

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS PARA A SUSTENTABILIDADE
CAMPUS DE SOROCABA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

Guilherme de Aguiar Falco

Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro

Sorocaba

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO CARLOS
CENTRO DE CIÊNCIAS E TECNOLOGIAS PARA A SUSTENTABILIDADE
CAMPUS DE SOROCABA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

Guilherme de Aguiar Falco

Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro

Dissertação apresentada ao Programa
de Pós-Graduação em Economia para
obtenção do título de mestre em
Economia

Orientação: Profa. Dra. Mariusa
Momenti Pitelli

Sorocaba
2014

F181i Falco, Guilherme de Aguiar.
Índices de política de concorrência: avaliação do caso brasileiro. /
Guilherme de Aguiar Falco. -- 2014.
129 f. : 28 cm.

Dissertação (mestrado)-Universidade Federal de São Carlos, *Campus*
Sorocaba, Sorocaba, 2014
Orientador: Mariusa Momenti Pitelli
Banca examinadora: Rodrigo Vilela Rodrigues, Márcia Azanha Ferraz
Dias de Moraes
Bibliografia

1. Concorrência. 2. Direito antitruste. 3. Conselho Administrativo de
Defesa Econômica (Brasil). I. Título. II. Sorocaba-Universidade Federal de
São Carlos.

CDD 338.6048

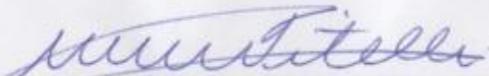
Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do *Campus* de Sorocaba.

GUILHERME DE AGUIAR FALCO

**ÍNDICES DE POLÍTICAS DA CONCORRÊNCIA:
AVALIAÇÃO DO CASO BRASILEIRO.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia do Centro de Ciências e Tecnologias para a Sustentabilidade da Universidade Federal de São Carlos para obtenção do título de mestre em Economia, Área de Concentração: Economia Aplicada.
Sorocaba, 26 de junho de 2014

Orientador (a):

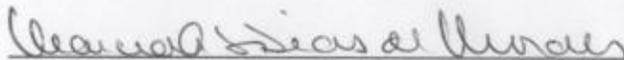


Prof. (a). Dr. (a). Mariusa Momenti Pitelli
Departamento de Economia da UFSCar Sorocaba

Examinadores (as):



Prof. (a). Dr. (a). Rodrigo Vilela Rodrigues
Departamento de Economia da UFSCar Sorocaba



Dr. (a). Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes
Esalq/USP

AGRADECIMENTOS

Agradeço à oportunidade de estar aqui, primeiramente. E, se estou, dentre Outros, é pela abdicação permanente dos meus pais, que fazem das suas realizações as minhas. Da minha felicidade a deles.

Agradeço aos amigos, sem vocês a vida seria como uma tábua de passar roupas: linear e chata, noite pós noite a dormir sozinha encostada em qualquer lugar.

Agradeço a Celso Campilongo, Professor na aceção do termo, pelo apoio formal e informal, pessoal e profissional. Pela atenção, cuidado e respeito que não só me foram de essencial ajuda, como me inspiram a buscar a melhor versão de mim.

Agradeço ao Professor Rodrigo Vilela Rodrigues pela leitura atenta e críticas construtivas ao trabalho apresentado ainda como seminário de pesquisa. Suas percepções e comentários auxiliaram de forma significativa a melhora do trabalho, tanto em clareza quanto em robustez.

Obrigado à minha orientadora, Professora Mariusa, pelas discussões, leitura atenta, auxílio e cuidado.

Agradeço à Gabi, pela paciência e pela impaciência. Pela presença, que se ausência fosse não haveria dissertação pela qual agradecer.

RESUMO

FALCO, Guilherme de Aguiar. Índices de Política de Concorrência: Avaliação do Caso Brasileiro. 2014. 129 f. Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Ciências e Tecnologias para Sustentabilidade, Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2014.

A regulação de dinâmicas de mercado traz a expectativa de que a interferência estatal melhora a economia. A defesa e a promoção da concorrência por meio de leis e agências estatais se encaixam nessa leitura regulatória e constituem política pública disseminada entre a maioria dos países desenvolvidos e em desenvolvimento. Entretanto, apesar de sua vasta aplicação, essas regulações carecem de mecanismos empíricos que organizem suas principais propriedades institucionais e permitam análises satisfatórias acerca do funcionamento da política e da extensão de seus efeitos sobre a economia, especialmente em perspectiva comparada. Essa dissertação replica para a realidade brasileira um conjunto de Índices de Política de Concorrência, anteriormente construídos para outras 13 jurisdições pelo trabalho de Buccirosi et al (2011), que busca traduzir informações institucionais e qualitativas de uma política antitruste em informações objetivas, quantitativas e comparáveis entre países. Os índices são construídos a partir da compilação e classificação das características de determinada jurisdição com relação a um *benchmark* de melhores práticas em dissuasão de condutas anticompetitivas. O objetivo imediato é desenvolver instrumento que permita avaliação e comparação de diferentes modelos de política de concorrência, o que engloba tanto análises intertemporais da evolução do modelo aplicado por cada jurisdição quanto análises comparativas entre a evolução de políticas de diferentes jurisdições. O Brasil apresenta resultados positivos do ponto de vista institucional (regras do jogo), seja em avaliação intertemporal seja em caráter comparado; o desempenho nacional é inferior no que se refere à capacidade de *enforcement* (recursos humanos, financeiros e volume de casos analisados pelas autoridades). De forma agregada, o Brasil possui índices de concorrência elevados em perspectiva internacional.

Palavras-chave: Regulação econômica, Política de Concorrência, Dissuasão de Práticas Anticompetitivas, Índices de Política da Concorrência, CADE.

ABSTRACT

Market regulation brings on the expectation that government's intervention improves the economy. For example, the assumption that competitive environments enable efficient allocation of resources influences the development of antitrust policies and encourages free competition. The promotion of competition through laws and regulatory agencies follows this reading and public antitrust policies are disseminated throughout developed and developing countries. However, despite its wide application, these regulations lack empirical mechanisms that organize their major institutional properties and allow proper assessment of policy operation and its effects over the economy. This master thesis replicates to the Brazilian reality a set of indexes - previously developed for 13 other jurisdictions - that seek to translate institutional and qualitative information into objective, quantitative and comparable cross-country information. The indexes are created upon the compilation and classification of the characteristics of a particular jurisdiction with respect to a benchmark of best practices in deterring anticompetitive conducts. The immediate goal is to review and critique different designs of competition policy agencies and statutes, allowing cross-time and cross country analysis. The results for the Brazilian policy are positive regarding institutional features (rules of the game), both in cross-time and cross-country perspectives; Brazil presents inferior results regarding enforcement (human/financial resources and volume of cases analyzed by the competent agency); the aggregate index presents high levels in a cross-country analysis.

Keywords: Economic Regulation, Competition Policy and Antitrust, Deterrence of anticompetitive practices, Competition Policy Indexes, CADE.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Evolução do número de atos de concentração julgados pelo CADE por ano (1994-2013).....	36
Gráfico 2 - Índice instituições: Brasil (1995-2012)	86
Gráfico 3 - Índice instituições: Média de 13 jurisdições da OCDE (1995-2005).....	86
Gráfico 4 - Índice Instituições: EUA (1995-2005)	87
Gráfico 5 - Índice Instituições: Suécia (1995-2005).....	87
Gráfico 6 - Índice Cumprimento: Brasil (1995-2012)	95
Gráfico 7 - Índice Cumprimento: Média 13 jurisdições da OCDE (1995-2005).....	95
Gráfico 8 - Índice Cumprimento: EUA (1995-2005)	96
Gráfico 9 - Índice Cumprimento: Suécia (1995-2005).....	96
Gráfico 10 - Índice Antitruste e Concentrações: Brasil (1995-2012).....	98
Gráfico 11 - Índice agregado de Política da Concorrência: Brasil (1995-2012).....	101
Gráfico 12 - Índice agregado de Política da Concorrência: Média 13 jurisdições (1995-2005).....	101
Gráfico 13 - Índice agregado de Política da Concorrência: EUA(1995-2005)	102
Gráfico 14 - Índice agregado de Política da Concorrência: Suécia (1995-2005).....	102
Gráfico 15 - Índice agregado Brasil: original <i>versus</i> resultado do exercício.....	108

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 - Índices de primeiro nível: resumo.....	56
Quadro 2 - Índices de segundo nível: Cartéis.....	57
Quadro 3 - Índices de primeiro nível: resumo dos critérios de informação.....	59
Quadro 4 - Índices de primeiro nível: independência da autoridade competente.....	61
Quadro 5 - Índices de primeiro nível: separação de poderes.....	63
Quadro 6 - Índices de primeiro nível: qualidade da lei.....	66
Quadro 7 - Índices de primeiro nível: poderes de investigação.....	67
Quadro 8 - Índices de primeiro nível: sanções e multas.....	71
Quadro 9 - Índices de primeiro nível: recursos humanos e financeiros.....	72
Quadro 10 - Índices de primeiro nível: número de casos.....	74
Quadro 11 - Índices de primeiro nível: resumo de critérios informativos e pontuações.....	77
Quadro 12 - Índices Intermediários.....	79
Quadro 13 - Índices de política de concorrência: Institucional, Cumprimento, Antitruste, Concentração e Agregado.....	79
Quadro 14 - Índices de política de concorrência: Institucional e Cumprimento.....	80
Quadro 15 - Índices de política de concorrência: Antitruste e Concentrações.....	81
Quadro 16 - Alterações na pontuação do índice de primeiro nível: qualidade da lei....	106
Quadro 17 - Alterações na pontuação do índice de primeiro nível: sanções e indenizações.....	107

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. RECORTE ANALÍTICO, REFERENCIAL TEÓRICO E CONTEXTO HISTÓRICO- INSTITUCIONAL	15
2.1. A POLÍTICA DE DEFESA E PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA	15
2.1.1 Origem e desenvolvimento: o antitruste nos EUA	16
2.1.2 O antitruste na União Europeia (UE).....	26
2.1.3 O antitruste no contexto brasileiro	30
2.1.4 O caso contra o antitruste.....	40
2.2. O CONCEITO DE DISSUAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS: A RACIONALIDADE PARA A FORMAÇÃO DO <i>BENCHMARK</i> DE MELHORES PRÁTICAS	43
2.2.1 Teorias econômicas subjacentes ao <i>benchmark</i>	50
2.3. ÍNDICES DE ACOMPANHAMENTO E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS DE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA	52
3. METODOLOGIA	55
3.1. OS ÍNDICES DE PRIMEIRO NÍVEL.....	58
3.1.1 Pesos atribuídos aos critérios que informam os índices de primeiro nível: racionalidade	74
3.2. ÍNDICES INTERMEDIÁRIOS E AGREGADOS	78
3.3. DADOS	82
3.3.1 Dados indisponíveis	83
4. RESULTADOS.....	85
4.2. ÍNDICE CUMPRIMENTO.....	92
4.3. ÍNDICES ANTITRUSTE E CONCENTRAÇÕES	97
4.4. ÍNDICE AGREGADO DE POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA	100
4.4.1 Exercício: <i>law on the books versus law in action</i>	105
5. CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	111
APÊNDICE - PONTUAÇÃO ATRIBUÍDA AOS ÍNDICES DE PRIMEIRO NÍVEL	126

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica da economia, – a operação de cada mercado e a interrelação entre os diferentes mercados – afeta o comportamento de indivíduos, grupos e governo. Simultaneamente, o comportamento de indivíduos, grupos e governo interfere na dinâmica da economia. Esses movimentos influenciam variáveis de interesse para muitas decisões políticas, dentre as quais crescimento, alocação de recursos e distribuição de riquezas. Compreender a rede de incentivos que instiga essas relações econômicas alimenta a expectativa de que, por meio da alteração e condicionamento da conduta de governos, grupos ou indivíduos, é possível moldar ou prever efeitos e resultados sobre essas variáveis de interesse.

Dentre as inúmeras relações teóricas¹ construídas em torno da interação entre a dinâmica da economia, as variáveis de interesse social e o comportamento de agentes econômicos, destacam-se aqui as que analisam (a) o paradigma competitivo, (b) as falhas de mercado e as falhas de governo e (c) seus efeitos - tanto da concorrência perfeita quanto das falhas de mercado - sobre crescimento e alocação de recursos. Essa ligação teórica pode, por exemplo, justificar, mesmo que de maneira mediata, as medidas adotadas pelos órgãos de defesa da concorrência na tentativa de promover condutas pró-competitivas no mercado com o objetivo de afetar positivamente o bem-estar social.²

Praticamente todos os países, sensivelmente economias desenvolvidas ou em desenvolvimento, utilizam sistemas institucionalizados pelo Estado com a função de promover a livre concorrência (AMATO, 1997). De modo imediato, recursos públicos são gastos no aparelhamento desses mecanismos e recursos privados são empregados na observância dessas regras. De forma mediata, esse arcabouço interfere na rede de incentivos que compõe a dinâmica da economia: fusões, aquisições, acordos e parcerias

¹ Especificamente a respeito da relação entre concorrência e bem estar e concorrência e desempenho empresarial, ver, respectivamente, Aghion e Schankerman (2004) e Nickell (1996).

² A economia do setor público se preocupa justamente em estudar relações dessa natureza, particularmente a maneira e a extensão com as quais o Estado deve se relacionar com o ambiente econômico enquanto regulador, planejador ou produtor. Sobre economia do setor público, ver Stiglitz (2000). Sobre a relação entre Estado e economia, ver Heertje (1989).

comerciais deixam de acontecer; decisões financeiras e mercadológicas são alteradas, evitadas ou punidas.

Essas percepções embasam o seguinte encadeamento de questões: qual o efeito líquido da decisão de se “promover” concorrência por meio de mecanismos governamentais de defesa do ambiente competitivo? Os recursos públicos e privados investidos, assim como a alteração do emaranhado de incentivos econômicos, entregam os resultados teoricamente esperados? Ou seja, qual a magnitude do deslocamento entre efeitos esperados e efeitos alcançados?

Essas questões se relacionam com a percepção de ao menos três características, relativamente óbvias, de qualquer arcabouço teórico. Primeiro, uma teoria possui rol de axiomas que precisam ser respeitados para que eventuais conclusões possam ser corretamente consideradas. Segundo, esses axiomas, em sua maioria, são simplificações da realidade. Terceiro, em geral, não é clara a maneira e a intensidade com que conclusões teóricas são afetadas pela remoção ou relaxamento de axiomas. Desse modo, decisões políticas deveriam dispor de informações qualitativas e quantitativas que munissem o governo com indicações a respeito dos efeitos das medidas adotadas e em que medida elas se afastam das expectativas teóricas e do planejamento regulatório.

O gestor da política pública não deveria apenas pressupor que, buscada a solução indicada por um ou outro arcabouço teórico, o resultado esperado será alcançado. Algo precisa ser mostrado a respeito dos efeitos práticos da política institucionalizada, sob pena de se ter um Estado que interfere de modo inadequado na economia – desperdício de recursos públicos e privados. Quando se fala em política antitruste, é preciso (i) compreender a teoria que fundamenta sua existência, (ii) conhecer os mecanismos utilizados para institucionalizar e aplicar a política e (iii) encontrar um modo de verificar, de um lado, a consistência entre a teoria e a política institucionalizada e, de outro, os efeitos da atuação do Estado.

O presente estudo pretende auxiliar esse processo de conhecimento por meio da apresentação, discussão e construção para o Brasil de um conjunto índices analíticos de política de concorrência.

O esforço acadêmico no desenvolvimento de instrumentos quantitativos que permitam análises objetivas de políticas de concorrência é recente. As metodologias em grande parte envolvem a construção de índices e *benchmarks*, procedimento influenciado por trabalhos dedicados à análise da atuação regulatória do Estado, como o *Product Market Regulation index* (PMR) (Conway, Janod, Nicoletti, 2005) e o *Competition Law and Policy indicator* (CLP) (Hoj, 2007). Dentre os trabalhos voltados especificamente ao antitruste, (HYLTON E DENG, 2007; NICHOLSON, 2008; VOIGT, 2009), destacam-se os publicados por Buccirosi et al (2009, 2011 e 2013) pela sua capacidade de reunir detalhamento (volume de variáveis consideradas), avaliação intertemporal (os índices são calculados para vários anos para uma mesma jurisdição) e internacional (é possível comparar várias jurisdições). Os autores construíram índices anuais de política da concorrência para 13 jurisdições³ da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) entre 1995 e 2005.

Esta dissertação apresenta a metodologia dos índices propostos por Buccirosi et al (2011), assim como trabalha os recortes teóricos, analíticos e históricos associados ao seu desenvolvimento, aplicação e interpretação. Posteriormente, os índices são construídos para a política brasileira de defesa e promoção da concorrência ao longo do período de 1995 a 2012. A evolução dos índices brasileiros é analisada de forma crítica e comparada à média dos índices das 13 jurisdições consideradas por Buccirosi et. al, (2011), ilustrando em perspectiva internacional avanços e retrocessos da política nacional.

Desse modo, o trabalho discute os fundamentos teóricos da política antitruste, investiga os mecanismos utilizados para institucionalizar e aplicar a política em diferentes jurisdições e verifica a consistência entre a teoria e a política institucionalizada. Mesmo que fora do escopo do presente estudo, os índices ainda se apresentam como instrumento que pode ser utilizado por trabalhos futuros como *proxy* da aplicação da política de concorrência na mensuração de seus efeitos sobre a economia, auxiliando no

³ Canadá, República Tcheca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Japão, Holanda, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.

desenvolvimento de mecanismos objetivos para a análise quantitativa de políticas antitruste.

2. RECORTE ANALÍTICO, REFERENCIAL TEÓRICO E CONTEXTO HISTÓRICO-INSTITUCIONAL

Como apresentado na introdução, esse trabalho replica, para a realidade brasileira, conjunto de índices que se propõe a analisar, de forma intertemporal e internacionalmente comparada, a evolução da política de defesa e promoção de concorrência. Os índices reúnem o desempenho de fatores chave da política antitruste de determinada jurisdição em relação a um *benchmark* de melhores práticas. Esse exercício foi desenvolvido por Buccirossi et al (2011) para 13 jurisdições que integram a OCDE, no período 1995-2005, com o objetivo específico de destacar e acompanhar a evolução de características identificadas como fundamentais à capacidade de determinada política antitruste dissuadir práticas anticompetitivas.

Antes de apresentar e desenvolver esses índices, no entanto, há uma série de recortes, teorias e contextos que precisam ser explicitados a respeito do exercício que foi empreendido pelo trabalho europeu e que será reconstruído aqui. O objetivo deste capítulo é explorar essas questões por meio da discussão de três grupos de fatores: (i) o que o trabalho entende por política de concorrência, (ii) qual o conceito de "dissuasão de práticas anticompetitivas" considerado pela análise e como ele delimita o *benchmark* utilizado pelos índices e (iii) quais os precedentes da metodologia aplicada para o desenvolvimento dos índices de política da concorrência.

2.1. A POLÍTICA DE DEFESA E PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA

O primeiro recorte analítico se refere ao conceito de política de concorrência adotado pelos índices, que se restringe à legislação antitruste e sua aplicação. Isso significa que os índices não consideram variáveis de política consumerista, advocacia da concorrência, regulação setorial ou quaisquer outras medidas governamentais voltadas ao apoio e desenvolvimento de novos setores ou empresas.⁴ De forma específica, o trabalho se preocupa apenas em identificar o conjunto de proibições e obrigações

⁴ Esses e outros fatores, apesar de afetarem direta ou indiretamente a dinâmica competitiva, não fazem parte dos índices calculados nesse trabalho, focados apenas na legislação antitruste. Há trabalhos que desenvolvem índices de competitividade cujo escopo se volta, de forma menos ou mais aproximada, a esses outros vetores de uma política competitiva. Ver Conway, Janod, Nicoletti (2005).

antitruste impostas legalmente por cada jurisdição e o conjunto de ferramentas de policiamento e punição à disposição da agência competente para aplicação da legislação.

O *benchmark* de melhores práticas utilizado como parâmetro para os índices de concorrência, que qualifica as características de cada jurisdição, é formado por um conjunto de proibições, obrigações e ferramentas de *enforcement*⁵ entendidos como essenciais à uma política antitruste efetiva. Quanto mais próximo a esse *benchmark*, melhor a política. Nesse contexto, são apresentadas discussões sobre origem, objetivo e operacionalização da legislação antitruste no mundo e a maneira com que essa realidade influenciou o arcabouço antitruste brasileiro e o *benchmark* de Buccirosi et al (2011).

Esta seção apresenta de forma resumida os principais eventos históricos, discussões teóricas e desdobramentos práticos do desenvolvimento da legislação antitruste. Primeiro é apresentada a evolução norte americana e europeia, principais fontes do antitruste brasileiro (FORGIONI, 2013). Esse contexto é utilizado para posterior apresentação, nas seções seguintes, do desenvolvimento recente da política antitruste nacional, notadamente a partir de 1994, período marcado pela promulgação da lei 8884/94 e próximo ao início da série histórica utilizada pelos índices de política concorrencial. O objetivo não é alcançar uma descrição completa, mas apresentar as diretrizes e conceitos básicos do ferramental antitruste, permitindo a compreensão e crítica dos índices de concorrência e seus resultados.

2.1.1. Origem e desenvolvimento: o antitruste nos EUA

A experiência norte americana é essencial à compreensão do fenômeno antitruste por seu pioneirismo legislativo e institucional, centralidade geopolítica e dinamicidade da sua economia de mercado. Mesmo com singularidades naturais a cada contexto político, econômico e jurídico, a experiência americana (e no período mais recente, também a europeia) se faz sentir em todos os modelos de promoção pública de defesa da concorrência (OECD, 2003).

⁵ *Enforcement* entendido como aplicação e cumprimento da política antitruste.

Há vários trabalhos dedicados à reconstrução histórica do antitruste norte-americano⁶. A conclusão de parte desses trabalhos é que a teoria econômica sempre exerceu influência substancial sobre a legislação e jurisprudência (POSNER, 1978). Essa leitura associa os principais desdobramentos e alterações da política antitruste a mudanças na maneira com que economistas descreviam (e descrevem) o processo competitivo, desde o clássico *laissez-faire* até a concorrência imperfeita abordada por modelos de estrutura-conduta-desempenho (ECD) propagadas pela Escola de Harvard e pela releitura apresentada pela aplicação da teoria dos preços ligada à Escola de Chicago⁷ (HOVENKAMP, 1988). Como define Giocoli (2009), nessa reconstrução histórica, tanto Congresso quanto Suprema Corte norte americanos teriam tido sua evolução marcada pelos conceitos e diretrizes construídos em debates entre economistas.

Mas esta não é a única interpretação. Há inúmeros estudos que associam origem e desdobramento da legislação norte americana a realidade mais complexa, que extrapola considerações de cunho econômico-teórico, especialmente nos seus primeiros 50 anos de vida (FOX E SULLIVAN, 1987). Argumenta-se pelo papel proeminente tanto de questões estritamente legais quanto de fatores políticos, variáveis que teriam mais dado causa a discussões acadêmicas *ad hoc* do que o inverso (GIOCOLI, 2009). Mesmo sendo esta dissertação dedicada ao enfoque econômico, não há como colocar de forma minimamente adequada a densidade da questão antitruste sem considerar esses desdobramentos.

Ao final da guerra civil, década de 1860, a economia norte americana experimentou período de forte crescimento, dentre outros fatores, graças à emergência de um mercado nacional para produtos manufaturados, inovações fabris e ganhos de escala, crescimento da população urbana e sua conexão através de ferrovias e comunicação, criação de mercados de capitais e crescentes investimentos externos (FOX E SULLIVAN, 1987). Segundo Amato (1997), o contexto de crescimento incentivou investimentos, promovendo a entrada de novos *players* em diferentes segmentos, ciclo que prosperou até o final da década de 1870, quando se iniciou período de estagnação que pressionou os novos empreendedores. Preços e margens caíram, falências se tornaram comuns,

⁶ Ver várias referências nesse tema em Gavil (1996).

⁷ Sobre a escola antitruste de Chicago, ver Pitofsky (2008).

cenário que incentivou agentes de mercado a buscarem soluções alternativas ao processo competitivo tradicional, especialmente por meio de coordenação (MOTTA, 2005).

Como colocado por Amato (1997), o primeiro modelo de coordenação a se popularizar foi o de *pools*: administradores de diferentes empresas combinavam volumes ofertados, repartindo participações de mercado em busca da manutenção dos lucros. O autor afirma que, apesar de se mostrar solução superior à competição via preços, esse sistema apresentou falhas importantes em sua "função regulatória". De um lado, sua forma contratual atípica não demorou a ser considerada ilícita⁸. De outro, as empresas, ainda independentes, não raro desrespeitavam as diretrizes do *pool*, carente de mecanismos formais para imposição de suas regras. Nesse cenário, segundo o autor, alguns industriais passaram a utilizar o *trust*, instituto legalmente reconhecido no *common law*⁹ caracterizado pela delegação a um *trustee* do direito de voto no Conselho de Administração de uma companhia. Por meio de delegações cruzadas, os administradores de diversos concorrentes decidiam conjuntamente preço e quantidade. Era de fato um cartel formalizado por meio de *trusts*. Essa solução aumentou a concentração econômica em diversos segmentos (AMATO, 1997).

A opinião pública, particularmente impulsionada por pequenos fazendeiros, pequenos industriais, consumidores e trabalhadores, se insurgiu contra o poder econômico acumulado pelos *trusts* (AMATO, 1997; FOX E SULLIVAN, 1987). Em 1890 foi promulgado o *Sherman Act*¹⁰, principal legislação do antitruste norte americano, composta por duas regras básicas: (i) proibição de quaisquer contratos, combinações ou

⁸ A organização em *pools* não utilizava nenhum instituto jurídico previamente reconhecido no *common law*. Esse tipo de acordo, inovador juridicamente e "polêmico" do ponto de vista econômico e social, foi interpretado como ilícito no judiciário, ou mesmo pelo legislativo, que o expressamente proibiu para empresas de transporte ferroviário pelo *Interstate Commerce Act*, de 1887 (AMATO, 1997; FOX E SULLIVAN, 1987).

⁹ Em conceituação livre, *common law* representa um sistema jurídico em que os tribunais, ao lado do legislativo, criam direito a partir do desenvolvimento de precedentes na jurisprudência. Esse sistema é típico dos EUA e do Reino Unido, em contraposição ao chamado *civil law*, típico da Europa continental e do Brasil, em que apesar de a jurisprudência dos tribunais serem fonte de direito (mesmo que sem a formação de precedentes na acepção do *common law*), trata-se de forma secundária em comparação ao exercício do Poder Legislativo.

¹⁰ Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C. §§ 1-7

conspirações que restrinjam o comércio¹¹; (ii) vedação a condutas aptas a monopolizar ou direcionadas à monopolização de qualquer parte do comércio¹².

Essas duas regras são a origem de incontáveis interpretações jurídicas, econômicas e políticas. Seus conceitos foram trabalhados e expandidos dando origem ao antitruste norte-americano atual e influenciando de forma decisiva a política concorrencial das principais economias ocidentais. De toda essa história, interessa a esta dissertação destacar a maneira com que diferentes abordagens econômicas foram utilizadas para fundamentar a aplicação da política antitruste à medida que seus objetivos, explícitos ou implícitos, sofreram alterações ao longo do tempo.

Como afirma Amato (1997), no momento em que foi promulgada, e em seus primeiros anos de aplicação, o bem protegido pelo *Sherman Act* não era a competição como a entendemos hoje (como efeitos da não-concorrência sobre oferta e demanda). O bem protegido pela lei era a liberdade contratual, no caso de "contratos" restritivos ao comércio, e a liberdade de atuação no mercado, a liberdade de terceiros (protegidos contra as práticas de exclusão), no caso de "conspirações em restrição ao comércio". Essa leitura era operacionalizada por meio de critérios jurídicos de razoabilidade fundamentados pela ponderação, em cada caso, da capacidade de contratos ou condutas tornarem agentes aptos a limitar a liberdade de indivíduos definirem preços de bens e serviços ofertados assim como decidirem sobre sua permanência no mercado (AMATO, 1997).¹³

Ainda segundo Amato, nesse mesmo período, última década do século XIX, os trabalhos de Alfred Marshall em economia neoclássica começavam a ganhar força¹⁴, e afirmavam que acordos em restrição ao comércio prejudicavam a concorrência não

¹¹ §1 Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal (Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C.)

¹² §2 Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony(...) (Sherman Antitrust Act of 1890, 15 U.S.C.)

¹³ Ver *US. v. Trnas Missouri Freght Association*, 166 US 290 (1897). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/case.html>. Acessado em 20/04/2014.

¹⁴ Particularmente por meio do livro "Principles of Economics", lançado em 1890.

porque limitavam a liberdade individual, mas porque permitiam que o preço fosse maior do que seria caso não houvesse restrição à dinâmica de oferta e demanda.¹⁵

Esse contexto permite destacar uma questão relevante a respeito da influência da economia enquanto subsídio à fundamentação de objetivos e processos da política antitruste. Na leitura do *common law* e liberdade individual, qualquer contrato que interferisse na liberdade individual de forma não razoável (leia-se, limitasse essa liberdade) seria ilícito. Na leitura neoclássica, apenas contratos que interferissem na dinâmica de oferta e demanda na definição de preços seriam ilícitos - o que, em muitos casos, poderia significar a licitude de acordos que, para o *common law*, seriam interpretados como restritivos de liberdade.

De fato, a orientação política e a leitura jurisprudencial começam a utilizar a teoria econômica como subsídio a seus padrões de análise e expectativas regulatórias. Adeptos de uma interpretação menos rígida da legislação utilizaram a abordagem neoclássica como ferramenta capaz de fundamentar sua visão sobre o antitruste. Esse processo permitiu à economia influenciar a alteração de algumas diretrizes, como o mencionado padrão de razoabilidade, assim como teve papel fundamental na sedimentação¹⁶ de entendimentos e diretrizes pré-estabelecidas, como a proibição *per se*¹⁷ de acordos horizontais e verticais em preços e quantidades.¹⁸

¹⁵ Essa leitura também começa a aparecer nos primeiros casos julgados a partir do *Sherman Act*. Ver *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 US 238 (1918). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/246/231/case.html>. Acessado em 20/04/2014.

¹⁶ A medida que a análise econômica se sofisticou, alterando resultados a respeito de como se constroem eficiências e incentivos em torno de relações horizontais e verticais, o processo de alteração do padrão jurisprudencial - cuja sedimentação foi influenciada pela própria economia - foi lento. Restrições verticais em vetores que não o preço só deixaram de ser consideradas *per se* ilícitas em 1977 (*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* - 433 U.S. 36 - disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html>. Acessado em 01/05/2014); restrições em preço só passaram à regra da razão em 2007 (*Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877). Disponível em <http://supreme-court-cases.findthebest.com/1/7996/Leegin-Creative-Leather-Products-Inc-v-Psks-Inc-Dba-Kay-s-Kloset-Kay-s-Shoes>. Acessado em 01/05/2014). Ver Salop (2008); Elhauge (2007)

¹⁷ Ao longo desta dissertação serão utilizados os conceitos de regras *per se* e regras baseadas em *rule of reason* (regra da razão). Em conceituação livre, uma regra *per se* é aquela cujo dispositivo é normativo, e não analítico: por exemplo, combinações de preço são ilícitas, sem espaço para argumentação em contrário. Regras pautadas no *rule of reason* exigem análise de efeitos associados a cada caso concreto para se verificar se determinada conduta configura, efetivamente, um ilícito: por exemplo, combinação de preços pode ser ilícita caso prejudique o bem estar dos consumidores em determinado mercado, o que deve ser aferido caso a caso.

¹⁸ Acordos horizontais são aqueles firmados entre empresas competidoras em um mesmo mercado relevante - produtos substitutos do ponto de vista de oferta e demanda. Acordos verticais são aqueles

Em 1914 foram promulgados outros dois pilares do antitruste norte americano: o *Federal Trade Commission Act*¹⁹ (FTC Act) e o *Clayton Act*²⁰. Três anos antes, a Suprema Corte havia decidido o caso *Standard Oil* (1911)²¹, o mais marcante da primeira fase do *Sherman Act*: política e historicamente, por ter determinado o desmantelamento da companhia de John Rockefeller; institucionalmente, por inaugurar a aplicação de critérios de participação de mercado para avaliar a extensão do poder de monopólio, fundamentando o estabelecimento da regra da razão²² para análises antitruste. Segundo Amato, o novo critério foi lido como arrefecimento antitruste, tendo nos dois novos estatutos uma resposta política com o objetivo específico de fortalecer a política de concorrência. A legislação que criou a *Federal Trade Commission*²³ introduziu conjunto detalhado de regras contra concorrência desleal²⁴ enquanto o *Clayton Act*, direcionado à proteção de pequenos empreendedores, previu a proibição de políticas de discriminação de preços, contratos de exclusividade e vendas casadas, reforçando arcabouço legal direcionado à sedimentação de uma política antitruste relativamente intrusiva.²⁵

Nessa linha, até o final de década de 1960, a política antitruste se desenvolveu em direção à consolidação da legislação e expansão do rol de proibições e obrigações

firmados entre empresas que compõem diferentes elos de uma mesma cadeia produtiva - fornecedores, produtores, distribuidores e varejistas.

¹⁹ *Federal Trade Commission Act of 1914*, 15 U.S.C §§ 41-58

²⁰ *Clayton Act of 1914*, 15 U.S.C. §§ 12-27

²¹ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* - 221 U.S. 1 (1911). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>. Acessado em 22/04/2014.

²² Até então, as regras eram majoritariamente entendidas como sendo obrigações *per se*: uma vez caracterizada a restrição em um contrato, estava caracterizado o ilícito. A partir do caso *Standard Oil*, fortificou-se o entendimento de que a identificação de uma restrição não seria suficiente para a verificação do ilícito. Seus efeitos sobre o mercado deveriam ser verificados caso a caso - algumas restrições não deveriam ser consideradas proibidas.

²³ Agência federal norte americana encarregada de promover proteção do consumidor e concorrência. Especificamente em temas concorrenciais, analisa tanto fusões (atos de concentração) quanto práticas de mercado, com competência para realizar acordos ou questionar, no judiciário, sua licitude. Para mais informações, ver o site da instituição em: <http://www.ftc.gov/>. Acessado em 25/04/2014.

²⁴ Concorrência desleal engloba condutas cujos efeitos se restringem à esfera privada da dinâmica competitiva. Isso significa que determinada conduta é ilícita porque prejudica o direito de determinado agente. As regras antitruste, por outro lado, se preocupam com os efeitos causados sobre o mercado como um todo, e não com agentes em específico. O *Federal Trade Commission* americano é competente para considerar ambas as questões. No Brasil, a legislação sobre propriedade intelectual (lei n. 9.279/96) contém a maior parte das regras de concorrência desleal, cuja competência para análise é do judiciário, e não do CADE.

²⁵ O *Clayton Act* sofreria duas emendas importantes: em 1950, sua seção 7, passou a definir aquisições parciais entre concorrentes como passíveis de análise antitruste; em 1976, estabeleceu-se a regra de apresentação prévia de atos de concentração (*Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976*).

concorrenciais. A exceção foi o período pós-crise de 1929, caracterizado por formas mais diretas de intervenção na economia e pelo receio de que uma "concorrência excessiva" poderia prejudicar o desempenho dos mercados e excluir pequenos empreendedores (FOX e SULLIVAN, 1987). O congresso e o judiciário encorajaram cooperações extensivas entre concorrentes, inclusive combinações de preço.²⁶

Superada a crise, o movimento de intensificação do antitruste foi acompanhado, na teoria econômica, pelo surgimento e consolidação da abordagem conhecida como "estrutura-conduta-desempenho" (ECD), principal teoria em organização industrial a influenciar a política antitruste até a década 1960 e bastante associada à linha de pensamento que se convencionou chamar de Escola de Harvard.²⁷ Construíram-se relações de causa e efeito entre venda casada e expansão de poder de mercado²⁸ e apresentaram-se as primeiras noções de barreiras à entrada como obstáculo à dinâmica competitiva²⁹. Resultados anticompetitivos eram entendidos como consequência das estruturas de mercado: oligopólios e barreiras à entrada restringiam a dinâmica competitiva. Em termos de política isso significava combater a concentração econômica. Ao mesmo tempo, estratégias desenvolvidas nesse ambiente seriam pressupostamente anticompetitivas como consequência automática da estrutura de mercado (MOTTA, 2002).

A escola de Harvard se desenvolveu em meio ao crescimento e consolidação de diversos setores no pós-guerra, processo que renovou uma percepção negativa a respeito da concentração de poder econômico. Como desenvolvem Fox e Sullivan (1987), até o final da década de 1960 o cenário norte americano assistiu à mescla das diretrizes iniciais do *Sherman Act* com os fundamentos do ECD. O resultado foi um extenso rol de práticas proibidas *per se* e crescente foco no controle de concentrações. Três casos emblemáticos, destacados por Amato (1997), apresentam esse contexto: *Aloca*³⁰, *Brown*

²⁶ O *National Industry Recovery Act*, de 1933, autorizava a coordenação entre concorrentes assim como previa a intervenção do governo no desenvolvimento de políticas industriais e regulatórias para diferentes setores, o que entrava em conflito direto com a maneira com os tribunais vinham aplicando o *Sherman Act*. Apresentava-se uma visão de que cartéis e associações alocavam recursos de forma mais eficiente do que processos competitivos (Amato, 1997; Sullivan, 1980).

²⁷ Ver Chamberlin (1933); Mason (1957); Bain (1956). Sobre a evolução das teorias em organização industrial, ver Shepherd (1991).

²⁸ Ver Turner (1958)

²⁹ Ver Bain (1956)

³⁰ *US v. Aluminium Company of America*, 148 F2d, 416 (1944).

Shoe (FTC)³¹, *Brown Shoe* (DoJ)³². A Alcoa, então única produtora nacional de alumínio, apesar de ter reconhecida pelo judiciário sua incapacidade de impor preços de monopólio, foi condenada por deter poder de mercado, o que por si só seria contrário à intenção do legislador de manter um sistema composto por pequenos produtores, todos independentes e não sujeitos ao poder de poucos (AMATO, 1997). A *Brown Shoe*, então segunda maior produtora de sapato do país, teve que abrir mão de sua rede de 650 lojas franqueadas por, em tese, colocarem em risco a liberdade do consumidor de escolher de quem comprar seus produtos. A mesma companhia foi impedida de adquirir um concorrente, apesar da expectativa de que a fusão geraria redução de preços.³³

Ao final da década de 1960 a junção de resquícios da interpretação da concorrência enquanto direito de pequenos empreendedores somada à influência da teoria estruturalista produziu um ambiente institucional bastante intrusivo, com inúmeras condutas de mercado proibidas de forma *per se*, notadamente relações verticais, além de extensa restrição a atos de concentração. Esse contexto abriu espaço para leituras alternativas da questão antitruste, aptas a subsidiar uma flexibilização da política. As décadas de 1970 e 1980 conviveram com a ascensão da abordagem conhecida como Escola de Chicago³⁴.

A Escola de Chicago pode ser apresentada como a interpretação da política antitruste através das lentes da teoria dos preços. Suas ideias seguiam pressupostos relativamente simples a respeito do comportamento de empresários, racionais e maximizadores de lucros, curvas de demanda negativamente inclinadas, elasticidade de demanda própria e cruzada de bens substitutos e complementares e alocação eficiente de recursos por meio de processo de mercado (deslocamento de investimentos para setores de maior retorno) (POSNER, 1978).

³¹ *F.T.C v. Brown Shoe Co.* 384 US 316 (1966).

³² *Brown Shoe Co. v. United states* 370 US 294 (1962)

³³ Como afirma a decisão neste caso: "It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization. We must give effect to that decision." *Brown Shoe Co. v. United States* 370 US 294 (1962). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/case.html>. Acessado em: 20/04/2014.

³⁴ Ver Posner (1978), Bork (1978) Stigler (1988), Demsetz (1973). Para contato com um dos primeiros textos dessa linha de pensamento, ver Director e Levi (1956).

Talvez a principal crítica levantada pela Escola de Chicago se referia à necessidade de se abandonar a ideia, colocada pela abordagem ECD, de que o número de firmas em determinado mercado explicava sua dinâmica competitiva. De fato, a causalidade seria inversa, uma vez que apenas os mais eficientes, de melhor tecnologia e alocação de recursos, conseguiriam permanecer no mercado (RUBINFELD, 2008). Em termos de política, significava inverter o pressuposto competitivo propagado até então: como o equilíbrio de mercado será, por hipótese, eficiente, a primeira interpretação que deveria ser dada à estratégia das empresas era a promoção de eficiência, e não exercício de poder de mercado, como afirmava a Escola de Harvard.

Há pelo menos dois efeitos, em termos de política, imediatamente associados a esse novo arcabouço analítico. De um lado, destacava-se a necessidade de focar as análises na identificação do desempenho do mercado, e não de sua estrutura; de outro, as únicas restrições ao comércio aptas a ferir as regras antitruste seriam condutas, concertadas ou unilaterais³⁵, capazes de aumentar o preço e excluir concorrentes eficientes, obrigando consumidores a situações de *second best*, isto é, aptas a prejudicarem o bem-estar do consumidor.³⁶ Nesse contexto, respeitado o pressuposto do agente racional e maximizador, toda conduta que consiga transformar melhorias produtivas ou redução de custos em aumentos de bem estar deveriam ser entendidas como pró competitivas (AMATO, 1997).

A decisão no caso *GTE Sylvania*³⁷ foi a primeira em que a Suprema Corte aplicou rigorosamente um argumento econômico ao estilo de Chicago, revertendo entendimento, até então prevalecente, sobre a natureza ilícita *per se* de restrições verticais em contratos de distribuição. Abandonava-se a diretriz de confiança na estrutura de mercado enquanto vetor por si só capaz de proporcionar dinâmica

³⁵ Condutas concertadas são as oriundas de coordenação entre agentes independentes de mercado, notadamente concorrentes em um mesmo mercado ou verticalmente relacionadas em uma cadeia produtiva. Condutas unilaterais são aquelas assumidas de forma independente por um agente de mercado.

³⁶ Para grande parte dos representantes dessa escola de pensamento, a principal medida para aferição do desempenho do mercado e, conseqüentemente, parâmetro para intervenção antitruste tinha de ser bem-estar agregado: maximização dos excedentes de produtor e consumidor e minimização de peso morto. Ao longo do tempo, esse critério se deslocou, mesmo que de forma não unânime dentro dos representantes de Chicago, para o bem estar do consumidor ao invés do agregado. Ver Bork, (1978); Hovenkamp (2008).

³⁷ *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* - 433 U.S. 36 (1977). Disponível em <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/>. Acessado em 24/04/2014.

competitiva: a avaliação deveria ser caso a caso, identificando-se o impacto líquido de bem-estar a cada prática (POSNER, 2001).

Essa abordagem, bastante influente ao longo da década de 1980, resguardados extremismos e fraquezas, colocou em destaque o fato de que muitas das até então identificadas como "práticas restritivas" à competição, em determinados contextos, promoviam eficiência e deveriam ser incentivadas (SCHMALENSEE, 2008).

O contexto político e econômico do governo liberal de Regan (jan/81 a jan/89) permitiu a utilização extensiva dos ensinamentos da escola de Chicago.³⁸ Desde os anos pós crise de 1929 a política não havia se comportado de forma tão complacente a concentrações e condutas de mercado (FOX e SULLIVAN, 1987). Da mesma maneira que o extremo estruturalista do final de 1960 impulsionou a "resposta" de Chicago, o extremo da década de 1980 provocou fortes discussões. O final da década 1980 marca outro processo de alteração, que talvez perdure até hoje, identificado como "pós-Chicago" (HOVENKAMP, 2005). Do ponto de vista da teoria econômica, inúmeras abordagens se propuseram a demonstrar as fraquezas de várias das hipóteses propagadas entre 1970-80, como a desconsideração dos efeitos gerados por custos de transação, assimetria informacional e racionalidade limitada.³⁹ A relevância das instituições para o processo competitivo deveria ser repensada, assim como a utilização de ferramentas sofisticadas para a análise de estratégia e comportamentos dinâmicos das firmas, notadamente por meio da utilização de teoria dos jogos, colocariam luz sobre diversos riscos competitivos "escondidos" pelo arcabouço simplificado de Chicago (FOX, 1981).⁴⁰

O período recente é marcado pela procura por uma visão equilibrada entre os avanços proporcionados pelas diferentes abordagens propagadas ao longo do tempo, com maior ou menor entrada de diferentes perspectivas à medida que variáveis de política e de

³⁸ É importante notar como o "sucesso" da interpretação econômica está relacionado a ambiente político que permita a propagação de suas conclusões analíticas. As teorias parecem mais ser utilizadas para consecução de um propósito pré-determinado do que efetivamente vetores de alteração de métodos e objetivos da aplicação da legislação. Ver, por exemplo, análise da perspectiva sobre a política antitruste ao final da era Regan, trabalhada por Correa (1987).

³⁹ Sobre esses temas, ver Williamson (1975 e 1985).

⁴⁰ Para uma perspectiva histórica da evolução institucional e sua influência sobre a economia, ver North (1990). Para uma abordagem da sociologia econômica sobre o assunto, mais especificamente a respeito do conceito de *embeddedness*, ver Granovetter (1985).

mercado se mostrem favoráveis. Em termos práticos, é importante destacar três características da experiência americana que influenciam o antitruste no mundo:

- i. O contexto político é fundamental à compreensão da evolução do antitruste, mas isso não se confunde com ingerência política - leia-se do Poder Executivo - sobre a tomada de decisão de autoridades competentes. Destaca-se a relevância da independência institucional da autoridade antitruste em relação à ingerência do Poder Executivo;⁴¹
- ii. Apesar de não haver consenso a respeito do objetivo da política antitruste - eficiência e bem estar do consumidor, eficiência e bem estar agregado, outros interesses (pluralidade e liberdade) -, há certo consenso na teoria e na prática norte americana de que o antitruste é adequado à análise de eficiência e bem estar (do consumidor ou agregado), enquanto outras políticas são mais adequadas para lidar com vetores de distribuição, equidade, pequenos e médios empreendedores, regulação setorial e mercado de trabalho. Depositar sobre o antitruste objetivos muito amplos e, por vezes, contraditórios, inviabiliza uma aplicação coerente da política;⁴²
- iii. Institucionalizou-se o não determinismo a respeito de quais condutas e quais estruturas de mercado são, de fato, anticompetitivas. É preciso empreender análises caso a caso para se identificar os reais efeitos de cada contexto. Sobram poucos cenários *per se*, como a ilicitude de cartéis.⁴³

2.1.2. O antitruste na União Europeia (UE)

O contexto europeu que se faz relevante para este trabalho é mais recente do que o americano, coincidindo com a criação do mercado comum, em 1957. A chave para a compreensão das diferenças entre o modelo europeu e o norte americano está em perceber a relevância, para a Europa, da política de concorrência enquanto ferramenta

⁴¹ Sobre esse tema, ver OECD (2003)

⁴² Ver em Brodley (1987) uma discussão sobre esse tema.

⁴³ Para discussão a respeito da natureza da análise de cartel no Brasil, ver Martinez (2013); uma perspectiva mundial pode ser encontrada em OECD (2002).

para a criação, desenvolvimento e consolidação de um mercado comum (AMATO, 1997). Apesar da influência dos EUA, e de recente convergência entre teoria e prática americana e europeia, a concorrência enquanto instrumento para melhorar o bem-estar econômico ou a liberdade individual/contratual, principais questões no antitruste norte americano, não foram o foco da política do bloco (FOX, 2002). O objetivo aqui é destacar o que torna a experiência europeia singular e como essas diferenças afetam as instituições brasileiras e o *benchmark* utilizado pelos índices de concorrência.

À exceção de Reino Unido e Holanda, que promoveram a liberalização progressiva de seus mercados, desenvolvendo uma cultura competitiva (NORTH, 1973), a Europa continental se caracterizou, ao longo do século XX, por modelo econômico pautado por políticas protecionistas, empresas públicas e promoção de cartéis de interesse público (AMATO, 1997). Apesar de o Tratado de Roma, que criou a UE em 1957, prever regras específicas sobre política antitruste, por muito tempo essa não foi a realidade institucional da economia dos Estados Membros.⁴⁴ Como coloca Bodoff (1984), grande parte dos países patrocinava políticas econômico-industriais incompatíveis com esse tipo de legislação - gargalos produtivos eram superados por meio de atuação direta do Estado e planejamento de política industrial, e não com promoção de processo competitivo.

A Alemanha foi o primeiro país da região a adotar uma lei concorrencial em âmbito interno, também 1957.⁴⁵ Apesar de ter criado uma autoridade competente para questões concorrenciais, manteve para o governo poderes especiais de veto em decisões que interferissem no interesse público.⁴⁶ A lei também permitia os chamados "cartéis de crise" e mantinha vários setores isentos de escrutínio competitivo, como bancos, seguros

⁴⁴ Ver artigos 3 (f) e 85-90 do Tratado de Roma, 1957. Disponível em: http://ec.europa.eu/archives/emu_history/documents/treaties/rometreaty2.pdf. Acessado 25/04/2014.

⁴⁵ França, Holanda e Bélgica adotaram leis antitruste no mesmo período. Entre 1970 e 1980 foi a vez de Luxemburgo, Irlanda, Grécia e Portugal. A Itália só adotou sua legislação no início dos anos 1990, em consequência da assinatura do Tratado de Maastricht.

⁴⁶ A principal influência para experiência alemã, singular na UE, está na escola ordoliberal de Freiburg. Para essa linha de pensamento, um sistema econômico competitivo era essencial para a formação de uma sociedade próspera, livre e igualitária. No entanto, a concorrência só entregaria resultados positivos se dispusesse de arcabouço institucional capaz tanto de prevenir a formação e exercício abusivo de poder econômico privado quanto excessiva intromissão estatal. Ou seja, o poder público excessivo também era um risco à liberdade competitiva - apresentava-se uma solução constitucionalista para a questão antitruste, o que de fato se refletiu na estruturação da União europeia, cujo tratado de Roma prevê concorrência como princípio e regra (GIACOLI, 2009).

e transportes (AMATO, 1997). Ao longo dos últimos cinquenta anos houve um processo de harmonização de regras entre os membros segundo as diretrizes comunitárias, eliminando a ingerência do poder executivo em decisões antitruste e reduzindo o escopo dos objetivos abarcados pela política.⁴⁷ Essa evolução traz especificidades relevantes para o contexto brasileiro, e servem de contraponto ao modelo norte-americano, com três destaques: (i) presença da figura do "abuso de posição dominante"⁴⁸; (ii) maior restrição à utilização de argumentos econômicos de eficiência em atos de concentração;⁴⁹ (iii) previsão de exceção antitruste em casos em que haja promoção de progresso econômico ou tecnológico apto a ser repartido com o consumidor.⁵⁰ A junção dessas características influencia o padrão de prova exigido para identificação de ilícitos assim como altera a perspectiva a respeito de quais condutas e operações têm potencial anticompetitivo.

Essas diferenças podem ser ilustradas por meio do conceito de “dano à concorrência” extraído de ambos os modelos. A evolução do antitruste norte americano, especialmente por meio das contribuições da escola de Chicago e posteriores críticas, entregou uma interpretação jurisprudencial, relativamente pacífica, do que seja dano antitruste e quando devem intervir os órgãos competentes: para a jurisdição norte americana, o dano antitruste está atrelado à comprovação de danos ao consumidor. O papel da autoridade é provar esse dano, por análises caso a caso. A principal consequência desta abordagem é a diminuição da importância de figuras como barreiras à entrada e fechamento de mercado – a mera prova desses fatores não é suficiente. Há que se comprovar um *link* entre essas barreiras/fechamento com palpável dano ao consumidor (FOX, 2002).

O caso europeu é diferente. Apesar do dano ao consumidor ser levado, sim, em consideração, ele não é central como nos EUA. O centro da análise é a concorrência, a

⁴⁷ Para uma análise da política antitruste praticada de forma unificada pela comunidade europeia, ver OECD (2005b).

⁴⁸ O conceito de abuso de posição dominante coloca uma responsabilidade especial para empresas "grandes". Trata-se de conceito diverso do monopólio, que baliza a política norte americana. Relação com definição de mercado relevante e política (AMATO, 1997). O resultado acaba sendo a intromissão nas condutas da companhia mesmo quando elas são eficientes ou neutras do ponto de vista competitivo, mas colocam em risco a estrutura do mercado, flertando com regulação econômica. Ver Amato (1997).

⁴⁹ Regras para fusões também são diferentes, notadamente pela maior resistência jurisprudencial a argumentos de eficiência, que podem ser vistas como "obstáculo" à concorrência. Ver Amato (1997) e Williamson (1968).

⁵⁰ Ver Townley (2009)

dinâmica competitiva. A tutela do consumidor aparece de forma indireta – pressupõe-se que a livre concorrência é o modelo que entrega o maior bem estar ao consumidor. Apesar de ser uma diferença relativamente sutil, há uma consequência drástica em termos de política: na Europa, defende-se a dinâmica competitiva. Daí a existência de figuras como “abuso de posição dominante” e “aquisição de posição dominante”. A interferência de agentes privados na dinâmica competitiva, especialmente fechamento de mercado – o que limita a liberdade de iniciativa e a livre competição – é suficiente para a configuração de dano antitruste e movimentação da Autoridade competente (MONTI, 2007). O dano ao consumidor fica, de certa maneira, pressuposto. A prova sobre a alteração da dinâmica é suficiente para a intervenção. A prova a respeito do dano sobre o consumidor não é essencial, não tem a mesma robustez exigida pelo modelo americano⁵¹.

Essas diferenças interferem no cotidiano da política brasileira. A legislação nacional está bastante alinhada à europeia, seja por seu caráter mais descritivo, detalhando condutas potencialmente ilícitas,⁵² seja pela utilização do conceito de abuso de posição dominante ou pela previsão ao longo de quase vinte anos do artigo 54, §2 da lei n. 8884/94⁵³ da possibilidade de considerar fatores não econômicos (eficiência) na análise de atos de concentração. A jurisprudência nacional também utiliza de conceitos europeus de fechamento de mercado e barreiras à entrada.⁵⁴ Mantida a consistência analítica, o objetivo da política de defesa da concorrência deveria ser o processo

⁵¹ Economides e Lianos (2009) discutem essas diferenças aplicadas a condutas de venda casada e pacotes de produtos no recente e importante caso Microsoft, marcado pelas mesmas premissas fáticas mas com resultados completamente diversos perante as jurisdições norte americana (*United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)) e a corte europeia (Case T-201/04, *Microsoft Corp. v. Commun*, 2007 E.C.R. II-3601). Para outras discussões a respeito de diferenças entre o modelo americano e europeu, ver Ginsburg (2005).

⁵² As regras americanas não detalham as condutas potencialmente ilícitas, apenas colocam as diretrizes gerais de atuação da lei - acordos, condutas que prejudiquem a concorrência, concorrência desleal, tentativas de monopolizar o mercado. A legislação europeia é mais detalhista, indicando além das diretrizes da lei, algumas condutas potencialmente ilícitas. A legislação brasileira, além das diretrizes, expande o rol de condutas explicitamente colocadas pela lei: a 8.884/94 listava nada menos do que 24 condutas potencialmente ilícitas (artigo 22); a 12.529/11 traz 19 condutas (artigo 36, §3º).

⁵³ Ver Brasil (1994).

⁵⁴ Ver, por exemplo, o caso Souza Cruz S/A e Phillip Morris S/A, Processo Administrativo n. 08012.003921/2005-10. Contratos de exclusividade de merchandising com pontos de venda foram considerados prejudiciais à concorrência, com fundamentação em jurisprudência europeia, por potencialmente fecharem o mercado, apesar da participação de mercado da companhia ter se mostrado inferior a 20% em diversos mercados relevantes. As empresas firmaram Termo de Compromisso de Desempenho com o CADE. Ver Parecer da Secretaria de Direito Econômico neste caso, disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000603931266.pdf. Acessado em 02/05/2014.

competitivo em si, e não o bem estar dos consumidores de forma direta. No entanto, esse tema possui interpretação controvertida tanto na doutrina nacional quanto na própria jurisprudência do CADE, que por vezes utiliza da leitura europeia de fechamento de mercado e abuso de posição dominante com o alegado objetivo de defender o bem estar do consumidor, e não a concorrência em si.⁵⁵ Ou seja, há uma mistura entre estrutura legal, abordagem analítica e fundamentação teórica.

Essas e outras particularidades, no entanto, não serão captadas pelos índices calculados nesta dissertação, o que exigiria uma análise denominada de *law in action*, com base na atuação das autoridades e nos processos decisórios, em contraste com a análise *law on the books*, empreendida aqui.⁵⁶ Essa discussão é importante, todavia, para se compreender o que influencia o *benchmark* e sua definição do que seriam as "melhores práticas" concorrenciais, ao mesmo tempo em que permite interpretar de forma mais criteriosa o resultado dos índices calculados.

2.1.3. O antitruste no contexto brasileiro

Assim como na Europa continental, a dinâmica da economia brasileira ao longo de grande parte do século XX se pautou por planejamento e intervenção estatal, ao invés do desenvolvimento de mecanismos de livre mercado, o que, por si só, dificultou a aplicação de políticas extensivas de promoção da concorrência.

Essa conjuntura, no entanto, não impediu que o Brasil promulgasse uma lei direcionada a regular o abuso do poder econômico. Desde a Constituição Federal de 1946 havia previsão explícita a respeito da necessidade de se reprimir toda e qualquer forma de abuso de poder econômico que tivesse por fim dominar mercados, eliminar a concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.⁵⁷ Nesse contexto, foi elaborado o

⁵⁵ Sobre essa potencial contradição ver, novamente, o caso Philip Morris e Souza Cruz citado na nota 53.

⁵⁶ Para uma discussão a respeito dos conceitos de *law in action* e *law on the books* e consequências para a análise jurídica, ver Cooter e Schäfer (2006).

⁵⁷ "Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros". Constituição Federal de 1946.

primeiro projeto de lei antitruste brasileiro, que acabou não promulgado.⁵⁸ Quase vinte anos depois, projeto similar voltou à pauta do governo, momento em que se buscava o controle do processo inflacionário: o objetivo era criar mecanismos aptos ao coibir lucros e preços abusivos por parte do setor privado para além de mecanismos diretos de controle, o que já ocorria por meio da Comissão Federal de Abastecimentos e Preços (LOUREIRO, 2010).

Em 1962 foi promulgada a lei n. 4.137⁵⁹. A partir da simples leitura da legislação já é possível perceber a influência dos institutos norte americanos, destacando cinco condutas anticompetitivas que replicam diretrizes do *Sherman Act*, *Clayton Act* e *Federal Trade Commission Act*.⁶⁰ De acordo com essa legislação, estruturou-se um regime administrativo para a repressão ao abuso de poder econômico, modelo institucional que ainda vigora no país, mas com fundamentos bastante diversos dos atuais: apesar de já se chamar Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE anterior à lei n. 8.884/94 respondia ao Conselho de Ministros de Estado ao invés de ser uma autarquia federal independente, seu presidente não possuía estabilidade ou mandato por prazo determinado, o órgão era competente não apenas para julgar mas também para instruir os processos administrativos e não havia previsão específica para o controle de atos de concentração.

Apesar da promulgação da lei, e da tentativa de se alinhar às regras básicas do sistema norte americano, os parâmetros do mercado brasileiro estavam distantes do que se entendia por política de concorrência nos EUA no mesmo período. A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP), por exemplo, se colocou de forma contrária ao projeto de lei, manifestando-se em várias oportunidades perante o senado e a presidência da república. Como reconstrói Loureiro (2010) a partir de uma série de reportagens publicadas pelo jornal O Estado de São Paulo, a FIESP defendia *trusts* como benéficos à economia nacional por possibilitarem a contestação de concorrência

⁵⁸ Projeto de lei 122/1948, realizado por Agamenon Magalhães, Ministro da Justiça na década de 1940. Esse projeto, apesar de não aprovado, influenciou a formulação dos projetos seguintes que, alterados, resultaram na lei de 1962. Ver Schieber (1966).

⁵⁹ Ver Brasil (1962).

⁶⁰ A lei brasileira desenvolveu um regime significativamente mais simples do que o formado pelo *Federal Trade Commission Act*, que estruturou o controle administrativo do antitruste norte americano. Ainda assim, o conceito de ilícito e práticas anticompetitivas eram bastante alinhados - ver, por exemplo, as disposições do art. 2 da lei n. 4.137/62 e os §§1º e 2º do *Sherman Act*, §1º do *Clayton Act*.

estrangeira, assim como a possibilidade de interferir em estruturas e condutas de mercado afrontaria os princípios da livre iniciativa e liberdade individual.

Esse contexto, de fato, está alinhado à política econômica da época, ainda fortemente atrelada ao controle direto de preços, produção estatal e controle de entrada nos mercados - ou seja, buscava-se desenvolvimento por meio de interferências diretas nas variáveis preço, quantidade e qualidade, e não por meio da promoção de incentivos, como desenvolvimento de uma dinâmica competitiva de mercado.⁶¹

Há inúmeros trabalhos que abordam os desdobramentos do direito antitruste nacional entre as leis de 1962 e 1994.⁶² Esse não será o foco da seção, entretanto. O objetivo aqui é apresentar a arcabouço institucional criado pela legislação de 1994, responsável pela estruturação do antitruste do Brasil contemporâneo, assim como sua recente alteração, em 2011.

A lei promulgada em 1994 faz parte de um conjunto de medidas voltadas à alteração dos fundamentos da economia brasileira. No final da década de 1980 e em boa parte da década de 1990, em linha com a Constituição Federal de 1988, que estipulou a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, o Brasil conviveu com significativas alterações de política, em especial direcionadas à estabilização monetária e a abertura comercial e financeira ao mercado internacional.⁶³ Destacam-se (i) o fim dos instrumentos de controle de preço e investimento; (ii) a redução de alíquotas de importação e de barreiras não tarifárias, assinatura de acordos bilaterais e multilaterais de comércio e facilitação da entrada e saída de capitais externos e (iii) o processo de privatização e regulação pró-competitiva da economia (KUPFER, 2003).

A lei 8.884/94 organizou o que se convencionou chamar de Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, com repartição de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, agora autarquia federal responsável pelo

⁶¹ As décadas de 1960/70/80 foram marcadas pela atuação da Superintendência Nacional do Abastecimento -SUNAB (atuante entre 1962 e 1997), Conselho Interministerial de Preços - CIP (atuante entre 1969 e 1990) e Secretaria Especial de abastecimento e Preços - SEAP (atuante entre 1979 e 1990).

⁶² Ver, por exemplo, Considera e Correa, (2002); Considera, (2002); Monteiro, (2002); Ferraz jr.(1992); Martínez, (2011).

⁶³ Arts. 170 e 173 da Constituição Federal de 1988.

juízo dos casos, Secretaria de Direito Econômico - SDE, vinculada ao Ministério da Justiça e responsável pela condução de processos administrativos, e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, órgão do Ministério da Fazenda responsável pela análise de atos de concentração (MARTINEZ, 2011). As bases da política passaram a incluir, além do controle de condutas anticompetitivas (dimensão repressiva, presente de forma extensiva na lei 1962), de análise de estruturas de mercado (dimensão preventiva) e da advocacia da concorrência no desenvolvimento e condução de políticas de Estado.

O controle de condutas se caracteriza pela análise da dinâmica competitiva, em especial dos efeitos de estratégias de preço e políticas de desconto, relações verticais entre fornecedores, produtores, distribuidores e varejistas, criação de barreiras à entrada de concorrentes e movimentos aptos a monopolizar ou abusar de poder de mercado (SALOMÃO FILHO, 2003; HOVENKAMP, 2005). Esse arcabouço exige um modelo apto a lidar com as complexidades de uma economia de mercado, o que engloba a capacidade de compreender e trabalhar a relação econômica entre setores regulados, oligopolizados e competitivos, dinâmicas maduras, nascentes ou pautadas por rápidas alterações tecnológicas; ao mesmo tempo, é preciso compreender a relação da lei antitruste com outras regras do ordenamento jurídico, como regras societárias, contratuais, regulatórias e de propriedade intelectual.

O controle de estruturas de mercado, de maneira similar, também precisa ser sensível a essas relações econômicas e jurídicas, com o desafio de desenvolver abordagens e procedimentos que tornem a política compreensível aos agentes de mercado: é necessário proporcionar previsibilidade e transparência a respeito do que se entende prejudicial à concorrência, diminuindo o risco privado e reduzindo interferências ineficientes da política (SALOMÃO FILHO, 2007).

O modelo brasileiro, inspirado nas práticas europeia e norte americana, construiu arcabouço complexo para análise dessas questões, base que foi aperfeiçoada ao longo do tempo. Desde a lei n. 8.884/94, o CADE é autarquia federal independente do Poder Executivo, seu presidente tem mandato estável e de prazo determinado; a instância competente para julgar as questões antitruste é composta por seis conselheiros, além do

presidente, que podem ser advogados ou economistas, e não se confunde com as instâncias competentes para instrução dos casos; as condutas foram estabelecidas em lei segundo a regra da razão; estipulou-se direito a indenizações civis de forma independente da discussão administrativa, assim como manteve-se a dimensão criminal de certas condutas contra a ordem econômica (estipuladas pela lei 8.137/1990).

A partir desses fundamentos, novas leis, resoluções, portarias e iniciativas intensificaram a qualidade e robustez da estrutura criada em 1994, dentre outros, com a criação de fonte de orçamento próprio,⁶⁴ programa de leniência,⁶⁵ instituição de mecanismos de busca e apreensão,⁶⁶ criação do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação,⁶⁷ série de acordos de cooperação com ministério público estadual e federal⁶⁸ e agências reguladoras e outros órgãos da administração pública,⁶⁹

⁶⁴ Lei n. 9.781/99 estipulou taxas pecuniárias, pagas pelas empresas ao CADE, como requisito para a apresentação de Atos de Concentração e outras diligências. Até então o CADE dependia de repasses orçamentários do Ministério da Justiça.

⁶⁵ Art. 35-B 8884/94 - (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000). A leniência permite que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste e coopere com as investigações e receba, em contra partida, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis. Na lei 12.529/11 o programa está previsto nos arts. 86 e ss. A nova lei estendeu a imunidade criminal, antes restrita aos crimes contra a ordem econômica (dispostos na lei 8.137/90), aos crimes tipificados nas leis n. 8.666/93 (licitações e contratos com a administração pública) e no Código Penal.

⁶⁶ Art. 35-A 8884/94 - (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000)

⁶⁷ Instituído pela Resolução do CADE 28, de 24.07.2002 e alterado pela Resolução 45, de 28.03.2007. O Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) foi criado com o objetivo de superar uma falha institucional sensível: como a lei exigia a apresentação do ato de concentração ao CADE após a realização da operação, sem quaisquer regras associadas à suspensão da operação até a decisão da autoridade, corria-se o risco de que, no momento em que o CADE tomasse a sua decisão, ela fosse inaplicável - ativos financeiros, humanos, físicos e intangíveis poderiam não mais existir nos termos em que a operação foi apresentada. Era preciso garantir a reversibilidade da operação, caso essa fosse a decisão do CADE ao final da análise. Essa questão só foi plenamente solucionada com a lei 12.529 que institui a análise prévia de atos de concentração.

⁶⁸ Desde 2003, ano da realização do primeiro acordo de leniência pelo CADE, a autarquia celebrou diversos acordos de cooperação com os Ministérios Públicos Federal e Estaduais, com foco em regras para troca de informações e diligências conjuntas - busca e apreensão, oitiva de testemunhas etc. Foram criados núcleos de repressão a cartéis, com destaque para o Grupo Especial de Delitos Econômicos - GEDEC do Ministério Público do Estado de São Paulo. Martinez (2013) detalha esse processo.

⁶⁹ Destacam-se convênios de cooperação técnica firmados com a Agência Nacional Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (2000), Agência Nacional Transportes Terrestres - ANTT (2003), Banco Central do Brasil - Bacen (2005), Comissão de Valores Mobiliário - CVM (2008), Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ (2008), Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC (2009), Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL (2010), Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (2013), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES (2013) e, no contexto do notório cartel do metrô de São Paulo, cooperação com Controladoria-Geral da União para a repressão a fraudes e licitações públicas (2014), todos disponíveis do sítio do CADE: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2606060a16f43713212130>. Acessado em 02/05/2014.

publicação de *guidelines*,⁷⁰ estabelecimento de procedimento sumário para apresentação de atos de concentração⁷¹ e programas nacionais de advocacia da concorrência⁷².

Apesar desses avanços, algumas questões exigiam alterações mais incisivas, com destaque para (i) a ausência de quadro de funcionários públicos específicos ao órgão, (ii) a dificuldade de articular, de forma célere, organizada e dentro dos parâmetros da legalidade e devido processo legal, a atuação da SDE, SEAE e CADE, (iii) ausência de estabilidade e independência funcional para os Secretários de Acompanhamento Econômico e Direito Econômico, (iv) grande volume de atos de concentração irrelevantes do ponto de vista antitruste;⁷³ prazos excessivos para a análise de atos de concentração e processos administrativos⁷⁴ (v) ausência de análise prévia de atos de

⁷⁰ É praxe em diversos regimes antitruste, notadamente Estados Unidos, União Europeia e Reino Unido, a publicação, pelas autoridades concorrenciais, de guias em que são discutidos, exemplificados e informados métodos de análise, riscos e a compreensão da agência a respeito de questões da política antitruste. No Brasil essa prática ainda não é praticada com tanta intensidade, notadamente pelo fato de que o regime nacional ainda está se solidificando, não sendo interessante "engessar" a compreensão de temas complexos e ainda em construção pela doutrina e jurisprudência. Ainda assim, o guia para análise de atos de concentração horizontal, um dos poucos do gênero no país, teve impacto significativo na prática brasileira. Ver: BRASIL. Ministérios da Justiça e da Fazenda, Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.

⁷¹ Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 1, de fevereiro de 2003 estabeleceu o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração, simplificando o procedimento utilizado para a apresentação de operações de menor potencial ofensivo, introduzindo celeridade ao sistema. Disponível em <file:///C:/Users/Guilherme/Downloads/2001portariaConjunta50.pdf>. Acessado em 22/07/2014.

⁷² Além de atuações institucionais perante os demais órgãos da administração público e Poderes Legislativo e Judiciário, destacam-se uma série de iniciativas de comunicação da questão concorrencial ao grande público, com destaque para: Defesa da Concorrência no Judiciário (SDE/CADE 2010); Cartilha sobre combate a cartéis e Programa de Leniência (SDE/CADE, 2009); Cartilha sobre combate a cartéis na revenda de combustíveis (MJ/SDE/DPDE, 2009); Cartilha sobre combate a cartéis em sindicatos e associações (MJ/SDE/DPDE, 2009); Cartilha sobre combate a cartéis em licitações (MJ/SDE/DPDE, 2008); Cartilha do Cade (3ª edição. CADE, 2007) A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis (ANP/SDE, 2004). Todos esses documentos podem ser acessados a partir de <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7BDA2BE05D-37BA-4EF3-8B55-1EBF0EB9E143%7D>. Acessado em 02/05/2014.

⁷³ A lei n. 8.884/94 obrigava a apresentação de quaisquer atos de concentração em que ao menos uma das empresas envolvidas tivesse faturado R\$ 400 milhões ou mais no exercício anterior à operação. Mesmo ausente esse critério, caso uma das empresas envolvidas detivesse 20% ou mais de participação em determinado mercado relevante (produtos substitutos do ponto de vista de oferta e demanda), o ato também deveria ser obrigatoriamente apresentado. Esses gatilhos levavam ao SBDC inúmeros casos irrelevantes do ponto de vista competitivo.

⁷⁴ Alguns atos de concentração levaram mais de cinco anos no SBDC (como no caso da venda da TVA pela Abril comunicações S.A. para Telefônica [Telesp] - AC n. 53500.031787/2006). Muitos casos complexos levaram ao menos dois anos (como a recente criação da BR Foods, fusão da Sadia S.A. com a Perdigão S/A, que durou dois anos - AC n. 08012.004423/2009-18).

concentração;⁷⁵ (vi) ausência de grupo institucionalizado e dedicado à análise econômica de casos antitruste.⁷⁶

A lei n. 12.529/11⁷⁷ se preocupou com essas e outras questões. De acordo com essa lei, dentre outras alterações, foi previsto concurso público específico para composição do quadro de funcionários alocados na atividade fim da autarquia; criou-se a Superintendência-Geral do CADE, que aglutinou as competências de instrução processual e análise de concentrações anteriormente alocadas na SDE e SEAE; ao Superintendente-Geral foi conferida estabilidade e cargo por tempo determinado, eliminando o caráter de dependência do órgão competente para instrução dos casos de ingerência do Poder Executivo; alteraram-se os critérios para apresentação de atos de concentração, instituiu-se a análise prévia dos atos de concentração, criou-se o Departamento de Estudos Econômicos, dedicado à produção de suporte técnico econômico para análise e tomada de decisão.

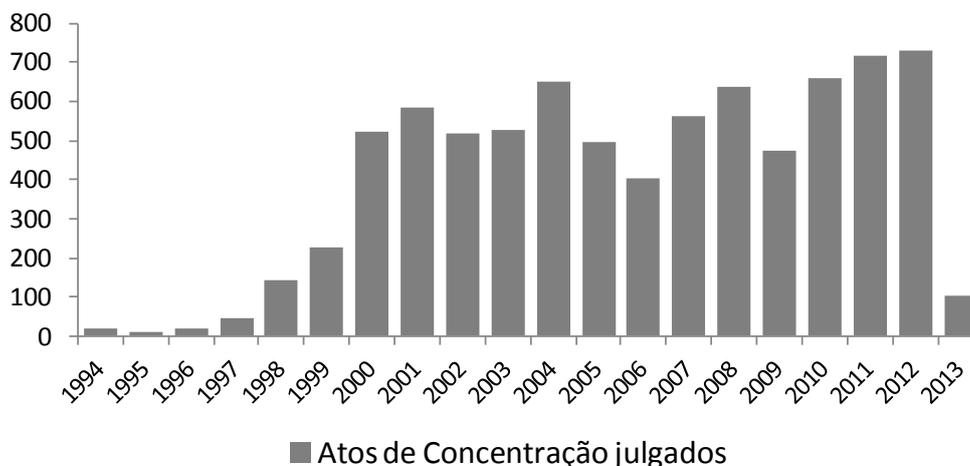
Os efeitos de grande parte dessas alterações são de difícil mensuração, especialmente no curto prazo, como é o caso. Uma variável, entretanto, já apresenta resultado expressivo: trata-se da redução do número de atos de concentração apresentados anualmente ao CADE. A elevação do critério de faturamento, de R\$ 400 para R\$ 750 milhões, exigindo-se ainda que a outra empresa envolvida tenha faturado ao menos R\$ 75 milhões, segundo a Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012, além da eliminação do critério de participação de mercado, retirou do sistema número significativo de operações. O gráfico a seguir é ilustrativo.

⁷⁵ Como discutido a respeito do APRO, a análise do CADE não suspendia a realização dos atos de concentração (venda de ativos, alterações societárias, reestruturação dos recursos humanos etc), o que poderia obstar a efetivação das decisões do CADE a respeito de reversão ou restrição das operações.

⁷⁶ O CADE não possuía corpo técnico institucionalizado com a função de subsidiar as análises econômicas necessárias para a tomada de decisão - as análises dependiam da capacitação dos funcionários e conselheiros com conhecimentos em economia, ou depender exclusivamente da opinião exarada pela SEAE como resultado da instrução dos atos de concentração.

⁷⁷ Ver Brasil (2011).

Gráfico 1 - Evolução do número de atos de concentração julgados pelo CADE por ano (1994-2013)



Fonte: Elaborado pelo autor com base em CADE(Prestação de contas ordinária anual. Relatórios de Gestão Exercícios 1996 a 2011; Dados de 2012 e 2013 em "CADE em números", disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>, acessado em 01/05/2014)..

O objetivo era liberar recursos para a análise de condutas anticompetitivas, especialmente combate a cartéis. Em 2012 foram analisados 712 atos de concentração, dos quais 670 foram aprovados sem restrições, 39 com restrições e 3 foram reprovados. Em 2013, já com a nova lei, foram apresentados 104, dos quais 50 foram aprovados sem restrições, 46 com restrições e 3 foram reprovados⁷⁸. Ou seja, na lei anterior, 5,8% dos casos analisados geravam risco competitivo; na lei atual essa taxa foi para 47%.

Apesar desses avanços, destaca-se um fator que ainda requer reflexão. Como indicado anteriormente, o modelo brasileiro está centrado na repressão administrativa de práticas anticompetitivas. Ou seja, grande parte das sanções e punições é aplicada no âmbito do CADE, de caráter difuso, e, mais importante, por meio de decisões das quais cabe recurso ao judiciário. Os modelos americano e europeu também possuem importante atuação administrativa, mas o judiciário tem participação mais ativa nos casos em que autoridade antitruste e agentes de mercado não concordam a respeito dos critérios e conclusões de análise de atos de concentração ou de condutas de mercado. Assim, quando não há acordo, a discussão sai do âmbito administrativo, cabendo ao judiciário decidir a questão. Essa realidade permite uma melhor coordenação entre perspectiva civil, criminal e administrativa, evita reanálise dos casos e facilita o desenvolvimento de

⁷⁸ Fonte: "CADE em números", disponível em: <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>, acessado em 01/05/2014.

outras dimensões dissuasivas da política antitruste, para além da atuação da agência (reparação de danos e punições criminais), algo especialmente desenvolvido nos Estados Unidos e subdesenvolvido no Brasil.

É possível mostrar alguns dados para ilustrar a questão da reanálise de casos provocada pela decisão administrativa em casos controvertidos. A tabela a seguir compila o número de decisões tomadas pelo CADE entre 2006 e 2009 que representam algum tipo de restrição ou punição em atos de concentração e processos administrativos. Esses são os casos em que, potencialmente, a parte prejudicada pela decisão poderia discordar da decisão do CADE.

Tabela 1 - Decisões proferidas pelo CADE entre 2006 e 2009

	2006	2007	2008	2009
Nº de atos de concentração (ACs) julgados	402	563	638	474
Nº de processos administrativos (PAs) julgados	30	39	58	18
Total de decisões	432	602	696	492

	2006	2007	2008	2009
Condenações em Pas	6	11	2	2
Multas por intempestividade em ACs	15	23	25	24
ACs aprovados com restrição	20	37	58	16
ACs Reprovados	0	0	1	1
Total de decisões restritivas	41	71	86	43

Total de decisões restritivas/Total decisões	9%	12%	12%	9%
---	-----------	------------	------------	-----------

Fonte: Elaboração do Autor com base em CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE (Prestação de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício. 2006-2010).

A primeira informação relevante indicada por esses dados é a de que grande parte das questões foi resolvida sem a imposição de penalidades ou restrições; essa tendência, entretanto, tende a mudar. Como mostrado no gráfico anterior, com a redução do número de Atos de concentração "irrelevantes", a atuação contenciosa do CADE tende a, proporcionalmente, se tornar mais intensa. É preciso, ainda, fazer uma qualificação a respeito do total de decisões restritivas: muitas delas podem ter sido feitas em acordo

com os agentes, isto é, por meio de Termos de Compromisso de Desempenho ou Termos de Cessação de Conduta, o que por si são tende a afastar a possibilidade de que essas decisões sejam rediscutidas no judiciário. Ou seja, desse total, apenas uma parte ensejaria rediscussão no judiciário. Dito isso, a próxima tabela traz números a respeito do questionamento das decisões do CADE.

Tabela 2 - Decisões judiciais em casos do CADE

	2006		2007		2008		2009	
	n�	%	n�	%	n�	%	n�	%
Sentença favorável ao CADE	31	69%	54	84%	49	84%	17	68%
Sentença desfavorável ao CADE	14	31%	10	16%	9	16%	8	32%
Total de Sentenças	45	100%	64	100%	58	100%	25	100%

Fonte: Elabora o do autor. Com base em CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE (Presta o de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício. 2009).

Quando se compara o número de sentenças proferidas anualmente e o número de decisões restritivas proferidas pelo CADE, se percebe um alto  ndice de reanálise de todo conteúdo contencioso decidido em esfera administrativa. Há um desperdício de recursos, que poderia ser evitado caso a discussão contenciosa fosse levada diretamente ao judiciário. Aqui também é preciso fazer uma qualifica o dos números: a compara o entre decisões restritivas tomadas pelo CADE a cada ano *versus* o número de sentenças precisa levar em conta a diferença temporal entre a decisão do CADE e a sentença judicial - as sentenças proferidas entre 2006 e 2009 dizem respeito a decisões do CADE de anos anteriores. Ou seja, trata-se de uma *proxy*, mas bastante razoável considerando-se que atua o do CADE se intensificou na segunda metade da década de 2000. O Relatório de Gestão do CADE para 2009 reforça esse entendimento: naquele ano, segundo informa es da Procuradoria do CADE, foram propostas no judiciário 46 a es contra o CADE (note que no mesmo ano, como indica a tabela acima, ocorreram 25 sentenças).

Outro exemplo relevante a respeito das dificuldades causadas por um modelo de política excessivamente centrado na atua o administrativa aparece na persegui o criminal. O programa de leniência, instituído em 2000, encontrou dificuldade na articula o entre a concessão de benefícios na esfera administrativa - arquivamento do processo perante o CADE, o que significa não ter que pagar multa para o Fundo nacional de Direitos

Difusos - e a concessão de benefícios na esfera criminal - que significa não poder ser processado pelo Ministério Público nem condenado por um juiz de direito a penas de multa, detenção ou reclusão. O ministério público por muito tempo não reconheceu os procedimentos adotados pelo CADE, assim como ainda há discussão a respeito da extensão da imunidade criminal associada à leniência firmada perante a autoridade administrativa. Essas questões geram incerteza nos agentes e diminuem os incentivos a denúncias. Martinez (2013) trabalha de forma exaustiva essas questões para o cenário brasileiro.

Toda essa discussão a respeito da origem e evolução da política antitruste nacional serve para situar até que ponto o *benchmark* utilizado para a construção dos índices é capaz de captar essas especificidades, assim como o que se deve ter em mente no momento em que se interpreta o nível e as variações dos índices calculados para o Brasil em comparação com os índices desenvolvidos para outras jurisdições, dentre elas EUA e União Europeia, com as particularidades e semelhanças trabalhadas até aqui.

2.1.4. O caso contra o antitruste

Até aqui, o antitruste foi apresentado como uma questão capaz de superar barreiras ideológicas e se colocar enquanto valor social de forma transversal. Essa, de fato, é a opinião de diversos estudiosos sobre o tema, de diferentes épocas e escolas de pensamento.⁷⁹ McChesney e Shughart II (1995) destacam, todavia, que enquanto os ideais antitruste são amplamente aceitos, há críticas permanentes sobre a eficácia de sua aplicação. Uma extensa literatura sugere que a aplicação da lei antitruste muitas vezes prejudica os interesses dos consumidores e interferem de forma ineficiente na alocação de recursos escassos (ARMENTANO, 2007). A análise tradicional, trabalhada até aqui, atribui grande parte dessas falhas não a erros na concepção do antitruste, mas ao seu exercício: órgãos públicos responsáveis pela aplicação da lei precisam fazer um trabalho melhor; advogados, juízes e analistas precisam compreender de forma mais adequada as teorias econômicas relevantes. O interesse público não é alcançado por falhas

⁷⁹ Em linha com a escola de Chicago, ver, por exemplo, Posner (1978) e Stigler (1988). Para uma visão que também considera outras vertentes, ver Sherer, (1980). Para uma discussão mais recente, ver Motta (2005) e Whish (2000).

individuais, institucionais ou da legislação, nunca por falhas nos próprios fundamentos da teoria antitruste (MCCHESENEY E SHUGHART II, 1995).

O objetivo aqui é apresentar, com alguns exemplos, linhas de pensamento contrárias à própria existência do antitruste como discutido ao longo do capítulo. Destacam-se i(i) teorias libertárias, em economia identificáveis com a escola austríaca de pensamento econômico e (ii) teorias de escolha pública. As duas abordagens, de certo modo, questionam a capacidade de governos superarem de forma satisfatória falhas de mercado - o mercado, mesmo por vezes ineficiente, promoveria sempre resultados melhores do que o governo.

A escola austríaca explora essa afirmação criticando não apenas a capacidade de governos "melhorarem o mercado", como questionando a validade das principais teorias que fundamentam o antitruste.⁸⁰ Estudos em organização industrial seriam falhos em suas descrições de monopólio, concorrência perfeita e barreiras à entrada (GIOCOLI, 2009). Eficiência dinâmica associada a monopólios (inovação e investimento) geraria mais bem estar do que as ineficiências estáticas tradicionalmente destacadas, assim como a manutenção de monopólios ineficientes - em termos dinâmicos - não seria um equilíbrio de longo prazo. Concorrência perfeita seria paradigma mais próximo da realidade da maioria dos mercados do que os critérios utilizados para a análise de intervenção estatal e falhas de governo, assim como barreiras à entrada só seriam efetivamente ineficientes caso impostas exogenamente pelo Estado (ARMENTANO, 2007).⁸¹ Além disso, há crítica com relação à típica deferência do antitruste à política regulatória/setorial/industrial - o que é capitaneado pelo Estado não sofre escrutínio competitivo, apenas o que é desenvolvido pelo setor privado (ARMENTANO, 2007). Por fim, caracterizam a burocracia pública como inchada e propensa a buscar a expansão dos seus poderes e competências.⁸²

⁸⁰ O texto clássico de Hayek (1948) apresenta as principais características dessa escola de pensamento e sua capacidade de influenciar diferentes abordagens em economia, especialmente as relações entre livre mercado, competição, eficiência e bem estar.

⁸¹ Visão similar, mas sob perspectiva mais jurídica do que econômica, a respeito das consequências institucionais de se ter uma lei baseada em critérios "cientificamente incertos e disputados", ver Rockefeller, (2007)

⁸² Uma breve discussão a respeito da relação entre poder e burocracia e no novo antitruste brasileiro, pós promulgação da lei 12.523/2012, foi feita por Campilongo (2012).

Abordagens de *public choice*, por sua vez, afirmam que a leitura tradicional do antitruste está presa a um debate normativo que assume que leis antitruste e seus aplicadores têm por motivação a promoção da concorrência enquanto interesse público, e não outros interesses, políticos, econômicos ou individuais (MCCHESENEY E SHUGHART II, 1995). Como consequência, a abordagem padrão para a análise da política de defesa da concorrência consiste principalmente em identificar quais leis são boas e quais são ruins, quais casos foram corretamente julgados, quais não, terminando com recomendações de melhores leis, melhor jurisprudência e melhores burocratas. O que a teoria de *public choice* faz é questionar esse pressuposto fundamental.

Na opinião de McChesney (1995), a abordagem padrão em políticas públicas e regulação econômica interpreta, de um lado, falhas e poder de mercado como decorrentes do comportamento egoísta e maximizador de lucro de indivíduos e empresas, que buscam apenas ganhos privados; de outro lado, quando se decide pela intervenção do governo na economia como solução a essas falhas, a burocracia é descrita como movida pelo interesse de servir o bem-estar geral. Ou seja, em um cenário, os agentes são considerados individualistas; em outro, eles são assumidos como altruístas. O modelo de escolha pública argumenta que os mesmos incentivos e racionalidade que orientam a ação humana enquanto agentes de mercado devem ser aplicados para a compreensão da tomada de decisão dos indivíduos e órgãos que compõem o setor público. A suposição de que todos os indivíduos, dentro ou fora do governo, perseguem os seus próprios interesses é fundamental à abordagem de escolha pública. Assim como os consumidores querem maximizar a sua utilidade, e as empresas querem maximizar seus lucros, formuladores de políticas públicas querem maximizar o seu próprio bem-estar. Este interesse próprio pode ser o apoio político para a maximização da probabilidade de ser (re)eleito, (re)nomeado para um cargo ou maximização da riqueza pessoal, o que inclui salário, gratificações de cargos públicos e emprego pós- governo (MCCHESENEY E SHUGHART II, 1995).⁸³

De fato, não há evidência suficientemente pacificada a respeito dos efeitos positivos da política antitruste: sua interferência atinge práticas efetivamente anticompetitivas, e os benefícios da sua atuação são revertidos ao consumidor e à sociedade? Buccirosi et al

⁸³ Ver Campilongo (2012).

(2013) apresentam evidências de que há efeitos positivos da promoção da concorrência sobre variáveis de crescimento econômico, como produtividade total dos fatores. A bibliografia em *public policy*, e mesmo a tradicional, no entanto, possuem pesquisas no sentido contrário (MCCHESENEY E SHUGHART II, 1995). A origem desses efeitos negativos pode ser, ao invés de falhas na aplicação do sistema, resultado da própria essência do modelo. O *enforcement* talvez não seja ruim porque a agência, os burocratas ou determinada lei estejam desalinhados com "o melhor antitruste", mas sim porque a própria ideia de política antitruste não foi desenvolvida para que o interesse público fosse efetivamente perseguido.

2.2. O CONCEITO DE DISSUAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS: A RACIONALIDADE PARA A FORMAÇÃO DO *BENCHMARK* DE MELHORES PRÁTICAS⁸⁴

Esclarecidas questões básicas a respeito da política antitruste, é preciso desenvolver os desdobramentos teóricos associados a um segundo recorte analítico, que define o que este trabalho entende por "capacidade de dissuadir práticas anticompetitivas". De forma simples, isso significa nada mais do que identificar a capacidade de a política evitar a ocorrência de condutas que desrespeitem a lei. A dissuasão é um tema central em análises preocupadas com a eficácia da aplicação de legislações: as leis são promulgadas com o objetivo de influenciar o comportamento das pessoas; além da possibilidade de punição, elas visam diminuir a probabilidade de que a conduta escolhida como socialmente indesejável aconteça.⁸⁵ O *benchmark* de melhores práticas utilizado pelos índices busca identificar quais variáveis afetam a capacidade dissuasiva da política antitruste e como ela é maximizada.

⁸⁴ Tópico baseado no trabalho de Buccirosi et al (2009), que discute os fundamentos para a formação do benchmark utilizado por Buccirosi et al (2011).

⁸⁵ Em especial pela abordagem conhecida como *public enforcement of law*. Essa linha de pensamento se preocupa em responder questões como, dentre outras: Qual o montante de recursos a sociedade deve dedicar à apreensão de infratores? A sanção deve ser multa, reclusão ou uma combinação das duas? Qual o nível ótimo das sanções? Como um sistema de punição deve contabilizar a possibilidade e os efeitos de erros cometidos no processo de execução? Quais são as implicações, e eventuais adaptações, para ilícitos em que o transgressor é tanto pessoa jurídica quanto física? Quais critérios devem pautar a redução de sanções aplicadas a infratores que se denunciam de forma espontânea? Sobre essas e outras questões, ver Polinsky and Shavell, (2000).

Antes de detalhar as características dissuasivas da legislação antitruste, entretanto, é preciso diferenciar duas modalidades de dissuasão, associadas a diferentes aspectos de determinado regime jurídico-institucional: dissuasão geral, dita *ex ante*, e dissuasão específica, dita *ex post*. Como colocam Buccirossi et al (2009), dissuasão geral consiste em impedir comportamentos ilegais, ameaçando os infratores com sanções suficientemente "pesadas". Dissuasão específica é o efeito que a punição aplicada a uma conduta ilícita pode gerar sobre a tomada de decisão de futuras condutas: o conjunto de informações a respeito da probabilidade de ser pego e condenado se altera, o que pode modificar o *pay off* dos ilícitos (SHAVELL, 2003). Como se verá, os índices de política da concorrência reúnem informações sobre ambas as dimensões, mas com destaque para a dissuasão geral.

Buccirossi et al (2009), a partir de uma simplificação do conceito de dissuasão geral, afirmam que para todas as condutas socialmente ineficientes - em que o ganho do infrator é menor do que os danos sociais gerados pelo ilícito - a sanção esperada deve ser maior do que o ganho esperado. Essa regra afirma que "o potencial infrator não realizará o ilícito caso o retorno esperado seja negativo, o que significa que ele é dissuadido de violar a lei" (BUCCIROSSI et al, 2009, p.5).⁸⁶ Ainda, segundo os autores, "ao mesmo tempo, todas as condutas socialmente eficientes não serão afetadas: a sanção esperada será menor do que o ganho privado" (BUCCIROSSI et al, 2009, p.5).⁸⁷

Buccirossi et al (2009) argumentam que o fato de a dissuasão *ex ante* reduzir o nível de infrações sem a necessidade de detecção a torna o principal foco de aplicação da lei: prevenção à frente de repressão, o que permite redução de custos públicos (tribunais e órgãos envolvidos na investigação e repressão de crimes e ilícitos) e privados (empresas enfrentando menos litígios), além de impedir os danos dos ilícitos que não chegarem a ocorrer. Assim, segundo os autores, o foco da agência antitruste, cujo objetivo,

⁸⁶ Tradução livre.

⁸⁷ Landes (1983) apresenta o seguinte exercício: a sanção ótima deve ser o sobrepreço (p.ex., 100 unidades) gerado pela conduta acrescido do peso morto imposto ao mercado (p. ex., 50 unidades). Esse modelo ainda incentiva práticas eficientes (ganhos de eficiência que superem o peso morto, p.ex. 51, têm retorno positivo, $100 + 51$ (sobrepreço mais eficiência) > 150 (sanção). Condutas cuja eficiência for inferior ao peso morto, p.ex. 49, o retorno será 149, portanto inferior à sanção, o que significa um desincentivo a práticas ineficientes.

pressupõe os autores, é maximizar o bem-estar social⁸⁸, deve consistir em impedir violações, ao invés de identificar e punir infratores (que pode ser considerada uma solução de *second best*).

A realidade, entretanto, coloca série de dificuldades à aplicação dessa racionalidade dissuasiva, em especial o risco de *overenforcement*, que pode acontecer caso a sanção seja desproporcional ou o esforço de execução - os gastos associados à persecução do ilícito - sejam excessivos (BUCCIROSSI et al 2009). Desse modo, entendem os autores que a dissuasão *ex ante* deve não só garantir a prevenção de condutas socialmente ineficientes, mas deveria também evitar o desincentivo a condutas pró competitivas. A esse fato deve se somar os efeitos oriundos de custos de transação, informação assimétrica e racionalidade limitada, que prejudicam o desempenho ótimo da política. Esses fatores diminuem a capacidade de a legislação induzir infratores a internalizarem os custos sociais de suas ações.⁸⁹

Ao mesmo tempo, determinados comportamentos têm efeitos econômicos complexos, o que torna difícil a avaliação da natureza concorrencial de condutas e estruturas tanto para a agência antitruste quanto para as empresas. Como desenvolvem Buccirossi et al (2009), a complexidade dessa avaliação imputa à agência e ao setor privado o risco de errarem sua análise a respeito da licitude de certas estratégias e concentrações: um erro da agência implica em punição de um comportamento competitivo, caso em que a dissuasão gera uma redução no bem-estar social. Da mesma forma, segundo os autores, uma empresa pode realizar um comportamento anticoncorrencial por entendê-la lícita. Na prática, isso pode significar a necessidade de a agência antitruste abrir mão da análise de certas práticas ou atos de concentrações. O esforço dissuasivo deve estar focado em condutas cuja expectativa dos danos causados à sociedade supere tanto o ganho acumulado pelo infrator quanto o valor dos recursos gastos no cumprimento da

⁸⁸ Essa expectativa está associada à leitura norte americana de que a função da política antitruste é perseguir eficiência econômica, o que fundamenta o conceito de dissuasão aplicado para a formação do benchmark de melhores práticas que informa os índices de política de concorrência.

⁸⁹ Não se pode esquecer que a teoria utilizada pelos autores também possui hipóteses simplificadoras que, por si só, podem levar à compreensão equivocada a respeito do que significa dissuadir práticas competitivas: o pressuposto de que agentes tomam suas decisões - lícitas ou ilícitas - de forma "racional" pode gerar distorções não triviais nos resultados. Ver, a esse respeito, literatura em economia comportamental como Kahneman, Slovic And E Tversky (1982), Kahneman, Tversky (1978) e Rabin (1998).

lei. Nesse cenário, a dissuasão geral torna-se menos eficaz, fazendo necessárias intervenções *ex post*.

Buccirossi et al (2009), a partir dessas reflexões, destacam a importância da prevenção geral em casos de cartéis, conduta em que há pouca incerteza em relação à maneira com que ela se configura e aos efeitos que gera para a dinâmica competitiva (OECD, 2002).⁹⁰ Por outro lado, para acordos verticais, abusos de posição dominante e, em particular, para fusões, todos sujeitos à "regra da razão", a dissuasão geral pode vir acompanhada de erros de análise, o que torna relevante permitir algum nível de "sub-dissuasão" *ex ante* para que possa ser complementada com dissuasão *ex post*.

Para além do que foi discutido acima, há uma literatura específica sobre *enforcement* e dissuasão no direito concorrencial. Segundo Buccirossi et al (2009), essas análises estiveram focadas em sanções e como elas influenciam o nível de dissuasão, notadamente criminalização do ilícito⁹¹, nível ideal de multas⁹², ações privadas de indenização e programas de leniência⁹³. No entanto, para esses autores, essas análises não forneceriam uma imagem completa do papel da dissuasão, uma vez que a política de concorrência não se restringiria a um sistema de sanções, sendo relevante entender quais características de um regime concorrencial, além das sanções, têm impacto significativo e positivo na sua capacidade de deter comportamentos anticompetitivos.

Como trabalhado na primeira seção deste capítulo, para esta dissertação a política de concorrência é composta por um conjunto de regras (arcabouço institucional-legislativo) e instrumentos de monitoramento e punição (arcabouço de cumprimento). As características institucionais englobam a natureza dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei, o papel dos tribunais no julgamento de casos de direito da concorrência, os procedimentos e padrões que devem ser seguidos para a persecução de infrações, poderes de investigação sob competência do agente público assim como as

⁹⁰ A conduta de cartel é talvez a única cuja ilegalidade per se seja defendida de forma praticamente unânime por juristas, economistas, jurisdições e órgãos internacionais. Estudo abrangente sobre cartéis no Brasil pode ser encontrado em Martinez (2013).

⁹¹ Os autores dialogam com os trabalhos de Landes, (1983); Simon, (1987), Gallo, Schmidt, Craycraft, Parker, (1994); Kobayashi, (2001); Gregory e Werden, (1987).

⁹² Os autores dialogam com os trabalhos de Connor, (2005); Craycraft, Craycraft, Gallo, (1997); Geradin, Henry, (2005); Buccirossi e Spagnolo, (2007).

⁹³ Os autores dialogam com os trabalhos de Motta, Polo, (2003); Aubert, Kovacic, Rey, (2006); Spagnolo, (2004, 2008); Harrington, (2008).

regras materiais que formam a política (quais são as obrigações e as proibições). As características de execução/cumprimento se relacionam à quantidade e qualidade dos recursos humanos e financeiros dedicados à implementação da política e a forma como esses recursos são usados para investigar eventuais infrações.

Nesse contexto, Buccirossi et al (2009), a partir do modelo colocado por Becker (1968), destacam três fatores básicos que condicionam a natureza dissuasiva de determinada legislação:

- (i) o nível de perda que as empresas e os indivíduos esperam sofrer em caso de condenação (correta ou equivocada);
- (ii) a probabilidade de detecção e condenação percebida pelos agentes;
- (iii) a probabilidade de condenação injusta percebida pelos agentes.

A partir desses critérios, os autores discutem quais as características de uma política de concorrência influenciam o nível de dissuasão e tornam determinado regime antitruste mais ou menos eficaz. No que se segue, serão indicados três conjuntos de variáveis desenvolvidos por Buccirossi et al (2009) e aplicadas por Buccirossi et al (2011) para a composição dos índices de política da concorrência. Tratam-se dos fundamentos para o *benchmark* que será utilizado para o desenvolvimento metodológico dos índices de política da concorrência.

O primeiro conjunto se refere aos fatores que afetam o nível de perda que as empresas e os indivíduos esperam sofrer em caso de condenação e dependem de dois aspectos das sanções disponíveis em determinada jurisdição: da regra tal como formalizada em lei (*law on the books*) e de como ela é aplicada. Por exemplo - adaptando o exemplo exposto por Buccirossi et al (2009) para o caso brasileiro - do que adiantaria a multa monetária poder chegar a até 30% do faturamento anual de uma empresa (como determinava a lei antitruste brasileira n. 8.884/94), caso esse percentual jamais fosse aplicado, mesmo na ocorrência de violação grave à lei? Apesar da regra, as empresas não esperariam ter de pagar esse patamar de multa (BUCCIROSSI et al, 2009). Nesse sentido, argumentam Buccirossi et al (2009), os prejuízos esperados por uma empresa

dependem menos do que está escrito na lei e mais da maneira com que a lei é executada pelos tribunais.

Isso significa constatar que as regras de concorrência não operam isoladamente, dependem das características do sistema judicial e da agência competente (BUCCIROSSI et al, 2009). Isso acontece tanto nas jurisdições em que a agência tem o poder de impor sanções diretamente (caso brasileiro) quanto nos sistemas em que a agência só tem o poder de iniciar um processo, cabendo ao judiciário determinar o montante da multa (caso norte-americano). No caso brasileiro, em que o judiciário poderá rever a decisão da agência antitruste, o desempenho do sistema jurídico ganha relevância destacada.

O segundo conjunto de fatores está associado à probabilidade de detecção e condenação de ilícitos. Para Buccirossi et al. (2009), esses fatores se resumem pelos recursos financeiros e humanos que a agência antitruste tem à sua disposição. Quanto maior a quantidade de recursos, maior a possibilidade de que a autoridade competente tome ciência de condutas que possam prejudicar a concorrência (BUCCIROSSI et al, 2009), seja exercendo seus poderes de investigação de forma otimizada, seja analisando os casos concretos de forma adequada.

Os autores fazem duas ponderações sobre esse tópico. Primeiro, o fato de que recursos financeiros e humanos são relevantes para a função dissuasiva da política não significa que se deva investir indefinidamente na aplicação da lei: o ponto é apenas indicar que existe uma relação positiva entre esses fatores e a probabilidade de detecção de ilícitos. Segundo, as sanções discutidas anteriormente também podem alterar a probabilidade de detecção, como no caso de programas de leniência, que incentivam a denúncia de cartéis, aumentando-se a chance de o poder público descobrir atividades ilegais que, de outro modo, passariam despercebidas.

O terceiro e último conjunto de fatores se volta à probabilidade de erros de análise. Buccirossi et al (2009) destacam três. O primeiro é a qualidade das regras. Como desenvolvem os autores, essa é uma questão subjetiva, o que dificulta a definição e estudo dessa variável. No entanto, argumentam a existência de alguns critérios

objetivos, como a clareza da lei (e da *soft law*, como *guidelines*)⁹⁴ a respeito do que é lícito e do que é ilícito, e se a definição de ilícitos está alinhada à teoria econômica predominante a respeito da promoção de bem-estar. Nessa linha, Buccirossi et al (2009; 2011) indicaram quatro tópicos de destaque: (i) se a lei permite defesa de eficiências em análise de atos de concentração, (ii) se a autoridade pode considerar objetivos não econômicos (leia-se, eficiência) para avaliar os efeitos de comportamentos potencialmente abusivos, (iii) se o padrão de prova é baseado na regra da razão ou em proibições *per se*, (iv) se existe isenção antitruste para uma ou mais indústrias. Os autores entendem que defesa de eficiência em concentrações, foco em eficiência, regra da razão para condutas que não a de cartel e ausência de isenções são características básicas para uma legislação de qualidade.

Outro fator relevante que afeta as propriedades de dissuasão de um regime de política de concorrência, especificamente a probabilidade de erros de análise, é a independência da autoridade competente em relação a interesses políticos ou privados, leia-se independência em relação ao poder executivo e ao poder econômico.⁹⁵ De acordo com Buccirossi et al (2009), a agência que toma as suas decisões tendo em conta interesses em contraste com aqueles que devem orientar sua atividade é mais propensa a cometer erros de ambos os tipos – falsos positivos e negativos.

Ainda é preciso destacar o grau de separação entre o corpo que realiza a investigação daquele que julga os casos antitruste. Buccirossi et al (2009) afirmam que quanto maior a separação entre aquele que acusa e aquele que julga, por exemplo, quando a investigação é feita por um órgão público independente do tribunal competente - mais equilibrada tende a ser a decisão, o que reduz a probabilidade de erro.⁹⁶ Da mesma forma, os autores argumentam que a possibilidade de recurso para um órgão

⁹⁴ *Soft law* é um conceito que diz respeito a regras e condutas que podem influenciar ou direcionar a tomada de decisão da autoridade, mas não são fontes formais do direito e por isso não são obrigatórias, com a lei.

⁹⁵ Há vasta literatura que discute a importância de uma autoridade de concorrência independente. Ver: OECD (2003), OECD (2005a), European Commission (2005); Voigt (2009).

⁹⁶ Buccirossi et al (2011) indicam vasta literatura sobre o tema, como Block, Parker, Vyborna e Dusek, (2000); Dewatripont e Tirole (1999); especificamente para a regulação antitruste, indicam Neven, (2006); Wils (2004).

especializado, com competência apenas em questões de concorrência, aumenta a chance de erros de primeira instância serem identificados e corrigidos.⁹⁷

Por fim, os recursos humanos e financeiros mencionados no tópico anterior também podem afetar não só o volume das atividades de fiscalização, mas também a sua qualidade. Como abordam Buccirosi et al (2009), se a informação disponível é mais precisa, a agência é menos propensa a cometer erros tipo I e II (falsos positivos e negativos); da mesma maneira, algumas características das sanções disponíveis também podem melhorar a capacidade da autoridade atender ao padrão de prova juridicamente exigido para a configuração de condutas anticompetitivas: programas de leniência, quando combinados a sanções adequadas, podem reduzir a probabilidade de erros. Uma "leniência parcial", ou abrandamento da pena, é geralmente concedida caso a empresa, mesmo após a denúncia, forneça evidências adicionais à construção do conjunto probatório necessário para que a agência compreenda o funcionamento e a extensão das práticas sob investigação.⁹⁸ Novas evidências fortalecem a leniência e reduzem a probabilidade de que empresas culpadas sejam absolvidas (BUCCIROSSI et al, 2009).

2.2.1 Teorias econômicas subjacentes ao *benchmark*

Discutidas as principais teorias econômicas que fundamentam (e criticam) a política antitruste, assim como as bases utilizadas por esse trabalho para a identificação de critérios para o desenvolvimento de *benchmark* apto a captar características do poder dissuasivo dessa política, cabe último esforço de revisão teórica. O fato é que os autores originais do índice, nos vários trabalhos que desenvolverem em torno do tema, não explicitaram o eixo central da teoria econômica que informa tanto o seu *benchmark* quanto a análise dos resultados encontrados. O objetivo é fazer aqui este exercício, mesmo que resumido, de modo a tornar a compreensão e crítica dos resultados mais criteriosa.

⁹⁷ Além do que foi discutido na seção 2.1.3 sobre decisão administrativa e judicial, também há discussão a respeito da chamada "deferência" do judiciário às decisões do CADE. Para muitos, a solução para se evitar excesso número de recursos ao judiciário assim como série de decisões contraditórias que poderia colocar em xeque a segurança jurídica da política antitruste seria o judiciário se limitar a discutir questões processuais, abrindo mão de discutir o mérito antitruste dos casos.

⁹⁸ Trata-se do caso, por exemplo, de Termos de Compromisso de Cessação para agentes denunciados em processos de cartel em que já ocorreu uma leniência, ou Acordos em processos administrativos a respeito de outros ilícitos que não cartel. Ver arts. 85 e ss. da lei n. 12.529/11.

A primeira teoria de destaque descreve a livre concorrência como vetor capaz de gerar eficiência alocativa e intensificar ganhos de bem estar (entendido como menor preço e maior variedade, qualidade e quantidade de produtos).⁹⁹

Essas relações são imediatamente seguidas de análises que investigam as condições nas quais a concorrência se desenvolve e até que ponto elas fazem parte de dinâmicas de livre mercado. Aqui aparecem as denominadas falhas de mercado, em que assimetrias informacionais, mercados incompletos, externalidades, bens públicos, oligopólios e monopólios dificultam o desenvolvimento pleno ou autônomo de mecanismos competitivos. Estudos atrelados à relação entre Estado e mercado propõem abordagens direcionadas à superação dessas falhas por meio de leis e burocracias dispostas a alterar pró-competitivamente a dinâmica mercado.¹⁰⁰

Essas soluções não são sem problemas, entretanto. Falhas de governo também fazem parte do cenário, e o papel exercido por instituições – entendidas como leis, regulações, práticas comerciais, jurídicas e políticas – se torna parte significativa do desafio colocado pela efetiva promoção de concorrência em ambiente de mercado. Neste ponto a relação entre regulação estatal, falhas de governo e economia institucional discute os efeitos de políticas públicas direcionadas a solução de falhas de mercado.¹⁰¹

Esse panorama é relevante por fundamentar (i) a existência de políticas públicas direcionadas à promoção de concorrência e (ii) o papel central desempenhado por leis e agências reguladoras nesse processo. Dito isso, é possível introduzir a principal questão associada ao índice de política de concorrência: a política empregada tem a capacidade de evitar práticas anticompetitivas e alterar positivamente a dinâmica de mercado? Para

⁹⁹ Para análise e demonstração matemático-formal dessas relações, ver Mas-Colell, Whinston E Green, 1995; para uma análise didática-introdutória, ver Nicholson E Snyder, 2011; para uma análise em texto clássico, ver Arrow E Debreu, 1954; para uma abordagem formal aplicada a organização industrial, ver Tirole, 1988.

¹⁰⁰ Ver sobre economia do setor público, Stiglitz (2000); sobre relação entre Estado, economia e regulação, Heerje (1989) e Kahn (1988); para uma coletânea de trabalhos em política, economia e Estado que debatem a posição da escola de economia de Chicago, Stigler (1988);

¹⁰¹ Para discussões a respeito do efeito da legislação sobre o desempenho dos mercados, ver La Porta et. al, 2003, 2008. Para uma leitura de *law and economics*, ver Posner (2000). Para abordagens de economia institucional, mercados e concorrência, ver Williamson (1985, 1995, 1999); North (1990, 1994). Para considerações sobre instituições, organizações e governança, ver Zingales (2000).

desenvolver esse tipo de análise de efeitos é preciso, antes de tudo, encontrar instrumento capaz de resumir as variáveis relevantes à política, mensurando e acompanhando sua evolução.

O objetivo primário deste trabalho, assim como seu precursor, é desenvolver esse instrumento, mapeando mecanismos considerados importantes para a dissuasão de práticas anticompetitivas – desde a definição das condutas consideradas ilícitas, passando pelas características da agência governamental competente até o processo de análise, restrição e punição de agentes econômicos.

Nesse escopo, a economia institucional, auxiliada pela sociologia econômica, aparece como principal referencial teórico que embasa (a) o método de análise adotado na construção do índice – seleção de variáveis relevantes, definição de *benchmark* qualitativo para melhores práticas – e (b) a razão para se considerar a organização institucional de promoção da concorrência fator capaz de influenciar a eficácia da política governamental e a dinâmica dos mercados, e por isso seu mapeamento, monitoramento e comparação serem objetos válidos de estudo.

2.3. ÍNDICES DE ACOMPANHAMENTO E AVALIAÇÃO DE POLÍTICAS DE REGULAÇÃO E CONCORRÊNCIA

Por fim, resta remontar a pesquisa realizada por Buccirossi et. al (2011) para o desenvolvimento do método de agregação das informações compiladas a partir do *benchmark* de melhores práticas. Os autores introduzem um método específico para a tradução de informações qualitativas e institucionais em informações quantitativas. O propósito é possibilitar a comparação entre diferentes modelos de política antitruste. Posteriormente, os índices possibilitam estudos mais ambiciosos, que relacionam a evolução dos índices a variáveis de eficiência econômica, crescimento e bem estar (BUCCIROSSI et. al, 2013).

Os índices de política de concorrência são baseados em uma abordagem piramidal, em que os resultados para cada jurisdição estão relacionados a recursos e características específicos de sua política de concorrência. A metodologia é sensivelmente influenciada

por trabalhos desenvolvidos no âmbito da OCDE, como *Product Market Regulation index* (PMR) (CONWAY, JANOD, NICOLETTI, 2005) e o *Competition Law and Policy indicator* (CLP) (HOJ, 2007). A exemplo destes trabalhos anteriores, a estrutura piramidal dos índices de política de concorrência abrange um grande número de sub-indicadores que são progressivamente agregados por meio de conjunto de pesos definidos para cada nível do índice.

Este conjunto de pesos utilizados para combinar as informações reunidas em cada nível de agregação, segundo Buccirossi et al (2011), configura elemento subjetivo da avaliação. Existe, portanto, um risco de que o valor dos índices possa ser condicionado pelo esquema de ponderação subjetivamente adotado. Nesse sentido, apesar do exercício de justificação teórica a respeito dos pesos escolhidos, os autores empregam técnica estatística – análise fatorial – para obter novo conjunto de índices em que os pesos atribuídos a cada informação são impulsionados pelas características dos próprios dados. É um mecanismo direcionado à verificação da sensibilidade dos índices ao esquema de ponderação desenhado pelos autores. O resultado aponta para a neutralidade do esquema (BUCCIROSSI et al, 2011).

Existem alguns indicadores na literatura que, como os índices de política de concorrência, tentam medir a força ou a qualidade de regimes de concorrência. Como mencionado, a OCDE tem desenvolvido conjunto de indicadores, como o CPL (este apenas para o ano de 2003), para medir a qualidade de políticas. O escopo do CPL é, entretanto, sensivelmente mais restrito, do ponto de vista temporal, e menos específico, do ponto de vista material, pois inclui, além de características antitruste, fatores regulatórios e setoriais.

Outro conjunto de indicadores que tem semelhanças com os índices apresentados nesta dissertação são os desenvolvidos por Voigt (2009). Esses indicadores, apesar de focarem características institucionais e de aplicação de regimes de concorrência, são menos abrangentes do que os índices de política de concorrência. Eles não tentam sintetizar as principais características de um regime jurídico institucional em um único índice; de fato, como será apresentado ao longo da metodologia, são mais parecidos

com as informações que compõem o nível primário dos índices de Buccirossi et al (2011).

Hylton e Deng (2007) também fornecem medida quantitativa da política de concorrência. O objetivo deles era medir o tamanho da regulação competitiva no mundo, e não em um país específico. Para tanto, reuniram informações sobre a amplitude das leis e suas características sancionatórias em 102 países, entre Janeiro de 2001 e Dezembro de 2004. O índice tem alcance diferente do dos índices de política de concorrência, na medida em que tenta fornecer descrição sumária das áreas abrangidas pelo direito da concorrência. De fato, o índice trabalhado por Hylton e Deng não tenta medir como a lei é efetivamente executada, nem o grau de independência da agência ou mesmo sua qualidade.

Por fim, além desses indicadores, que buscam medir, de forma objetiva – compilam dados concretos sobre as características da política de concorrência de determinado país/região –, a extensão ou a qualidade de regimes de concorrência, também existem indicadores que são baseados na avaliação subjetiva da eficácia dessas políticas. Talvez o principal exemplo desses índices subjetivos é o índice publicado anualmente pelo Fórum Econômico Mundial (WEF) em seu Relatório de Competitividade Global.¹⁰² Os indicadores do WEF classificam as políticas de concorrência de mais de 100 países com base nos resultados de uma pesquisa com altos executivos, que são solicitados a definir a política antitruste do seu país entre 1 (frouxa e não eficaz na promoção da concorrência) e 7 (eficaz e promotora de competição). A desvantagem deste tipo de indicador é a de que eles, pela falta de critérios objetivos, não são de fácil comparação.

¹⁰² O ranking de 148 países formado a partir desse Índice, para 2013/14, está disponível em http://www3.weforum.org/docs/GCR2013-14/GCR_Rankings_2013-14.pdf. Acessado em 21/04/2014. Os países cobertos por esta edição correspondiam por mais 99% do PIB mundial. Executivos desses países responderam questões a respeito de 14 temas: sua empresa; percepções gerais da sua economia; infraestrutura; Inovação e Tecnologia; Ambiente Financeiro; Comércio e investimento Exterior; Competição Nacional; Operações e Estratégia da Empresa; Governo e Instituições Públicas; Educação e Capital Humano; Corrupção, Ética e responsabilidade social; Viagens e Turismo; meio ambiente; saúde. Para informações a respeito de como o índice é construído, ver: <http://reports.weforum.org/the-global-competitiveness-report-2013-2014/>. Acessado em 21/04/2014.

3. METODOLOGIA¹⁰³

Como trabalhado ao longo do capítulo anterior, a política antitruste se divide em dois tipos de atuação: controle de condutas anticompetitivas e controle de atos de concentração. Com o objetivo de captar especificidades de ambas as abordagens, Buccirosi et al (2011) elegeram quatro figuras que, além de serem típicas a políticas antitruste ao redor do mundo, resumiriam diferentes aspectos de cada jurisdição em termos de controle de condutas e controle de concentrações. São elas:

- A. Abuso de posição dominante;
- B. Cartéis;
- C. Outros acordos anticompetitivos;
- D. Atos de concentração;

As três primeiras figuras buscam resumir as variáveis da política voltadas à dissuasão de condutas anticompetitivas. Como existem inúmeras modalidades de violação, os autores buscaram destacar três grupos de condutas que pudessem de certa maneira representar o escopo mínimo que uma política antitruste deve alcançar para trabalhar de forma adequada essas questões. A quarta figura, atos de concentração, busca trabalhar as especificidades associadas ao controle de estruturas de mercado, que se caracteriza por uma análise prospectiva dos efeitos de determinado acordo entre empresas sobre a dinâmica futura dos mercados. Ou seja, não se trata de identificar e punir violações, como no controle de condutas, mas de analisar de forma *ex ante* o potencial de determinada concentração prejudicar a dinâmica de mercado.

Para cada uma dessas quatro figuras, os autores destacaram seis características, trabalhadas na seção 2.2:

- I. Independência da autoridade competente;
- II. Separação de poderes entre investigadores e julgadores;
- III. Qualidade da lei;
- IV. Poderes de investigação;

¹⁰³ A metodologia apresentada nesta seção segue o desenvolvimento feito por Buccirosi et al (2011).

- V. Sanções e indenizações;
- VI. Recursos disponíveis e número de casos;

Cada uma dessas características é composta por uma série de critérios, específicos a cada uma das quatro figuras escolhidas como representativas do escrutínio antitruste. Esses critérios são agregados para cada uma das seis características segundo o *benchmark* de melhores práticas, formando seis índices de primeiro nível para cada uma das quatro figuras: Abuso de posição dominante, Cartéis, Outros acordos anticompetitivos e Atos de concentração. O quadro abaixo ilustra o resultado desses processos.

Quadro 1 - Índices de primeiro nível: resumo

FIGURAS				
Abuso de Posição Dominante		Cartéis	Outros Acordos anticompetitivos	Atos de Concentração
CARACTERÍSTICAS	Independência	Independência	Independência	Independência
	Separação de Poderes	Separação de Poderes	Separação de Poderes	Separação de Poderes
	Qualidade da Lei	Qualidade da Lei	Qualidade da Lei	Qualidade da Lei
	Poderes de Investigação	Poderes de Investigação	Poderes de Investigação
	Sanções e Indenizações	Sanções e Indenizações	Sanções e indenizações
	Recursos	Recursos	Recursos	Recursos
	Número de Investigações	Número de Casos

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirossi et al. (2011)

Destaca-se que nem sempre todas as seis características se aplicam às quatro figuras. No caso de abuso de posição dominante e outros acordos anticompetitivos, são analisados apenas os recursos, financeiros e humanos, à disposição da agência. Para cartéis e atos de concentração também é considerado o número de casos (respectivamente, investigações abertas a cada ano e atos de concentração analisados). Com relação a atos de concentração, há especificidade maior: as características poderes de investigação e sanções e indenizações não são consideradas. Para Buccirossi et al (2011), a eficácia dissuasiva do controle de estruturas prescinde dessas características dada a natureza prospectiva e homologatória, ao invés de repressiva, do controle de estruturas.

Superado o primeiro nível, em que cada uma das quatro figuras possuirá seis índices entre zero e um, são atribuídos pesos a cada um desses índices de primeiro nível para que possam ser novamente agregados, em índices intermediários. Os índices

intermediários resumem, para cada uma das quatro figuras, vetores institucionais e vetores de cumprimento. O quadro a seguir ilustra esse exercício para Cartéis:

Quadro 2 - Índices de segundo nível: Cartéis

Segundo nível	Primeiro nível	Peso
Vetor Institucional	Independência	1/6
	Separação de Poderes	1/6
	Qualidade da Lei	1/6
	Poderes de	1/6
	Sanções e indenizações	1/3
Vetor de Cumprimento	Recursos	2/3
	Número de	1/3

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011)

Existem dois índices de segundo nível (índices intermediários) para cada uma das quatro figuras - vetores institucionais e vetores de cumprimento. Esses índices intermediários recebem novos pesos para que possam ser novamente agregados, formando cinco índices de terceiro nível que buscam avaliar as três dimensões destacadas a partir da teoria de Becker:¹⁰⁴

- Índice-Institucional: agrega os vetores institucionais das quatro figuras
- Índice-Cumprimento: agrega as variáveis de cumprimento das quatro figuras
- Índice-Antitruste: agrega as variáveis institucionais e de cumprimento voltadas à dissuasão de condutas anticompetitivas, ou seja, das figuras abuso de posição dominante, cartéis e outros acordos anticompetitivos;
- Índice-Concentrações: agrega as variáveis institucionais e de cumprimento voltadas à análise de atos de concentração
- Índice-Agregado: reúne todas as variáveis, agregando índice-Antitruste ao Índice-Concentrações;

Todo esse desenvolvimento será detalhado a seguir.

¹⁰⁴ Como trabalhado na seção 2.2: (i) do nível de punição que infratores esperam receber frente aos ganhos esperados com a violação das regras, (ii) da probabilidade percebida pelos agentes de serem pegos e condenados e (iii) da probabilidade percebida a respeito de erros na investigação e avaliação de eventuais condenações (BECKER, 1968 apud BUCCIROSSI et al, 2009).

3.1. OS ÍNDICES DE PRIMEIRO NÍVEL

O desenvolvimento desses índices se dá por agregação das informações compiladas para as seis características destacadas no Quadro 1. Ressalta-se que com relação a Atos de Concentração, nem sempre será possível avaliar todos os fatores, já que, por exemplo, sanções pecuniárias não são relevantes para essas análises.¹⁰⁵ Os poderes de investigação também foram considerados por Buccirossi et al (2011) característica não relevante dado o caráter *ex ante* e não ilícito dos atos de concentração.¹⁰⁶

O quadro 3 indica os critérios utilizados para a construção dos índices de primeiro nível, compilados para as quatro figuras antitruste. Essas informações sofrem uma primeira ponderação de modo a que cada característica se transforme em um índice de zero a um. Esse processo será detalhado, variável a variável, a seguir.

¹⁰⁵ A análise de atos de concentração não repressiva, pois não há ilícito a ser identificado e punido. Atos de concentração são apresentados em caráter homologatório, em que os agentes privados pedem permissão ao Estado para concluírem seu negócio. A decisão pode ser tanto a aprovação sem restrições quanto uma aprovação condicionada ou mesmo vedação completa do negócio. Ver lei n. 12.529/11.

¹⁰⁶ Na grande maioria das jurisdições, a análise antitruste suspende os efeitos dos atos de concentração, que só podem ser concluídos após a aprovação da autoridade competente. Esse caráter suspensivo incentiva os agentes privados a colaborarem com a condução da análise, disponibilizando as informações necessárias para a conclusão do caso. A esse respeito, é preciso destacar que, no Brasil, este caráter suspensivo apenas se tornou realidade em 2012, com a reformulação da legislação antitruste. A lei n. 8.884/94, originalmente, não previa qualquer mecanismo para suspensão do negócio ou manutenção da possibilidade de sua reversão efetiva caso o CADE viesse a entender que a concentração fosse prejudicial à concorrência. Essa realidade incentivava pouca cooperação por parte das empresas envolvidas no ato. Posteriormente, o regimento interno do CADE, aprovado pela Resolução nº 45, de 28 de março de 2007, em seus artigos 139 e ss., estipulou o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que estabelecia medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento. A lei n. 12.529/11 estipula, em seu artigo 88, novas regras para a apresentação prévia de atos de concentração.

Quadro 3 - Índices de primeiro nível: resumo dos critérios de informação

Abuso de posição dominante	Cartéis	Outros acordos anticompetitivos	Atos de concentração
Independência Independência do investigador (1/2) Independência do julgador (1/2)	Independência Independência do investigador (1/2) Independência do julgador (1/2)	Independência Independência do investigador (1/2) Independência do julgador (1/2)	Independência Independência de quem analisa (1/2) Papel exercido pelo Governo (1/2)
Separação de Poderes Separação entre investigador e julgador (2/3) Natureza do órgão de apelação (1/3)	Separação de Poderes Separação entre investigador e julgador (2/3) Natureza do órgão de apelação (1/3)	Separação de Poderes Separação entre investigador e julgador (2/3) Natureza do órgão de apelação (1/3)	Separação de Poderes Separação entre investigador e julgador (1/3) Natureza do órgão de apelação (1/3) Responsáveis por fases 1 e 2 (1/3)
Qualidade da Lei Regra da razão - predação, recusa a contratar e práticas exclusionárias	Qualidade da Lei Regra <i>per se</i> (1/2) Programa de leniência (1/2)	Qualidade da Lei Necessidade de comprovar efeitos da conduta - Contratos de exclusividade	Qualidade da Lei Critério de Notificação (1/2) Método de análise (1/2)
Poderes de Investigação Medidas Preventivas (1/4) Busca e apreensão (3/4)	Poderes de Investigação Busca e apreensão	Poderes de Investigação Medidas Preventivas (1/4) Busca e apreensão (3/4)	
Sanções e Indenizações Pessoas Jurídicas (1/3) Critério de multa (2/3) Tipos de sanção (1/3) Pessoas físicas (1/3) Multa (3/10) Desqualificação funcional (1/5) Pena de reclusão (1/2) Reparação Civil (1/3)	Sanções e Indenizações Pessoas Jurídicas (1/3) Critério de multa Pessoas físicas (1/3) Multa (3/10) Desqualificação funcional (1/5) Pena de reclusão (1/2) Reparação Civil (1/3)	Sanções e Indenizações Pessoas Jurídicas (1/3) Critério de multa Pessoas físicas (1/3) Multa (3/10) Desqualificação funcional (1/5) Pena de reclusão (1/2) Reparação Civil (1/3)	
Recursos Orçamento (1/2) Pessoal (1/4) Economistas e Advogados (1/4)	Recursos Orçamento (1/2) Pessoal (1/4) Economistas e Advogados (1/4) Número de Casos Número de casos (1/3) Pena máxima de prisão (2/3)	Recursos Orçamento (1/2) Pessoal (1/4) Economistas e Advogados (1/4)	Recursos Orçamento (1/2) Pessoal (1/4) Economistas e Advogados (1/4) Número de Casos Número de casos

Fonte: Buccirossi et al. (2011).

Nota: Tradução Livre. Em negrito está o nome de cada variável; abaixo de cada variável estão os critérios utilizados para sua construção; entre parênteses estão os pesos para agregação dos critérios internos a cada variável.

I. Independência da autoridade competente

Essa característica considera o *status* institucional da autoridade competente para análise antitruste (independência legal em relação à burocracia do executivo) e o papel que o governo tem na definição/decretação/julgamento de um ilícito antitruste ou na análise de um ato de concentração. De acordo com Buccirosi et al (2011):

- Para condutas anticoncorrenciais – cartéis, abuso de posição dominante e outros acordos anticompetitivos –, essa questão se resume a duas informações. Primeiro, pela natureza institucional do corpo responsável pela investigação: a jurisdição recebe nota 1 quando ela possui total independência estatutária (tribunal ou uma agência independente); recebe zero se é uma secretária ou departamento ministerial do Poder Executivo; jurisdições em que a investigação pode ocorrer tanto por uma agência ministerial quanto por uma instituição independente recebem 0,5.

Segundo, considera-se a natureza institucional do corpo responsável pelo julgamento e a influência que ele recebe do governo: recebe nota 1 a jurisdição em que o corpo decisório tem total independência legal e suas decisões não podem ser alteradas ou obstadas por decisão do governo; recebe 0,5 a instituição que tenha total independência legal, mas sua decisão possa ser revista pelo governo, recebe zero se for uma secretaria ou departamento ministerial, subordinada ao Poder Executivo.

- Para Atos de Concentração, essas questões são relativamente adaptadas. Considera-se a natureza institucional do corpo responsável pela análise e aprovação dos atos apresentados. Recebe 1 caso os analistas sejam legalmente independentes; zero caso estejam ligados a departamentos ou secretarias ministeriais. O papel exercido pelo governo em atos de concentração é classificado como 1 se for legalmente independente e zero se houver influência do Poder Executivo.

Quadro 4 - Índices de primeiro nível: independência da autoridade competente

Condutas anticoncorrenciais	Pontuação	Peso
Independência do investigador		1/2
Independência legal	1	
Competência concorrente	0,5	
Órgão ou departamento ministerial	0	
Independência do julgador		1/2
Independência legal, sem reversão política	1	
Independência legal, mas há possibilidade de reversão política	0,5	
Órgão ou departamento ministerial	0	

Atos de concentração	Pontuação	Peso
Independência de quem analisa		1/2
Independência legal	1	
Órgão ou departamento ministerial	0	
Papel exercido pelo Governo		1/2
Legalmente independente	1	
Influencia decisões	0	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Nota: Os critérios apresentados para "Condutas anticoncorrenciais" se aplicam para cartéis, outros acordos anticompetitivos e abuso de posição dominante.

Cada resposta recebe peso 1/2 para a formação do índice de independência de cada uma das quatro figuras antitruste - abusos de posição dominante, cartéis, outros ilícitos e atos de concentração.

II. Separação de poderes

Para esta característica, os autores destacam o grau de separação entre a instituição competente para a investigação do ilícito ou análise do ato de concentração daquela competente para seu julgamento: quanto mais incisiva a separação entre aquele que promove a investigação ou análise daquele que decide, mais balanceada tenderá a ser a decisão, diminuindo a probabilidade de erro (BUCCIROSSI et al., 2011). Outro fator considerado pelos autores é a natureza do órgão de apelação: se é especializado em antitruste, será mais capacitado para analisar os fatos e as provas; essa tendência se inverte caso o órgão seja genérico, como judiciário. De acordo com Buccirosi et al (2011):

- Para condutas anticoncorrenciais, questiona-se se há separação entre quem investiga e quem julga: recebe zero caso o responsável por julgar e investigar seja o mesmo órgão; recebe 1 se os responsáveis são diversos. Também se questiona a natureza do corpo de apelação – recebe 1 se o órgão de apelação é especializado, zero se realiza revisões sobre qualquer tema jurídico.
- Para atos de concentração, além desses critérios, há uma especificidade. Na maioria das jurisdições, todos os atos que se submetem a alguma forma de controle estão sujeitos primeiramente a uma investigação geral, designada como fase 1. Atos que levantem preocupações estão sujeitos a uma segunda análise, mais detalhada, chamada de investigação fase 2. Em algumas jurisdições, o mesmo órgão que decide sobre se uma concentração deve ser submetida a uma investigação fase 2 também realiza essa investigação. Em outras jurisdições, um corpo separado é responsável por realizar a investigação fase 2. Essa separação não existe propriamente no Brasil, mas ela se aproxima, no cenário anterior à da lei 12.529/11, à previsão de ritos sumário e ordinário. Atualmente, além dessa separação, ainda há previsão para a definição de prazos mais extensos para análise de casos complexos. Em ambas as situações, há apenas um responsável para a análise. Para a formação dos índices, se o corpo técnico responsável por cada fase é diferente, a jurisdição recebe nota 1; recebe zero se for o mesmo.

Quadro 5 - Índices de primeiro nível: separação de poderes

Condutas anticoncorrenciais	Pontuação	Peso
Separação entre investigador e julgador		2/3
Existe	1	
Não existe	0	
Natureza do órgão de apelação		1/3
Especializado	1	
Não especializado	0	

Atos de concentração	Pontuação	Peso
Separação entre investigador e julgador		1/3
Existe	1	
Não existe	0	
Natureza do órgão de apelação		1/3
Especializado	1	
Não especializado	0	
Responsáveis por fases 1 e 2		1/3
Órgãos diferentes	1	
Mesmo órgão	0	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Nota: Os critérios apresentados para "Condutas anticoncorrenciais" se aplicam para cartéis, outros acordos anticompetitivos e abuso de posição dominante.

Como indicado pelo quadro 3, para a formação dos índices de primeiro nível de separação de poderes, a agregação acontece da seguinte forma: para outros ilícitos, abuso de posição dominante e cartéis, a separação de poderes tem peso 2/3, enquanto a natureza do órgão de apelação recebe 1/3. Para atos de concentração, cada uma das três características tem peso 1/3.

III. Qualidade da Lei

Como trabalhado no primeiro capítulo, espera-se que a dissuasão exercida pela política antitruste previna condutas que, imediatamente, reduzam a concorrência e, mediamente, diminuam o bem estar social. Em algumas jurisdições, entretanto, essas condutas nem sempre coincidem com o que a lei identifica como ilícito; há sempre a possibilidade de condutas pró-competitivas serem identificadas como ilícitas, e vice versa. Por isso, segundo Buccirosi et al (2011), a necessidade de se considerar a qualidade das regras – *law on the books*. A maneira de tornar essa questão mais objetiva é analisar se as regras colocadas pela jurisdição permitem uma aplicação efetiva e clara

no momento do julgamento – se há disparidade entre a regra textual e a maneira como ela é aplicada no caso concreto. De acordo com Buccirosi et al (2011):

- Para abuso de posição dominante, o foco está em práticas exclusionárias – baseadas ou não em preço -, especialmente predação e recusa a contratar. Se a jurisdição analisa essas questões a partir da regra da razão, e considera apenas a racionalidade econômica (leia-se, busca por eficiência e bem estar, total ou do consumidor) como fundamentação, recebe nota 1.; se a jurisdição impõe uma regra *per se* (independentemente se é lícita ou ilícita), recebe zero - ou seja, recebe zero a jurisdição que não analisa a racionalidade e os efeitos do caso concreto; recebe pontuação intermediária caso a decisão, apesar de ser pautada pela regra da razão, obedece outros objetivos que não apenas eficiência, como distribuição de renda e geração de emprego.¹⁰⁷
- Para outros acordos anticompetitivos, o foco está em contratos de exclusividade. Caso se exija a prova, caso a caso, dos efeitos anticompetitivos associados aos contratos, e a decisão seja delineada pela identificação de eficiência econômica, a jurisdição recebe 1. Entretanto, se a decisão também considera outros objetivos de política, além de eficiência, recebe 0,5. Se contratos de exclusividade forem lícitos ou ilícitos *per se*, recebe zero.
- Com relação a Cartéis, a proibição *per se* recebe 1.¹⁰⁸ Caso seja necessária uma análise dos efeitos, mesmo que pautada em análise estritamente econômica, recebe 0,5. Se aceita outros objetivos para a decisão, como estabilidade, proteção ou promoção setorial, recebe zero. Para Cartéis há ainda um critério a respeito da existência de programas de leniência: em caso positivo, a jurisdição recebe 1; caso contrário, zero.

¹⁰⁷ Autores na Europa (TOWNLEY, 2009) e nos EUA (FOX, 2008) discutem essas questões.

¹⁰⁸ A conduta de cartel é talvez a única cuja proibição *per se* recebe apoio institucional, jurisprudencial e doutrinário ao redor do mundo. Isso acontece porque não há expectativa teórica de que combinação de preços ou divisão de mercados tenha qualquer possibilidade de aumentar a eficiência. Para discussão sobre cartel no direito concorrencial brasileiro, ver Martinez (2013). Para o contexto mundial, ver OCDE (2002).

- Por fim, para atos de concentração, a qualidade da lei considera dois critérios: regra para notificação à autoridade da ocorrência do ato de concentração e método utilizado para sua análise. Jurisdições com ausência de qualquer tipo de obrigação a notificar, recebem zero; caso haja obrigação, mas sem um gatilho mínimo¹⁰⁹ (seja de *market share*, seja de faturamento), recebe 0,33; recebe 0,66 se o critério for participação de mercado, e 1 se for faturamento. A respeito do método de análise, caso sejam aceitos argumentos de ganho de eficiência como resultado da operação, a jurisdição recebe 1; na ausência desse tipo de análise, a nota é zero.

¹⁰⁹ Gatilho mínimo seria, por exemplo, todo ato de concentração entre empresas com mais de 20% de participação de mercado relevante ou que faturaram mais de determinado valor no último ano precisam ser notificados. No Brasil, atualmente, o gatilho é que uma das empresas envolvidas tenha faturado ao menos R\$ 750 milhões e outra pelo menos R\$ 75 milhões (ver Portaria Interministerial - Justiça e Fazenda - Nº- 994, de 30 de maio de 2012, que adéqua os valores estipulados pelo art. 88, II da lei n. 12.529/11). A lei de 2011 retirou o gatilho de participação de mercado.

Quadro 6 - Índices de primeiro nível: qualidade da lei

Abuso de posição dominante	Pontuação	Peso
Julgamento de práticas exclusionárias		1
Regra da razão, objetivos econômicos	1	
Regra da razão, objetivos não econômicos	0,5	
Regra <i>per se</i>	0	

Outros Acordos anticompetitivos	Pontuação	Peso
Julgamento de contratos de exclusividade		1
Regra da razão, objetivos econômicos	1	
Regra da razão, objetivos não econômicos	0,5	
Regra <i>per se</i>	0	

Cartéis	Pontuação	Peso
Programa de leniência		1
Existe	1	
Não existe	0	

Atos de concentração	Pontuação	Peso
Critério de Notificação		1/2
Obirgatória, critério de faturamento	1	
Obrigatório, critério de <i>market share</i>	0,66	
Obrigatória, mas sem critério estabelecido	0,33	
Ausência de obrigação	0	
Análise de eficiência		1/2
Considerada	1	
Não considerada	0	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Para as figuras associadas a condutas anticoncorrenciais, não é preciso agregar os critérios para encontrar o índice - há apenas um critério para cada característica, as pontuações entregam automaticamente o índice de qualidade da lei. Para atos de concentração, cada critério tem peso 1/2 .

IV. Poderes durante a investigação

Como adiantado no início deste capítulo, esse índice de primeiro nível não é calculado para atos de concentração. Seu objetivo é captar a extensão das competências da autoridade antitruste ao longo do processo de investigação. De acordo com Buccirosi et al (2011):

- Para condutas que não a de cartel são considerados dois critérios: medidas preventivas e busca e apreensão. O poder para impor ou requerer medidas preventivas ou provisórias, interrompendo ou condicionando condutas com o objetivo de evitar prejuízos que seriam, à época da decisão final, irreversíveis dão à jurisdição a nota 1. Caso não haja previsão para essas medidas; a nota é zero. Com relação à capacidade de a autoridade reunir informações sobre a conduta ilícita, destaca-se a possibilidade de buscas e apreensões e escutas telefônicas. Segundo os autores, quanto mais extensos os poderes, maior a informação disponível, menor a probabilidade de a autoridade tomar uma decisão equivocada, especialmente erros do tipo II (não condenar algo anticompetitivo). Recebe 1 a jurisdição que tem poder para determinar buscas e apreensões em empresas e propriedades de pessoas físicas; recebe zero se não tem esse poder. Recebe 0,5 se tem poder apenas para buscas e apreensões nas dependências da empresa, mas não na propriedade de pessoas físicas.
- Para cartéis, questiona-se apenas se os poderes de busca e apreensão. Assim, o resultado para busca e apreensão é o próprio índice de poderes de investigação. Para abuso de posição dominante e outros contratos anticompetitivos a agregação ocorre por meio dos pesos 1/4 para medidas preventivas e 3/4 para busca e apreensão.

Quadro 7 - Índices de primeiro nível: poderes de investigação

Condutas anticoncorrenciais	Pontuação	Peso
Medidas Preventivas		1/4
Sim	1	
Não	0	
Busca e apreensão		3/4
Empresas e pessoas físicas	1	
Empresas	0,5	
Inexiste	0	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Nota: Os critérios apresentados para "Condutas anticoncorrenciais" se aplicam para cartéis, outros acordos anticompetitivos e abuso de posição dominante.

V. Sanções e indenizações

Para os autores, a credibilidade das penalizações é fator significativo para a dissuasão de práticas anticompetitivas, como multas e persecuções criminais. Nesse quesito são analisados três critérios: a extensão das sanções que empresas podem receber; aquelas direcionadas a pessoas físicas; possibilidade de reparação civil. De acordo com Buccirosi et al (2011):

- Quanto às empresas, a jurisdição recebe 1 se a multa máxima se dá a partir de um percentual do faturamento da empresa ou do ganho ilicitamente auferido. Recebe 0,66 se o valor é deixado ao critério do julgador; 0,33 se há um limite em termos absolutos. A nota é zero se não há multa. No caso de abuso de posição dominante, também se consideram os tipos de sanção disponíveis: recebe zero se não há a possibilidade de remédios estruturais, nem multa. Recebe 0,75 se apenas multas são possíveis, e 1 caso exista possibilidade de sanções estruturais.¹¹⁰ Para a formação do índice de sanções em abusos de posição dominante, o critério da multa tem peso 2/3, enquanto os tipos de sanção têm peso 1/3.
- Para pessoas físicas, há três critérios: multa, perda do direito de administrar empresas e pena de prisão. Para multa, a jurisdição recebe zero caso não haja previsão. Recebe 1 caso haja multa, e não exista limite máximo estabelecido. Caso exista limite, há ponderação e normalização a partir do maior valor disponível na amostra. No Brasil existe uma especificidade: para administradores direta ou indiretamente envolvidos com a prática condenada, não há limite (a multa para a pessoa física é um percentual da multa determinada à empresa).¹¹¹ Por outro lado, para as demais pessoas físicas, há um limite para a multa.¹¹² Pela dificuldade de encontrar dados a respeito das multas aplicadas a pessoas físicas em outras jurisdições, e pela maior relevância dissuasiva de se

¹¹⁰ Sanções estruturais são a determinação, pela autoridade competente, de desinvestimentos, venda de ativos, interrupção de relações societárias, entre outras.

¹¹¹ Na lei n.8.884/94, o art. 23, II determinava a multa de administradores entre 10% e 50% daquela determinável à empresa. A lei n. 12.529/11, art. 37, III alterou esse patamar para 0,1% a 20% da multa estipulada para a empresa.

¹¹² Na lei n.8.884/94, o art. 23, III limitava a multa a um valor entre 6 mil e 6 milhões de UFIRs. A lei n. 12.529/11, art. 37, II alterou esses valores para R\$ 50 mil e R\$ 2 bilhões.

penalizar as pessoas físicas administradoras de empresas, considerou-se a jurisdição brasileira como nota 1. Para o segundo critério em sanções a pessoas físicas, perda da posição/emprego, recebe 1 a jurisdição em que essa sanção é possível e zero caso não haja previsão de desqualificação do empregado de uma posição de diretoria. Por fim, para penas de prisão, recebe zero se ela não estiver prevista; se há a pena, o valor atribuído será o resultado da divisão da pena máxima prevista em cada jurisdição ponderada pela maior pena em abstrato dentre todas da amostra. Como esta dissertação levantou dados apenas para o Brasil, e os autores originais não abriram seu banco de dados, utilizou-se como fator de normalização a pena de prisão vigente nos EUA.¹¹³ Essa escolha se deu por três motivos: primeiro, os EUA são uma das jurisdições analisadas pelo trabalho original, de Buccirossi et al (2011), e por isso podem ter sido utilizados como critério de normalização pelo estudo europeu, objeto de comparação com os resultados brasileiros no próximo capítulo¹¹⁴; segundo, os EUA, como trabalhado ao longo do primeiro capítulo, é parâmetro de comparação institucional para a comunidade antitruste internacional; por fim, os dados para os EUA são públicos e de fácil acesso, o que fará com que sejam utilizados em outras normalizações ao longo do trabalho. Os critérios utilizados para a mensuração de sanções a pessoas físicas são agregados do seguinte modo: peso 3/10 para multas, 2/10 para desqualificação e 5/10 para prisão.

Nesse ponto é importante destacar a relação existente entre o *benchmark* utilizado para a construção dos índices e o mecanismo de normalização utilizado para composição de algumas variáveis. O *benchmark*, como trabalhado ao longo de toda a dissertação, é um conjunto de melhores práticas (regras e características institucionais) e fatores (recursos humanos e financeiros) considerados relevantes para a efetivação da política. Para grande parte das variáveis consideradas, o *benchmark* é objetivo, e o desempenho de cada

¹¹³ A pena máxima para casos de cartel nos EUA, desde 2004 - *Antitrust criminal penalties and enforcement reform act of 2004*, Public Law 108-237 -, é de 10 anos. Desde 2012 o Canadá prevê pena de 14 anos. O Canadá também está na amostra do trabalho de Buccirossi et al (2011), mas não será utilizado como fator de normalização porque os dados utilizados pelo trabalho europeu se referem ao período 1995-2005, período em que a pena norte americana era superior. Sobre penas máximas em casos de cartel em diversas jurisdições, ver Martínez (2013).

¹¹⁴ Caso os EUA não seja a maior pena da amostra utilizada, o resultado brasileiro, para esse critério específico, estará superestimado. Esse não é um resultado esperado, entretanto. Os EUA possuem uma das legislações mais severas em termos de criminalização de ilícitos antitruste. Ver Martínez (2013).

jurisdição se dá pela simples identificação da existência ou não das práticas consideradas positivas (por exemplo, há leniência, nota 1; não há, nota zero). Algumas variáveis, entretanto, exigem um parâmetro adicional de análise, como as que tratam do volume de recursos disponíveis, tamanho da pena para certos ilícitos e volume de casos analisados. Nesses casos, o *benchmark* serviu para afirmar que essas variáveis eram relevantes para a composição do índice, mas não para determinar qual volume de recursos, casos ou pena em abstrato seriam considerados “ideais” (nota 1). Para essas hipóteses, a normalização foi utilizada como parâmetro: de toda a amostra disponível, de todos os anos para todas as jurisdições, o melhor resultado foi considerado como “ideal”, nota 1, e todos os demais resultados receberam pontuações proporcionais. Como indicado ao longo do texto, a normalização das variáveis que compõem os índices brasileiros utilizou, além das informações do Brasil, dos dados compilados para os EUA.

- No que se refere à possibilidade de reparação civil, a nota é zero caso não haja previsão, 1 caso caiba reparação civil para pessoas físicas, jurídicas e ações civis públicas.¹¹⁵ Pontuações intermediárias acontecem caso apenas algumas dessas opções estejam disponíveis: 0,33 para apenas uma, 0,66 para apenas duas. Para a formação do índice de sanções, esses critérios são agregados com pesos iguais, 1/3 para cada.

¹¹⁵ O CADE é competente para analisar danos gerados ao ambiente competitivo. A vítima é a sociedade; as multas arrecadadas são revertidas ao Fundo Nacional de Direitos Difusos. Isso não impede que os agentes diretamente prejudicados pelo ilícito, como concorrentes e consumidores, busquem indenizações. Nesse caso, as vítimas precisam entrar no judiciário, com ações civis direcionadas à reparação civil causada pelos ilícitos concorrenciais. O mesmo acontece para ações civis públicas, cujo objetivo é ressarcir direitos coletivos - no Brasil, os legitimados para esse tipo de ação são o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, associações e entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados ao ajuizamento da ação coletiva. Para breve análise dessas questões à luz da nova lei do CADE, ver Ribeiro (2012). Para a relevância dessas ações na UE, ver *European Commission Recommendation* (2013); para os EUA, ver: Lande e Davis (2011;2013).

Quadro 8 - Índices de primeiro nível: sanções e multas

Condutas anticoncorrenciais	Pontuação	Peso
Pessoas Jurídicas		1/3
Critério de multa (2/3)		
Percentual do faturamento ou ganho	1	
A critério do julgador	0,66	
Limite em termos absolutos	0,33	
Não há multa	0	
Tipos de sanção (1/3)		
Remédios estruturais e multa	1	
Apenas multa	0,75	
Nem multa, nem estrutural	0	
Pessoas físicas		1/3
Multa (3/10)		
Sem limite máximo	1	
Há limite máximo	Normalização	
Não há	0	
Desqualificação funcional (2/10)		
Sim	1	
Não	0	
Pena de reclusão (5/10)		
Sim	Normalização	
Não	0	
Reparação Civil		1/3
Pessoas Físicas, Jurídicas e Ação C. Pública	1	
Apenas duas	0,66	
Apenas uma	0,33	
Nenhuma	0	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirossi et al. (2011).

Nota: Entre parênteses estão os pesos para agregação dos critérios "pessoas jurídicas" e "pessoas físicas".

VI. Recursos humanos e financeiros. Número de casos e condenações

Entende-se que os recursos disponíveis à autoridade antitruste afetam diretamente sua capacidade de exercitar suas competências legais. Desse modo, esse componente busca identificar e comparar tanto a quantidade de recursos (orçamento e pessoal disponível) quanto sua qualidade, especificamente a quantidade de economistas e juristas. Como esse componente é quantitativo, há uma normalização. Os critérios utilizados por Buccirossi *et al* (2011) são os seguintes:

(i) O orçamento anual da autoridade antitruste de cada jurisdição é dividido pelo PIB em paridade de poder de compra¹¹⁶, permitindo melhor comparação entre diferentes jurisdições. Buccirosi et al. (2011) normalizaram esse valor em cada jurisdição pelo maior valor disponível em sua amostra. Para esta dissertação, os dados do orçamento do CADE foram normalizados pelo maior valor encontrado para a jurisdição norte americana no período 1994-2012.¹¹⁷

(ii) O número de funcionários do CADE foi dividido pelo PIB real do Brasil, que então foi normalizado pelo maior valor no período 2006-2012 para a jurisdição norte americana.¹¹⁸

(iii) Buccirosi et al (2011) ainda dividiram a soma do número de economistas com doutorado e de advogados pelo número total de funcionários, fator novamente normalizado pela maior relação da sua amostra. Para o Brasil, entretanto, não foi possível calcular esse critério por insuficiência dos dados.

No trabalho original, o orçamento tem peso 1/2 enquanto os outros dois fatores têm peso 1/4 cada. Como só temos dois critérios, ao orçamento foi dado peso 1/2 e para o número total de funcionários foi atribuído peso 1/2, mantendo-se a paridade entre recursos humanos e recursos financeiros.

Quadro 9 - Índices de primeiro nível: recursos humanos e financeiros

Condutas anticoncorrenciais e atos de concentração	Pontuação	Peso
Orçamento	Normalização	1/2
Pessoal	Normalização	1/2

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

O grau de efetividade das sanções enquanto mecanismos de dissuasão dependem não apenas do seu tipo e extensão, tal como estipuladas pela lei, mas também da maneira com que a autoridade às aplica aos casos concretos (BUCCIROSSI et al, 2011).

¹¹⁶ Fonte: OECD *statiscs*, disponível em: <http://stats.oecd.org/>. Acessado em 28/04/2014.

¹¹⁷ Os dados consideram a soma dos orçamentos do *Department of Justice, Antitrust division* e do *Federal Trade Commission*, disponibilizados pelas próprias instituições.

¹¹⁸ Não foram encontrados dados públicos mais antigos. Os dados de pessoal consideram a soma do *Department of Justice, Antitrust division* e do *Federal Trade Commission*.

Entretanto, as autoridades não compilam de forma sistemática essas informações. Esse item exigiria extensa análise jurisprudencial em cada país, sobre diferentes tópicos, a ponto de permitir uma *proxy* detalhada. Isso impediu com que esse critério, de *law in action*, em contraposição ao *law on the books*, fosse devidamente considerado pelos índices. Ao longo da análise dos resultados, entretanto, será possível considerar alguns casos concretos nacionais como parâmetro de interpretação dos índices encontrados.

De todo modo, com o objetivo de captar mesmo que parcialmente esta dimensão prática, Buccirossi et al (2011) consideraram, para atos de concentração e cartéis, o número de investigações abertas a cada ano ponderado pelo PIB real do mesmo período, mais uma vez normalizado pelo maior valor da amostra. De novo esta dissertação utiliza os dados para os EUA como parâmetro para normalização dos resultados brasileiros. Destaca-se, no entanto, que ao contrário do que aconteceu com os dados de orçamento e pessoal, a maior razão entre número de casos de cartéis e PIB real entre Brasil e EUA foi o Brasil, sendo o dado para 1999 utilizado como fator de ponderação desse critério. Para o número de atos de concentração, no entanto, os EUA atingiram a maior razão das séries, servindo de fator normalizador.

Para cartéis, os índices ainda consideram o tempo máximo de pena de reclusão (prisão) já imposto em cada jurisdição normalizado pelo tempo máximo já estipulado por qualquer jurisdição da amostra. Outra vez o parâmetro utilizado é a experiência norte americana. A esse respeito é preciso destacar que a primeira sentença condenatória em caso de cartel no Brasil é de 2006. Essa decisão ainda não transitou em julgado, isto é, não é definitiva. As únicas decisões em cartéis que transitaram em julgado até hoje não estipularam penas de reclusão, mas foram solucionadas por meio de transação penal - substituições por outros tipos de restrição, que não de liberdade. Por esse motivo, para todo o período considerado, a jurisdição brasileira recebeu a nota zero - os EUA, utilizado para normalização, teve como média penas de reclusão de 8 meses entre 1990-1999, 20 meses entre 2000-2009 e 25 meses entre 2010-2012.¹¹⁹

¹¹⁹ Ver os documentos oficiais do departamento de justiça americano, divisão antitruste, sobre seus esforços criminais, disponível em: <http://www.justice.gov/atr/public/division-update/2013/criminal-program.html>. Acessado em 28/04/2014.

Quadro 10 - Índices de primeiro nível: número de casos

Atos de concentração	Pontuação	Peso
Número de investigações	Normalização	1/3

Cartéis	Pontuação	Peso
Número de investigações	Normalização	1/3
Tempo de sentença de prisão	Normalização	2/3

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Os pesos para a agregação deste índice de primeiro nível para cartéis é 1/3 para a abertura de investigações e 2/3 para tempo de prisão. Para atos de concentração há apenas um critério, que já representa o índice de primeiro nível.

3.1.1. Pesos atribuídos aos critérios que informam os índices de primeiro nível: racionalidade

Os autores originais dessa metodologia se preocuparam em discutir os fundamentos que guiaram as decisões a respeito dos pesos conferidos a cada uma dessas informações na composição dos índices de política da concorrência. Nesse escopo, o princípio da “razão insuficiente” foi fundamental.¹²⁰ Segundo esse princípio, sempre que estão ausentes indícios ou razões específicas para se considerar determinado componente ou característica mais importante do que outro, dá-se pesos iguais.

De todos os pesos para a formação do índice primário, há seis ocasiões em que essa paridade não acontece, segundo Buccirosi et al, (2011):

(i) Separação de Poderes - “separação entre investigador e julgador” tem peso 2/3, enquanto a “natureza do órgão de apelação” recebe 1/3. A racionalidade neste caso está associada ao fato de que nem sempre o caso chega à análise do órgão de apelação, uma vez que nem sempre a parte recorre da decisão da autoridade. Em segundo plano, leva-se em conta o fato de que a decisão em segunda instância leva muito mais tempo para se

¹²⁰ Para discussão desse princípio, também conhecido como princípio da indiferença, em perspectiva histórica, ver Stigler, (1986).

concretizar, tendo um efeito menos incisivo sobre a efetividade da política de concorrência.

(ii) Poderes durante a investigação – peso $1/4$ para a existência de medidas assecuratórias e $3/4$ para a capacidade de reunir informações. Essa decisão se baseia no fato de que, apesar de importante, a existência de medidas preventivas atua apenas na esfera temporal da atuação da autoridade, mas não interfere na capacidade de a autoridade identificar e corretamente punir um ilícito. O poder de reunir provas interfere de forma mais incisiva na extensão da atuação da autoridade, evitando erros Tipo II.

(iii) Sanções e indenizações para pessoas jurídicas – peso $1/3$ para o tipo de sanção disponível (pessoa jurídica, física ou ação pública) e $2/3$ para o critério de cálculo da multa. Os autores acreditam que a multa tem uma maior capacidade de dissuasão do que a variedade de ações judiciais às quais empresas podem ser alvo.

(iv) Sanções e indenizações para pessoas físicas – $3/10$ para multas, $2/10$ para desqualificações profissionais e $5/10$ para penas de prisão. Isso porque as empresas podem arcar com prejuízos associados a multas ou rearranjos funcionais de seus subordinados, diminuindo o caráter dissuasório dessas medidas; o que não acontece com a responsabilidade criminal.

(v) Recursos humanos e financeiros – originalmente, os pesos atribuídos eram $1/2$ para orçamento, $1/4$ para o total de funcionários e $1/4$ para funcionários de alto padrão. Isso porque os autores acreditam que a dotação financeira afeta de forma mais incisiva o escopo e capacidade de atuação da autoridade do que os outros itens isoladamente. No agregado, recursos financeiros receberiam o mesmo peso do que recursos humanos ($1/2$ cada). No entanto, como não há dados disponíveis para a jurisdição brasileira a respeito da qualificação do pessoal, os pesos foram alterados: $1/2$ para orçamento e $1/2$ para pessoal total. Isso porque entende-se importante manter a divisão equânime entre recurso financeiro e humano - perdeu-se, entretanto, parte da especificidade desse critério, que se tornou apenas quantitativo.

(vi) Número de casos analisados – $2/3$ para tempo de prisão em casos de cartel e $1/3$ para o número de investigações abertas. Tempo de prisão é visto como uma sinalização mais incisiva da robustez da política de concorrência.

O quadro a seguir apresenta de forma esquemática a atribuição de pontos e pesos a todas essas informações.

Quadro 11 - Índices de primeiro nível: resumo de critérios informativos e pontuações

Condutas anticompetitivas	Pontuação	Condutas anticompetitivas (continuação)	Pontuação	Condutas anticompetitivas (continuação)	Pontuação
Independência				Número de Casos	
Independência do investigador		Busca e apreensão		Número de investigações	Normalização
Independência legal	1	Empresas e pessoas físicas	1	Tempo de sentença de prisão	Normalização
Competência concorrente	0,5	Empresas	0,5	Atos de concentração	
Órgão ou departamento ministerial	0	Inexiste	0	Independência	
Independência do julgador		Sanções e Multas		Independência de quem analisa	
Independência legal, sem reversão política	1	Pessoas Jurídicas		Independência legal	1
Independência legal, mas há possibilidade de reversão política	0,5	Critério de multa		Órgão ou departamento ministerial	0
Órgão ou departamento ministerial	0	Percentual do faturamento ou ganho	1	Papel exercido pelo Governo	
Separação de Poderes		A critério do julgador	0,66	Legalmente independente	1
Separação entre investigador e julgador		Limite em termos absolutos	0,33	Influencia decisões	0
Existe	1	Não há multa	0	Separação de Poderes	
Não existe	0	Tipos de sanção		Separação entre investigador e julgador	
Natureza do órgão de apelação		Remédios estruturais e multa	1	Existe	1
Especializado	1	Apenas multa	0,75	Não existe	0
Não especializado	0	Nem multa, nem estrutural	0	Natureza do órgão de apelação	
Qualidade da Lei		Pessoas físicas		Especializado	1
Julgamento de práticas exclusionárias		Multa		Não especializado	0
Regra da razão, objetivos econômicos	1	Sem limite máximo	1	Responsáveis por fases 1 e 2	
Regra da razão, objetivos não econômicos	0,5	Há limite máximo	Normalização	Órgãos difeentes	1
Regra <i>per se</i>	0	Não há	0	Mesmo órgão	0
Julgamento de contratos de exclusividade		Desqualificação funcional		Qualidade da Lei	
Regra da razão, objetivos econômicos	1	Sim	1	Critério de Notificação	
Regra da razão, objetivos não econômicos	0,5	Não	0	Obirgatória, critério de faturamento	1
Regra <i>per se</i>	0	Pena de reclusão		Obrigatório, critério de <i>market share</i>	0,66
Programa de leniência		Sim	Normalização	Obrigatória, mas sem critério estabelecido	0,33
Existe	1	Não	0	Ausência de obrigação	0
Não existe	0	Reparação Civil		Análise de eficiência	
Julgamento da prática (1/2)		Pessoas Físicas, Jurídicas e Ação Civil Pública	1	Considerada	1
Ilícito <i>per se</i>	1	Apenas duas	0,66	Não considerada	0
Regra da razão	0	Apenas uma	0,33	Recursos	
Poderes de Investigação		Nenhuma	0	Orçamento	Normalização
Medidas Preventivas		Recursos		Pessoal	Normalização
Sim	1	Orçamento	Normalização	Economistas e Advogados	Normalização
Não	0	Pessoal	Normalização	Número de Casos	
		Economistas e Advogados	Normalização	Número de investigações	
				Normalização	

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirossi et al. (2011).

3.2. ÍNDICES INTERMEDIÁRIOS E AGREGADOS

Os índices de segundo nível, calculados para as quatro figuras (abusos de posição dominante, outros acordos anticompetitivos, cartéis e atos de concentração), aglutinam as informações do primeiro nível em dois tipos: (a) vetores institucionais – informações sobre independência, separação de poderes, qualidade da lei, poderes de investigação e sanções e indenizações –; e (b) vetores de cumprimento (*enforcement*) – recursos humanos e financeiros disponíveis e número de casos.

Na agregação do índice de vetores institucionais, "sanções e indenizações" recebe peso maior do que as demais características, por aglutinar, segundo Buccirossi et al (2011), informações mais incisivas em termos de capacidade dissuasiva de práticas anticompetitivas: seu peso é 1/3, enquanto os demais componentes – independência, separação de poderes, poderes de investigação e qualidade da lei – recebem 1/6 cada. Para atos de concentração, os três índices disponíveis recebem 1/3 cada – como discutido, não há índices de primeiro nível em poderes de investigação nem sanção e multas para essa figura.

Observa-se no quadro 12 que nos vetores de cumprimento, a variável "recursos humanos e financeiros" recebe peso destacado – seria *proxy* mais adequada para a capacidade de atuação da autoridade do que o número de casos abertos. Assim, para cartéis e atos de concentração, recursos recebe peso 2/3, número de casos, 1/3. Em abusos de posição dominante e outros ilícitos, como há apenas a variável recursos financeiros e humanos, ela representa o próprio índice intermediário de cumprimento. O quadro 12 ilustra a construção dos índices intermediários, expandindo o que foi apresentado pelo quadro 2.

Quadro 12 - Índices Intermediários

	Abuso de Posição Dominante	Cartéis	Outros acordos anticompetitivos	Atos de Concentração
Vetores Institucionais	Independência (1/6)	Independência (1/6)	Independência (1/6)	Independência (1/3)
	Separação de Poderes (1/6)	Separação de Poderes (1/6)	Separação de Poderes (1/6)	Separação de Poderes (1/3)
	Qualidade da Lei (1/6)	Qualidade da Lei (1/6)	Qualidade da Lei (1/6)	Qualidade da Lei (1/3)
	Poderes de Investigação (1/6)	Poderes de Investigação (1/6)	Poderes de Investigação (1/6)	
	Sanções e Multas (1/3)	Sanções e Multas (1/3)	Sanções e Multas (1/3)	
Vetores de Cumprimento	Recursos (1)	Recursos (2/3)	Recursos (1)	Recursos (2/3)
		Número de Investigações (1/3)		Número de Casos Analisados (1/3)

Fonte: Buccirosi et al. (2011).

Nota: Tradução Livre. Os valores entre parênteses apresentam os pesos utilizados para a agregação dos índices de primeiro nível em vetores institucionais e vetores de cumprimento para cada uma das quatro figuras representativas da política antitruste.

Quadro 13 - Índices de política de concorrência: Institucional, Cumprimento, Antitruste, Concentração e Agregado

	Índice Agregado de política da concorrência			
	IPC Antitruste (3/4)		IPC Concentrações (1/4)	
	Abuso de posição dominante (1/3)	Cartéis (1/3)	Outros acordos anticompetitivos (1/3)	Atos de concentração
IPC Institucional (2/3)	Vetores institucionais para abuso de posição dominante	Vetores institucionais para cartéis	Vetores institucionais para Outros ilícitos	Vetores institucionais para atos de concentração
IPC Cumprimento (1/3)	Vetores de cumprimento para abuso de posição dominante	Vetores de cumprimento para cartéis	Vetores de cumprimento para outros qcordos	Vetores de cumprimento para atos de oncentração

Fonte: Buccirosi et al. (2011).

Nota: Tradução Livre; os valores entre parênteses apresentam os pesos utilizados para a agregação dos índices de segundo nível nos cinco índices de política da concorrência.

O quadro 13 resume os índices de terceiro nível. São cinco: Índice-Institucional, Índice-Cumprimento, Índice-Antitruste, Índice-Concentração e Índice-Agregado. Eles são construídos do seguinte modo.

O quadro 14 apresenta o Índice-Institucional e o Índice-Cumprimento, de acordo com Buccirossi et al (2011). O Índice-Institucional agrega, com pesos iguais (1/4), os vetores institucionais das quatro figuras, abuso de posição dominante, cartéis, outros acordos anticompetitivos e atos de concentração. O Índice-Cumprimento faz exercício similar, mas com os vetores de cumprimento. Eles medem a capacidade dissuasiva da política de forma transversal, ou seja, para quatro figuras, que resumem tanto o controle de condutas quanto o controle de concentrações, mas com diferentes focos: um destaca a dissuasão oriunda das características institucionais, outro as características de *enforcement*. O objetivo desta divisão entre características institucionais e de cumprimento é permitir identificar a evolução e a qualidade específica a essas duas dimensões da política.

Quadro 14 - Índices de política de concorrência: Institucional e Cumprimento

	Abuso de posição dominante	Cartéis	Outros acordos anticompetitivos	Atos de concentração
Índice Institucional	Vetores institucionais para abuso de posição dominante (1/4)	Vetores institucionais para Cartéis (1/4)	Vetores institucionais para Outros ilícitos (1/4)	Vetores institucionais para Atos de Concentração (1/4)
Índice Cumprimento	Vetores de cumprimento para abuso de posição dominante (1/4)	Vetores de Cumprimento para Cartéis (1/4)	Vetores de Cumprimento para Outros Ilícitos (1/4)	Vetores de Cumprimento para Atos de Concentração (1/4)

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirossi et al. (2011).

Nota: Os valores entre parênteses apresentam os pesos utilizados para a agregação dos índices de segundo nível nos cinco índices de política da concorrência.

Os Índices Antitruste e Concentrações (ver quadro 15) têm foco complementar: ao invés de separarem as características institucionais das de cumprimento sem diferenciar o desempenho da política no controle de condutas e na análise de concentrações, esses índices deixam de diferenciar vetores institucionais e de cumprimento para destacarem as diferenças da política no controle de condutas e no controle de concentrações. Nesse sentido, o Índice-Antitruste agrega os vetores institucional e de cumprimento das três

figuras associadas ao controle de condutas, ou seja, abuso de posição dominante, cartéis e outros acordos anticompetitivos. Os vetores institucionais têm peso maior, 2/3, em relação aos vetores de cumprimento, 1/3. Isso porque Buccirosi et al (2011) entendem que é preciso uma política institucionalmente alinhada com as melhores práticas (independência, separação dos poderes, qualidade da lei), para que então investimentos em variáveis de cumprimento desse arcabouço gerem efeitos positivos sobre a dissuasão de práticas anticompetitivas. Por outro lado, cada uma das figuras tem peso igual na agregação, com 1/3. Assim, agrega-se com pesos 2/3 e 1/3 os vetores institucionais de cumprimento das três figuras de conduta; posteriormente, com pesos 1/3, esses três resultados são agregados no Índice-antitruste. De modo similar, o Índice-Concentrações agrega os vetores institucionais e de cumprimento associados aos atos de concentração.

Quadro 15 - Índices de política de concorrência: Antitruste e Concentrações

Índice Antitruste			Índice Concentrações
Abuso de posição dominante (1/3)	Cartéis (1/3)	Outros acordos anticompetitivos (1/3)	Atos de Concentração
Vetores institucionais para abuso de posição dominante (2/3)	Vetores institucionais para Cartéis (2/3)	Vetores institucionais para Outros acordos anticompetitivos (2/3)	Vetores institucionais para Atos de Concentração (2/3)
Vetores de cumprimento para abuso de posição dominante (1/3)	Vetores de Cumprimento para Cartéis (1/3)	Vetores de Cumprimento para Outros Ilícitos (1/3)	Vetores de Cumprimento para Atos de Concentração (1/3)

Fonte: Elaboração do autor com base em Buccirosi et al. (2011).

Nota: Os valores entre parênteses apresentam os pesos utilizados para a agregação dos índices de segundo nível nos cinco índices de política da concorrência.

O objetivo dos índices do quadro 15 é identificar se a política está melhor aparelhada para dissuadir condutas ou controlar concentrações de mercado. Por fim, um quinto índice resume todas as informações. De acordo com Buccirosi et al (2011), ele agrega o Índice-Antitruste, com peso 3/4, ao Índice-Concentrações, com peso 1/4. Esse é o índice mais agregado e visa ilustrar a política como um todo, considerando escopo de atuação e variáveis institucionais e de *enforcement*.

3.3. DADOS

A construção dos índices conta com a utilização de dados primários e secundários. Os primários dizem respeito à análise das características da regulação vigente no país: condutas consideradas ilícitas, regras para imposição de sanções e restrições, valor das multas, separação de funções e competências dentro dos órgãos da agência, independência política, jurisprudência e regras de julgamento dos casos. Esses dados se resumem pela análise da evolução legislativa – baseadas nas leis 8137/90, 8884/94 e 12529/11 –, resoluções e portarias do CADE, e resoluções e portarias conjuntas da SEAE, SDE e Ministérios da Fazenda e Justiça que afetaram a evolução da política de concorrência.

Os dados secundários se referem aos recursos humanos e financeiros do CADE, assim como a informações sobre o número de casos analisados e julgados ao longo do período, compilados anualmente pelo próprio órgão: orçamento disponível, número de funcionários, número de casos abertos a cada ano. Também foram utilizadas as informações disponíveis no trabalho de Buccirosi et al (2011) para a comparação dos índices.

Também foram compilados alguns dados internacionais, especificamente a respeito da atuação das autoridades de concorrência norte-americana – *Department of Justice, Antitrust Division e Federal Trade Commission*. Os dados de pessoal, orçamento, casos analisados e penas de prisão em abstrato da jurisdição americana foram utilizados para a normalização dos dados para a autoridade Brasileira. Buccirosi et al (2011), para os critérios nos quais foram realizadas normalizações, utilizaram sempre os maiores valores encontrados em sua amostra de 13 jurisdições. Como esta dissertação só compilou dados para o Brasil, e os dados do estudo europeu não foram publicados, as informações para a jurisdição norte americana foram fator de normalização para os dados brasileiros. A escolha dos EUA se deu por três motivos básicos: (i) fazem parte da amostra do estudo europeu, o que permite aproximar os critérios de normalização utilizados no estudo original e nesta dissertação; (ii) há dados públicos disponíveis e de fácil acesso; (iii) são referência em antitruste. É importante destacar que os resultados brasileiros, especialmente nas variáveis de cumprimento (orçamento, pessoal, número

de casos e penas de prisão aplicadas), estão provavelmente superestimados quando comparados com os resultados de Buccirossi et al (2011): a normalização foi feita pelos maiores valores da amostra das 13 jurisdições entre 1995-2005 - pelos gráficos apresentados pelos autores, os EUA não aparentam deter os maiores valores da amostra¹²¹.

A análise feita para o Brasil compreende o período de 1995 a 2012. Esse período tem início quase coincidente com a promulgação da lei 8.884/94, que alterou substancialmente a política da concorrência no país. Em 2011, a legislação sofreu nova alteração, o que, mesmo com seu curto prazo de vigência, trouxe modificações institucionais significativas, que serão identificadas pelos índices. A lei n. 8.137/90¹²² reúne as penas criminais associadas a condutas anticompetitivas, como cartel. Ao mesmo tempo, esse período engloba o utilizado pelos autores originais, de 1995-2005, permitindo, além da análise intertemporal da instituição brasileira, a sua comparação internacional.

3.3.1. Dados indisponíveis

Alguns dados da série não estavam disponíveis. A esse respeito, assim como no trabalho de Buccirossi et al (2011), dois exercícios foram feitos: (i) extensão da série de dados – desde que ao menos cinco observações estivessem disponíveis, com tendência de evolução clara. Nesses casos, a imputação de dados estimados foi de no máximo metade do número de observações que basearam a extensão. Por exemplo, em caso de cinco observações, poder-se-ia fazer duas imputações. Em casos de sete, três. Nesta dissertação, esse exercício foi realizado para os dados de pessoal total alocado no CADE nos anos 1995-1999 a partir dos dados disponíveis para o período 2000-2009 e 2012; (ii) utilização de dados disponíveis para inferência de dados ausentes – a evolução do orçamento dedicado a gastos com pessoal, disponível para todos os períodos, foi utilizado como parâmetro para inferir a evolução do tamanho do pessoal em atuação pelo órgão nos anos de 2010 e 2011.

¹²¹ A utilização de informações apenas dos EUA pode ser considerada como uma limitação do presente estudo quando comparado ao trabalho de Buccirossi et al (2011). No entanto, feita as observações pertinentes, a comparação pôde ser realizada.

¹²² Ver Brasil (1990).

Nos casos em que 50% ou mais das informações necessárias estavam indisponíveis, abriu-se mão de calcular o índice, já que o risco de alteração do resultado seria relevante. No entanto, na falta de dados apenas sobre pessoal qualificado (advogados e economistas) – correspondente a 1/4 da informação necessária para o índice de primeiro nível "Recursos" – calculou-se o índice com adaptação dos pesos iniciais. Orçamento passou a ter peso 1/2, e pessoal total ficou com 1/2. Essa solução foi adotada para toda a série, já que informações sobre número de advogados e doutores em economia não foram compiladas pelo CADE de forma sistemática.

4. RESULTADOS

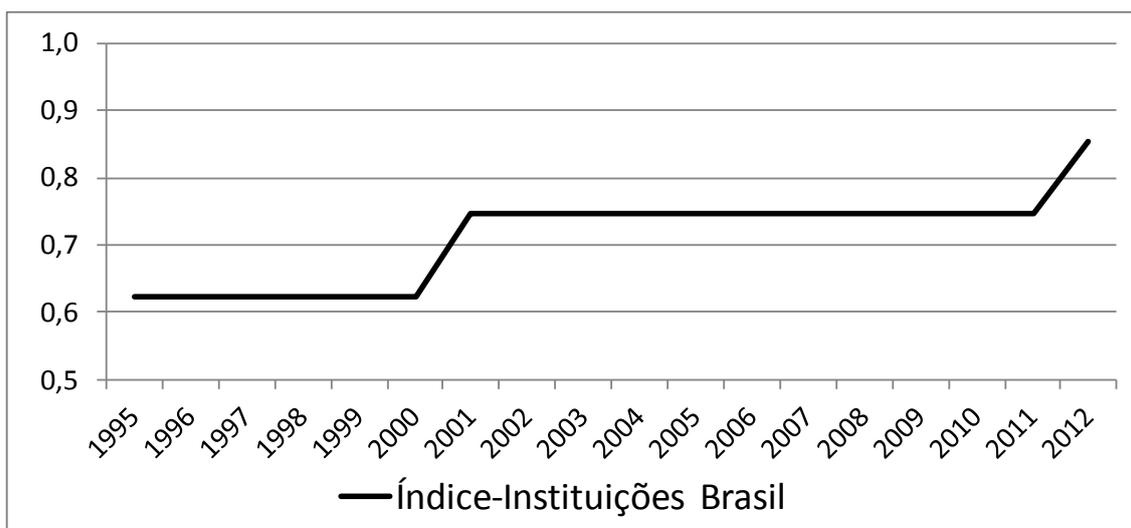
Superados os recortes analíticos, fundamentos teóricos e procedimento metodológico, cabe analisar o resultado dos índices para a jurisdição brasileira, seja a respeito de sua evolução ao longo do período, seja em comparação com a evolução dos índices apresentados por Buccirossi et al (2011).

4.1 ÍNDICE INSTITUCIONAL

De acordo com o Gráfico 2, a evolução apresentada pelo índice-institucional brasileiro confirma duas expectativas, uma em relação ao seu nível, outra em relação à sua baixa variação ao longo do tempo. A primeira expectativa está associada a fato reconhecido na comunidade internacional: as instituições da política antitruste brasileira foram organizadas, desde a lei n. 8.884/94, de maneira bastante alinhada às melhores práticas, mesmo que com diferenciações e falhas trabalhadas no capítulo 2 (OECD, 2005b; OECD, 2010).¹²³ Isso se reflete no alto valor relativo do índice institucional quando comparado aos resultados trabalhados por Buccirossi et al (2011) para as 13 jurisdições da OCDE: o índice médio de 1995 a 2005 ficou entre 0.5 e 0.65; no mesmo período, o índice brasileiro foi de 0,62 a 0,74. O resultado do índice brasileiro para 2005 se iguala ao dos EUA, berço da teoria e prática dos principais parâmetros do *benchmark*, e da Suécia, país com melhor desempenho na amostra dos autores. Após a promulgação da nova lei do CADE, em 2011, o índice brasileiro atingiu 0,85. Os gráficos abaixo ilustram esses movimentos.

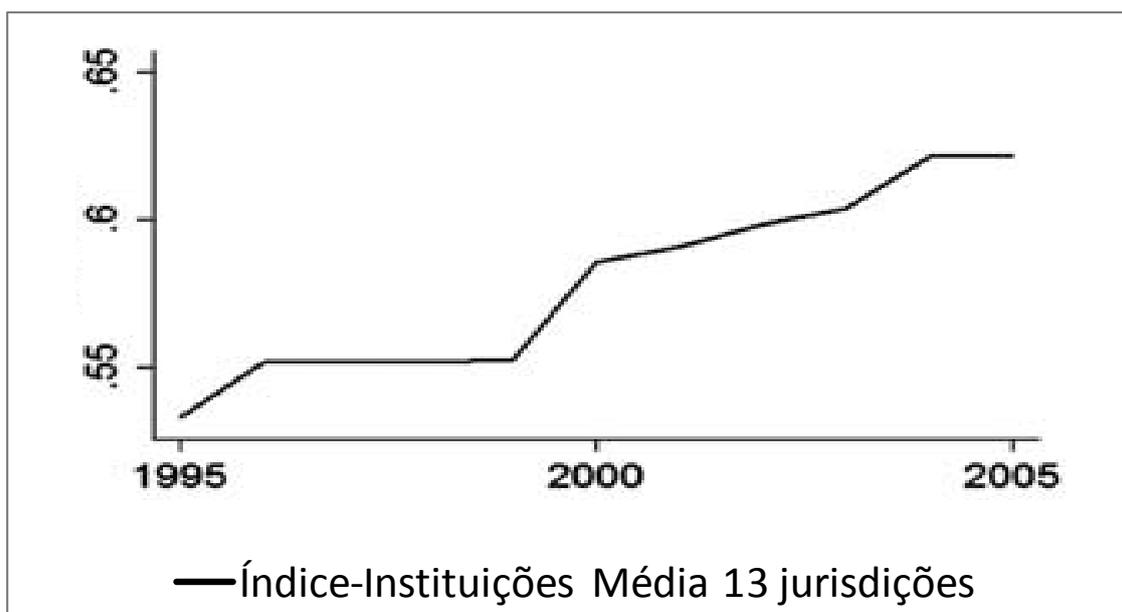
¹²³ Algumas falhas corrigidas na nova lei. Inclusive algumas não identificadas pelo benchmark como análise prévia em atos de concentração.

Gráfico 2 - Índice instituições: Brasil (1995-2012)



Fonte: Elaboração do autor.

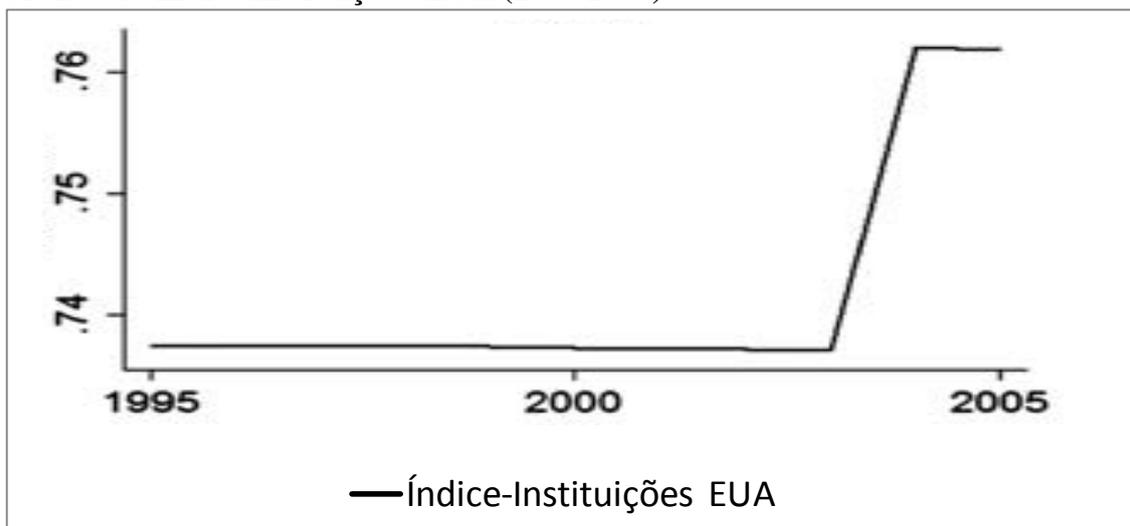
Gráfico 3 - Índice instituições: Média para 13 jurisdições da OCDE (1995-2005)



Fonte: Buccirosi et al (2011).

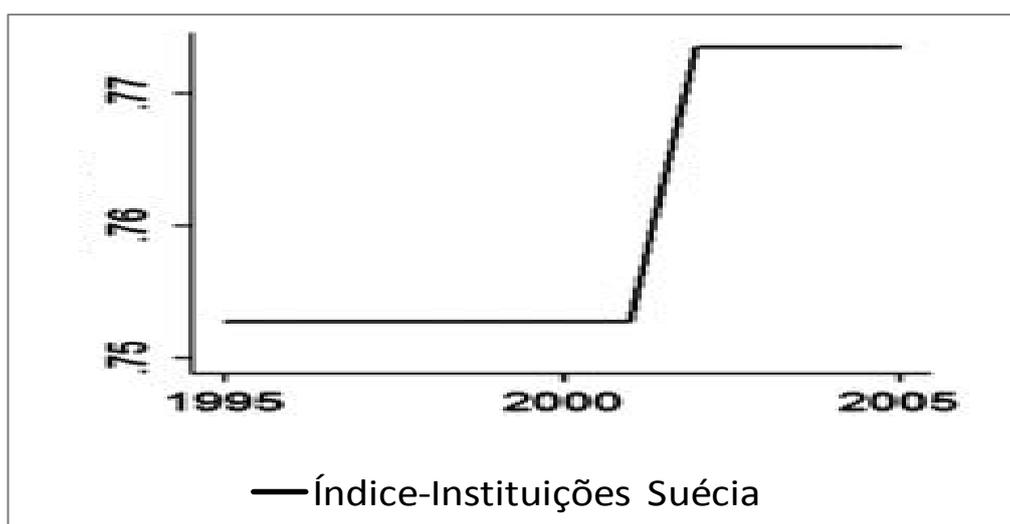
Nota: Média das jurisdições da OCDE: Canadá, República Tcheca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Japão, Holanda, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.

Gráfico 4 - Índice Instituições: EUA (1995-2005)



Fonte: Buccirosi et al (2011).

Gráfico 5 - Índice Instituições: Suécia (1995-2005)



Fonte: Buccirosi et al (2011).

Assim como se esperava um alto nível para o índice institucional nacional, a expectativa, para qualquer país, é que ele se altere pouco ao longo do tempo: por consolidar informações associadas à lei concorrencial e à estrutura da burocracia competente para sua aplicação, os critérios que informam o índice se alteram de forma gradual e lenta. Para o Brasil, como indica o Gráfico 2, há dois saltos específicos, em 2001 e em 2012. O primeiro está associado à combinação da introdução (i) do programa de leniência para o combate a cartéis e (ii) da previsão expressa para a realização de buscas e apreensões em processos administrativos, ambos por meio da lei nº 10.149, de 21.12.2000. Como discutido na seção 2.2, o *benchmark* condiciona a qualidade da lei

para combate a cartéis à existência de um programa de leniência, o que só ocorreu no Brasil a partir de 2001. Ao mesmo tempo, 3/4 do valor atribuído ao índice primário "poderes de investigação" está associado à existência de mecanismos de busca e apreensão à disposição da autoridade antitruste, o que também só entrou em vigor a partir de 2001. O índice ganhou 0,12 pontos por essas duas alterações.

O segundo salto mostrado no gráfico, em 2012, deve-se à promulgação da nova lei do CADE, que provocou três alterações no resultado do índice institucional. Primeiro, e mais importante, reforçou a independência formal da autoridade antitruste: até a lei de 2011, a Secretaria de Direito Econômico, órgão do Ministério da Fazenda, era responsável pela investigação de condutas anticompetitivas, ao passo que a Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda, era responsável pela análise de concentrações. Os Secretários de ambos os órgãos eram subordinados aos Ministros de Estado, em cargos sem estabilidade - poderiam ser substituídos a qualquer tempo, sem justificativa. A nova lei repassou essas competências para a Superintendência Geral do CADE - SG, órgão que, apesar de compor a autarquia, possui independência funcional, com Superintendente com cargo estável de quatro anos. Essa alteração é relevante para o índice, já que a independência formal corresponde à metade do valor atribuído ao índice de primeiro nível "independência da autoridade competente".

Ainda sobre esse tópico, é preciso abordar uma consequência indireta dessa alteração: se, por um lado, a autoridade competente para a análise antitruste se tornou independente do Poder Executivo, ela se tornou parte da pessoa jurídica que também é responsável pelo julgamento das questões analisadas pela Superintendência. Ou seja, Tribunal (julgador) e SG (responsável pela instrução dos casos) são órgãos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Esse fato poderia ser interpretado como desrespeito ao critério de separação de poderes, com o qual se preocupa o segundo índice de primeiro nível. Até a nova lei, SEAE, SDE e CADE, todos distintos, eram responsáveis por essas funções. De todo modo, decidiu-se pela manutenção da pontuação máxima à autoridade brasileira no quesito separação entre quem julga e quem analisa as questões antitruste por se entender que, apesar de SG e Tribunal serem órgãos

de uma mesma pessoa jurídica, possuem autonomia e independência suficientes para serem considerados, do ponto de vista prático e formal, entidades separadas.

A nova lei ainda provocou outras duas alterações, ambas no índice de primeiro nível "sanções e indenizações". De um lado, seu art. 38, VI e VI expandiu o rol de punições previstas pelo art. 24 da lei anterior, abarcando a possibilidade de impedir que pessoas físicas condenadas pelo CADE exerçam seus cargos empresariais, sanção considerada positiva pelo *benchmark*. De outro lado, no entanto, a mesma lei, em seu art. 116, alterou o art. 4º da lei 8.137, dos crimes contra a ordem econômica, e retirou do rol de crimes tipificados as condutas anticompetitivas unilaterais, afetando negativamente o índice para abusos de posição dominante.

De todo modo, o que se depreende da análise institucional é que o regime jurídico e a estrutura da burocracia administrativa nacional estão bastante alinhados ao *benchmark* de melhores práticas. Comparando-se apenas os dados entre 1995-2005, período em que há dados internacionais, o Brasil apresentou desempenho similar ao dos EUA e Suécia.

Esse resultado, no entanto, não deve ser interpretado como um diagnóstico definitivo a respeito da qualidade do modelo institucional adotado pela política antitruste brasileira, mas como uma sinalização positiva. O *benchmark* utilizado aqui, apesar de amplo, não aborda questões institucionais sensíveis - o objetivo principal de Buccrossi et al (2011) era desenvolver ferramenta capaz de permitir a comparação entre diferentes jurisdições, o que impediu a consideração de certas especificidades e aprofundamentos.¹²⁴ No contexto brasileiro, talvez a mais relevante dessas "ausências" é a falta de variáveis que considerem de forma adequada a aplicação das regras antitruste aos casos concretos. Ou seja, além da qualidade do regime jurídico-burocrático, o modelo de política facilita a realização de seus objetivos?

Como será abordado no próximo tópico, o *benchmark* buscou captar parte dessas questões a partir de variáveis de *enforcement*, como recursos financeiros e humanos disponíveis e número de casos analisados. Mas também existem variáveis institucionais

¹²⁴ Seria demasiadamente custoso reunir informações tão específicas para tantas jurisdições, além do fato de que, à medida que se aprofunda a análise das características de cada regime mais difícil é a possibilidade de encontrar parâmetros comparáveis.

associadas a essa questão. Dos três tipos de questionamento jurídico associado a questões antitruste (administrativo, criminal e civil), apenas a dimensão administrativa é coberta pelo CADE, ou seja, a punição de pessoas físicas e jurídicas pelo prejuízo causado à dinâmica competitiva. Ações de reparação civil são de competência do judiciário, assim como a persecução criminal. Ou seja, não se pode ignorar o papel do judiciário para a eficácia da política antitruste - além da dissuasão administrativa (que protege direitos difusos), a dissuasão criminal (prisão de infratores) e civil (indenização de prejudicados diretos) também são ferramentas relevantes. O índice de primeiro nível "sanções e indenizações" considera positiva a existência da possibilidade de persecução civil e criminal a questões antitruste.¹²⁵ Mas o simples fato de a lei prever a possibilidade desse tipo de dissuasão não significa que o modelo institucional favoreça a sua aplicação, fator que o *benchmark* não consegue captar.

O modelo brasileiro é fortemente baseado na solução administrativa da questão, sendo o CADE órgão competente para, sob perspectiva antitruste, analisar, condicionar e punir movimentos de mercado que prejudiquem a livre concorrência. Mas a política, apesar de esforços, ainda está pouco articulada com a realidade do judiciário nacional, pouco aparelhado para análise dessas questões. Uma possível solução seria a deferência: o judiciário deveria se abster de analisar a discussão material de casos antitruste, se restringindo a discutir questões associadas à legalidade do processo e respeito a princípios e regras de contraditório e ampla defesa. Essa solução, apesar de indicar uma saída prática - basta ao judiciário concordar com todas as análises realizadas pelo CADE - é um risco não trivial: o judiciário, preparado ou não, não pode se negar a analisar quaisquer questões levadas ao seu crivo.¹²⁶ Ao mesmo tempo, as empresas não deveriam ser incentivadas a aceitarem acordos com o CADE apenas como uma solução de *second best* frente à ineficiência do judiciário e seu despreparo em temas antitruste. Concordar com o que o CADE decidiu não é a mesma coisa do que aceitar suas decisões: o judiciário deve analisar, e então aprovar; e não pressupor a adequação da análise empreendida pelo CADE.

¹²⁵ O índice considera positivo a previsão de ações privadas de indenização assim como criminalização das condutas. Sobre a relevância dessas questões para a eficácia de políticas de concorrência ver Posner (2001); Lande e Davis (2011),

¹²⁶ É longa e complexa a discussão a respeito dos limites entre discricionariedade e dever legal na tomada de decisão no âmbito administrativo e até que ponto cabe ao judiciário questionar as decisões de órgãos especializados do Poder Executivo. Há inúmeras obras a respeito do controle judicial da discricionariedade administrativa. Para uma abordagem básica ver Mello (2014).

Como parâmetro, o modelo norte americano partilha de forma mais harmônica as competências do judiciário e da autoridade administrativa. A agência norte americana é capaz de deslocar diretamente ao judiciário questões em que não foi possível entrar em acordo com os agentes do mercado a respeito da legalidade da conduta ou ato de concentração. A competência administrativa, apesar de prever hipóteses para discussões materiais em cortes no âmbito do *Federal Trade Commission*, está focada nos casos em que a parte concorda com a decisão, o que a torna definitiva. Caso contrário, a disputa é levada diretamente ao judiciário, facilitando a composição de questões civis e criminais, assim como aumentando a previsibilidade e estabilidade das decisões.¹²⁷ No Brasil, o CADE, principal aplicador da legislação antitruste, toma decisões que, além de não discutirem variáveis civis e criminais dos ilícitos ou concentrações econômicas, podem ser questionadas e revistas pelo judiciário, como ilustrado na seção 2.1.3.

Ao mesmo tempo, há evoluções importantes na história recente do modelo brasileiro que não foram captadas pelo benchmark, notadamente a introdução da análise prévia em atos de concentração. Prática comum na maioria das jurisdições (talvez por isso desconsiderada na análise europeia), a análise da autoridade antitruste suspende a validade de atos de concentração: essa regra insere uma série de incentivos positivos para a política, tornando parte relevante da análise de viabilidade os efeitos competitivos das operações assim como provocando cooperação espontânea no desenvolvimento de análise e elucidação dos casos. Quanto mais rápida a decisão, menor a incerteza imposta ao ato negocial. Essa realidade só chegou ao Brasil com a nova lei do CADE, de 2011, com status de principal alteração institucional do modelo de controle de concentrações.¹²⁸

No mesmo sentido dessas colocações está a existência de um programa de leniência. Para que ele seja efetivo, é preciso uma fina interação entre autoridade administrativa e autoridade criminal, como trabalhado na seção 2.1.3. Ou seja, estar alinhado com o

¹²⁷ As competências da *Federal Trade Commission* são definidas por uma série de *statutes*; em matéria antitruste, destacam-se o *Federal Trade Commission Act* e o *Clayton Act*. Sobre como essas provisões delimitam as competências do órgão, ver o site da instituição <http://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do/enforcement-authority>. Acessado em 05/08/2014.

¹²⁸ Sobre os atos de concentração na nova lei, ver Furlan (2011). Ressalta-se que na vigência da lei n. 8.884/94, os atos de concentração deveriam ser apresentados em até quinze dias úteis após a sua ocorrência.

benchmark não significa ter cumprido de forma satisfatória o caminho evolutivo em direção a um regime antitruste eficaz - há muitas variáveis fora do índice. Mas o alinhamento, além de positivo por si só, indica a posição relativa do Brasil em termos de regime jurídico-institucional, com resultado positivo.

4.2 ÍNDICE CUMPRIMENTO

As expectativas a respeito das variáveis institucionais - pouca variação e nível elevado - não se repetem para as variáveis de *enforcement*. De um lado, Como dependem de dados de recursos financeiro e pessoal (peso 5/6 no índice de cumprimento) e número de casos analisados a cada ano (peso 1/6), ponderados pela evolução do PIB e normalizados pela maior razão observada na amostra, espera-se variações anuais mais significativas. Ao mesmo tempo, ao contrário da expectativa positiva em torno do nível de qualidade da legislação e da estrutura institucional do Brasil, o diagnóstico a respeito dos recursos colocados à disposição da política de concorrência nacional é historicamente negativo.¹²⁹ Os dados levantados para o índice comprovam essas expectativas. Mas há uma surpresa: apesar do baixo nível, o resultado não parece aquém da realidade internacional retratada por Buccirosi et al (2011), em que os fatores de *enforcement* também se apresentam debilitados. Esse diagnóstico "gráfico", entretanto, precisa de algumas ponderações para sua correta interpretação, notadamente uma possível superestimação dos resultados brasileiros, o que será feito ao final desta seção.

Como ilustra o gráfico 6, a evolução do Índice Cumprimento do Brasil é sistematicamente inferior aos resultados para o índice institucional, assim como apresenta variações significativas, flutuando entre 0,13 e 0,51. O período de alta, marcado por um salto em 1999 e queda a partir de 2003, explica-se por duas características, uma efetivamente associada à melhora do *enforcement*, outra não. Em 1999 foi promulgada a lei n. 9.781/99, que estipulou taxas pecuniárias, pagas pelas

¹²⁹ O orçamento é baixo, especialmente quando se considera que CADE concentra toda a política nacional, ou seja, promoção de livre concorrência em todos os setores econômicos do país, em todas as regiões. A restrição de capital humano, tanto em número absoluto quanto em capacitação, talvez seja ainda mais crítica. O própria CADE indica, em seu relatório anual de 2009, necessidade de compor seu quadro de pessoal: "com relação à adequação quantitativa o CADE conta com um exíguo quadro próprio de pessoal e, por circunstâncias diversas, atualmente possui um *déficit* que correspondente a aproximadamente 60% (sessenta por cento) do contingente total de servidores originalmente a ele alocados". Relatório anual CADE (2009, p153).

empresas ao CADE, como requisito para a apresentação de Atos de Concentração e outras diligências, criando pela primeira vez fonte de receita própria à autarquia. Esse fator impulsionou fortemente o orçamento do CADE, até então restrito apenas a repasses do Ministério da Justiça.¹³⁰ No mesmo ano, o PIB em US\$-paridade do poder de compra, que pondera essa variável, sofreu forte retração, e posterior estagnação, ambas associadas à crise de 1999 e decorrente depreciação cambial e baixo crescimento econômico.¹³¹ Ou seja, ao mesmo tempo em que o numerador (orçamento) teve salto significativo, o denominador (PIB) recuou. Esse movimento, em parte efetivamente associado à melhora das variáveis de *enforcement*, explica o crescimento acentuado do índice, que foi de 0,18 em 1998 para 0,4 em 1999 e 0,51 em 2001. A queda do PIB real em US\$ também se reflete no critério "número de casos analisados", que também o utiliza como fator de ponderação. Essa amplitude não se verificou em nenhuma das 13 jurisdições analisadas por Buccirosi et al (2011), como exemplificam os gráficos 7, 8 e 9. A natureza "outlier" desse movimento se reforça quando se analisa o que aconteceu com a variável a partir do pico de 1999, em que há queda praticamente contínua até 2012, ano marcado pela promulgação da nova lei. Enquanto o orçamento do CADE ficou estagnado, houve apreciação cambial e aquecimento da economia. De 2001 a 2012, o PIB brasileiro em US\$-ppp aumentou mais de 300% (de 500 mi para 2,25 bi); o orçamento do CADE em US\$-ppp, recuou 13% no mesmo período, de 14,2 mi para 12,4 mi.¹³²

De outro lado, os dados de pessoal e casos analisados puxaram o índice sistematicamente para baixo – DoJ *Antitrust Division* e FTC, autoridades americanas competentes para a análise antitruste, contavam com média de 1900 funcionários entre 2006 e 2012, contra cerca de 180 do CADE.¹³³ A mesma discrepância vale para a evolução de casos analisados. Para Atos de Concentração, o pico da série americana conta com a análise de quase 6 mil notificações em 1998 – no mesmo ano, o CADE

¹³⁰ O orçamento anual do CADE foi de US\$ 3.2 milhões em 1998 para US\$ 10,5 milhões em 1999, ambos convertidos a taxas de câmbio US\$-ppp fornecidas pelo OECD *stat*, disponível em: <http://stats.oecd.org/>. Acessado em 22.01.2014.

¹³¹ O PIB brasileiro, em US\$-ppp, foi de US\$ 844 bilhões em 1998 para US\$ 587 bilhões em 1999. Fonte: OECD *stat*, disponível em: <http://stats.oecd.org/>. Acessado em 22.01.2014.

¹³² Fonte OECD *stat*, disponível em: <http://stats.oecd.org/>. Acessado em 22.01.2014.

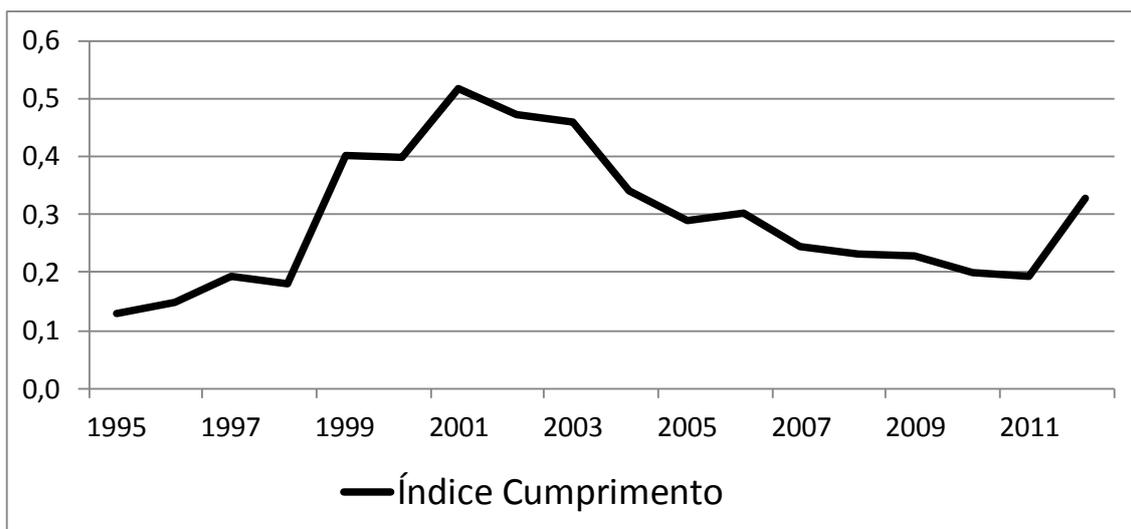
¹³³ Fonte CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Prestação de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício. 2007 a 2012. Site do CADE

analisou 144.¹³⁴ Nem mesmo a diferença incisiva em termos de PIB, que pondera esses dados, é capaz de tornar os valores brasileiros satisfatórios. Por fim, a tendência de queda se reverte em 2012. O orçamento da instituição recebe aporte adicional significativo, praticamente dobrando de 2011 para 2012, assim como há crescimento do total de pessoal e número de atos de concentração analisados, ambos os maiores da série. Esses resultados estão diretamente associados à promulgação da nova lei do CADE: de um lado, o orçamento foi aumentado para fazer frente à reestruturação da autarquia, agora com dois novos órgãos - Superintendência-Geral e Departamento de Estudos econômicos - e previsão legal para expansão do quadro permanente de funcionários;¹³⁵ de outro, houve verdadeira corrida para a apresentação de atos de concentração antes da entrada em vigor da nova lei, no início de 2012, dada a insegurança jurídica associada à alteração do regime jurídico-institucional. Os gráficos a seguir ilustram os movimentos trabalhados acima.

¹³⁴ Fonte CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Prestação de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício. 1999 e 2000. É importante destacar que o número de atos analisados pelo CADE aumentou significativamente ao longo da década de 2000, como discutido na seção 2.1.3 e ilustrado no Gráfico 1.

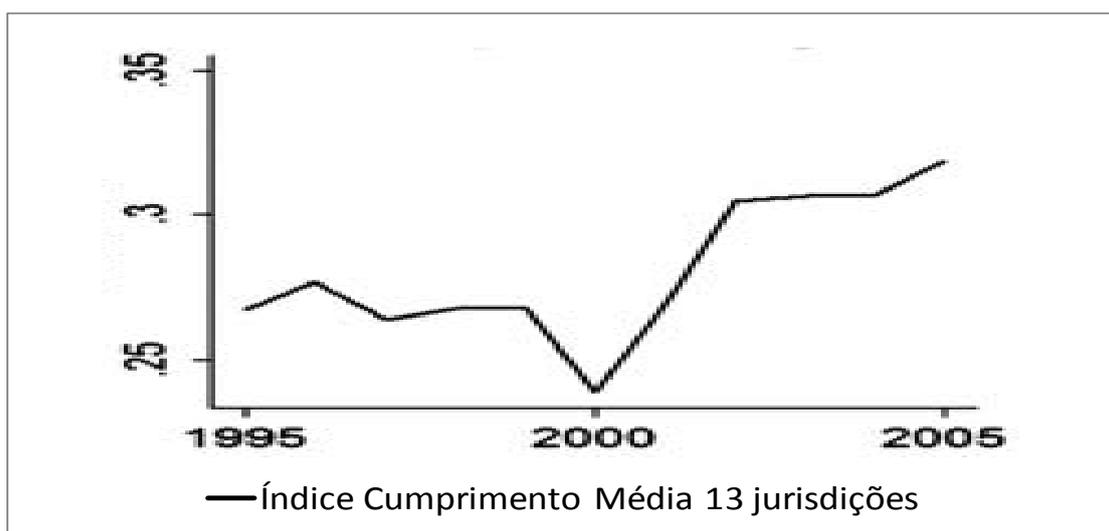
¹³⁵ A previsão de cargos específicos para alocação no CADE, assim que cobertos, teriam efeito relevante sobre o resultado do índice, especialmente se fosse possível adicionar à análise dados a respeito da qualificação desses profissionais, critério que faz parte da análise de Buccirosi et al (2011) mas que ficou de fora do índice brasileiro pela falta de informações públicas organizadas. Como parâmetro de comparação, dos 1980 funcionários do DoJ e FTC em 2012, cerca de 1000 eram advogados e 140 eram economistas. Fonte: American DoJ (2013); FTC (2012).

Gráfico 6 - Índice Cumprimento: Brasil (1995-2012)



Fonte: Elaboração do autor.

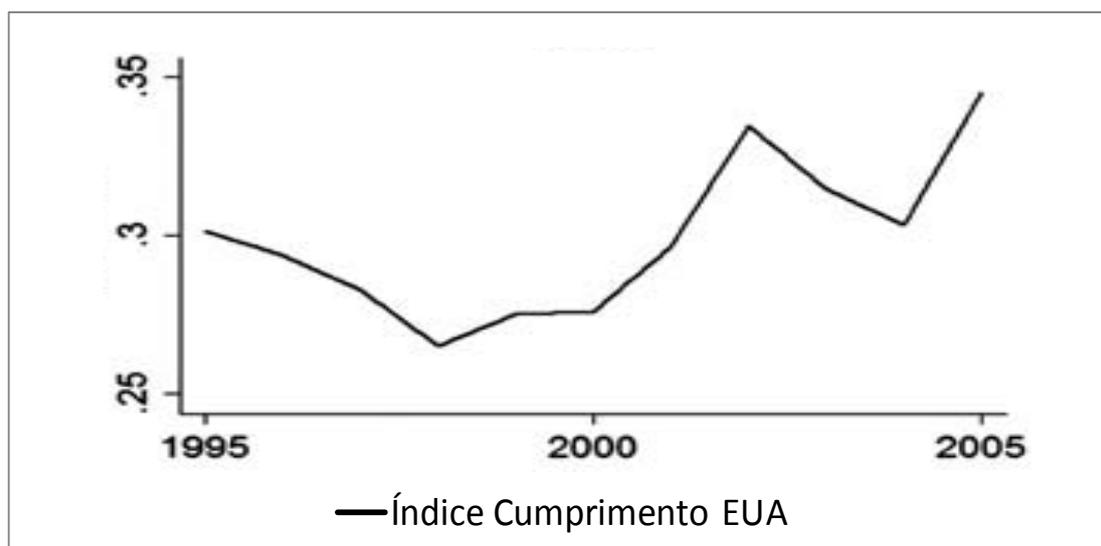
Gráfico 7 - Índice Cumprimento: Média 13 jurisdições da OCDE (1995-2005)



Fonte: Buccirossi et al (2011).

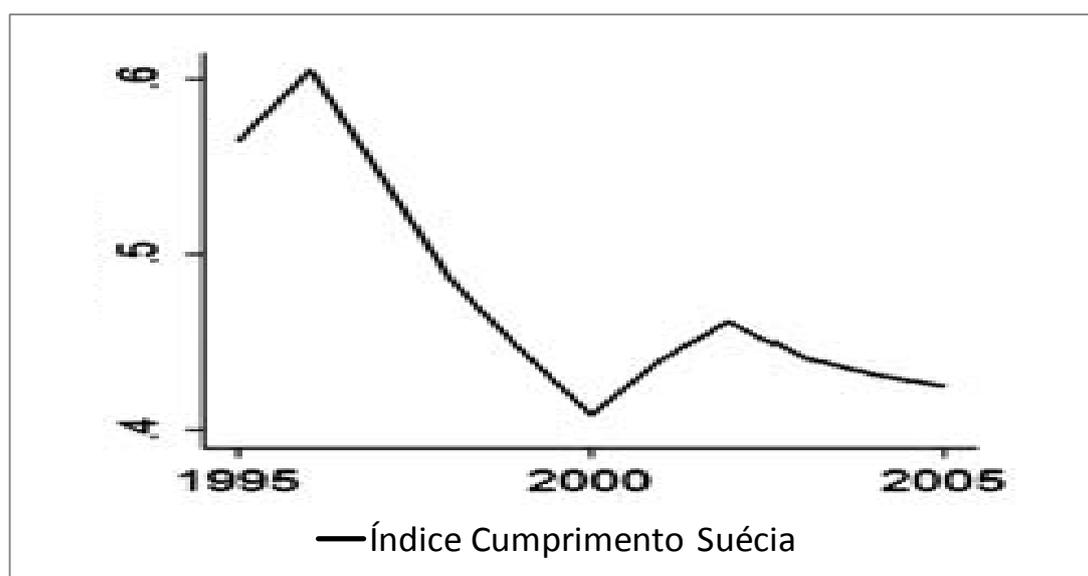
Nota: Média de jurisdições da OCDE: Canadá, República Tcheca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Japão, Holanda, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.

Gráfico 8 - Índice Cumprimento: EUA (1995-2005)



Fonte: Buccirosi et al (2011).

Gráfico 9 - Índice Cumprimento: Suécia (1995-2005)



Fonte: Buccirosi et al (2011).

Aqui cabem algumas considerações sobre a comparação entre o nível do índice brasileiro e o das demais jurisdições. Como indicado anteriormente, a normalização dos critérios que informam os índices primários associados à dimensão de *enforcement* foram normalizados, pelo estudo de Buccirosi et al (2011), a partir do maior valor encontrado na amostra das 13 jurisdições, ao longo de todo o período analisado, 1995-2005. Como esses dados não foram publicados pelos autores, decidiu-se por construir, para esses critérios, os dados para a jurisdição norte americana. Em comparação com os

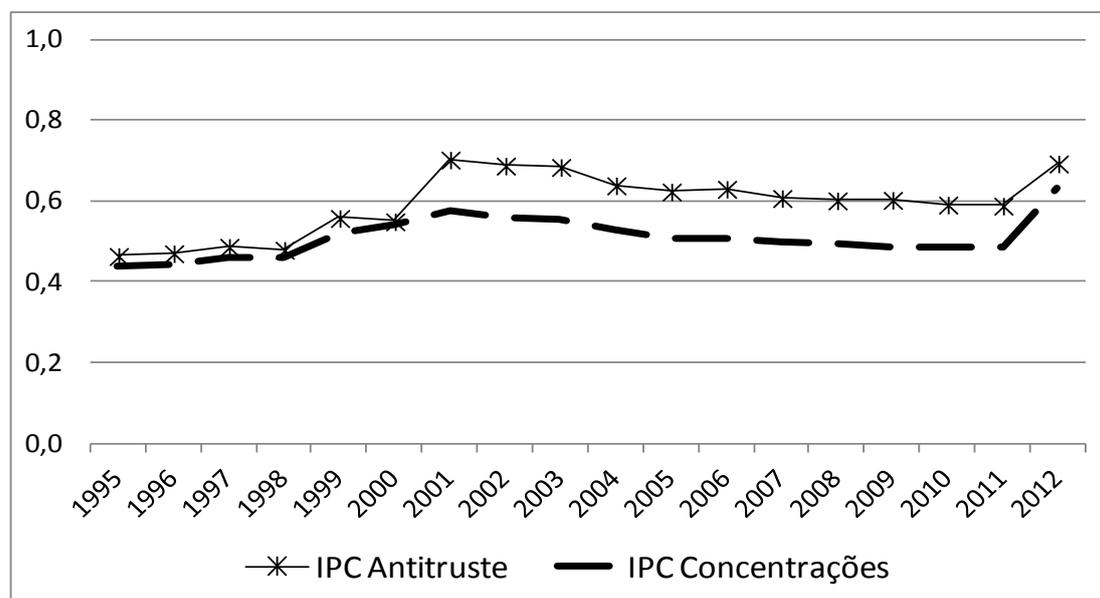
resultados brasileiros, os critérios dos EUA foram sempre os maiores da série, com exceção do critério "número de casos de cartel iniciados a cada ano", em que o dado brasileiro de 1999 foi o mais alto, e por isso utilizado como fator de normalização daquele tópico. Esse critério, no entanto, representa apenas 1/12 avos do índice-cumprimento, sendo todo o restante objeto de normalização a partir dos resultados norte americanos, melhores do que os brasileiros. E aí reside o espaço para a superestimação do nível do índice nacional. Os gráficos de Buccirossi et al (2011) indicam os EUA com um desempenho próximo à média da amostra, em nenhum momento ultrapassando 0,35 (ao contrário da Suécia, por exemplo, que chega a ultrapassar 0,6), como ilustram os gráficos 7, 8 e 9. Ou seja, mesmo que os norte americanos tenham o maior valor em um ou outro critério, não normalizaram todas as variáveis (ou eles teriam algum ponto próximo de 1). Mas isso aconteceu aqui pela falta de dados públicos dos outros países. Ou seja, se normalizado pelos mesmos critérios do trabalho europeu, o índice brasileiro certamente teria um nível inferior, mantendo-se apenas a tendência dos movimentos ao longo do tempo. Ou seja, apesar de, à primeira vista, o resultado nacional não ser comparativamente ruim, de fato, a expectativa indicada no início da seção, de que os recursos à disposição do CADE eram insuficientes, se confirma, destoando da qualidade institucional assim como está abaixo do resultado internacional.

4.3 ÍNDICES ANTITRUSTE E CONCENTRAÇÕES

Toda essa discussão se reflete, naturalmente, nos resultados dos demais índices agregados. Até agora, o foco esteve na diferenciação entre características institucionais e de *enforcement* da política, deixando em segundo plano diferenças no escopo de atuação antitruste, notadamente controle de condutas e controle de concentrações. Os dois índices a seguir deslocam o foco de análise: ao invés de discriminar características institucionais e de cumprimento, os índices antitruste e concentrações discriminam os vetores associados à qualidade e eventual predileção da política concorrencial por uma ou outra modalidade de intervenção (controle de condutas ou controle de concentrações). O gráfico 10 apresenta um índice-Concentrações (controle de concentrações) sistematicamente inferior ao índice-Antitruste (controle de condutas).¹³⁶

¹³⁶ Não será feita comparação internacional a respeito desses dois índices porque Buccirossi et al (2011) não exploram seus resultados ao longo do seu trabalho, assim como não publicaram dados a respeito.

Gráfico 10 - Índice Antitruste e Concentrações: Brasil (1995-2012)



Fonte: Elaborado pelo autor.

Há dois motivos básicos que explicam esses movimentos. Primeiro, o índice-concentrações não contém os índices de primeiro nível "sanções e indenizações" e "poderes de investigação" – ambos presentes no índice antitruste, e com desempenho acima da média dos demais índices de primeiro nível. O deslocamento a partir de 2001 está diretamente associada à melhora significativa do índice "poderes de investigação", que adicionou pontos associados a busca e apreensão e programa de leniência, quando se trata de controle de condutas, e ficou inalterado em matéria de controle de estruturas de mercado. A isso se soma o fato de que o índice "sanções e indenização" tem o dobro do peso dos demais índices de primeiro nível, o que reforça seu resultado acima da média. Segundo, o número de casos analisados em atos de concentração é significativamente inferior aos dados apresentados pelos EUA, utilizados como normalização para esse critério mas não para casos de cartel que, como discutido, foi normalizado pelo resultado brasileiro.

Essa descrição dá margem para que se associe o melhor desempenho do índice-antitruste à formulação do benchmark e da metodologia de agregação (alguns índices de primeiro nível presentes em controle de condutas mas ausentes em controle de concentrações; pesos diferentes entre os índices etc). Essa interpretação, apesar de

fidedigna à estrutura e dinâmica dos índices, não está correta. De um lado, a diferença de critérios entre os diferentes focos de atuação é necessária à consideração das particularidades das diversas questões antitruste. De outro lado, esse resultado apresenta dinâmica que não é estranha à análise antitruste contemporânea, especialmente as que sofrem maior influência da experiência norte americana e das transformações introduzidas pelo pensamento da escola de Chicago: os recursos escassos da política devem ser direcionados à análise de condutas, notadamente cartel, cujo malefício à concorrência e ao bem estar é visto de forma relativamente uníssona pela doutrina e cuja regra de aplicação é de fácil instrumentalização pelo direito (OECD, 2002).¹³⁷ O controle de concentrações deve ser colocado em segundo plano, focado a grandes transações em mercados estratégicos e/ou pouco dinâmicos, considerada a dificuldade e os riscos de erro associados a análises prospectivas dos efeitos competitivos de atos de concentração. Essa tendência, inclusive, se alinha à alteração institucional introduzida pela nova lei do CADE, em que aumentou-se os critérios mínimos de faturamento anual¹³⁸ para apresentação obrigatória de atos de concentração, assim como suprimiu-se o critério de participação de mercado, diminuindo de forma substancial o número de casos analisados já no segundo ano da lei: em 2012, o CADE julgou 731 atos de concentração; em 2013 foram 104.¹³⁹

¹³⁷ "Fácil instrumentalização" entendida como capacidade de criar uma regra clara a respeito do que é considerado lícito e ilícito no que diz respeito a conduta de cartel, exercício significativamente mais complexo para outras condutas e estratégias de mercado.

¹³⁸ Os critérios anteriores (lei n.8.884/94) impunham a apresentação de atos em que quaisquer das empresas envolvidas tivesse faturamento no ano anterior à operação de pelo menos R\$ 400 milhões ou detivesse participação de mercado de pelo menos 20%. O novo regime exige que uma das empresas tenha faturado R\$ 750 milhões e a outra pelo menos R\$ 75 milhões, assim como eliminou o critério de participação de mercado.

¹³⁹ Ver dados recentes do CADE em <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?8cac6fb17e9c9cbe96b7>. Acessado em 30/04/2014. Importante notar como essa alteração das "regras do jogo" teria um efeito negativo no índice, uma vez que o *benchmark* associa positivamente número de casos julgados com qualidade da política. Esse fato coloca interessante tema para discussão a respeito da validade desse critério enquanto variável capaz de mensurar eficácia da política - no Brasil, a diminuição do número de casos foi interpretada como foco nos "atos de concentração que importam" e abertura de recursos humanos e financeiros para a persecução de condutas ilícitas, notadamente cartel. Ou seja, como uma melhora, e não a piora do arcabouço antitruste como assume o *benchmark*. Talvez, dentro da nova regra, um maior número de casos signifique o aumento do dinamismo da economia e da necessidade de uma política antitruste efetiva, o que poderia realinhar esse movimento à interpretação proposta pelo *benchmark*.

4.4 ÍNDICE AGREGADO DE POLÍTICA DA CONCORRÊNCIA

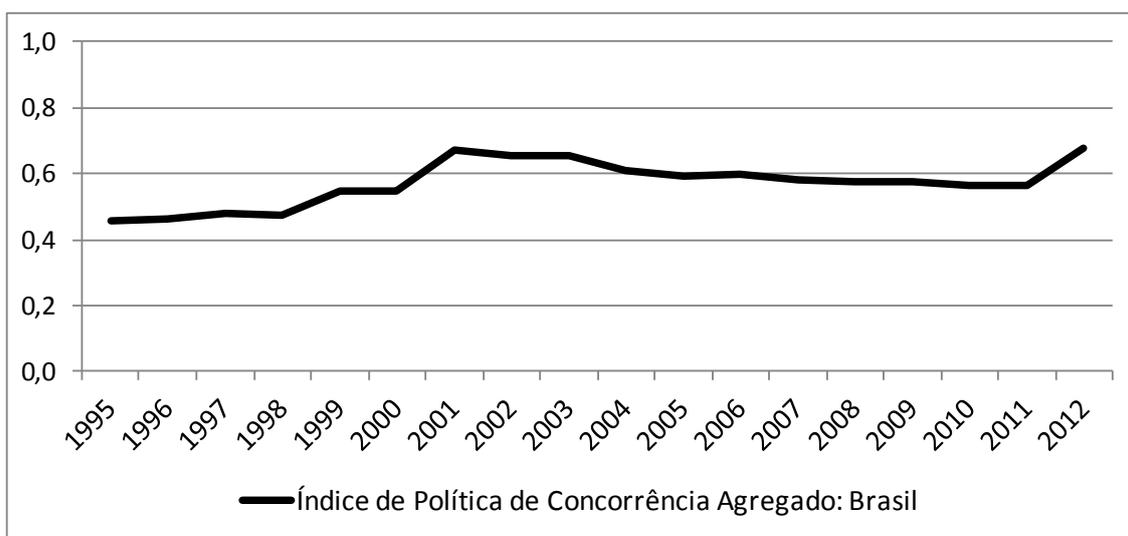
Como indicam os demais índices, o índice agregado de política da concorrência para o Brasil se apresenta relativamente alto em perspectiva internacional. A década de 2000 se inicia com um salto positivo, o que se deteriorou ao longo dos 11 anos seguintes, com uma longa tendência de queda, até encontrar na nova lei do CADE fundamentos para recuperação. De fato, durante mais da metade do período analisado, entre 1995 e 2012, o índice fica próximo a 0,6, resultado superior à média das jurisdições analisadas por Buccirossi et. al (2011), como ilustram os Gráficos 11 e 12. O desempenho do Brasil se torna efetivamente destacado a partir de 2000, com alterações institucionais (leniência e busca e apreensão) e orçamentárias (criação de receita própria) que impulsionaram o índice agregado, fatores que por vezes colocam o índice nacional acima dos calculados para EUA e Suécia, os dois melhores desempenhos do estudo europeu, ilustrados nos Gráficos 13 e 14.

Esse resultado é importante. A década de 2000 efetivamente marca o amadurecimento da política antitruste no Brasil, após a reestruturação do ambiente econômico ao longo da década de noventa, com abertura comercial, regulação setorial a facilitação do fluxo de capitais. Os primeiros grandes casos julgados pelo CADE são do final da década 1990, com destaque para a fusão que gerou a Ambev¹⁴⁰ e a primeira condenação de cartel, envolvendo as três maiores siderúrgicas do país.¹⁴¹ Ao longo da década de 2000 foram desenvolvidos inúmeros avanços institucionais, como trabalhado na seção 2.1.3, como a assinatura de convênios de cooperação com agências reguladoras e ministério público, publicação de *guidelines* e avanços procedimentais, além do robustecimento, jurídico e econômico, da jurisprudência (OECD, 2005c; OECD 2010). Ou seja, mesmo sem ser capaz de identificar inúmeros "detalhes" da evolução da política nacional, o índice foi sensível a alterações de tendência e a rupturas na qualidade da política. Os gráficos a seguir ilustram essa discussão.

¹⁴⁰ Ato de Concentração n. 08012.005846/99-12.

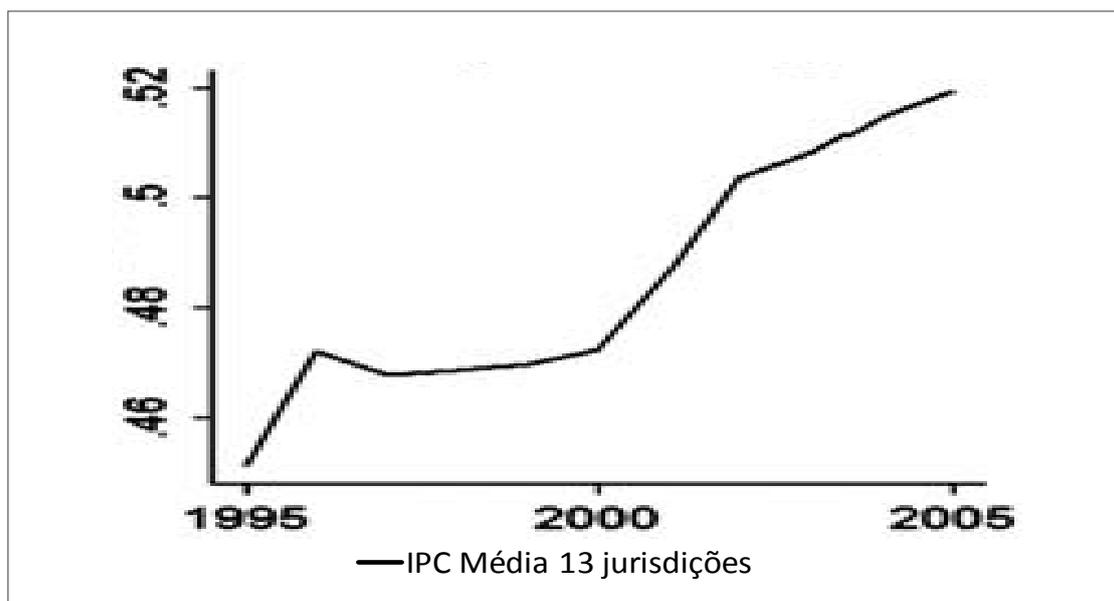
¹⁴¹ PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08000.015337/97-48 contra Usiminas, Cosipa e CSN.

Gráfico 11- Índice agregado de Política da Concorrência: Brasil (1995-2012)



Fonte: Elaborado pelo autor.

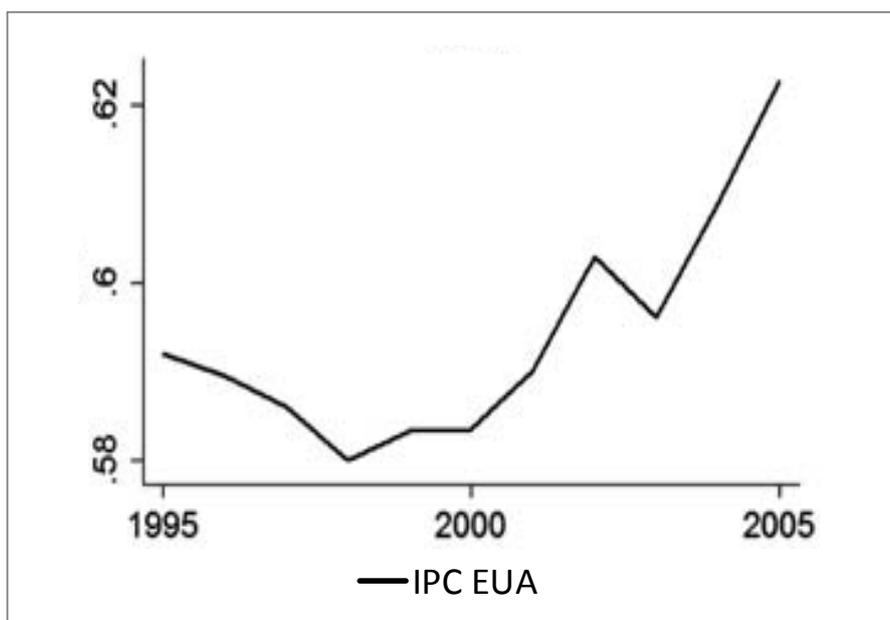
Gráfico 12- Índice agregado de Política da Concorrência: Média 13 jurisdições (1995-2005)



Fonte: Buccirossi et al (2011).

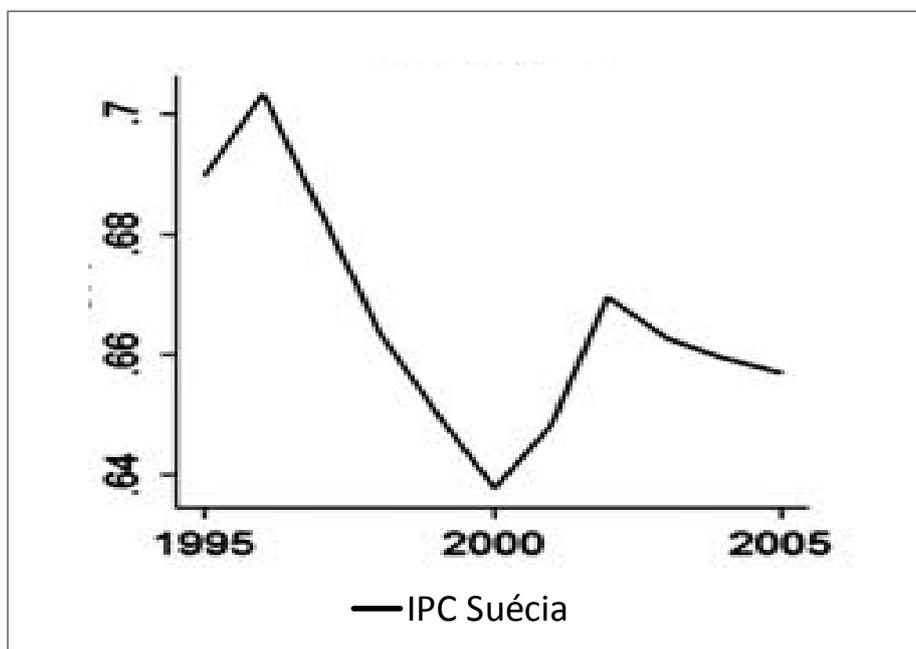
Nota: Média das jurisdições da OCDE: Canadá, República Tcheca, França, Alemanha, Hungria, Itália, Japão, Holanda, Espanha, Suécia, Reino Unido, Estados Unidos e União Europeia.

Gráfico 13 - Índice agregado de Política da Concorrência: EUA(1995-2005)



Fonte: Buccirossi et al (2011).

Gráfico 14 - Índice agregado de Política da Concorrência: Suécia (1995-2005)



Fonte: Buccirossi et al (2011).

De um lado, esse contexto coloca o Brasil em patamar de destaque no cenário mundial. Resguardas as discussões a respeito da superestimação das variáveis de *enforcement* e do desempenho "outlier" entre 1999 e 2003, o Brasil apresenta uma política alinhada às melhores práticas internacionais. Para além dessa análise, destacam-se outras três.

Primeiro, apesar de se ressaltar a importância de se ter regras e organizações bem postadas, como acontece com o Brasil, a atenção deveria se voltar à grande variação, longa tendência de queda e baixo nível das características de *enforcement* – pessoal, orçamento e amplitude de atuação (casos analisados) – como fatores que impedem a qualidade institucional de entregar resultados mais efetivos; principal razão para a trajetória de queda do índice agregado de política de concorrência. Ou seja, mesmo existindo espaço para melhora institucional, e aqui se resalta novamente a necessidade de uma melhor integração entre esferas administrativa e judicial, o foco deve estar no aparelhamento humano e financeiro do CADE.

Em segundo lugar, seria possível abandonar o esforço de comparação internacional, que limita o escopo do *benchmark*, e produzir índice mais aprofundado, capaz de captar dimensões pouco exploradas, notadamente variáveis aptas a dimensionar o que se denomina *law in action*, em detrimento do *law on the books*. Como já foi abordado em algumas oportunidades ao longo do trabalho, a mera previsão de regras não significa necessariamente sua aplicação, diferença que o *benchmark* tem dificuldade de perceber. Esse esforço passaria primeiro pela identificação de quais critérios deveriam ser adicionados ao *benchmark* e como se relacionariam com a estrutura atual. Em especial, seria possível considerar uma análise jurisprudencial dos principais casos julgados pela autoridade antitruste em busca da identificação dos critérios utilizados na tomada de decisão - vetores de eficiência, padrões de prova etc. Esse processo poderia vir acompanhado pela possibilidade de rediscutir a atribuição de pesos para os diferentes critérios, características e índices de primeiro, segundo e terceiro nível - por exemplo, poder-se-ia questionar o fato de o índice cumprimento ter peso 1/4, contra 3/4 do índice instituições, ao invés de ambos terem peso 1/2 na formação do índice agregado de política de concorrência.

Um exemplo ilustrativo a respeito da diferença entre a regra e a realidade, ou mesmo entre a decisão da autoridade e o efeito sobre o mercado, está na discrepância entre multas impostas por infração concorrencial e o montante efetivamente pago ao Fundo

Nacional de Direitos Difusos.¹⁴² Como mostra a tabela a seguir, o CADE tem dificuldade em fazer valer suas decisões.¹⁴³

Tabela 3 - Multas aplicadas pelo CADE entre 2006 e 2009 - valores pagos e valores devidos (em R\$)

	2006	2007	2008	2009
Valor pago em multas	10.715.548,85	27.693.861,48	64.114.659,78	46.026.106,42
Valores devidos ao CADE	107.143.498,39	483.856.420,86	151.306.548,18	561.664.305,07

Fonte: Elaboração do Autor com base no CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE (Prestação de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício em 2009).

Nesse contexto, em que existem diferenças significativas entre ter "boas" instituições e alcançar resultados efetivos, vale o esforço de se buscar mensurar especificidades das diferentes jurisdições na tentativa de identificar falhas da política. Um exercício detalhado de aperfeiçoamento dos índices e critérios desenvolvidos por Buccirosi et al (2011), no entanto, está fora do escopo deste trabalho. De todo modo, ainda é possível demonstrar, sem alterar o *benchmark* ou a metodologia de construção dos índices, como análises mais dissociadas da simples leitura da regra seriam capazes de alterar o resultado dos índices de uma forma condizente com a evolução da política nacional.

¹⁴² É importante destacar que os números levantados desconsideram a existência de garantias exigidas pelo judiciário para que as empresas consigam contestar as decisões do CADE na justiça. Apesar de não terem sido encontrados dados a esse respeito, a expectativa é que grande parte das multas em discussão no judiciário estejam devidamente garantidas (em espécie, cartas de fiança, garantia real etc.). Isso não altera o fato de que os recursos só são revertidos ao Fundo de Direitos Difusos após o trânsito em julgado da decisão. De todo modo, além do que é levado ao judiciário, o montante da dívida inclui casos em que as decisões simplesmente não foram cumpridas.

¹⁴³ O CADE demonstra preocupação com o cumprimento de suas decisões, não apenas com o pagamento de multas como com o cumprimento de Termos de Compromisso de Desempenho e de Cessação de práticas anticompetitivas. Trecho retirado do relatório anual do CADE de 2009 a respeito criação do Setor de Cumprimento de Decisões - SCD, ligado à Procuradoria da agência, é ilustrativo: *A partir da Resolução 52, de 13 de maio de 2009 do CADE, a qual aprovou a Emenda Regimental 02/09, extinguindo a CAD/CADE, atribuiu-se à ProCADE a incumbência de acompanhar o cumprimento administrativo das decisões proferidas pelo CADE. Tal mudança teve como objetivo o emprego dos diversos instrumentos administrativos e judiciais de execução forçada das decisões do CADE, mediante o aumento do conhecimento técnico de cobrança e a eliminação de etapas redundantes e burocráticas, racionalizando os escassos recursos humanos e materiais da autarquia* (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Prestação de contas ordinária anual. Relatório de Gestão Exercício, p. 86). Esse esforço é crescente e essencial para o fortalecimento da política antitruste nacional.

4.4.1 Exercício: *law on the books versus law in action*

Esse exercício se concentra na alteração da pontuação dedicada a dois quesitos do Índice-Institucional, especificamente os critérios que informam os índices de primeiro nível "qualidade da lei" e "sanções e indenizações".

Quanto à qualidade da lei, apesar de se ter considerado que a lei brasileira efetivamente dedica racionalidade econômica (busca por eficiência) para a análise e julgamento de condutas anticompetitivas (o que lhe conferiu nota 1), de fato, a análise sistemática da lei, jurisprudência e doutrina poderia entregar resultado diverso. A lei nº 8.884/94, por exemplo, afirmava em seu art. 54, §2º a possibilidade de autorizar atos de concentração "necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum", liberalidade que se refletia em interpretações expansivas sobre a função do CADE e da política de concorrência em temas estranhos à questão da concorrência enquanto promotora de eficiência de mercado.¹⁴⁴ Do mesmo modo, a análise de atos de concentração por vezes se mostrou resistente a argumentos de eficiência associadas a fusões e aquisições, apesar da previsão legal.¹⁴⁵

Ainda a respeito da qualidade da lei, no entanto, esse tipo de análise também introduziria uma melhora no índice: cartel, tal como colocado pela lei brasileira, é um ilícito que deve ser identificado caso a caso, segundo a regra da razão, assim como as demais práticas anticompetitivas - característica penalizada pelo *benchmark*. A realidade jurisprudencial indica, no entanto, outra concepção, sendo pacífica a orientação de ilícito *per se* - não é preciso provar efeitos negativos associados a um cartel, só é preciso provar que ele existiu. Nesse cenário, os critérios de qualidade da lei sofrem as seguintes alterações.

¹⁴⁴ Esse tema gera discussões a respeito da intersecção entre política antitruste e política industrial. No período recente, o envolvimento do BNDES em grandes fusões entre empresas nacionais em operações apresentadas e aprovadas pelo CADE são destaque. Ver por exemplo, as operações entre JBS-Friboi, Sadia-Perdigão, e Oi-BRT.

¹⁴⁵ O contencioso entre empresas e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência produziu inúmeros casos controversos a respeito da aplicação de eficiências intrínsecas à operação como justificativa para atos de concentração. A análise empreendida no caso Nestlé-Garoto gerou inúmeras discussões sobre o assunto. Ver Azevedo et al (2008).

Quadro 16 - Alterações na pontuação do índice de primeiro nível: qualidade da lei

Atos de concentração	Nota	Pontuação	
		Antes	Depois
Análise de eficiência		1	0
Considerada	1		
Não considerada	0		

Abuso de posição dominante	Nota	Pontuação	
		Antes	Depois
Julgamento de práticas exclusionárias		1	0.5
Regra da razão, objetivos econômicos	1		
Regra da razão, objetivos não econômicos	0.5		
Regra <i>per se</i>	0		

Outros Acordos anticompetitivos	Nota	Pntuação	
		Antes	Depois
Julgamento de contratos de exclusividade		1	0.5
Regra da razão, objetivos econômicos	1		
Regra da razão, objetivos não econômicos	0.5		
Regra <i>per se</i>	0		

Cartéis	Nota	Pontuação	
		Antes	Depois
Ilícito		0	1
<i>Per se</i>	1		
Regra da razão	0		

Fonte: Elaboração do autor.

Nota: Antes do exercício: a nota/pontuação é atribuída com base em Buccirosi et al (2011);;

Depois do exercício: a pontuação dos índices é dada a partir das alterações propostas (exercício).

Do mesmo modo, com relação a sanções e indenizações, não se há notícia da instauração de processos criminais para ilícitos que não o de cartel, apesar de sua previsão legal; a reparação civil por danos ocasionados por práticas anticoncorrenciais é rara.¹⁴⁶ Remédios estruturais para casos de conduta não fazem parte da jurisprudência nacional.¹⁴⁷ Cada um desses critérios, previstos em lei e, por isso, pontuados com nota máxima no momento da construção do índice brasileiro, poderiam sofrer fundamentadas alterações apenas pela alteração do critério com o qual se preenche os índices: pela

¹⁴⁶ Segundo Carvalho (2011), entre 2001 e 2011 apenas 22 casos foram ajuizados em todo o Brasil.

¹⁴⁷ No final de maio de 2014 o CADE determinou pela primeira vez a adoção de um remédio estrutural em um processo administrativo. Trata-se da decisão no caso conhecido como "cartel do cimento", envolvendo as maiores empresas do setor que atuam no país, que exige a venda de ativos no mercado de concretagem como remédio proposto para desincentivar/impedir/difícultar a reincidência de condutas cartelizadas. CADE, Processo Administrativo 08012.011142/2006-79, Conselheiro Relator Alessandro Serafin Octaviani Luis. Ver ata da seção do dia 28/05/204 no CADE que resume a decisão do caso em <http://www.cade.gov.br/upload/Ata%2044%C2%AA%20SOJ.pdf>, acessado em 09/06/2014.

análise da regra formal ou pela análise jurisprudencial. O quadro a seguir indica as alterações no índice sanções e indenizações.

Quadro 17 - Alterações à pontuação do índice de primeiro nível: sanções e indenizações

Abuso, Outros Acordos e Cartéis	Pontuação		
	Antes	Depois	
Reparação Civil		1	0,33
Pessoas Físicas, Jurídicas e Ação C. Pública	1		
Apenas duas	0,66		
Apenas uma	0,33		
Nenhuma	0		
Pessoas Jurídicas		1	0,75
Remédios estruturais e multa	1		
Apenas multa	0,75		
Nem multa, nem estrutural			
Pessoas físicas		0,4	0
Pena de reclusão ilícito que não cartéis			
Sim	Normalização		
Não	0		

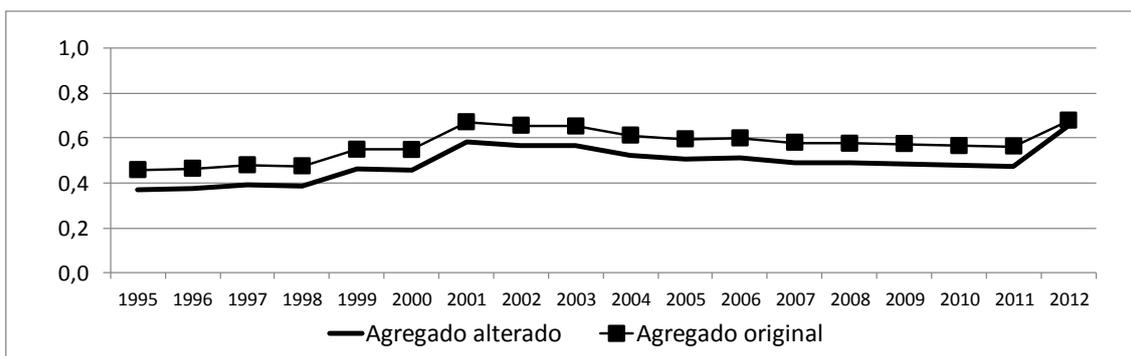
Fonte: Elaboração do autor.

Nota: Antes do exercício: a nota/pontuação é atribuída com base em Buccirossi et al (2011);

Depois do exercício: pontuação dos índices a partir das alterações propostas (exercício).

Fazendo ajustes na pontuação segundo essa realidade, que contrasta com a leitura “seca” das regras, o patamar do índice brasileiro cai. As variações, de forma geral, não se alteram, mas fica mais clara a evolução institucional dos últimos 20 anos. Especialmente com relação ao índice agregado de política da concorrência, ele parece mais adequado aos esforços contínuos de reforço institucional e aproximação do CADE das autoridades mais respeitadas do mundo. Os efeitos da lei 12.529/11 foram sentidos pelo índice (pessoal, independência, orçamento), e seriam mais caso ele fosse menos genérico. Os gráficos a seguir ilustram o exercício.

Gráfico 15 - Índice agregado Brasil: original versus resultado do exercício



Fonte: Elaboração do autor.

O aumento da complexidade desses índices, assim como sua "especialização" à realidade brasileira, potencializaria sua utilidade em análises quantitativas a respeito do efeito da política de concorrência sobre *proxies* de dinâmica de mercado e crescimento econômico, como a produtividade total dos fatores. Buccirossi et al (2013) fizeram esse exercício para os dados compilados em seu trabalho de 2011, com resultados estatisticamente robustos indicando efeitos positivos da política antitruste sobre produtividade industrial.

5. CONCLUSÃO

A política antitruste brasileira, entendida como o arcabouço institucional estruturado pelas leis n. 8.884/94 e n. 12.529/11, foi analisada a partir do *benchmark* de melhoras práticas que informa os índices de política da concorrência desenvolvidos por Buccirosi et al (2011). Com foco na dimensão dissuasiva da política concorrencial, discutiram-se os principais fundamentos (i) do movimento antitruste no mundo, (ii) da estruturação do modelo antitruste brasileiro e (iii) da metodologia utilizada para formação de índices voltados à análise de políticas regulatórias a partir de informações institucionais e qualitativas.

O principal objetivo dos índices de política da concorrência é permitir a comparação entre diferentes jurisdições, critério que limita seu escopo e especificidade: é preciso selecionar informações que fazem sentido em todos os contextos para que se alcance índice efetivamente comparável. Esse fato faz com que muitas das peculiaridades institucionais, econômicas e legislativas das diferentes jurisdições não sejam captadas. Nesse sentido, foram discutidas diversas especificidades do modelo brasileiro em comparação aos modelos norte americano e europeu, principais influências do arcabouço nacional e parâmetros de comparação internacional, com o objetivo de qualificar e interpretar de forma adequada os resultados apresentados pelos índices.

O Brasil demonstrou destaque institucional, em abordagem *law on the books*, com desempenho superior à média das 13 jurisdições analisadas por Buccirosi et al (2011), similar aos EUA e à Suécia(país de melhor desempenho no continente Europeu). Esse resultado corrobora o entendimento de que, apesar de falhas - muitas delas não captadas pelos índices - o Brasil possui regime institucional (leia-se "regras do jogo") bastante alinhado às melhores práticas internacionais, seja em termos absolutos (próximo ao valor máximo do índice) quanto relativo (em comparação internacional).

Por outro lado, também segundo as expectativas, as variáveis de cumprimento (orçamento, pessoal e casos analisados) deixam a desejar tanto em nível quanto em comparação aos melhores desempenhos da amostra.

De forma geral, no entanto, o resultado do índice agregado de política da concorrência tem resultado positivo, comparável aos melhores desempenhos da amostra de Buccirosi et al (2011). Destaca-se, entretanto, longa tendência de queda no desempenho, o que foi revertido recentemente com a promulgação da lei n. 12.529/11, com ganhos institucionais e de recursos humanos e financeiros, além de avanços aos quais os índices não são sensíveis.

Mais importante, destaca-se o fato de que, para a realidade brasileira, os índices deixam de captar características relevantes, como a diferença entre regras formais (*law on the books*) e a aplicação efetiva desse regime (*law in action*): embasamento jurisprudencial nem sempre alinhado com as diretrizes legais e teóricas, descumprimento e questionamento judicial das decisões do CADE, prejudicando a eficácia da política, além de insuficiente repressão civil e criminal de condutas anticompetitivas, o que prejudica de forma não desprezível a capacidade dissuasiva da política antitruste brasileira.

Mesmo sem ser sensível a essas peculiaridades, e especialmente em comparações internacionais, os índices podem ser utilizados, em trabalhos futuros, como *proxy* satisfatória para o regime antitruste brasileiro, inclusive como variáveis explicativas em modelos que busquem identificar os efeitos dessa política sobre o mercado, a exemplo do que foi feito por Buccirosi et al (2013), que utilizou seus índices como variável explicativa da produtividade total dos fatores das 13 jurisdições da sua amostra. Ao mesmo tempo, é possível expandir e aprofundar os índices para as peculiaridades brasileiras: abrir-se-ia mão da comparação internacional, mas intensificar-se-ia a capacidade de os índices representarem de forma fidedigna a interferência da política antitruste na economia nacional.

REFERÊNCIAS

AGHION, P.; SCHANKERMAN, M. On the welfare effects and political economy of competition-enhancing policies. *The Economic Journal*, London, v. 114, Oct. 2004.

AMATO, G. *Antitrust and the bounds of power: the dilemma of liberal democracy in the history of the market*. Oxford: Hart Pub., 1997.

ARMENTANO, D. T. *Antitrust: the case for repeal*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

ARROW, K. J.; DEBREU, G. Existence of an equilibrium for a competitive economy. *Econometrica*, Chicago, v. 22, 1954.

AUBERT, C.; REY, P.; KOVACIC, W. E. The impact of leniency and whistleblowing programs on cartels. *International Journal of Industrial Organization*, Maryland Heights, v. 24, p. 1241-1266, 2006.

AZEVEDO, A. et al. Análise de eficiências e modelos de simulação no caso Nestlé-Garoto. In: MATTOS, C. (Ed.) *Revolução antitruste*. 2. São Paulo: Singular, 2008.

BAIN, J. S. *Barriers to new competition: their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.

BECKER, G. S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 76, p. 169- 217, 1968.

BLOCK, M. K. et al. An experimental comparison of adversarial and inquisitorial procedural regimes. *American Law and Economics Review*, Oxford, v. 2, 2000.

BRASIL. Lei n.º 4.137 de 10 de setembro de 1962. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1962, Seção I, p. 11717. [Publicação original].

BRASIL. Lei n.º 8.137 de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 dez. 1990, Seção 1, p. 25534. [Publicação original].

BRASIL. Lei n.º 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. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jun. 1994, Seção 1, p. 8437. [Publicação Original].

BRASIL. Lei n.º 9.781 de 19 de janeiro de 1999. Institui a taxa processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 jan. 1999, (n. 13, Seção 1, p. 3.)

BRASIL. Lei n.º 10.149 de 21 de dezembro de 2000. Altera e acrescenta dispositivos à Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 dez. 2000, Seção I.

BRASIL. Ministério da Justiça. Ministério da Fazenda. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 1.º de agosto de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 17 ago. 2001, Seção 1, p. 12-15. [Publicada sob o n.º 158-E].

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n.º 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 dez. 2011, Seção I, p.1-9.

BRODLEY, J. F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. *New York University Law Review*, New York, 1987.

BODOFF, J. Competition policies of the u.s. and the eec: an overview. *European Competition Law Review*, Andover, 1984.

BUCCIROSSI, P. et al. *Deterrence in competition law*. Oct. 2009 (Discussion Paper n. 285). Disponível em: <<http://epub.ub.uni-muenchen.de/13269/1/285.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

_____. Measuring the deterrence properties of competition policy: the competition policy indexes. *Journal of Competition Law & Economics*, 2011.

_____. Competition policy and productivity growth: an empirical assessment. *The Review of Economics and Statistics*, Massachusetts, v. 95, n. 4, p. 1324-1336, Oct. 2013.

BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G. Optimal fines in the era of whistleblowers: should price fixers still go to prison? In: GHOSAL, V.; STENNEK, J. *The political economy of antitrust: contributions to economic analysis*. Amsterdam: Elsevier, 2007.

CAMPILONGO, C. F.; VILELA, J. G. *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

CAMPILONGO, C. F. Supercade e “adjacências”: o brilho do poder. In: FARINA, L. (Org.). *A nova lei do CADE*. São Paulo: Migalhas, 2012.

CARVALHO, L. C. L. G. *Responsabilidade civil concorrencial: a busca pela efetiva reparação de danos*. 2011. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Escola de Direito FGV Direito Rio, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2011.

Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10470/Livia%20Cristina%20L.%20G.%20_de%20Carvalho.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 maio 2014.

CHAMBERLAIN, E. *The theory of monopolistic competition*. Cambridge: Harvard University Press, 1933.

CHURCH, J. R.; WARE, R. *Industrial organization: a strategic approach*. New York: McGraw-Hill, 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 1996. Brasília, DF: CADE, 1997.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 1997. Brasília, DF: CADE, 1998.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 1998-99. Brasília, DF: CADE, 2000.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2000. Brasília, DF: CADE, 2001.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2001. Brasília, DF: CADE, 2002.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2002. Brasília, DF: CADE, 2003.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2003. Brasília, DF: CADE, 2004.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2004. Brasília, DF: CADE, 2005.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2005. Brasília, DF: CADE, 2006.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2006. Brasília, DF: CADE, 2007.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2007. Brasília, DF: CADE, 2008.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2008. Brasília, DF: CADE, 2009.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício 2009. Brasília, DF: CADE, 2010.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício de 2010. Brasília, DF: CADE, 2011.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício de 2011. Brasília, DF: CADE, 2012.

_____. *Prestação de contas ordinária anual*. Relatório de gestão exercício de 2012. Brasília, DF: CADE, 2013.

CRAYCRAFT, J. L.; CRAYCRAFT, C. Antitrust sanctions and a firm's ability to pay. *Review of Industrial Organization*, Secaucus, v. 12, p. 171-183, 1997.

CONNOR, J. M. *Optimal deterrence and private antitrust enforcement*. West Lafayette: Manuscript, Purdue University, 2005.

CONSIDERA, C. M. *Uma breve história da economia política da defesa da concorrência*. Nov. 2002. (Documento de Trabalho, n. 22). Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/documentos-de-trabalho-2002>>. Acesso em: 24 abr. 2014

CONSIDERA, C. M.; CORRÊA, P. *The political economy of anti-trust in brazil. from price control to competition policy*. Oct. 2001. (Paper preparado para Conferência de Política de Concorrência de Fordham, Nova Iorque). Disponível em: <<http://www.professores.uff.br/claudioconsidera/artigos-revistas/The-Political-Economy-of-Anti-trust-final-081001.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2014

COOTER, R. T. D.; SCHÄFER, H.-B. O problema da desconfiança recíproca. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, California, v. 1, n. 1, article 8, 2006. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/art8>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

CORREIA, E. Congress and antitrust policy after the reagan administration. In: FIRST, H.; FOX, E. M.; PITOFISKY, R. *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal, economic and political policy*. New York: Quorum Books, 1991.

DEMSETZ, H. Industry structure, market rivalry, and public policy. *Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 16, p. 1-9, 1973.

DIRECTOR, A.; LEVI, E. H. Law and the future: trade regulation. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 51, 1956.

ECONOMIDES, N.; LIANOS, I. The elusive antitrust standard on bundling in europe in the United States in the aftermath of the microsoft cases. *Antitrust Law Journal*, Redding, v. 76, 2009.

ELHAUGE, E. R. Harvard, not Chicago: which antitrust school drives recent U.S.

supreme court decisions? *Competition Policy International*, [S. 1.], v. 3, 2007.

EUROPEAN COMMISSION. Commission recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the member states concerning violations of rights granted under Union Law. *Official Journal of the European Union*, Luxembourg, v. 56, July 2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:JOL_2013_201_R_NS0013&from=EN>. Acesso em: 24 jul. 2014.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Performance and accountability report 2007*. Washington, DC: FTC, 2007.

_____. *Performance and accountability report 2008*. Washington, DC: FTC, 2008.

_____. *Performance and accountability report 2009*. Washington, DC: FTC, 2009.

_____. *Performance and accountability report 2010*. Washington, DC: FTC, 2010.

_____. *Performance and accountability report 2011*. Washington, DC: FTC, 2011.

_____. *Performance and accountability report 2012*. Washington, DC: FTC, 2012.

FERRAZ JR., T. S. Lei de defesa da concorrência: origem histórica e base constitucional. *Revista dos Mestrados em Direito da UFBA*, Salvador, n. 2, jul. 91/jun. 92.

FIRST, H.; FOX, E. M.; PITOFISKY, R. *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal, economic and political policy*. New York: Quorum Books, 1991.

FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FOX, E. M. The modernization of antitrust: a new equilibrium. *Cornell Law Review*, Ithaca, 1981.

_____. What is harm to competition? Exclusionary practices and anticompetitive effect. *Antitrust Law Journal*, Redding, v. 70, 2002.

FOX, EL. M.; SULLIVAN, L. A. Antitrust – retrospective and prospective: where are we coming from? Where are we going? *New York University Law Review*, New York, v. 62, 1987.

GALLO, J. C. et al. Criminal penalties under the Sherman act: a study of law and economics. *Research in Law and Economics*, New York, v. 16, p. 25-71, 1994. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=712721>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

GAVIL, A. I. *An antitrust anthology*. Cincinnati: Anderson Pub., 1996.

GERADIN, D.; HENRY, D. *The EC fining policy for violation of competition law: an empirical review of commission decisional practice and the community court's judgments*. Bruges: The Global Competition Law Centre, 2005. (GCLC Working Paper, 03/05). Disponível em: <<https://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20WP%2003-05.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

GERBER, D. J. Constitutionalizing the economy: german neo-liberalism, competitive law and the “new” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, Michigan, 1994.

GINSBURG, D. H. Comparing antitrust enforcement in the United States and Europe. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v. 1, Sept. 2005.

GIOCOLI, N. *Competition vs. property rights: american antitrust law, the Freiburg School and the early years of european competition policy*. 2008. (Munich Personal RePEc Archive (MPRA), Paper n. 33807), 2008.

GRANOVETTER, M. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology*, Chicago, v. 91, Nov. 1985.

HARRINGTON JR., J. E. Optimal corporate leniency programs. *The Journal of Industrial Economics*, Oxford, v. 56, p. 215-246, 2008.

HAYEK, F. A. *Individualism and economic order*. Chicago: University of Chicago Press, 1948.

HEERTJE, A. (Ed.). *The economic role of the state*. Oxford: Basil Blackwell, 1989.

HOJ, J. *Competition law and policy indicators for the OECD countries*. 2007. (OECD, Economics department working paper, n. 568).

HOVENKAMP, H. The Sherman Act and the classical theory of competition. *74 Iowa Law Review*, Iowa, 1019, 1988-1989.

_____. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. Saint Paul: Thomson/West, 2005.

_____. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

HYLTON, K.; DENG, F. Antitrust around the world: an empirical analysis of the scope of competition laws and their effects. *Antitrust Law Journal*, Redding, v. 74, 2007.

KAHN, A. E. *The economics of regulation: principles and institutions*. Cambridge: MIT Press, 1988.

KAHNEMAN, D.; SLOVIC, P.; TVERSKY, A. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

KAHNEMAN, D.; TVERSKY, A. Prospect theory: An analysis of decision under risk. *Econometrica*, Chicago, v. 47, p. 263-292, 1979.

KOBAYASHI, B. H. Antitrust, agency and amnesty: an economic analysis of the criminal enforcement of the antitrust laws against corporations. *George Washington Law Review*, Washington, DC, v. 69, p. 715-744, Oct./Dec. 2001.

KUPFER, D. *A indústria brasileira após 10 anos de liberalização econômica*. [2003]. (Artigo apresentado no Seminário Brasil em Desenvolvimento, Instituto de Economia da UFRJ, Outubro/2003). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/gic/pdfs/a_industria_brasileira_apos_10_anos_de_liberalizacao_comercial.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2014.

LANDE, R. H.; DAVIS, J. P. Comparative deterrence from private enforcement and criminal enforcement of the U.S. antitrust laws. *Brigham Young University Law Review*, Provo, 2011. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1565693>>. Acesso em:

20/06/2014.

_____. The extraordinary deterrence of private antitrust enforcement: a reply to Werden, Hammond, and Barnett. *Antitrust Law Bulletin*, San Francisco, v. 58, p. 173-190, 2013

LANDES, W. M. Optimal sanctions for antitrust violations. 50 *The University of Chicago Law Review* 652, Chicago, 1983.

LA PORTA, R. et al. *Judicial checks and balances*. Cambridge: National Bureau Of Economic Research, June 2003. (NBER Working Paper, n. 9775).

_____. The economic consequences of legal origins. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 46, n. 2, 2008.

LOUREIRO, F. P. Relativizando o Leviatã: empresários e política econômica no governo Jânio Quadros. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 40, n. 3, jul./set. 2010.

MARTINEZ, A. P. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, A. M.; CAMPILONGO, C. F.; VILELA, J. G. *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.

_____. *Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Singular, 2013.

MAS-COLELL, A.; WHINSTON, G.; GREEN, J. R. *Microeconomic theory*. New York: Oxford University Press, 1995.

MASON, E. S. *Economic concentration and the monopoly problem*. Cambridge: Harvard University Press, 1957.

McCHESNEY, F. S.; SHUGHART II, W. F. (Ed.). *The causes and consequences of antitrust: the public choice perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTI, G. *EC competition law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MOTTA, M. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

MOTTA, M.; POLO, M. Leniency programs and cartel prosecution. *International Journal of Industrial Organization*, Maryland Heights, v. 21, p. 347-379, 2003.

NEVEN, D. J. Competition economics and antitrust in Europe. *Economic Policy*, Malden, v. 21, n. 48, Oct. 2006.

NICHOLSON, M. W. An antitrust law index for empirical analysis of international competition policy. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v. 4, n. 4, 1009–1029, 2008.

NICHOLSON, W.; SNYDER, C. *Microeconomic theory: basic principles and extensions*. 11th ed. Mason: South-Western/Thomson Learning, 2011.

NICKELL, S. J. Competition and corporate performance. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 104, n. 4, 1996.

NORTH, D. C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Institutions and credible commitment*. 1994. Disponível em: <<http://dlc.dlib.indiana.edu/dlc/bitstream/handle/10535/3711/9412002.pdf?...1>>. Acesso em: 24 abr. 2014.

NORTH, D. C.; THOMAS, R. P. *The rise of the Western World: a new economic history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Report on the nature and impact of hard core cartels and sanctions against cartels under national competition laws*. Paris: OECD, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/2081831.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. *Optimal design of a competition agency*. Paris: OECD, 2003. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/2485827.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. Working Party on Regulatory Management and Reform. Designing independent and accountable regulatory authorities for high quality regulation. In: EXPERT MEETING, Jan. 2002, London. *Proceedings...* Paris: OECD, 2005a. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/15/28/35028836.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. European Commission – Peer Review of Competition Law and Policy. *Competition law and policy in the European Union*. Paris: OECD, 2005b. (Country Studies). Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/7/41/35908641.pdf>>. Acesso em: 24/07/2014

_____. Brazil – Peer Review of Competition Law and Policy. *Competition law and policy in Brazil: a peer review*. Paris: OECD, 2005c. (Country Studies). Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/prosecutionandlawenforcement/35445196.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. *Competition law and policy in Brazil: a peer review*. Paris: OECD, 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. The economic theory of public enforcement of law. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 38, Mar. 2000.

POSNER, R. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 127, p. 925-948, 1978.

_____. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *Antitrust law*. 2nd ed. Chicago: Chicago University Press, 2001.

RABIN, M. Psychology and economics. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 36, p. 11-46, 1998.

RIBEIRO, P. de T. O direito de ação e a tutela antitruste. In: FARINA, L. *A nova lei do CADE*. São Paulo: Migalhas, 2012.

ROCKEFELLER, E. S. *The antitrust religion*. Washington, DC: Cato Institute, 2007.

ROMER, D. *Advanced macroeconomics*. 4th ed. New York: Mc-Graw Hill, 2011.

RUBINFELD, D. L. On the foundations of antitrust law and economics. In: PITOFISKY, R. *How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHMALENSEE, R. Thoughts on the Chicago legacy in U.S. antitrust. In: PITOFISKY, R. *How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

POLINSKY, A. M.; SHAVELL, S. *Economic analysis of public law enforcement and criminal law*. Cambridge: Harvard Law School, 2003. (Discussion Paper, n. 405).

Disponível em:

<http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/405.pdf>. Acesso em: 20/06/2014.

SHEPHERD, W. G. Theories of industrial organization. In: FIRST, H.; FOX, E. M.; PITOFISKY, R. (Org.). *Revitalizing antitrust in its second century: essays on legal, economic and political policy*. New York: Quorum Books, 1991.

SHIEBER, B. M. *Abusos do poder econômico: direito e experiência anti-truste no Brasil e nos E.U.A.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

SIMON, H. A. Remarks on the methodology of science. In: ALT, J.; LEVI, M.; OSTROM, E. (Ed.). *Competition and cooperation: conversations with nobelists about economics and political science*. New York: Russel Sage Foundation, 1999.

SPAGNOLO, G. *Divide et impera: optimal leniency programs*. London: Centre for Economic Policy Research, 2004. (CEPR Discussion Paper, n. 4840). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=716143>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

_____. Leniency and whistleblowers in antitrust. In: BUCCIROSSI, P. *Handbook of antitrust economics*. Cambridge: MIT Press, 2008.

STIGLER, G. J. (Ed.). *Chicago studies in political economy*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

STIGLER, S. M. *The history of statistics: the measurement of uncertainty before 1900*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

STIGLITZ, J. *Economics of the public sector*. 3rd ed. New York: W. W. Norton, 2000.

SULLIVAN, L. A. Antitrust, microeconomics, and politics: reflections on some recent relationships. *California Law Review*, California, v. 68, Jan. 1980.

TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge: MIT Press, 1988.

TIROLE, J.; DEWATRIPONT, M. Advocates. *Journal of Political Economy*, Chicago, v. 107, 1999.

TURNER, D. F. Validity of tying arrangements under the antitrust laws. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 72, n. 1, 1958.

UNITED STATES OF AMERICA. American Department of Justice. Antitrust Division. *Workload statistics*. Fiscal years 1990-1999. [Washington, DC: Department of Justice, 1999].

_____. American Department of Justice. Antitrust Division. *Workload statistics*. Fiscal years 2000-2009. [Washington, DC: Department of Justice, 2009].

_____. American Department of Commerce. Bureau of economic analysis. Current-dollar and real gross domestic product – 1929-2012. [Washington, DC: Department of Commerce, 2012].

_____. Congressional submission. Fiscal year 2008 performance budget. [Washington, DC: Department of Justice, 2008].

_____. *Congressional submission*. Fiscal year 2013 performance budget. [Washington, DC: Department of Justice, 2013].

VOIGT, S. The effects of competition policy on development—cross-country evidence using four new indicators. *Journal of Development Studies*, London, v. 45, Sept. 2009.

WERDEN, G. J.; SIMON, M. J. Why price fixers should go to prison. 32 *The Antitrust Bulletin*, Getzville, 917, 1987.

WHISH, R. *Competition law*. 4th ed. London: Butterworths, 2000.

WILLIAMSON, O. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, Nashville, v. 58, Mar. 1968.

_____. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications: a study in the economics of internal organization*. New York: Free Press, 1975.

_____. *The economics institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

_____. (Ed.). *Organization theory: from Chester Barnard to the present and beyond*. New York: Oxford University Press, 1995.

_____. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1999.

WILS, W. P. J. The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in ec antitrust enforcement: a legal and economic analysis. *World competition: Law and Economics Review*, The Hague, v. 27, n. 2, 2004.

ZINGALES, L. *Corporate governance and the theory of the firm*. Cambridge: NBER, 2000. Disponível em: <<http://www.ewts.at/Bilder%20online/Papers%202004/Zingales%20Corporate%20Governance.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

APÊNDICE - PONTUAÇÃO ATRIBUÍDA AOS ÍNDICES DE PRIMEIRO NÍVEL

Tabela 4 - Pontuação anual. Composição dos índices de primeiro nível para Abuso de Posição Dominante.

Abuso de Posição Dominante	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Independência																		
Independência do investigador	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Independência do julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Separação de Poderes																		
Separação entre investigador e julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Natureza do órgão de apelação	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Qualidade da Lei																		
Julgamento de práticas exclusionárias	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Poderes de Investigação																		
Medidas Preventivas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Busca e apreensão	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Sanções e Multas																		
Pessoas Jurídicas																		
Critério de multa	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Tipos de sanção	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Pessoas físicas																		
Limites da Multa	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Desqualificação funcional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Pena de reclusão																		
Reparação Civil	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Recursos																		
Orçamento																		
Pessoal																		

Fonte: Elaboração do autor.

Tabela 5 - Pontuação anual. Composição dos índices de primeiro nível para Cartéis.

Cartéis	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Independência																		
Independência do investigador	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	0,5	1
Independência do julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Separação de Poderes																		
Separação entre investigador e julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Natureza do órgão de apelação	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Qualidade da Lei																		
Julgamento da prática	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Programa de leniência	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Poderes de Investigação																		
Busca e apreensão	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Sanções e Multas																		
Pessoas Jurídicas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Pessoas físicas																		
Limite da multa	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Desqualificação funcional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Pena de reclusão									Normalização									
Reparação Civil	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Recursos																		
Orçamento									Normalização									
Pessoal									Normalização									
Jurisprudência																		
Número de casos									Normalização									
Pena máxima de prisão									Normalização									

Fonte: Elaboração do autor.

Tabela 6 - Pontuação anual. Composição dos índices de primeiro nível para Outros Ilícitos.

Outros Ilícitos	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Independência																		
Independência do investigador	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Independência do julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Separação de Poderes																		
Separação entre investigador e julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Natureza do órgão de apelação	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Qualidade da Lei																		
Julgamento de contratos de exclusividade	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Poderes de Investigação																		
Medidas Preventivas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Busca e apreensão	0	0	0	0	0	0	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Sanções e Multas																		
Pessoas Jurídicas	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Pessoas físicas																		
Multa	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Desqualificação funcional	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Pena de reclusão																		
Reparação Civil	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Recursos																		
Orçamento																		
Pessoal																		

Fonte: Elaboração do autor.

Tabela 7 - Pontuação anual. Composição dos índices de primeiro nível para Atos de Concentração.

Atos de concentração	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Independência																		
Independência de quem analisa	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Papel exercido pelo Governo na decisão	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Separação de Poderes																		
Separação entre investigador e julgador	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Natureza do órgão de apelação	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Responsáveis por fases 1 e 2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Qualidade da Lei																		
Critério de Notificação	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Análise de eficiência	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Recursos																		
Orçamento																		
Pessoal																		
Jurisprudência																		
Número de investigações																		

Fonte: Elaboração do autor.