

Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória

Cynthia Nascimento¹

Magali Klajmic²

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza do Compromisso de Desempenho. 3. Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste. 4. Legislação internacional. 5. Avaliação. 6. Bibliografia. 7. Anexo. 7.1. Atos de concentração que tiveram autorização do CADE condicionada à assinatura de compromisso de desempenho.

1. Introdução

O instituto Compromisso de Desempenho traduz-se em um elenco de metas a serem cumpridas pelas empresas que pleiteiam do CADE autorização para realizar atos "sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços." Incluem-se dentre esses atos aqueles que levam a qualquer forma de concentração econômica.

Previsto no artigo 58 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, constitui-se em garantia para o mercado do cumprimento das condições necessárias para a autorização do CADE relativa aos atos com grau potencial ou efetivo de nocividade às relações concorrenciais. O caráter impositivo e compensatório dessas condições (eficiências econômicas que possam ser compartilhadas não só pelas empresas requerentes, beneficiárias diretas, mas, também, pelo mercado e pela sociedade), inspirou a criação desse instituto consubstanciado expressamente nos compromissos assumidos pelas empresas perante a autoridade antitruste.

A relevância e a extensão dos seus efeitos no campo do Direito da Concorrência merecem uma discussão do seu papel, objetivando o aprofunda-

1 Mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública-EBAP - Fundação Getúlio Vargas-RJ, Cynthia Nascimento é Assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE.

2 Procuradora Autárquica Federal, Magali Klajmic é Assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE.

mento da temática sob o ponto de vista teórico-doutrinário, como a criação de procedimentos próprios, visando uma maior transparência e segurança na sua aplicação.

Esta nota pretende, preliminarmente, discutir a natureza do Compromisso de Desempenho à luz da legislação brasileira de defesa da concorrência, apresentando um panorama geral dos Compromissos até hoje assumidos.

Numa segunda etapa, buscamos identificar metas e propostas passíveis de serem padronizadas, *vis-à-vis* as especificidades de cada mercado, e trazer ao debate questões preliminares para a criação de um modelo institucional que possa explorar na sua inteireza as potencialidades do instituto.

2. Natureza do compromisso de desempenho

A autorização do CADE para a realização de atos e contratos que acarretem ou possam acarretar limitação ou prejuízo à concorrência, ou que deles resulte ou possa resultar dominação de mercado relevante de bens ou serviços, poderá ficar condicionada à assinatura de compromisso de Desempenho como forma de assegurar o cumprimento de eficiências econômicas, aí compreendidas não só as alegadas pelas empresas requerentes, como também aquelas julgadas necessárias pelo órgão público, notadamente no que se refere à sua partilha com a sociedade.

Os atos sob qualquer forma manifestados passíveis de repercussão negativa nas relações concorrenciais do mercado devem submeter-se a uma avaliação de custo-benefício no contexto do interesse público, cabendo ao CADE autorizá-los ou não.

A atuação discricionária do Conselho, autorizando tais atos, é defendida por vários autores, entre eles, **Vieira de Carvalho** e **Bandeira de Mello**. Esse entendimento é partilhado por **Neide T. Malard**, ex-Conselheira do CADE, que o registra em voto proferido como relatora no Ato de Concentração n.º 06/94, que transcrevemos em parte.

Naquele processo entendia **Malard** que “a atuação do CADE é discricionária, o que lhe permite a necessária flexibilização na avaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a aprovação do ato. Na verdade, por não serem rígidas as regras do mercado, rígidas não poderiam ser as normas legais que pretendessem protegê-lo”.

Note-se, contudo, que essa liberdade de agir não é irrestrita uma vez que a atuação do colegiado é sempre condicionada à busca da realização de sua finalidade legal.

Nesse sentido bem considerou **Malard**, no já citado voto: "Ainda que a lei tenha fixado os pressupostos fáticos, não se trata de poder vinculado, posto que o Colegiado não se limita à constatação daqueles para aplicar-lhes a hipótese legal. A atuação do CADE não se dá de forma automática, de vez que o conteúdo dos pressupostos fáticos foi delineado por conceitos imprecisos. Cabe, pois, ao CADE fixar-lhes o sentido no caso concreto: qual o grau de eficiência ou de melhoramento da qualidade de um produto ou de um serviço a justificar a formação de um monopólio; as condições econômicas em que uma certa transação pode ser considerada necessária, por motivos preponderantes para a economia nacional; a parte substancial de cada mercado relevante geográfico ou de produto em que a concorrência não poderia ser eliminada; os limites que seriam estritamente necessários para se atingir os objetivos visados na transação; o que poderia ser considerado benefício para o consumidor e em que proporções seria ele considerado equitativo para o fabricante e para o consumidor."

E, é nesse universo que surge o Compromisso de Desempenho, destinado a assegurar o atendimento das condições exigidas pela lei para que o CADE autorize atos potencialmente prejudiciais à concorrência e consubstanciado em um elenco de metas quantitativas ou qualitativas, que deverão ser alcançadas em prazos estabelecidos.

Sua utilização justifica-se como o elo necessário ensejando a relação de causalidade entre a autorização do CADE e o cumprimento de eficiências invocadas pelas requerentes e entendidas como viáveis e pertinentes pelo Órgão Público, em face do prejuízo potencial ou efetivo à concorrência que adviria daquele ato submetido a exame.

É que o cumprimento de tais eficiências não se consubstancia em um ato estanque e sim em atos contínuos a serem realizados a curto e a médio prazo. Assim, não poderia uma operação submetida ao CADE, dependente da aprovação da Autarquia para ter eficácia jurídica, ter condicionada essa autorização ao integral cumprimento de eficiências que se completariam somente dois ou três anos após essa decisão.

Emerge, portanto, o instituto do Compromisso de Desempenho, não só da necessidade de garantia da realização de eficiências para a compensação da redução do grau de concorrência do mercado, mas também, em contrapartida, da necessidade de assegurar-se às empresas requerentes a eficácia do ato apresentado à exame do CADE. Assim, a autorização daqueles atos potencialmente prejudiciais à concorrência, fica condicionada à assinatura de um termo, pelo qual assegurar-se-á ao mercado e à coletividade a obtenção de benefícios compensatórios, e aos requerentes, por outro lado, a segurança de uma decisão emanada da autoridade competente, sem a qual a operação pretendida, como já dito acima, não logrará eficácia jurídica.

Em razão dessas observações, cabe consignar, ainda, que o CADE poderá entender como desnecessária a celebração de Compromisso de Desempenho naqueles atos em que identifica a presença de elementos que, por sua própria natureza, tornem-se suficientes ao atendimento das condições exigidas para a autorização pretendida.

Essa última hipótese, que ora aventamos para mais amplo esclarecimento das questões aqui suscitadas, não foi privilegiada no presente texto, que se deteve exclusivamente no enfoque do tema sob o prisma daqueles casos em que o CADE entendeu exigível e necessário a assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho.

3. O compromisso de desempenho na lei antitruste

No Brasil, o Compromisso de Desempenho *traz como pressuposto o preenchimento de condições expressamente definidas no texto legal e que tornam possível a autorização do CADE em atos com teor de nocividade à concorrência*. É o instrumento formal do qual se vale a Administração Pública, quando autoriza uma transação sob seu exame, para assegurar-se do cumprimento dos requisitos condicionais que viabilizaram aquela autorização.

Em que pese o fato de só constar do texto legal a partir do advento da Lei nº 8.884/94, podemos encontrar, ainda que de forma embrionária, no período compreendido entre fevereiro de 1991 a junho de 1994, as primeiras noções desse instituto já emergindo das decisões da Secretaria de Direito Econômico, competente para a aprovação dos atos potencialmente restritivos à concorrência na vigência da Lei nº 8.158/91.

Àquela época, e baseada na indicação técnica do Ministério da Fazenda, a SDE já elencava, com base em eficiências alegadas pelas empresas requerentes, um conjunto de metas a serem cumpridas e que constavam do teor das decisões, como podemos constatar nos atos de concentração econômica submetidos ao crivo daquela Secretaria naquele período, encerrado com o advento da Lei nº 8.884/94 que devolveu ao CADE a competência para o controle de atos e contratos potencialmente danosos à concorrência e, revogou a anterior.

Como já visto, para o correto entendimento do instituto ora enfocado, necessário se faz relacioná-lo ao texto do art. 54, da Lei nº 8.884/94, que estabelece a obrigatoriedade da apreciação do CADE para todos os atos, de qualquer forma manifestados, que, efetivamente ou potencialmente, limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou resultem na dominação de mercado. Tais atos poderão ser autorizados se preencherem determinados requisitos descritos no § 1º do mesmo artigo e que são os seguintes:

I - Tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- aumentar a produtividade;

- melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - Os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - Não impliquem eliminação de concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços;

IV - Sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Podem ser considerados legítimos, também, os atos necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que atendidas três dessas condições, e não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

A contrapartida do risco de dano potencial à concorrência decorrente da operação submetida à apreciação do CADE é a exigência de demonstração, pelas empresas requerentes, de ganhos de eficiências que o CADE considere viáveis e justificáveis no contexto do mercado de atuação, formalmente assumidas no Compromisso de Desempenho.

Ainda assim, ao decidir, o CADE deverá avaliar se a realização do ato, na forma em que pretendido, é a única alternativa para a obtenção dessas eficiências, se há proporcionalidade entre os ganhos e as perdas decorrentes dos efeitos anticompetitivos, se há possibilidade de reduzir o grau de nocividade e se os ganhos privados serão apropriados equitativamente entre empresas e os consumidores ou usuários finais.

Ao CADE caberá sempre - na impossibilidade da regra fria antecipar-se à dinâmica dos fatos econômicos, singulares e específicos no contexto de cada mercado - a tarefa de aplicar a lei aos casos concretos, traduzindo o significado dos conceitos fluidos constantes do seu texto de forma a melhor atender ao fim nela contido.

Um ponto crucial nas questões tratadas sob a ótica do citado art. 54 e seus parágrafos está centrado na identificação dos níveis de eficiência econômica em suas múltiplas acepções, pois, a existência de eficiências possibilita a compensação das perdas nos níveis concorrenciais dos mercados relevantes de modo a ensejar a autorização pretendida.

A propósito, vale sempre recorrer às precisas conclusões de **Neide T. Malard** em voto exarado na Reapreciação do Ato de Concentração nº 16/94, no tópico em que se refere à abrangência da atuação do CADE frente à identificação das eficiências econômicas: 'As eficiências não se limitam a essas hipóteses expressamente destacadas na lei, porquanto se utiliza a expressão genérica **propiciar a eficiência**. Aqui pode-se incluir as economias de escala, melhor integração das instalações de produção, a especialização da

fábrica e eficiências similares relacionadas à fabricação do produto e aos serviços inerentes à produção e à distribuição.”

É de se notar a complexidade da matéria antitruste que evidencia muito fortemente, em todas as áreas que abrange, a dualidade existente entre a teoria jurídica e a econômica, uma permanentemente subsidiando a outra.

O instituto do Compromisso de Desempenho encontra-se previsto no art. 58 da Lei nº 8.884/94, no Título VII, que trata das formas de controle exercidas pelo CADE.

Reza o citado artigo:

“Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para a adoção de medidas cabíveis.”

O Plenário do CADE estabelecerá metas levando em consideração, não só o grau de exposição do setor à competição externa e as alterações no nível de emprego, como também outras circunstâncias que julgar relevantes. Aí, o espaço à discricionariedade do Conselho quanto aos pontos que deseja ver melhor atendidos em face das especificidades de cada mercado, sem, contudo, descuidar-se da meta insubstituível, a defesa da concorrência, que se constitui em atividade-fim da Autarquia.

Nesse tópico, bem a propósito, lembramos o ilustrado e combativo advogado **Pedro Dutra**, que em palestra proferida no CADE em junho de 1996, posteriormente publicada na Revista do IBRAC, sob o tema “A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do Art. 54, da Lei 8884/94”, na ocasião, declarou que “o compromisso de desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54” enfatizando, ainda, que “esta vinculação é inafastável - ele não serve para criar eficiências, para revelá-las e não serve também para substituir ... a negação do órgão de defesa da concorrência”.

Sem dúvida, o Compromisso de Desempenho não supre os pré-requisitos exigidos para propiciar a autorização do CADE aos atos enquadráveis no art. 54. Da mesma forma, não pode ser utilizado na ausência dos elementos que

ensejariam a permissão pretendida, pois, sua natureza não se confunde com outros instrumentos de incremento às políticas econômica e industrial. Antes, pressupõe a presença desses elementos, expressando nas metas quantitativas e qualitativas definidas a garantia do cumprimento do imperativo legal.

Com relação ao § 2º, na parte relativa ao acompanhamento da SDE, devemos entender a norma no contexto do art. 7º, inciso VI, do mesmo diploma legal, onde a competência do CADE emerge cristalina, não só para aprovar os termos dos Compromissos de Desempenho, como também para determinar à Secretaria de Direito Econômico que os fiscalize.

A inteligência do dispositivo legal, conferindo ao Colegiado o poder de aprovar os termos do Compromisso de Desempenho, pretendeu alcançar não só a matéria substantiva, como também, e não poderia ser de outra forma, os procedimentos de sua execução e acompanhamento.

Ao conferir poder à Autarquia de determinar o acompanhamento da SDE, órgão da Administração Pública direta que, por isso mesmo, a ela não se subordina, quis o Legislador configurar a necessidade de uma perfeita integração entre os dois órgãos distintos, considerando que a instauração dos processos administrativos por conduta abusiva resultante dos acordos é atribuição da Secretaria.

Assim, não há como entender a competência originária do CADE absorvida pela SDE no monitoramento das cláusulas do Compromisso de Desempenho.

Nesse sentido, o advento do art. 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, veio corroborar esse entendimento quando outorga ao CADE a competência expressa de fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões.

Por sua vez, o § 3º do art. 58 trata da revogação da aprovação do CADE em caso de descumprimento injustificado do Compromisso de Desempenho, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para adoção de medidas cabíveis.

4. A legislação internacional e o compromisso de desempenho

Observa-se na legislação antitruste da maioria dos países do continente europeu, e em especial da CEE, bem como na legislação norte-americana, que os atos de concentração econômica com evidência ou possibilidade de repercussão danosa à concorrência podem ser autorizados desde que o projeto inicial sofra alterações, essas geralmente de caráter estrutural, com o objetivo de eliminar os efeitos nocivos.

No sistema legal norte-americano, o "Consent Decree" ou "Consent Agreement" pode conter cláusulas que espelham acordos negociados pelas empresas com as autoridades responsáveis pela aplicação das regras antitruste

como forma de neutralizar os aspectos ilegais da transação em exame e permitir, pelo menos em parte, a aprovação da operação sob exame. De forma geral, tais acordos, embora contenham algumas cláusulas de aspecto comportamental, priorizam as cláusulas estruturais baseados na premissa de que elas trazem resultados mais efetivos e de maior visibilidade, facilitando o seu acompanhamento.

Sob a ótica da Comissão Européia, uma operação de concentração com efeitos potencialmente danosos pode ser considerada compatível desde que sujeita a compromissos condicionais que submetem o projeto inicial a alterações tais que permitam a eliminação das dúvidas suscitadas.

Os "Compromissos Condicionais" previstos pela CEE, na verdade, são as alterações impostas ao projeto inicial de uma transação que importe em concentração econômica como forma de permitir à autoridade de defesa da concorrência aprová-la.

À medida que o problema potencial da concorrência restar identificado e seus efeitos forem limitados através de uma proposta clara das partes que responda de forma definitiva as questões, a Comissão comunica diretamente aos Estados-Membros e aos terceiros interessados os compromissos oferecidos e as alterações introduzidas na operação pelas partes. Nesse caso, a operação só será aprovada conformando-se com os padrões indicados pelas autoridades.

Tais compromissos podem variar desde a alienação parcial do controle de uma empresa anteriormente adquirida, até a abertura de mercado de distribuição, a suspensão de cláusulas de exclusividade ou a venda de empresa controlada.

Ressalte-se que, nesse sentido, a legislação alemã acompanha as normas da Comunidade Européia, repetindo o mesmo texto.

Na Suíça, a Comissão de Defesa da Concorrência, ao constatar que um acordo entre empresas é prejudicial à economia ou à sociedade, pode recomendar a modificação de cláusulas ou convenções ou, ainda, a renúncia de certos comportamentos.

Na legislação da Espanha, o governo também pode subordinar a aprovação de ato de concentração econômica à observância de condições que contribuam para o progresso econômico e social.

Todos esses acordos, acima explicitados, comparados ao instituto do Compromisso de Desempenho como concebido na Lei nº 8.884/94, guardam diferenças que se originam basicamente dos sistemas legais distintos. Saliente-se que, na prática, esses "agreements" tornaram-se necessários, mesmo quando não claramente definidos na legislação de cada país, como meio de eliminar ou reduzir os efeitos anticompetitivos gerados pelos movimentos concentradores empresariais, uma tendência constante da atualidade.

Do exame das diversas normas, depreende-se que a idéia central na Comissão Européia e nos EUA diz respeito à eliminação dos pontos geradores dos efeitos indesejáveis à operação para tornar possível a autorização pretendida. Sob essa ótica, as autoridades antitruste podem impor condições tão amplas que, em algumas vezes, ultrapassam os limites do próprio negócio em exame. A não aceitação dessas condições pelas empresas inviabiliza a autorização.

Assim, podemos dizer que, enquanto na Comunidade Européia e nos EUA os compromissos priorizam aspectos relacionados com a estrutura do mercado, o Compromisso de Desempenho, na legislação brasileira, tem privilegiado, tradicionalmente, os aspectos compensatórios da repartição dos ganhos privados entre a empresa e o consumidor final, ou seja, a sociedade. Dessa forma, o texto legal permite uma maior flexibilidade nas decisões em face das dinâmicas dos mercados nacionais *versus* internacionais.

As decisões do CADE em atos de concentração econômica, a partir de 1994, constatadas as eficiências elencadas nos incisos do parágrafo 1º do art. 54 da já pluricitada Lei nº 8.884/94, a princípio, caminham no sentido de aprovar as operações com exigência de Compromisso de Desempenho contendo cláusulas, em sua maioria, de natureza comportamental.

Apesar disso, o primeiro caso polêmico julgado pelo CADE, RHODIA S.A./SINASA S.A., teve aprovada só parcialmente a transação, e culminou com a determinação de desconstituição dos atos pertinentes à incorporação das atividades de fabricação das fibras sintéticas acrílicas e de poliéster, significando um novo patamar de atuação até então inexplorado.

As recentes decisões, nos casos da compra da Kolynos do Brasil pela Colgate Company, bem como a da Pains pelo Grupo Gerdau, vieram consolidar o alinhamento às tendências européias e norte-americanas quando impuseram alterações ao projeto submetido pelas empresas como forma de suprir as condições necessárias à autorização, colocando em destaque as cláusulas de natureza estrutural. A submissão voluntária das requerentes às modificações propostas, preliminarmente, é que ensejou a aprovação do CADE, que, a partir daí, estabelecerá cláusulas para o Termo de Compromisso contemplando metas tanto de natureza comportamental quanto estrutural.

A experiência do CADE na utilização dos Compromissos de Desempenho é recente, remontando a junho de 1994, e de certa forma prejudica uma análise retrospectiva mais substancial. Na verdade, dos quatorze casos indicados, listados em anexo ao final deste artigo, treze estão em vigor com o término das negociações e com assinatura do Termo de Compromisso entre as partes. O último encontra-se na fase de negociação que antecede a assinatura.

5. Avaliação

Em síntese, podemos dizer que os Compromissos de Desempenho, como estabelecidos em nossa Lei, estão diretamente relacionados com a criação de mecanismos explícitos que são passíveis de posterior cobrança formal (**commitment**) quanto ao devido cumprimento das eficiências tidas como compensatórias do prejuízo potencial à concorrência pós-operação. A principal vantagem desse dispositivo é formalizar a monitoração e a cobrança dos resultados efetivos dos alegados ganhos de eficiência, sob pena do seu descumprimento injustificado levar à revogação da autorização dada pelo CADE.

É importante assinalar que as cláusulas do Termo de Compromisso devem ser factíveis e objetivas, não podendo ultrapassar o limite necessário para o alcance das eficiências e da preservação dos níveis de concorrência no mercado relevante. De outra forma, a ação das autoridades de defesa da concorrência assumiria um caráter regulatório, intervencionista, sobre as empresas, o que vem a contrapor-se ao espírito da Lei.

Acresce dizer, também, que as razões que justificam a aprovação de um ato potencialmente ou efetivamente danoso à concorrência e, por isso, condicionado à Compromisso de Desempenho, devem identificar não só o dano a ser compensado, mas também os pontos básicos a serem contemplados nas negociações como forma de facilitar a definição das metas. A delimitação do campo de atuação contribuirá para maior segurança do processo, diminuindo o interregno entre a decisão do Colegiado e a efetivação do acordo. Aceleraram-se os trâmites processuais, abreviando-se a fase de negociação.

Com relação ao Termo do Compromisso, em si mesmo, temos que o aperfeiçoamento que se pretende deve passar por uma análise mais profunda quanto à forma e conteúdo.

A criação de procedimentos próprios, simples e desburocratizados que garantam a viabilização de rotinas claras e previsíveis, coerentes com seu propósito e em consonância com os princípios norteadores dos atos administrativos e com o imperativo legal contido na Lei nº 8.884/94, deve ser a regra geral. No exame dos documentos já assinados até este momento, o aspecto formal parece suprir de maneira adequada as premissas legais, constituindo-se em documento hábil para o fim que se propõe.

A mais relevante discussão, no entanto, deve centrar-se nas cláusulas constantes do documento a ser assinado pelas partes. A experiência internacional não deve ser desprezada quando aponta as enormes dificuldades de avaliação de metas relacionadas com a performance das empresas, preferindo impor medidas modificadoras da operação de forma a sanar ou diminuir, no tangente à concorrência, prejuízos potenciais ou efetivos detectados.

Efetivamente, a combinação das metas comportamentais e estruturais permite melhores e mais rápidos resultados, propiciando uma maior visibilidade para o Governo e para o próprio mercado.

De acordo com a nossa legislação, e como já dito, as metas devem ser definidas a partir do conceito de eficiências a serem atingidas pelas empresas envolvidas e seus reflexos no mercado de atuação. Saliente-se, no entanto, a ênfase que deve ser dada às cláusulas de natureza estrutural, uma vez que limitar-se à análise do comportamento da empresa, definindo seus índices de produtividade e capacitação técnica, não tem produzido os resultados esperados.

Sobre eficiência econômica, à guisa de melhor entendimento do conceito amplo aqui empregado, releva citar a contribuição trazida por **Franceschini e Pereira**, em trabalho intitulado "As eficiências econômicas sob o prisma jurídico". Esses especialistas, utilizando a classificação de Joseph F. Brodley, definiram modalidades de eficiência e seu grau de importância para os efeitos da aplicação da lei, considerando como mais relevantes as eficiências inovativas ou dinâmicas, seguidas da produtiva e da alocativa, esta considerada a de menor importância.

Igualmente, **Possas, Fagundes e Pondé**, no artigo "Política antitruste: um enfoque schumpeteriano", identificam a noção de eficiência dinâmica como uma proposta mais avançada para efeito da legislação antitruste, considerando-a também potencialmente a mais interessante, sobretudo quando examinada sob a perspectiva de eficiência seletiva dos mercados, que são vistos como "**ambientes de seleção de inovações**", essencial para o desenvolvimento econômico e que proporciona benefícios sociais superiores aos que são apropriados privadamente.

Utilizando a classificação de **Possas, Fagundes e Pondé**, a noção de eficiência econômica pode ser considerada sob quatro perspectivas: produtiva, alocativa, distributiva e dinâmica, esta última adicionalmente entendida como eficiência seletiva dos mercados.

A tendência de hierarquizar os níveis de eficiência, embora privilegiada na doutrina econômica, não se mostrou atraente para a utilização prática, uma vez que a presença de inúmeras variáveis no contexto de cada mercado inviabiliza qualquer padrão que valore essa ou aquela modalidade em detrimento de outra. Registre-se, no entanto, as inovações como um fator em tese bastante interessante face à sua capacidade de incremento à dinâmica dos mercados e de distribuição do bem-estar.

Efetivamente, a avaliação das eficiências geradas por um ato sob exame do CADE deve considerar todas as suas vertentes, cabendo priorizá-las de acordo com as características do setor examinado e da conjuntura. Nesse ponto, não conflitamos com o entendimento esposado por **Franceschini e Pereira**, no

texto já referido acima, quando declaram que "a análise econômica deve prevalecer sobre a análise jurídico-formal dos requisitos de eficiência." Em consequência, podemos concluir que as metas a serem estabelecidas com base em eficiências de cunho econômico não são passíveis de serem padronizadas tendo em vista as inúmeras variáveis com que se defronta o julgador.

Em que pese a impropriedade da idéia de modelo padronizado para as cláusulas constantes dos Termos de Compromisso de Desempenho, por exceção, podem ser aceitos alguns padrões gerais nas cláusulas constantes dos Termos de Compromisso de Desempenho visando otimizar sua aplicação. Tais padrões podem ser aceitáveis se forem utilizados para a promover a integração da defesa da concorrência com políticas públicas que visem o fortalecimento dos mercados sob outros prismas. Justificam-se, na medida em que sejam meios de realimentação da própria dinâmica concorrencial, que é o ponto nodal e inafastável da atuação do CADE.

Nesse sentido verificou-se, recentemente, quando da elaboração dos últimos Compromissos propostos pelo CADE, o resultado de uma maior interação entre a aplicação da política de defesa da concorrência e outras políticas públicas, como, por exemplo, a de emprego.

A realocação e o retreinamento dos profissionais, técnicos de uma determinada empresa frente a um processo de fusão ou aquisição, têm sido objeto do interesse do Colegiado por entendê-los matéria tangencial à concorrência, o que acabou merecendo a assinatura de um Protocolo de Intenções entre o CADE e Ministério do Trabalho.

Podemos citar, ainda, a política de comércio exterior como igualmente fronteira à área de competência do CADE, sem que, com ela, se confunda. O grau de exposição de um setor à competição internacional necessariamente deve integrar o universo de análise do órgão público, assim como as alterações no nível de emprego e o modo como o mercado reabsorverá um novo contingente de trabalhadores, além de outras mais que se tornem relevantes ao fortalecimento dos mercados.

Um outro ponto que cabe destacar diz respeito à viabilização de acompanhamento eficiente dos compromissos assumidos pelas empresas. A competência legal para atuar na defesa da concorrência é do CADE, e como tal lhe cabe fazer cumprir suas decisões nessa área. Em que pese tal fato, sua estrutura ainda não é suficiente para que esse acompanhamento se faça com a eficácia pretendida. Uma solução poderia ser a utilização do corpo técnico e da **expertise** de outros órgãos ou instituições, através de convênios de cooperação. De nada adianta elaborar simplesmente compromissos de desempenho, muitas vezes como forma de garantias **ex-ante** à aprovação, sem a capacidade de acompanhá-los na sua integralidade.

Os atos que indiquem a necessidade da assinatura de Compromisso de Desempenho, certamente, deverão ser uma real preocupação do CADE pela importância crescente do papel desse instituto na nossa atualidade, hoje, caracterizada por índices crescentes de movimentos concentracionistas e planejamentos empresariais sofisticados e globalizados. O desafio é não deixá-lo cair em descrédito e, ao mesmo tempo, esgotar todas as suas potencialidades sem ultrapassar os limites necessários para a preservação da liberdade dos agentes no estabelecimento de suas próprias estratégias empresariais.

6. Bibliografia

- POSSAS, Mário Luiz; FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz. Política Antitruste: um enfoque schumpeteriano. Revista de Direito Econômico. Nº 22, jan/março de 1996.
- FRANCESCHINI, José Inácio e PEREIRA, Edgard Antonio. As eficiências econômicas sob o prisma jurídico. Revista de Direito Econômico. Nº 23, abril/junho de 1996.
- DUTRA, Pedro. A concentração do poder econômico aspectos jurídicos do art. 54, da Lei 8884/94. Caderno de Doutrina da Revista do IBRAC. Volume 3, número 8, agosto 1996.
- XXIV Relatório sobre Política de Concorrência. Comunidade Européia, 1994.
- MALARD, Neide Teresinha. Votos como Conselheira do CADE no Ato de Concentração n.º 06/94 e na Reapreciação do Ato de Concentração n.º 16/94.
- VIEIRA, Carlos Eduardo de Carvalho. Dissertação de mestrado. A atividade administrativa discricionária e a realização do controle em um Estado Democrático de Direito.

7. Anexo

7.1. Atos de concentração que tiveram autorização do CADE condicionada à assinatura de compromisso de desempenho

Quatorze Compromissos de Desempenho, sendo:

- Treze Compromissos de Desempenho assinados
- Um Compromisso em fase final para a assinatura do Termo.

A.C. 05/ 94 Norton do Brasil S.A. Indústria e Comércio
- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves
(Compromisso de Desempenho assinado em 11.12.95)

A.C. nº 26/95 Albarus S.A. Indústria e Comércio
- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro
(Compromisso de Desempenho assinado em 19.12.95)

A.C. 56/95 Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda.
- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves
(Compromisso de Desempenho assinado em 28.02.96)

A.C. 19/94 Oriento Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Interamericana Indústria e Comércio S.A.
- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro
(Compromisso de Desempenho assinado em 28.02.96)

A.C. 41/95 Fairway Filamentos S.A. Rhodia S.A. e Hoechst do Brasil Química e Farmacêutica.
- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro
(Compromisso de Desempenho assinado em 06.03.96)

A.C. 15/94 Indústrias Verolme - Ishibrás S.A.
- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado
(Compromisso de Desempenho assinado em 16.07.96)

A.C. 14/94 Dedini e Belgo-Mineira
- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro
(Compromisso de Desempenho assinado em 01.10.96)

A.C. 24/95 Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda.
- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves
(Compromisso de Desempenho assinado em 12.03.97).

A.C. 13/94. Helios S.A. Indústria e Comércio e Carbex Indústrias Reunidas Ltda.
- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro
(Compromisso de Desempenho assinado em 20.11.96)

A.C. 11/94 Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda. e Cilpe - Cia. de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco
- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro
(Compromisso de Desempenho assinado em 05.12.94)

A .C. 62/95 Electrolux Ltda. e Kaspar e Agres Oberdorfer
- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado e Silva
(Compromisso de Desempenho assinado em 04.12.96)

A .C. 27/94 K & S Aquisições Ltda. e Colgate Palmolive Company
- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado e Silva
(Compromisso de Desempenho assinado em 19.03.97)

A .C. 18/94 Ficap S..A . e Alcan Alumínio do Brasil S.A .
- Relator: Cons. Antonio Fonseca
(Compromisso de Desempenho assinado em 13.01.97)

A .C. 25/95 Santista Alimentos S.A . e Carfepe Administradora e Participadora
- Relator: Leônidas Xausa
(Aprovado o A C. com Compromisso de Desempenho ainda em negociação)