

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE CIÊNCIAS EM GESTÃO E TECNOLOGIA
CAMPUS DE SOROCABA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS

JOSÉ EDUARDO RODRIGUES VIVAN

Atos de Concentração sob a Nova Lei de Defesa da Concorrência:

Uma Análise das Decisões do Cade

SOROCABA

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE CIÊNCIAS EM GESTÃO E TECNOLOGIA
CAMPUS DE SOROCABA
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS

JOSÉ EDUARDO RODRIGUES VIVAN

Atos de Concentração sob a Nova Lei de Defesa da Concorrência:

Uma Análise das Decisões do Cade

Monografia apresentada como exigência
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Econômicas à Universidade Federal
de São Carlos

Orientadora: Profa. Dra. Mariusa Momenti Pitelli

SOROCABA

2014

**Atos de Concentração sob a Nova Lei de Defesa da Concorrência:
Uma Análise das Decisões do Cade**

José Eduardo Rodrigues Vivan

BANCA EXAMINADORA

.....
Profª. Dra. Mariusa Momenti Pitelli

Orientador(a)

.....
Profo. Dr. Antonio Carlos Diegues Júnior

.....
Profª. Dra. Andrea Rodrigues Ferro

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais José Isael Vivan e Janete Oliveira Rodrigues Vivan por todo o suporte dado para que eu sempre pudesse estudar e enriquecer minha formação como cidadão, incentivando-me a adquirir conhecimentos além dos valores aprendidos em casa. Agradeço por terem me convencido a continuar a estudar economia quando pensei em desistir do curso, pois hoje consigo ver o mundo com outra perspectiva, fruto de tudo o que aprendi durante estes anos na faculdade.

Agradeço meu irmão Paulo Onélio Rodrigues Vivan por me incentivar a ir estudar em Sorocaba, cidade que já havia lme acolhido muito bem enquanto ele estudava engenharia de produção na mesma universidade. Além disso, agradeço-o por ter aguentado toda a atormentação causada pela decisão equivocada de me convidar para ir morar em Sorocaba, dividindo quarto uma última vez, como nos tempos de criança.

Agradeço aos amigos da República Al Capote: Pedro Henrique (Pt), Renato Fuchiwaki (Poneis), Teo Senna, André Zamboni (Dézinho), Caio Zuanella, Tiago Rossi (Morsa), Lucas Urbano, Gustavo Furlanetto (Gus), Lucas Valvano (Café), Giovanni (Gigio) e João Francisco (Jão) por momentos memoráveis – seja após uma festa, seja em madrugadas intermináveis de estudos para provas e trabalhos, seja em simples conversas à tarde – e por me ensinarem, sem qualquer intenção, a ser feliz com as coisas mais simples da vida.

Agradeço aos amigos do rugby, sobretudo o Fernando Carnovali, por ajudar a implantar este esporte no campus, contribuindo para que eu aprendesse a filosofia tão rica presente neste jogo onde o coletivo é a base de qualquer avanço, de qualquer vitória.

Agradeço à Professora Mariusa por toda dedicação, paciência e empenho durante todo o processo de orientação até que este trabalho fosse concebido, compartilhando seu conhecimento, indicando referências e revisando sempre de forma tão atenciosa.

Agradeço o Professor Rodrigo Vilela por nos estimular a buscar conhecimento além dos contidos nos livros e salas de aulas, por nos estimular a ir além, levando textos,

colunas de jornais, filmes, documentários de múltiplas visões, nos incentivando a aprofundar e reforçar nossa análise crítica acerca dos diversos eventos (econômicos, políticos, sociais...).

RESUMO

O Brasil vem ganhando destaque por sua atividade econômica nos últimos anos e com isso sua importância no cenário internacional vem crescendo, mas suas estruturas de condução econômica ainda estão em processo de otimização. É dentro deste contexto que a análise antitruste no Brasil deu um salto qualitativo em sua atuação com a aprovação da Lei 12.529/2011, a qual permite, a princípio, maior agilidade e eficiência nos processos, entre eles, os o Atos de Concentração Horizontal. Desenhado este cenário, o presente estudo busca entender como as decisões da autoridade de defesa da concorrência passaram a ocorrer após este processo de fortalecimento analítico, em comparação com o regime anterior, analisando os tipos de decisões por setor econômico e os remédios utilizados nas aprovações com restrições. Verificou-se que a implementação da Lei 12.529/2011 resultou em significativos avanços, aumentando a celeridade da autoridade em casos simples, favorecendo a melhor alocação dos recursos ao destinar apenas casos de maior potencial lesivo ou complexos ao Tribunal, além de dar indícios de que a análise prévia permite à autoridade optar por medidas estruturais com maior facilidade, uma vez que alienações são mais simples quando a integração ainda não foi consumada.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência. Economia Antitruste. Atos de Concentração. Poder de Mercado.

ABSTRACT

Brazil is gaining attention for its economic activities in the last years and with it its importance on the international scene has been growing, but its economic management structures are still in the optimization process. It is within this context that the antitrust analysis in Brazil achieved a higher quality level on its acting with the approval of Law 12.529 / 2011, which allows, at first, greater agility and efficiency in processes, among them the Horizontal Merger. After this background, this study seeks to understand how the decisions of the antitrust authority changed after this process of analytical strengthening, compared with the previous regime, analyzing types of decisions by economic sector and remedies used in conditional approvals. It was observed that Law 12.529 / 2011 implementation resulted in significant advances, increasing authority celerity in simple cases, leading to better resources allocation once only cases potentially harmful to competition or those too complex are taken to the Court, beyond giving evidence that previous analysis allows the authority to use structural remedies easier, since disinvestments are simpler when the merging has not yet been consummated.

Keywords: Antitrust. Antitrust Economics. Merger. Market Power.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
1.1. OBJETIVOS	9
2. REFERENCIAL TEÓRICO	10
2.1. PODER DE MERCADO	10
2.2. MODELO ESTRUTURA CONDUTA E DESEMPENHO E ESCOLA DE CHICAGO	13
3. ANÁLISE E DECISÕES RELATIVAS AOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	15
3.1. ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	15
3.2. REMÉDIOS ANTITRUSTE	17
3.2.1. Remédios Antitruste em outros países	18
3.3. REESTRUTURAÇÃO DO CADE NA NOVA LEI (Nº 12.529, DE 2011)	22
4. METODOLOGIA	28
5. RESULTADOS	29
5.1. EVOLUÇÃO DA QUANTIDADE DE PROCESSOS E PRAZOS DE ANÁLISES	29
5.2. TIPOS DE REMÉDIOS ANTITRUSTES ADOTADOS	35
5.2.1. Sobre as Medidas Estruturais	38
5.2.2. Sobre as Medidas Comportamentais	39
5.2.3. Sobre os remédios mistos	42
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	46
8. ANEXO I	44
9. ANEXO II	45
10. ANEXO III	44

1. INTRODUÇÃO

No contexto que se passa aos olhos da sociedade, grandes conglomerados de empresas estão se formando e vêm ganhando força em diversos setores da economia, buscando expandir o campo de atuação, que conseqüentemente, modifica as estruturas do mercado em que atuam e, ainda, podem causar prejuízos concorrenciais ao consumidor final na forma de preços elevados ou menor qualidade e diversidade de produtos oferecidos.

Dadas as proporções em que vem se desenhando o ambiente competitivo global, torna-se difícil imaginar como uma empresa pode competir no exterior sem se tornar grande dentro do próprio país. Este é apenas um dos argumentos tecidos por alguns defensores da baixa regulação da competição, os quais defendem, entre outras coisas, os ganhos de eficiência e economias de escala geradas pela formação de grandes agrupamentos produtivos.

Este trabalho, por outro lado, tem o objetivo de disseminar as práticas concorrenciais que favorecem um crescimento mediante a prática de preços justos para a sociedade, com o intuito de maximizar o bem estar social, pois como será visto adiante, empresas que detêm o poder de mercado são capazes de prejudicar o processo competitivo, gerando ineficiências como resultado do exercício desse poder (KUPFER e HASENCLEVER, 2002).

Garantir o ambiente competitivo passa diretamente pela atuação do Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (Cade), órgão regulador da concorrência no Brasil, evitando o abuso de poder de mercado pelos agentes participantes, protegendo os consumidores de aumentos injustificáveis e desonestos de preço. Esta visão é reforçada por Kupfer e Hasenclever (2002), os quais descrevem que a defesa da concorrência, em sua análise sobre regras relativas à conduta, considera como ilícito o exercício abusivo se o mesmo restringir o processo concorrencial, prejudicando, em última análise, os consumidores.

Dito isto, os órgãos de defesa da concorrência executam, com seu aparato institucional, papel ímpar nas decisões que podem impactar diretamente o ambiente econômico e seus agentes. Neste cenário, dentre as tarefas de maior importância destaca-se a análise de atos de concentração, sobre os quais pousam casos, muitos deles envolvendo grandes grupos de empresas ou conglomerados econômicos, que podem causar profundas distorções econômicas e elevados custos ao consumidor, sendo esse controle caracterizado como estruturais, pois buscam evitar o surgimento de mercados concentrados, que aumentem a probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado pelas empresas (KUPFER e HASENCLEVER, 2002).

Após anos em trâmite no Congresso Nacional, a autarquia federal para a defesa da concorrência deu um importante passo para otimizar os processos decisórios no que tange a estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)¹.

A entrada em vigência da Lei 12.529/2011 busca, por meio da instauração do controle prévio sobre os atos de concentração, reestruturar a defesa da concorrência no Brasil e trazer maior eficiência e eficácia ao sistema (FARINA e TITO, 2012). Para a iniciativa privada, entre outros fatores positivos, busca-se com essa nova lei a agilização de processos, reduzindo prazos e incertezas sobre os mesmos, uma vez que há um largo consenso na literatura antitruste de que o controle prévio provê incentivos corretos para que as partes colaborem com a autoridade, visando obter celeridade da análise (FARINA e TITO, 2012). Esta mudança no formato de análise e decisão da autoridade colocou o SBDC em sintonia com outras instituições de cunho semelhante, tais como os órgãos de defesa da concorrência norte-americano e europeu, sendo o Cade inclusive reconhecido pelos avanços desta nova lei².

Para entender a importância deste momento para economia brasileira, este trabalho tem o objetivo de analisar as decisões relativas aos Atos de Concentração no Brasil, levando em consideração a nova lei de defesa da concorrência. Há três possibilidades de decisões a serem tomadas em relação ao um Ato de Concentração: a) aprovação; b) aprovação com restrições, em que são elaborados os remédios antitruste; c) reprovação.

¹ Pela lei anterior de defesa da concorrência no Brasil, a Lei 8.884/94, o SBDC era composto pelos órgãos: Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SDE), que elaboravam os pareceres; e pelo CADE, que julgava os casos. Com a nova lei, Lei 12.529/11, o SBDC sofreu uma reestruturação, sendo formado principalmente pelo CADE, que elabora e julga os processos, e pela SEAE, que apenas auxilia na advocacia da concorrência.

² Em uma publicação do ranking anual da revista britânica *Global Competition Review* – GCR, especializada em concorrência e regulação, o órgão antitruste brasileiro foi agraciado com quatro estrelas que o situam no seletivo grupo “Muito Bom”.

Para tanto, este estudo divide-se em quatro grandes partes. Na primeira, será feito o referencial teórico por trás das análises sobre atos de concentração, expondo o conceito de poder de mercado. Na parte seguinte, são revistas as análises e decisões acerca do Sistema Brasileiro de defesa da Concorrência (SBDC), os remédios possíveis, avaliação de remédios nos Estados Unidos e na União Europeia, passando pela re-estruturação do SBDC e as principais mudanças ocorridas com a nova lei. Na terceira parte expõe-se a metodologia quanto as fontes de dados utilizados nesta pesquisa e os principais aprendizados da mesma. Na quarta e última parte avaliam-se os resultados obtidos e as conclusões e considerações retirados deste estudo.

1.1. Objetivos

O objetivo geral do presente trabalho é analisar as decisões relativas aos Atos de Concentração no Brasil, com foco na nova lei de defesa da concorrência.

Como objetivos específicos o trabalho apresenta:

- a) Analisar a evolução da quantidade de processos e prazos de análises nos ritos sumário e ordinário pelo plenário do Cade;
- b) Verificar a evolução do tipo de decisões tomadas pelo Cade, comparando a nova lei com a anterior;
- c) Analisar os tipos de remédios antitrustes adotados (estruturais, comportamentais ou mistos);

2. REFERENCIAL TEÓRICO

Para realizar uma análise consistente acerca das alterações presentes nas tomadas de decisão do Cade sobre os atos de concentração que tiveram escopo analítico ponderado pela nova lei do direito da concorrência, será preciso expor alguns conceitos-chave dentro da literatura antitruste, visando desta forma dar alicerce este estudo.

Buscou-se visualizar como a literatura retrata o poder de mercado e como é realizada a Análise Econômica de Atos de Concentração pelas autoridades competentes.

2.1. Poder de Mercado

Nos manuais de microeconomia, o mercado movimenta-se buscando o equilíbrio entre oferta e demanda, atingindo um preço ótimo no caso da perfeita concorrência. O outro extremo – também exemplificado por estes manuais – retrata os mercados “totalmente” imperfeitos do monopólio e monopsonio, nos quais a prática de apenas um agente (vendedor no caso do monopólio e comprador no caso do monopsonio) delimita o quanto é produzido (monopólio) ou comprado (monopsonio), influenciando desta forma nos preços praticados nestes mercados, sendo a diferença básica em relação ao mercado em perfeita concorrência – onde as firmas são *pricetakers* - as curvas de demanda que as firmas monopolistas enfrentam (KAPLOW e SHAPIRO 2008)³.

Como exposto por Pindyck e Rubinfeld (2005), a presença de um monopólio puro é rara – e quando acontece, como no mercado de energia elétrica, passa por rigorosa regulação, sendo mais comuns mercados com a participação de poucos ofertantes que concorrem entre si, os oligopólios, em que o ambiente concorrencial é imperfeito, com a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas empresas. Poder de mercado é a

³ Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w12867.pdf>. Acesso em 6 de Novembro de 2013

capacidade que a empresa tem de praticar um preço superior ao preço que prevaleceria em concorrência perfeita (preço superior ao custo marginal).

Na portaria conjunta SEAE/ SDE nº 50, de agosto de 2001, Guia para Análise Econômica sobre Atos de Concentração (BRASIL, 2001), poder de mercado é conceituado como o ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir as quantidades), diminuir a qualidade ou variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros⁴. Contudo, segundo essa Portaria, apenas o aumento de preço, dentro das possíveis formas de expressão do exercício de poder de mercado, é considerado.

Ainda segundo essa Portaria, determina-se que uma empresa possui poder de mercado se, após a determinação do mercado relevante, uma empresa que controle parcela substancial do mesmo, for capaz de provocar oscilações de preço persistentes no tempo, ao restringir a quantidade ofertada. Retrata-se posteriormente – como já explicitado neste estudo – que a detenção de parcela substancial do mercado é condição necessária, mas não suficiente para o exercício de poder de mercado.

Dentro desta classe de estudo, ganham destaque os modelos de Cournot e Bertrand, capazes de analisar a interação entre empresas de um mercado. No primeiro – como observado por Kaplow e Shapiro (2008), mais adequado a mercados com bens homogêneos – as firmas tomam suas decisões de forma simultânea sobre produção levando em consideração um nível fixo de produção pelo concorrente, atingindo um equilíbrio na intersecção das curvas de reação de cada participante. Já o segundo modelo quando utilizado sob a hipótese de produtos diferenciados, admite que as empresas também decidem simultaneamente, entretanto, esta decisão é focada no preço e não na quantidade a ser produzida. Esta classe de modelos é fundamental na análise antitruste por exemplificar como a diferenciação entre produtos de rivais favorece a inelasticidade da demanda, ou seja, quanto mais diferenciado o produto do oligopolista, maior *mark-up* ele poderá praticar; no sentido inverso, quanto mais

⁴ Disponível em: http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf. Acesso em: 12 de Outubro de 2013.

próximos de serem substitutos os produtos neste mercado, maior a elasticidade da demanda e consequentemente, menor o *mark-up* exercido (KAPLOW e SHAPIRO, 2008)⁵.

Segundo Pindyck e Rubinfeld (2005), no oligopólio, um mercado onde apenas algumas empresas competem entre si, os participantes são capazes de obter lucros no longo-prazo, uma vez que barreiras à entrada tornam difícil ou impossível que novas empresas entrem no mercado. Entretanto, por mais que o poder de mercado esteja associado à capacidade de fixar e manter persistentemente preços acima do nível competitivo, via barreiras à entrada, esta influência não se restringe apenas aos preços, uma vez que uma empresa capaz de manter preços persistentemente acima de seus custos pode exercer seu poder de mercado por qualquer outro meio disponível, por exemplo sustentar preços artificialmente mais baixos para gerar prejuízos aos concorrentes (KUPFER e HASENCLEVER, 2002). Estas barreiras podem ser provenientes da incapacidade de concorrentes atingirem o tamanho essencial para que as economias de escala permitam ao mesmo atuar neste mercado de forma lucrativa; mas não se restringem a isto, podendo transbordar desde o acesso a patentes e tecnologias até as chamadas barreiras “naturais”. Esta observação mostra-se importante pois, como enfatizado por Pindyck e Rubinfeld (2005), estes mercados com poucos competidores envolvem decisões estratégicas relativas ao preço, ao nível de produção, à propaganda e aos investimentos, e esta análise sobre o grau de rivalidade dos *players* é fundamental no estudo antitruste.

Há também na análise antitruste a investigação de variáveis que estão diretamente relacionadas à probabilidade de exercício de poder de mercado unilateralmente por uma empresa ou de forma coordenada por um grupo de empresas, sendo elas: importações, entrada, efetividade na rivalidade e outros fatores que favoreçam a coordenação de decisões⁶.

⁵ Markup é a diferença entre o Preço e o Custo Marginal. Oligopolistas são capazes de operar, no longo-prazo, na parte descendente da curva de custo médio - ao manterem capacidade ociosa - de forma que o o custo marginal é inferior ao custo total médio (MANKIW, 2005).

⁶ Essas variáveis serão detalhadamente discutidas na seção 3.1

2.2. Modelo Estrutura Conduta e Desempenho e Escola de Chicago

Na literatura antitruste há o modelo chamado Estrutura Conduta e Desempenho, a qual parte do princípio de que maior concentração (estrutura) implica maior probabilidade de colusão (conduta) e, por consequência, de lucros e preços mais elevados (KUPFER e HASENCLEVER, 2002), todavia os efeitos líquidos da concentração, ou seja, o saldo entre efeitos negativos e positivos pode ser benéfico à sociedade por proporcionar, entre outras coisas, ganhos de escala e escopo.

Os expoentes deste pensamento, provenientes da escola de Chicago, realizam sua argumentação pautada pela possibilidade de os efeitos líquidos do ato de concentração ser positivo à eficiência econômica. Este ponto é exemplificado por Kupfer e Hasenclever (2002) de forma bastante intuitiva:

“Essa forma de abordagem decorre logicamente dos objetivos da lei antitruste e se fundamenta jurídica e economicamente: a lei busca reprimir o abuso do poder de mercado porque ele é gerador de ineficiências; logo, não se deve proibir atos/conduas que gerem ganhos de eficiência líquidos pois, se o fizer, gerará ineficiências tão ou mais significativas que as que visa combater.” (KUPFER e HASENCLEVER, 2002, p 488)

Deliberar acerca de um ato de concentração com base nas análises de eficiência, como relata Kupfer e Hasenclever (2002), só deveria ocorrer depois das seguintes condições: primeiro, a constatação de que há significativo risco de prejuízo à competição como decorrência do ato; segundo, os efeitos positivos capazes de superar os efeitos restritivos devem ser necessariamente fruto do ato; terceiro, deve-se comprovar que tal eficiência não seriam atingidas de forma menos danosa ao processo concorrencial.

Diante desta realidade, onde é rara a presença de monopólios puros e muito mais comum a existência de mercados com poucos competidores, surge a necessidade de se avaliar como ocorrem estas interações entre os participantes do mercado, pois, assim como a lei de defesa da concorrência, a análise antitruste vêm evoluindo, com análises de interação que ajudam a suprir algumas deficiências de indicadores como o CR(4)⁷, na previsão de efeitos adversos, uma vez que a concentração é apenas uma condição necessária, mas não

⁷ Concentração das 4 maiores empresas em um mercado.

suficiente, para o surgimento de poder de mercado, por não haver correlação perfeita entre estas variáveis (KUPFER e HASENCLEVER, 2002).

3. ANÁLISE E DECISÕES RELATIVAS AOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A seguir, são apresentadas as possíveis decisões sobre os atos de concentração, por meio da exposição dos remédios antitruste passíveis de utilização. A forma com que estes conceitos são especificados influi diretamente no resultado da análise antitruste, uma vez que a autoridade competente, o Cade, possui três tipos de decisão: aprovar, aprovar com restrição ou reprovar um ato de concentração.

3.1. Análise Econômica de Atos de Concentração

As autoridades antitruste realizam a deliberação acerca de atos de concentração com o intuito de prevenir o ambiente competitivo das ineficiências provenientes da união de dois ou mais competidores, contudo ganhos de eficiência, frutos do ato, podem surgir, como: economias de escala e de escopo; economias de racionalização e especialização; utilização e expansão da capacidade; sinergias e outras formas de interação; economias em P&D, tecnologias e eficiências dinâmicas (KUPFER e HASENCLEVER, 2002). Portanto, a análise deve considerar tanto aspectos estruturais (possíveis prejuízos concorrências derivados da concentração) quanto análises de eficiência, objetivando a melhor decisão cabível.

O Cade adota uma série de procedimentos para análises sobre concentrações horizontais, com base no guia de análise de atos de concentração horizontal, disposto na Portaria Conjunta SEAE/SDE N° 50⁸ (BRASIL, 2001), formada por cinco etapas, de forma que as três primeiras possuem maior foco estrutural, avaliando a concentração e probabilidade de exercício de poder de mercado. Caso o ato passe por estas etapas de análise, demonstrando elevada concentração e probabilidade de exercício de poder de mercado, iniciam-se, na etapa

⁸ Ressalta-se que esse Guia utilizado na vigência da nova Lei antitruste é o mesmo, até o momento, usado durante a vigência da antiga Lei.

quatro analisam-se as eficiências (influência da escola de Chicago). Nos parágrafos a seguir, explicita-se cada uma das etapas de análises dispostas nesse Guia.

Segundo o Guia, na primeira etapa o guia de análise relata que deve ser feita a demarcação do mercado relevante, delimitando-se tanto os produtos participantes deste mercado, quanto a abrangência geográfica onde é economicamente viável ofertar este produto, identificando-se também o conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores), que efetivamente limitam as decisões referentes à preço e produção da empresa resultante da operação. A partir do teste do monopolista hipotético, segundo o guia, avalia-se a condição de o suposto monopolista impor um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preço, com base na incapacidade de os consumidores deslocarem parcela significativa da demanda para bens substitutos da mesma região ou bens idênticos provenientes de outras regiões (BRASIL, 2001).

De acordo com a etapa seguinte do guia deve ocorrer a determinação da parcela de mercado, visto que, embora o controle sobre uma fatia substancial do mercado não seja suficiente para promover impactos negativos sobre o bem-estar, é condição essencial para o mesmo. Caso a parcela da empresa ou do grupo não seja significativa dentro do total do mercado relevante, desvios em suas condutas promovem reações dos consumidores – deslocamento da demanda para empresas rivais – eliminando sua capacidade de exercer poder de mercado. No diagnóstico leva-se em consideração, para o cálculo da parcela de mercado, todas as firmas que fazem parte do mercado relevante (BRASIL, 2001).

Na etapa III, segundo o guia, deve ser realizado exame sobre a probabilidade do exercício de poder de mercado, a partir do desenho de algumas variáveis-chave, descritas pelo guia de análise. Primeiro, a participação de importações neste mercado avaliando sua capacidade de reduzir a probabilidade de exercício de poder de mercado. Segundo, as condições de entrada de novos competidores, levando em consideração as atitudes que uma empresa hipotética adotaria para entrar neste mercado, para que esta entrada seja provável (quando economicamente lucrativa a preços pré-concentração), tempestiva (quando ocorre num prazo socialmente aceitável – 2 anos – para a entrada), e suficiente (quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial), levando também em consideração, possíveis barreiras à entrada. Terceiro, o grau de rivalidade no mercado, importante em mercados de produtos homogêneos e em mercados de produtos diferenciados – uma vez que o grau de substituição dos produtos influencia

diretamente na probabilidade de exercício de poder – para avaliar a possibilidade de exercício unilateral; enquanto na possibilidade de coordenação conjunta, avalia-se a existência de poucas empresas no mercado, o grau homogeneidade dos produtos e/ou empresas, a disponibilidade ou não de informações sobre competidores, além das práticas de condutas empresariais que, embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade (BRASIL, 2001).

Na etapa IV o guia sustenta que devem ser apresentados os benefícios obtidos com a concentração (eficiências econômicas intrínsecas à operação) para que estes incrementos no bem-estar da sociedade entrem na avaliação do resultado líquido do ato. Na concentração horizontal, estas eficiências podem compreender economias de escala, escopo, tecnologias produtivas, apropriação de externalidade positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório (BRASIL, 2001).

Na quinta e última etapa do guia, após a delimitação do mercado relevante (etapa I), a verificação de que a operação resultará no controle de uma parcela substancial deste mercado (etapa II), a constatação de que existem condições para o exercício deste poder (etapa III), e ainda sim seja aprovado pelas eficiências geradas (etapa IV), ocorre a avaliação do efeito líquido do ato sobre o bem-estar econômico da sociedade, sendo que, segundo o guia, o mesmo tem de ser não-negativo, além de os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados precisarem ser observáveis. Esta avaliação ocorre por estimativas quantitativas, quando disponíveis ou factíveis, e na falta destas utilizam-se conclusões com base em métodos qualitativos, de forma que a legislação estabelece que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre as duas partes, participantes da operação e consumidores ou usuários finais.

3.2. Remédios Antitruste

No caso de aprovação com restrição, a autoridade antitruste aplica medidas com o intuito de criar condições para a consolidação de um ambiente competitivo, tendo como alternativas medidas estruturais ou comportamentais (BRASIL, 2001), descritas no Acordo em Controle de Concentrações (ACC), que segundo Leal (2012) é a nova

denominação para o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) da antiga lei 8.884/1994⁹. Após as etapas de análise sobre atos de concentração horizontais, a autoridade de defesa da concorrência pode escolher uma das três alternativas: aprovação sem restrição (caso o ato não reduza o bem-estar do consumidor nem a eficiência econômica), aprovação com restrição (que envolve a assinatura do Acordo sobre Atos de Concentração pelas partes, quando a autoridade antitruste entende que é preciso suavizar potenciais efeitos negativos do ato no mercado relevante), ou reprovar o ato quando o ato de concentração não possa ocorrer sem que a nova configuração seja competitiva.

As estruturais visam restabelecer o ambiente concorrencial nos mercados relevantes, eliminando a necessidade de controles futuros, exigindo em contrapartida do ato a alienação de ativos (tangíveis ou intangíveis) por parte dos participantes. As medidas comportamentais compreendem cláusulas de obrigações futuras por parte dos envolvidos, afim de gerar eficiências que não seriam obtidas sem que tais cláusulas fossem estipuladas (KUPFER e HASENCLEVER, 2002). Entretanto estas escolhas acarretam em custos de monitoramento que podem representar pesados encargos à autoridade antitruste, além de interferência desnecessária no ambiente estratégico das empresas, portanto estas cláusulas devem ser formuladas de forma clara e pontual (BRASIL, 2001).

3.2.1. Remédios Antitruste em outros países

No comunicado institucional publicado no Jornal Oficial da união Europeia (2008), a Comissão Europeia que regula a competição no bloco, descreve tal procedimento como um remédio por seu objetivo ser eliminar preocupações com a competição identificadas pela Comissão – quando a concentração tende a significativamente impedir de forma efetiva a competição no mercado comum ou de forma substancial em parte dele, como resultado de uma posição dominante¹⁰. Entretanto, a dinâmica processual no bloco europeu funciona de maneira que a Comissão comunica às partes suas preocupações com o ambiente competitivo

⁹ Atos de Concentração e a Superintendência-Geral na Lei 12.529/11. João Paulo Garcia Leal (2012). Disponível em: <http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplementos2012/Suplemento da Revista do IBRAC Ano 3 n 1.pdf>. Acesso em: 17 de Setembro de 2014

¹⁰ Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN) . Acesso em: 19 de Setembro de 2014

pós concentração, dando autonomia para que as mesmas formulem propostas de remédios apropriadas, uma vez que na concepção da Comissão apenas as partes envolvidas possuem todas as informações relevantes necessárias para avaliar o efeito da concentração, assim como a viabilidade dos compromissos propostos e a competitividade dos bens colocados para alienação. Cabe, portanto às partes providenciar todas as informações disponíveis que serão necessárias para a avaliação pela Comissão, acerca dos remédios propostos.

O objetivo principal destes acordos em atos de concentração com restrições, de acordo com a jurisprudência do Tribunal da Comissão Europeia, é assegurar estruturas de mercado concorrenciais e, portanto, compromissos de natureza estrutural, como a obrigatoriedade de se vender um ativo são, via de regra, preferíveis do ponto de vista do objetivo da regulação sobre concentrações, uma vez que tais compromissos previnem, de forma definitiva, problemas concorrenciais que seriam levantados durante a notificação, além de não exigirem medidas de monitoramento no médio e longo-prazo, assim como assinalado na jurisprudência brasileira. Ainda assim, como salienta a Comissão, esta possibilidade não exclui automaticamente que outros tipos de acordo podem também ser capazes de impedir o entrave significativo à concorrência efetiva.

Ainda de acordo com o comunicado da Comissão Europeia (2008), a escolha de remédios antitruste e a substituição entre eles para prevenir um problema competitivo depende de uma análise caso a caso, entretanto, pode ser feita uma distinção geral entre alienações, outras medidas estruturais, como a concessão de infraestrutura chave e insumos de forma não discriminatória, e compromissos referentes ao comportamento futuro das entidades. Segundo a Comissão Europeia (2008), os compromissos de alienação são a melhor maneira de eliminar problemas concorrenciais resultantes de sobreposições horizontais, e também pode ser a melhor forma de resolver problemas resultantes de concentrações verticais ou formação de conglomerados. Compromissos relativos ao comportamento futuro da entidade resultante da concentração podem ser aceitáveis apenas em casos excepcionais em circunstâncias muito específicas – que não serão abordadas neste estudo – mas em particular, estes compromissos em forma de uma empresa não aumentar os preços, para reduzir a gama de produtos ou para remover marcas, etc, geralmente não vão eliminar os problemas de concorrência resultantes de sobreposições horizontais, como alerta o a Comissão, sendo que em qualquer caso, estes compromissos só podem, excepcionalmente, ser aceitos se se a sua

capacidade de execução é plenamente assegurada pela implementação e monitorização eficaz, e se de maneira arriscada eles não levarem à distorções sobre a concorrência.

De acordo com o DoJ Antitruste do Departamento de Justiça Norte-Americano (DoJ, 2011), como os atos de concentração possuem diversas formas e alcances, a autoridade reconhece a necessidade de se aplicar remédios de diversos formatos e variedades, que seguem princípios básicos: preservar efetivamente a competição, sem o foco em proteger competidores individuais, baseando-se na aplicação cuidadosa de princípios econômicos e jurídicos para os fatos particulares de um caso específico¹¹. Portanto, de acordo com a entidade, a busca fundamental do remédio é por restaurar a competição e, caso este remédio ideal não seja disponível, a entidade buscará bloquear a operação. Com esta fundamentação de que o remédio não deve escolher beneficiados e prejudicados, atentando-se exclusivamente à preservação da competição, o DoJ sustenta que aceitará remédios que protejam o terreno competitivo sem remover incentivos para que firmas individuais compitam.

Para garantir a efetividade do remédio, segundo o DoJ (2011), é necessário antes de concluir se o remédio proposto é aceitável, verificar se a atuação do mesmo endereça cada um dos pontos de preocupação com a competição. Segundo o mesmo documento, nesta etapa uma relação estreitamente lógica entre o remédio e a violação alegada deve ser construída, sendo que o remédio deve enquadrar a violação e a teoria ou teorias de prejuízo à competição. Para tanto, o DoJ (2011) utiliza remédios para atos de concentração que envolvem medidas estruturais e comportamentais e, dependendo do caso envolvido, pode precisar de uma combinação dos mesmos.

Segundo o DoJ norte-americana, remédios estruturais geralmente envolvem a venda de ativos físicos pelas firmas envolvidas ou criação de um novo competidor por meio da concessão de licença ou propriedades intelectuais. Tais remédios em muitos casos podem ser de simples administração e de garantia de preservação da competição, sendo que o DoJ (2011) determina que um remédio estrutural deve considerar uma série de fatores sobre os ativos que serão alienados, como por exemplo:

- I. *A alienação deve ser feita de maneira que todos os bens necessários para que o adquirente torne-se um concorrente efetivo de longo-prazo,*

¹¹ Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies. U.S. Department of Justice – Antitrust Division (2011), Disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>. Acesso em 30 de Setembro de 2014

envolvendo capacidade fabril, patentes, meios de distribuição, ou uma combinação destes ativos;

- II. Além disso, existe a possibilidade de se promover a alienação de uma unidade de negócios inteira, preferível muitas vezes pois, além da capacidade instalada e insumos produtivos, a mesma conta com relações pessoais e infra-estrutura gerencial necessárias para a eficiente produção e distribuição do produto, por já estar estabelecida no mercado;*
- III. Há ainda de se considerar os desinvestimentos por ativos intangíveis críticos, os quais devem ser vendidos ou concedidos mediante licença para um ou mais compradores, quando for necessário para a preservação da concorrência.*

Um remédio comportamental, de acordo com o DoJ (2011), geralmente implica disposições que prescrevem certos aspectos de negócios da firma resultante pós-consumação da operação; são considerados valiosos por preservar potenciais eficiências da concentração, ao passo que remedia prejuízos à competição que resultariam da mesma, sendo boas alternativas para lidar tanto com casos de concentrações verticais quanto em casos de concentrações horizontais (normalmente acompanhado de remédios estruturais).

Ainda de acordo com o Doj (2011), tais remédios, assim como os estruturais, precisam endereçar preocupações específicas com a competição, entretanto, independente do remédio, ele não será efetivo se não puder ser executado, portanto, quando as disposições sobre o mesmo são muito vagas ou quando podem ser facilmente mal-interpretadas, o remédio fica aquém de sua finalidade, abrindo espaço para prejuízos à concorrência. Alguns tipos de remédios comportamentais comuns, de acordo com o DoJ Antitruste são:

- I. Disposições Firewall são utilizadas para se evitar que uma integração vertical promova troca de informações que provoquem prejuízos à competição. Por exemplo, se um monopolista faz oferta para adquirir uma das poucas firmas de uma indústria abaixo de seu elo produtivo, o DoJ pode demonstrar receio com a possibilidade de que a troca de*

informações da monopolista com a adquirida facilite a adoção de condutas anticompetitivas;

- II. Disposições sobre não-discriminação são medidas para evitar que, por exemplo no mesmo caso de aquisição de uma das poucas firmas de determinada indústria por um monopolista da indústria do elo produtivo superior, a adquirente passe a oferecer acordos desvantajosos ou até que se recuse a negociar com as firmas competidoras da adquirida;*
- III. Disposições sobre transparência são utilizadas em casos de integração vertical onde o DoJ requiere que a firma pós-concentração torne disponível informações a uma autoridade reguladora, que se não fosse o remédio não seria obrigada a disponibilizá-las. Por exemplo, caso uma empresa de telecomunicações seja obrigada a informar quanto cobra de seus consumidores por aparelhos comercializados, embora a mesma agência não tenha o poder para regular tais preços.*

3.3. Reestruturação do Cade na Nova Lei (nº 12.529, de 2011)

Criado com a Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) recebeu, durante as discussões do projeto de lei e votação da redação final, a alcunha de Conselho – ao invés de Comissão, como no texto original – pois os integrantes do Cade formariam uma “categoria especial, inclusive com garantias e incompatibilidades de membros do Poder Judiciário (CADE, 2012). De acordo com o livro sobre os 50 anos da autarquia, os primeiros anos foram de baixa expressão, fruto do modelo econômico de desenvolvimento do país de controle de preços (incompatível com as leis da livre concorrência), além de decisões do Cade serem frequentemente reformadas pelo Poder Judiciário¹².

Durante a década de 1990, segundo a autarquia, as tentativas de superar o período hiperinflacionário, discursos de liberalização econômica e abertura do mercado

¹² Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1313151be120e079cf72c8>. Acesso em: 21 de Setembro de 2014

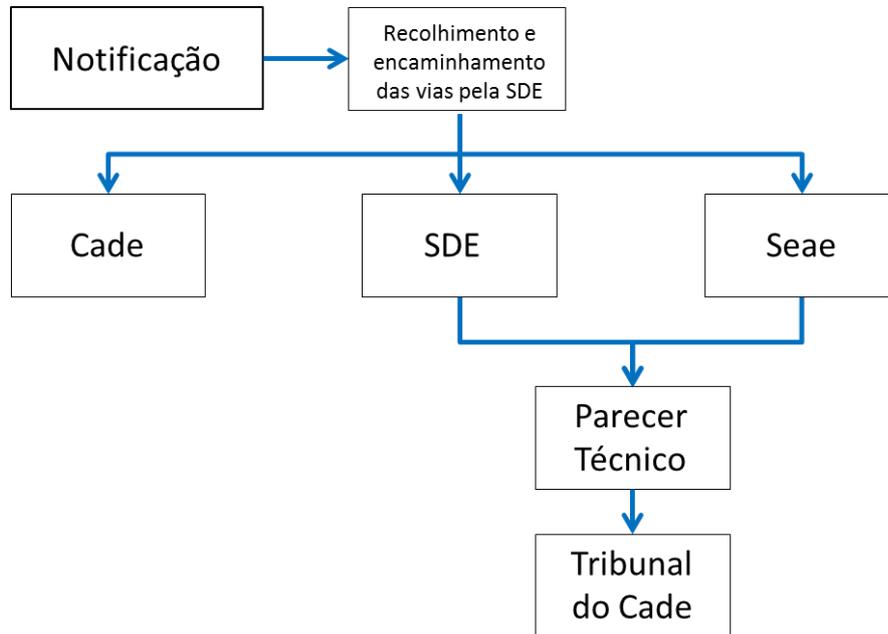
ganhavam força, culminando com a sanção da Lei 8.158, de 8 de Janeiro de 1991, que deu ao Cade a responsabilidade por analisar atos de concentração (adicionou a função preventiva à de coibir condutas anticompetitivas) e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), vinculada ao Ministério da Justiça, e cuja função era:

“apurar e propor medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamentos de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capaz de perturbar ou afetar direta ou indiretamente os mecanismos de formação de preço, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”
(BRASIL, 1991, Art. 1º).

Uma vez que o texto de 1991 não revogava a Lei 4.137/62, Cade e SNDE funcionavam concomitantemente, sendo o primeiro responsável por julgamentos enquanto o segundo era responsável pela instrução de processos (CADE, 2012). Com a Lei 8.884/1994 o Cade foi transformado em autarquia, com autonomia administrativa e orçamento próprio, enquanto a SNDE, passou a ser denominada Secretaria de Direito Econômico, ainda vinculada ao Ministério da Justiça. A criação da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) – órgão atrelado ao Ministério da Fazenda – veio com a Medida Provisória 813 de 1995, e dava à secretaria a responsabilidade de dar assistência e pareceres econômicos nos casos a serem julgados pelo Cade (CADE, 2012).

De acordo com a Lei 8.884/1994, para dar início ao processo de validação do ato de concentração, as empresas envolvidas tinham até 15 dias úteis, contados da realização do ato concentrador, para enviar em três vias toda a documentação à SDE (vinculada ao Ministério da Justiça), a qual ficava com uma via e encaminhava uma para a Seae (vinculada ao Ministério da Fazenda) e a terceira com a Cade – que junto com os dois órgãos formava o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ainda de acordo com esta lei, após receber o parecer técnico de teor econômico da Seae, cabia à SDE elaborar seu parecer de cunho jurídico e encaminhá-los ao plenário do Cade, o qual deveria deliberar sobre o ato, munido dos pareceres de tais órgãos.

Figura 1 – Tramitação de Atos de Concentração sob a Lei 8.884/94



Fonte: Planalto Central - Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1994. Elaboração própria.

Junto ao Cade, as partes poderiam firmar um Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), caso fosse identificada a possibilidade de a operação gerar efeitos deletérios imediatos à concorrência (MONTEIRO, 2012). Esse APRO ocorria pelo fato da notificação de Atos de Concentração não ser prévio. O resultado do processo poderia ser o não conhecimento da operação, a aprovação sem restrições, a aprovação com restrições ou a desaprovação, não cabendo recurso mas, como Lapolla (2011) lembra, além da demora de análise em processos mais complexos e não necessidade de notificação prévia, a impossibilidade de se apelar da decisão tornou comum, em casos de aprovação com restrições ou desaprovação, que as partes envolvidas procurassem o Judiciário na tentativa de reverter as decisões.

Buscando conformidade com as melhores práticas antitruste mundo afora, foi promulgada a Lei 12.529/2011, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, promovendo a simplificação dos órgãos e ampliação da atuação da autarquia. De acordo com Lapolla (2011), além de o Cade incorporar a SDE, passou a contar com o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência Geral (SG), substituindo a SDE – responsável pela análise e aprovação de casos simples e oposição formal perante o Tribunal em operações de elevado potencial lesivo –, o Departamento de Estudos Econômicos

(no lugar da Seae, que passa a atuar na advocacia da concorrência), criando o “super Cade”, do qual fazem parte de forma auxiliar na estrutura a Procuradoria Federal e o Ministério Público Federal.

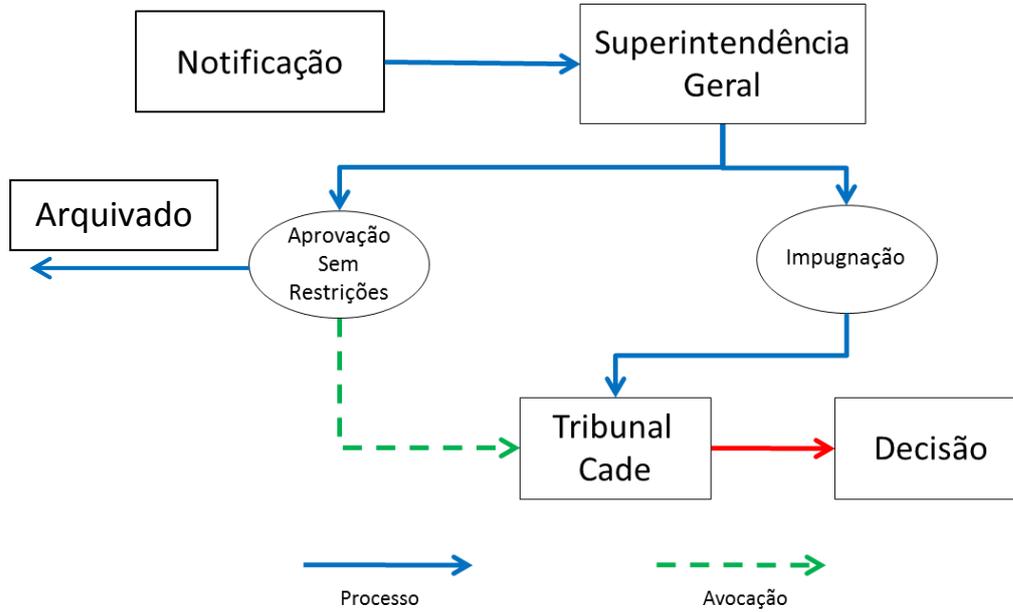
No que concerne aos atos de concentração, este novo sistema aprimorou-se por trazer a necessidade de se submeter à análise prévia os processos notificáveis, ao contrário da lei anterior, que dava até 15 dias úteis da formalização do primeiro documento vinculante para as partes notificarem o Cade. A inexistência de incentivos para que empresas apresentassem previamente a operação para as autoridades antitruste e a demora de análise de tais atos, justificavam o desinteresse das empresas na análise *ex ante*, (MONTEIRO, 2012). Além disso, poderia acarretar dificuldade para o cumprimento da decisão em casos negativos ou condicionados à restrições (LAPOLLA, 2011).

A contrapartida da análise prévia era o argumento de que haveria drástica redução no prazo de análises (máximo de 330 dias) em comparação aos casos que antes se arrastavam por anos – por mais que na Lei 8.884/1994 estabelecesse a aprovação automática dos atos de concentração não apreciados pelo Cade no prazo legal de 120 dias, a própria lei previa a possibilidade de suspensão dos prazos pela expedição de ofícios de informações e pela requisição de documentos (MONTEIRO, 2012). Tais objetivos poderiam ser alcançados por levar ao Tribunal apenas os casos de maior potencial lesivo, deixando a cargo da Superintendência Geral a autonomia para averiguar e aprovar casos simples, ainda na fase de instrução, visando resolver principalmente problemas relacionados à falta de incentivos para que as requerentes buscassem a rápida aprovação do Cade, e às dificuldades de reverter atos de concentração já consumados (MONTEIRO, 2012). Dessa forma, houve o fortalecimento da atuação preventiva da autarquia.

Nesta nova estrutura, a Superintendência-Geral, após instruções complementares quando necessárias (casos que demandem avaliações complementares, por exemplo), profere sua decisão acerca do ato de concentração, podendo impugná-lo (no caso, quando recomenda que deva ser barrado ou aprovado mediante restrições) perante o Tribunal do Cade ou aprová-lo sem restrições. Esta última possibilidade pode levantar dúvidas quanto ao excesso de poder ainda nesta etapa do processo, entretanto, como salienta Leal (2012), o texto aprovado parece ter ferramental apropriado e suficiente, uma vez que as decisões de aprovação pelo superintendente podem ser revistas pelo Tribunal, seja por recurso de qualquer

terceiro interessado (inclusive por agências reguladoras), seja por iniciativa de um dos conselheiros (avocação)¹³.

Figura 2 – Tramitação de Atos de Concentração sob a Lei 12.529/11



Fonte: Planalto Central - Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Elaboração própria.

Houve um esforço para que a lei 12.529 trouxesse uma definição de ato de concentração menos subjetiva, que aplica-se aos casos com maior propensão lesiva à concorrência, em relação à definição demasiado abrangente do texto de 1994, tratando em sua nova e mais concisa descrição o ato de concentração como a situação em que, segundo parágrafo único do artigo 90 da lei 12.529:

- I. *Duas ou mais empresas anteriormente se fundem;*
- II. *Uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em*

¹³ É um termo do Direito para quando, com permissão do interesse público, um órgão superior evoca uma atribuição de um órgão inferior.

ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma outra empresa;

III. Uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV. Duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Segundo Farina e Tito (2012) esta redefinição ajuda a eliminar a subjetividade quanto à operação – que antes a retratava como atos que pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes –, com o intuito de restringir o número de transações notificadas com probabilidade muito pequena de afetar negativamente a concorrência. Somado a este ponto, destaca-se a alteração na necessidade de se submeter o ato de concentração à apreciação do Cade passou a ser, de maneira mais objetiva, na Lei nº 12.529/2011, apenas nos casos em que o ato de concentração, cumulativamente:

- I. pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);*
- II. pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais);*

Tais valores foram posteriormente atualizados pela portaria interministerial de 2012, passando a ser, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)¹⁴.

¹⁴ Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Portaria Interministerial nº- 994, de 30 de Maio de 2012. Disponível em: <http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf> . Acesso em: 29 de Maio de 2014

4. METODOLOGIA

Levando-se em conta que apesar da literatura antitruste ter vasta extensão, a aprovação da lei que alterou as estruturas da regulação concorrencial no Brasil e criou o “super Cade” é ainda recente e seus efeitos ainda pouco conhecidos. Os estudos realizados até então sobre tais efeitos da transição tratam o tema ainda com ressalvas, através da compilação da literatura especializada na tentativa de antever os resultados desta mudança.

Dentro deste contexto, este estudo abordará o tema de forma exploratória, uma vez que este tipo de análise se mostra competente para desenvolver, esclarecer e modificar ideias, tendo em vista formação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores (GIL, 2008).

Como ressaltado por Gil (2008), este método é apropriado para tentar proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato (mudança no *modus operandi* da estrutura antitruste brasileira), revendo os pontos relevantes acerca da análise antitruste, além das análises prévias feitas por estudiosos especializados neste assunto.

O produto final deste trabalho é fomentar a discussão sobre o que se propõe atingir e o que de fato foi atingido com a aprovação da Lei 12.529/2011 e, para tanto, serão utilizados relatórios de exercício institucional, livros, artigos e sites especializados (do Cade e da SEAE) como suporte para o desenvolvimento do estudo.

5. RESULTADOS

Nesta parte do estudo são expostos o atual momento das práticas antitruste no Brasil e sua evolução nos anos recentes no que tange os Atos de Concentração, expondo a quantidade de processos submetidos ao Tribunal de Cade antes e depois da implementação da Lei 12.529/2011, retratando como a nova dinâmica reduz a necessidade de o Plenário avaliar sobre questões de baixo potencial lesivo à concorrência, permitindo maior celeridade nestes processos.

Além disso, será exposto o tipo de rito seguido pelos julgamentos do Tribunal, assim como o papel da Superintendência Geral neste novo contexto, a qual faz a primeira análise ainda na fase de instrução, autorizando a aprovação dos casos onde há baixo potencial lesivo (a maioria dos casos notificados à autarquia), levando ao Plenário apenas casos impugnados (decisões contrárias ao ato ou declaração de complexidade) pela Superintendência-Geral, ou advogados (pedido de revisão da aprovação pela SG com base no interesse de terceiros) por conselheiros do Tribunal, estimulando na agilização de processos simples para se atingir prazos menores nas decisões da autarquia. Subsequentemente avaliam-se as decisões tomadas pela entidade em Atos de Concentração julgados sob a égide da nova lei, com enfoque nas aprovações com restrições e seus argumentos econômicos.

5.1. Evolução da Quantidade de Processos e Prazos de Análises

Nos últimos anos houve uma evolução na quantidade de atos de concentração julgados pelo Cade assim como no tempo de tramitação destes processos dentro da autarquia, refletindo a clara mudança de padrão ocorrida, fruto dos avanços promovidos pela nova lei da concorrência.

Nos dez anos anteriores à implementação da lei que criou o “super Cade” (2002 à 2011) – período no qual a entidade ainda não fazia análise prévia dos atos e os requisitos para notificação junto à entidade eram diferentes dos adicionados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012 – foram julgados pelo Plenário, em média, 565 atos de concentração por ano, enquanto nos anos seguintes, a estrutura do Tribunal passou a se debruçar apenas sobre casos que demandavam o Plenário (advogados, impugnados, complexos).

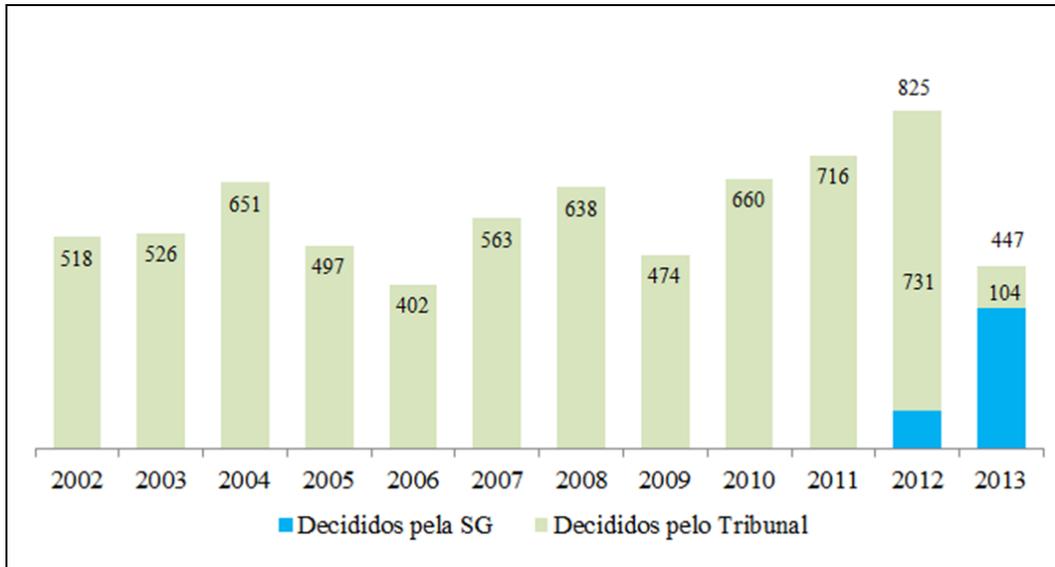
Como pode ser verificada na figura 3, apesar da adoção da nova lei no ano de 2012, a quantidade de processos julgados pelo Cade manteve-se no mesmo patamar elevado de anos anteriores, entretanto, como levantado no relatório do Cade de 2013, este número reflete o elevado estoque de atos de concentração ainda por serem julgados sob a égide da Lei nº 8.884 de 1994, os quais eram submetidos à apreciação do Tribunal, por mais que apresentassem baixo potencial lesivo¹⁵.

Há de se ressaltar que, em decorrência da inovação trazida pela nova lei, que exige análise prévia pela autarquia antes de o ato ser consumado, houve uma corrida por parte de agentes econômicos para que suas operações vinculantes fossem reconhecidas pela Lei 8.884/1994, de maneira que o Cade recebeu 141 notificações de atos de concentração até o dia 28 de maio de 2012 e protocolados junto ao órgão antitruste até o dia 19 de junho do mesmo ano¹⁶. Contudo, mediante esforços da entidade para eliminar tal estoque de atos de concentração, esta quantidade de atos notificados ainda por serem julgados sob a lei antiga caiu drasticamente entre os anos de 2012 e 2013, deixando à cargo do Tribunal apenas os casos que realmente demandavam a apreciação do Plenário.

Fora exposto no mesmo levantamento de 2013 da autarquia que, dos 382 atos de concentração em estoque quando a nova lei entrou em vigor em Maio de 2012, apenas 17 ficaram pendente de avaliação ao final do exercício daquele ano, uma vez que, como ressalta a própria entidade, tais processos além de possuírem maior grau de complexidade, apresentam ligação com outros processos ou dependem de parecer de agência reguladora.

¹⁵ Cade – Relatório de Gestão do Exercício de 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?42e225eb30ee31095be1>. Acesso em: 21 de Setembro de 2014

¹⁶ Disponível em: http://www.mouratavares.adv.br/v1/index.php?option=com_content&view=article&id=1897:cade-recebe-141-notificacoes-e-dois-casos-estao-sob-nova-lei&catid=49:clipping-diario&Itemid=73. Acesso em: 15 de Novembro de 2014

Figura 3 - Quantidade de Atos de Concentração julgados pelo Cade

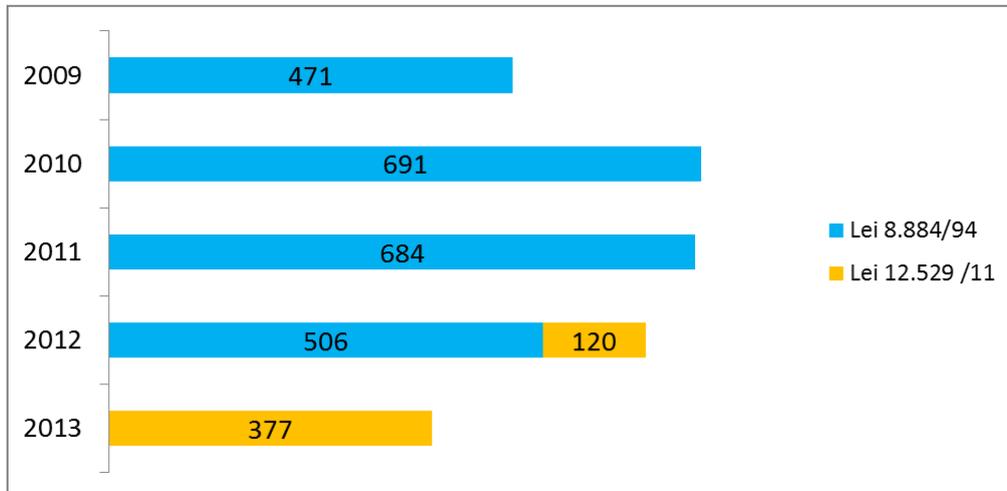
Fonte: Cade – Relatórios de Gestão do Exercício e Balanços de 2012 e 2013. Elaboração própria.

Nota: A queda verificada entre os anos de 2012 e 2013 reflete a atuação da SG, que passa a julgar e aprovar casos de baixo potencial lesivo, levando ao Tribunal apenas casos impugnados ou avocados.

Observa-se na figura 3 que a quantidade de processos distribuídos e julgados pelo Tribunal caiu drasticamente (de 731 no ano de 2012 para 104 no ano de 2013), favorecendo a expectativa de que a nova lei destinasse os recursos do Plenário para os casos de maior complexidade, fruto da nova estrutura que destina os casos para apreciação inicial pela Superintendência-Geral (a qual decidiu 343 casos no ano de 2013), para apenas em casos onde o ato é avocado ou impugnado, ser conduzido ao Tribunal.

Importantes avanços foram feitos para que o texto da nova lei promovesse melhoras à autarquia e seus processos, afim de se modernizar a estrutura antitruste no Brasil, ampliando as opções para a solução de problemas concorrenciais e, em muitos aspectos, eleva a probabilidade de ganhos de eficiência e eficácia (FARINA e TITO, 2012).

As alterações promovidas pela nova lei quanto aos critérios de notificação do Ato de Concentração, tiveram como efeito imediato a diminuição do número de atos notificados, como levantado no balanço do Cade de 2013. Uma vez que a quantidade de notificações de atos de concentração apresentava em média 667 notificações entre os anos de 2010 e 2012, a queda no número de processos notificáveis reduziu-se substancialmente, como pode ser visto na figura 4.

Figura 4 – Evolução na Quantidade de Atos de Concentração Notificados

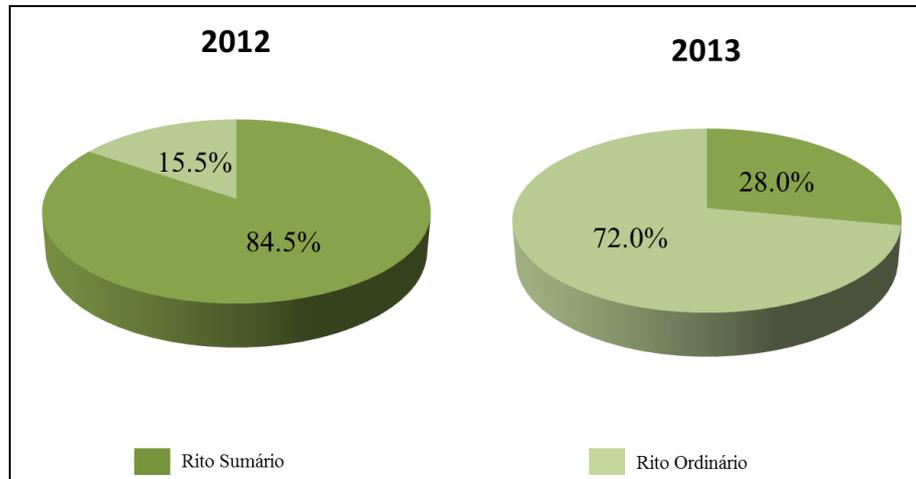
Fonte: Cade – Balanço 2013.

Com a nova lei foi possível agilizar processos, dando maior autonomia para a Superintendência Geral avaliar e decidir sobre o ato de concentração que não acarretam prejuízos econômicos sem que a necessidade de apreciação pelo Tribunal, ainda na fase de instrução (CADE, 2013). Segundo o relatório consolidado do Cade de 2013, esta mudança fez com que a quantidade de ritos sumários¹⁷ julgados pelo Plenário do Cade fosse inferior aos de rito ordinário (casos mais complexos), ao contrário do que foi verificado em anos anteriores, alocando, dessa forma, recursos do Plenário para os casos que têm a maior probabilidade de afetar negativamente o funcionamento dos mercados, corroborando com a tese de que a nova lei permite a elevação da eficácia do controle sobre atos de concentração (FARINA e TITO, 2012) ao permitir que as energias do Tribunal fossem direcionadas aos casos excepcionais.

Como pode ser observado na figura 4, com a nova estrutura organizacional do Cade - que permite que atos de baixo potencial lesivo sejam aprovados ainda na fase de instrução pela Superintendência Geral - o Plenário foi utilizado apenas para julgamento de atos que apresentavam alto grau de complexidade ou elevado potencial lesivo à concorrência, os quais seguem, em sua maioria, o rito ordinário.

¹⁷ Segundo a autoridade antitruste, o Procedimento Sumário consiste num método simplificado, aplicado nas categorias de operação que não tendem a gerar condições para o exercício do poder de mercado, sendo sua escolha feita a critério do CADE, com base na experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Figura 5 - Julgamento de atos de concentração pelo Plenário – tipo de rito



Fonte: Cade – Relatórios de Gestão do Exercício de 2012 e 2013.

Nota: No ano de 2013 houve um esforço da autarquia para eliminar o estoque de atos de concentração sob a lei anterior, fazendo com que dos 104 processos julgados pelo plenário, a maioria fossem casos complexos, remanescentes da lei anterior.

Com a eliminação da necessidade dos pareceres da SEAE e SDE, juntamente da implementação do controle prévio, visando a celeridade da análise, ocorreram incentivos para que as partes colaborem com as autoridades, disponibilizando informações suficientes e de qualidade afim de que o ato seja apreciado o mais rapidamente possível com o intuito de que em casos onde haja ausência de potencial lesivo, a operação seja aprovada pela Superintendência Geral, sem necessidade de instrução complementar, incentivando partes e autoridades a fazerem melhor uso de seus recursos humanos e financeiros, melhorando a eficiência geral do sistema (FARINA E TITO, 2012).

Em relação à média de tempo de análise, o relatório do Cade 2013 destaca que a média dos 104 atos de concentração julgados pelo Plenário da autarquia sob a nova lei foi de 280 dias corridos para os sumários e 420 dias para os ordinários. Frente aos números obtidos no ano anterior – quando a média de tempo de análise foi de 58 dias para o sumário e 165 dias para os ordinários – o tempo de análise pode parecer ter crescido exageradamente, entretanto, como salienta o relatório de 2013, 97 destes 104 processos correspondem aos casos remanescentes da Lei nº 8.884/1994, dos quais a maior parte seguiu o rito ordinário.

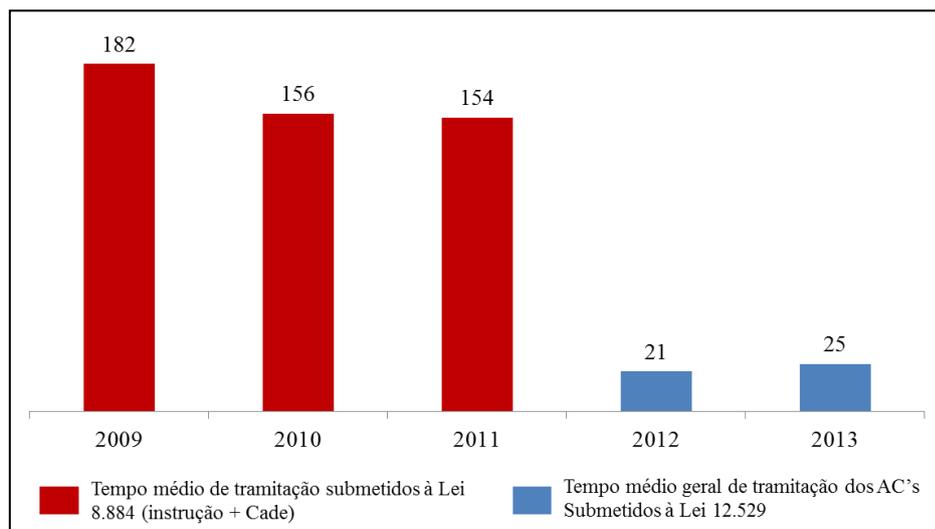
Com o advento do julgamento de atos concentradores mais simples pela Superintendência Geral pela nova lei, no ano de 2012, dos 114 atos apreciados pela SG, o tempo médio de tramitação destes processos foi de 19 dias corridos para os sumários e 48 dias

para os ordinários, enquanto que no ano de 2013 dos 351 processos analisados nesta etapa, os mesmos procedimentos levaram em média 19 dias os sumários e 66 dias os ordinários (CADE, 2013).

Esta evolução sintetiza a modernização na gestão dos processos por parte da autarquia, pois comparando-se com o tempo médio de tramitação nos anos anteriores, contando a fase de instrução e a avaliação pelo Cade, demonstrava patamares substancialmente maiores, exemplificando a agilidade necessária para que o Plenário pudesse avaliar com maior poderio atos potencialmente lesivos, enquanto operações simples pudessem ser consumadas de maneira mais dinâmica.

Como pode ser observado na figura 6, a maior celeridade obtida fica visível quando confrontamos o tempo médio de tramitação dos atos submetidos à Lei nº 8.884/1994, com os atos julgados pela Superintendência-Geral, no novo processo advindo da Lei nº 12.529/2011. Os atos anteriormente, entre tempo de instrução e decisão pelo Cade, demoravam em média 164 dias entre os anos de 2009 e 2011, enquanto, os atos julgados pela Superintendência-Geral nos dois anos seguintes tiveram em média 23 dias de tramitação. Porém, ressalta-se que essa média de 164 dias não leva em conta as interrupções do prazo de análise dos atos de concentração via ofícios para solicitação de informações adicionais na instrução dos casos; então se considerasse o prazo dessas suspensões (tempo de resposta dados aos ofícios encaminhados) essa média seria muito maior.

Figura 6 - Tempo médio de tramitação de Atos de Concentração (em dias)



Fonte: Cade – Relatório de Gestão do Exercício de 2013.

Nota: Neste gráfico, nos anos de 2012 e 2013, constam apenas os atos de concentração decididos pela Superintendência-Geral.

5.2. Tipos de Remédios Antitrustes Adotados

A relação de processos que tinham seus méritos conhecidos pelo Tribunal do Cade tinha como característica a enorme parcela de atos aprovados sem restrições, entretanto, com a implementação da nova lei e subsequente otimização de processos com casos simples sendo definidos ainda na fase de instrução pela Superintendência Geral, esta relação vem se alterando, principalmente pela redução drástica de processos que chegam ao plenário. Entre os anos de 2008 e 2012, os casos julgados pelo Plenário que resultavam em aprovação sem restrição, representavam em média 93,8% dos processos, mas no ano de 2013, esta proporção caiu, de forma que dos 104 processos que chegaram ao Tribunal, apenas 50 foram aprovados sem restrições.

Esta informação denota como os casos de maior potencial lesivo, ou seja, os que provavelmente serão barrados ou envolverão medidas restritivas, passam a ter maior presença nas decisões tomadas pelo Plenário do Cade, reservando os de maior simplicidade e que necessitam de maior celeridade aos cuidados da Superintendência-Geral.

Quadro 1 - Tipos de decisões tomadas pelo Tribunal sobre Atos de Concentração sob as leis 8.884/1994 e 12.529/2011

	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Julgados pelo Cade	638	474	660	716	825	447
Apreciados pelo Tribunal do Cade	638	474	660	716	731	104
Conhecidos	609	457	615	695	712	100
Não Conhecidos	18	11	30	13	10	2
Desistência	11	6	15	8	9	2
Aprovados sem restrições <i>Participação %</i>	550 90,3%	437 95,6%	588 95,6%	649 93,4%	670 94,1%	387 88,6%
Aprovados com restrições <i>Participação %</i>	58 9,5%	19 4,2%	27 4,4%	48 6,9%	39 5,5%	47 10,8%
Reprovados <i>Participação %</i>	1 0,2%	1 0,2%	1 0,2%	0 0%	3 0,4%	3 0,7%

Fonte: Cade – Relatórios de Gestão do Exercício de 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 e 2013. Elaboração própria.

Nota: No quadro as porcentagens são relacionadas ao total conhecido, portanto, no ano de 2013 são relacionados ao total aprovado sem restrições pela SG (337) mais o total conhecido pelo Tribunal (100).

Como já abordado anteriormente, nos anos de 2012 e 2013 a autarquia promoveu ações para a eliminação do estoque de processos por serem julgados ainda sob a lei antiga, visando melhorias futuras:

“Entretanto, como se pode verificar pelos números expostos no quadro referente à ação ‘Instrução e Julgamento de Atos de Concentração e Processos Administrativos’, as mudanças implementadas pela mencionada lei ainda não tiveram o condão de afetar o cumprimento da meta. Esse fato se dá em razão do estoque de atos de concentração submetidos sob a égide da Lei nº 8.884, de 1994, e de processos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica pendentes de julgamento. Contudo, é provável que a tônica seja alterada nos próximos anos, uma vez que o Cade tem feito um esforço crescente para diminuir o estoque de processos administrativos pendentes de julgamento.” (CADE, 2013 p 56).

Neste contexto, dos 86 atos aprovados com restrições nos anos de 2012 e 2013, apenas 5 foram julgados pela nova lei (12.529/2011); destes processos, 3 envolveram adequação da cláusula de não concorrência, que representa um condicionante de cunho jurídico portanto, fora do escopo deste estudo. Além destes processos aprovados sob restrições, todos os 6 processos reprovados nestes dois anos, foram julgados sob a lei antiga (8.884/94).

Entre o ano de 2012 e Novembro de 2014, como pode ser visto no quadro 2, apenas 9 atos foram aprovados com restrições pela nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência sob argumentos econômicos (2 em 2013 e 7 em 2014). As indústrias envolvidas pertencem aos mais variados segmentos: telecomunicações, sementes licenciadas, derivados de pasta celulósica, instituições de ensino, serviços ligados à saúde, abate e comercialização de carne, produção e comercialização produtos químicos, demonstrando como as decisões do Tribunal influenciam diretamente diversos setores sociais e encadeamentos produtivos.

Quadro 2 – Atos de concentração aprovados com restrição sob a lei 12.529/2011 por setores de atividades em 2013 e 2014

Código do Processo	Setor de Atuação	Ano
08700.006437/2012-13	Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente	2013
08700.004957/2013-72	Produção de sementes licenciadas	2013
08700.009882/2012-35	Fabricação de produtos de pastas celulósicas, papel, cartolina, papel-cartão e papelão ondulado não especificados anteriormente	2014
08700.005447/2013-12	Graduação e Pós Graduação presencial e à distância	2014
08700.009198/2013-34	Graduação e Pós Graduação presencial e à distância	2014
08700.002372/2014-07	Mercado de prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica	2014
08700.010688/2013-83	Abate e comercialização de carne bovina e derivados	2014
08700.000658/2014-40	Abate e comercialização de carne bovina e derivados	2014
08700.009924/2013-19	Produção e comercialização de monômero de estireno e de poliestireno e seus derivados.	2014

Fonte: Cade – Relatório de Gestão do Exercício de 2013 e Sessões Ordinárias de Julgamento 22, 36, 43, 46, 49, 50 e 51. Elaboração própria.

Nota: Não estão considerados os casos aprovados com restrições devido à cláusula de não concorrência.

Dos processos que envolveram utilização de remédios, foi constatado em 2 deles a aplicação de remédios mistos (medidas estruturais e comportamentais), enquanto em outros 4 processos foram utilizados remédios puramente comportamentais e nos 3 restantes remédios puramente estruturais. Mendonça e Pitelli (2012) constataram que no período de 1995 a 2011 foram implementados 54 acordos em fusões, sendo que 41 destes resultaram em remédio puramente comportamental (76% dos casos), 5 destes resultaram em remédio puramente estrutural (9% dos casos) e 8 destes representaram remédio estrutural/comportamental (15% dos casos).

Apesar de ainda a quantidade de casos julgados sob a nova lei não ser capaz de dar suporte a uma inferência mais contundente, verifica-se na nova lei uma tendência de maior presença de remédios puramente estruturais, pois como já fora exposto, há certo consenso de que estes remédios, por não exigirem fiscalização, resolverem de maneira definitiva preocupações concorrenciais e de serem mais facilmente adotados no regime de análise prévia, provavelmente terão maior presença nas decisões da autarquia.

5.2.1. Sobre as Medidas Estruturais

As medidas estruturais compreenderam: i) o setor de telecomunicações, em mercados mundiais; ii) o setor de fabricação de produtos a partir de pasta celulósica; e iii) o setor de abate e comercialização de carne bovina e derivados (vide o quadro 3 no anexo I).

A seguir são descritos brevemente os casos com base no Acordos em Controle de Concentrações nº 08700.001824/2013-44 referente ao ato de concentração nº 08700.006437/2012-13; o voto da Conselheira Relatora Ana Frazão referente ao ato de concentração nº 08700.009882/2012-35; além do Acordo em Controle de Concentrações nº 08700.005414/2014-53 referente ao ato de concentração nº 08700.000658/2014-40.

Os dois primeiros casos, que envolviam grandes conglomerados multinacionais e foram negociados em âmbito mundial, suscitaram preocupações concorrenciais tanto pela autoridade brasileira como pela europeia – que trabalharam em regime de cooperação nestes casos – sobretudo devido às elevadas barreiras à entrada e em mercados específicos e a baixa rivalidade nos mesmos. Em ambos processos as Requerentes propuseram soluções estruturais para afastar tais preocupações concorrenciais, soluções estas que contemplavam a alienação de ativos fora do Brasil para terceiros, de maneira que o novo *player* adquirisse um negócio pronto para rivalizar com a firma pós-concentração. Nestes casos constatam-se contribuições significativas advindas tanto da nova lei – a necessidade de apreciação prévia torna mais simples a aplicação de medidas estruturais no estágio pré-consumação – como de iniciativas recentes da autoridade brasileira, de trabalhar em maior cooperação com autoridades antitruste estrangeiras, mentalidade imprescindível no atual momento econômico de arranjos cada vez mais dinâmicos e efeitos globais imediatos.

O terceiro caso, que tinha em uma das requerentes um dos casos mais complicados julgados pela autarquia – que culminou com na formação da BRF – julgou a aquisição de unidades fabris da BRF pela Minerva S.A.¹⁸. como potencialmente pró-competitiva por fazer com que a Minerva pudesse competir de maneira acirrada no mercado de carne bovina. Entretanto, em mercados específicos de alimentos processados, onde a BRF já possui parcelas substancialmente elevadas de mercado, foram encontradas preocupações

¹⁸ Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18. Envolvidos: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Julgado em 15 de Julho de 2011. Disponível em: <<http://cade.gov.br/Default.aspx?240417e120f5081cf426f356ee>> Acesso em: 16 de Novembro de 2014.

concorrenciais, uma vez que a operação faz com que a BRF tenha participação acionária na adquirente, incentivando as Requerentes ao alinhamento estratégico não apenas em relação horizontal, mas também pela integração vertical. Para resolver tais preocupações concorrenciais as requerentes comprometeram-se a adotar medidas estruturais para reverter a ausência de condições à entrada e rivalidade em mercados específicos de alimentos processados e eliminar qualquer influência da BRF nas tomadas de decisão pela Minerva (vide quadro 3 no anexo I).

5.2.2. Sobre as Medidas Comportamentais

As medidas comportamentais atingiram as indústrias ligadas a: i) produção de sementes licenciadas; ii) instituições de graduação e pós graduação presenciais e à distância e cursos livres; iii) prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica; e iv) produção e comercialização de monômero de estireno e de poliestireno e seus derivados (vide o quadro 4 no anexo II). Tais processos além de envolverem diversas indústrias, foram usadas para sanar preocupações concorrenciais variadas, como: possibilidade de influência nas decisões da adquirente de licença tecnológica, possibilidade de exercício de poder de mercado em determinados mercados de graduação e pós-graduação, possibilidade de exercício de poder de mercado, além de medidas para mitigar a união dos dois principais *players* que ao final formaria um duopólio.

No processo relacionado à concessão de licença sobre sementes licenciadas, entre Monsanto e Bayer, num primeiro momento a Superintendência-Geral julgou o ato como isento de preocupações concorrenciais e recomendou sua aprovação sem restrições¹⁹. Todavia, mediante provocação de um dos Conselheiros, o ato foi avocado para apreciação pelo Tribunal e, nas palavras do conselheiro relator do caso:

“entendo que a que a decisão sobre o conhecimento da presente operação, bem como de quaisquer outros contratos de transferência de tecnologia, depende de considerações mais aprofundadas de ordem concorrencial sobre o mercado

¹⁹ Parecer nº 171 da Superintendência-Geral

concreto em análise, sobre o instrumento contratual específico...” (voto do Conselheiro Relator, 2014, p4)²⁰.

Foram constatadas diversas cláusulas no contrato de licenciamento para aquisição, teste e produção de determinada semente patentada, que permitiam à Monsanto interferir nas decisões da Bayer no mercado de soja, alterando as relações de incentivo a novos ofertantes no mercado de sementes licenciadas, que já possui elevadas barreiras à entrada. Para autorizar a operação, a autoridade exigiu a retirada das cláusulas que exerciam tais distorções e promoviam influência da Monsanto sobre as decisões da Bayer neste mercado (vide o quadro 4 no anexo II).

No caso referente a instituições de ensino, a Estácio Participações S.A. executou a aquisição da totalidade das quotas representativas do capital social da TCA Investimentos em Participações, empresa do Grupo SEB, que atua na prestação de serviços de ensino em diversos segmentos (básico, bilíngue, pré-vestibular, superior, entre outras), por meio de suas controladas²¹. Após segmentar o mercado de acordo com a dimensão geográfica e de produto, mais apropriadas para avaliar as sobreposições horizontais (graduação e pós-graduação presenciais e à distância, além de cursos de extensão livre), a autarquia encontrou possibilidade de exercício de poder de mercado em 20 mercados e 9 municípios diferentes. Ainda assim, a Superintendência-Geral argumenta que apesar da aquisição, a Estácio ainda continuaria muito inferior às líderes (Kroton e Anhanguera), mas passaria a atuar com maior escala e capilaridade, aumentando a capacidade de contestação de mercado, o que poderia resultar em benefícios ao consumidor. Tendo este embasamento, o Tribunal julgou necessária a aplicação de medidas comportamentais pontuais para resolver as preocupações concorrenciais citadas acima, ditando que a adquirente deveria limitar a captação de novos alunos nos mercados preocupantes durante o período equivalente a quatro semestres letivos, iniciando-se no segundo semestre de 2014.

²⁰ Ato de Concentração nº 08700.004957/2013-72. Envolvidos: Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A. . Julgado em 22 de Janeiro de 2014. Disponível em <http://cade.gov.br/Default.aspx?f536c95ea47a8c67b96bb694ac>. Acesso em: 13 de Setembro de 2014

²¹ Relatório referente ao ato de concentração nº 08700.009198/2013-34

Referente ao caso relacionado mercado de prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica²², a Cromossomo Participações II S.A. adquiriu 48,35% do capital social da DASA (empresa da qual já possuíam 23,59% do capital social), num processo que já havia sido julgado pelo Cade recentemente²³. Considerando que as condições de mercado já haviam sido avaliadas neste ato bastante recente e um Termo Compromisso de Desempenho já havia sido firmado entre as compromissárias e a autarquia, o Cade apenas reafirmou as disposições comportamentais presentes neste termo, de que as compromissárias seriam proibidas de realizar fusão, aquisição ou acordo associativo pelos próximos anos em serviços específicos dos municípios fluminenses, paulistas, paranaenses, pois nestes mercados as compromissárias já teriam parcelas elevadas de participação.

No caso envolvendo Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Innova S.A., no setor de produção e comercialização de monômero de estireno e de poliestireno e seus derivados, a autarquia identificou sobreposições horizontais na produção de poliestireno e integração vertical com o mercado de monômero de estireno, matéria-prima na fabricação do primeiro, além de outras integrações verticais²⁴. Apesar dos ganhos em eficiência, determinados mercados passariam a ser formados por um duopólio onde o repasse de preço, fruto da redução do custo marginal, seria apenas uma possibilidade. Diante deste cenário, a autarquia exigiu das compromissárias, entre outras medidas, manter o volume produzido de poliestireno, por determinado período,, comprometimento em licenciar, de maneira não exclusiva e gratuita, patentes específicas, investimento em P&D, apresentação de plano de repasse das eficiências aos consumidores²⁵

²² Voto do Conselheiro Relator referente ao Ato de Concentração nº 08700.002372/2014-07

²³ Ato de Concentração nº 08012.010038/2010-43. Envolvidos: Diagnósticos da América S.A. (DASA) e MD1 Diagnósticos S.A.. Julgado em: 4 de Dezembro de 2013. Disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?2c0c1fe928fd10e43fd05cfe51>. Acesso em: 13 de Novembro de 2014

²⁴ Voto do Conselheiro Relator referente ao Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19

²⁵ Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19. Envolvidos: Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Innova S.A.. Julgado em: 1 de Outubro de 2014. Disponível em: <http://cade.gov.br/Default.aspx?2e0ee136fc12e43fd143ce6bc5>. Acesso em: 1 de Novembro de 2014

5.2.3. Sobre os remédios mistos

Os casos julgados com aplicação de remédios mistos, casos onde apenas medidas estruturais ou comportamentais não afastavam as preocupações concorrenciais foram apenas dois, mas de indústrias muito diferentes. Enquanto um refere-se ao provimento de serviços em graduação e pós-graduação presencial e à distância, o segundo trata da indústria ligada ao abate e comercialização de carne (vide quadro 5 no avexo III).

O primeiro processo envolvia dois dos maiores *players* no mercado de serviços educacionais ligados ao ensino superior, Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Participações S.A.²⁶. Ainda no período do instrução, a Superintendência-Geral conduziu minucioso estudo sobre a determinação de mercado relevante e a dimensão produto, pois os serviços envolviam abrangência nacional (ensino à distância) e local (ensino presencial) e ao final do mesmo, concluiu que determinadas localidades e cursos específicos apresentavam problemas concorrenciais. A autarquia deliberou sobre o caso e decidiu por medidas estruturais e comportamentais para sanar possíveis problemas concorrenciais, exigindo das compromissárias a alienação de uma controlada que atua no mercado nacional de ensino à distância (medida estrutural), enquanto onde ocorreram problemas locais em cursos específicos, a requerente com maior parcela de mercado comprometeu-se a não ofertar vagas por tempo razoável, enquanto a outra não expande suas vagas.

No segundo processo onde foram aplicadas medidas corretiva de ambas características estava presente entre as requerentes um dos pilares em um recente ato concentrador que resultou num dos maiores *players* na indústria de abate e comercialização de carne mundial, a JBS S.A.. De acordo com o relatório do Cade, na operação a JBS buscava a aquisição de unidades fabris de abate da Rodopa, como parte da onda de investimentos realizados pela empresa, promovendo a expansão do grupo JBS. Apesar de as requerentes sustentarem que a operação não representava aquisição de concorrente, mas apenas pequeno aumento da capacidade instalada, a Superintendência-Geral conduziu estudo para avaliar as questões envolvidas de maneira mais profunda, no qual barreiras à entrada e baixo grau de rivalidade foram encontrados em determinados mercados. O Tribunal considerou que, apesar de a operação trazer heterogeneidade à um mercado majoritariamente homogêneo (carne *in natura*), com a expansão do conceito de “carne de marca” com a marca Friboi, associando à

²⁶ Voto do Conselheiro Relator referente ao Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12

ela um diferencial de qualidade, pode gerar prejuízos concorrenciais, pois a possibilidade de cobrar sobrepreço em seus produtos Friboi, pode acarretar na possibilidade de a empresa poder pagar sobrepreço em gado de corte, prejudicando os menores *players*. Segundo o voto do relator, esta operação é impactante sobretudo no modelo de negócio no ramo de frigoríficos, pois a JBS passa a atuar sozinha num ramo de negócio em que quase a totalidade dos outros frigoríficos não atua, nem conseguiria num intervalo de anos. Diante destas considerações, o Cade condicionou a aprovação a alienação de determinadas marcas e unidades fabris em determinadas localidades pela Rodopa, além de a JBS ser obrigada a manter em funcionamento as unidades adquiridas com eficiência média em relação aos períodos recentes, além de ser proibida de realizar novas aquisições/arrendamentos em localidades onde tenha participação superior a determinado percentual.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência recebeu um importante reforço com a implementação da Lei 12.529 em 2011, reformulando as estruturas existentes para avaliar as decisões dos agentes econômicos e o impacto de suas decisões sobre a sociedade. Neste contexto criou-se o “super Cade”, um órgão capaz de, entre outras responsabilidades, deliberar sobre processos concentradores – os atos de concentração – não mais à posteriori, mas agora de maneira prévia, tarefa básica para poder cumprir com seu dever preventivo em condutas anticompetitivas.

Ao avaliar-se atos de concentração diversas variáveis são levadas em conta pela autoridade antitruste, como poder de mercado, mercado relevante, barreiras à entrada, grau de rivalidade, resultado líquido de eficiências, por meio de um guia de análise de atos de concentração horizontal. Cada ato é verificado pelos passos deste guia de maneira lógica até o ponto em que, se após toda a avaliação o processo ainda apresentar preocupações concorrenciais (saldo de eficiências não positivo), o mesmo pode ser aprovado, a partir da adoção de remédios que afastem estas preocupações ou, na ausência de um remédio adequado, ser barrado.

Com a nova lei e consequente simplificação de processos, havia a expectativa de que as partes promovessem maior colaboração com o Cade, aumentando a eficácia das decisões do órgão em troca de decisões mais céleres, em consonância com autoridades antitruste internacionais. A autarquia não apenas passou a deliberar sobre casos mais simples de maneira mais dinâmica, a partir de eficiências promovidas pelas decisões realizadas pela Superintendência-Geral, como passou a destinar ao Plenário apenas casos mais complexos – maioria passível de restrições – e com elevado potencial lesivo à concorrência.

Apesar de a quantidade de casos aprovados com restrição sob a égide da Lei 12.529/2011 ainda ser baixa e sua maioria fora do Brasil, é possível notar a uma presença substancial de remédios estruturais – que tanto do ponto de vista da legislação brasileira,

como de autoridades internacionais, mostram-se preferíveis pela não exigência de fiscalização e endereçamento pontual sobre determinada preocupação competitiva – corroborando a expectativa de que tais medidas fossem mais adotadas com a análise prévia de atos de concentração. Todavia ainda é cedo para avaliar o efeito desta nova lei sobre as decisões do Cade, sendo este estudo base para análises futuras, com bases mais robustas de atos aprovados com restrição, traçar uma análise mais profunda do conjunto de decisões da autarquia.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- PINDYCK , Robert S. ; RUBINFELD , Daniel L. . **Microeconomia** . Tradução: Eleutério Prado e Thelma Guimarães. 6. ed. São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2005. 621 p.
- KUPFER , David ; HASENCLEVER , Lia . **Economia Industrial** : Fundamentos Teóricos e Práticas no Brasil . 12. ed. Rio de Janeiro : Elsevier, 2002 . 633 p.
- KAPLOW , Louis ; SHAPIRO , Carl . **Antitrust** . Cambridge : National Bureau of Economic Research, 2007. 131 p. < disponível em <http://www.nber.org/papers/w12867> > . Acesso em: 26 Novembro 2013.
- GIL, A.C.. **Métodos e técnicas de Pesquisa Social** . 6. Ed. São Paulo : Atlas, 2008. 200 p.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos** . Brasília : M&W Comunicação Integrada, 2013 . <disponível em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?1313151be120e079cf72c8> > . Acesso em: 21 de Setembro de 2014. 184p.
- FARINA, E.; TITO, F.. **Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da lei 12.529**. In: FARINA; LAÉRCIO; et alii. A Nova Lei do CADE. Ribeirão Preto: Editora Migalhas, 2012.
- MENDONÇA, E. C.; PITELLI, M. M. **Remédios antitruste no Brasil: uma práxis para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**, 2012. No prelo.
- CERVO , Amado L. ; BERVIAN , Pedro A. ; DA SILVA , Roberto . **Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo : Pearson Prentice Hall, 2007. 63p.
- POSSAS, Mario L. . **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência** . Revista do IBRAC, 1996. < disponível em http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/os_conceitos_de_mercado_relevante_e_de_poder_de_mercado.pdf > . Acesso em: 8 Dezembro 2013. 19 p.

LAPOLLA, Marcelo.. **Os Novos Rumos da Concorrência**. Revista Direito Mackenzie, 2011. . < disponível em <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/5083>>. Acesso em: 23 de Outubro de 2013. 9 p.

MONTEIRO, Gabriela R. P.. **O Novo Sistema de Análise Prévia dos Atos de Concentração e a Questão do Gun-Jumping: Traçando Parâmetros para as Empresas** [trabalho de conclusão de curso]. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas; 2012.

Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº50, de 1 de Agosto de 2001. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal** . Publicada no Diário Oficial da União nº 158-E, de 17/08/01, Seção 1, páginas 12 a 15 .

Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Ato Portaria Conjunta SEAE/SDE nº001, de 18 de Fevereiro de 2003. **Do Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração**. Capítulo 1, páginas 1 .

Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça . Portaria Interministerial nº- 994, de 30 de Maio de 2012. **Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529**, de 30 de novembro de 2011. < disponível em: <http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>> Acesso em 29 de Maio de 2014.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 - Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações. Presidência da República - Subchefia para Assuntos Jurídicos. < disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm > . Acesso em: 18 Novembro 2013.

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. Presidência da República - Subchefia para Assuntos Jurídicos. < disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> . Acesso em: 15 Outubro de 2014.

Information from European Union Institutions and Bodies. **Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004**. Official Journal of the European Union. 2008. 27 p.

Disponível em: < [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC1022(01)&from=EN) >. Acesso em: 3 de Setembro de 2014

U. S. Department of Justice – Antitrust Division . **Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies** . 2011 . 39 p. < disponível em:

<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf> > . Acesso em: 30 Setembro de 2014

CARVALHO, Vinícius M. . **The Antitrust Review of the Americas 2014 - Brazil: CADE** .

< disponível em:

<http://www.globalcompetitionreview.com/reviews/54/sections/184/chapters/2151/> >. Acesso em: 18 Outubro 2013.

8. ANEXO I

Quadro 3: Atos de Concentração Aprovados com Restrição julgados pela Lei 12.529/2011, que tiveram remédios puramente estruturais.

Processo	Envolvidos	Setor	Preocupação	Decisão
08700.006437/2012-13	Syniverse Holdings, Inc. e WP Roaming III S.À R.L.	Outras atividades de telecomunicações não especificadas anteriormente	União dos 2 principais players em dois mercados extremamente concentrados, havendo sérias dúvidas sobre as condições de entrada e rivalidade. As requerentes propuseram a alienação de ativos com todos os elementos necessários para que o comprador concorra efetivamente imediatamente após a aquisição	Em síntese, a proposta de Acordo em Concetrole de Concentrações consiste no desinvestimento de negócios da MARCH na European Economic Area (EEA), incluindo, no momento da venda ao comprador, contratos com clientes da MARCH na EEA, bem como ativos tangíveis e intangíveis e funcionários necessários para garantir a viabilidade e a competitividade do "Negócio Desinvestido" em mercados específicos onde a MARCH atua.
08700.009882/2012-35	Munksjö AB e Ahlstrom Corporation	Fabricação de produtos de pastas celulósicas, papel, cartolina, papel-cartão e papelão ondulado não especificados anteriormente	A operação gera sobreposição horizontal em 4 mercados mundiais, enquanto no Brasil em 2 deles. A constatação de elevadas barreiras à entrada de mercados específicos, além de baixa rivalidade nos mesmos, tornando a possibilidade de exercício de poder de mercado real, fizeram a autarquia julgar a operação como potencialmente anticompetitiva.	A proposta de remédio consiste, em termos resumidos, no desinvestimento industrial e alienação da planta Osnabrick relacionada às máquinas OSN03 e OSN04 a um terceiro interessado, e a manutenção da propriedade da Ahlstrom com relação à máquina OSN06 ("Negócio Excluído") - ativo não relacionado com a produção de PRIP e Abrasivos.
08700.000658/2014-40	Minerva S.A. e BRF S.A.	Abate e comercialização de carne bovina e derivados	A operação, apesar de ser avaliada como potencialmente positiva, uma vez que a Minerva é um agente com potencial de concorrer acirradamente no mercado de carne bovina, foi considerada como potencialmente geradora efeitos anticompetitivos no mercado de quibes e almôndegas, processados de frango e frios saudáveis, pois confere à BRF (empresa com elevada participação no mercado de processados em geral) uma influência relevante no capital da Minerva, sendo as Requerentes incentivadas ao alinhamento estratégico entre elas não só em virtude da relação horizontal existente, mas também pela integração vertical entre as empresas.	Comprometeram-se a adotar uma solução estrutural envolvendo ativos de produção de alimentos processados, buscando endereçar as preocupações suscitadas referentes ao elevado market-share (principalmente da BRF) e à ausência de condições de entrada e de rivalidade suficiente nos mercados em questão. Além disso, buscando não elevar o poder de mercado da BRF, as Compromissárias deverão se manter independentes, preservando coordenação.

Fonte: CADE – Votos dos respectivos Conselheiros Relatores, referentes aos Atos de Concentração nº 08700.006437/2012-13, nº 08700.009882/2012-35 e nº 08700.000658/2014-40. Elaboração Própria

9. ANEXO II

Tabela 4: Atos de Concentração Aprovados com Restrição julgados pela Lei 12.529/2011, que tiveram remédios puramente comportamentais

Processo	Envolvidos	Sector	Preocupação	Decisão
08700.004957/2013-72	Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A.	Produção de sementes licenciadas	Trata-se de contrato de licenciamento de tecnologia celebrado entre duas empresas potencialmente concorrentes no mercado de tecnologias para semente de soja. O contrato possui diversas cláusulas que conferem à Monsanto a possibilidade de exercer efetivo controle sobre a Bayer em sua atuação no mercado de soja, mediante aumento das já elevadas barreiras à entrada de novos ofertantes de sementes licenciadas.	Retirada de cláusulas contratuais presentes no acordo de licenciamento de tecnologia, que exerceriam influência da Monsanto nas decisões da Bayer.
08700.009198/2013-34	Estácio Participações S.A. e TCA Investimento em Participações Ltda.	Graduação e Pós Graduação presencial e à distância e cursos de extensão livre	Foi constatada sobreposição horizontal entre as seguintes atividades desenvolvidas pelas requerentes: a) graduação presencial, b) pós-graduação presencial, c) graduação à distância, d) pós-graduação à distância, e) cursos de extensão livre e f) comercialização de livros científicos, técnicos ou profissionais. A operação aumenta a probabilidade de exercício de poder de mercado em 20 mercados, em 9 cidades específicas pois o nível de rivalidade encontrado foi insuficiente.	Limitar a captação de novos alunos nos mercados preocupantes durante o período equivalente a quatro semestres letivos, iniciando-se no segundo semestre de 2014.
08700.002372/2014-07	Cromossomo Participações II S.A. e Diagnósticos da América S.A.	Mercado de prestação de serviços de apoio à medicina diagnóstica	Preocupações com a operação já foram analisadas no ato (08012.010038/2010-43), quando a Diagnósticos da América S.A. adquiriu a MD1. Neste processo, o Cade constatou que a compromissária responderia por elevadas participações nos principais mercados de serviços de apoio à medicina diagnóstica. Foi exigido naquele processo que a compromissária alienasse ativos e se comprometesse com medidas comportamentais que devem ser mantidas e reforçadas neste ato.	Reafirmação dos termos do TCD do processo 08012.010038/2010-43: proibição de realizar Fusão, Aquisição ou Acordo Associativo pelos próximos em serviços específicos dos Municípios Fluminenses, Paulistas, Paranaenses.
08700.009924/2013-19	Videolar S.A., Sr. Lirio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e Innova S.A.	Produção e comercialização de monômero de estireno e de poliestireno e seus derivados	Foram identificadas sobreposições horizontais na produção de poliestireno e integração vertical com o mercado de monômero de estireno, matéria-prima na fabricação do primeiro, além de outras integrações verticais, que não teriam efeitos líquidos positivos sobre a economia. Apesar dos ganhos em eficiência, o sistema passaria a ser formado por um duopólio onde o repasse de preço, fruto da redução do custo marginal, seria uma possibilidade.	Manter volume e eficiência produtiva, licenciar de maneira não exclusiva e gratuita algumas patentes, não adquirir novas plantas pelos próximos anos, comprometimento em investimentos em P&D, repasse de eficiência em operações para os consumidores do produto.

Fonte: CADE – Votos dos respectivos Conselheiros Relatores, referentes aos Atos de Concentração nº 08700.004957/2013-72, nº 08700.009198/2013-34, nº 08700.002372/2014-07 e nº 08700.009924/2013-19. Elaboração própria.

10. ANEXO III

Tabela 5: Atos de Concentração Aprovados com Restrição julgados pela Lei 12.529/2011, que tiveram remédios mistos

Processo	Envolvidos	Setor	Preocupação	Decisão
08700.005447/2013-12	Kroton Educacional S.A. e Anhanguera Educacional Participações S.A.	Graduação e Pós Graduação presencial e à distância	Depois de segmentação específica realizada para determinar-se a abrangência geográfica e o aspecto de produto, no que tange a atuação das Requerentes (graduação e pós-graduação presenciais, e graduação e pós-graduação à distância) constataram-se problemas concorrenciais em cidades e cursos específicos localizados nas mesmas.	Alienação da Uniasselvi, o que resolve, em boa parte, o problema concorrencial em âmbito nacional, que é a parte mais preocupante da operação, afinal a adquirente terá escala suficiente para rivalizar com as requerentes no mercado de educação à distância nacional. Para os problemas municipais não resolvidos com a alienação da Uniasselvi, a Requerente que possuir maior participação de mercado/curso, ficará impedida, durante prazo razoável, de ofertar vagas nos cursos problemáticos, enquanto a outra Rquerente, que tiver menor parcela, ficará impedida de expandir suas vagas.
08700.010688/2013-83	JBS S.A., Rodopa Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. e Forte Empreendimentos e Participações Ltda.	Abate e comercialização de carne bovina e derivados	A vantagem da JBS ao instalar um segmento de "carne de marca" por meio da marca Friboi transforma este mercado que é majoritariamente homogêneo em heterogêneo, permite ao grupo praticar sobrepreço no mercado de carne in natura, permitindo ao grupo também pagar, eventualmente, sobrepreço nos bovinos, o que prejudicaria os <i>players</i> da franja do mercado. Um problema adicional refere-se à aquisição ou locação pela JBS de plantas de frigoríficos que são seus maiores rivais, ou seja, que operam com plantas dispersas no território nacional, têm marca, acesso à crédito e são integradas verticalmente.	Obrigação de manter em funcionamento por pelo menos 3 anos as Unidades Industriais adquiridas, mantendo a eficiência média no abate de carnes. Não promover novas aquisições/arrendamentos em localidades específicas onde a JBS tenha presença superior a determinado percentual. A Rodopa deverá alienar determinada marca e unidades fabris de abate de determinada localização.

Fonte: CADE – Votos dos respectivos Conselheiros Relatores, referentes aos Atos de Concentração nº 08700.005447/2013-12 e nº 08700.010688/2013-83. Elaboração própria.

