ocorrer em setores tidos como essenciais (ou estratégicos) à sociedade, como a segurança pública, os serviços de saúde, a educação, o setor financeiro ou dos meios de comunicação, dentre outros.

O direito da concorrência é historicamente permeado por debates a respeito de suas finalidades e dos valores por ele tutelados, que acabam por refletir diretamente nas metodologias de análise dos atos de concentração. Ao longo do séc. XX, existiram correntes que advogaram uma visão multidimensional do direito antitruste, uma abordagem estruturalista (paradigma “S-C-P”) ou a perspectiva defendida pela Escola de Chicago.

Mesmo nos dias atuais, existem importantes vozes que classificam o atual momento como pertencente a um “*Contexto Pós-Chicago*”, e que não se limitam a questionar as premissas e a metodologia propostas por Chicago, defendendo expressamente o resgate da inclusão de outros valores, que não meramente econômicos, na análise antitruste.

No intuito de delimitar um conceito das chamadas “*cláusulas de interesse público*”, o presente artigo verificou que os valores mais tradicionais do antitruste, que parecem constituir seu “núcleo”, ainda estão geralmente ligados à critérios econômicos como a busca pela eficiência (alocativa ou dinâmica), a promoção do bem-estar (geral ou dos consumidores) e a proteção do processo competitivo. Outros valores, quanto mais distantes e menos relacionados a estes critérios tradicionais, com maior razão merecerão a alcunha de “*cláusulas de interesse público*”, tendo sido essa também a classificação adotada pela OCDE.

É este o caso das previsões, presentes em diferentes ordenamentos, de valores como o combate à desigualdade, proteção à indústria nacional, proteção à indústria exportadora, manutenção dos empregos ou da pluralidade dos veículos de mídia (para mencionar alguns).

Não existe uma única forma de inclusão de cláusulas de interesse público no ordenamento. Elas podem ser veiculadas como princípios da lei concorrencial, como diretrizes a serem seguidas pela autoridade ou mesmo como uma etapa autônoma da análise de concentrações.

Também existem variações quando aos modelos institucionais adotados, que dizem respeito ao momento da análise e qual é o agente competente para tanto. Há jurisdições que adotam o modelo *unitário*, no qual as análises concorrenciais e de interesse público são concentradas em uma única autoridade, e outras que adotam o modelo *dual*, separando a análise concorrencial da análise de interesse público para entidades distintas.

É certo que a presença de tais cláusulas, invariavelmente, vem acompanhada de fortes críticas, que atribuem a elas um ganho de subjetividade indesejado no antitruste e a possibilidade de

influência de pressões políticos sobre uma decisão que deveria ser, predominantemente, técnica. Ainda assim, a regra geral parece ser a existência destas cláusulas, mesmo entre países desenvolvidos e membros da OCDE.

Uma hipótese explicativa seria o fato destas cláusulas servirem como uma verdadeira “*válvula de escape*” ao direito concorrencial, para aquelas situações nas quais os instrumentos tradicionais do direito antitruste são considerados insuficientes para abarcar a complexidade das questões políticas, sociais e morais envolvidas (FORGIONI, 2015)⁴⁷. Não por acaso, a grande presença dessas cláusulas levou Frédéric Jenny, ex-presidente da Comitê de Concorrência da OCDE, a afirmar que os critérios de interesse público talvez sejam um “*mal necessário*” (VANE, 2015).

Em relação à experiência brasileira, ela parece indicar uma gradual delimitação dos critérios utilizados pelo CADE, com menor recurso a argumentos como a proteção à indústria nacional, ao nível de empregos e a conceitos indeterminados como “bem comum”, mais centrada em aspectos econômicos e concorrenciais das operações.

Por fim, é oportuna a constatação de que, ao menos no que diz respeito à utilização de cláusulas de interesse público no controle de estruturas, a autoridade brasileira parece estar em patamar menos suscetível à interferência de agentes externos que outras jurisdições, como Alemanha e Espanha, que permitem a agentes políticos (Ministros de Estado) darem a palavra final e decidirem, inclusive, em sentido contrário ao de suas respectivas autoridades concorrenciais.

BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Portal Jota**. São Paulo, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2GakgOL>. Acesso em: 29 mar. 2020.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: The Free Press, 1978.

BRASIL. [Constituição de 1946]. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Brasília: Presidência da República, 1946.

BRASIL. [Constituição de 1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília: Presidência da República, 1962.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1962.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**. Atos de Concentração nº

⁴⁷ É nesse sentido a lição de Forgioni (2015), a respeito da utilização de conceitos flexíveis e indeterminados, pelo antitruste, para adequá-lo às necessidades concretas que se imponham.

08012.005846/1999-12, 08012.004423/2009-18, 08012.011303/2008-96, 08700.004431/2017-16,
08700.004860/2016-11, 08012.009497/2010-84, 08700.001390/2017-14, 08700.004494/2018-53,
08700.005719/2014-65, 08700.005937/2016-61, 08700.004085/2018-57, 08700.002155/2017-51,
08700.007553/2016-83, 08700.006444/2016-49, 08700.006185/2016-56, 08700.010790/2015-41 e
08700.006185/2016-56.

DAVIES, John; THIEMANN, Ania. **Competition Law and Policy: Drivers of Economic Growth and Development**. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3cRvFi3>. Acesso em: 5 jul. 2019.

ESPAÑA. **Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia**. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3liiQAr>. Acesso em: 5 jul. 2019.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. The Efficiency Paradox. **NYU Law and Economics Research Paper**, n. 09-26, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/30t9v0D>. Acesso em: 3 jul. 2019.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

GERMANY TRADE AND INVEST (GTAI). **Guide to Mergers & Acquisitions in Germany**. Berlim: GTAI, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2EUc9Fc>. Acesso em: 3 jul. 2019.

HOVENKAMP, Herbert J. The reckoning of post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; VAN DER BERGH, Roger. **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Northampton: Edward Elgar, 2002.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Competition Enforcement and Consumer Welfare**. [S. l.], ICN, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3jsM6nB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies**. Moscou: ICN, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2SjAQhB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo Tropical: a Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.7, n. 2, 2019.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 710, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3irqXJb>. Acesso em: 3 jul. 2019.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 9, n. 3, p. 131-132, mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ipN56K>. Acesso em: 5 jul. 2019.

MOLLA, Rani; STEWART, Emily. How 2020 Democrats think about breaking up Big Tech. **Vox**. [S. l.], 5 dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cPfdz2>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Competition and Democracy: Paper by Spencer Weber Waller**. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2FbCJde>.

Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Background Note by the Secretariat. Paris: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3nhBxfX>. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by Canada. Paris: OECD, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3lnChrL>. Acesso em: 3 jul. 2019

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by Germany. Paris: OECD, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3lbayKK>. Acesso em: 3 jul. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by New Zealand. Paris: OECD, 2016c. Disponível em: <https://bit.ly/3nhKvU5>. Acesso em: 3 jul. 2019

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Note by the United Kingdom. Paris: OCDE, 2016d. Disponível em: <https://bit.ly/3llMlfw>. Acesso em: 22 ago. 2019.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Public Interest Considerations In Merger Control**: Summaries of contributions. Paris: OCDE, 2016e. Disponível em: <https://bit.ly/3llMlfw>. Acesso em: 5 jul. 2019.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio Antônio Silva (org.). **Regulação no Brasil**: Uma Visão Multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. Disponível em http://works.bepress.com/carlos_ragazzo/20.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/33oObLF>. Acesso em: 3 jul. 2019

US/EU: Trump Attacks Vestager Over Tech Probes. **Competition Policy International**. 26 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36n2GBI>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VANE, Henry. Public interest clauses may be a necessary evil, says OECD head. **Global Competition Review**. 13 mar. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/36QntOr>. Acesso em: .5 jul. 2019.

VERSIANI, Isabel. Procurador do Cade aprova AmBev, com restrições. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 24 mar. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2SkNHjt>. Acesso em: 8 jul. 2019.

WARREN, Elizabeth. Here's how we can break up Big Tech. **Medium**. [S. l.], 8 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3cUI700>. Acesso em: 20 fev. 2020.

WRIGHT, Joshua D. et al. Requiem for a Paradox: The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. **Arizona State Law Journal**, v. 21, n. 1, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/36qYHUB>. Acesso em: 3 jul. 2019.

WU, Tim. **The Curse of Bigness**: Antitrust in the New Gilded Age. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.