

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

EDUARDO AUGUSTO SALOMÃO CAMBI

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Eduardo Augusto Salomão Cambi, João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-339-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Inovação. 3. Propriedade Intelectual. 4. Concorrência. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E
CONCORRÊNCIA

Apresentação

Esta produção é parte do Grupo de Trabalho Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência, realizado no Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito, CONPEDI, entre os dias 7 e 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba, no Paraná.

Trata-se de um Grupo de Trabalho desafiador, na medida em que se tornou interdisciplinar. Os estudos sobre direito, que partem da inovação, com vistas ao Desenvolvimento, e, por que não mencionar, desenvolvimento sustentável surgem a partir de outras disciplinas. Não me refiro, tão somente, aos ramos do direito, mas, também, das outras áreas do conhecimento humano como a economia, a engenharia, a biologia, a química, a física, a matemática, a medicina, etc. Este evento mostra não só a capilaridade da Área do Direito, como, também, a importância da propriedade intelectual para a gestão da inovação e, por conseguinte, para as demais áreas do conhecimento abrigadas pela CAPES.

Por isso, o grupo de trabalho foi dividido em blocos, com vistas a permitir o debate entre pesquisadores com interesses afins em matéria de pesquisa científica. Assim, pelo diálogo, mediante a visão poliédrica dos fenômenos investigados, podem ser estressados por um público integrado por docentes e discentes dos PPGDs de todo o País.

Os blocos são: direito de autor (bloco I), inovação (bloco II), patentes (bloco III), nome de domínio, marcas e nome comercial (bloco IV), transferência de tecnologia (bloco V) e defesa da livre concorrência (bloco VI).

O bloco I, em matéria de direito de autor, foi integrado por quatro artigos, sendo eles:

1. Oliveira, Jordan Vinícius de., Feres, Marcos Vinício. Todos os direitos reservados? A proteção jurídica dos periódicos brasileiros de livre acesso.
2. Bahia, Carolina Medeiros., Medeiros, Heloísa Gomes. Proteção do Patrimônio Cultural Ambiental Brasileiro: os instrumentos do sistema nacional de cultura e os direitos autorais.
3. Alves, Giovani Lofrano. Direitos Autorais: mercado e intervenção.

4. Oliveira, Matheus Andrade., Barros, Carolina Geissler Miranda de. Gestão Coletiva de Direitos Autorais nas Plataformas de “Streaming”.

Bloco II - Inovação. 6 artigos.

5. Lacs, Débora Sichel. Uma Introdução à reorganização sistêmica produzida pela inovação tecnológica.

6. Silva, Fernanda Pereira da. Investimento em pesquisa e inovação, fontes indutoras do desenvolvimento econômico.

7. Correia, Lenilton Duran Pinto., Marinho, Bruno Costa Marinho. A instituição científica e tecnologia (ICT) publicação federal e a cessão de direitos de propriedade intelectual.

8. Diniz, Davi Monteiro., Neves, Rubia Carneiro. Da recente legislação sobre inovação e seus efeitos para as universidades federais.

9. Pereira, Reginaldo., Migosky, Felipe. O papel dos núcleos de inovação tecnológica (NITS) na promoção da inovação sustentável a partir do novo marco legal de ciência, tecnologia e inovação do Brasil.

10. Campanilli Filho, João Carlos., Oliveira, Anderson Nogueira. Os parques tecnológicos como meio de produção dos direitos fundamentais da tecnologia e inovação.

Bloco III - Patente

11. Rohrmann, Carlos Alberto. O estranho caso da patente americana nº 9.430.468 de Double Blind Peer Review de 30 de agosto de 2016.

12. Aires, Marcos Antônio Pontes., Gregori, Isabel Christine Silva de. As implicações do sistema de patentes e a evolução tecnológica a biotecnologia como instrumento impactante na normatização da propriedade intelectual.

13. Silva, Marcos Vinícius Viana da., Silva, José Everton da. A organização mundial da propriedade intelectual e a necessidade de adoção transnacional de medida para promoção das patentes verdes.

Bloco IV - Nome de Domínio, Marcas e Nome Comercial.

14. Fernandes, Almir Garcia. O domínio de internet e a sua relação com a propriedade intelectual.

Bloco V. Transferência de Tecnologia.

15. Guimarães e Waldman. Objetivos do desenvolvimento sustentável. Objetivo 17. Comércio internacional - DPIs e TT. Agenda 2030. Agrupamento de patentes. Fundo de impacto climático.

16. Nogueira, Wallace Leite., Velázquez, Victor Hugo Tejerina. A função social da propriedade e o licenciamento compulsório de medicamentos no Brasil

Bloco VI Defesa da Concorrência.

17. Silva, Raphael Andrade. Defesas de eficiência em atos de concentração: breves notas e subsídios para reflexão.

18. Guimarães, Renan Eschiletti Machado., Waldman, Ricardo Libel. Objetivos do desenvolvimento sustentável e propriedade intelectual: estratégias para a transferência de tecnologias ambientalmente corretas e a promoção dos direitos humanos em um contexto de mudanças climáticas.

19. Almeida Junior, José Roberto de. Marcas não visuais: a proteção de marcas não visuais no Brasil.

Trata-se de um uma coletânea muito interessante e atual. Será muito útil aos estudiosos do Direito da Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência.

Tenham uma boa leitura!

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM / UFRJ

Prof. Dr. Eduardo Augusto Salomão Cambi - UENP

DEFESAS DE EFICIÊNCIA EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: BREVES NOTAS E SUBSÍDIOS PARA REFLEXÃO

EFFICIENCY DEFENCE IN MERGERS: BRIEF NOTES AND ELEMENTS FOR AN ANALYSIS

Raphael Andrade Silva ¹

Resumo

O presente estudo tem um objetivo bastante delimitado. Propõe-se a traçar as linhas iniciais para que o leitor reflita a respeito de como o sistema da concorrência abraça a eficiência – e mais, sobre em que termos essa eficiência é entendida – como justificativa, ainda que não isoladamente, de um específico ato de concentração que, sob outras condições, seria tido como proibido. Cotejando as disposições normativas e alguma produção dogmática nacional com a estrangeira, se procurou traçar conclusões de modo a auxiliar os operadores do Direito Antitruste que se venham a confrontar com a questão.

Palavras-chave: Concorrência, Eficiência, Concentração

Abstract/Resumen/Résumé

The present study has a very particular purpose. It intends to delineate a basic background for the reader, which can, we hope, help the latter in further analysis of how the antitrust system takes into account efficiency - further on, of in which terms this efficiency is understood – as a reasoning, even though accompanied by others, for a specific merger, which would be held illegal otherwise. Confrontating legal rules and some doctrine, both brazilian and foreign, we sought to outline conclusions in order to provide guidance for competition law operators, who will, eventually, face these issues.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Antitrust, Efficiency defence, Mergers

¹ Graduado e Mestrando em Direito pela Universidade de São Paulo - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP-FDRP)

1. INTRODUÇÃO

A consideração das justificativas de eficiência como elementos aptos a permitir a aprovação, pela autoridade da concorrência, de um ato de concentração que, de outra sorte, seria considerado ilegal, não é propriamente nova, sendo rotineiramente explicitada em trabalhos da literatura econômica e, inclusive, jurídica (RENCKENS, 2007, p. 149). Desse modo, sustenta-se, basicamente, que atos de concentração podem gerar eficiências suficientes a indicar que sua consolidação beneficia consumidores e a sociedade como um todo (KIMMEL, 2004, p. 209).

Entretanto, parece haver, ainda, especialmente no Brasil, pouca produção técnica consolidada a esse respeito, ausência que tende à instalação de um natural grau de instabilidade entre os agentes econômicos, tendo-se em vista que a imprevisibilidade das regras eleva, como se sabe, os custos de transação, estabelecendo, em último caso, uma estrutura negativa de incentivos para os negócios.

Em certa síntese, adotamos a definição proposta por Renckens (2007, p. 172), segundo a qual uma justificativa de eficiência somente poderá ter lugar quando tais eficiências são investigadas em um modelo casuístico (ou sequencial), segundo o qual os efeitos concorrenciais decorrentes do ato de concentração são analisados de forma apartada e, então, as pretensas eficiências são sopesadas contra os efeitos deletérios à concorrência, para verificar o resultado líquido. Sabemos que a ideia do modelo sequencial não passa isenta de críticas e, nessa linha, apontamos aquelas alinhavadas por Fisher e Lande (1983).

Assim, principiando pela análise da eficiência conforme a noção neoclássica, passando pela crítica contemporânea procuramos visualizar como tais "defesas de eficiência" são contempladas pela nova lei antitruste brasileira, comparando-a, posteriormente, com a realidade europeia. Por fim, traçamos algumas conclusões visando orientar os operadores do Direito na árdua tarefa de adequadamente mensurar o fenômeno aqui discutido minimizando as chances de se incorrer em erros graves, prejudiciais à concorrência, ao mercado e aos consumidores.

2. EFICIÊNCIA: A NOÇÃO NEOCLÁSSICA E A CRÍTICA CONTEMPORÂNEA

A doutrina neoclássica adotou a eficiência como suporte basilar para o antitruste. Chegou a se afirmar, peremptoriamente, ser a eficiência o elemento central a, quase que de maneira sacrossanta, definir a licitude ou não do poder no mercado (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 198).

Basicamente, na esteira do pensamento neoclássico, a eficiência é distinguida em duas vertentes: a *alocativa* e a *produtiva*. A primeira delas relaciona-se com a correta¹ distribuição dos bens na sociedade, em termos de apreciação pelos consumidores, utilidade e escassez², enquanto que a segunda, também denominada de *eficiência técnica*, relaciona-se com a necessidade de que as firmas produzam a um custo mínimo (JONES; SUFRIN, 2010, p. 8) – é, portanto, um dado interno das firmas, como bem afirma Salomão Filho (2007, p. 199).

Com relação aos atos de concentração, sustentou-se que as eficiências podem decorrer de variadas fontes, variando casuisticamente mas geralmente relacionando-se com situações de benefício operacional, como economias de escala, alocação de recursos, complementariedades tecnológicas, especialização na linha de produção, redução em custos de transporte e outras espécies de custos de transação que parecem depender do grau de integração e relacionamento dos produtos e dos processos de produção e distribuição das organizações (FISHER; LANDE, 1983, p. 1.599)

A análise das situações de concentração nos exige um breve, mas prévio, exame de como a questão da eficiência se manifesta na teoria econômica dos monopólios. Em uma situação de monopólio existe grande possibilidade do preço praticado pelo monopolista estar acima do chamado *preço competitivo* (existisse um cenário de competição). Assim, neste caso, o agente praticará lucros extraordinários, às custas da opção, por alguns consumidores, de não comprar o produto que, em outra situação, eles comprariam³. Esse fenômeno é identificado na doutrina estrangeira pela alcunha de *deadweight loss*, conceituado, em termos

¹ Ressalte-se que o fato de a distribuição ser correta, ou não, nada diz, para os teóricos neoclássicos, com a questão da distribuição de renda. Cf. SALOMÃO FILHO, 2007, p. 198.

² Em termos mais técnicos, a racionalidade por detrás da noção de eficiência alocativa pode ser definida, de acordo com Whish e Bailey (2012, p. 5), nos seguintes termos: "Allocative efficiency is achieved under perfect competition because the producer, assuming he is acting rationally and has a desire to maximise his profits, will expand his production for as long as it is privately profitable to do so".

³ Nessas situações, o preço de monopólio é maior do que o preço de reserva do consumidor, é dizer, o máximo valor que o último está disposto a pagar pelo produto.

econômicos, como a perda do *consumer surplus*⁴ que não é transferido ao monopolista em forma de lucros. Nesses termos, basicamente, se manifesta a eficiência – ou melhor, a ineficiência – alocativa, em matéria de concentrações.

Em contraponto, a eficiência produtiva, nas situações de monopólio, se verifica quando tomamos conta da noção de *economias de escala*. Basicamente, economias de escala serão constatadas quando a eficiência produtiva é alcançada conforme se aumenta, em volume, a produção. Existem mercados bastante peculiares, em que a operação lucrativa de uma firma dependerá, inevitavelmente, de uma *escala mínima de eficiência*⁵ (EME ou *minimum efficient scale*, MES) bastante elevada e, assim, somente um pequeno número de firmas estarão capacitadas a operar eficientemente. Assim, porque produz a um custo mais reduzido, a firma permite que os recursos por ela economizados sejam alocados de outra forma – forma essa que, para os neoclássicos, pouco importa.

Em síntese aduzida por Salomão Filho (2007, p. 200):

Do ponto de vista neoclássico, avaliar uma situação de poder no mercado⁶ se resume, então, a determinar qual o aspecto que prevalece na formação dessa posição: a ineficiência alocativa ou a eficiência produtiva.

Diversos estudos foram produzidos na tentativa de comparar, quantitativamente, os aspectos acima mencionados, sendo de se mencionar aquele realizado por Williamson, em, principalmente, dois artigos⁷. O autor concluiu que:

Pelo fato de que um aumento consideravelmente alto nos preços é geralmente necessário para (des) compensar os benefícios resultantes da redução de 5 a 10% nos custos médios, a existência de economias desta magnitude é suficientemente

⁴ Compreendido este como a diferença entre o que os consumidores estariam preparados a pagar por determinado produto e o que eles efetivamente pagam (JONES; SUFRIN, 2010, p. 13).

⁵ Trata-se do ponto em que o custo médio por unidade não mais é reduzido conforme aumenta a produção.

⁶ Ensina Salomão Filho (2007, p. 92-93) que o poder econômico nos mercados deve ser definido em termos mais amplos do que a concepção, também neoclássica, de "faculdade (poder) de aumentar preços através da redução da oferta de bem ou serviço". Segundo o autor, "a definição teoricamente mais correta de poder no mercado não é a possibilidade de aumentar os preços, mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade". O principal método teórico de mensuração de poder no mercado é, hodiernamente, o da participação no mercado relevante definido.

⁷ O primeiro desses artigos era intitulado de "Economies as an antitrust defense: the welfare trade offs", publicado na *American Economic Review*, 58, em 1968, páginas 18-36. Posteriormente, foi atualizado, em 1977. O primeiro deles pode ser consultado, na internet, em <http://ces.univ-paris1.fr/membre/tropeano/pdf/polconc/fusions/williamson.pdf>.

importante para dar às autoridades antitruste uma pausa antes de desautorizar uma fusão. (tradução livre)⁸

Em termos econômicos, o modelo analítico de Williamson pretende aferir o bem-estar social por meio do chamado *excedente total*, em oposição ao *excedente dos consumidores* (*consumer surplus*). Segundo tal critério, seria possível de se demonstrar um incremento no bem-estar social (baseado na variação do chamado *excedente agregado*) desconsiderando-se a transferência de renda real dos consumidores para os produtores (FAGUNDES in GILBERTO *et al*, 2011, p. 245).

A grande crítica que se pode tecer a tal conclusão diz respeito aos pressupostos assumidos por Williamson em seu estudo. Como bem elucida Salomão Filho (2007, p. 200), o autor estadunidense, na estruturação de seu modelo, considera que (i) o produto oferecido no mercado é homogêneo e (ii) a capacidade de aumento de preço, pelo monopolista, é “marginalmente” restringida pela possibilidade de entrada de outros produtores no mercado. Assim, interpretando-se a conclusão segundo os pressupostos, somente seria possível de se admitir a sobreposição dos ganhos em eficiência produtiva sobre as perdas sociais decorrentes da ineficiência alocativa nas situações em que as barreiras à entrada (*barriers to entry*) fossem desconsideradas, em razão do ínfimo poder de mercado do agente. Isso não é o que ocorre corriqueiramente, como bem apontam Jones e Sufrin (2010, p. 11)⁹, nos seguintes termos:

Outra importante objeção aos monopólios é o fato de que um monopolista não estará submetido à mesma pressão que estão as firmas que operam em um mercado perfeitamente competitivo para reduzir seus custos. Isso foi identificado por Leibenstein como, e ficou conhecido por, 'X-inefficiency'. (tradução livre)

Na esteira do exposto, é possível se afirmar que, em negação ao entendimento neoclássico, hoje existe uma presunção, apoiada em fortes indícios econômicos, de que, em situações de monopólio, há uma prevalência da ineficiência alocativa sobre a eficiência produtiva.

⁸ No original: "Since a relatively large percentage increase in price is usually required to offset the benefits that result from a 5 to 10 per cent reduction in average costs, the existence of economies of this magnitude is sufficiently important to give the antitrust authorities pause before disallowing a merger". Cf. Williamson (1968, p. 34).

⁹ No original: "Another important objection to monopoly is that a monopolist will not have the same pressure as firms operating on a perfectly competitive market to reduce its costs. This was identified by Leibenstein as, and has become known as, 'X-inefficiency'".

Muito além das clássicas considerações de que o monopolista é capaz de praticar preços excessivos e a respeito do *deadweight loss*, é preciso que se tenha em mente o que Salomão Filho (2007, p. 201) chama de *valor imaterial do monopólio*, é dizer, o real valor, para o agente monopolista, de sua posição no mercado e sua disposição a empregar vultosas quantias para a manutenção de tal posição – dispêndios esses que, como bem observa o autor, não raro se confirmam como perdas sociais (por exemplo, o dinheiro despendido em *lobbying*, em financiamento de campanhas políticas etc).

A esses custos, também por ela reconhecidos, acrescenta a doutrina europeia os de, por exemplo, altos salários e excessiva indução em diferenciação do produto (JONES; SUFRIN, 2010, p. 11). Em linha semelhante, argumenta Hovenkamp (2005, p. 552)¹⁰, afirmando que:

Uma firma que maximiza seus lucros estará disposta a gastar recursos substanciais em esforços para adquirir ou manter uma determinada quantia de poder de monopólio...ela poderia gastar este dinheiro em expedientes altamente ineficientes, como espionagem, prática de preços predatórios contra um potencial alvo de *take-over*, ou litigância vexatória. (tradução livre)

Mais além, se nos afigura relevante relatar duas conclusões iniciais, imprescindíveis para a posterior compreensão da sistemática da lei brasileira e, também, europeia. É Salomão Filho (2007, p. 202) quem bem as retrata, afirmando que (i) a mensuração dos ganhos em eficiência produtiva não deve ser feito por comparação entre a situação de monopólio e a situação atual, mas, sim, entre a primeira e a de *crescimento interno* da firma (procedimento, inclusive, mais bem quisto pela lei, como se verá adiante) e (ii) as economias de escala não mantêm relação absoluta com o poder de mercado, especialmente nos mercados de produção em massa, aonde é possível operar em grande escala sem excessivo *market share*.

Essas duas conclusões, em sede preliminar, semeiam uma reflexão ainda mais profunda. Das inferências mencionadas acima, é possível se apreender que a eficiência produtiva não se pode presumir de uma grande participação no mercado (adquirida, por exemplo, por meio de atos de concentração), e, mais além – e é esta a conclusão que poderia gerar perpléxia, não fosse a cautela do legislador – não se presume ganho em eficiência

¹⁰ No original: "A profit-maximizing firm will be willing to spend substantial resources in an effort to acquire or retain a certain amount of monopoly power...it could spend this money in highly inefficient ways, such as espionage, predatory pricing against a potential take-over target, or vexatious litigation".

alocativa com base na demonstração de que a aquisição de poder de mercado trará ganho de eficiência (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 203).

À questão, que em um primeiro momento se afigura como de difícil solução, na prática, foi dada solução bastante inteligente pelo legislador brasileiro, acompanhando o que já se vinha propugnando, em sede legislativa e doutrinária, na Europa. Vejamos adiante.

3. A JUSTIFICATIVA DE EFICIÊNCIA NA LEI N. 12.529/2011

A Lei n. 12.529/2011 tratou do controle de concentrações em seu Título VII. Os atos de concentração e sua disciplina vem delineados no Capítulo I daquele Título. Mais precisamente, o art. 88 e incisos trazem os parâmetros cumulativos, em termos monetários, que, uma vez preenchidos, ensejam a apreciação prévia de determinado ato de concentração econômica pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

A regra proibitiva sobre a qual devemos deitar atenção, no presente estudo, vem traçada no parágrafo quinto do dispositivo. Afirma ele, *in verbis*:

§5o Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6o deste artigo.

Assim, *a priori*, serão proibidos quaisquer atos de concentração, entendidos estes nos termos do art. 90 e incisos da Lei¹¹, quando preenchidos cumulativamente os parâmetros do art. 88, I e II¹², e verificado o prejuízo à concorrência, seja pela eliminação dos concorrentes em parte substancial do mercado, seja pela criação ou reforço de uma posição dominante.

Dissemos serem proibidos tais atos de concentração *a priori* porque a parte final do parágrafo quinto, transcrito supra, expressamente prevê a exceção delineada no parágrafo seguinte. Sobre tal regra de exceção, ou melhor, sobre um dos aspectos de tal regra nos apoiaremos para as considerações a seguir.

¹¹ Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

¹² Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

Afirma o parágrafo 6º do art. 88 que os atos referidos pelo parágrafo antecedente (e, portanto, *proibidos*) poderão ser autorizados, desde que o agente observe os exatos limites necessários à consecução dos objetivos traçados em seus incisos e alíneas, quais sejam o de, cumulada ou alternativamente, (a) aumentar a produtividade ou a competitividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços ou (c) *propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico*. A um ou mais desses objetivos deve-se, *necessariamente*¹³, acrescer a diretriz do inciso II, é dizer, além de ter (o ato de concentração) como consequência uma das hipóteses do inciso I, deverão as partes, obrigatoriamente, repassar aos consumidores parte relevante¹⁴ dos benefícios auferidos com a operação.

A opção do legislador em condicionar a possível aprovação do ato de concentração (que, de outra sorte, seria proibido) à necessária distribuição de benefícios com os consumidores revela a opção pela aferição de bem-estar social segundo o modelo de *excedente dos consumidores* (economicamente manifestado em necessária redução dos custos marginais da nova firma, porque a redução de custos fixos somente pode acarretar, e ainda não necessariamente, resultados a longo prazo¹⁵).

É precisamente neste momento que devemos relembrar o leitor sobre a assertiva feita, anteriormente, de que não é possível presumir ganho em eficiência alocativa com base meramente na afirmação de que a aquisição de poder de mercado resultará em ganho de eficiência, e a aparente complexidade na solução do imbróglio daí surgido.

Dissemos, acima, ter o legislador pátrio optado por solução bastante inteligente. Tal entendimento é corroborado por uma análise sistemática do art. 88, parágrafo 6º, I e II, e do art. 36, parágrafo 1º, tratante das situações de poder de mercado criadas a partir do crescimento interno, e não por atos de concentração. Enquanto, em tema de concentração econômica, a eficiência, como excludente de ilicitude, necessita, obrigatoriamente, de estar acompanhada por um repasse aos consumidores dos benefícios auferidos com a operação, na

¹³ Obviamente, como não poderia deixar de ser, a cumulatividade necessária entre as hipóteses do inciso I e a diretriz do inciso II não decorre somente por força do conectivo "e" ao fim da alínea "c" do primeiro, mas, sobretudo, em virtude da sistemática do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e da proteção do *consumer welfare*.

¹⁴ A opção pela utilização da expressão *parte relevante*, em oposição àquela expressa em nossa lei pretérita (*distribuição equitativa*), sanou, quer nos parecer, a controvérsia outrora existente sobre o limite de abrangência da norma. Questionava-se se a divisão deveria, sendo o montante dos benefícios da operação determinável, ser equânime, tendo o CADE afastado tal posição. De outra sorte, é de se argumentar que novo questionamento pode ser colocado: qual o limite do *relevante*? (BERTRAN, 2005, p. 265 e ss.).

¹⁵ Não por outro motivo o *Bureau of Economics* da *Federal Trade Commission* (FTC), autoridade estadunidense em matéria de concorrência, analisando pedidos feitos pelas partes, alegando "tipos de eficiência", de 1997 a 2007, manifestou-se favoravelmente em 81,4% dos pedidos (efetivamente decididos) referentes a reduções em custos variáveis, contra 63,6% em situações em que se alegava redução de custos fixos (COATE; HEIMERT, 2009).

disciplina do art. 36 a eficiência, como razão para a conquista de mercado por parte do agente econômico, é excludente absoluta de ilicitude, não sendo necessária nenhuma maior perquirição.

De tudo, somente uma conclusão, estribados em Salomão Filho (2007, p. 205), podemos traçar: a legislação, por motivos óbvios, prefere o crescimento interno ao crescimento por aquisição de empresas. As razões para tanto são, basicamente, de duas ordens: em perspectiva macroeconômica, o crescimento interno requer investimento, e investimento significa desenvolvimento econômico¹⁶ e crescimento da própria renda; no que tange a proteção ao consumidor, é garantia de que os ganhos percebidos pelo agente econômico foram, efetivamente, repartidos com o primeiro porque, se o crescimento não resultou da exclusão de concorrentes, somente pode ele ter sua origem na redução de preços ou na melhoria de qualidade e, em ambos os casos, beneficiado foi o consumidor.

O *Guia para análise de atos de concentração horizontal* da SEAE/SDE¹⁷ (“Guia H”) conceitua, em seu item 24, como *eficiências econômicas* as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato (de concentração), que não possam ser obtidas de outra maneira (são as chamadas *eficiências específicas do ato*), sendo elas persistentes a longo prazo. Na Etapa IV (“eficiências econômicas”), item 74, aponta como fontes de eficiência econômica (i) as economias de escala e de escopo; (ii) a introdução de tecnologia mais produtiva; (iii) a apropriação de externalidades positivas; (iv) a eliminação de externalidades negativas e; (v) a geração de poder de mercado compensatório.

Fagundes (2011, p. 256) menciona, com base no Guia H e na jurisprudência do CADE¹⁸, as seguintes condições, referentes à aceitação de justificativas de eficiência em atos de concentração horizontal com potenciais efeitos anticompetitivos:

- i) que as eficiências não possam ser alcançadas de outras formas socialmente mais desejáveis, isto é, por meio de mecanismos que não reduzam a concorrência (eficiências específicas à operação);
- ii) que as eficiências não sejam apresentadas de modo vago e especulativo;
- iii) que as eficiências possam ser obtidas em um curto intervalo de tempo, posto que, caso contrário, enquanto não são alcançadas, haveria perda de bem-estar social e;

¹⁶ Remonte-se, a respeito, o chamado fluxo circular da economia (ou da renda), chamado, no inglês, de *circular-flow diagram* (MANKIW, 2013, p. 18-20).

¹⁷ Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1 de agosto de 2001;

¹⁸ Ver, a respeito, AC n. 08012.006976/2001-58 (G. Barbosa e Cia., BR Participações e Empreendimentos S.A. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda.), julgado em 17 de dezembro de 2003 e AC n. 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. E Chocolates Garoto S.A.), julgado em 04 de fevereiro de 2004.

iv) que as eficiências não representem ganhos pecuniários, posto que, nesses casos, somente implicariam transferências de renda ao longo da cadeia produtiva¹⁹.

Ainda analisando a jurisprudência do CADE, Bertran (2005, p. 265 e ss.) dá especial ênfase no requisito, reiteradamente exigido, de *razoabilidade* das alegações de eficiência. A crítica estabelecida pela autora consiste no fato de que, como já mencionado anteriormente, se é praticamente uníssono o caráter de imprecisão das justificativas de eficiência, como exigir-se sua razoabilidade?

A conclusão a que chega é que a análise das eficiências deve situar-se no campo da *discricionariedade*, onde o aplicador deve “transitar nos espaços da moldura da norma”. Adverte, porém, para o fato de que a exigência de razoabilidade das alegações e, portanto, a discricionariedade de que é dotado o julgador pode, facilmente, levar à arbitrariedade, muitas vezes apoiada em uma inversão do processo lógico, inversão esta consistente no expediente de primeiro eleger a decisão a ser tomada para, somente depois, abraçar os argumentos técnicos a sustentá-la.

Ante o exposto, se faz necessária a leitura do preceito contido no art. 88, parágrafo 6º, I, “c”, no sentido de que a eficiência produtiva somente irá prevalecer à ineficiência alocativa quando demonstrado, dentre outros, o efetivo repasse, ao consumidor, de parte relevante dos benefícios percebidos como sua consequência. Não por outro motivo Salomão Filho (2007, p. 207) concluiu, de maneira intrigante, que “talvez seja mais correto, ainda, afirmar que é a repartição dos ganhos de eficiência com o consumidor o único indicador que permite comprovar a efetiva existência desses ganhos”.

¹⁹ A respeito da última condição e sobre a questão dos ganhos derivados da redução dos preços de insumos *vis-à-vis* eficiências pecuniárias e transferências de *melhores práticas*, para um estudo mais aprofundado, inclusive em termos econômicos, ver Fagundes (2011, p. 257-259).

4. O PRISMA EUROPEU: EUMR E A DOUTRINA DA *EFFICIENCY DEFENCE*

A doutrina europeia também reconhece a dificuldade técnica do sopesamento entre eficiências, é dizer, a dificuldade de comparação entre eventual ineficiência alocativa e ganho de eficiência produtiva decorrentes de um ato de concentração (JONES; SUFRIN, 2010, p. 14).

No âmbito europeu, a *European Union Merger Regulation* (EUMR)²⁰, diploma legislativo principal referente ao controle de concentrações pela Comissão Europeia, utiliza, como teste básico para exercer tal controle, o chamado *SIEC test*. Por meio deste, para avaliar se um ato de concentração é, ou não, compatível com o mercado comum, a Comissão deve determinar se tal ato é *causa* de impedimento significativo à concorrência efetiva (*significant impediment to effective competition*). A principal – mas não a única – forma pela qual tal impedimento se manifesta é a criação ou fortalecimento de uma posição dominante.

O seguinte debate foi instaurado no âmbito daquela legislação: seria (ou deveria ser) possível a admissão de uma “defesa de eficiência”, apta a fulminar de legalidade um ato de concentração que, *ex ante*, promoveria um aumento nos níveis de concentração mercadológica, um incremento no poder de mercado da nova firma e, portanto, fosse causa de impedimento significativo à efetiva concorrência, baseada tal defesa nos argumentos de diminuição de custos e obtenção de economias de escala (eficiência produtiva, portanto)?

Jones e Sufrin (2010, p. 936) posicionam-se favoravelmente, alegando que tal defesa seria justificável com vistas a uma fundamentação estritamente econômica, uma vez que as economias de custos propiciariam um aumento no bem-estar geral dos consumidores²¹.

Analisando-se a EUMR, temos que seu artigo 2 (1) (b) determina que a Comissão, ao analisar um ato de concentração, deverá levar em consideração o desenvolvimento técnico e progresso econômico. Ainda, como condições necessárias à análise, predica que tais aspectos positivos devem ser percebidos em benefício dos consumidores e não devem constituir um obstáculo à concorrência.

As críticas dirigidas ao dispositivo, na parte aqui tratada, são duas, basicamente, segundo Jones e Sufrin (2007, p. 939): (i) ainda que considerações de eficiência levem a um aumento do bem-estar do consumidor, seria difícil visualizar como o progresso técnico e

²⁰ Council Regulation (EC) no. 139/2004, de 20 de janeiro de 2004.

²¹ No original: "...such a defence is justifiable on grounds of strict economy theory, since the costs savings give rise to an increase in consumer welfare as a whole".

econômico pode ser dito como “em benefício dos consumidores”, porque estes últimos teriam de pagar o novo preço de monopólio (após a consumação do ato de concentração) e (ii) não se afiguraria plausível, ao menos no mais das vezes, entender um ato de concentração que, *a priori*, seria proibido (por suas características), como *inofensivo* à concorrência.

Opiniões bastante interessantes vem sendo esposadas pela doutrina quanto à existência da já mencionada “defesa de eficiência” (*efficiency defence*). O principal fator a corroborar a diversidade de posicionamentos é a inexistência de decisões da Comissão Europeia autorizando um ato de concentração que, de outra sorte, teria sido proibido, mas justificado em termos de aquisição de eficiências.

Na outra mão daqueles que advogam a possibilidade da comentada defesa, existe o posicionamento de que a aquisição de eficiências pela nova firma deve ser entendido como elemento prejudicial à aprovação do ato de concentração. Justificam-no seus defensores, por exemplo, com base no argumento de que a própria Comissão teria abraçado a ideia do que chamam de *efficiency attack* (ou *offence*), por exemplo, nos casos *Aérospatiale-Alenia/de Havilland* e *GE/Honeywell*²². A preocupação aqui é com o fato de que a nova firma, percebendo relevantes economias de escala ou escopo teria ainda mais vantagens em relação aos seus concorrentes mais próximos.

Em interessante estudo, Motta e Vasconcelos (2005, p. 793-794), contrariando a comentada ideia da *efficiency offence*, demonstram que em alguns casos os ganhos de eficiência decorrentes do ato de concentração poderão ser tão grandes que, independentemente do número de agente econômicos no mercado, o efeito líquido seria o de redução de preços ao consumidor. Além, concluem os autores que em cenários nos quais as concentrações produzem ganhos de eficiência, uma primeira concentração será acompanhada de concentrações subsequentes, levadas a cabo por concorrentes que também desejam se beneficiar das economias relacionadas. A estrutura final seria mais concentrada, mas, ao mesmo tempo, mais eficiente, e qualquer nova tentativa de concentração visando o estabelecimento de um monopólio poderia ser barrado pela autoridade da concorrência.

Nossa posição é a de que a Comissão Europeia admite, inclusive *expressamente*, a chamada *efficiency defence*. Expliquemos.

Ante a lacuna a respeito da existência, ou não, de considerações de eficiência como justificativas de um ato de concentração, a própria Comissão convocou, em 2001, discussão a

²² *Honeywell v. Commission* e *General Electric Company v. Commission* [2005] ECR II-5527 e 5575. No primeiro desses casos, como documentam Jones e Sufrin (2007, p. 939), "the Commission was particularly concerned that the merged entity would be able to offer low bundled prices for those that purchased both its aircraft engines and its avionics and non-avionics systems".

respeito, tendo sido publicado o chamado *2001 Green Paper on the Review of Council Regulation (EEC) No. 4064/89* [o antigo diploma normativo a respeito dos atos de concentração em âmbito europeu] (note-se, portanto, a precedência à agora vigente EUMR).

A grande maioria dos participantes da discussão, como apontam Jones e Sufrin (2007, p. 939-940), responderam que, em apreço ao exame principalmente econômico efetuado pela Comissão, em sede de controle de atos de concentração, esta última deveria, ao analisar os efeitos gerais a serem potencialmente produzidos pelo ato sob exame, considerar eventuais eficiências adquiridas. Além, no intuito de orientar os operadores do direito antitruste, deveria ser elaborado um guia a respeito da matéria.

O resultado de tudo isso foi que, na atual EUMR, em seu recital 29, encontra-se prescrito ser possível que eficiências trazidas à tona por meio do ato de concentração contraditem os efeitos à competição e, em particular, o potencial perigo aos consumidores, que, em outra situação a concentração teria e, como consequência, não impeça significativamente a concorrência efetiva, particularmente como resultado da criação ou fortalecimento de uma posição dominante²³.

Muito interessante de se notar que a o parágrafo 79 do supramencionado Guia afirma, peremptoriamente, ser o fato de que os consumidores, em especial aqueles do mercado relevante definido, não serão prejudicados (*will not be worse off*) o critério principal de análise e sopesamento das eficiências.

Insta salientar que a Comissão entende que, quanto maior for o poder de mercado adquirido pela nova firma, mais difícil será a comprovação de que os benefícios resultantes do ato serão divididos com os consumidores, na linha do exposto no parágrafo 84.

Ainda, conforme afirma o parágrafo 83, quão mais longo for o tempo para que as eficiências se verifiquem no futuro, menor o peso a ser a elas atribuído. Outro requisito apontado no Guia é o de que as eficiências sejam específicas ao ato (*merger specific*), é dizer, que não possam elas serem atingidas por qualquer outra alternativa viável e realística

²³ No texto original: "It is possible that the efficiencies brought forward by the concentration counteract the effects on competition, and in particular the potential harm to consumers, that it might otherwise have and that, as a consequence, the concentration would not significantly impede effective competition, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position". Mais além, a Comissão, no parágrafo 77 de seu *Horizontal Mergers Guidelines (Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (2004/C 31/03)*, assim consignou: "The Commission considers any substantiated efficiency claim in the overall assessment of the merger. It may decide that, as a consequence of efficiencies that the merger brings about, there are no grounds for declaring the merger incompatible with the common market pursuant to Article 2 (3) of the Merger Regulation. This will be the case when the Commission is in a position to conclude on the basis of sufficient evidence that the efficiencies generated by the merger are likely to enhance the ability and incentive of the merged entity to act pro-competitively for the benefit of consumers, thereby counteracting the adverse effects on competition which the merger might otherwise have".

(considerando-se a prática comercial e da indústria sob análise), seja ela de natureza *non-concentrative* (v. g. acordos de licença ou *joint ventures* cooperativas) ou *concentrative* (v.g. *joint venture* estabelecida por meio de ato de concentração ou uma fusão estruturada de maneira diversa).

Por fim, ainda que nenhuma decisão tenha sido proferida pela Comissão no sentido de considerar a defesa de eficiência como fator único a propiciar legalidade a um ato de concentração, dois casos, relatados por Jones e Sufrin (2010, p. 941) são bastante emblemáticos a respeito do tema.

O primeiro deles é o caso *Körsnäs/AssiDomän Cartonboard*²⁴. Tratava-se da submissão para análise da Comissão da fusão entre dois dos três maiores *players* no mercado *mundial* de produção de embalagens para líquidos. Nesse caso, a Comissão entendeu que as sinergias resultantes da operação seriam, provavelmente, transferidas aos consumidores. Outros fatores levados em consideração foram (i) o chamado *countervailing buyer power*, isto é, o poder de compra de que são dotados os principais consumidores do produto, a fazer frente ao poder de mercado alcançado pela nova firma; (ii) a concorrência exercida pela firma *EnsoStora*; (iii) a existência de fornecedores do produto fora da União Europeia e (iv) a existência de fornecedores de outros tipos de embalagem, fatores estes que, provavelmente, limitariam a atividade da nova firma.

O segundo caso a ser observado é o *Ryanair/Aer Lingus*²⁵. Aqui, na via contrária, a Comissão rejeitou os argumentos da companhia aérea *low-cost Ryanair* de que eficiências que compensariam eventuais danos à competição e aos consumidores seriam resultado da operação de *take-over* sobre a *Aer Lingus*.

A Comissão entendeu que as eficiências, resultantes de um custo de operação da firma adquirida, constituíam mais uma afirmação geral do que um argumento verificável empiricamente, bem como pela ausência de especificidade das eventuais eficiências, as quais poderiam ser obtidas, segundo ela, pelo procedimento de mudança de *business plan* da adquirida (implantando, assim, plano semelhante ao da adquirente).

Outros fatores levados em consideração foram (i) o fato de que a nova firma enfrentaria pouquíssima, ou nenhuma, concorrência em um determinado número de rotas aéreas (e o mercado relevante foi definido neste sentido – para cada rota) e (ii) grande parte das potenciais eficiências relacionavam-se à diminuição de custos fixos e, portanto, proporcionavam ínfimo incentivo ao repasse de benefícios ao consumidor. A argumentação

²⁴ Caso *COMP/M.4057*, em especial os parágrafos 57-64 (IP/06/610).

²⁵ Caso *COMP/M.4439*, parágrafo 1.151.

da Comissão, nesse caso, é, portanto, bastante elucidativa de como aquele órgão tende a interpretar o parágrafo 84 do Guia nos casos em que a posição da nova firma aproxima-se de um monopólio.

5. CONCLUSÕES

Uma primeira conclusão a que chegamos, por meio da simples análise conjunta da Lei n. 12.529/2011 (em seu art. 88, parágrafo 6º, I, “c”) e da EUMR (em especial no *Recital* 29) é que ambas as legislações preveem, de maneira expressa, a consideração a respeito das eficiências como (uma das) justificativas de um hipotético ato de concentração.

Outro fato notório é que, se por um lado preveem os diplomas a possibilidade mencionada acima, não descem os mesmos às minúcias sobre o tema, não traçando quaisquer parâmetros que integrem as respectivas normas.

Parece também evidente que, em ambas as situações, optou-se claramente pelo modelo do *excesso dos consumidores* para a análise do bem-estar social. Isso porque, nas duas, se verifica presente a condição de que os benefícios resultantes da operação sejam compartilhados com os consumidores.

Como foi relatado ao longo do presente estudo, é de se concluir que as autoridades da concorrência, ao menos no Brasil e em nível europeu (sem que se cogite dos critérios nacionais de cada Estado-Membro), porque abraçado o modelo do excedente do consumidor, deverão analisar os efeitos pro-competitivos de *pass-on* quando examinando eventual justificativa de eficiência. Assim sendo, há que se ponderar a respeito da redução de custos variáveis (porque essa é diretamente repassada ao consumidor), do grau de concorrência pós-operação (porque se monopolizado o mercado, em especial quando a demanda se verifica bastante inelástica, é bastante improvável que as reduções nos custos sejam efetivamente repassadas ao consumidor).

Em nossa opinião, parecem ter ambos os sistemas adotado, para o cotejo dos efeitos anti-competitivos de determinado ato de concentração, sua reprovabilidade eventual e as considerações de eficiência a ele relacionadas, o chamado *método sequencial* (RÖLLER *et al*, 2006, p. 87-88).

Tal método parte, em primeira etapa, da presunção de que, para atos de concentração que somente restringem a concorrência de maneira insignificante (e, portanto, são legais), o ganho em eficiência produtiva é mais importante do que tal restrição. Isso implica que a análise de eficiências caso a caso somente será realizada se o ato de concentração apresentar consequências não negligenciáveis à concorrência, e, portanto, não puder ser legalizado na primeira etapa. A razão para a adoção desse modelo seria, basicamente, o fato de que o ganho

em eficiência é de difícil elucidação. Assim, somente seria palpável exigir tal comprovação em casos realmente relevantes.

No que tange à específica análise das eficiências, também outras semelhanças são percebidas. Tanto a sistemática da Lei n. 11.529/2011, bem como do Guia H, como a da EUMR e das *Guidelines* apontam para a necessidade de especificidade das eficiências e de um curto *timing* para sua verificação.

Quer-nos parecer que o ônus de fornecer todas as informações relevantes e suficientes no sentido de comprovar as alegadas eficiências específicas do ato recai sobre as partes interessadas, seja em âmbito nacional, seja no europeu.

Essa questão é bastante debatida, e já se afirmou que um padrão mais elevado de provas pode ser apropriado quando as evidências relevantes estiverem nas mãos das partes que propuseram a fusão ou acordo, bem como quando for difícil verificá-las (KHEMANI *et al.*, 1998, p. 279).

No entanto, a questão do ônus da prova não parece estar suficientemente clara em nenhuma das legislações. Uma interessante saída parece ter sido encontrada nos Estados Unidos, aonde, com o passar do tempo, optou-se por caracterizar a ação das partes como um *standard* de persuasão, e não de prova, tendo em vista a dificuldade em se precisar as eficiências *ex ante* à realização da operação.

A controvérsia persistia, no entanto, quanto ao nível de persuasão requerido: deve a redução de custos ser possível, provável, ou virtualmente certa? A resposta consolidada, aparentemente, é a de que os argumentos quanto às eficiências devem restar “claramente demonstrados”. As *Guidelines* estadunidenses, no entanto, colaboram: expressamente pontuam quais eficiências são mais facilmente consideradas e verificadas, em oposição àquelas que de mais difícil verificação.

No entanto, parece-nos importante sublinhar, insistentemente, que ganhos de eficiência não decorrerão automaticamente de todo e qualquer ato de concentração, como mero fenômeno exógeno. Aliás, nesta linha existem estudos que sustentam resultados no sentido de que ganhos de eficiência não são necessariamente verificados em qualquer caso, o que pode levar autoridades da concorrência a aprovarem concentrações que reduzem o bem-estar agregado dos consumidores e vetar atos que seriam benéficos. A conclusão, portanto, deve ser no sentido de que toda decisão das autoridades precisa ser bem informada e fundamentada, ainda que levada em conta a dificuldade para tanto, em um ambiente de informação assimétrica e custosa (BANAL-ESTAÑOL *et al.*, 2008, p. 85).

Por outro lado, a conclusão de Fisher e Lande (1983, p. 1.694), no sentido de que a extensão das eficiências decorrentes de um dado ato de concentração é geralmente imprevisível de antemão, virtualmente impossível de ser acuradamente medida em momento anterior à consolidação da operação, parece reforçar ainda mais a ideia de que os elementos levados ao conhecimento das autoridades, pelos agentes econômicos, deve ser claro e objetivamente apto a demonstrar o resultado sugerido²⁶.

De tudo, concluímos que, ante a complexidade do tema, são necessários estudos jurídico-dogmáticos e, principalmente, empíricos a seu respeito, no intuito de orientar, de um lado, empresários, advogados e consultores na elaboração das justificativas de eficiência (e sua comprovação) para atos de concentração e, de outro, aqueles que avaliam a legalidade de tais atos, no sentido de dotá-los de aparato científico de qualidade, a propiciar decisões coerentes, cientificamente pertinentes e economicamente racionais²⁷.

²⁶ Na verdade, a opinião dos autores é ainda mais incisiva: "*The unpredictability of results on an individual basis makes accurate case-by-case balancing of market-share and efficiency effects a virtual impossibility*". Portanto, sustentam preferir "*simple, objective merger guidelines designed to maximize predictability of the ultimate legality of any given merger...We would account for efficiency effects implicitly, by raising the standards of presumptive illegality, rather than attempt case-by-case prediction of ultimate effects*".

²⁷ Para um estudo bastante aprofundado, especialmente sob o viés econômico, a respeito de um modelo de análise de atos de concentração, ver o Item 6 em RÖLLER *et al*, 2006.

REFERÊNCIAS

- BANAL-ESTANÓL, Albert *et al.* Endogenous mergers and endogenous efficiency gains: the efficiency defence revisited, **International Journal of Industrial Organization**, v. 26, 2008, p. 69-91.
- BERTRAN, Maria Paula. Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável, **Revista do IBRAC**, v. 12, n. 2, 2005, p. 265-281.
- COATE, Malcolm B.; HEIMERT, Andrew J. Merger efficiencies at the Federal Trade Commission 1997-2007, **Bureau of Economics – FTC**, 2009, p. 1-39.
- GILBERTO, André Marques *et al.* **Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração**, São Paulo: Singular, 2011.
- FISHER, Alan A.; LANDE, Robert H. Efficiency considerations in merger enforcement, **California Law Review**, v. 71, 1983, p. 1.580-1.696.
- HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**, 3^a ed., Saint Paul: Thomson West, 2005.
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. **EU Competition Law**, 4^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2010.
- KHEMANI, Robert Shyam. *et al.* **A framework for the design and implementation of competition law and policy**. Washington: The World Bank, 1998.
- KIMMEL, Sheldon. The Supreme Court's efficiency defense, **Supreme Court Economic Review**, v. 209, 2004, p. 209-224.
- MANKIW, Nicholas Gregory. **Macroeconomics**. 8^a ed., New York: Worth Publishers, 2013.
- MOTTA, Massimo; VASCONCELOS, Helder. Efficiency gains and myopic antitrust authority in a dynamic merger game, **International Journal of Industrial Organization**, v. 23, 2005, p. 777-801.
- RENCKENS, An. Welfare standards, substantive tests, and efficiency considerations in merger policy: defining the efficiency defense, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 3, 2007, p. 149-179.
- RÖLLER, Lars-Hendrik *et al.* Efficiency gains from mergers in **European Merger Control**, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**, 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. Economies as an antitrust defense: the welfare trade offs, **American Economic Review**, v. 58, n. 1, 1968, p. 18-36.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**, 12^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2012.