

Por Elvino de Carvalho Mendonça²³

1. Qual a relação entre o Direito da Concorrência e a economia? Poderia explicar a importância da microeconomia, da organização industrial e da econometria?

O direito concorrencial é o ramo do direito em que a ciência econômica está muito presente. O direito concorrencial tem como fundamento básico a ordem econômica e, como resultado dela, o monitoramento do poder de mercado dos agentes para evitar abuso por parte de quem o detém.

Toda a decisão jurídica que envolva o direito concorrencial exige do Conselheiro do CADE o conhecimento dos incentivos econômicos que fizeram com que a(s) empresa(s) tomasse(m) atitude(s) no sentido de abusar de sua posição dominante.

A análise econômica empreendida no direito da concorrência é eminentemente microeconômica, pois o objeto do direito concorrencial é a empresa ou as empresas. Em que pese a floresta fazer sentido para a análise concorrencial é com as árvores que o direito concorrencial se identifica.

Dentro da microeconomia, nada é mais aderente ao direito concorrencial que a teoria da organização industrial. Essa parte da análise econômica é fundamental, pois é através dela que se define os mercados relevantes, que se identifica as estruturas de mercado (monopólio, oligopólio, concorrência perfeita etc) e que se avalia as variáveis-chave da concorrência (ex. poder de mercado).

Os guias de análise horizontal e vertical ao redor do mundo são verdadeiros manuais de organização industrial.

A econometria, que nada mais é do que análise estatística aplicada a economia, é fundamental para justificar o objeto principal do direito concorrencial, que é a existência de poder de mercado e a probabilidade do seu abuso.

¹ Questionário encaminhado pelo Professor da FGV SP Prof. Dr. Paolo Mazzucato.

² Doutor em economia, ex-conselheiro do CADE e consultor econômico no Escritório Mendonça Advocacia. elvino@advocciamendonca.adv.br

³ Material disponível no Blog da Concorrência - <https://advocciamendonca.adv.br/blog-da-concorrancia/>

A econometria pode ser utilizada tanto na análise de controle de estruturas quanto na análise de condutas. Na análise de controle de estruturas, a econometria pode ser utilizada em todas as etapas de um guia de concentrações (horizontal e vertical) e o objetivo será sempre o de identificar a existência de poder de mercado e a probabilidade do seu abuso.

O uso da econometria para a definição de mercado relevante visa a determinar a substituíbilidade entre bens (elasticidade-preço cruzada da demanda) e a delimitar o *locus* espacial onde a empresa está inserida. Ao identificar bens e raio de atuação é possível saber se as empresas detêm ou não poder de mercado.

A econometria também pode ser utilizada na fase referente a probabilidade do exercício de poder de mercado (rivalidade e condições de entrada), assim como para estimar a existência ou não de eficiências antitruste em uma operação de fusão e aquisição.

Da mesma forma, a econometria pode ser utilizada na análise de condutas coordenadas e unilaterais. Para ambas as situações, a econometria é muito utilizada para identificar a existência da conduta e para calcular o seu dano.

2. Você se define como estruturalista. Poderia explicar em que consiste isso? Como o estruturalismo proporciona visões diferentes sobre condutas e concentrações em relação a um neoclássico (Chicago)?

A visão estruturalista (escola de Harvard) está fundamentada no poder de mercado que emana das diferentes estruturas de mercado (monopólio, oligopólio, concorrência perfeita etc). A hipótese fundamental do estruturalismo é a de que as estruturas desenham os comportamentos dos agentes envolvidos.

O que define um estruturalista na organização industrial é o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho (ECD) e a variável-chave que explica o estruturalismo é o poder de mercado dos agentes.

O paradigma ECD diz, em apertada síntese, que quanto mais concentradas forem as estruturas, maiores serão os incentivos para práticas não republicanas e pior será o desempenho da economia do ponto de vista da sociedade. A linha mestra desse pensamento é o poder de mercado.

A escola de Chicago, por seu turno, encontra-se situada no lado oposto da escola de Harvard. De forma muito simplificada, a escola de Chicago entende que a estrutura não é um problema por si só e que, em algumas situações, é até a solução para a melhoria do desempenho da economia.

Na verdade, um dos princípios da escola de Chicago é que se os benefícios advindos das eficiências do poder de mercado forem maiores do que os prejuízos anticoncorrenciais o resultado final do poder de mercado será sempre positivo.

Conquanto existam duas escolas com pensamentos “antagônicos”, a prática da defesa da concorrência no mundo tem acatado pontos de ambas as escolas nas suas análises. Vale ressaltar que o guia para análise horizontal do CADE e da grande maioria dos guias existentes em outros países é fundamentado, basicamente, no paradigma (ECD). Digo, basicamente, porque o guia horizontal do Brasil, por exemplo, possui uma seção destinada ao cálculo das eficiências da operação, que é uma contribuição da escola de Chicago.

3. Como a macroeconomia influencia decisões da autoridade antitruste? Ela deve influenciar o julgador?

Ainda que as condições macroeconômicas não estejam favoráveis, a política de defesa da concorrência sempre deve ser guiada pelos seus ditames.

A macroeconomia somente deve ser utilizada para identificar variações de poder de mercado e nunca para justificar isenções antitruste. Uma vez identificadas as alterações das participações de mercado ficam a valer os ditames da teoria concorrencial.

Aqui vale um comentário a respeito dos chamados “carteis de crise”. Os carteis de crise são assim chamados porque representam acordos entre empresas concorrentes em momentos de crise econômica, como é o caso da crise econômica causada pelo coronavírus.

Esse exemplo responde bem a forma como as decisões da autoridade antitruste e do julgador devem ser afetadas pelas crises. Nunca a justificativa para uma isenção antitruste, como por exemplo a permissão de acordos entre concorrentes, deve estar baseada na crise econômica, mas sempre nos fundamentos de defesa da concorrência.

A crise altera as condições de mercado e afeta as empresas que nele atuam. No entanto, a forma como cada uma delas é afetada não é linear, podendo existir para algumas empresas até pontos positivos. Dessa forma, se permitir isenção antitruste com base na crise macro não é o caminho adequado. Na verdade, a autoridade antitruste e o julgador devem sempre identificar o poder de mercado e as demais condições concorrenciais das empresas que solicitam isenções para identificar o risco concorrencial da operação.

Nesse sentido, as condições macroeconômicas podem até servir de pontapé inicial para a análise de uma isenção antitruste, mas nunca para tomar a decisão.

4. Qual sua avaliação sobre o Departamento de Estudos Econômicos do CADE? Qual a importância da Lei nº 12.529/2011 ao ter criado o órgão dentro da estrutura do CADE? Você destacaria que casos em que a participação do DEE foi fundamental para a decisão da SG ou do Tribunal?

Acho que o DEE tem três papéis fundamentais dentro da estrutura do CADE: (i) subsidiar a Superintendência-Geral do CADE e o Tribunal do CADE com a elaboração de estudos econômicos; (ii) fazer o contraponto aos estudos apresentados pelas partes envolvidas nos casos de conduta e de concentração de mercado; e (iii) fazer advocacia da concorrência.

A elaboração de estudos é fundamental para que a SG e o Tribunal tenham elementos para tomarem as suas melhores decisões. O contraponto feito aos trabalhos e pareceres apresentados pelos jurisdicionados também é muito relevante porque cria uma reputação para o órgão concorrencial, na medida em que eleva a qualidade dos trabalhos apresentados.

Por fim, a prática da advocacia da concorrência do CADE, que é uma competência compartilhada com a SEAE, resulta em benefícios para o ambiente concorrencial. Vale mencionar que, ultimamente, o DEE tem tido um destaque relevante na advocacia da concorrência educativa, pois tem elaborado um grande número de trabalhos setoriais, como por exemplo, os trabalhos relacionados ao setor de saúde suplementar.

5. Como economista e ex-Conselheiro, como você vê, em tese, a composição do Tribunal por economistas e profissionais de formação jurídica? Qual a contribuição de cada um, pontos fortes e fracos ao decidir? A composição do Tribunal deve ser paritária?

A convivência entre profissionais da área jurídica e da área econômica é saudável e conduz, na grande maioria das vezes, às melhores decisões, pois cada um dos profissionais tem a expertise para interpretar os fenômenos sociais com o seu viés próprio. Em geral, os profissionais da área jurídica entendem o jurisdicionado de acordo com o conceito de *homo juridicus*, ao passo que o profissional da área econômica está atento a abstração em torno do conceito do *homo economicus*. A composição desses dois conceitos produz, em grande parte dos casos, um resultado maior do que a soma das partes.

A existência de um Presidente e de seis Conselheiros não é uma coincidência. O direito concorrencial é composto pelas ciências jurídica e econômicas e, portanto, nada mais justo que o Tribunal do CADE seja composto igualmente entre advogados e economistas, até para que o jogo lícito de acordos seja mais equilibrado.

Essa repartição é a única que tende a gerar equilíbrio na decisão e pode evitar que uma decisão seja tomada somente por economistas ou somente por juristas.

A Lei nº12.529/2011 prevê no §1º do art. 9º que as decisões do Tribunal serão tomadas por maioria, com a presença mínima de 4 (quatro) membros, sendo o quórum de deliberação mínimo de 3 (três) membros, o que significa dizer que se há uma divisão paritária entre economistas e juristas, a decisão com quórum mínimo deverá sempre ter a presença de ambos os profissionais que são a base do direito concorrencial.

6. Qual a relação da política de concorrência com outras políticas econômicas e como elas interferem em sua formulação e implementação?

Essa é uma questão de extrema relevância e que pode ser objeto de várias interpretações, principalmente porque a lei de defesa da concorrência estipula no §6 do inciso II do art. 88 que atos de concentração poderão se aprovados se, por exemplo, aumentarem a produtividade e a competitividade.

A existência dessa possibilidade permite interpretar que a política da concorrência e as diversas políticas industriais, por exemplo, que visem a aumentar a produtividade e a competitividade de um ou mais setores, possam conviver pacificamente e com contribuições para o ambiente concorrencial.

No entanto, a interpretação de uma possível interferência das políticas econômicas *stricto sensu* (política monetária e política fiscal) na formulação e implementação da concorrência não deve nunca acontecer, sob pena da política concorrência perder completamente o seu objeto.

A decisão de garantir a concorrência via controle de estruturas, controle de condutas e advocacia da concorrência não passa e não pode passar pelas flutuações econômicas e muito menos pelos objetivos das políticas econômicas clássicas (política monetária e política fiscal).

A decisão de emitir títulos públicos, de expandir a base monetária ou de elevar a taxa de juros não pode interferir na política da concorrência porque essa política somente tem o mandato de garantir as condições de concorrência e não de ajustar a sua decisão

de condenar empresas por cartel ou de bloquear uma operação de fusão e aquisição à decisões monetárias e fiscais, por exemplo.

7. Advocacia da Concorrência (*Competition Advocacy*): a quem compete? Como repartir competências? Deveria ser atribuição de uma única agência?

A advocacia da concorrência é uma das três funções da defesa da concorrência. Ela é uma função desprovida de qualquer instrumento coercitivo e o único mecanismo que possui é a atuação preventiva por meio, entre outras coisas, da elaboração de estudos setoriais e de participações em audiências públicas. Vale ressaltar que a forma preventiva de atuação da advocacia da concorrência não se confunde com a função preventiva do controle de estruturas.

A forma como a *advocacy* atua preventivamente parte, fundamentalmente, do princípio de cooperação entre o órgão responsável pela advocacia da concorrência e os outros atores envolvidos no processo, por exemplo: agências, TCU etc. Ao contrário, o controle de estruturas executado pelas autoridades de defesa da concorrência, por conferir mandato aos seus executores e a obrigação de decidir confere um aspecto menos cooperativo e mais personalista à decisão.

A segunda diferença, e talvez a mais relevante, diz respeito a natureza preventiva da *advocacy*. Na *advocacy*, quando a concessão de serviços públicos é precedida de licitação, a atuação do órgão concorrencial se dá no sentido de garantir que a concorrência ocorra pelo mercado. Nesse caso, a crença é que a empresa vencedora do certame seja a melhor possível para desempenhar o serviço público.

Com relação a quem compete a *advocacy* é preciso, em primeiro lugar, fazer uma distinção clara entre as duas funções da advocacia da concorrência: uma função educativa e uma função técnica ou institucional.

A função educativa é aquela revestida de instrumentos para a disseminação de boas práticas entre os agentes econômicos. Os mecanismos utilizados para essa disseminação podem ser através de cursos, treinamentos e manuais.

A função técnica ou institucional é uma função em que o órgão de advocacia da concorrência deve ter uma participação efetiva no desenho do mercado para garantir a concorrência.

Essas duas funções não se misturam e a execução da função institucional não deve ser elaborada pela instituição que faz o julgamento, independentemente da existência de algum tipo de competência compartilhada ou não.

A questão mencionada no parágrafo anterior é muito sensível porque uma conduta anticompetitiva resultante de uma *advocacy* equivocada pelo órgão julgante tem efeitos muito severos sobre o julgamento dessa conduta nesse mesmo órgão. O julgamento pelo órgão julgante da conduta eleva sobremaneira a insegurança jurídica e todas as consequências negativas dela resultantes.

Por esse motivo, a *advocacy* técnica deve ser feita por um órgão independente. Não é à toa que o legislador, no caso brasileiro, conferiu à SEAE essa atribuição, conforme art. 19 da Lei nº 12.529/2011.

A natureza compartilhada da advocacia da concorrência na legislação brasileira existe e deve ser sempre implementada, mas as atividades desenvolvidas pelo CADE e pela SEAE devem sempre ser separadas. O CADE deve realizar a *advocacy* educativa e a SEAE deve responsável pela *advocacy* técnica e pela *advocacy* educativa.

8. De sua experiência como Conselheiro, como a *advocacy* poderia ter contribuído / evitado questões / casos que você participou?

A inserção do CADE em *advocacy* ficou muito mais evidente após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 e passou a ser feita pelo DEE. Durante a vigência da Lei nº 8.884/1994, a advocacia da concorrência era muito limitada da atuação da SEAE e da SDE nas respostas às audiências públicas.

É importante ressaltar a experiência do Brasil com agências reguladoras é muito recente e, portanto, também é recente a forma como essas agências e o CADE se relacionam.

9. Em sua época como Conselheiro e considerando os dias atuais, o que mudou entre aquele CADE e o de hoje? Como você avalia a atuação da autoridade concorrencial? O que você destacaria como positivo e quais as oportunidades de aperfeiçoamento?

Na verdade, eu trabalhei uma parte com o CADE no âmbito da Lei nº 8.884/94 e outra com o CADE no âmbito da Lei nº 12.529/2011.

A mudança da estrutura do CADE, por exemplo, foi muito representativa com a nova lei. Com a Lei nº 8.884/1994, o CADE era apenas um tribunal de julgamento e toda a instrução era realizada pela SDE e pela SEAE, muito embora já existisse a possibilidade do CADE fazer instrução complementar.

Com o advento da Lei nº 12.529/2011, o CADE incorporou a SDE e passou a ser composto por três instâncias: a SG, o tribunal e o DEE.

Essa estrutura é bastante razoável para tratar o ambiente concorrencial existente na economia brasileira.

Do ponto de vista de recursos humanos, o CADE é constituído por um corpo de funcionários públicos sérios e comprometidos com a causa concorrencial. A crítica está no número reduzido deles.

A parte organizacional do órgão está em linha com o que se espera no ordenamento jurídico brasileiro. A parte instrutora (Superintendência-Geral) é independente da parte judicante (Tribunal) e o Departamento de Estudos Econômicos oferece estrutura econômica para cada uma das partes.

A estrutura operacional dos órgãos que compõe o CADE também está de acordo com o que se espera de uma autoridade de defesa da concorrência. O órgão instrutor possui o seu centro decisório baseado em estrutura piramidal, em que o Superintendente-Geral tem o poder de decisão final, ao passo que o Tribunal possui o seu centro decisório baseado em decisões colegiadas. Essa estrutura de decisão é compatível com as melhores práticas internacionais.

10. Qual o papel do Direito da Concorrência nos desafios do mundo contemporâneo, a exemplo da economia digital?

Na verdade, a forma de barganhar e de consumir é imutável no ser humano. No feudalismo, os indivíduos sempre negociaram os bens que tinham. No princípio, as trocas eram realizadas por meio do escambo e não era incomum o uso da força para tomar os bens de outras pessoas.

Com o mercantilismo e com o aperfeiçoamento da moeda como meio de troca, os indivíduos passaram trocar as mercadorias por outras mercadorias, o dinheiro. Aqui também, as empresas mercantilistas e os países utilizavam a força para impor os seus produtos e os seus preços aos outros países.

Com a revolução industrial, a mesma troca de produtos por dinheiro continuou imutável e o objetivo do consumo não mudou. Nesse período surgiu o elemento-chave da defesa da concorrência, que é o poder de mercado como conhecemos hoje. Não é à toa que a primeira Lei de defesa da concorrência teve a sua origem no ano de 1892, com a publicação do *Sherman Act* nos EUA.

Os anos se passaram, os mercados se consolidaram e a figura do poder de mercado continuou sendo a tônica dos mercados.

Tudo isso para dizer que a base do problema concorrencial continua sendo o mesmo, ou seja, combater não o poder de mercado, mas sim o abuso de poder de mercado. Portanto, o objeto não mudou e o

desafio continua sendo evitar que haja abuso de poder de mercado. O que mudou então?

O que mudou, na verdade, foi a forma como esse poder de mercado pode ser detectado e resolvido. Observe que em todas as etapas mencionadas, desde o feudalismo até os dias de hoje, o abuso do poder de mercado sempre foi um inimigo a combater, mas em cada um desses períodos diferentes métodos de combate foram desenvolvidos.

No feudalismo, o método utilizado pelo oprimido foi o saque e a violência contra o poder de mercado absoluto do rei. No mercantilismo, o método utilizado contra o poder de mercado do Estado foi a organização da burguesia em torno dos interesses de mercado. Na revolução industrial, o método utilizado contra os trustes e monopólios foi a implementação de uma lei (Estado) contra o poder de mercado de algumas poucas empresas.

Hoje, nada diferente do que ocorreu no passado, principalmente em termos de utilização de recursos para sanar os problemas. A economia digital, por exemplo, apresenta os mesmos desafios que outrora.

Conquanto se tenha o elemento digital como desafio para o combate as infrações à ordem econômica, o objeto a ser atacado continua a ser o mesmo, ou seja, o poder de mercado e o seu abuso.

Vale dizer que “pau que da em Chico dá em Francisco”. Portanto, o mesmo elemento que permite aumentar o poder de mercado e o seu abuso por parte das empresas também é o mesmo elemento que dispõem as autoridades de defesa da concorrência.
