

## CONDIÇÕES IMPOSTAS PELO CADE À APROVAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO: UM ERRO DE PARADIGMA



**José Inácio Gonzaga Franceschini**

*Formado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 1972 e com cursos de pós-graduação em Direito Penal-Econômico e Direito Internacional.  
e-mail: jfranceschini@fm-advogados.com.br*

1. Introdução; 2. O estudo das concentrações pelo SBDC; 3. As escolas que influenciaram o modelo brasileiro; 4. A retórica do paradigma comparada à realidade do mercado; 5. A inconstitucionalidade do paradigma; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO(1)

Nota:

(1) Artigo baseado na palestra proferida no 1º Colóquio Foro Competência, realizado na Argentina aos 24.10.2003. Agradeço ao Colega, Dr. Pablo Goytia Carmona, pela ajuda na conversão da palestra neste artigo e, em especial, à brilhante economista Marcela Jannucci pelas valiosas contribuições prestadas na elaboração do trabalho.

O propósito do presente artigo é, primordialmente, mais levantar questionamentos do que propriamente discorrer doutrinariamente, buscando incutir no leitor o interesse pelo debate construtivo e pela busca de soluções. O tema analisado refere-se às condições impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, muitas vezes sugeridas pelos demais órgãos que compõem o chamado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC(2), à aprovação dos impropriamente cognominados “atos de concentração”, com apresentação, no útil, das escolas que influenciaram a formação da cultura da concorrência brasileira na atualidade e a discussão de possíveis ajustes para uma melhor aplicação da legislação vigente.

Nota:

(2) O SBDC é composto pelo CADE, Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça, e Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda.

Desde logo, indaga-se até que ponto os esforços e recursos das empresas e do Estado merecem ser despendidos na análise de atos de concentração em detrimento, principalmente, de questões relativas a condutas de mercado. Questiona-se, assim, o por quê dos privilégios que vêm merecendo os atos de concentração face às infrações à ordem econômica.

O objetivo da política de defesa da concorrência, em tema de análise de atos de concentração, certamente não é a prevenção a condutas anticompetitivas, uma vez que esta é uma função a posteriori, de cunho repressivo, penal-econômico, diversa do preventivo, apenas teoricamente presente no atual monitoramento(3) das concentrações. Todavia, considerando-

se que os atos de concentração, segundo o paradigma atualmente aplicado no Brasil, alteram ou podem alterar de forma definitiva as estruturas do mercado, busca-se em princípio impedir que produzam efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar social como decorrência da eliminação da concorrência.

Nota:

(3) O artigo 174 da Constituição Federal não admite o “controle” das concentrações econômicas, como freqüentemente se lê, mas apenas a fiscalização pelo Estado, razão pela qual, dentre outras, não há falar em exercício de “poder de polícia” pelo CADE, conceito inaplicável ao Direito da Concorrência à falta dos pressupostos da discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade das decisões proferidas pelo Tribunal Administrativo.

Inquestionavelmente, a maior parte dos trabalhos desenvolvidos pelos órgãos de defesa da concorrência está relacionada a atos de concentração, provocando um enorme e fútil dispêndio de esforços em estudos de casos que raramente provocam alterações substanciais nas estruturas do mercado. As raras concentrações (considerando-se a totalidade dos processos “julgados” pelo CADE), que potencialmente seriam capazes de provocar modificações consideráveis nas estruturas, sofrem tão demorado processo analítico que resultam em, quando da formulação de exigências à sua aprovação, decisões anacrônicas, “de laboratório” e em regra destoantes e perturbadoras da realidade do mercado e de suas leis próprias.

Pode-se afirmar que, decorrido longo trato de tempo desde a realização do negócio, certamente o mercado já absorveu e se adaptou à nova realidade muito antes da decisão do CADE, sendo verdadeiro contra-senso qualquer tentativa de “prevenção retroativa”. Isto significa que talvez um tempo excessivo venha sendo perdido no Brasil com a análise de atos de concentração, o que poderia ser reduzido a um mínimo, apenas nos casos em que efetivamente e *ictu oculi* demonstrem real potencialidade lesiva à concorrência (aliás como comanda o *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94, em vigor). Ter-se-ia, assim, certamente, melhor utilização de recursos, que são escassos, seja do Estado, seja das empresas, em favor da dedicação que merecem as condutas de mercado, mais especificamente os cartéis. De fato, dentre as condutas, ganha destaque o combate aos cartéis, posto que as demais muito freqüentemente fazem jus a defesas de eficiências, pela regra da razão, que não raramente resultam no reconhecimento de atipicidade ou de saldos líquidos positivos ao bem-estar da Coletividade.

## 2. O ESTUDO DAS CONCENTRAÇÕES PELO SBDC

A análise do tema é fruto da verificação de que as condições impostas pelo CADE aos casos paradigmáticos apresentaram-se quase que rotineiramente neutros ou negativos. Em verdade, o Autor não conhece um único ato de concentração cujas condições exigidas tenham sido frutíferas, ou seja, que tenham apresentado benefícios para o consumidor ou para a evolução dos respectivos mercados relevantes. Dentre outros motivos causadores dessa ineficácia, além do citado tempo despendido na apreciação de casos mais complexos, pode-se mencionar o fato de que o próprio paradigma adotado para análise de atos de concentração é equivocado.

Assevera-se que a análise das concentrações possui caráter preventivo. Contudo, como dito, dada a inexistência de eficácia na “prevenção retroativa”, a análise preventiva da concentração anos depois de sua realização é uma *contradictio in terminis*, posto não haver possibilidade de se “prevenir” algo anos depois da sua consumação. O mercado já será necessariamente diverso daquele existente no termo inicial do procedimento e a decisão do CADE a respeito da transação ou versará sobre um mercado “histórico” ou será ilegítima, porque resultará em uma interferência indevida em “outro” mercado não objeto da operação. A atuação do Conselho, nestes casos, só se legitimaria à guisa de repressão a condutas anticoncorrenciais subseqüentes, o que só se admite na presença de indícios efetivos de infração à ordem econômica (o chamado “real motivo”).

Como é cediço, a metodologia empregada pelo SBDC na análise de atos de concentração é norteadada pelo modelo “estrutura-conduta-desempenho”. Trata-se de um paradigma importado de sistema alienígena sem maior cautela sobre sua propriedade e que produz situações de inconsistência perfeitamente adequadas a uma lógica retórica, mas carentes de um elemento essencial: sua conexão com a realidade do mercado(4). Do ponto de vista formal, as análises realizadas são sofisticadas, complexas e realizadas de maneira perfeita; sob o ponto de vista da realidade ou do mercado, inconsistentes ou ineficientes.

Nota:

(4) Examinando o paradigma adotado nos Estados Unidos após a promulgação do Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, de 1976, importado pelo SBDC, WILLIAM BLUMENTHAL (“Reconciling the Debate over Merger Remedies: A Discussant’s Proposed Decision Rule”) assim concluiu: “The process is largely regulatory. The process is not guided by compelling empirical evidence by which to assess the success of alternative approaches to remedies. The fashioning of merger remedies is not materially governed by case law. In the absence of fact and law, the fashioning of merger remedies is

subject to standards that are not well-defined or consistent”.

Nos termos da Lei, concluído o estudo do caso concreto, o CADE pode reprovar o acordo ou aprová-lo em três situações específicas: a) quando o ato de concentração não resultar no controle de uma parcela significativa do mercado, b) quando, em havendo o controle de uma parcela significativa do mercado, não resultar na probabilidade de exercício de poder de mercado ou c) quando existir esta probabilidade, o efeito líquido da operação for positivo para o consumidor ou para o próprio mercado (verificação de eficiências).

Proceda-se neste ponto a um correr d'olhos no paradigma (“estrutura-conduta-desempenho”).

De acordo com a teoria econômica ortodoxa, a estrutura e a conduta de mercado são responsáveis pela determinação da atuação do agente econômico; a estrutura influenciaria a atividade da empresa e seus resultados e a conduta referir-se-ia aos vários meios que a empresa possua para fazer frente à concorrência. Joe Bain<sup>(5)</sup> foi o precursor deste modelo, apresentando em sua obra estudo de cada um dos elementos integrantes do paradigma separadamente e sua interação.

Nota:

(5) BAIN, J. (1956), *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass., Harvard University Press.

Segundo Scherer<sup>(6)</sup>, o desempenho seria conseqüência da conduta dos agentes no mercado; a conduta, por sua vez, seria determinada pela estrutura e esta seria, por seu turno, influenciada por características objetivas, “dadas” ou “postas”, tanto pelo lado da oferta (matéria-prima, grau de tecnologia, durabilidade dos produtos etc.) quanto pelo da demanda (elasticidade-preço da demanda, taxa de crescimento da demanda, existência de bens substitutos etc.). Em síntese, segundo o paradigma, a estrutura determinaria necessariamente a conduta do agente que, assim determinada, desaguardaria quase que automaticamente no desempenho do mercado. Este o paradigma adotado pelo SBDC, u'a metodologia rígida, com pretensões a precisão laboratorial, quase que “robotizada”, do que resulta verdadeira e incompreensível via crucis para os agentes econômicos que a ela cogentemente se submetem ex vi legis, assolados com freqüência por um sem número de exasperantes solicitações de informações para eles incompreensíveis (conhecedores que são da realidade do mercado) ou absolutamente desnecessárias.

Nota:

(6) SCHERER, F.M.; ROSS, D.M. (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed. Boston Houghton Miffling Company.

Conforme o modelo desenvolvido por Scherer, a primeira etapa da análise consiste na identificação da estrutura do mercado, caracterizada pela delimitação do mercado relevante seguido pela determinação das parcelas que as partes nele possuam. Na hipótese de a operação resultar em uma concentração das participações de mercado, dá-se prosseguimento ao exame com o estudo da conduta do agente (conduta esta, como visto, condicionada pela estrutura de mercado anteriormente verificada). O objetivo desta fase é o diagnóstico da probabilidade do exercício do poder de mercado. Reconhecida esta, debruça-se sobre as possíveis eficiências resultantes da concentração. Nesta última etapa, é avaliada a relação custo-benefício, em que são sopesadas as vantagens da concentração em tela e os malefícios dela decorrentes, encerrando-se, assim, em resumo, a análise sugerida pelo modelo.

No caso de empresas que detenham pequena participação de mercado, a concentração terá um efeito diminuto sobre a estrutura concorrencial, dada a baixa participação conjunta. Neste caso, o comportamento do agente, por estar condicionado a esta estrutura, seria incapaz de alterar as condições do mercado, bem como seu desempenho. Independentemente de a concentração alterar as condições vigentes da concorrência, as três etapas do paradigma são objeto do estudo.

Todavia, o paradigma e a metodologia tal como aplicados comprovam-se excessivamente morosos, apresentam-se frágeis em termos de consistência (inclusive em seus próprios ícones formadores) e perniciosos quanto ao resultado.

De início, o modelo adotado parte da estrutura do mercado relevante que é definido, principalmente, pelo emprego do teste do monopolista hipotético, um método que mais se aproxima do prisma da oferta realizada pelo monopolista ao mercado. Todavia, curiosa e contraditoriamente, no Brasil aplica-se o teste não obstante se declare a preferência pela definição do mercado relevante primordialmente sob o prisma da demanda. Isto quando as definições não são formuladas ad hoc, lastreadas na intuição do formulador quanto às próprias conclusões, restritivas ou lenientes diante do caso sub examinem. Veja-se, por exemplo a dificuldade ou quase inviabilidade, em alguns casos, de se adotar uma definição de mercado relevante de produtos diferenciados.

O teste do monopolista hipotético, de acordo com a teoria econômica, define o mercado relevante como o menor grupo de produtos, no menor território, em que um hipotético monopolista tenha condições de impor um pequeno, porém significativo aumento de preços, de uma forma não transitória. A simples leitura da definição, como se vê, torna contraditória a idéia de relação do teste com a demanda do mercado, aproximando-a muito mais do comportamento da oferta.

De qualquer forma, uma vez determinado o mercado, identificam-se as participações relativas das empresas fazendo-se

uma comparação do total das vendas de cada um dos agentes econômicos em relação ao total das vendas deste mercado. Acaso a participação conjunta das empresas seja igual ou superior a 20% do mercado ou, se a participação for igual ou superior a 10% quando o índice de concentração C4(7) for igual ou superior a 75%, haveria uma probabilidade, hipotética, de que as empresas poderiam exercer poder de mercado.

Nota:

(7) O índice C4 é a participação percentual conjunta das quatro maiores ofertantes do mercado relevante.

O paradigma é, assim, formado com base em hipóteses e análises subjetivas: por que 20% do mercado? O SBDC vem absorvendo, de forma cabalística, a idéia de que a empresa que responda por 20% do mercado relevante gozará de posição dominante ou, em outras palavras, de posição de domínio de mercado(8). Não explica, porém, como, em um mercado oligopolístico suprido por três empresas, sendo duas delas titulares de participação equivalente a 40% e a restante com 20%, como poderia esta arvorar-se a uma posição de domínio! Outrossim, de certa forma incompreensível a idêntica preocupação que tem o SBDC com a análise de mercados de produtos intermediários, quando os impactos reais sobre os mercados consumidores se revelem quase que exclusivamente presentes nos mercados de produtos finais.

Nota:

(8) Existem até mesmo manifestações, obviamente frutos de ignorância sobre a matéria, que entendem tipificar "crime de abuso de poder econômico" a participação de mercado superior a 20%. O caráter meramente presuntivo, iuris tantum, desse percentual e a faculdade de o CADE alterá-lo para setores específicos da economia, conforme previsto no § 3º do art. 20 da Lei de Regência é praticamente letra morta na praxis.

A verificação do poder de mercado, seguindo-se as regras aplicadas pelo CADE, implica afirmar que tais empresas teriam controle de uma parcela significativa do mercado, capaz de provocar uma variação de preços por um período razoável mediante uma redução de quantidades. Frise-se que se trata apenas de probabilidades. Disto resulta o binômio, sempre presente, de quantidade em relação a preços, o que significaria, desde logo, uma apreciação da análise antitruste pelas eficiências alocativas, que, dentre os critérios analíticos de eficiência, são aquelas que possuem menor importância ou dignidade.

Para a apuração da probabilidade de exercício do poder de mercado, algumas variáveis pré-determinadas são avaliadas. Nesta etapa, são analisados fatores tais como a participação das importações, possibilidade de entrada de novos competidores, barreiras à entrada e rivalidade, dentre outros.

Em sendo encontrada a probabilidade de exercício de poder de mercado, as eficiências passarão a ser objeto de perquirição. As eficiências aludidas e que podem ser analisadas pelo CADE são as eficiências inovativas, produtivas e eficiências alocativas, presentes nos mercados submetidos à concorrência imperfeita.

O problema fundamental, porém, da análise antitruste sob o ângulo das eficiências é que estas sequer são mensuráveis; o próprio sistema reconhece a dificuldade(9). Não é possível mensurá-las, à eventual exceção das produtivas, mas apenas a posteriori, ou seja, depois da realização do processo de concentração. Isto significa que o processo de análise, utilizando-se deste paradigma, nada mais é que um exercício especulativo de adivinhação. Assim, o paradigma nada mais é do que uma fórmula mágica, não necessariamente vinculada ou relacionada com a realidade do mercado. Não obstante, sua implementação pode resultar, eventualmente, em graves conseqüências e ofensas ao princípio constitucional maior da livre iniciativa, corolário que é do status libertatis do agente econômico, seja pela sujeição deste a ineficientes condições à aprovação de seu negócio ou mesmo a ordens de desfazimento dele, em desestímulo ao investimento.

Nota:

(9) "Os incrementos (sic) de eficiências são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos (sic) de eficiência projetados, ainda que com razoável boa-fé, podem não se concretizar" - Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal publicado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001.

As eficiências, entretanto e de fato, são consideradas aspecto importante para a aprovação ou não de um ato de concentração. E, o que é o mais grave, ao fazê-lo, a prática vem demonstrando a primazia que se outorga à eficiência menos nobre, a alocativa, que é, na verdade, o elo final do processo produtivo. Depreende-se, assim, que a análise preocupa-se

muito mais com os efeitos de uma estrutura de mercado do que com as causas desta estrutura, relevando a segundo plano a eficiência de maior valor e merecedora de maior estímulo, a inovativa.

A eficiência inovativa é a única responsável pelas principais mudanças ocorridas mundialmente e que origina, na linguagem schumpeteriana, uma criação destrutiva do estado-da-arte, dando origem a novos produtos, a uma nova realidade. O tão propalado “estado-da-arte”, recorde-se, nada mais é que o prenúncio da obsolescência e não o ponto desejável, o melhor aspecto que o consumidor poderia ter. A importância da eficiência inovativa é subestimada pelas autoridades, prejudicando de maneira substancial o real objetivo social da legislação antitruste, qual seja, o desenvolvimento econômico.

A análise como atualmente realizada desvirtua-se de seu objetivo verdadeiro e considera como finalidade da legislação antitruste o estudo do aumento das quantidades versus redução de preços, o que não é necessariamente verdadeiro. A eficiência inovativa pode, e deve, gerar produtos novos, ainda que mais caros, porque a criação move o mundo; a mesmice deste só é alterada pela destruição criativa de que falava Schumpeter, sendo o produto dela resultante indiferentemente mais caro ou barato, o que não é sequer levado em consideração na grande maioria, senão na totalidade dos processos de análise de atos de concentração.

O paradigma “estrutura-conduta-desempenho” leva à conclusão de que o procedimento de análise de atos de concentração pode resultar na aprovação condicionada das operações, podendo as condições serem de ordem estrutural ou comportamental. O paradigma propõe a celebração, nestes casos, de um Termo de Compromisso de Desempenho(10), definido como o acordo firmado entre as empresas e o CADE com metas qualitativas e/ou quantitativas a serem realizadas pelas compromissárias por um período pré-determinado e com o acompanhamento formal (e não crítico) dos órgãos de defesa da concorrência.

Nota:

(10) Art. 58 da Lei nº 8.884/94.

As medidas estruturais relacionam-se aos ativos das empresas envolvidas na concentração e consistem na alienação de determinados ativos com a finalidade de reestruturar a operação como vistas à eliminação dos seus efeitos tidos por anticompetitivos. Dentre outras, são medidas estruturais a determinação da alienação de marca, unidade produtiva ou de empresa controlada. Geralmente, tais medidas são aplicadas em operações que envolvam mais de um mercado(11), impondo-se a alienação de algum dos ativos das partes no mercado relevante prejudicado pela operação.

Nota:

(11) Diretrizes para Elaboração e Implementação da Política de Defesa da Concorrência – Publicação do Banco Mundial e Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE) – Editora Singular.

As cláusulas estruturais do Compromisso de Desempenho podem, por seu turno, ser classificadas em medidas completas ou incompletas. As completas relacionam-se à venda da totalidade de um negócio de uma das partes (previamente determinado pelo sistema) a um terceiro não envolvido na operação. Neste caso, é necessário comprovar a possibilidade de se segregar o negócio sem prejuízo para a parte vendedora e a possibilidade de atuação e manutenção do negócio pelo terceiro comprador, de forma independente.

Ao contrário das medidas completas, as incompletas versam sobre a alienação parcial do negócio de uma das partes para que seja explorado por um terceiro. Neste caso, é necessária a comprovação de que o negócio terá toda a assistência e os bens necessários à continuidade do processo produtivo. Dentre as medidas incompletas, cita-se a cessão de patente, know how e/ou tecnologia.

Por fim, as medidas comportamentais impõem obrigações e comportamentos tal-qualmente com a finalidade de se eliminar efeitos anticoncorrenciais da operação. Dentre elas, arrolam-se a suspensão de cláusula de exclusividade, a abertura de mercados de distribuição e o fornecimento de um bem ou serviço a um cliente específico por prazo determinado. A crítica a tais medidas baseia-se no grande dispêndio de esforços das autoridades na verificação e acompanhamento da realização delas, exigindo-se maior esforço e recursos por parte dos serviços fiscalizadores dos órgãos antitruste.

Cumprir notar que o CADE não é e nem poderia ser órgão regulador do mercado, no que tem se transformado amiúde quando da celebração de Termos de Compromisso. O CADE é órgão judicante executor da política concorrencial no País e não instrumento formulador de políticas setoriais e seu regulador(12).

Nota:

(12) A mesma preocupação com o desvirtuamento das funções dos órgãos antitruste foi espelhada no recente caso Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 2004 WL 51011 (2004), julgado em janeiro de

2004 pela Suprema Corte Norte-Americana.

Outrossim, pode-se criticar as medidas estruturais quando, na prática, se revelam modificadoras da estrutura de mercados apenas teóricos ou anacronicamente caracterizados, em ambos os casos em mercados inexistentes, ou quando revelarem-se concretamente desproporcionais a temores meramente especulativos ou de menor monta.

A implementação do acordo só ocorre alguns anos depois da concretização do ato de concentração. O Termo de Compromisso não considera o fato de que o mercado já neutralizou os efeitos do ato de concentração, podendo assim ter um efeito largamente perturbador ou mesmo altamente destrutivo do mercado. Poder-se-ia afirmar que o Termo de Compromisso estaria associado à potencialidade de um posterior efeito danoso, de violação da lei. Ora, em sendo assim, ao invés de se exigir a celebração de Termo de Compromisso, com propósitos especulativos sobre o impacto, já conhecido, de operações de há muito consumadas, seria muito mais útil a verificação da existência ou não de algum indício de infração à ordem econômica, iniciando-se o processo de apuração em caso afirmativo e arquivando-se *tout court* o procedimento analítico na situação oposta.

A experiência demonstra que os Termos de Compromisso celebrados não atenderam nem aos critérios de eficiência, nem aos de preservação dos níveis de concorrência do mercado relevante, quando não lhes foram deletérios.

### 3. AS ESCOLAS QUE INFLUENCIARAM O MODELO BRASILEIRO

O paradigma metodológico atualmente utilizado no Brasil (“estrutura-conduta-desempenho”) é fortemente influenciado pela escola tradicionalista de Harvard, que revela o pensamento norte-americano ligado a uma cultura de exacerbação do pluralismo igualitário, e que vê na concorrência um valor em si mesmo. Para esta escola, a concorrência vale por si própria, pouco importando o efeito real da concorrência no mercado em relação ao consumidor, posto que o valor a ser protegido é a concorrência em si mesma e não o consumidor ou o mercado.

Em nosso modo de ver, a análise das concentrações sob este prisma resta completamente esvaziada de fundamento; os processos dos órgãos antitruste são direcionados no intuito de coibir práticas comerciais que, *ultima ratio*, prejudiquem o consumidor e não a concorrência, de forma a prevenir que os consumidores sejam sujeitos a preços supra-competitivos. A coletividade e não o processo competitivo em si mesmo é o titular do bem jurídico protegido(13).

Nota:

(13) V. parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.884/94.

Esta visão, aplicada ao modelo brasileiro, leva a um grave problema conceitual em relação ao dispêndio de tempo e recursos financeiros com a análise de atos de concentração, em sua vastíssima maioria. De acordo com a escola tradicionalista, a concorrência, em sendo um valor em si mesmo, redundaria no nivelamento do mercado pela ineficiência relativa dos agentes econômicos, pois no momento em que alguma empresa pudesse nele sobressair, esta mesma empresa, por sua eficiência, estaria se opondo ao valor “concorrência”. Em resumo, tem-se o nivelamento das empresas pelas respectivas ineficiências.

Segundo a escola tradicionalista toda concentração seria, em princípio, danosa à concorrência. Na prática, é com base neste conceito que os atos de concentração têm sido em sua maior parte analisados pelo SBDC, dado o viés cultural que tem o Poder Público no Brasil que vê na atividade empresarial, não uma fonte de produção de bens e serviços, de progresso e de desenvolvimento social, mas uma fonte permanente de abusos potenciais contra o mercado e o consumidor. O empresário no Brasil, para o SBDC, é tido muito mais como um agente de abuso, ofensor potencial da Lei, do que um promotor de bem-estar social.

Aliás esta questão leva a questionamentos constitucionais. Quando assim age o SBDC atua de forma inconstitucional, na medida em que, ao sujeitar as operações às agruras do procedimento de análise e a eventuais condições estruturais ou comportamentais, presume uma certa dose de ilicitude, ainda que potencial, da operação (e por isso a restringe). Toda concentração, como visto, seria em princípio danosa ao mercado. Ocorre que a Carta Magna comanda em sentido oposto, garantindo a presunção de legitimidade das manifestações da livre iniciativa(14). Portanto, é passível de questionamento, do ponto de vista constitucional, a sujeição da aprovação de atos de concentração a condições lastreadas em meras presunções ou projeções abstratas de potencialidade lesiva ao mercado, posto que a presunção constitucional é de que os chamados atos de concentração em princípio geram bem-estar social e não condutas abusivas.

Nota:

(14) O princípio da livre iniciativa é fundamento e, mais do que isso, um valor

da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso IV) e da ordem econômica (art. 170, caput).

Contrapõe-se à escola tradicionalista, como é de conhecimento geral, a Escola de Chicago. Excessos à parte, quiçá esta escola guarde, com seus ensinamentos, maior proximidade com as realidades do mercado.

Para os defensores desta doutrina, as leis antitruste estão direcionadas para a melhoria das eficiências econômicas. Por esta linha de raciocínio, as concentrações são benéficas à concorrência e as condutas consideradas anticompetitivas são restritas àquelas que reduzam a eficiência. A Escola de Chicago, contrariando o paradigma “estrutura-conduta-desempenho”, afirma não ser a estrutura do mercado o fator determinante da conduta do agente, mas, ao contrário, a conduta do agente é que seria a determinante da estrutura.

Com base neste raciocínio, a retro-aplicação do ícone “conduta” na criação de novas estruturas de mercado com a produção de novos mercados, é perfeitamente possível, demonstrando-se, assim, que a concentração econômica, ao contrário de ter uma presunção de dano ao mercado, poderia ter uma presunção de legitimidade, uma presunção *iuris tantum*, mas certamente uma presunção de legitimidade. E, como dito acima, o paradigma adotado pela Constituição Federal brasileira, mas não, na prática, pelo SBDC.

No Brasil, surgiu uma terceira escola que pode ser denominada como estatista ou intervencionista. Mencionou-se acima a dificuldade extrema do Estado nacional de aceitar o princípio da liberdade econômica: a gestão das políticas públicas e as diretrizes normativas oscilam entre a democracia econômica e o intervencionismo estatal. A legislação da concorrência é freqüentemente desviada de sua finalidade social para a implementação de políticas públicas, notadamente econômicas e financeiras, ou para o controle envergonhado e sub-reptício de preços; uma heresia jurídica.

A escola intervencionista, que tanto age contra a cultura da concorrência no País, trata a legislação de concorrência como uma regulação jurídica do intervencionismo estatal privilegiando as eficiências alocativas de forma a priorizar políticas de desempenho na Economia. É imperativo, por esta escola, que a legislação de concorrência resolva problemas circunstanciais, conseqüências dos fatos econômicos, sem se preocupar com, ou dar maior atenção às causas geradoras de anomalias de mercado. Priorizam-se políticas de desempenho em detrimento de políticas estruturais, mediante as quais haveria maior equidade distributiva, maior eficiência econômica e maior aproveitamento de escala dentre outros benefícios.

A escola intervencionista é, assim, defensora de posturas francamente anticonstitucionais e autoritárias.

A legislação brasileira que disciplina a concorrência é uma colcha de retalhos, tendo haurido, concomitantemente, mas sem maiores precauções quanto a conflitos conceituais, o ensinamento de todas as escolas. A análise dos atos de concentração é realizada sob o pálio do paradigma “estrutura-conduta-desempenho”, fruto da escola tradicionalista, cujas lições são de questionável constitucionalidade no Brasil. Ao mesmo tempo, a legislação privilegia a análise das eficiências nos atos de concentração, fruto da Escola de Chicago. Ao fazê-lo, prioriza, como ensina a Escola, a eficiência menos nobre, qual seja, a alocativa, de menor interesse da Coletividade e, quando muito, a eficiência produtiva. A sempre presente insinuação de ameaça de (inconstitucional) controle direto ou indireto de preços, a título de formulação de Políticas Públicas, ao sabor da escola intervencionista, sempre permeia a análise de atos de concentração em alguns setores. Nesse mesmo sentido, intervenções no mercado mediante sujeição da aprovação de atos de concentração a condições com base em simples presunções ou projeções decorrentes da aplicação de paradigmas meramente teóricos ou a políticas públicas diversas das de concorrência são francamente inconstitucionais.

#### 4. A RETÓRICA DO PARADIGMA COMPARADA À REALIDADE DO MERCADO

A estrutura analítica da metodologia aplicada no Brasil é uma situação estanque, um verdadeiro formulário, que pode ser denominado “formulário não-pense”, uma série de células em que os dados são colocados de forma diversa da realidade do mercado, cujo resultado é a conclusão “necessária” da “imprescindibilidade” de imposição de condições à aprovação de determinados atos de concentração.

Nesse sentido, a estrutura do mercado passa a ser o resultado não de uma realidade palpável, mas de dados “postos” ao analista, seja do lado da estrutura da oferta, seja do da demanda. Destarte, a estrutura é formada pelo preenchimento de determinados elementos exógenos e objetivos puros, estejam eles ligados ou não à dinâmica do mercado a ser por vezes microscopicamente examinada. Os dados são inseridos em um computador, gerando um espectro de estrutura de mercado.

Dessa forma, chega-se a conclusões relativamente não apenas à estrutura de mercado, mas igualmente ao número de agentes e respectivas participações, diferenciação dos produtos, existência ou não de barreiras ao ingresso, estruturas de custos e presença ou ausência de integração vertical, dentre outros aspectos. As informações são apresentadas de forma objetiva ao analista, desconsiderando-se aspectos subjetivos das informações e da realidade do mercado. Tais informações são consideradas “irrelevantes”.

Seguindo-se o paradigma, esta é exatamente a ordem de análise: definição da estrutura do mercado, que necessariamente determinará a conduta do agente, sendo que dadas as escolhas efetuadas por este agente, o resultado será caracterizado por um desempenho do mercado.

Apesar do modelo, em sua aparência, ser perfeitamente aplicável, a realidade é diversa; em cada ícone integrante do formulário, a conduta de mercado muitas vezes se retroaplica, alterando ou criando novas estruturas de mercados ou modificando as condições básicas que geraram a definição de mercado relevante. Isto significa afirmar que o paradigma é perfeito, porém retórico.

Há casos paradigmáticos que demonstram que a análise formal não tem consistência com o mercado. São hipóteses em que houve “criação” de mercados a partir de condutas ou de desempenhos inovativos. Por exemplo, recorde-se o caso da IBM, empresa que outrora fora considerada “imbatível”, até o momento em que a Microsoft apresentou ao mercado um equipamento pessoal, de pequeno porte: hoje tem-se palmtops e laptops, que tornam mainframes impensáveis. Tem-se aqui que não foi a estrutura do mercado que determinou a conduta ou o desempenho dele, mas, ao contrário, gênios da

informática que criaram uma nova estrutura, um novo mercado, alterando aquela realidade que hoje se tornou obsoleta.

As hipóteses referentes a mercados de tecnologia de ponta são mais evidentes, porém não exclusivos da demonstração da retro-aplicação dos ícones do paradigma prevalecente. Veja-se o caso da empresa Unilever criadora da maionese “Hellman’s”, cujas características são de tal sorte distintas que poderia ser considerada um mercado em si; neste caso, as estatísticas demonstram que, em havendo uma elevação de preços da maionese “Hellman’s” não haveria um deslocamento da demanda para produtos de marcas concorrentes e sim a simples diminuição na compra de quantidades da referida maionese, a significar que esta é um mercado em si, criado pela inovação.

A retroaplicação dos ícones resulta na contraposição da racionalidade formal do paradigma com o bem-estar social. Aquela privilegia a forma (o formulário “não-pense”) em detrimento de operações que poderiam gerar benefícios à sociedade, às custas da própria sociedade e das empresas, que são obrigadas a recolher taxas processuais para que sua operação, presuntivamente lícita, seja examinada e eventualmente objeto de condições refletidas em cláusulas desconectadas com a realidade do mercado. Aliás, causa espécie que transações presuntivamente lícitas, que reflitam o pleno exercício do princípio da livre iniciativa, para terem eficácia<sup>(15)</sup>, e que, em sua enorme maioria não apresentem qualquer efetiva potencialidade anticoncorrencial, estejam sujeitas a tão oneroso quanto falível processo de fiscalização ou, pior, intervenção.

Nota:

(15) Art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/94.

## 5. A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARADIGMA

De acordo com a Lei Maior, o paradigma é inconstitucional. A Constituição brasileira afirma em seu artigo primeiro que o País tem como fundamento o princípio da livre iniciativa. O art. 170 da Carta Magna reza que a ordem econômica tem, dentre seus fundamentos, a livre iniciativa, e como um de seus princípios a livre concorrência. Nessa linha, qualquer diretriz que classifique a concentração econômica como um dano potencial ao mercado, necessária e logicamente haverá de concluir que a livre iniciativa é, em princípio, perigosa.

A Lei Maior, todavia, confere predomínio à livre iniciativa sobre a restrição estatal desta, como atualmente ocorre no Brasil. A idéia de que a concentração econômica é, em princípio, geradora de dano potencial ao mercado, viola a mens legis da Constituição Federal. Ao contrário, esta estabelece uma presunção iuris tantum de legitimidade, de licitude dos chamados atos de concentração.

## 6. CONCLUSÃO

Conclui-se, pelo exposto, que a realidade formal adotada na análise dos atos de concentração resulta em um verdadeiro e palpável erro de paradigma, revelando uma visão maniqueísta de mercado, de certo-errado na Política de Concorrência. Trata-se de um fato perigoso, não só por às vezes criar obstáculos ao regular desenvolvimento de operações lícitas, legítimas e benéficas ao consumidor, como também, ao desconhecer o predomínio de eficiências inovativas e ao desestimular investimentos.

O tempo despendido com a vasta maioria de atos de concentração irrelevantes é o grande responsável pela sobrecarga de serviço dos órgãos de defesa da concorrência, em prejuízo da análise de condutas efetivamente anticoncorrenciais, o que torna inócua a aplicação da legislação da concorrência em grande parte do País.

A principal questão a ser resolvida, porém, refere-se à ausência de equilíbrio na política de incentivos: não há motivação à destruição criativa da realidade, de que falava Schumpeter. Possivelmente, há que se preocupar menos com atos de concentração, dada sua presunção de legitimidade, mesmo porque as operações analisadas sob o paradigma vigente nada mais são que exercícios de adivinhação, e muito mais com as condutas anticompetitivas, uma análise a posteriori. E isto sem maior perda para o mercado (mesmo porque este perde mais com a função dita “preventiva” do que com a maior eficiência na repressão a condutas ilícitas). Ademais, as cominações legais pertinentes aos atos anticoncorrenciais de mercado conferem à Autoridade os mesmos remédios que lhe são colocados à disposição por ocasião da análise de atos de concentração.

## 7. BIBLIOGRAFIA

BAIN, J. (1956). *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SCHERER, F.M.; ROSS, D. M. (1990). *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3ª ed. Boston Houghton Miffling Company.

WILLIAM BLUMENTHAL. *Reconciling the Debate over Merger Remedies: A Discussant’s Proposed Decision Rule*.

*Diretrizes para Elaboração e Implementação da Política de Defesa da Concorrência – Publicação do Banco Mundial e Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômica (OCDE) – Editora Singular.*

Guia para Análise de Atos de Concentração Econômica Horizontal publicado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001.