

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
DOUTORADO

JOSÉ MARIA RAMOS

**CONCENTRAÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO DE PROTEÍNA ANIMAL: A
REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO DO AGRONEGÓCIO
NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Curitiba, 2019

JOSÉ MARIA RAMOS

**CONCENTRAÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO DE PROTEÍNA ANIMAL: A
REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO DO AGRONEGÓCIO
NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento.

Orientador: Professor Dr. Oksandro Osdival Gonçalves.

Curitiba, 2019

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Edilene de Oliveira dos CRB 9/1636

R175 Ramos, José Maria
2019 Concentração no mercado brasileiro de proteína animal : a regulação dos contratos de integração do agronegócio na defesa da concorrência / José Maria Ramos ; orientador, Oksandro Osdival Gonçalves. – 2019
216 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2019
Inclui bibliografia

1. Direito econômico. 2. Contratos. 3. Concorrência. 4. Integração econômica internacional. 5. Alimentos de origem animal – Exportação.
I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 3. ed. – 341.378

JOSÉ MARIA RAMOS

**CONCENTRAÇÃO NO MERCADO BRASILEIRO DE PROTEÍNA ANIMAL: A
REGULAÇÃO DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO DO AGRONEGÓCIO
NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito. Área de Concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Estado, Economia e Desenvolvimento.

COMISSÃO EXAMINADORA

Presidente: Professor Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (Orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo
Universidade de Lisboa

Professor Dr. Cesar Viterbo Matos Santolin
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Professor Dr. Luiz Alberto Blanchet
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Curitiba, 19 de março de 2019

Se

Se és capaz de manter a tua calma quando /
Todo o mundo ao teu redor já a perdeu e te culpa; /
De crer em ti quando estão todos duvidando, /
E para esses no entanto achar uma desculpa; /
Se és capaz de esperar sem te desesperares, /
Ou, enganado, não mentir ao mentiroso, /
Ou, sendo odiado, sempre ao ódio te esquivares, /
E não parecer bom demais, nem pretensioso; /

Se és capaz de pensar -- sem que a isso só te atires, /
De sonhar -- sem fazer dos sonhos teus senhores. /
Se encontrando a desgraça e o triunfo conseguires /
Tratar da mesma forma a esses dois impostores; /
Se és capaz de sofrer a dor de ver mudadas /
Em armadilhas as verdades que disseste, /
E as coisas, por que deste a vida, estraçalhadas, /
E refazê-las com o bem pouco que te reste; /

Se és capaz de arriscar numa única parada /
Tudo quanto ganhaste em toda a tua vida, /
E perder e, ao perder, sem nunca dizer nada, /
Resignado, tornar ao ponto de partida; /
De forçar coração, nervos, músculos, tudo /
A dar seja o que for que neles ainda existe, /
E a persistir assim quando, exaustos, contudo, /
Resta a vontade em ti que ainda ordena: "Persiste!"; /

Se és capaz de, entre a plebe, não te corromperes /
E, entre reis, não perder a naturalidade, /
E de amigos, quer bons, quer maus, te defenderes, /
Se a todos podes ser de alguma utilidade, /
E se és capaz de dar, segundo por segundo, /
Ao minuto fatal todo o valor e brilho, /
Tua é a terra com tudo o que existe no mundo /
E o que mais -- tu serás um homem, ó meu filho!

Rudyard Kipling Joseph

Para Albertina (Beta) e Benhur.

AGRADECIMENTOS

A conquista da possibilidade de escrever esta tese torna-me um múltiplo devedor, pois foram muitas as pessoas e instituições que contribuíram para que eu alcançasse esse elevado grau da vida acadêmica, aos credores minha gratidão e agradecimentos. Elevo minha gratidão a Deus, o poderoso Grande Arquiteto do Universo, que pela fé ensina a vencer os árduos obstáculos na arte de viver.

Agradeço a minha amada esposa e companheira Albertina (Beta), que tem estado ao meu lado em todos os momentos e ao nosso filho Benhur que desde seus quatro anos de idade acompanha e questiona a demora para escrever a tese, que nunca acaba. O carinho de vocês é a energia para não desistir, luzeiros de minha alma. Agradecimento especial aos meus pais Silvia e João, que ensinaram os valores de caráter, dignidade e respeito. E, que, não tendo a oportunidade de frequentar bancos escolares, permitiram que eu e meus irmãos Manoel, Silvane, Lucimara e Graciele buscássemos na educação formal a possibilidade de mobilidade social, apesar de todas as dificuldades.

Agradeço profundamente ao meu orientador Professor Oksandro Gonçalves pela confiança, pela amizade e pela dedicação na condução e orientação, que ajudou a construir, com rigor intelectual, não apenas essa tese, mas uma forma de eu pensar as interfaces da relação Direito e Economia. E, ao Grupo de Pesquisa em Análise Econômica do Direito - GRAED, que, por ele liderado, ampliou as oportunidades de debates, participações em eventos acadêmicos, além de momentos lúdicos.

Agradeço às instituições que permitiram e contribuíram para meu crescimento pessoal e profissional. A Unioeste – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, que por seu colegiado de Ciências Econômicas, do campus de Francisco Beltrão, colegas assumiram mais atividades acadêmicas, possibilitando meu afastamento integral para dedicação exclusiva ao doutoramento. Na Unioeste tive a oportunidade de fazer duas graduações Ciências Econômicas e Direito, meus agradecimentos a todos os professores, em especial aos professores Jandir Ferrera de Lima e Miriam Beatriz Schneider, do curso de Economia e, às professoras Andrea Regina de Moraes Benedetti e Marta Botti Capellari, do curso de Direito. E aos professores Adilson Francelino Alves, Roselaine Navarro Barrinha e Jaime Stoffel pelos incentivos e a amizade que aproxima e faz bem.

À Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR, que por meio do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) ampliou meus horizontes de pesquisa

acadêmica a partir de seu corpo de professores das linhas de pesquisa Direito Econômico e Desenvolvimento e Direito Socioambiental e Sustentabilidade. Meus agradecimentos aos professores André Parmo Foloni, Claudia Maria Barbosa, Danielle Anne Pamplona, Emerson Gabardo, Luís Alexandre Carta Winter, Luiz Alberto Blanchet, Marcia Carla Pereira Ribeiro, Marco Antônio César Villatore e Oksandro Osdival Gonçalves, com quem tive a oportunidade de aprender não apenas conteúdos programáticos, mas também lições de vida, que juntamente com os demais professores do PPGD tornam esse Programa uma referência nacional e internacional. Agradeço ao suporte da secretaria que facilita o desvendar dos meandros administrativos das atividades do Programa, nas pessoas da Eva Curelo, Daine Kuster e Glair Braun.

À Universidade de Évora – Portugal, que possibilitou o período de estágio de doutoramento sanduíche, franqueando o acesso a sua rede de pesquisa, com gratidão especial ao coorientador no exterior Professor Dr. Rui Manuel de Sousa Fragoso pela oportunidade de aprendizado e crescimento pessoal.

À CAPES pela concessão de suporte financeiro no desenvolvimento do doutoramento e na participação do Programa de Doutorado Sanduíche em Portugal. "O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001".

A trajetória do doutoramento não foi uma tarefa fácil, mas proporcionou a alegria da conquista do conhecimento em seus diferentes momentos e nas diferentes atividades acadêmicas, com oportunidade ímpar de debater questões sociais, políticas, econômicas, jurídicas, além dos problemas cotidianos de nossa contemporaneidade com amigos que essa jornada proporcionou: Diogo Serraglio, Fernanda Gebran, Andréa Abrahão Costa, Robson Fernando Santos, Carlos E. Koller, Carla Vladiane, Antonio Bazilio Floriani Neto, Felipe de Poli de Siqueira, Ricardo Bazzaneze, Gladimir Poletto, Julyerme Tonin e Alexandre Schelemper. A todos que de qualquer maneira contribuíram nessa caminhada, meu muito obrigado.

RESUMO

A política de defesa da concorrência está relacionada a um sistema jurídico e ao momento histórico-econômico de cada país, pois a defesa da concorrência é um instrumento para uma dada Constituição política e econômica, que assume contornos ideológicos em prol do desenvolvimento socioeconômico, não mantendo uma relação necessária com questões de eficiência econômica. Aliado a essa perspectiva, a dinâmica da concorrência globalizada impõe a necessidade de estratégias empresariais e políticas que incentivem empresas nacionais à competitividade internacional, preservando o mercado interno, que demanda a atuação do Estado como agente normativo e regulador, com observância aos princípios constitucionais da ordem econômica. Nesse contexto, a indústria brasileira de proteína animal, beneficiada pela Política de Desenvolvimento Produtivo e com suporte financeiro do BNDES, fortaleceu sua internacionalização industrial, mas também aprofundou a concentração econômica, com ampliação de poder de compra da indústria. Assim, o objetivo é analisar o processo de concentração da indústria brasileira de proteína animal no dilema entre a eficiência econômica e o aumento do poder de compra. Com uma abordagem metodológica qualitativa de natureza descritiva, a concentração da indústria de proteína animal é analisada a partir das estratégias de coordenação de mercado com objetivos de redução de custos de transação e do papel da política de defesa da concorrência, que associada a outras políticas públicas pode exercer funções para além da concorrência a fim de alcançar a alocação eficiente de recursos e maximizar o bem-estar social. Mas como as estratégias empresariais nem sempre são convergentes com os interesses da defesa da concorrência é necessário medidas de controle, pois maior concentração não é sinônimo de eficiência, como também arranjos de coordenação de mercados eficientes não significa maior concorrência e menor poder de compra. Nas operações de concentração, a característica de monopólio ou oligopólio da indústria de proteína animal e a coordenação das cadeias produtivas de aves e suínos, coordenadas essencialmente por contratos de integração promovem um aumento do poder de compra da indústria, que se exercido afeta negativamente o bem-estar social. A discrepância de poder entre os agricultores e seus compradores, implica a necessidade de um mecanismo de regulação, que pode ser alcançado por meio de instituições para promover maior transparência nas relações contratuais, independentemente do modelo de coordenação de mercado.

Palavras-chave: Defesa da concorrência. Contratos de integração. Poder de Compra. Eficiência econômica. Mercado de proteína animal

ABSTRACT

The antitrust policy is related to a legal system and the historical-economic moment of each country, because the defense of competition is an instrument for a given political and economic constitution, which assumes ideological contours in favor of socioeconomic development, not keeping a necessary relationship with issues of economic efficiency. Allied to this perspective, the dynamics of globalized competition imposes the need of business and political strategies that encourage national companies to international competitiveness, preserving the internal market, which implies the State acting as normative and regulatory agent, observing the constitutional principles of order economic development. In this context, the Brazilian animal protein industry, benefited by the Productive Development Policy and with BNDES financial support, strengthened its industrial internationalization, but also deepened its economic concentration, with an increase in the purchasing power of the industry. Thus, the objective is to analyze the process of concentration of the Brazilian animal protein industry in the dilemma between economic efficiency and the increase of purchasing power. With a qualitative methodological approach of a descriptive nature, the concentration of the animal protein industry is analyzed from the strategies of market coordination with objectives of reduction of transaction costs and the role of the policy of defense of the competition, that associated with other public policies can exercise functions beyond competition in order to achieve efficient allocation of resources and maximize social well-being. But how business strategies are not always convergent with the interests of competition defense, control measures are necessary, because higher concentration is not synonyms of efficiency, but also coordination arrangements of efficient markets do not mean greater competition and less purchasing power. In merger cases, the monopsony or oligopsony characteristic of the animal protein industry and the coordination of poultry and pork production chains, coordinated essentially by integration contracts, promote an increase in the purchasing power of the industry, which, if carried out, adversely affects the social well-being. The power discrepancy between farmers and their buyers implies the need for a regulatory mechanism, which can be achieved through institutions to promote greater transparency in contractual relations regardless of the model of market coordination.

Key words: Antitrust. Integration contracts. Buyer power. Economic efficiency. Animal protein market.

RESUME

La politique de la concurrence est liée à un système juridique et au moment historique et économique de chaque pays, car la protection de la concurrence est un instrument d'une constitution politique et économique donnée, qui adopte des contours idéologiques favorables au développement socio-économique, sans maintenir relation avec les questions d'efficacité économique. Alliés à cette perspective, la dynamique de la concurrence mondialisée impose la nécessité de stratégies commerciales et politiques qui encouragent les entreprises nationales à la compétitivité internationale, tout en préservant le marché intérieur, ce qui implique que l'État agisse en tant qu'agent normatif et régulateur, dans le respect des principes constitutionnels de l'ordre développement économique. Dans ce contexte, le secteur brésilien des protéines animales, bénéficiant de la politique de développement productif et du soutien financier de la BNDES, a renforcé son internationalisation industrielle, mais a également renforcé sa concentration économique, avec un accroissement du pouvoir d'achat de l'industrie. L'objectif est donc d'analyser le processus de concentration de l'industrie brésilienne des protéines animales dans le dilemme entre efficacité économique et augmentation du pouvoir d'achat. Avec une approche méthodologique qualitative de nature descriptive, la concentration de l'industrie des protéines animales est analysée à partir des stratégies de coordination des marchés avec des objectifs de réduction des coûts de transaction et du rôle de la politique de défense de la concurrence, associée à d'autres politiques publiques peut exercer des fonctions au-delà de la concurrence afin de répartir efficacement les ressources et d'optimiser le bien-être social. Toutefois, les stratégies commerciales ne convergeant pas toujours avec les intérêts de la défense de la concurrence, des mesures de contrôle sont nécessaires car une concentration plus grande n'est pas synonyme d'efficacité, mais une coordination des marchés efficaces ne signifie pas davantage de concurrence ni de pouvoir d'achat moindre. En cas de fusion, la caractéristique de monopsonne ou oligopsonnes l'industrie des protéines animales et la coordination des chaînes d'approvisionnement des oiseaux et des porcs, principalement coordonnés par des accords d'intégration favorisent l'augmentation du pouvoir d'achat de l'industrie, qui est exercé, affecte négativement bien-être social. La différence de pouvoir entre les agriculteurs et leurs acheteurs implique la nécessité d'un mécanisme de réglementation, qui peut être mis en place par le biais d'institutions visant à promouvoir une plus grande transparence dans les relations contractuelles, quel que soit le modèle de coordination des marchés.

Mots clés: défense de la concurrence. Contrats d'intégration. Pouvoir d'achat. Efficacité économique. Marché des protéines animales.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABCS	Associação Brasileira de Criadores de Suínos
ABIEC	Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carne
ABPA	Associação Brasileira de Proteína Animal
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CADEC	Comissões para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Econômica Europeia
CIP	Conselho Interministerial de Preços
CNA	Confederação Nacional da Agricultura
CNI	Confederação Nacional das Indústrias
COFIE	Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas
CONEP	Comissão Nacional para Estabilização de Preços
CONTAG	Confederação dos Trabalhadores na Agricultura
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DOJ	<i>Department of Justice</i>
ECT	Economia de Custos de Transação
FTC	<i>Federal Trade Commission</i>
FONIAGRO	Fórum Nacional de Integração
HHI	Índice de Herfindahl-Hirschman
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ISI	Industrialização de Substituição de Importação
MDIC	Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior
ONU	Organização das Nações Unidas
OMC	Organização Mundial do Comércio
PAEG	Plano de Ação Econômica do Governo
PDP	Política de Desenvolvimento Produtivo
PIB	Produto Interno Bruto
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
PITCE	Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior

PROCADE	Procuradoria Jurídica do CADE
PSA	<i>Packers and Stockyards Act</i>
RIPI	Relatório de Informações da Produção Integrada
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SIF	Serviço de Inspeção Federal
SG	Superintendência Geral do CADE
SUNAB	Superintendência Nacional de Abastecimento
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TCT	Teoria dos Custos de Transação
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJLP	Taxa de Juros de Longo Prazo
USDA	Departamento de Agricultura dos Estados Unidos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E AS ESTRATÉGIAS ORGANIZACIONAIS NA AGROINDÚSTRIA	21
1.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL	22
1.1.1 A economia dos custos de transação	27
1.1.2 A estrutura de governança e as relações contratuais.....	32
1.2 AS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA ESTRUTURA DE GOVERNANÇA AGROINDUSTRIAL.....	37
1.3 OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO NO AGRONEGÓCIO COMO ESTRUTURA DE GOVERNANÇA	40
1.3.1 Estrutura de governança e as relações contratuais na indústria de proteína animal	43
2 A INTERFACE ENTRE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E DIREITO CONCORRENCIAL.....	49
2.1 EFICIÊNCIA ESTÁTICA E EFICIÊNCIA DINÂMICA: IMPLICAÇÕES NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	50
2.2 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SEUS LIMITES NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	54
2.3 CONCORRÊNCIA E EFICIÊNCIA DINÂMICA	60
2.4 EFICIÊNCIA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO	67
2.5 AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E BEM-ESTAR SOCIAL.....	73
3 A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FIM E INSTRUMENTO.....	78
3.1 A BUSCA DA EFICIÊNCIA DO MERCADO: EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS	78
3.2 O MODELO EUROPEU: A DEFESA DA “CONCORRÊNCIA-INSTRUMENTO”.....	86
3.3 A METAMORFOSE DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA.....	93
3.4 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E TRANSNACIONALIZAÇÃO: POLÍTICA INDUSTRIAL BRASILEIRA	99
3.4.1 A globalização e a transnacionalização	104

3.5	INTERNACIONALIZAÇÃO PRODUTIVA DA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL	108
3.5.1	O Caso JBS S.A.....	109
3.5.2	O Caso Marfrig Global Foods S.A.....	111
3.5.3	O Caso BRF S.A.	113
3.6	ATIVISMO ESTATAL E MAIOR PODER DE MERCADO: O PAPEL DO BNDES NA INTERNACIONALIZAÇÃO DA INDÚSTRIA DE PROTEÍNA ANIMAL	116
4	CONTROLE CONCORRENCIAL: ESTRUTURAS, CONDUTAS E PODER DE MERCADO	122
4.1	AS ESTRUTURAS DE MERCADO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA	123
4.2	O CONTROLE DE ESTRUTURAS E O CONTROLE DE CONDUTAS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	128
4.2.1	O controle de estruturas	128
4.2.2	O controle de condutas.....	132
4.3	O PODER DE MERCADO E O PODER DE COMPRA NA POLÍTICA ANTITRUSTE	137
4.4	O PODER DE COMPRA NOS MERCADOS AGROINDUSTRIAIS	143
4.4.1	O controle de estrutura e o poder de compra na agroindústria.....	149
5	EFICIÊNCIA E PODER DE MERCADO: CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL	154
5.1	CONCENTRAÇÃO E PODER DE MERCADO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL.....	155
5.1.1	A análise do CADE sobre o poder de compra nas operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e JBS S.A.....	158
5.1.2	A defesa de eficiências nas operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e JBS S.A.....	165
5.2	OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO DO AGRONEGÓCIO NA COORDENAÇÃO PRODUTIVA: EXTERNALIDADES CONCORRENCIAIS	170
5.2.1	A relevância do controle concorrencial dos contratos de integração do agronegócio	174

5.2.2	<i>Trade off</i> entre eficiência de custos e concentração nos contratos de integração	185
5.3	INSTITUIÇÕES EXTRA CONTRATUAIS DE CONTROLE DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO.....	187
	CONCLUSÃO.....	191
	REFERÊNCIAS	196

INTRODUÇÃO

A dinâmica do processo de globalização do final do século XX ensejou profundas mudanças na concorrência internacional, especialmente para os países em desenvolvimento, provocando impactos significativos nas estratégias de competitividade e concorrência no comércio internacional. Na esteira do processo de globalização, políticas públicas foram adotadas para estimular a transnacionalização de empresas e alcançar maior competitividade nesse cenário de concorrência global.

É a partir dessa perspectiva que se pretende compreender o processo de concentração da indústria brasileira de proteína animal, que com os objetivos de alcançar novos mercados, promover as exportações brasileiras e estimular o crescimento econômico, encontrou respaldo na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), instituída para formar as “campeãs nacionais”, que associadas às estratégias empresariais de transnacionalizações promoveram mudanças nas estruturas de mercado com operações de concentração de mercado.

As estratégias empresariais e políticas governamentais que afetam a estrutura do mercado de proteína animal geram preocupações econômicas e jurídicas, em razão dos efeitos que delas decorrem sobre as condições de concorrência, não apenas em relação ao consumidor final, mas também da relação da indústria com os fornecedores de insumos, especialmente os produtores de animais para abate¹. Os mercados da agricultura e pecuária apresentam como característica comum: uma estrutura de muitos vendedores e poucos compradores (oligopsônio). Assim, a concentração da indústria de proteína animal, no Brasil, em específico frigoríficos de abate de aves, suínos e bovinos, reduziu ainda mais as opções de mercado aos produtores, ampliando o protagonismo da indústria nas relações contratuais, que com maior poder de mercado podem afetar a dinâmica concorrencial em prejuízo do bem-estar social.

Além das características da estrutura de mercado, as estratégias empresariais como as da indústria de proteína animal são construídas para alterar as condições do ambiente competitivo, de forma a facilitar as adaptações necessárias na cadeia de

¹ A proteína animal tem origem nos diferentes tipos de carnes, leite e derivados, e ovos. As cadeias produtivas são classificadas conforme a origem da proteína e sua especificidade (relativa a espécie de animal produzida ou explorada para consumo), que constituem a indústria de proteína animal e, que nesta tese abrange as atividades de frigoríficos de abate de aves (frangos e perus), suínos e bovinos.

produção em relação a dinâmica do mercado e à concorrência globalizada, a fim de alcançar uma maior inserção seja no mercado nacional e ou internacional, bem como para aumentar lucros diferenciais.

A escolha do modelo de coordenação da cadeia produtiva agroindustrial tem importância singular, pois representa oportunidades de economia de custos ao alinhar as características das transações entre os agentes econômicos sob determinado ambiente institucional, proporcionando maior eficiência econômica, ou seja, a competitividade das cadeias agroindustriais está associada aos arranjos institucionais de coordenação de mercado.

A coordenação da cadeia agroindustrial de produção de proteínas derivadas de carnes de aves, de suínos e de bovinos têm características de mercado diferenciadas. A relação da indústria processadora com os produtores de aves e suínos é essencialmente coordenada por contratos de integração vertical, diferentemente da dos produtores de bovinos em que a relação com a indústria ocorre no mercado *spot* ou em operações de mercado futuro. Considerando as estratégias das empresas de transnacionalização produtiva e a política de governo para formação de “campeãs nacionais”, na indústria de proteína animal, a tese objetiva mostrar que o processo de concentração atendeu mais o interesse de uma política de concorrência do que a defesa da concorrência, de um lado, e, que a característica organizacional dos contratos de integração vertical, compreendidos como um instrumento de eficiência econômica podem limitar a liberdade de concorrência, por outro lado. No âmbito das cadeias produtivas coordenadas por contratos de integração vertical é necessário compreender e diferenciar o papel dos contratos de integração, não apenas como um instrumento de eficiência econômica, mas também os efeitos decorrentes das operações de concentração na indústria integradora.

A partir do objetivo proposto foram traçados como objetivos específicos: a) correlacionar, sob perspectiva da Nova Economia Institucional, as estratégias de arranjos organizacionais e suas relações com a política de defesa da concorrência; b) analisar as interfaces da eficiência econômica e suas implicações no Direito Concorrencial; c) distinguir o papel da política de defesa da concorrência como instrumento de política econômica de desenvolvimento; e d) propor a regulação dos contratos de integração do agronegócio nas operações de concentração.

Considerando que a política de defesa da concorrência não tem como objetivo principal promover a competitividade de empresas, papel destacado às políticas industriais, mas que de forma indireta a defesa da concorrência pode ser um instrumento

de fortalecimento da competitividade. Assim, ambas as políticas são convergentes, na medida em que a livre concorrência não pode ser concebida como fim em si mesma, mas como um instrumento a serviço da concretização dos objetivos da ordem econômica constitucional². Nesse sentido, a PDP alinhada com as estratégias empresariais de transnacionalização tinham como objetivo impulsionar a competitividade da indústria brasileira de proteína animal, a despeito do aumento do poder de mercado, principalmente em relação aos produtores de animais para abate.

Apontadas essas características é essencial questionar se as medidas de estruturação da indústria de proteína animal são importantes para contribuir com o desenvolvimento econômico do país de forma a proteger a indústria e o mercado nacional. E, se modelo de coordenação por arranjos de contrato de integração, praticados no sistema agroindustrial de produção de aves e suínos contribuem para restrições concorrenciais.

Para atingir o objetivo proposto foi utilizada uma abordagem metodológica qualitativa de natureza descritiva, com a finalidade de proporcionar uma interpretação mais abrangente da política de defesa da concorrência, especialmente em mercados coordenados por contratos de integração do agronegócio. Em termos de procedimento, a tese foi elaborada a partir da análise de referencial bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica é analítico-descritiva, com o fim de apresentar os aspectos histórico-evolutivo e contextual-atual das interações de modelos de arranjos de coordenação e da política de incentivos industriais com a liberdade de concorrência, a partir da análise de referências bibliográficas, constituídas de livros, artigos acadêmicos independente da forma de apresentação (impresso ou *on line* na internet), notadamente relativas ao objeto da tese, nas searas do Direito e das Ciências Econômicas. A base documental utilizada foi a legislação, os pareceres técnicos e os processos dos atos de concentração relativos ao tema central da tese, acessados diretamente dos sítios das instituições responsáveis pelos documentos.

O desenvolvimento da pesquisa está estruturado em cinco capítulos. O primeiro, analisa as características das instituições: mercado e empresa e as estratégias de coordenação dos fatores de produção que possam reduzir os custos de transacionar no mercado a fim de maximizar benefícios líquidos. Essa perspectiva tem como principal marco teórico a Economia dos Custos de Transação da Nova Economia Institucional

² O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 dispõe como fundamento da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com a finalidade de assegurar a todos existência digna, por meio da observância dos princípios referidos nos incisos desse dispositivo constitucional.

desenvolvida a partir de Ronald Coase e aperfeiçoada por Oliver Williamson, que apresenta as formas de governança para a organização empresarial reduzir custos que têm origem na racionalidade limitada e comportamento oportunístico, pressupostos básicos do comportamento humano.

As características e transformações da agricultura moderna encontraram nos contratos uma forma de organização da atividade para redução dos custos de transação, especialmente os contratos de integração agrossilvipastoris utilizados na cadeia produtiva de aves e suínos. Essa estrutura de governança, pautada em contratos de integração, implica a uma maior complexidade da análise dos efeitos concorrenciais em atos de concentração.

As questões de interface entre as eficiências econômicas e o Direito Concorrencial são abordadas no capítulo dois. A eficiência econômica é a questão central na análise de atos de concentração e restrições verticais na defesa da concorrência, pois são as eficiências estáticas ou dinâmicas, alegadas pelas empresas, que servem como balizas de orientação as decisões das autoridades antitruste à melhoria do bem-estar.

A eficiência econômica refere-se a uma regra de maximização da utilidade individual (Pareto) ou maximização da riqueza (Kaldor–Hicks), preocupada com a maximização do bem-estar (welfarismo), o qual é alcançado num contexto de equilíbrio concorrencial a partir do sistema de preços (Pareto) ou pelo princípio da compensação (Kaldor–Hicks). Assim, a eficiência econômica é baseada em uma ficção subjetiva de custos e de preferências e, não necessariamente, em uma dimensão valorativa assentada em critérios redistributivos, ou seja, a eficiência econômica assume uma característica de técnica amoral e que se justifica no critério exclusivo do bem-estar social, que é um valor.

As políticas de desenvolvimento econômico e a realidade do funcionamento dos mercados em concorrência globalizada provocam desafios ao Direito e à política de concorrência na análise da eficiência econômica, principalmente na incorporação das eficiências dinâmicas como suporte ao desenvolvimento econômico. Nesse sentido, o capítulo três analisa as diferenças da política de defesa da concorrência, tanto como fim em si mesma, quanto como instrumento para consecução de objetivos mais amplos, conforme a realidade histórico-político-econômica dos Estados Unidos, da União Europeia e do Brasil.

A política de defesa da concorrência surge da necessidade de proteção do consumidor em razão do excessivo poder econômico das grandes corporações, mas em sua trajetória de evolução as preocupações com a concorrência foram estendidas também

para o controle de condutas das empresas, pois práticas desleais de concorrência impedem a entrada de novas empresas ou ainda criam obstáculos à permanência de empresas concorrentes. Em última análise, condutas desleais não afetam apenas os consumidores, mas também empresários e investidores, daí a importância de mecanismos de intervenção antitruste que coordenem as diretrizes de estrutura de mercado e controle de condutas nas relações entre as empresas e os consumidores e entre as empresas que concorrem no mercado.

No controle de estruturas de mercado e condutas anticoncorrenciais, a política de defesa da concorrência pode assumir um papel de política econômica em convergência com os objetivos de desenvolvimento econômico, seja pela busca da eficiência de mercado ou por políticas industriais que extrapolam os objetivos de eficiência econômica, geralmente justificadas na proteção da indústria nacional ou no aumento da competitividade da indústria para ampliar sua inserção nos mercados globalizados e na defesa do mercado nacional. Porquanto a política de defesa da concorrência é um instrumento ou meio para a consecução de objetivos determinados por normas constitucionais, que requer a intervenção do Estado no controle da estrutura e das condutas dos agentes econômicos no mercado, de forma a restringir abusos do poder de mercado e garantir o bem-estar social.

A partir do conjunto de estratégias da indústria de proteína animal, com vista a transnacionalização e os diferentes objetivos da política de defesa da concorrência, a aplicação do direito concorrencial no controle das estruturas ou controle de condutas assume uma importância complementar frente àqueles objetivos. Os mecanismos de controle concorrencial são destacados no capítulo quatro, ressaltando a importância do poder de compra e seus efeitos sobre a concorrência, especialmente sobre o mercado das agroindústrias processadoras de proteína animal.

Na sequência, o capítulo cinco, continua com a temática de eficiência e poder de mercado, agora analisando de forma específica a posição do CADE em duas operações de concentração que marcaram a indústria brasileira de proteína animal: a formação da BRF - Brasil Foods S.A. com a fusão da Sadia S.A. e da Perdigão S.A. e a aquisição Bertin S.A. pela JBS S.A., operações que refletem uma estratégia de competitividade das empresas assentada na transnacionalização e na política de governo de formação de “campeãs nacionais”. Se as operações de concentração representam um aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado, em prejuízo ao bem-estar social, daí a necessidade da avaliação das eficiências apresentadas pelas empresas para verificar se o

efeito líquido do ato de concentração é não negativo.

Além dos aspectos da avaliação de eficiência e poder de mercado, o capítulo cinco também analisou as características dos contratos de integração e suas externalidades concorrenciais, constatando que eficiências econômicas não necessariamente significa o afastamento do exercício de poder de mercado. O controle preventivo das estruturas de mercado deve ser acompanhado do controle de condutas e de instituições que possam compensar, em parte, o poder de mercado.

1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL E AS ESTRATÉGIAS ORGANIZACIONAIS NA AGROINDÚSTRIA

A compreensão do processo de concentração de mercado das atividades industriais do final do século XIX e início do século XX, nos Estados Unidos, com a formação de grandes corporações industriais, provocaram a necessidade de debater políticas públicas de controle e regulamentação de monopólios e medidas antitruste, mas requeria um referencial analítico para além da microeconomia neoclássica. A análise da realidade vigente exigia a incorporação de conhecimentos e pesquisas de outras áreas, como: direito, administração, sociologia e a própria economia. Um grupo de pesquisadores multidisciplinares preocupados com as consequências do poder de mercado e seus determinantes formularam uma nova disciplina, intitulada Teoria da Organização Industrial.

A Organização Industrial, segundo Frederic M. Scherer e David Ross, tem como objeto de estudo a análise de como os mercados se organizam para atender os desejos e necessidades que a sociedade almeja, como esses processos falham e como se ajustam ou podem ser ajustados para a obtenção de um desempenho que seja próximo de um padrão ideal³. Assim, o objetivo central da Organização Industrial é encontrar mecanismos que possam reduzir os desequilíbrios decorrentes das falhas de mercado⁴ para aproximar-se de um mercado de concorrência perfeita.

É nesse contexto que a Organização Industrial toma como agenda de pesquisa as questões sobre regulamentação e políticas antitruste para desenvolver, “em última análise, subsídios para a intervenção governamental em estruturas de mercado onde pudesse haver abuso de poder econômico”⁵, pois estas questões não eram objeto de interesse de análise da microeconomia neoclássica.

Segundo Ronald Coase, o escopo da Organização Industrial é limitado ao não

³ SCHERER, Frederic M.; ROSS, David. **Industrial market structure and economic performance**. 3. ed. Dallas: Houghton Mifflin Company, 1990.

⁴ A eficiência requer que os mercados competitivos funcionem. Assim, quando a alocação de bens e serviços pelos mecanismos de mercado, sem qualquer intervenção, não é eficiente, há falhas de mercado, como consequência não é alcançado o equilíbrio de mercado. As falhas de mercado são frequentemente associadas com poder de mercado, assimetrias de informação, mercados não competitivos, externalidades, ou bens públicos. A presença de falhas, implica a necessidade de correção, justificando em muitas situações a intervenção do governo em um determinado mercado.

⁵ SIFFERT FILHO, Nelson Fontes. A economia dos custos de transação. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro: BNDES. v. 2, n. 4. p. 103-28. dez. 1995, p. 105.

considerar o contexto mais amplo das relações que as empresas desenvolvem no mercado, porque é preciso compreender o que determina o que uma empresa faz. Para isso é necessário ampliar o contexto de análise, pois para Ronald Coase, se o sistema de preços assumisse a função de autorregulação como mecanismo alternativo na alocação de recursos pelas empresas, as operações de fusões, as relações contratuais não-padronizadas, e mesmo os monopólios poderiam ser analisados não como algo ruim, mas como alternativas que podem promover eficiências econômicas⁶. Neste sentido, o foco da Organização Industrial, segundo o autor, não é a busca de mecanismos para ajustar as falhas de mercado, mas sim, compreender como a indústria está organizada, quais são as forças que interferem na organização da indústria, como essas forças mudam ao longo do tempo e que efeitos podem ser esperados com as mudanças de legislação na forma de organização da indústria⁷.

As forças que interferem na organização da indústria são elementos centrais na análise da Nova Economia Institucional (NEI), que se preocupa em explicar as diferentes variáveis transacionais que determinam a organização das firmas e dos mercados a partir dos diversos tipos de arranjos institucionais empregados, sob um dado ambiente institucional e sua interação com as organizações, que eram ausentes das análises tradicionais baseadas em organização industrial. A NEI é uma extensão do paradigma da Moderna Organização Industrial enriquecendo-a com a especificação do ambiente institucional e com os *feedbacks* entre o ambiente institucional, as estruturas de mercado, o comportamento e o desempenho das firmas e mercados⁸.

1.1 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

A NEI tem suas origens em Thorstein Veblen, John R. Commons e Wesley Mitchell, os “velhos” institucionalistas, que elaboraram suas análises, ainda que de forma descritiva, realçando a importância das instituições⁹. Para os institucionalistas, a firma e

⁶ COASE. Ronald H. Industrial organization: a proposal for research. *In*: FUCHS, Victor R. **Policy issues and research opportunities in industrial organization**. National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 1972, v.3, p. 59-73.

⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁸ JOSKOW, Paul L. The new institutional economics: alternative approaches. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, München, v. 151, n. 1, p. 248-259, 1995, p. 254.

⁹ As ideias centrais do institucionalismo podem ser resumidas como um conjunto de normas, valores e

o controle da economia estão relacionados a um conjunto de instituições que interagem com as forças do mercado como um todo, comportando os elementos de poder e as consequências da ação coletiva¹⁰. E a NEI, sem abandonar as referências da microeconomia neoclássica, apresenta outras abordagens que incluem a história econômica, os direitos de propriedade, os sistemas comparativos, a economia do trabalho e a organização industrial¹¹.

A Escola Institucionalista acrescenta uma dose saudável de realismo aos pressupostos padrões da teoria microeconômica, com críticas à ortodoxia do pensamento econômico neoclássico, baseado no fato de que a firma era compreendida como um agente passivo que toma como dados os preços dos fatores de produção, tecnologias e capacidade organizacional, sem levar em consideração os aspectos organizacionais e suas relações com os clientes, fornecedores e com as instituições que regulam o ambiente econômico¹²⁻¹³ e, com uma percepção equivocada da natureza humana, pois, no pensamento neoclássico, o indivíduo é visto em termos hedonísticos, um ente socialmente passivo, inerte e imutável¹⁴.

No institucionalismo há diferentes abordagens e significados, que estão relacionadas as diferentes disciplinas que o absorvem como referência. No campo da teoria das organizações, “os ‘institucionalistas’ diferenciam-se a partir da ênfase que atribuem ao caráter micro ou macro dos fenômenos institucionais, ao peso que imputam nos aspectos cognitivos ou normativos das instituições, e à atenção que dispensam aos

regras e sua evolução. “The institutionalist approach moves from general ideas concerning human agency, institutions, and the evolutionary nature of economic processes to specific ideas and theories, related to specific economic institutions or types of economy”. HODGSON, Geoffrey M. The approach of institutional. **Economics Journal of Economic Literature**, v. 36, n. 1, p. 166-192, Mar. 1998, p. 168.

¹⁰ SAMUELS Warren J. Institutional economics. **The Journal of Economic Education**, v. 15, n. 3, p. 211-216, Summer, 1984.

¹¹ O velho institucionalismo, segundo Ronald Coase carecia de uma teoria, pois era essencialmente descritivo. A expressão “a nova economia institucional”, foi cunhada em 1975 por Oliver Williamson, com o objetivo de diferenciar o assunto da “antiga economia institucional”. COASE, Ronald. The new institutional economics. **The American Economic Review**, v. 88, n. 2, p. 72-74, May, 1998.

¹² O debate da teoria econômica neoclássica sobre a firma é adequado ao seu propósito, qual seja, a firma como unidade maximizadora de lucros, mas não para estudar as organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio. Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 43, n. 3, p. 385-420, set. 2005, p. 405. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032005000300001>. Acesso em: 14 ago. 2018.

¹³ FEIJÓ, Carmem Aparecida; VALENTE, Elvio. A firma na teoria econômica e como unidade de investigação estatística: evolução nas conceituações. **Revista Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 351-376, jul./dez. 2004.

¹⁴ VEBLEN Thorstein. **The place of science in modern civilisation and other essays**, New York: Huesbsch, 1919, p. 73.

interesses e às redes de relações na criação e difusão das instituições”¹⁵. Nesse sentido, Paulo Furquim de Azevedo destaca que a NEI contempla dois níveis analíticos: o ambiente institucional, que envolve as macroinstituições que estabelecem as “regras do jogo” formais e informais, ou seja, as bases das interações sociais; e os arranjos institucionais, as estruturas de governança, que são as microinstituições que regulam uma transação específica, base de análise da Economia dos Custos de Transação.

A NEI está relacionada ao trabalho seminal “The Nature of the Firm” de Ronald Coase, em 1937, quando introduz de forma implícita os custos de transação na análise econômica ao observar que nas empresas o mecanismo de coordenação não ocorre somente pela via de preços, haja vista que para Ronald Coase “se a produção é regulada pelos movimentos dos preços, a produção poderia ser realizada sem qualquer organização, então, podemos perguntar, por que existe alguma organização?”¹⁶. Sendo assim, a razão para estabelecer uma firma não é por fatores tecnológicos, mas porque segundo o autor “há um custo de usar o mecanismo de preços”¹⁷.

Para Ronald Coase, a operação das empresas no mercado responde à necessidade de redução de custos de organização da produção que estão além dos fatores tradicionais de produção ou prestação de serviços. As relações de troca no mercado implicam custos como: atribuição de direitos de propriedade, estrutura organizacional da firma e mecanismos de governança das transações; custos que não podem ser negligenciados. Há, assim, uma expansão da compreensão dos custos das empresas, que passa a considerar não apenas os custos de produção, mas também os custos das relações contratuais, sejam estes formais ou informais. Alterando, assim, o conceito de firma na acepção neoclássica, que passa de uma função de produção, dada uma tecnologia, para um complexo de contratos que coordenam as transações internas à empresa. Os contratos são uma forma de reduzir custos, indicar os limites de poderes do empreendedor e facilitar a direção dos fatores de produção¹⁸.

Assim, o novo marco teórico estava constituído por Ronald Coase, que preocupado com as organizações do mundo real demonstrou a razão da existência das

¹⁵ DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. Le néo-institutionnalisme dans l’analyse des organisations, **Politix**, v. 10, n. 40, p. 113-154, 1997, p. 113. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_1997_num_10_40_1703. Acesso em: 06 fev. 2018.

¹⁶ Em tradução livre de “if production is regulated by price movements, production could be carried on without any organization at all, well might we ask, why is there any organization?” COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937, p. 388.

¹⁷ *Ibidem*, p. 390

¹⁸ *Ibidem*, p. 390-391.

empresas ao comparar os custos de produzir ou fazer produzir, possibilitando uma diversidade de formas alternativas de organização por meio de relações contratuais. Esse é modelo da firma coaseana que, vista como um “nexo de contratos”, amplia as possibilidades de compreender as organizações como “arranjos institucionais”. Entretanto, foi a partir dos trabalhos de Oliver Williamson, especialmente “Market and hierarchies: analysis and antitrust implications”, de 1975 e “The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting”, publicada em 1985, que a teoria da NEI ganhou maior relevância, especialmente no campo da defesa da concorrência.

A partir dessa perspectiva, a organização empresarial como forma de atividade econômica voltada para produção de bens e serviços é reflexo da tomada de decisão, “*make or buy*”, que requer inicialmente um comparativo entre os custos internos da empresa e os custos de transação relacionados ao uso do mercado, além de ponderar os custos de oportunidade quando há outras alternativas. A utilização do mercado ou mesmo a decisão de “fazer fazer”, implica um conjunto de transações com diversos e diferentes agentes.

A interação entre os agentes econômicos no mercado, de acordo com a economia neoclássica, coloca a empresa como um elemento integrante na determinação do preço de bens e serviços, que modifica o comportamento de preços e quantidades face às alterações exógenas¹⁹. Ao centrar a análise da empresa como uma função de produção que objetiva a maximização dos lucros, com os argumentos da racionalidade econômica, a análise da economia neoclássica deixou lacunas importantes sobre a dimensão e a coordenação da empresa, ou seja, pouco contribuiu para explicar os arranjos de produção que utilizam outros mecanismos além da exclusividade do sistema de preço.

Para Maria Paula dos Reis Vaz Freire²⁰, o desenvolvimento de áreas como a economia das falhas de mercado, dos direitos de propriedade, da informação e da incerteza possibilitaram novas estratégias de organização, com formas intermediárias de colaboração entre as empresas, não circunscritas aos limites de mercado e empresa²¹. Assim, as empresas desenvolveram alternativas para minimizar os custos de transação,

¹⁹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 185.

²⁰ *Ibidem*, p. 185.

²¹ Para Rachel Sztajn “Empresas e mercados são instituições ou institutos que estão na fronteira entre direito e economia, objeto de estudos de ambas as disciplinas, em que se nota pouca, quase nenhuma, aproximação, conhecimento ou divulgação das doutrinas desenvolvidas e aceitas em cada uma delas pela outra. Talvez apenas os filiados e estudiosos de *law and economics* ou de *law, economics and organizations* estabeleçam a ponte entre os dois campos de investigação”. SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 17.

decorrentes da racionalidade limitada dos agentes, dos riscos e incertezas contratuais, com o objetivo de proteger-se das oscilações do mercado e de condutas oportunistas. Essas variáveis serão destacadas na sequência desse capítulo.

A atividade econômica de empresa compreende uma cadeia de valor que envolve diversas etapas de produção, desde matérias-primas até a distribuição do bem final aos consumidores. O desenvolvimento das atividades de produção da empresa dentro da cadeia de valor possibilita alternativas entre a integração vertical ou recorrer ao mercado, ou seja, formas alternativas de coordenação das interações entre as instituições - o mercado e a firma -, para uma decisão entre fazer ou comprar. Entre as alternativas de coordenação de mercado, as fusões verticais ou integração vertical contratual são estratégias de mercado que, segundo Steven Salop²², podem melhorar a eficiência econômica da produção e o bem-estar do consumidor a partir de uma “melhor coordenação” das atividades das empresas integradas e da “eliminação da dupla marginalização”, isto é, quando uma integração, por meio de fusão, elimina um monopólio sucessivo.

As vantagens da coordenação integrada estão relacionadas a melhoria da qualidade do produto e menores custos de produção. A integração vertical é, segundo Maria Paula dos Reis Vaz Freire, uma forma de “*capturar os ganhos de especialização de outros*” a partir da divisão e especialização do trabalho, com melhorias a eficiência e produção, ou seja, maior “*eficiência social*”. Entretanto, as estratégias de integração vertical como forma de obtenção de vantagens de especialização encontram barreiras, haja vista que podem provocar efeitos anticompetitivos, que com maior poder de mercado pode facilitar a captura de excedentes dos fornecedores ou dos distribuidores²³.

A integração vertical revela um *trade off* à empresa, pois, se por um lado significa a possibilidade de um maior controle sobre a cadeia produtiva e medidas para redução de custos e ou estratégias concorrenciais, de outro implica maior esforço gerencial e custos internos de coordenação. E sob o aspecto da defesa da concorrência, a integração vertical pode representar uma interferência no funcionamento e nas estruturas concorrenciais do mercado.

No entanto, a organização das transações não ocorre apenas sob estruturas de

²² SALOP, Steven C. Vertical mergers and monopoly leverage. *In*: NEWMAN, Peter (ed.). **The New Palgrave dictionary of economics and the law**, London: Macmillan, 1998, p. 670.

²³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 219-221.

governança de mercado ou de integração vertical, há diferentes estruturas institucionais de governança, ou seja, arranjos institucionais diversos que regulam o funcionamento do sistema econômico. Assim, a análise de estruturas de governança proporciona arranjos alternativos mais adequados à realidade e à necessidade das diferentes formas de transação, com a finalidade de minimizar custos de transação, a partir dos mecanismos de controle institucionais.

1.1.1 A economia dos custos de transação

A Economia dos Custos de Transação (ECT) é um ramo da NEI, que tem como objetivo compreender o comportamento dos indivíduos e das organizações no processo de escolhas de formas alternativas de arranjos para organização da produção em um ambiente institucional. O desenvolvimento da ECT ocorreu a partir dos trabalhos de Oliver Williamson, que classificou as transações como a principal unidade de análise, tendo nos custos de transação o referencial de organização da produção, sob um arcabouço analítico institucional das relações entre a estrutura dos direitos de propriedade e instituições a partir das transações²⁴.

Nesse sentido, as relações de contratação entre os mercados e as empresas constituem instituições econômicas que convergem com as referências da economia institucional, elementos centrais da ECT. As relações de troca que podem ser objeto de contratos são para Oliver Williamson a unidade básica de análise para uma teoria da firma e, são elas que determinam a forma de organização da produção de bens ou serviços envolvidos. Nessa perspectiva, as firmas são um “complexo de contratos” que delineiam sua forma de organização e suas relações com fornecedores e clientes no cumprimento de contratos. A forma de organização alternativa da empresa, os “modos de governança”, podem ser pela via do mercado, hierarquias ou estruturas híbridas como *joint ventures*, alianças estratégicas e diferentes tipos de integração vertical. Assim, os arranjos organizacionais de uma transação não estão relacionados apenas aos custos de produção, mas também com as características e dimensões dos custos de transação.

²⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio. **A estrutura de governança e coordenação do agribusiness**: uma aplicação da nova economia das instituições. 1995. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995, p. 15.

O modelo teórico de Oliver Williamson, na teoria da organização da empresa, destaca que a organização da atividade empresarial é um mecanismo para economizar custos. Essencialmente, a economia de custos se dá de duas formas: economizar em despesas de produção e economizar em custos de transação²⁵. A teoria de Oliver Williamson analisa particularmente os custos de transação decorrentes das relações das organizações com as “instituições econômicas do capitalismo” e das relações contratuais entre as empresas, isso significa dizer que as instituições e as organizações se importam com os reflexos que decorrem tanto do ambiente econômico quanto jurídico e suas interfaces com regras formais e informais ao utilizar o mercado para desenvolver e organizar as atividades inerentes à empresa.

Por sua vez, a melhoria organizacional das relações entre as instituições do capitalismo objetiva promover a geração de economias nas transações, sem reflexos com interesses de classe, tecnologia ou poder de monopólio. Contudo, para o sistema de defesa da concorrência, a análise dos custos de transação é inserida em razão dos custos diretos de realizar a transação e os custos associados aos conflitos contratuais, que decorrem de dois pressupostos de comportamento humano: a “racionalidade limitada”, com incertezas das relações e o “comportamento oportunista”, com reduções de escolhas²⁶.

A racionalidade limitada resulta das capacidades cognitivas restritas dos agentes econômicos na obtenção e processamento de todas as informações necessárias para tomada de decisão e está sujeito a influências emocionais e subconscientes que podem afetar suas decisões em transações²⁷. Por sua vez, o comportamento oportunista²⁸ é a tendência da busca de interesses próprios, que com comportamento egoísta e estratégico manipulam ou não informam adequadamente os termos contratuais em detrimento dos demais agentes econômicos envolvidos na transação, provocando incertezas²⁹. A conduta do oportunismo³⁰ é mais que autointeresse é a possibilidade de

²⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012, p. 19.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 29.

²⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012, p. 42-43.

²⁸ Decio Zylbersztajn ressalta que nem todos os indivíduos têm comportamento oportunista, mas a atitude de um faz ser necessária a utilização de contratos, que implicará em tempo e custos para seu monitoramento. ZYLBERSZTAJN, Decio. **Estruturas de governança e coordenação do agribusiness**: uma aplicação da nova economia das instituições. 1995. Tese (Livre Docência) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, Paulo, 1995, p. 18.

²⁹ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012, p. 42-43.

³⁰ O comportamento oportunista pode ter três níveis de graduação, segundo Oliver Williamson. A forma

uma das partes lançar mão de informação privilegiada para romper “contratos *ex post* com a intenção de apropriar-se de quase rendas associadas àquela transação e, em última análise, ferindo códigos de ética tradicionalmente aceitos pela sociedade”³¹. Neste sentido, os comportamentos dos agentes econômicos estão vinculados a fatores externos, como o governo ou a uma ideologia³².

Em face aos pressupostos do comportamento humano da racionalidade limitada, do oportunismo e dos custos de transação, Oliver Williamson³³ argumenta que os contratos complexos são incompletos, dadas essas falhas. A incompletude contratual interfere na compatibilização e harmonização de interesses e atitudes entre as partes, e que para minimizar custos de transação os agentes diretos da transação podem *ex ante* adotar arranjos contratuais e formas de organização com salvaguardas e com isso reduzir custos da racionalidade limitada e ou do oportunismo com fatos *ex post*, conforme Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn³⁴. A contribuição de Oliver Williamson, segundo os autores, foi arquitetar formas de governança para a organização empresarial a partir da configuração, monitoramento e execução de contratos a fim de reduzir os custos de transação.

Ao considerar a realidade dos fatos econômicos, sociais e jurídicos, as firmas buscam por oportunidades de maximização de ganhos comparando continuamente os custos de produzir internamente ou realizar contratos no âmbito do mercado para suprir suas demandas de bens e serviços. A escolha do modelo de governança encontra relação com os atributos das transações, dadas por: frequência das transações entre os agentes; o grau e a natureza da incerteza que afetam as transações; e, por fim, a condição de especificidade dos ativos que suportam as transações. Com a identificação das características de cada um dos atributos ter-se-á condições para a escolha da estrutura de

forte, quando são utilizados meios condenados socialmente e legalmente, com formas sutis de engodo, para estabelecer assimetrias de informação e causar prejuízos a contraparte. A forma semiforte, preconiza manter os contratos, mas sem desconsiderar o egoísmo dos agentes em buscar seu próprio interesse. A obediência é a forma fraca, comportamento associado à engenharia social. WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados e relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012.

³¹ ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; NEVES, Marcos Fava (org.). **Economia e gestão dos negócios agroalimentares**. São Paulo: Pioneira, 2000, p. 31.

³² FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Silvia Macchione. **Competitividade: mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

³³ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados e relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012, p. 42-43.

³⁴ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 9.

governança mais adequada à realidade da atividade econômica³⁵.

Para Oliver Williamson, as dimensões ou características das transações são significativas para a estrutura organizacional ao permitir identificar e criar reputação a partir das informações que são obtidas com a frequência das transações, que se frequentes e com boa reputação podem reduzir salvaguardas e reduzir custos de monitoramento. A incerteza pode afetar as transações, haja vista que distúrbios exógenos podem afetar uma distribuição de probabilidades da variação de eventos futuros.

Por sua vez, os ativos específicos são aqueles que envolvem custos para que ocorra a transação entre as partes e, que se necessário, possam ser redistribuídos para usos alternativos sem prejuízos de valor produtivo. Oliver Williamson classifica os ativos específicos em seis tipos: 1) especificidade locacional, firmas próximas a estrutura da cadeia de produção - montante e jusante -, economizando custos de transportes e que uma vez estabelecidos podem ser de difícil ou impraticável transporte; 2) especificidade de ativos físicos, tais como equipamentos especializados na produção de um bem ou serviço; 3) especificidade de ativos humanos, que surge no processo “aprender fazendo” (*learningby-doing*); 4) valor da marca, ativo intangível da empresa, particularmente relevante em mercados de franquia; 5) ativos dedicados, são investimentos determinados por uma característica específica exigida pelo demandante; 6) especificidade temporal, em que o valor de uma transação depende, sobretudo, do tempo em que ela se processa, sendo especialmente relevante no caso da negociação de produtos perecíveis³⁶.

A partir dessas características dos ativos específicos, os contratos de integração utilizados na estrutura de governança na indústria de proteína animal, notadamente nas cadeias produtivas de aves e suínos³⁷, objetivam uma redução dos custos de transação a partir de um melhor controle sobre os ativos específicos necessários a transação econômica. Nesse sentido, a empresa integradora formaliza contratos de integração com os produtores levando em consideração especificidades como a distância entre a propriedade rural e a unidade de abate de forma a reduzir custos de transporte bem como não prejudicar a sanidade animal no deslocamento, tanto para a disponibilidade de

³⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012.

³⁶ WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, v. 36, n. 2. p. 269-296, June, 1991, p. 281.

³⁷ Uma análise das transações segundo seus atributos na cadeia produtiva de suinocultura pode ser encontrada em: ROCHA JR, Weimar Freire; SILVA, Christian Luiz.; BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo; MACENA, Cléverton Michel da. Transações entre suinocultores e agroindústrias no Estado de Santa Catarina (Brasil): um exame de contratos sob enfoque institucional, **Revista Desenvolvimento Regional**, Santa Cruz do Sul, v. 17, n. 2, p. 229-248, maio-ago, 2012.

ração quanto ao percurso para o abate.

As especificidades relativas aos ativos físicos, valor da marca e ativos dedicados diretamente aos contratos de integração, também são características dessa forma de governança. O produtor integrado precisa dispor dos equipamentos necessários para o alojamento dos animais, que requer investimentos significativos na construção de aviários ou chiqueirões e aquisição de equipamentos, além de contínuas manutenções e adequações da estrutura para garantir a qualidade e a produtividade da atividade. Esses ativos físicos e dedicados são exclusivos para a produção de determinada espécie de animal, qualquer alteração para outra atividade implica *sunk costs*, ou seja, investimentos que uma vez realizados, não têm possibilidades de recuperação, sem uma grande perda, em eventual desativação desses ativos.

O investimento em ativos específicos gera custos de transação em razão de problemas de adaptação e riscos futuros e, não pode ser substituído por outra transação sem perda de valor além de envolver custos de oportunidade³⁸. Essa característica estabelece uma relação bilateral de dependência, de forma que os investimentos em ativos específicos são diretamente proporcionais a sua irreversibilidade³⁹. Assim, quanto maior as especificidades dos ativos, maior a relação de dependência. Para Herbert Hovenkamp⁴⁰, a especificidade dos ativos é o atributo mais importante e distintivo da economia dos custos de transação, por estar associada a organização da empresa.

Em suma, a escolha e adaptação dos modos de coordenação da produção estão relacionadas às características da transação em relação ao nível de incerteza, da especificidade de ativos e da frequência, bem como dos custos derivados do comportamento de oportunismo e da racionalidade limitada. Assim, a economia dos custos de transação e a organização industrial estão diretamente relacionados ao ambiente institucional, orientando “o processo de tomada de decisões, em um meio permeado por incerteza, racionalidade limitada e oportunismo, com vistas à redução dos custos de transação”⁴¹ Considerando esses fatos, Oliver Williamson distingue três modos de

³⁸ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012.

³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire. Institutional environment and contracts: a case study in the agroindustrial system of broiler factory farming in the west of the state of Paraná, Brazil. **RIDB - Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, v. 2, n. 2, p. 1541-1567, 2013.

⁴⁰ HOVENKAMP, Herbert J. Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, n. 10-35, Nov. 2010.

⁴¹ CONCEIÇÃO, Octavio Augusto C. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n. 36, set. 2000, p. 39.

coordenação da produção mais eficazes: o mercado, a empresa (hierarquia) e os mecanismos híbridos⁴². A forma de coordenação das atividades econômicas entre os agentes partícipes de um mercado está relacionada com a realidade dos contratos em um dado ambiente institucional.

A ideia de governança surge no sentido de separar a propriedade do controle da produção, que avança na solução dos diferentes conflitos sobre as ações de organização e comando interno das corporações. Segundo Decio Zylbersztajn, “na economia das organizações modernas, o conceito de governança focaliza o desenho intencional de arranjos contratuais entre firmas com vistas a gerar incentivos para a produção, de modo particular para a geração e o compartilhamento de valor”⁴³. No caso do mercado de proteína animal, as empresas compradoras elaboraram um arranjo contratual – os contratos de integração -, de forma a, ao menos em tese, gerar um incentivo para a produção sob o pretexto de gerar e compartilhar valor entre os produtores e a agroindústria, ou seja, uma estrutura de governança híbrida.

1.1.2 A estrutura de governança e as relações contratuais

Além da especificidade de ativos na orientação da escolha da estrutura de governança com menores custos de transação, a NEI reconhece a importância das instituições⁴⁴ para o alcance de eficiências econômicas. As instituições apresentam duas correntes de análise: as instituições de governança e o ambiente institucional, embora em níveis diferentes são complementares. A primeira, com uma abordagem microanalítica, analisa as formas como as transações serão realizadas sob determinado ambiente

⁴² WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual. **Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, Oct., 1979.

⁴³ ZYLBERSZTAJN, Decio. Coordenação e governança de sistemas agroindustriais. *In*: BUAINAIN, Antônio Márcio; ALVES, Eliseu; SILVERA, José Maria da; NAVARRO Zander (org.). **O mundo rural no Brasil do século 21**: a formação de um novo padrão agrário e agrícola, Brasília, DF: Embrapa, p. 269-294, 2014, p. 270.

⁴⁴ As instituições, segundo Douglas NORTH “são restrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana. Elas são feitas de restrições formais (regras, leis, constituições), de restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e de suas respectivas características impositivas”. E que “formam a estrutura de incentivos de uma sociedade, e as instituições políticas e econômicas, em consequência, são os determinantes subjacentes do desempenho econômico”. NORTH, Douglas. Desempenho econômico através do tempo. RDA – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

institucional. A segunda, analisa como as mudanças institucionais, “as regras do jogo”, podem alterar comportamentos dos agentes e resultados econômicos, usando uma abordagem macroanalítica que visa identificar os problemas de utilização do mercado para proporcionar maior eficiência e economias de custos de transação⁴⁵.

Na perspectiva microanalítica da NEI, cada estrutura de governança assume uma forma de combinação entre os agentes para estabelecer, pela via contratual, modelos de coordenação para facilitar as transações de produtos ou serviços, entre as partes, com menores custos. Para Oliver Williamson⁴⁶, os contratos podem ser classificados em três formas: o contrato clássico, o neoclássico e o relacional. O contrato clássico é considerado um contrato completo, que procura abranger as contingências futuras relevantes desde o início, com previsão mais precisa das consequências se for contestado; baseado nas regras formais, simplifica as transações pequenas e de curto prazo. O contrato neoclássico surge das transações de longo prazo em que há a presença de incertezas relevantes, em que as contingências não são facilmente identificadas, sendo necessário promover adaptações na medida que as contingências aparecem, as quais devem ser negociadas uma a uma pelas partes. Tem a característica de um contrato incompleto, que se contestado necessitará da intervenção de terceiros para resolver o conflito, bem como para avaliar o desempenho. Por fim, o contrato relacional é a alternativa contratual para transações que se desenvolvem ao longo do tempo em relações contínuas e duradouras, com contratos complexos. Em contraste com o sistema neoclássico, em que o contrato original é a referência para adaptações contratuais, no contrato relacional a referência é a integralidade da relação desenvolvida ao longo do tempo, sem excluir necessariamente o contrato original⁴⁷.

A escolha mais adequada de um modelo de governança e sua respectiva relação contratual está associada às características das especificidades dos ativos e pressupostos comportamentais dos agentes envolvidos⁴⁸. Neste sentido, quando há uma

⁴⁵ FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Silvia Macchione. **Competitividade: mercado, Estado e organizações**. São Paulo: Singular, 1997.

⁴⁶ Os termos clássico e neoclássico nada têm qualquer relação com o significado encontrado na teoria econômica, são termos herdado de teoria do direito. ZYLBERSZTAJN, Decio. **A estrutura de governança e coordenação do agribusiness: uma aplicação da nova economia das instituições**. 1995. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

⁴⁷ WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 22, n. 2, 1979. p. 233-261.

⁴⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; NEVES, Marcos Fava (org.). **Economia e gestão dos negócios agroalimentares: indústria de alimentos, indústria de insumos, produção agropecuária, distribuição**. São Paulo: Pioneira, 2000.

combinação de um ativo de baixa especificidade, independentemente da frequência das transações, a governança via mercado é a melhor alternativa em termos de custos de transação, que permite, por meio do contrato clássico, maior autonomia de decisão não hierárquica, bem como a proteção da prática de condutas oportunistas. Simplificando, o mercado é a clássica estrutura de governança, com a celebração de contratos pontuais, sem a necessidade de evidenciar uma reputação positiva entre compradores e vendedores. Assim, quando os ativos são de baixa especificidade, a coordenação via mercado será eficaz, com mínimos custos de transação.

Em contraste, na medida que a especificidade dos ativos e as possibilidades de incertezas do comportamento oportunista dos agentes aumentam, as transações fora do mercado tornam-se mais desejáveis. Se a frequência for ocasional e discreta em razão de investimentos de longo prazo, portanto, com risco de dependência bilateral, a relação contratual neoclássica é a mais apropriada. Mas em situação de transações recorrentes e com ativos específicos, que pode elevar os custos de transação, a integração vertical com contratos relacionais será a estrutura de governança mais eficiente. Para Weimar Freire da Rocha Junior⁴⁹, os agentes econômicos podem preservar a autonomia sem proceder a integração vertical, com uma governança bilateral e contrato relacional quando os ativos específicos não são muito expressivos. A integração vertical torna-se mais adequada quando os ativos são muito específicos, com essa estrutura de governança existem possibilidades de adaptações com poder de *fiat* (monitoramento e controle) sem recorrer à consulta e acordos entre firmas⁵⁰.

Neste sentido, a especificidade dos ativos deve orientar a estrutura de governança, pois quanto mais específicas forem as características da transação, mais eficiente será a governança hierárquica; e quanto menor for a especificidade dos ativos, mais vantajoso será a coordenação via mercado, contudo há uma diversidade de formas híbridas entre os extremos do mercado *spot* e a forma hierárquica⁵¹.

⁴⁹ ROCHA JR., Weimar Freire da. **Análise do agronegócio da erva-mate com enfoque da nova economia institucional e o uso da matriz estrutural prospectiva**. 2001. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

⁵⁰ Com referências em Oliver Williamson, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, consideram “a empresa é um mecanismo de governança hierárquica, instituído por intermédio de contratos personalizados que permitem lidar com as particularidades das transações. As características da empresa a tornam mais apta a resolver os problemas de oportunismo no quadro de contratos incompletos”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas 2015, p. 522.

⁵¹ Entre a forma hierárquica e o mercado *spot* existem inúmeras formas híbridas como contratos a termo e contratos de longo prazo. Para Decio Zylbersztajn, “as formas híbridas de governança buscam preservar a autonomia, garantindo os incentivos. Entretanto tais incentivos raramente serão tão eficazes como no caso da transação via mercado e os custos burocráticos são inevitáveis”. ZYLBERSZTAJN, Decio. **A**

No contexto da indústria de proteína, a especificidade dos ativos físicos e dedicados, necessários à atividade de produção de animais para o abate e as transações com os frigoríficos abatedouros, envolvem uma estrutura governança que pode ser menos custosa que os arranjos de governança via mercado ou da indústria frigorífica produzir sua própria matéria prima, ou seja, uma integração vertical. A coordenação da produção pela via do mercado pode acarretar maiores custos de transação em razão das características de padrões de qualidade e controle de quantidade requeridos pela indústria de proteína animal. Por outro lado, na integração vertical, em uma governança hierárquica, impõe à indústria a necessidade de aquisição e gestão de ativos, que representa custos. Assim, os contratos de integração vertical utilizados pela indústria frigorífica assumem uma posição intermediária, uma forma híbrida entre as estruturas de governança de mercado e a governança hierárquica de uma integração vertical, que possibilita uma redução nos custos de transação.

As formas híbridas referem-se aos arranjos de coordenação intermediários entre o mercado puro e a hierarquia, ou seja, quando as especificidades dos ativos não são tão significativas que justifiquem a forma de hierarquia da empresa e, que o mercado é insuficiente, pois as especificidades dos ativos não são tão irrelevantes como no caso dos mercados puros. Neste sentido, “as transações para as quais as adaptações necessárias aos distúrbios não são predominantemente autônomas nem bilaterais, mas exigem uma mistura de cada uma, são candidatos a serem organizados sob o modo híbrido”⁵².

A forma de coordenação híbrida exige a coordenação de planejamentos e adaptações nas empresas envolvidas, o que requer a colaboração entre empresas para alcançar melhores níveis de confiança e comprometimento de ativos específicos, visando desta forma menores custos de transação. Nesse sentido, os contratos de integração vertical do agronegócio envolvendo a indústria frigorífica e os produtores estabelecem objetivos de colaboração recíproca entre as partes, com funções previamente estabelecidas para atender a uma finalidade comum.

Na abordagem macroanalítica da NEI, instituições são estruturas que

estrutura de governança e coordenação do agribusiness: uma aplicação da nova economia das instituições. 1995. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995, p. 79.

⁵² Tradução livre de “Transactions for which the requisite adaptations to disturbances are neither predominantly autonomous nor bilateral, but require a mixture of each, are candidates to be organized under the hybrid mode. WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative Science Quarterly*, v. 36, n. 2. p. 269-296, jun., 1991, p. 283.

estabelecem restrições formais e informais para a interação humana, definindo incentivos e determinando escolhas, que em conjunto com as instituições políticas, econômicas e sociais, são determinantes no desempenho do desenvolvimento econômico. Para Douglas North “as instituições, [como “regras do jogo”] e a tecnologia empregada determinam os custos de transação e de transformação que se somam aos custos de produção”⁵³.

As instituições e suas relações com as sociedades e economias provocam o chamado custo de transação, formalizado por Ronald Coase, que são os custos de especificar o que está sendo trocado e os custos de execução dos acordos consequentes. Os custos de transação podem ser diluídos por meio da concorrência, mas nunca serão iguais a zero, dado a realidade das transações, que necessariamente implica algum tipo de controle *ex ante* e ou *ex post*. Assim, a realidade dos mercados do passado e do presente indicam uma característica de imperfeição e com custos elevados de transação.

Os custos de transação decorrentes do funcionamento do mercado afetam o comportamento do padrão de desenvolvimento, tornando as instituições importantes na salvaguarda dos direitos de propriedade e na garantia da execução dos contratos. Sendo assim, não só as restrições formais e informais, mas também a eficácia na forma de execução (*enforcement*) dos contratos, assumem a função de reduzir as incertezas e estabelecer uma estrutura estável, corrigindo as falhas de mercado. Desta forma “el concepto de institución como estructura normativa y reguladora implica automáticamente la existencia de diferencias de poder e intereses divergentes entre la gente involucrada en ella”⁵⁴.

Para Douglas North, “é a interação entre as instituições e as organizações que modela a evolução de uma economia”⁵⁵, em que as instituições são as regras do jogo e as organizações, (políticas, econômicas e sociais), os jogadores. Assim sendo, as instituições fazem parte de um ambiente (institucional ou organizacional) que não é estático, haja vista que o tempo⁵⁶ produz transformações e novas configurações nas interações

⁵³ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez. 2010, p. 16.

⁵⁴ APPENDINI, Kirsten, NUIJTEN, Monique. El papel de las instituciones em contextos locales. **Revista de la CEPAL**, n. 76, p. 71-88, abril 2002, p. 75.

⁵⁵ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez. 2010, p. 18.

⁵⁶ O tempo, segundo Douglas North, “é a dimensão em que o processo de aprendizagem do ser humano molda a forma como as instituições evoluem”, que provoca mudanças econômicas e sociais. NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez. 2010, p. 15.

institucionais humanas, sejam elas políticas, sociais ou econômicas.

A complexidade do ambiente institucional é afetada por transformações decorrentes da especialização e divisão do trabalho, do contexto da globalização e novos arranjos institucionais entre empresas, que promovem um dinamismo econômico com maior interdependência dos seres humanos, exigindo assim maior complexidade das instituições, com a finalidade de capturar os ganhos potenciais das relações de troca. A solução de conflitos que decorrem dessas transformações, propugna por um Estado com funções estratégicas de estímulo à competitividade sistêmica e controle de conflitos, ou seja, uma concertação de expectativas para corrigir falhas de mercado.

As atividades agroindustriais, tanto os produtores como as indústrias processadoras, estão inseridas nesse contexto econômico e político de vulnerabilidade diante de mudanças estruturais; por um lado, em razão da heterogeneidade da atividade, relativas à estrutura e aos métodos de produção, às tecnologias e aos esquemas de organização; por outro lado, em razão de medidas de intervenção estatal, dos programas de desenvolvimento, dos problemas de burocratização e da centralização de decisões⁵⁷.

Em suma, a estrutura de governança e as relações contratuais estão relacionadas com as instituições de governança e do ambiente institucional, sendo afetadas pelas especificidades dos ativos necessários à organização da atividade, mas com a finalidade de promover a redução dos custos de transação, minimizando efeitos da racionalidade limitada e do oportunismo com a escolha do modelo de governança mais adequado.

1.2 AS RELAÇÕES CONTRATUAIS NA ESTRUTURA DE GOVERNANÇA AGROINDUSTRIAL

Nos mercados agrícolas em que os produtos são típicos de *commodities*, as formas de coordenação são descritas, em exemplos da microeconomia, como mercados competitivos, pautados nas regras de preço. Contudo, conforme aponta Decio

⁵⁷ BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro de Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a nova economia institucional (NEI). **Revista CADE**, v. 11, p. 142-151, 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cade/article/download/4910/3715>. Acesso em: 20 fev. 2018.

Zylbersztajn, na coordenação das atividades agroindustriais, especialmente no que o autor denomina de Sistemas Agroindustriais (SAGs)⁵⁸, definido como “um conjunto de relações contratuais entre as empresas e agentes especializados, cujo objetivo final é disputar o consumidor de determinado produto”⁵⁹; envolve uma diversidade de estruturas contratuais formais e acordos de cooperação informais de longo prazo, construídas entre os agricultores, os fornecedores de insumos, os *traders*, as firmas processadoras, bem como os supermercados e os sistemas de distribuição de produtos frescos⁶⁰. Características que indicam para uma “progressiva contratualização das cadeias de produção e de comercialização”, como mecanismo de incentivos e distribuição de riscos⁶¹, que afastam a concorrência perfeita do mercado agrícola.

A análise da coordenação dos mercados agroindustriais envolve mais que o sistema de preços, as interações das atividades agrícolas demonstram que há uma coordenação organizacional de condutas tanto a montante quanto a jusante, constituindo uma diversidade de arranjos institucionais, que podem ser analisados sob a ótica das teorias da Organização Industrial e da ECT⁶², o que inclui as instituições em seus aspectos micro e macroinstitucionais, bem como a definição e a garantia de direitos de propriedade, de forma que as alterações, especialmente as macroinstitucionais, constituem interferências na coordenação de SAGs, quer seja na política econômica ou mesmo na evolução das instituições,

Ao destacar a importância das instituições no funcionamento dos SAGs, Decio Zylbersztajn demonstra, conforme figura 1, a diversidade de relações e decisões que tem origens no ambiente institucional decorrente de legislações, das tradições e costumes, bem como do ambiente organizacional em razão de organizações públicas e privadas, do desenvolvimento de pesquisas, financiamentos e cooperativas, que

⁵⁸ A metodologia de estudos dos Sistemas Agroindustriais, foi elaborada pelo Grupo de Pesquisa PENZA (Programa de Estudos dos Negócios do Sistema Agroindustrial), vinculado à Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – USP. O modelo de análise dos SAGs passou a se denominar metodologia PENZA, sustentado em três marcos conceituais: Análise da estrutura dos segmentos do mercado; Economia dos Custos de Transação com base nas características das transações entre os agentes e, por fim, o ambiente institucional relevante para o negócio.

⁵⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio. Conceitos gerais, evolução e apresentação do sistema agroindustrial. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; NEVES, Marcos Fava (org.). **Economia e gestão dos negócios agroalimentares**. São Paulo: Pioneira, 2000.

⁶⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio. Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 43, n. 3, p. 385-420, set. 2005, p. 405. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032005000300001>. Acesso em: 14 ago. 2018.

⁶¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 998.

⁶² ZYLBERSZTAJN, Decio. Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 43, n. 3, p. 385-420, set. 2005, p. 390. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-20032005000300001>. Acesso em: 14 ago. 2018.

produzem interferências nos arranjos contratuais com vistas à economia dos custos de transação na estrutura da cadeia produtiva. A análise das transações na estruturação do SAG engloba os agentes e as transações envolvidas no processo produtivo, desde a produção de insumos até consumidor final, que são representados por T1, T2, T3, T4, T5.

Considerando esse conjunto de relações e variáveis que envolvem as transações nos SAGs, os mecanismos de coordenação são constituídos por uma diversidade de arranjos institucionais, que incluem transações via mercado e/ou formas de integração vertical, com destaque ao campo dos contratos, que com a finalidade de preservar direitos de propriedade estabelecem complexos mecanismos de salvaguardas.



Figura 1 - Sistema Agroindustrial (SAG) e suas transações típicas
Fonte: Decio Zylbersztajn, 2005, p. 405⁶³.

As relações contratuais entre os agentes e as relações intersetoriais necessárias ao funcionamento e desempenho do SAG reforça o papel das instituições, principalmente em relação à estabilidade institucional na garantia do cumprimento dos contratos e da legalidade das relações. Para Douglas North, “as instituições e a tecnologia empregada determinam os custos de transação e de transformação que se somam aos custos de produção”⁶⁴. Nesse sentido, as instituições, têm a função de reduzir as incertezas nas relações sociais e econômicas, contribuindo para o desempenho econômico e a evolução da sociedade como mecanismos reguladores a partir das interações entre

⁶³ *Ibidem*, p. 405.

⁶⁴ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 19-30, set-dez. 2010, p. 16.

instituições e organizações⁶⁵.

A conformação da cadeia produtiva dos SAGs considera que as interferências do ambiente institucional e organizacional criam mecanismos de pressão sobre os agentes envolvidos da cadeia produtiva com impactos positivos na redução dos custos de transação dada a relação de interdependência setorial. Além do ambiente institucional e organizacional, as relações sistêmicas na estrutura de governança da cadeia produtiva agroindustrial são afetadas também pelo ambiente tecnológico, ambiente competitivo e estratégias individuais.

Portanto, cada sistema agroindustrial procura estratégias de coordenação, entre os arranjos institucionais: hierarquia (produzir internamente parte de seus insumos), mercado (comprar no mercado) ou híbrido (buscar novas formas contratuais de cooperação), para maximizar a produtividade, melhorar a qualidade da produção e reduzir custos de transação.

1.3 OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO NO AGRONEGÓCIO COMO ESTRUTURA DE GOVERNANÇA

A relação contratual de integração da agricultura e a indústria como estrutura de governança teve origem nos Estados Unidos na década de 1930, com rápida expansão na agroindústria estadunidense da década de 1950. Essa forma de contratação - integração vertical -, foi disseminada para outras regiões da Europa Ocidental e em países em desenvolvimento⁶⁶, com um crescimento significativo e em diferentes atividades agrícolas. No Brasil, a prática dos contratos de integração foi uma forma para estimular a modernização na agricultura, especialmente nas atividades de produção de proteína animal como frango e suínos. Segundo Walter Belik⁶⁷, no período entre 1960 e 1970, o governo brasileiro adotou uma política agroindustrial baseada na integração entre a

⁶⁵ NORTH, Douglas C., Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, Minnessota, v. 5, n. 3, p. 97-112, Winter 1991.

⁶⁶ BURANELLO, Renato. Sistemas agroindustriais e contratos de integração vertical. Agrifórum: sociedade nacional de agricultura, 17 de outubro de 2014, [s.n.]. Disponível em: <http://agriforum.agr.br/sistemas-agroindustrias-e-contratos-de-integracao-vertical/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁶⁷ BELIK, Walter. Agroindústria e política agroindustrial no Brasil. *In*: RAMOS, Pedro (org.). **Dimensões do Agronegócio Brasileiro**: políticas, instituições e perspectivas. Brasília: MDA, 2007, p. 141-170.

agropecuária e a indústria processadora, com a finalidade de agregar valor aos produtos agrícolas exportados.

A modernização da agricultura não ocorreu apenas com a incorporação de novas tecnologias de mecanização e quimificação da produção, mas também na forma de coordenação da atividade, por meio de arranjos contratuais de integração, para se adequar às condições e exigências do mercado, ampliando a capacidade produtiva com a garantia de qualidade e quantidade de matéria-prima para a industrialização. A coordenação vertical das operações é uma forma de especialização das funções dos diferentes agentes envolvidos na cadeia produtiva, um mecanismo de cooperação entre os setores da produção primária, da indústria de transformação e da distribuição varejista, que emprega um maior uso de contratos de coordenação em oposição ao mercado à vista e à integração vertical.

A coordenação contratual da integração do agronegócio indica uma forma de governança nos termos do referencial teórico dos custos de transação e dos contratos híbridos, no âmbito da NEI. A integração contratual é um fenômeno que envolve aspectos econômicos e jurídicos. A terminologia “contratos de integração vertical”, remete à integração vertical que representa uma estruturação produtiva que envolve ao mesmo tempo mais de um nível de operação da cadeia produtiva (produção, a transformação e venda) que, normalmente, seriam desenvolvidos por setores diferentes. Contudo, na realidade, não é comum uma integração vertical própria, mas sim a “quase-integração” que designa uma associação de empresários sobre um regime contratual específico, que conserva a independência jurídica entre as partes⁶⁸. Assim, o contrato de integração vertical é uma espécie do gênero acordo vertical, que remete, por meio de um contrato, a um negócio jurídico entre agentes econômicos para promover maior dinamismo e eficiência em uma cadeia produtiva, ou seja, uma estrutura de governança⁶⁹.

Na coordenação das transações no âmbito do agronegócio, a estrutura de governança varia de acordo com as particularidades de cada cadeia produtiva. Os contratos de integração vertical são uma estrutura de governança adotada pelos agentes econômicos, envolvidos no agronegócio, mais compatível com os atributos da transação,

⁶⁸ PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁶⁹ COELHO, Antonio Augusto de Souza. A nova era dos contratos de integração vertical no agronegócio brasileiro. **Revista Justiça e Cidadania**. Edição 217, set. 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/nova-era-dos-contratos-de-integracao-vertical-no-agronegocio-brasileiro/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

capaz de atender às peculiaridades do sistema agroindustrial, facilitando a troca de produtos e serviços, ou seja, mecanismos de estímulos; bem como de resguardar as partes contratantes e proporcionar maior eficiência ao sistema, em virtude do controle e repartição de riscos decorrentes de comportamento oportunista.

Nesse sentido, segundo Nunziata Stefania Valenza Paiva⁷⁰, os contratos de integração vertical agroindustriais denotam três características básicas: a) a interação entre os produtores e a indústria na oferta e demanda de matéria-prima que reduz os riscos de ambos, com a demanda garantida aos produtores e o fornecimento de insumos com a qualidade e quantidade requerida pela indústria; b) particularidades e multiplicidades nas formas de remuneração; c) perda de poder decisório do produtor em favor do integrador ao ser obrigado a acatar as regras e padrões de produção determinados pela indústria.

Assim, os contratos de integração vertical são interpretados, no âmbito da Economia das Organizações, como uma forma mais eficiente de coordenar as transações de uma cadeia de valor, ao passo que, para o Direito, o contrato é um acordo de vontades. Segundo Viviane Taís Azoia e Marcia Carla Pereira Ribeiro, o contrato é um “fenômeno econômico e não uma criação do Direito [...] ao conhecer um fato ocorrido na vida em sociedade, busca dentro de certos limites, impor condicionantes à atividade comercial”⁷¹. É, portanto, uma forma de limitar o comportamento individual para alcançar melhores resultados tanto individualmente como para o coletivo⁷². Ainda que a abordagem da Economia e do Direito sejam diferentes, acabam por ser complementares, na medida em que o Direito pode contribuir para que o acordo de vontades seja o mais eficiente possível na coordenação dessas transações, reduzindo, assim, os custos associados.

No plano normativo brasileiro, as balizas dos contratos de integração vertical agroindustriais foram estabelecidas pela Lei 13.288/2016, que até então era modalidade contratual considerada atípica, pois não havia um enquadramento nas formas contratuais relativas às atividades agropecuárias. Nos termos da legislação atual, quatro conceitos, elencados no art. 2º, da Lei 13.288/2016 são fundamentais à compreensão do contrato de integração vertical, quais sejam: produtor integrado, agente integrador, contrato de

⁷⁰ PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 45.

⁷¹ AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A função social dos contratos e as externalidades: uma análise econômica. **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v. 10, n. 2, jul-dez, p. 1-29, 2016, p. 9.

⁷² AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos: uma perspectiva econômica. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 109-129, p. 116.

integração e atividades agrossilvipastoril.

O produtor integrado é o “produtor agrossilvipastoril, pessoa física ou jurídica, que, individualmente ou de forma associativa, com ou sem a cooperação laboral de empregados, se vincula ao integrador por meio de contrato de integração vertical, recebendo bens ou serviços para a produção e para o fornecimento de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final”. Agente integrador é a “pessoa física ou jurídica que se vincula ao produtor integrado por meio de contrato de integração vertical, fornecendo bens, insumos e serviços e recebendo matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final utilizados no processo industrial ou comercial”. O contrato de integração é conceituado como “contrato, firmado entre o produtor integrado e o integrador, que estabelece a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, entre outros que regulem o relacionamento entre os sujeitos do contrato”. E as atividades agrossilvipastoris são “atividades de agricultura, pecuária, silvicultura, aquicultura, pesca ou extrativismo vegetal”⁷³.

Os contratos de integração vertical agroindustriais evidenciam as atribuições a cada uma das partes com direitos e deveres e, estabelecem a tipicidade da relação contratual, distinguindo de outras formas contratuais que envolvem as atividades agrossilvipastoris, não configurando prestação de serviço ou relação de emprego, conforme artigo 3º da Lei 13.288/2016. Assim, os contratos de integração entre a empresa agroindustrial e o produtor rural assumem características próprias, atendendo aos interesses de natureza econômica comum de ambas partes para uma melhor eficiência organizacional e maior competitividade das atividades vinculadas.

1.3.1 Estrutura de governança e as relações contratuais na indústria de proteína animal

A interação entre produtores e indústria no mercado de proteína animal brasileiro é caracterizada por uma estrutura de governança conforme a espécie de animal produzido para abate, que nesta tese está direcionada para as cadeias produtivas de aves,

⁷³ BRASIL. Lei nº 13.288, de 16 de maio de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

de suínos e de bovinos. Na cadeia produtiva da carne de aves e suínos, a principal característica da forma de organização são os contratos de integração, embora com diferentes particularidades em cada região do país, a média é de aproximadamente de 90% no setor de aves e de 50% no de suínos⁷⁴. A estrutura da cadeia da carne bovina tem como característica o mercado *spot*, o mercado a termo e o mercado futuro, com operações na bolsa de valores. Importante salientar que os principais frigoríficos abatedouros de bovinos também desenvolvem atividades de produção de animais para abate, em concorrência com os demais produtores.

A escala comercial e industrial da avicultura tem sua origem em São Paulo, nos anos de 1940, com a chegada de imigrantes japoneses, criando aves de postura. A atividade de abate em escala industrial teve início em Santa Catarina com a instalação da Perdigão em 1934 e da Sadia em 1944, mas os contratos de parceria na produção de aves tiveram início no Oeste catarinense, no começo dos anos de 1960⁷⁵.

O desenvolvimento e consolidação da indústria frigorífica de aves e suínos está associada a esse processo de modernização da agricultura, ocorrido no período entre os anos de 1960 e 1970, caracterizado pela intensificação das relações contratuais da agricultura com a indústria e pela participação do Estado, que com financiamentos governamentais subsidiados impulsionaram a construção das cadeias produtivas de aves e suínos. Segundo Leonel Mazalli⁷⁶, a estrutura atual da avicultura de corte se consolidou na década de 1970 com a incorporação de “pacote tecnológico” para melhoria da qualidade e eficiência da produção, com papel ativo do poder público, “basicamente enquanto fornecedor de crédito subsidiado e de incentivos fiscais à produção agrícola, ao processamento industrial e à exportação”.

A partir da década de 1980 e com maior intensidade nos anos 1990, a cadeia de frango de corte experimentou uma significativa transformação da estrutura interna e espacialização das atividades do complexo agroindustrial. Em relação a estrutura interna houveram importantes avanços tecnológicos e biotecnológicos que melhoraram a eficiência produtiva, aumento da escala de produção, desenvolvimento de novos produtos (agregação de valor) e ampliação do mercado de consumo interno e externo (aumento das exportações). A cadeia produtiva, em termos de espacialização inseriu-se em novos

⁷⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do agronegócio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 414.

⁷⁵ BELUSSO, Diane.; HESPANHOL, Antonio. Nivaldo. A evolução da avicultura industrial brasileira e seus efeitos territoriais. **Revista Percorso – NEMO**, Maringá, n. 1, v. 2, p. 25-51, 2010.

⁷⁶ MAZALLI, Leonel. **O processo recente de reorganização agroindustrial: do complexo à organização em rede**. São Paulo: Unesp, 2000, p. 65.

espaços geográficos, expandindo-se para as regiões do centro-oeste e do norte do país, aproximando-se da expansão das regiões produtoras de grãos (soja e milho). Essas transformações consolidaram a organização da cadeia produtiva e intensificaram as articulações com concorrentes no mercado nacional e internacional.

Na avicultura de corte brasileira são adotados, pelo menos, três sistemas de coordenação de produção, quais sejam: sistema de integração, sistema cooperativo e sistema independente (mercado). No sistema de integração, a interação entre o produtor e a indústria de abate avícola é regido por contratos de integração, que estabelecem responsabilidades a cada uma das partes, permitindo a especialização dos agentes em cada etapa da cadeia de produção⁷⁷. No sistema cooperativo, geralmente a relação contratual é semelhante ao sistema de integração. Contudo, por ser cooperado o produtor também é responsável pelos resultados da cooperativa. E, o sistema independente é caracterizado pela responsabilidade do produtor por todas as etapas de produção até a comercialização, ou seja, uma estrutura de governança de mercado.

O sistema de contratos de integração na indústria de proteína animal, especialmente em relação a cadeia de produção de aves e suínos tem aumentado significativamente nas últimas décadas, reduzindo a governança via mercado. A relação contratual a montante na cadeia produtiva pode ser vantajosa tanto aos produtores quanto para a indústria. Para os produtores, a contratação pode reduzir os riscos de variabilidade de preço e renda, melhores preços conforme os atributos do produto e garantias de venda da produção. Para a indústria, as vantagens estão na garantia do fluxo de produtos com os padrões de quantidade e de qualidade, conforme a demanda do mercado. E, que também permite condições de rastreabilidade do produto, atendendo as especificidades de cada mercado consumidor⁷⁸⁻⁷⁹.

⁷⁷ O sistema de integração é configuração mais comum de interação entre o produtor e a indústria de abate avícola com vistas à redução dos custos de transação (negociação de preços, contratação de compradores, operações de logística). Nessa estrutura de organização, a indústria transfere ao produtor rural integrado os insumos (pintainhos, ração, medicamentos, assistência técnica e garantia de compra). Por sua vez, o produtor é o responsável pelos investimentos em instalações e equipamentos, e pela mão de obra, com uma renda mínima conforme critérios contratuais de desempenho.

⁷⁸ MACDONALD, James M; KORB, Penni. Agricultural contracting update: contracts in 2005. Electronic report from Economic Research Service (USDA). **Economic Information Bulletin**. n. 35, Jan. 2008. Disponível em: <http://www.ers.usda.gov>. Acesso em: 14 fev. 2018.

⁷⁹ Pesquisa da cadeia produtiva do frango de corte, do Estado Paraná, identificou que estrutura de governança assume outras características que vão além da especificidade dos ativos, quando analisa o comportamento da indústria com consumidores, incorporando na governança as particularidades do mercado que deseja participar e maior relevância para o grau de incerteza para atender exigências da demanda de garantia da segurança alimentar, rastreabilidade e bem-estar animal. SILVA, Christian Luiz da; SAES, Maria Sylvia Macchione. A questão da coexistência de estruturas de governança na economia dos custos de transação: evidências empíricas na avicultura de corte paranaense. **Revista de**

Contudo, a estrutura de governança da cadeia de produção avícola, baseada essencialmente em contratos de integração, também apresenta problemas que podem afetar os produtores, como: a falta de garantias contratuais de lucratividade mínima por lote; dificuldades de compreensão do teor dos contratos e limitação do poder de barganha dos produtores. Essas características estão associadas à possibilidade de condutas oportunistas dos agentes integradores, com repasses de prejuízo aos produtores e incertezas contratuais⁸⁰. Além disso, há uma elevada especificidade dos ativos específicos, que dada a estrutura de coordenação, sob um mercado monopsônico, torna o produtor refém, vez que a estrutura montada para desenvolver a atividade tem baixa possibilidade de utilização para outros fins⁸¹.

Na cadeia produtiva de suínos, a forma de coordenação mais difundida das transações entre produtores e agroindústrias de abate e processamento é a integração da produção por meio de contratos ou programas de fomento, é uma característica que tem aumentado nos principais países produtores, inclusive no Brasil⁸². O sistema de integração permite a especialização dos processos de produção da cadeia produtiva a partir da coordenação da indústria processadora.

As transações entre os produtores de suínos e as agroindústrias são basicamente coordenadas por dois tipos de contrato: “os contratos de compra e venda (*marketing contracts*) e os contratos de produção ou de parceria (*production contracts*)”. Nos contratos de compra e venda, a tomada de decisões é do produtor, que assume os riscos integrais da produção, mas com a garantia de compra pela agroindústria. Nos contratos de parceria, é a indústria que estabelece os mecanismos de remuneração e os parâmetros de qualidade e de quantidade, com a responsabilidade de fornecer os insumos (ração, leitões, assistência técnica e genética) e, o produtor deve fornecer as instalações, mão-de-obra, água, equipamentos e gestão dos dejetos⁸³.

Administração Mackenzie, v. 6, n. 3, p. 88-118, 2005.

⁸⁰ CIELO, Ivanete D.; RIBEIRO, Márcia. C. P.; ROCHA JR, Weimar. F. Análise dos contratos de integração no sistema agroindustrial do frango de corte na mesorregião oeste do Paraná sob a ótica da nova economia institucional. **Revista Tecnologia e Sociedade**, v. 13, n. 29, p. 177-191, 2017. Disponível em: <https://periodicos.utfrpr.edu.br/rtts/article/view/5342>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁸¹ RIBEIRO, Márcia. C. P.; ROCHA JR, Weimar. F. da; Institutional environment and contracts: a case study in the agroindustrial system of broiler factory farming in the west of the State of Paraná, Brazil. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa - RIDB**, v. 2, p. 1541-1568, 2013.

⁸² MIELE, Marcelo; WAQUIL, Paulo D. Estrutura e dinâmica dos contratos na suinocultura de Santa Catarina: um estudo de casos múltiplos. **Estudos Econômicos**. Instituto de Pesquisas Econômicas, São Paulo, v. 37, n. 4, p. 817-847, 2007.

⁸³ *Ibidem*, p. 822.

O modelo de coordenação da produção da cadeia de suinocultura brasileira tem particularidades nas diferentes regiões do país. Na região sul há o predomínio de pequenos produtores que estão organizados, aproximadamente 81%, no sistema de contratos de integração com grandes indústrias ou em cooperativas e, geralmente especializados em uma fase da produção (unidades de produção de leitão ou unidades de terminação). Na região sudeste, aproximadamente 77% dos produtores são independentes, desenvolvendo o ciclo completo. E na região centro-oeste, a produção integrada é em torno de 50%; e com menor escala de produção, as regiões norte e nordeste têm uma produção 100% independente⁸⁴.

O modelo de coordenação por contratos de integração é o que apresenta maior crescimento na cadeia produtiva de suínos, segundo a Associação Brasileira de Criadores de Suínos (ABCS), em razão da maior segurança dos contratos de integração e da concentração da indústria exportadora, que utiliza o modelo para controlar os custos de produção e as características de qualidade do produto, conforme demandas do mercado consumidor. Neste sentido, “a integração da produção assume objetivos econômicos e de eficiência técnica”, permitindo que a indústria detenha o controle sobre quantidade e qualidade dos animais, melhorando a eficiência produtiva com a redução de ociosidades da indústria e padronização e rastreabilidade dos produtos⁸⁵.

Por sua vez, a cadeia produtiva da carne bovina brasileira tem como característica principal a heterogeneidade, em termos de diversidade e descoordenação, em razão da existência de sistemas de produção com diferenças extremas. Por um lado, há uma estrutura de produção com os melhores padrões de tecnologia, desde o melhoramento genético até os modelos de gestão e comercialização; enquanto, por outro lado, há uma produção de baixa qualidade e precária na organização, com baixa estabilidade nas relações entre criadores e frigoríficos⁸⁶.

As interações dos produtores com a indústria frigorífica na cadeia da carne bovina podem ser divididas em duas etapas. A primeira, refere-se à produção do animal, que pode ser segmentada nas etapas de cria, recria e engorda. A cria, quando o pecuarista

⁸⁴ ABCS - Associação Brasileira de Criadores de Suínos. **Mapeamento da suinocultura brasileira**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.abcs.org.br/attachments/-01_Mapeamento_COMPLETO_bloq.pdf. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁸⁵ MIELE, Marcelo; WAQUIL, Paulo D. Estrutura e dinâmica dos contratos na suinocultura de Santa Catarina: um estudo de casos múltiplos. **Estudos Econômicos**. Instituto de Pesquisas Econômicas, São Paulo, v. 37, n. 4, p. 817-847, 2007, p. 844.

⁸⁶ SIFFERT FILHO Nelson; FAVERET FILHO, Paulo. O Sistema Agroindustrial de Carnes: Competitividade e Estruturas de Governança. 1998. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

produz bezerros; a cria, quando o produtor é dedicado ao boi magro; e na engorda, quando atua com o boi gordo. Nessa estrutura de etapas, o pecuarista tem a decisão de ter o controle de todo o processo ou de partes dele. Na segunda etapa, a indústria frigorífica é responsável pela aquisição do boi gordo, seu abate, limpeza, desossa, embalagem e venda da carne. A aquisição de animais para o abate se dá, significativamente, por meio do mercado *spot* e mercado a termo, negociando-os diretamente com os pecuaristas ou contratos de mercado futuro por meio de corretores (autônomos ou vinculados ao frigorífico) que intermedeiam a transação⁸⁷.

Além das estratégias de governança, a indústria de proteína animal busca outras alternativas de redução de custos de transação que proporcionem maior eficiência econômica, como fusões, aquisições e acordos de cooperação, mas que podem ser interpretadas como condutas restritivas à liberdade de concorrência por provocar alterações na estrutura do mercado. Assim, as estratégias para obtenção de melhor eficiência podem provocar externalidades negativas, que devem ser analisadas na perspectiva do Direito Concorrencial.

⁸⁷ URSO, Fabiana Salgueiro P. **A cadeia da carne bovina no Brasil**: uma análise de poder de mercado e teoria da informação. 2007. São Paulo: Tese (Doutorado em Economia de Empresas) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Economia de São Paulo, 2007.

2 A INTERFACE ENTRE EFICIÊNCIA ECONÔMICA E DIREITO CONCORRENCIAL

Na defesa da concorrência, a eficiência econômica é destaque entre os objetivos perseguidos pelas autoridades antitruste, dada a necessidade de ponderar em que medida as condutas restritivas ou operações de concentração econômica podem obstruir ou potencializar eficiências em relação a estrutura de mercado e o poder de mercado, pois a defesa da concorrência é um meio para alcançar maior eficiência e bem-estar econômico. Em termos gerais, a lógica da eficiência é dada pela relação entre *input* e *output* em uma mesma atividade com o objetivo principal de produzir mais *output* com a mesma quantidade de *input* ou produzir a mesma quantidade de *output* utilizando uma quantidade de *input* menor. Conforme Raquel Sztajn, “eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade; de adequação à função”⁸⁸. Simplificando, o conceito de eficiência está relacionado com a possibilidade de se atingir o melhor resultado com o mínimo de erro ou desperdício⁸⁹. Contudo, as estratégias e o comportamento empresarial na busca de arranjos organizacionais mais eficientes podem provocar alterações nas estruturas de mercado e nas relações de poder de mercado, que pode gerar prejuízo ao bem-estar social.

As eficiências econômicas podem ser classificadas em dois conjuntos: a eficiência estática e a eficiência dinâmica. A primeira está relacionada à escolha mais eficiente de alocação dos recursos disponíveis em um determinado momento temporal estático, considerando como dada as informações existentes e o nível tecnológico e, aplicada em termos de produtos, processos ou capacidades existentes. A eficiência dinâmica se preocupa com o desenvolvimento e introdução de novas tecnologias que melhorem a eficiência produtiva ao longo do tempo, livre de juízos de valor. Sendo assim, é necessário considerar as diversas características de cada modalidade de eficiência, bem como os objetivos da política de defesa da concorrência quando da aplicação das normas antitruste, haja vista “que nem sempre “mais” concorrência significa maior eficiência

⁸⁸ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 83.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 81-83.

econômica”⁹⁰⁻⁹¹. E, no mesmo sentido, a formação de grandes corporações, com a concentração do mercado, não representa maior eficiência. Pois a política de defesa da concorrência ao contemplar a ideia de bem-estar social deve considerar relevante não somente o critério de eficiência, mas também o critério distributivo e sua função de política pública de coordenação da concorrência, ultrapassando os pressupostos da eficiência.

2.1 EFICIÊNCIA ESTÁTICA E EFICIÊNCIA DINÂMICA: IMPLICAÇÕES NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A eficiência estática pode ser analisada a partir da eficiência alocativa, que é alcançada com o equilíbrio do mercado, que possibilita a maximização da utilidade do consumidor e os lucros empresariais em um equilíbrio competitivo, isto é, “o resultado eficiente ocorre quando os preços de mercado se igualam aos custos de produzir e oferecer bens” em um mercado concorrencial, que pode ser traduzido no conceito de “ótimo de Pareto”⁹².

A eficiência alocativa de Pareto requer que os agentes econômicos tenham ao mesmo tempo uma eficiência produtiva, referente à alocação dos insumos utilizados na produção de um bem ou serviço, e uma eficiência distributiva, relacionada à equidade na distribuição de bens e serviços conforme o valor que lhe atribuem e quantidades ideais de produção, obtendo assim o máximo bem-estar.

Na eficiência econômica ou “ótimo de Pareto” os recursos e as possibilidades tecnológicas de uma sociedade não permitem uma nova organização da produção e distribuição de bens que faça algum indivíduo melhorar sua situação, sem piorar a de

⁹⁰ FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência:** eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003, p. 12.

⁹¹ Para Maria Tereza Leopardi Mello, “uma política e defesa da concorrência tem por finalidade garantir a existência de condições de competição, preservando ou estimulando a formação de ambientes competitivos com vistas a induzir, se possível, maior eficiência econômica como resultado do funcionamento dos mercados. MELLO, Maria Tereza Leopardi. *Defesa da Concorrência*. In: KUPFER David, HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial:** fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013, p. 285.

⁹² O conceito de eficiência alocativa é desenvolvido a partir do modelo de concorrência perfeita, assumidas suas hipóteses fundamentais acerca da racionalidade, preferências dos consumidores, condições tecnológicas, e os agentes são tomadores de preços. FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 774.

outro. A alocação de bens e direitos é eficiente “se todas as trocas que beneficiam ambas as partes são feitas, até o ponto em que necessariamente alguém perderá com uma troca adicional”⁹³⁻⁹⁴. Condição que, no mundo ideal da concorrência perfeita, maximiza o bem-estar social, por igualar o benefício marginal do consumo ao custo marginal de produção.

A eficiência produtiva está relacionada com a capacidade de organização da produção da empresa, que como centro de transformação de *inputs* em *outputs*, objetiva a partir de uma quantidade de recursos produzir a maior quantidade possível em um dado contexto tecnológico e ao nível de preços dos fatores de produção, empregando uma melhor combinação de custos e recursos produtivos⁹⁵, ou seja, reduzir os custos de produção para ampliar a competitividade. A alocação de insumos para o processo produtivo é considerada tecnicamente eficiente quando a produção de um bem não puder ser aumentada sem que ocorra a diminuição na quantidade produzida de outro bem⁹⁶.

No que tange ao âmbito da defesa da concorrência, operações de concentração empresarial e ou restrições verticais podem constituir em eficiências ou ineficiências produtivas. As eficiências estão relacionadas com economias de escala⁹⁷, economias de escopo⁹⁸ e sinergias; e as ineficiências podem decorrer do maior poder de mercado em razão da concentração que pode intervir nos incentivos das firmas pós-fusão de manterem seus custos baixos, alterando o equilíbrio de preços e quantidades comparativamente à concorrência perfeita. Assim, as estratégias empresariais que conduzem para um distanciamento do modelo de concorrência perfeita para uma estrutura de mercado monopolista é uma fonte de ineficiência alocativa, haja vista que a organização de mercado que garante uma alocação Pareto-eficiente é o mercado competitivo. E, em

⁹³ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 29.

⁹⁴ O ótimo de Pareto é uma troca de bens e direitos que não toma em conta questões distributivas, para Amartya Sen, “a otimalidade de Pareto concerne exclusivamente à eficiência no espaço das utilidades, deixando de lado as considerações distributivas relativas a utilidade”. SEN, Amartya Kumar. **Sobre Ética e Economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 49.

⁹⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008.

⁹⁶ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 583.

⁹⁷ Economia de escala é a redução de custos unitários decorrentes de um aumento do volume (escala) de produção. A “redução pode se dar pela possibilidade de utilização de métodos produtivos mais automatizados ou mais avançados, mas também pode estar relacionada a ganhos em propaganda, marketing, P&D, financiamento, enfim qualquer etapa da produção e comercialização”. POSSAS, Maria Silvia. **Concorrência e competitividade**: notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. 1993. Tese (Doutorado em Economia). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas São Paulo, 1993, p. 70-71.

⁹⁸ Economia de escopo são ganhos decorrentes da produção de um conjunto de bens e não apenas um, de forma que “a produção conjunta de uma única empresa é maior do que as produções obtidas por duas empresas diferentes cada uma produzindo um único produto”. PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 229.

relação aos oligopólios, a teoria da organização industrial também se preocupa com a relação entre os preços e as quantidades dos produtos, haja vista que o afastamento da concorrência para alcançar um ambiente que permita a prática de preços monopólicos representa uma alocação ineficiente de recursos do ponto de vista estático.

Nesse sentido, condutas ou estratégias para provocar insuficiência concorrencial por meio de acordos cooperativos, barreiras à entrada de novas empresas, de forma a interferir na formação de preços são condenadas e acusadas de “promover ineficiência produtiva e alocativa, mediante a preservação dos lucros monopólicos ou da ineficiência-X”⁹⁹⁻¹⁰⁰. Isto representa uma ideia de que o poder de monopólio significa perda de bem-estar devido a uma ineficiência alocativa pela prática de preços mais elevados e uma ineficiência produtiva em razão de custos mais altos por utilizar tecnologias ineficientes.

A ineficiência da estrutura monopolista está associada, segundo Massimo Motta e Lucia Helena Salgado¹⁰¹, a dois argumentos: um associado ao relaxamento de gestão e o outro à seleção darwiniana. A ideia de relaxamento de gestão decorre dos modelos conhecidos como principal-agente, que assume a possibilidade de induzir o agente a optar por tecnologias ineficientes para priorizar os lucros do “principal”. Porém, deve se observar que em um mercado que exista um monopolista, este sofrerá uma pressão competitiva, de forma a torná-lo mais eficiente, exceto para setores com elevado grau de competitividade. E, por sua vez, na lógica da seleção darwiniana, a interpretação é que empresas não eficientes não prosperam, mas sendo uma empresa monopolista e ineficiente provavelmente sobreviverá como se eficiente fosse. A falta de concorrência em um mercado monopolista reduz a eficiência produtiva e o crescimento da produtividade. É a concorrência, sem subterfúgios protetivos ou subsídios, que promove maior eficiência produtiva.

Nesse sentido, a OCDE, aponta que proteger e preservar a concorrência é o “meio mais apropriado para assegurar a alocação eficiente de recursos - e, portanto,

⁹⁹ FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Silvia Macchione. **Competitividade**: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997, p. 140-141.

¹⁰⁰ O conceito de ineficiência-X foi desenvolvido por Harvey Leibenstein (1966), que associa a perda de eficiência à falta de pressão competitiva. O problema da ineficiência econômica não vincula, necessariamente, à alocação dos recursos produtivos, mas sim à ineficiência produtiva, pois grandes empresas com poder de mercado não minimizam custos de produção decorrentes de deficiências motivacionais.

¹⁰¹ MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência**: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 38-41.

resultados de mercado eficientes - em economias de mercado livre¹⁰², reduzindo o poder de mercado e com empresas mais eficientes. Contudo, a eficiência econômica, na perspectiva estática da alocação dos recursos não leva em consideração o contexto de transformações ao longo do tempo, e como já é sabido os ganhos de bem-estar, a longo prazo, não decorrem da eficiência alocativa, mas sim da capacidade de desenvolver novos produtos e processos de produção¹⁰³.

A eficiência dinâmica incorpora a dimensão temporal e as mudanças de opções que decorrem da inovação de processos e produtos ao longo de diferentes períodos de tempo, provocando um *trade off* intertemporal entre a eficiência presente e a futura, bem como das transformações que têm origem nas possibilidades de entradas e saídas de empresas do mercado, somadas aos avanços tecnológicos e atividades inovadoras¹⁰⁴. Essas características tornam a eficiência dinâmica mais difícil de prever e mensurar.

O conceito de eficiência dinâmica está diretamente relacionado à ideia de inovação e de destruição criativa de Joseph Schumpeter¹⁰⁵, segundo o qual a eficiência está intrinsecamente ligada ao conceito de iniciativa, de empreendedorismo, que representa a criatividade e a organização a fim de descobrir novas possibilidades de produtos e ou de organização que ampliem as fronteiras do que é acessível aos seres humanos. Nessa perspectiva, a concorrência está na capacidade de inovação, transformando de forma substancial e irreversível o ambiente econômico de cada mercado com o propósito de obtenção de lucros monopolísticos.

No âmbito da defesa da concorrência, a eficiência dinâmica corresponde à possibilidade de promover acréscimos de produção em termos de quantidade e qualidade ou novos produtos, que proporcionem ao consumidor uma satisfação superior quando comparada às opções de consumo anterior, ou seja, uma maximização do bem-estar ao longo do tempo¹⁰⁶. Entretanto, se esses ganhos de eficiência estiverem relacionados a acordos cooperativos de pesquisa e desenvolvimento, como uma *joint venture* ou a operações de concentração como fusões e aquisições, que possam criar entraves a liberdade concorrencial, as autoridades antitruste podem impor restrições.

¹⁰² OECD - Organization for Economic Co-operation and Development. **Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements**, OECD/GD (96) 65, Paris, 1996, p. 5. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

¹⁰³ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

¹⁰⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 778.

¹⁰⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

¹⁰⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 779.

Para minimizar possíveis prejuízos à concorrência os órgãos antitruste podem considerar os ganhos de eficiência potencialmente compensatórios, que a análise antitruste incorpora tradicionalmente, de acordo com Mario Luiz Possas¹⁰⁷, o “*trade off* entre a perda de bem-estar de “peso morto” decorrente de eventual monopolização do mercado (hipótese mais pessimista) e os ganhos de eficiência esperados como resultado de redução de custos, melhorias de qualidade etc., decorrentes do ato ou conduta em questão”. As eficiências relativas as operações de concentração estão relacionadas com reduções de custos em razão de economias de “escala e de escopo, aumentos de produtividade e de qualidade, aperfeiçoamentos tecnológicos e diferentes tipos de sinergia resultantes da fusão, aquisição ou *joint ventures*”, nesse aspecto restrições a atos cooperativos representam uma fonte de ineficiência intertemporal.

2.2 A EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SEUS LIMITES NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A acepção mais ampla de eficiência econômica refere-se a uma regra de maximização de uma medida de valor, que na análise econômica é a utilidade ou bem-estar social, o qual é alcançado num contexto de equilíbrio concorrencial a partir do sistema de preços. As concepções paretianas ou da teoria do equilíbrio geral assumem que a máxima eficiência econômica pressupõe a maximização da utilidade individual em um contexto de equilíbrio concorrencial, que maximiza o bem-estar social, isto é, por meio da concorrência perfeita, as decisões independentes dos indivíduos no mercado promovem ordem e não o caos, alcançando o ótimo de Pareto¹⁰⁸.

A estrutura de mercado eficiente é, assim, o equilíbrio competitivo, qualquer outra estrutura de mercado pode resultar em aumento de preços e quantidades de equilíbrio menores, reduzindo o nível de bem-estar que é socialmente indesejável¹⁰⁹.

¹⁰⁷ POSSAS, Mário Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. **Revista de Economia Política**, v. 24, n. 1, p. 73-94, 2004, p. 80.

¹⁰⁸ No âmbito da economia do bem-estar, o modelo de equilíbrio geral permite a dedução de dois teoremas: i) Todo equilíbrio competitivo é Pareto-Ótimo; ii) Todo Pareto-Ótimo pode ser atingido por equilíbrio competitivo. FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

¹⁰⁹ Conforme destaca Amartya Sen, o Teorema Fundamental da Economia do Bem-Estar “relaciona os resultados do equilíbrio de mercado em concorrência perfeita com a otimalidade de Pareto”, demonstrando que em determinadas condições cada equilíbrio perfeitamente competitivo é um ótimo

Contudo, os pressupostos para o equilíbrio concorrencial são afetados pela teoria das falhas de mercado¹¹⁰ e pela própria dinâmica dos mercados reais, impedindo assim a optimalidade de Pareto. Segundo Maria Paula dos Reis Vaz Freire, aceitar as falhas de mercado indica que os mercados reais são incapazes de funcionar em equilíbrio competitivo, o que justifica a intervenção pública para corrigir desvios que possam afetar a situação de optimalidade. Porém, segundo a autora, essa concepção sofre duas críticas, pois: i) aceita a validade do equilíbrio geral, mas nega o paradigma do funcionamento dos mercados reais; e, ii) utiliza as referências da concorrência perfeita para comparar mercados de concorrência imperfeita, mas considerado de bem-estar inferior¹¹¹.

A concepção paretiana de eficiência é um critério normativo para a verificação da existência ou não de bem-estar social (utilidade), que por implicar algum juízo de valor moral enfrenta algumas objeções para delimitar, de forma precisa, a eficiência econômica¹¹².

No âmbito de políticas econômicas, inclusive na defesa da concorrência, há limitações do conceito de eficiência de Pareto. Primeiramente, porque não trata da justiça distributiva, estabelecendo apenas condições de eficiência para distribuição já existente, ou seja, toma como ponto de partida a distribuição de riqueza inicial como referência, assim incrementos de melhoria são eficientes apesar da desigualdade inicial. Em segundo lugar, políticas públicas poderiam ser adotadas para corrigir problemas de distribuição ou falhas de mercado, porém não há como garantir que todos sejam beneficiados, pois medidas que impulsionem o bem-estar geral podem ocasionar prejuízos para um determinado grupo de indivíduos. Terceiro, a eficiência é tomada em bases estáticas, que na análise antitruste pode comprometer ações de cooperação no desenvolvimento de tecnologias, que no longo prazo aumentaria o bem-estar, além da existência de outras dimensões de eficiência, como eficiências dinâmicas e eficiências de custos de transação.

de Pareto, mas com algumas condições, especialmente a ausência de externalidades (fatores externos ao mercado, mas que possam influenciar sobre o nível de utilidade dos indivíduos) e a ausência de economias de grande escala, que cada estado social ótimo de Pareto representa um equilíbrio competitivo perfeito em relação a algum conjunto de preços. SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 50.

¹¹⁰ No contexto de políticas antitruste, as falhas de mercado estão relacionadas à concentração de mercado e ao abuso de posição dominante.

¹¹¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008.

¹¹² Para Amartya Sen, a métrica do “welfarista” baseada na utilidade do bem-estar das pessoas como única fonte de valor (felicidade ou satisfação de desejos), pode ser criticada por duas razões: “i) o bem-estar não é a única coisa valiosa; ii) a utilidade não representa adequadamente o bem-estar”. SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 63.

Por fim, não é possível dizer que um ótimo de Pareto é inequivocamente superior a uma situação não ótima, notadamente quando se trata de valores morais, por ser um valor pautado na utilidade individual que é subjetiva¹¹³.

A despeito das objeções e críticas ao conceito de eficiência de Pareto, este permanece como instrumental de referência na análise de alocação de recursos na teoria econômica. Na análise antitruste, o conceito é aplicado na avaliação de estruturas de mercado, que toma como base de referência a teoria da concorrência perfeita. Nessa perspectiva, a ideia de eficiência paretiana assume papel de referência, seja para negação de sua validade ou para desenvolver alternativas mais sofisticadas na análise da política concorrencial, em que pesem as limitações de informação e problemas de incentivos¹¹⁴.

A intervenção do Estado, por meio de políticas públicas, para alcançar o ótimo de Pareto é limitado, pois dificilmente as medidas promoverão ganhos para todos os envolvidos. A superação deste problema foi encontrada no princípio da compensação, desenvolvido por Nicolas Kaldor (1939) e John Hicks (1939)¹¹⁵, como parte do esforço pelo desenvolvimento de uma “nova teoria do bem-estar social”. O princípio da compensação de Kaldor-Hicks aceita a possibilidade da eficiência econômica mesmo quando haja perdas de bem-estar social, defendendo que os benefícios obtidos por uns são suficientes para compensar os prejuízos de outros, mas desde que ninguém fique em pior situação da qual se encontrava¹¹⁶. Em sentido semelhante, Richard Posner, afirma que o critério de Kaldor-Hicks também conhecido como superioridade potencial de Pareto, “em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados”¹¹⁷.

Pelo critério de Kaldor-Hicks, a eficiência na alocação de recursos requer que os ganhadores tenham um incremento de bem-estar suficiente para compensar a perda de

¹¹³ BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011, p. 397.

¹¹⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008.

¹¹⁵ Em 1939, Nicolas Kaldor apresenta em seu trabalho intitulado “Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility”, abordando o problema sobre a comparação interpessoais de utilidade. No mesmo ano John Hicks, também analisando o problema da comparação interpessoal, publicou o artigo “The Foundations of Welfare Economics”. A partir da análise comum foi formulado o princípio da compensação.

¹¹⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008.

¹¹⁷ POSNER, Richard A. **A Economia da justiça**, tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 108.

bem-estar dos agentes econômicos afetados negativamente. Assim, a eficiência econômica, como criação de riqueza líquida, ocorre quando uma política pública é capaz de promover benefícios aos agentes econômicos quantitativamente superiores aos prejuízos dela decorrentes. A compensação aos perdedores poderia ser realizada pelo governo, de forma que “um aumento da riqueza se transformará em um aperfeiçoamento de Pareto”, salvo algum motivo ético para não aceitar o princípio de Pareto. Entretanto, a participação do governo é uma opção política que não se pauta em critérios éticos e, portanto, a compensação não necessariamente ocorrerá¹¹⁸.

É fácil perceber que a eficiência de Kaldor-Hicks seja mais abrangente que o ótimo de Pareto, pois o critério de Pareto toma em consideração a diferença entre a maximização de utilidade e maximização de riqueza, embora a utilidade possa ser distinta para uma mesma quantidade de riqueza. A ideia é maximizar o valor da renda social, estabelecendo uma correlação entre bem-estar econômico e bem-estar social.

No critério de Kaldor-Hicks, a realocação dos recursos é eficiente quando possibilita aos vencedores compensar os perdedores, independente de se fazer ou não a compensação, portanto é apenas potencial¹¹⁹. Assim, mesmo que um indivíduo tenha sua situação piorada, mas se para o conjunto da sociedade houve melhoras há, portanto, compensação das perdas em potencial¹²⁰.

A eficiência de Kaldor-Hicks está associada a uma hipotética negociação de compensações, quantificando em termos monetários os ganhos e as perdas decorrentes de políticas públicas ou estratégias empresariais, com presunções especulativas em relação as preferências individuais e sobre o cálculo de uma compensação, capaz de maximizar as preferências agregadas dos agentes envolvidos. Neste sentido, o modelo de eficiência de Kaldor-Hicks está relacionado ao “liberalismo económico, na medida em que a demonstração da possibilidade de compensação é suficiente para justificar uma secundarização das consequências redistributivas de uma alteração”¹²¹.

A preferência pelo critério de Kaldor-Hicks, como fundamento decisório,

¹¹⁸ A compensação promoveria melhoramento de Pareto, isto é, permitindo a redistribuição sem piorar a situação de ninguém. *Ibidem*, p. 111-112.

¹¹⁹ POSNER, Richard A. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman, **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 243-252, Mar., 1980.

¹²⁰ “It is important to emphasize that the losers do not need to be compensated; the criterion is simply whether the winners’ gains exceed the losers’ losses as measured in dollars”. STRINGHAN, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning, **The quarterly journal of Austrian economics**, v. 4, n. 2, p. 41-50, 2001, p. 44.

¹²¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 787.

confronta-se com limitações decorrentes das premissas do modelo neoclássico, em que a eficiência é somente alcançada num contexto de ausência de custos de transação, o que não corresponde com o mundo real e, a primazia pela maximização da riqueza, que não estabelece a efetividade da compensação. Mas mesmo que houvesse uma melhora real dos rendimentos por meio de uma compensação monetária não significaria a melhor medida frente a perda de utilidade sofrida, pois o aceite de compensação retira do indivíduo a capacidade de escolha de suas preferências, que não são estáticas¹²². Assim, “a eficiência não é, portanto, medida em termos de utilidade, mas, sim, através da disposição de pagar”¹²³.

O conceito de maximização da riqueza de Kaldor-Hicks ou da maximização da utilidade individual de Pareto está associado a uma abordagem welfarista, preocupada com o bem-estar, mas com modelos normativos diferentes. Segundo Daniel Goldberg é preciso diferenciar a abordagem welfarista de Pareto (políticas públicas) do direito da abordagem econômica do direito (*law and economics*). Na perspectiva welfarista paretiana, não se “admitem critérios normativos exógenos ao bem-estar na construção e avaliação de políticas públicas”¹²⁴, as quais devem perseguir o bem-estar humano, promovendo a melhoria de todos, conforme o critério de ótimo de Pareto, sendo assim eticamente correto, pois políticas que não promovem o bem-estar são eticamente inferiores.

O movimento da *law and economics* surge de conceitos *welfaristas* da economia neoclássica, mas não se confundem. “A abordagem econômica do direito exige que as políticas que maximizem a riqueza sejam chanceladas”¹²⁵. Essa característica de maximização corresponde ao critério de eficiência de Kaldor-Hicks, haja vista que não leva em consideração qualquer compromisso de valor moral e as compensações raramente são praticadas, ou seja, ao separar as questões de distribuição das de eficiência, permite alocar os recursos para quaisquer objetivos de política pública. Nesse sentido, “aplicar o critério de Kaldor-Hicks não é apenas difícil, na prática, é impossível”¹²⁶, pois a escolha de políticas maximizadoras de riqueza não representa “um guia para a

¹²² Para Maria Paula dos Reis Vaz Freire, a compensação monetária promove “uma alteração da utilidade e de rendimento a qual passa a ser decisiva para os termos de trocas futuras, face a contextos de preços, que por sua vez não são estáticos”. *Ibidem*, p. 790.

¹²³ *Ibidem*, p. 800.

¹²⁴ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 75.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 75.

¹²⁶ STRINGHAM, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning, **The quarterly journal of Austrian economics**, v. 4, n. 2, p. 41-50, 2001, p. 48.

justiça”¹²⁷, por estarem dissociadas do valor justiça.

Nesse contexto, a política de defesa da concorrência, como política pública que privilegia a maximização do bem-estar, que nos termos do critério de Pareto defende a melhora de todos sem qualquer perdedor ou de Kaldor-Hicks, que para alcançar a eficiência concorda com situações em que há ganhadores e perdedores, pode estabelecer conflitos de interesse no que tange aos aspectos distributivos, especialmente quando o ponto de partida é uma estrutura de mercado imperfeita. Isto é, a questão da redistribuição de renda deve ser uma característica essencial de qualquer política econômica com foco na sua eficiência, especialmente quando provoca alterações sobre o bem-estar social. Porém, dada a impossibilidade, tanto teórica quanto prática, de construção de uma função de bem-estar social como guia de políticas econômicas, o princípio da eficiência potencial de Pareto é, segundo Jorge Fagundes, “condição necessária, mas não suficiente para o incremento do bem-estar social, sobretudo por políticas voltadas para o aumento da eficiência econômica total dos mercados”¹²⁸.

Em suma, as características do modelo concorrencial neoclássico são pautadas nas premissas de um mercado perfeitamente competitivo e estático, em que a alocação eficiente de recursos ocorre pela via do mercado, que apesar de suas limitações da análise das eficiências apresenta contribuições à defesa da concorrência de forma a evitar o surgimento do poder de monopólio por meio de estratégias empresariais de fusões, aquisições, *joint ventures* e condutas que restrinjam a capacidade concorrencial e transferências de renda, evitando prejuízos ao bem-estar da sociedade¹²⁹.

Para além de conflitos distributivos, os modelos de eficiência oriundos da economia neoclássica desprezam as propriedades dinâmicas da concorrência, os custos de transação e o papel das instituições no âmbito da política de defesa da concorrência. A concorrência dinâmica refuta os critérios de eficiência estática de Pareto para o bem-estar. E sobre os custos de transação, a transparência na atribuição de direitos reduz as externalidades relevantes em termos paretianos, contribuindo com as relações de trocas entre as partes, por meio das instituições ou normas legais para promover um aumento do bem-estar¹³⁰.

¹²⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, justiça e eficiência**: a perspectiva de Richard Posner. Fundação Getúlio Vargas (2008). Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/. Acesso em: 06 mar. de 2018, p. 8.

¹²⁸ FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência**: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003, p. 158.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 62-65.

¹³⁰ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL,

2.3. CONCORRÊNCIA E EFICIÊNCIA DINÂMICA

A análise da eficiência sob a perspectiva estática demonstra que a estrutura de mercado monopolista representa uma ineficiente alocação dos recursos ao considerar que uma empresa monopolista, para uma dada tecnologia, pratica preços mais elevados e uma ineficiência produtiva ao não optar por tecnologias mais eficientes disponíveis. Esse caráter estático é insuficiente para a compreensão da dinâmica da concorrência do sistema econômico capitalista, pois, conforme destaca Joseph Schumpeter, o conceito de eficiência não está somente associado à redução de custos e distribuição ao longo do tempo, mas também às novas tecnologias e às novas formas de organização, com inovações de produtos e processos de produção, essenciais ao crescimento econômico e promoção do bem-estar nas economias capitalistas.

Embora a questão da concorrência não seja o assunto principal dos trabalhos de Joseph Schumpeter, em 1943, na obra “Capitalismo, socialismo e democracia”, ele propôs o conceito de eficiência dinâmica, que analisa a concorrência como um processo disruptivo, uma interpretação divergente da concorrência estática da economia neoclássica pautada no equilíbrio entre a oferta e a demanda, regulada pelo sistema de preços. Na visão schumpeteriana, os desequilíbrios e as rupturas do mercado decorrentes da “destruição criativa” são geradores da condição de monopólio e lucro extraordinário às empresas. Neste sentido, o monopólio não afronta a concorrência, pelo contrário, na busca do poder de monopólio e lucros extraordinários as empresas são estimuladas no esforço de pesquisa e desenvolvimento como estratégia de obtenção de vantagens competitivas, mesmo que temporárias, a partir do progresso tecnológico.

Na perspectiva schumpeteriana, a concorrência é um processo dinâmico, que por meio da capacidade de pesquisa e desenvolvimento promove a inovação, possibilitando novos espaços e oportunidades econômicas, ou seja, não representa algo passivo e estático com o fim de alcançar um suposto equilíbrio entre oferta e procura. A inovação significa uma estratégia de concorrência e de posicionamento no mercado, que vai além da concorrência tradicional em preços, haja vista que a concorrência pode também ocorrer a partir da diferenciação do produto, agregando inclusive qualidade, com o fim de proporcionar condições de lucro. Joseph Schumpeter listou cinco diferentes tipos

de inovação, quais sejam: “1) A introdução de um novo bem [...] ou de uma nova qualidade de um bem. 2) Introdução de um novo método de produção [...]. 3) Abertura de um novo mercado [...]. 4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas [...]. 5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio”¹³¹.

A inovação como estratégia concorrencial permite que as estruturas de governança, baseadas em contratos de integração ampliem a eficiência com o desenvolvimento de novos produtos ou diferenciação de produtos, que em razão do maior poder de mercado da indústria nas relações contratuais, impõem aos produtores a necessidade de incorporar as inovações tecnológicas para atender aos diferentes padrões de demanda do mercado interno e externo.

Na realidade do capitalismo, segundo Joseph Schumpeter, a concorrência que é levada em consideração não é a concorrência baseada em preços, mas “sim a concorrência da nova mercadoria, da nova tecnologia, da nova fonte de abastecimento, do novo tipo de organização [...], ou seja, a concorrência que impõe uma vantagem decisiva em custo ou qualidade e que ataca não as margens de lucros e da produção das empresas existentes, mas nos seus alicerces e na sua própria existência”¹³².

A análise da concorrência schumpeteriana tem como elementos centrais a “*diversidade estratégica* e a *variedade tecnológica*”, sendo a empresa a unidade de análise e o “*mercado é o seu locus*, [...] de interação competitiva”. Contudo, são as condições *ambientais* que são decisivas, “seja no nível de *mercado*, onde se dá efetivamente o processo de concorrência, seja no nível mais geral, *sistêmico*, onde se definem as *externalidades* e as *políticas* que afetam a concorrência”¹³³. A dinâmica industrial é um resultado das estratégias competitivas de enfrentamento no mercado, que é sujeito a rupturas tecnológicas e da estrutura de mercado, ou seja, a dinâmica industrial é endógena à estrutura econômica, que é cada vez mais impactada pela globalização dos mercados e requer uma rápida posição das empresas, não só em estratégias concorrenciais, mas também de ativos tecnológicos de competitividade¹³⁴.

¹³¹ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução: Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1982, p. 48.

¹³² SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora da Unesp, 2017, p. 122.

¹³³ POSSAS, Mário Luiz. Concorrência schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia, **Economia industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 247.

¹³⁴ Nesse sentido, de acordo com Mário Possas, a avaliação da eficiência dinâmica deve levar em

Contudo, a aplicação do conceito de eficiência dinâmica na defesa da concorrência encontra alguns obstáculos que decorrem da própria dinamicidade das relações econômicas e sociais das economias de mercado, em razão de um *trade-off* alocativo entre as eficiências presente e a futura. Isso significa dizer que o aumento do poder de monopólio para justificar algum tipo de inovação no presente não significa necessariamente a garantia de menores custos e vantagens concorrenciais aos consumidores no futuro. Haja vista que, as eficiências dinâmicas são compreendidas como potenciais e de difícil mensuração e, como dependem de um indeterminado período de tempo para sua concretização, não há condições de previsibilidade de seus efeitos sobre a estrutura do mercado.

A marcha do progresso técnico, que na perspectiva schumpeteriana dependia de grandes empresas e o monopólio temporário¹³⁵⁻¹³⁶, gradativamente perde espaço em razão da carência de relações de causalidade entre concorrência e progresso técnico. Segundo Jorge Fagundes, a mensuração do progresso técnico depende de outras condições como o “grau de oportunidade e apropriabilidade da tecnologia”¹³⁷, ou seja, não necessariamente a concentração e o poder de mercado promovem a eficiência dinâmica. Isso porque a capacidade de inovação no desenvolvimento de novos produtos, serviços ou melhorias de processo produtivo podem ocorrer em diferentes estruturas de mercado ou tamanho de empresa, que podem valer-se inclusive de estratégias de fusões, aquisições e *joint ventures*.

A incorporação da eficiência dinâmica na política antitruste é um desafio. A

consideração dois aspectos, quais sejam: i) a *pressão competitiva* sobre as firmas, associadas às condições ambientais de mercado; e ii) a *competitividade das firmas* desse mercado. A primeira depende de fatores ligados às diferentes dimensões das políticas públicas de cunho micro e macroeconômico, tais como a política comercial, de regulação e antitruste; enquanto que a segunda depende das próprias estratégias empresariais. POSSAS, Mário Luiz. Economia normativa e eficiências: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. In: POSSAS, Mário Luiz (org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

¹³⁵ A discussão acerca da relação existente entre inovação e estruturas de mercado pode ser sintetizada na chamada “hipótese schumpeteriana” para a qual “uma estrutura de mercado envolvendo grandes empresas com um grau considerável de poder de mercado é o preço que a sociedade deve pagar pelo rápido avanço tecnológico” (Tradução livre). NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. **An evolutionary theory of economic change**. Cambridge: Harvard University Press, p. 278, 1982.

¹³⁶ Essa hipótese é fundamentada em três postulados: i) somente grandes empresas são capazes de suportar riscos e os custos inerentes ao avanço da tecnologia; ii) os lucros dessas empresas são fonte e incentivos de financiamento para inovações; e iii) o monopólio temporário e necessário para permitir a adequada apropriação das recompensas derivadas do esforço de inovação. Nelson, Richard and Winter, Sidney. The Schumpeterian tradeoff revisited. **American Economic Review**, v. 72, n.1, p. 114-132, 1982.

¹³⁷ FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p. 92-93.

evolução do progresso tecnológico, especialmente com os avanços da tecnologia da informação que proporcionaram novos modelos de negócios ou adaptações de modelos tradicionais às novas tecnologias afetaram a estrutura de mercado e as relações de concorrência, impondo novos desafios a aplicação do direito antitruste, que precisa compreender a evolução dos mercados preservando condições de inovação e garantia da tutela da concorrência¹³⁸.

A importância do progresso tecnológico não se dá apenas no aspecto do crescimento econômico e sua interface com os novos modelos de negócio, mas também na competitividade, nas relações de comércio mundial e por consequência na concorrência, ampliando o peso da eficiência dinâmica na análise antitruste, conforme recomendou a Comissão de Modernização do Antitruste dos Estados Unidos. Estabelecida para identificar necessidades de modernização da lei antitruste dos EUA, no que tange a chamada “*new economy*” e, com o objetivo de analisar a aplicação da análise antitruste em setores nos quais a inovação, a propriedade intelectual e a mudança tecnológica são características centrais¹³⁹.

A Comissão de Modernização do Antitruste constatou que as leis estadunidenses são suficientemente flexíveis, incorporando novos aprendizados econômicos para fornecer uma avaliação competitiva sólida em todos os setores, incluindo aqueles caracterizados por inovação, propriedade intelectual e mudança tecnológica, haja vista que “os princípios econômicos básicos não se tornam “ultrapassados” simplesmente porque as indústrias se tornam altamente dinâmicas”¹⁴⁰.

A contribuição dos Estados Unidos ao estudo sobre eficiência dinâmica na análise de fusões, promovido pela OCDE, em 2007, ficou evidenciado que as agências de fiscalização estadunidenses levam em consideração as alegações de eficiência apenas quando são específicas à fusão, que não podem ser vagas e ou especulativas¹⁴¹. É

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹³⁹ THE ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. Report and Recommendations. 2007. Disponível em: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Acesso em: 06 abr. 2018.

¹⁴⁰ THE ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. Report and Recommendations. 2007. Disponível em: http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Acesso em: 06 abr. 2018, p. 31.

¹⁴¹ De acordo com a contribuição dos Estados Unidos para o estudo da OCDE, planos específicos para redução de custos após uma fusão asseguram que as alegações de eficiência não sejam “vagas ou especulativas”, mas as agências não aceitam sem críticas tais planos. As agências examinam os planos e acompanham a estimação das economias, que só são aceitas como tal se não forem originadas de reduções anticompetitivas na produção de bens ou oferta de serviços. Assim, por exemplo, a eliminação de programa de P&D de uma das firmas em fusão pode gerar uma redução de custo significativa, mas essa redução de custo deve normalmente ser vista como anticompetitiva, e não como

necessário que as agências disponham de informações suficientes para “verificar, por meios razoáveis, a probabilidade e a magnitude dos ganhos de eficiência”¹⁴². As partes da operação de concentração devem indicar como a combinação de ativos podem promover eficiências e vantagens aos consumidores.

Na União Europeia, o Regulamento das concentrações comunitárias atribui explicitamente um papel às eficiências na avaliação de fusões, determinando que nas operações de concentração sejam levados em “consideração as alegações de eventuais e fundamentados ganhos de eficiência apresentadas pelas empresas em causa”. Ainda, de acordo com o artigo 2.1 do Regulamento, na apreciação das concentrações, a Comissão deve ter em consideração “a evolução do progresso técnico e económico, desde que tal evolução seja vantajosa para os consumidores e não constitua um obstáculo à concorrência”¹⁴³. As eficiências dinâmicas, em razão das dificuldades de mensuração, ainda não têm produzido impactos decisivos no resultado das investigações sobre concentração. A falta de informações confiáveis é a razão pela qual autoridades de concorrência tendem a ser céticas quanto às alegações de eficiências que precisam ser específicas da fusão, verificáveis e devem ser apoiadas por evidências convincentes e quantificadas sempre que possível¹⁴⁴.

A percepção de flexibilização na aplicação da norma antitruste reconhece a existência das eficiências dinâmicas, o que não significa inferir que tais eficiências sejam mais importantes que as eficiências estáticas. Nesse sentido, segundo Jorge Fagundes, a visão schumpeteriana tradicional “não deve ser usada para sustentar que as políticas de defesa da concorrência deveriam ser *a priori*, mais tolerantes, por exemplo, com fusões e aquisições de caráter horizontal, cartéis ou ainda condutas anticompetitivas de caráter exclusionário”¹⁴⁵. Isto é, a crença de que a inovação e a competição schumpeteriana são sempre possíveis e podem ser invocadas, independentemente dos impactos sobre a estrutura de mercado e do poder de mercado, deve ser compreendida com muita cautela.

uma eficiência dinâmica originada na fusão. OCDE. **Dynamic efficiencies in merger analysis**. 2007, p. 219. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁴² U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. **Horizontal merger guidelines**, § 4 (1992, revised 1997). Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹⁴³ REGULAMENTO (CE) N.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004. Relativo ao controlo das concentrações de empresas. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32004R0139>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁴⁴ OCDE. **Dynamic efficiencies in merger analysis**. 2007, p. 160. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁴⁵ FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste**. São Paulo: Singular, 2003, p. 98.

Os efeitos decorrentes de condutas de eficiência dinâmica podem ser incertos e com baixa previsibilidade, limitando a avaliação das autoridades antitruste. Entretanto, isso não significa limitar as condições de inovação. Segundo Jonathan Baker, é necessário promover a inovação, mas simultaneamente protegendo a concorrência contra estratégias e condutas com efeitos anticoncorrenciais¹⁴⁶. Portanto, a aplicação da legislação antitruste não deve concentrar-se, especificamente, nos possíveis benefícios de operações de concentração de mercado, mas nos seus efeitos competitivos, de modo que as agências de fiscalização investiguem os impactos que a concentração pode gerar no ambiente concorrencial, mensurando as eficiências estáticas e dinâmicas. A preocupação em incorporar a eficiência dinâmica pode ser observada nas contribuições ao documento da OCDE das instituições antitruste de Portugal, França, Alemanha entre outros países, que elegeram a eficiência dinâmica como objetivo principal para o aumento do bem-estar do consumidor.

No Brasil, as alegações de eficiências como defesa em atos de concentração de mercado não eram levadas em consideração, salvo em casos complexos que poderiam impactar negativamente o bem-estar social. As razões para não considerar as alegações de eficiências como defesa nas operações de concentração são basicamente três. A primeira é a assimetria de informações, que afeta a confiança em relação aos dados e às alegações apresentadas pelas partes. A segunda decorre da falta de quantificação adequada, pelas partes, da economia de custos e os ganhos de produtividade. Por fim, há poucos estudos quantitativos para os impactos anticompetitivos de fusões para contrastar com as eficiências¹⁴⁷.

Conforme estabelecido no primeiro guia de análise econômica de atos de concentração horizontal do CADE, de 2001, as eficiências alegadas pelas partes requerentes do ato concentração só seriam consideradas se decorressem diretamente da operação e não pudessem ser obtidas, em um período inferior a dois anos, por meio de alternativas que envolvessem menores riscos à concorrência¹⁴⁸. Em 2016, o CADE

¹⁴⁶ Para Jonathan Baker, “A fiscalização antitruste ainda pode levar a uma maior inovação da indústria, não obstante alguma redução no incentivo da empresa dominante para investir em P & D, porque a fiscalização pode aumentar simultaneamente os incentivos de investimento em P & D dos concorrentes da empresa dominante”. (Tradução livre). Baker, Jonathan B. “Dynamic competition” does not excuse monopolization. *Competition Policy International*, v. 4 n. 2, p. 243-251, 2008, p. 11. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Bakerwebwcover.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

¹⁴⁷ OCDE. *Dynamic efficiencies in merger analysis*. 2007, p. 230. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

¹⁴⁸ BRASIL. *Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001*. Disponível em:

aprovou um novo Guia de Concentrações Horizontais estabelecendo que as eficiências precisam “compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo, não basta que gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas empresas fusionadas”¹⁴⁹.

Os atos de concentração mais complexos exigiram um tratamento adequado das eficiências, como exemplo, a fusão envolvendo a Nestlé e a Garoto, na indústria de chocolates, caso iniciado em fevereiro de 2002¹⁵⁰. O requisito formal para a aprovação dos atos de concentração, estabelecido pelo Guia para a Análise de Concentrações Horizontais vigente, é que os benefícios líquidos dos atos sejam não-negativos e, que haja uma transferência relevante dos benefícios aos consumidores.

Nos atos de concentração da indústria de proteína animal, especialmente os casos da BRF S.A. e a JBS S.A., as requerentes apresentaram notas técnicas apresentando as sinergias associadas à operação. Para a SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), as eficiências apresentadas para o ato de concentração entre a Sadia e a Perdigão não foram suficientes para produzir um efeito líquido não-negativo. No ato de concentração da JBS e Bertin, a nota técnica apresentada indicava eficiências de logística, comercial, suprimentos e operacional. Contudo, para a SEAE, as eficiências alegadas não são eficiências específicas da operação, ou seja, poderiam “ser obtidas por intermédio de outros mecanismos que não a operação de fusão, não justificando, portanto, a eliminação de um concorrente no mercado”¹⁵¹. Isto porque as eficiências não devem ser direcionadas para reduções de custos, aumento de lucros ou outras vantagens a serem incorporadas pelas empresas fusionadas, as eficiências precisam ser comprovadas e compensar prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo¹⁵². Outros aspectos da análise de eficiência dos casos citados serão tratados no capítulo cinco.

http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹⁴⁹ CADE. **Guia análise de atos de concentração horizontal**. Brasília – DF. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

¹⁵⁰ A análise da Secretaria de Acompanhamento Econômico indicou que “os ganhos de eficiência decorrentes da operação não seriam justificáveis para aprová-la”, com isso as eficiências alegadas foram improcedentes e Cade não autorizou o ato de concentração, em fevereiro de 2004, sendo judicializado em 2005. Em outubro de 2016 o ato de concentração foi autorizado com diretrizes a serem cumpridas pela Nestlé Brasil que adquiriu a Chocolates Garoto S/A. Processo AC 08012.001697/2002-89.

¹⁵¹ CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009/11**. Anexo 1. p. 250-521. Disponível em: <http://cade.gov.br>.

¹⁵² CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Disponível em: <http://cade.gov.br>. Acesso em: 10 abr. 2018.

As eficiências consideradas pelo SBDC são essencialmente eficiências produtivas e alocativas, sintetizadas como eficiência econômica, que são ponderadas pelo CADE *vis-à-vis* aos efeitos negativos decorrentes da operação de concentração, conforme disposição legislativa. Assim, considerando a dinâmica do desenvolvimento das tecnologias e suas aplicações, impõe-se ao CADE a necessidade de aplicar novas metodologias da análise concorrencial que possam levar em consideração as eficiências dinâmicas, ou seja, a política de defesa da concorrência deve assumir a função de não só de proteger, mas também de estimular a concorrência.

A concorrência e competitividade, segundo Mario Possas, “devem ser construídas, tanto por iniciativa da política econômica - em particular, as políticas industrial e de concorrência [...], quanto pelas estratégias das próprias empresas”¹⁵³. Haja vista que, a competitividade das empresas e a manutenção da concorrência requer ações para além de estratégias relativas à inovação de produtos e ou de organização, mas também condições institucionais, tanto do ambiente microeconômico (como infraestrutura e mão de obra qualificada), quanto do ambiente macroeconômico com políticas econômicas e legislações que estimulem a concorrência e a competitividade. Assim, as instituições e seus condicionantes e as organizações determinam as oportunidades em uma sociedade para a melhoria ou não da produtividade.

2.4 EFICIÊNCIA DE CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A NEI demonstrou os problemas dos custos de transação sobre a eficiência, que não eram analisados no âmbito da teoria econômica neoclássica. A presença de custos de transação impõe às instituições e às organizações a necessidade de alternativas de minimização de custos no contexto dinâmico do mercado. Ao discutir os custos de transação que emergem das interações dos agentes, a NEI apresenta como alternativa novas modalidades de contratos e formas de organização, caracterizadas em estruturas de governança específicas que possibilitem economias de custos de transação na coordenação das atividades econômicas, fundamentada nos pressupostos

¹⁵³ POSSAS, Mário Luiz. Concorrência schumpeteriana. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia, **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 251.

comportamentais da racionalidade limitada e do oportunismo dos agentes econômicos, bem como dos atributos da transação (frequência, incerteza e especificidades dos ativos) e das diferentes estruturas de governança, conforme já analisado no capítulo 1.

A eficiência em termos de custos de transação, desenvolvida por Oliver Williamson, está relacionada às estratégias de organização das atividades econômicas com o fim de minimizar seus custos, de forma que não está relacionada a um determinado tipo de estrutura de um mercado específico. Nesse sentido, “é um objetivo perseguido por monopolistas ou firmas que operam em ambientes competitivos”, que para mitigar os pressupostos comportamentais estabelecem vínculos de reciprocidade, por meio de contratos e ou integrações verticais para a obtenção de ganhos de eficiência¹⁵⁴. Assim, as empresas ao realizar a escolha quanto à forma de governança de suas transações as fazem geralmente com objetivos de melhoria de eficiências e, não necessariamente com o fim de fortalecer seu poder de mercado.

Em relação a análise da defesa da concorrência, a TCT permitiu novas possibilidades de interpretações para a política antitruste tradicional, especialmente na verificação de “condutas ligadas às restrições verticais e dos controles sobre atos de concentração de caráter vertical”¹⁵⁵. Para Oliver Williamson, “as restrições contratuais podem e frequentemente servem a propósitos econômicos legítimos. Especificamente, as restrições verticais podem ser necessárias para evitar que subjetas das partes individuais destruam a viabilidade do sistema”. São, portanto, condutas que com inovações organizacionais aumentam a eficiência, salvo a existência de características estruturais específicas dentro da indústria, como por exemplo, uma empresa dominante ou um oligopólio restrito¹⁵⁶.

Em relação às fusões e aquisições entre competidores, Oliver Williamson considera que além das vantagens relativas às economias de escala e de escopo, atos de concentração também promovem economias de custos de transação e eficiências. Neste sentido, em uma análise antitruste de atos de integração vertical, as economias de custos de transação podem representar um contrabalanço a um eventual aumento de poder de mercado, que segundo Oliver Williamson podem ser justificados por dois argumentos. O primeiro, a integração vertical deve ser levada em consideração quando as partes operam

¹⁵⁴ FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência:** eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003, p. 104.

¹⁵⁵ WILLIAMSON, Oliver E. Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 953-993, 1979, p. 992.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 953-993.

em situação de dependência bilateral, principalmente se envolver ativos específicos. O segundo, o desejo de aumentar o poder de monopólio não enseja integração quando os ativos não forem específicos, em razão da dificuldade de incentivos¹⁵⁷.

Assim, na perspectiva da ECT, a integração vertical é um mecanismo para minimizar os riscos de oportunismo, principalmente quando na cadeia de produção há insumos que demandam ativos específicos em sua produção e que estão sujeitos a economia de escala e de escopo¹⁵⁸. Para Benjamin Klein, Robert G. Crawford e Armen A. Alchian, “em particular, a integração vertical é examinada como um meio de economizar nos custos de evitar riscos de apropriação de quase-rendas em ativos especializados por oportunistas”¹⁵⁹. Os riscos de oportunismo em investimentos específicos *ex post*, conhecidos como problema de *hold-up*, decorre da falta de coordenação entre as partes, que têm a possibilidade de realizar investimentos inferiores ao retorno que o ativo pode proporcionar¹⁶⁰, comprometendo a eficiência nas transações.

Em um mundo competitivo, a dinâmica da economia e a globalização dos mercados incentivam as empresas a estabelecer formas organizacionais, por meio de contratos de governança, que sejam mais eficientes na geração de economia de custos de transação para que possam ampliar suas competências essenciais e atingir novos mercados, ou seja, alternativas para participar ou sobreviver em um mercado de concorrência global. Embora, as estratégias empresariais que podem promover eficiências em economia de custos de transação podem também, simultaneamente, contribuir para efeitos socialmente indesejáveis, com a redução da concorrência¹⁶¹.

¹⁵⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados e relações contratuais. São Paulo: Pezco, 2012, p. 90.

¹⁵⁸ PONDE, João Luiz; FAGUNDES, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. Custos de transação e política de defesa da concorrência. **Revista de Economia Contemporânea**, n. 2, p. 115-135, 1997.

¹⁵⁹ Em tradução livre de “[i]n particular, vertical integration is examined as a means of economizing on the costs of avoiding risks of appropriation of quasi rents in specialized assets by opportunist”. KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process, **Journal of Law and Economics**, v. 21, n. 2, p. 297-326, 1978, p. 299.

¹⁶⁰ “After a specific investment is made and such quasi-rents are created, the possibility of opportunistic behavior is very real.” *Ibidem*, p. 298.

¹⁶¹ Nesse sentido, Jorge Fagundes destaca que as estratégias empresariais podem provocar efeitos negativos e positivos nas diferentes dimensões constitutivas da eficiência econômica total. Negativamente, “os efeitos estão associados aos aumentos de preços devido à diminuição da eficiência agregada, à diminuição da eficiência X [tipo de eficiência técnica relacionada ao emprego de mais recurso que o necessário em razão do comportamento dos indivíduos] e – ainda que não necessariamente – à diminuição da diferenciação de produtos e/ou de processos. Não menos importante é a atenuação dos mecanismos de mercado como instância de seleção das firmas mais eficientes, num contexto de racionalidade limitada. Do ponto de vista positivo, as estratégias empresariais redutoras da concorrência também podem gerar maior eficiência produtiva, no aspecto tecnológico, economia de custos de transação e, eventualmente, ganhos de eficiência dinâmica ou

A abordagem das eficiências a partir da economia dos custos de transação não significa um abandono da análise tradicional ou que esta deva ser alterada no sentido de restringir seus mecanismos de controle e atuação, mas sim a possibilidade de acrescentar, que formas alternativas de organização da atividade econômica em arranjos contratuais, para alcançar maior eficiência, não provoquem necessariamente danos à concorrência¹⁶². Além disso, deve permitir uma análise mais precisa da realidade do comportamento competitivo da indústria e das estruturas de mercado.

Em relação aos efeitos distributivos, a aplicação do modelo de Oliver Williamson na defesa da concorrência estabelece um *trade off* entre perdas de bem-estar do consumidor e eficiências econômicas, que podem resultar de atos de concentração e ou condutas restritivas, ou seja, uma avaliação dos efeitos anticompetitivos ponderando *vis-à-vis* aos possíveis benefícios compensatórios, assentada no critério de eficiência alocativa. Na análise do *trade off* entre custos e benefícios, a exclusividade da eficiência alocativa denota uma menor importância aos efeitos distributivos, pois estes são estranhos às eficiências compensatórias.

No modelo de Oliver Williamson, a obtenção de uma produção mais eficiente implica transferência de renda dos consumidores para produtores, os ganhos de eficiência são apropriados pelos produtores em prejuízo dos consumidores, ainda que no conjunto da sociedade não tenha prejuízos. Essa é uma situação que viola o critério de eficiência de Pareto, em virtude da piora na posição dos consumidores. Assim, para que os consumidores tenham uma situação no mínimo igual à que eles possuíam anteriormente, precisa haver uma transferência de renda, a fim de alcançar uma eficiência Pareto-superior, pois “mais do que uma concessão a qualquer juízo de valor, a questão distributiva é uma exigência da racionalidade econômica nos termos do próprio critério adotado pelo *mainstream*”¹⁶³. Contudo, Maria Paula dos Reis Vaz Freire, destaca que “as normas de concorrência não devem, nem podem remeter para uma estrita análise

maior diferenciação de produtos”. FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência**: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003, p. 111.

¹⁶² É uma abordagem que segundo Herbert Hovenkamp é mais complexa que Escola Estruturalista (mais “hostil” a concentração industrial) e a Escola de Chicago (concentração sem culpa), haja vista que a análise deve ser mais específica e rigorosa, especialmente quando há possibilidades de ampliação do poder de mercado. HOVENKAMP, Herbert J. Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, n. 10-35, December, 2010.

¹⁶³ SILVA MAIA, Guilherme Baptista da. **Defesa da concorrência e eficiência econômica**: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto. 2005. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Rio de Janeiro, 2005, p. 195.

“quantificável” de bem-estar, o qual tem de incorporar valores não-mensuráveis”¹⁶⁴.

A utilização dos contratos de integração vertical como instrumento de redução de custos de transação e maior eficiência econômica é uma forma de minimizar os problemas das transações que envolvem ativos específicos - que ocasiona eventuais custos irrecuperáveis -, racionalidade limitada e oportunismo dos agentes econômicos. A presença de ativos específicos implica a criação de uma quase-renda - diferença entre o valor gerado na atividade específica e o seu melhor uso alternativo -, que relacionada à baixa mobilidade dos ativos e de exclusividade contratual significa ao produtor uma relação monopsonista sujeito ao problema de *hold-up*¹⁶⁵.

Para além das alternativas de arranjos organizacionais, no âmbito da economia institucional, a eficiência econômica de custos de transação também está associada a dinâmica das instituições, que são analisadas sob duas perspectivas, uma microscópica e outra macroscópica. Na análise microscópica, as organizações são constituídas com base em interesses comuns sejam eles políticos, econômicos, educativos, que visam maximizar seus objetivos e, nesse sentido, as empresas, como organização econômica, desenvolvem arranjos organizacionais para mitigar os problemas de custos de transação e alcançar melhorias de eficiência. Sob o prisma macroscópico, as instituições são compreendidas como as regras do jogo, formais ou informais, que objetivam reduzir as incertezas das interações dos agentes econômicos, promovendo assim economias de custos de transação. Nesse sentido, as instituições afetam o desempenho da economia em razão de seus efeitos sobre os custos de transação e de produção¹⁶⁶. Entretanto, os objetivos que norteiam as instituições, sejam eles macros ou micros, não necessariamente garantem a maximização do bem-estar social. A eficiência das relações contratuais de troca pode ser afetada de forma negativa quando da ocorrência de custos de transação, que impõe limitações às condições de equilíbrio geral walrasiano, por não haver a transparência das interações de todos os preços.

A NEI enfatiza a importância das instituições como as regras do jogo, das interações; e as organizações, como estruturas com propósitos comuns, sejam políticos

¹⁶⁴ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 863.

¹⁶⁵ O comportamento de *hold-up* ocorre quando uma parte aproveitando o fato de que seu parceiro de transação fez investimentos específicos e se apropria da quase-renda em função do contrato que rege a relação ser incompleto. KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. **Journal of Law and Economics**, Chicago: University of Chicago Law School, v. 43, n. 1, p. 105-142, Apr. 2000, p. 124.

¹⁶⁶ NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

ou econômicos. As instituições e as organizações exercem interferências no desempenho e na evolução de uma economia, que podem ser analisadas por meio da eficiência adaptativa, desenvolvida essencialmente, por Douglas North, assumindo que as imperfeições e falhas de mercado são características econômicas do capitalismo, ou seja, os fatores de eficiência são mais amplos que o espaço definido no escopo da eficiência alocativa do modelo teórico da concorrência perfeita neoclássica.

Para Douglas North, a eficiência adaptativa está associada à “disposição de uma sociedade para adquirir conhecimento e aprendizado, fomentar a inovação, correr riscos e empreender atividades criativas de toda sorte,”¹⁶⁷ moldando a evolução da economia ao longo do tempo¹⁶⁸, a partir de um contexto institucional que maximize a produção. Para o mesmo autor, “é a eficiência adaptativa e não a eficiência alocativa a chave para o crescimento de longo prazo. Sistemas políticos/econômicos bem-sucedidos desenvolvem estruturas institucionais flexíveis que podem sobreviver a choques e mudanças que fazem parte da evolução de sucesso”¹⁶⁹.

Neste sentido, a eficiência do mercado está associada à capacidade das instituições em proporcionar incentivos que facilitem o surgimento de novas oportunidades para que as organizações possam evoluir. Isto é, “as instituições, portanto, devem não só promover a avaliação dos direitos de propriedade a baixos custos e a legislação sobre concordatas, como também oferecer incentivos que estimulem decisões descentralizadas e mercados efetivamente competitivos”¹⁷⁰. As instituições assumem papel de suma importância no comportamento dos agentes econômicos, não apenas em relação ao desenvolvimento econômico, mas também no controle do poder econômico que pode alterar as estruturas de mercado e provocar efeitos deletérios sobre a concorrência, ou seja, a defesa da concorrência depende de diversos atores sociais, a exemplo do poder judiciário, o congresso, as grandes empresas, que detêm capacidade de mobilização institucional do poder econômico.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 139.

¹⁶⁸ Essa ideia envolve o conceito de *path dependence*, com a finalidade de demonstrar que a “concepção da dinâmica institucional é a de que mudanças ocorrem de forma gradual, ao alterar na margem a estrutura de regras das sociedades. O próprio conceito de retornos crescentes realça a ideia de que uma vez numa trajetória, maior a tendência de permanência nela” nesse sentido, o histórico do processo assume significativa importância, pois as decisões do passado podem exercer influências no presente. Gala, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2, p. 89-105, 2003, p. 102.

¹⁶⁹ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 25, p. 13-30, set/dez. 2010, p. 28.

¹⁷⁰ NORTH, Douglas C. **Custo de transação, instituições e desempenho econômico**. Tradução Elizabete Hart. Instituto Liberal, Rio de Janeiro, 2006, p. 12-13.

Contudo, incorporar qualquer das diferentes abordagens de eficiências econômicas na análise antitruste com a finalidade de alcançar o bem-estar social não representa uma tarefa comum, como também poderá sofrer influências dos objetivos da política econômica, notadamente em relação à política industrial e a política de defesa da concorrência de cada economia. Assim, cabe aos órgãos de defesa da concorrência, na análise antitruste, articular os conceitos de eficiência econômica com o bem-estar social a partir da escolha de um critério distributivo.

2.5 AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA E BEM-ESTAR SOCIAL

As análises sobre as eficiências econômicas no mercado têm em regra a ideia de excedente, que decorre da diferença entre o preço de um determinado bem ou serviço e a disposição de pagar do consumidor. O acréscimo de bem-estar social, ou seja, o aumento do excedente total está associado às condutas que promovem ganhos no excedente do consumidor ou do excedente do produtor. Sendo assim, no âmbito da política de defesa da concorrência, a análise do comportamento dos agentes econômicos tem como referência as variações quantitativas e ou qualitativas, que podem alterar o excedente total e ou do excedente do consumidor, bem como a análise do excedente do produtor, especialmente em condutas que possam gerar a detenção de poder de compra.

A política de defesa da concorrência, sob a perspectiva da economia do bem-estar analisa, as alterações no comportamento do mercado a partir de condutas que podem restringir o bem-estar social. Na análise relativa à maximização do excedente total deve-se levar em consideração o “nível de preços, à qualidade e variedade dos produtos, à inovação e à rapidez e segurança da oferta”. E a maximização do excedente do consumidor, leva-se em consideração a redistribuição do rendimento. E em relação ao excedente do produtor, a possibilidade do exercício do poder de mercado em razão do poder de compra¹⁷¹.

A partir dos fundamentos normativos da política de defesa da concorrência, a legislação antitruste deve proporcionar condições de maximização do bem-estar social ou bem-estar do consumidor, considerando a diferença dos dois conceitos. Isto é, a política

¹⁷¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 805.

antitruste será responsável pela tutela dos consumidores se a opção for o bem-estar dos consumidores; mas, por outro lado, se o objetivo é o bem-estar social, a política antitruste deve privilegiar o bem-estar dos produtores somado ao dos consumidores¹⁷².

A opção pela maximização do excedente do consumidor como vetor da política da concorrência indica que acordos que possam restringir a concorrência somente devem ser autorizados quando os ganhos de eficiência produtiva ou dinâmica para os produtores forem o suficiente para impedir aumentos de preços, ou seja, o acordo não pode ser um instrumento de transferência de renda. Por exemplo, uma fusão que reduza os custos, aumentando os lucros da empresa pode representar um aumento do bem-estar total, porém em razão da estrutura de mercado mais concentrada pode facilitar o aumento de preços e ou a redução da qualidade do bem ou serviço ofertado, restringido a escolha dos consumidores, não poderia ser aprovada. Nesse sentido, os ganhos de eficiência que favorecem o bem-estar dos produtores não podem compensar as perdas de bem-estar dos consumidores, prejudicados com os aumentos de preços.

Ainda, se a opção for a maximização do excedente do consumidor, o surgimento de um monopsonista, em razão de fusões de empresas, que com o poder de compra possa extrair renda de seus fornecedores, mas mantendo preços competitivos, não geraria preocupação de natureza antitruste.

A política de defesa da concorrência, construída com objetivos de tutela do bem-estar do consumidor, parte do pressuposto que os consumidores individualizados não têm força suficiente para a defesa de seus direitos, ao contrário dos produtores, que podem obter significativas vantagens financeiras a partir dos acordos restritivos à concorrência. Assim sendo, a defesa da concorrência pode equilibrar o peso do poder econômico em favor dos consumidores, compartilhando os benefícios. Nesse sentido, a legislação antitruste deve, segundo John Kirkwood e Robert Land, garantir que o “direito de propriedade, hoje chamado de “excedente do consumidor”, pertença aos consumidores, não aos cartéis”¹⁷³.

A opção pelo bem-estar do consumidor também pode simplificar decisões das autoridades antitruste. Por exemplo, se um ato de concentração gerar ganhos de bem-estar ao produtor, mas provocar algum aumento de preços, com prejuízos ao bem-estar do

¹⁷² GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

¹⁷³ KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency. **Notre Dame Law Review**, South Bend, v. 84, p. 191-242, 2008, p. 196. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1113927>. Acesso em: 27 abr. 2018.

consumidor, a análise é mais complexa, em razão da dificuldade de mensurar “as mudanças no bem-estar do consumidor e dos lucros da empresa para se chegar à estimativa final dos efeitos líquidos sobre o bem-estar total”. Se a referência fosse o bem-estar do consumidor a análise dos efeitos sobre os preços seria suficiente e, que em havendo prejuízo ao consumidor não seria aprovado¹⁷⁴.

Destarte, se a política antitruste acolhe a maximização do excedente total, ou seja, da soma dos excedentes dos consumidores e dos produtores, está-se admitindo que todos acordos devem ser permitidos, independentemente se os consumidores de determinado bem ou serviço serão prejudicados, pois a referência é que os ganhos obtidos pelos produtores excedam as perdas sofridas, ou seja, os ganhos de eficiência em razão de economia de custos devem ser maiores que as perdas de bem-estar dos consumidores.

Contudo, há que se destacar que o conceito de bem-estar negligencia as questões sobre distribuição de renda entre produtores e consumidores. Sendo assim, não há fundamentos econômicos que legitimem beneficiar uns em detrimento de outros, haja vista que é possível operar esquemas de redistribuição que podem colocar produtores e consumidores conjuntamente em situação pior ou melhor¹⁷⁵. Essa situação pode ser exemplificada quando os consumidores estão envolvidos de alguma forma com os produtores, sejam como acionistas ou por meio de fundos de investimentos ou pensão, de forma que se ocorrer uma redistribuição de ganhos dos consumidores para os produtores pode não ocorrer alteração para ambos.

A concepção da maximização do excedente total não tem como objetivo principal maximizar o bem-estar do consumidor, mas permitir que “*acordos lucrativos em termos privados sejam socialmente benéficos*”, mesmo que com algum prejuízo aos consumidores, segundo Maria Paula dos Reis Vaz Freire¹⁷⁶. Isto é, um resultado líquido positivo, em razão da soma da variação negativa do excedente do consumidor com a variação positiva do excedente do produtor.

Não obstante as diferenças quanto as opções de excedente total ou excedente do consumidor, a política de defesa da concorrência direcionada à eficiência alocativa dos mercados é vista como uma política ortodoxa, que ao analisar os efeitos de atos de concentração e ou condutas restritivas, que possam afetar a concorrência, está tão somente

¹⁷⁴ MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência**: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 21

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 19

¹⁷⁶ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AAFL, 2008, p. 807.

preocupada com as possíveis restrições nas quantidades de bens e serviços produzidos em um determinado mercado relevante. Assim, condutas dos agentes econômicos que possam propiciar restrição sobre a quantidade produzida são indícios de ineficiência alocativa em razão do exercício do poder de mercado, estabelecendo um nexos entre concorrência perfeita e eficiência alocativa e, uma dicotomia “proteção concorrente *versus* proteção da concorrência”¹⁷⁷.

Entretanto, os objetivos insculpidos nas legislações antitruste são mais complexos que a ortodoxia da eficiência econômica. Segundo o relatório preparado para a 6ª *International Competition Network* (ICN), de 2007, para além de assegurar a concorrência efetiva há um conjunto de objetivos, destacadamente a proteção do bem-estar do consumidor¹⁷⁸, mas também medidas que por meio da concorrência possam promover eficiência, competitividade internacional, justiça para pequenas e médias empresas, conforme destacado pela agência *Canadian Competition Bureau*, em contribuição ao referido relatório. A política de defesa da concorrência com a prevalência do critério de bem-estar do consumidor é o critério mais difundido nas legislações antitruste e jurisprudência dos países desenvolvidos, bem como reproduzidos pelos países em desenvolvimento, com o objetivo de promover o crescimento e o desenvolvimento.

Nesse sentido, a política de defesa da concorrência pautada na eficiência alocativa é, segundo Dina Waked¹⁷⁹, um guia inadequado aos países em desenvolvimento, haja vista que “os mercados não têm que ser perfeitos”. Segundo a autora, países hoje desenvolvidos que defendem maior concorrência já adotaram medidas heterodoxas que restringiam a concorrência para favorecer as condições de aumento das taxas de investimento e acelerar o desenvolvimento tecnológico. A proposição da autora é que as economias em desenvolvimento precisam mesclar competição e concentração, pois empreendimentos concentrados podem contribuir mais efetivamente com o processo de inovação e crescimento e, propiciar reduções no custo de produção no longo prazo. Isto é, os países em desenvolvimento precisam formular políticas concorrenciais que

¹⁷⁷ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 84.

¹⁷⁸ Trinta dos trinta e três entrevistados que abordaram as questões sobre objetivos afirmam que suas regras de conduta unilateral visam promover o bem-estar do consumidor, conforme **International Competition Network** (ICN), Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power and state created monopolies. 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

¹⁷⁹ WAKED, Dina I. Mercados não têm que ser perfeitos: política da concorrência e análise de estrutura de Mercado no Sul global. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 483-529, 2016. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350950139016>. Acesso em: 30 abr. 2018.

favoreçam as eficiências dinâmicas em substituição as eficiências estáticas¹⁸⁰.

Para Maria Paula dos Reis Vaz Freire, as características reais do funcionamento dos mercados somadas aos padrões de globalização econômica que impõe aos mercados uma concorrência global, exige uma análise da defesa da concorrência que ultrapasse os pressupostos da eficiência alocativa estática. E que se adote como critério normativo de bem-estar a capacidade de inovação das empresas nos contextos em que se inserem, destacando os aspectos de inserção e difusão de inovações no ambiente concorrencial que possam promover condições para o desenvolvimento e agregação de “benefícios sociais superiores aos benefícios privados”¹⁸¹.

A política de defesa da concorrência, na disciplina do ambiente concorrencial, independente do critério de eficiência econômica e da natureza das alegações de eficiência tem como base de referência o bem-estar social. Assim, cabe às autoridades antitruste avaliar os riscos associados aos atos de concentração ou de restrições, comparativamente aos possíveis benefícios que possam ser gerados, bem como de prevenir e penalizar as condutas não promotoras de ganhos líquidos de eficiência.

¹⁸⁰ WAKED, Dina I., Antitrust goals in developing countries: policy alternatives and normative choices. **Seattle University Law Review**, v. 38, n. 3, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2600034>. Acesso em: 02 mai. 2018.

¹⁸¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 891.

3 A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA COMO FIM E INSTRUMENTO

A política da defesa da concorrência está relacionada ao sistema jurídico e ao momento histórico-político de cada país, que se ajusta aos interesses da Constituição econômica¹⁸², e, a prática do direito antitruste está diretamente relacionada aos objetivos do contexto histórico-político-econômico a ser priorizado. A defesa da concorrência é instrumento para uma dada política econômica e social, que assume contornos ideológicos delimitados sobre um determinado período, não mantendo uma relação necessária com questões de eficiência econômica.

A política de defesa da concorrência está em constante mutação e forma um conjunto de políticas de desenvolvimento para a proteção da economia nacional e para a limitação do poder econômico das empresas. A regulação da concorrência é uma forma de reduzir distorções do mercado a fim de alcançar a maximização do bem-estar nacional.

3.1 A BUSCA DA EFICIÊNCIA DO MERCADO: EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS

As rápidas transformações decorrentes da evolução dos sistemas de comunicação e de transportes da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, permitiram a expansão dos mercados e a formação de grandes empresas, que com inovações jurídicas possibilitaram a concentração de empresas para exploração de economias de escala e ou de escopo. A expansão dos investimentos na oferta de bens e serviços gerou excessos de capacidade produtiva e maior competição, que reduzia os preços, mas que ainda exigia investimentos na reorganização e distribuição da produção, provocando uma guerra de preços e instabilidade no mercado. Nessas condições de

¹⁸² Para Vital Moreira, a “Constituição econômica é, pois, o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”, portanto, disciplina e organiza os assuntos econômicos na Constituição, indicando as finalidades e princípios. MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. 2. ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 41.

mercado, as empresas geralmente respondem com acordos anticoncorrenciais em desfavor da liberdade de comércio com o propósito de elevar as margens de lucros, mas com prejuízos aos demais agentes econômicos¹⁸³.

A reação política para coibir condutas empresariais de formação de *trust* em diversas indústrias, inclusive a frigorífica, que limitassem a liberdade de comércio foi a aprovação do *Sherman Antitrust Act*, em 1890¹⁸⁴. Aprovado como uma carta de liberdade econômica com a finalidade de preservar a livre e irrestrita concorrência como princípio do comércio. A aprovação do *Sherman Act*, segundo Calixto Salomão Filho, reflete uma estratégia política de proteção dos consumidores, patrocinada por produtores rurais, pequenos empresários e sindicatos que reagia negativamente ao “excessivo poder econômico no mercado. É essa sua única preocupação. Não há uma preocupação inicial com a proteção do concorrente contra ‘práticas desleais’ do outro concorrente”¹⁸⁵. Contudo, esse posicionamento será alterado com a aprovação do *Clayton Antitrust Act* e do *Federal Trade Commission Act*, pois práticas destrutivas e desleais são obstáculos a entrada de novos concorrentes e ou a permanência de empresas concorrentes.

Ao incorporar a teoria econômica dominante, que associava bom desempenho do mercado a uma ampla concorrência, o *Sherman Act* define como conduta ilegal “todo contrato, combinação ou conspiração na restrição do comércio” e qualquer “monopolização, tentativa de monopolização ou conspiração ou combinação para monopolizar” em relação ao controle estrutural do mercado¹⁸⁶. A utilização de conceitos da Economia na aplicação das normas antitruste do *Sherman Act* contribuiu para o desenvolvimento da política de concorrência.

Entretanto, a interpretação literal da legislação, sem caber qualquer exceção legitimadora, provocava a ilegalidade “*per se*”, independentemente de qualquer razoabilidade. Assim, para melhor definir os contornos e disciplinar o processo de concentração de empresas foi aprovado, em 1914, uma emenda ao *Sherman Act*, denominada de *Clayton Antitrust Act*, que passa a disciplinar os vínculos e negociações recíprocas, proibindo práticas propícias a formação de monopólios com potencial de

¹⁸³ MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência**: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

¹⁸⁴ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th edition, MIT Pres, Cambridge, Massachusetts, London, 2005.

¹⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

¹⁸⁶ FEDERAL TRADE COMMISSION. **The antitrust laws**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 13 jul. 2017.

diminuir substancialmente a concorrência, como acordos de negociação exclusiva, direções interligadas e fusões obtidas através da compra de ações. Também, em 1914, foi instituída a *Federal Trade Commission*, uma agência independente para prevenir condutas desleais que restringissem a concorrência, compartilhando com o *Antitrust Division* do *Department of Justice* (DOJ) norte-americano a aplicação da legislação antitruste.

O *Clayton Act* reduziu o poder de discricionariedade judicial ao estabelecer as condutas anticoncorrenciais “*per se*” e a análise das operações de concentração de empresas que pudessem restringir a competição¹⁸⁷. Apesar das mudanças promovidas, o sistema antitruste entrou num período de relativa estagnação e relativização dos preceitos concorrenciais em favor de questões de ordem política e econômica, permitindo uma política antitruste extraconcorrencial. O período entre as guerras mundiais, incluindo o colapso econômico de 1929, provocou críticas sobre o modelo estrutural de organização competitiva do mercado, abrindo espaços para coalização entre empresas e governo, bem como um abrandamento na aplicação das normas antitruste¹⁸⁸.

Sob o critério da “*rule of reason*”¹⁸⁹, os acordos restritivos passam a ser avaliados de uma forma mais abrangente, identificando não apenas as limitações à concorrência resultantes das operações de concentração do mercado, mas também os efeitos positivos, de forma que não havendo restrições negativas à concorrência não seriam considerados violações à defesa da concorrência¹⁹⁰. Embora, os acordos para majoração de preços, de redução de quantidades ofertadas ou partilha de mercados são ilegais em si mesmos, sem haver a necessidade de sopesar eventuais efeitos positivos¹⁹¹.

As condições do ambiente de crise econômica promoveram reformulações

¹⁸⁷ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 718-724.

¹⁸⁸ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, Pennsylvania, v. 14, n. 1, p. 43–60, winter 2000.

¹⁸⁹ As fundamentações da regra da razão são encontradas no caso *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106,179 (1911). “[A]s the statute had not defined the words ‘restraint of trade’, it became necessary to construe those words, - a duty which could only be discharged by a resort to reason”. U.S. SUPREME COURT. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html>. Acesso em: 9 fev. 2018.

¹⁹⁰ A regra da razão significa um “balanço entre seus possíveis efeitos anticompetitivos e pró-eficiência, de forma a se avaliar os efeitos líquidos, e só então se concluir acerca da sua ilegalidade ou não. [...] é o único critério que atende satisfatoriamente os requisitos de análise econômica necessários e suficientes para qualquer julgamento na área antitruste”. PONDE, João Luiz; FAGUNDE, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. **Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais**. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf. Acesso em: 9 mar. 2018.

¹⁹¹ LOEVINGER, Lee. The Rule of Reason in Antitrust Law. **Virginia Law Review**, v. 50, n. 1, p. 23-35, Jan. 1964, p. 26.

sobre o conceito de concorrência ao estabelecer a relação entre a estrutura de mercado e o comportamento empresarial, de forma a impactar decisões sobre acordos restritivos de concorrência. A defesa da concorrência passa a ser compreendida como um instrumento do crescimento econômico. Assim, há uma retomada da política antitruste para restringir a formação de monopólios e o poder de mercado de grandes empresas, com o objetivo de aumentar a eficiência econômica. Nesse sentido, os acordos restritivos de concorrência são analisados em relação aos seus efeitos na estrutura do mercado.

As referências sobre a estrutura de mercado têm por um lado, o paradigma analítico da Estrutura-Condução-Desempenho da Escola de Harvard ou Escola Estruturalista, que destaca o virtuosismo das estruturas atomizadas, com maior grau de intervenção do Estado para reduzir a concentração econômica. Por outro lado, a Escola de Chicago, que defende um caminho oposto, em que a mínima interferência estatal é que proporcionará maior eficiência do mercado.

O paradigma analítico da Estrutura-Condução-Desempenho é uma ferramenta de interpretação da teoria da Organização Industrial sobre as condutas e estratégias das empresas e suas relações com o mercado e as instituições, que relacionou o baixo crescimento econômico às questões estruturais de mercado. Nesse paradigma, a política de defesa da concorrência apresenta duas correntes: o enfoque tradicional e a abordagem moderna da NEI e da TCT.

A perspectiva do enfoque tradicional, desenvolvida nos anos de 1950, o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, destaca que a defesa da concorrência tem como escopo central a política de controle da estrutura do mercado e não a conduta empresarial, conforme realça o Relatório da força tarefa da Casa Branca sobre política antitruste de 1968: *“Effective antitrust laws must bring about both competitive behavior and competitive industry structure. In the long run, competitive structure is the more important since it creates conditions conducive to competitive behavior”*¹⁹².

A ênfase no controle da estrutura está na crença de que o poder de monopólio

¹⁹² O Relatório foi encomendado pelo presidente Lyndon Johnson no final de 1967 para analisar o estado da concorrência na indústria americana e recomendar reformas das leis antitruste, notadamente para reduzir a concentração industrial e o poder dos monopólios. O Relatório foi coordenado por Phil C. Neal, da Universidade de Chicago Law School.

Em livre tradução, “As leis antitruste eficazes devem trazer tanto o comportamento competitivo como a estrutura competitiva da indústria. A longo prazo, a estrutura competitiva é mais importante, uma vez que cria condições propícias ao comportamento competitivo”. HOVENKAMP, Herbet.

Introduction to the neal report and the crisis in antitrust & a reprint of the neal report. **Competition Policy International**, v. 5, n. 1, 2009, p. 219. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/5931>. Acesso em: 16 jul. 2017.

permite alavancagens em outros mercados, haja vista que em um mercado concentrado (estrutura) as empresas detêm maior poder para ampliar suas margens de lucro (desempenho), por possuir maior facilidade de coordenação (conduta). Com uma estrutura mais concentrada, os custos para atuação em conluio tendem a ser menores, de forma que a ação concertada possa resultar em redução da produção e no aumento de preços. Segundo os defensores da Escola de Harvard, preservar as condições de uma efetiva concorrência é que possibilitaria maior bem-estar aos consumidores, não necessariamente a eficiência das empresas¹⁹³, o que demonstra um certo ceticismo com estruturas de mercado concentrado, o que justificaria a necessidade de um controle preventivo.

Em mercados concentrados, sejam naturalmente ou por meio de fusões, aquisições ou *joint ventures*, a possibilidade do exercício de poder de mercado é mais efetiva e, que ao atuarem como oligopólio as empresas dominantes podem obter lucros extraordinários ao praticar preços muito acima dos custos, que indica uma correlação positiva entre a concentração industrial e os lucros - quanto mais concentrada a indústria, maior será a margem de preço-custo¹⁹⁴.

A lógica estruturalista de que quanto maior o nível de concentração, maiores são as possibilidades de condutas anticoncorrenciais, decorre do aumento de barreiras à entrada de novas empresas e do aumento do poder de mercado¹⁹⁵. Assim, cabe à política de defesa da concorrência estabelecer limitações quanto às formas de acordos de integração vertical ou horizontal e a quebra de monopólios, em benefício de um mercado mais atomizado, haja vista que as forças do mercado são insuficientes para limitar o poder de mercado de empresas dominantes, que provocam prejuízos aos consumidores e ineficiência alocativa¹⁹⁶.

Para os estruturalistas, a política de defesa da concorrência requer uma visão mais ampla do que uma promoção estreita da eficiência alocativa, é necessário abranger a garantia da justiça, protegendo o processo competitivo, controlando as transferências de riqueza, limitando a acumulação de poder econômico privado e preservar a liberdade de

¹⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

¹⁹⁴ WEIS, Leonard W. The concentration-profit relationship and antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1104-1140, 1979, p. 1105.

¹⁹⁵ GAMA, Marina Moreira da. **A teoria antitruste no brasil: fundamentos e estado da arte**. Texto para discussão. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005, p. 6-7. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

¹⁹⁶ ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. Economic doctrines and approaches to antitrust. **Research Paper**, Series No. 2011-01-02. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1750259>. Acesso em: 21 jul. 2017.

indivíduos e empresas no exercício da atividade econômica¹⁹⁷. Com essa percepção, a Suprema Corte do EUA, em 1967, tinha o entendimento de que “[p]otential economics cannot be used as a defense to illegality, as Congress struck the balance in favor of protecting competition”¹⁹⁸. Ou seja, argumentos de que restrições verticais e fusões poderiam promover eficiências alocativas, produtivas ou tecnológicas não prosperavam, haja vista que o objetivo maior era a proteção à concorrência.

O modelo de defesa da concorrência estruturalista exerceu maior domínio no período de 1940 a 1970, nomeadamente no Pós-Segunda Guerra Mundial, devido ao crescente aumento de grandes corporações estadunidenses e empresas que ampliaram sua participação no mercado, que fez crescer as preocupações sobre o controle da estrutura de mercado, e que julgava necessário uma maior presença de pequenas empresas e inovações para estimular o crescimento econômico. Entretanto, as transformações econômicas e políticas da década de 1970; os excessos intervencionistas da Escola de Harvard e a tradicional hostilidade das leis antitruste sobre acordos de integração vertical e as relações verticais não padronizadas (práticas restritivas verticais), facilitaram as críticas à Escola de Harvard e o fortalecimento da Escola de Chicago¹⁹⁹.

A crítica da Escola de Chicago destaca, principalmente, a falta de relação significativa entre a noção de concorrência em acordos de fusões e aquisições horizontais, como também sobre o aumento de barreiras à entrada, o surgimento de “foreclosure”²⁰⁰ ou a alavancagem em relações verticais, que na análise estruturalista eram fatores de limitação concorrencial. A crítica ainda apontava que as relações verticais não padronizadas não eram nem a causa e tampouco a consequência do poder de mercado com desvantagem aos consumidores, mas uma forma eficiente de fazer negócios²⁰¹.

¹⁹⁷ WALLER, Spencer Weber. Market talk: competition policy in America. **Law & Social Inquiry**. n. 22, p. 435-457, 1997, p. 437.

¹⁹⁸ Em livre tradução “a economia potencial não pode ser usada como uma defesa contra a ilegalidade, uma vez que o Congresso lutou pelo equilíbrio em favor da proteção da concorrência”. U.S. SUPREME COURT *FTC v. Procter & Gamble Co.*, 386 U.S. 568 (1967). Disponível: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/case.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

¹⁹⁹ JOSKOW, Paul L. The role of transaction cost economics in antitrust and public utility regulatory policies. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 7, p. 53-83, 1991.

²⁰⁰ *Foreclosure* é a possibilidade de uma empresa impedir a entrada ou impor dificuldades a outras empresas para atuarem no mercado. Como exemplo, suponha que uma empresa monopolista de insumos vende para várias empresas a jusante que competem entre si. O monopolista compra uma das empresas a jusante. As outras empresas a jusante queixam-se de que a empresa resultante da fusão terá incentivos para excluí-las (ou aumentar seus custos) para contribuir com a divisão a jusante da empresa verticalmente integrada. CARLTON, Dennis W. C.; KEATING, Bryan. Rethinking antitrust in the presence of transaction costs: coasian implications. **Revista Industrial Organization**, v. 46, 2015, p. 307-321.

²⁰¹ JOSKOW, Paul L. The role of transaction cost economics in antitrust and public utility regulatory policies. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 7, 1991, p. 53-83.

Nessa perspectiva, práticas contratuais que eram consideradas anticoncorrenciais, passam a ser legitimadas sob o argumento da eficiência econômica.

Os pressupostos tradicionais de pensar a estrutura de mercado na defesa da concorrência sofreram profundas mudanças com a Escola de Chicago, as referências de organização industrial apresentadas por autores como Richard Posner²⁰² e Frank Easterbrook²⁰³ passam a considerar novas crenças, como: a) as eficiências alocativas associadas às economias de escopo são fundamentais; b) a maioria dos mercados são competitivos, mesmo aqueles com baixo número de empresas; c) o poder de monopólio não é durável, pois em havendo margens de lucro significativa das empresas poderá atrair a entrada de outras empresas; (d) a maioria das barreiras à entrada, exceto talvez as criadas pelo governo, não são tão significativas quanto se pensava; (e) as empresas monopolistas não têm incentivo para facilitar ou alavancar seu poder de monopólio em mercados verticalmente relacionados (teoria do “monopólio único”); f) a intervenção do Estado na fiscalização antitruste não promove uma desconcentração, sendo apropriada somente quanto a probabilidade de um aumento do bem-estar for expressiva²⁰⁴.

A partir da década de 1970 as formas de pensar a organização industrial e seus reflexos sobre as políticas de defesa da concorrência em seus aspectos mais extremos, quer sejam da Escola de Harvard ou as posições mais tradicionais da Escola de Chicago mudam de direções opostas para o centro, em parte, essa alteração é devida às influências da análise de custos de transações²⁰⁵ decorrentes da obra *Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust implications*, de Oliver Williamson, publicada em 1975, que proporcionou uma nova interpretação das operações de concentração, fusões e restrições contratuais.

²⁰² Richard Posner destaca que as mudanças de mentalidade fizeram com que as diferenças entre as escolas sejam mais técnicas que ideológicas. POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, n. 127, p. 925-94, 1978.

²⁰³ A regulação da concorrência pelas ferramentas do antitruste é imperfeita por não conseguir mensurar a quantidade correta de concorrência e sua previsão ser inacessível, assim o viés deve ser favorável às práticas comerciais. “When there is no market power, the market is better than the judicial process in discriminating the beneficial from the detrimental. Judges who try to assess the merits of the collaboration are apt to err, and the consequences of these errors will be one-sided. If judges condemn efficient practices, they will disappear, their benefits lost. If judges tolerate inefficient practices, the wrongly-tolerated practices will disappear under the onslaught of competition. The costs of judicial error are borne by consumers, who lose the efficient practices and get nothing in return”.

EASTERBROOK, Frank H. Limits of antitrust. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, p. 1-40, 1984, p. 21.

²⁰⁴ RUBINFELD, Daniel L. On the foundations of antitrust law and economics. In: PITOFSKY, Robert. **How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis in US antitrust**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 51-73.

²⁰⁵ HOVENKAMP, Herbert J. Harvard, Chicago, and Transaction Cost Economics in Antitrust Analysis. *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n. 10-35, December, 2010.

Para além da interpretação da teoria econômica sobre a concorrência, a maior receptividade das recomendações analíticas da Escola de Chicago para a defesa da concorrência está relacionada a um posicionamento mais estreito à intervenção antitruste e a perda de espaço de empresas americanas no mercado internacional, de forma a justificar os argumentos de eficiência econômica e uma aplicação menos rigorosa da lei antitruste, permitindo às empresas dominantes uma maior liberdade em estabelecer preços, desenvolvimento de produtos e estratégias promocionais²⁰⁶. A introdução dos argumentos de eficiência no controle de operações de concentração e a restrições contratuais é a referência da nova Escola de Chicago, que teve predomínio até início da década de 1990²⁰⁷.

Em meados da década de 1990 novas contribuições são incorporadas na análise da defesa da concorrência, que além da economia dos custos de transação passa incorporar a teoria dos jogos, a economia comportamental e a economia da informação, que reduzem a complexidade e os custos da regra da razão, proporcionando uma análise mais realista do que a ilegalidade *per se*²⁰⁸. Entretanto, ainda, há um ceticismo sobre as estratégias de grandes empresas e a capacidade de o mercado corrigir os problemas dele decorrentes.

As rápidas transformações das inovações tecnológicas, especialmente da *internet* como plataformas de negócios ou distribuição de informações trazem novos desafios à defesa da concorrência²⁰⁹ seja, por um lado, na identificação de práticas empresariais complexas, pró-competitivas ou anticoncorrenciais; e por outro lado, a necessidade de adequação das regras a serem aplicadas pelas agências reguladoras com segurança jurídica.

²⁰⁶ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, Pennsylvania, v. 14, n. 1, winter 2000, p. 54.

²⁰⁷ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 731.

²⁰⁸ KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, Pennsylvania, v. 14, n. 1, winter 2000, p. 56.

²⁰⁹ A análise jurídica das plataformas *on-line* é comparativamente sub-teorizada para efeitos da defesa da concorrência, segundo Lina M. Khan, “isso se deve em grande parte aos efeitos da rede e ao controle dos dados, o que significa que as vantagens iniciais tornam-se autorreforçadoras. O resultado é que os mercados de plataformas de tecnologia serão dominados por um pequeno número de empresas”. Tradução livre. KHAN, Lina M. Amazon’s paradox antitrust. **The Yale Law Journal**. v. 126, n.3, p. 710-805, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 15 ago. 2018.

3.2 O MODELO EUROPEU: A DEFESA DA “CONCORRÊNCIA-INSTRUMENTO”

A defesa da concorrência com o caráter supranacional na Europa resultou do Tratado de Paris de 1951, que criou a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e proibiu a imposição de barreiras ao comércio, assim como outras práticas restritivas, que distorciam a concorrência entre os países. A recuperação econômica da Europa e a expansão industrial no Pós Segunda Guerra Mundial requeria um mercado mais amplo, que foi constituído com a formação da Comunidade Econômica Europeia (CEE), estabelecida pelo Tratado de Roma de 1957²¹⁰, com a finalidade eliminar barreiras comerciais entre os Estados-membros e criar um mercado comum.

Na União Europeia, a defesa da concorrência assume uma função de integração dos Estados-membros e as regras de concorrência assumem uma dupla função. Por um lado, uma função negativa, que consiste em reprimir condutas protecionistas nos mercados internos que se utilizam de práticas anticoncorrenciais. E, por outro lado, uma função positiva, estimulada pelos órgãos reguladores que empregam as regras da defesa da concorrência para estimular a eficiência do mercado, com incentivos à inovação, à integração e à competitividade^{211 212}.

O modelo de defesa da concorrência estava direcionado a prossecução da integração do mercado interno, restringindo um debate mais profundo dos legisladores sobre os valores e objetivos estruturantes da política da concorrência, que resistia à política da concorrência lastreada no paradigma da eficiência econômica. Contudo, a dinâmica do desenvolvimento da análise econômica contemporânea e as novas características do mercado da economia da informação ampliou os debates sobre a concorrência na perspectiva da eficiência econômica e do bem-estar dos consumidores²¹³.

²¹⁰ Esse tratado estabeleceu as bases da Comunidade Europeia. Sua redação sofreu alterações pelo Ato Único Europeu, de 1986; Tratado de Maastricht ou União Europeia de 1992, que estabelece as bases para criação da moeda única. O Tratado de Maastricht foi emendado pelos Tratados de Amsterdam, em 1997, Tratado de Nice, em 2001 e pelo Tratado de Lisboa de 2009, que reformou o da União Europeia com inclusões e renomeação do Tratado que estabelece a Comunidade Europeia (TCE, Roma, 1957) para Tratado de Funcionamento da União Europeia.

²¹¹ CELLI JR., Umberto. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, p. 62.

²¹² Além dessas características, o Direito Concorrencial da União Europeia apresenta uma especificidade ao ter dois níveis de jurisdição: o supranacional, estabelecido pelas regras da União Europeia e o nacional, pois os Estados-membros também tem sua legislação antitruste e instituições para a devida implementação.

²¹³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 718-724.

As regras de concorrência da União Europeia estão atualmente dispostas no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), de 2007, nos artigos 101 a 106. Cabe destacar especificamente o artigo 101, que dispõe sobre acordos entre empresas e práticas concertadas que visam impedir ou falsear a concorrência; e o artigo 102, que dispõe sobre o abuso de posição dominante. Além das regras gerais para defesa da concorrência do TFUE há as regulamentações à defesa concorrencial emitidas pelo Conselho Europeu, que define as orientações e prioridades políticas, e pela Comissão Europeia, que é órgão executivo na defesa dos interesses gerais da União Europeia, bem como da legislação própria de cada um dos Estados-membros.

A estrutura do artigo 101²¹⁴ do TFUE pode ser interpretado sob dois aspectos. A primeira parte estabelece as condutas que restringem ou falseiam a concorrência no mercado interno, condutas que se praticadas serão consideradas como nulas. E a segunda parte, práticas que embora sejam restritivas, se permite em razão da finalidade – alcançar melhorias da produção ou distribuição e a promoção do progresso técnico ou econômico, previsto no artigo 101, § 3º. A característica de flexibilização das regras antitruste da segunda parte se amolda ao conceito de regra da razão do direito estadunidense, com o objetivo de ampliar a competitividade do mercado interno e à prossecução de integração regional.

As condutas classificadas como acordos, decisões ou práticas concertadas,

²¹⁴ Artigo 101º (ex-artigo 81º TCE)

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.

3. As disposições no n. 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;

b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

previstas no artigo 101, § 1º, que possam afetar o comércio entre os Estados-membros, são tipificadas como infrações e são proibidas quando há a finalidade de provocar prejuízos à concorrência. Assim, quando não identificado o propósito anticoncorrencial das condutas, analisar-se-á os possíveis efeitos sobre ambiente concorrencial do mercado relativo aos aspectos de “*obstáculos à entrada e a maturidade do mercado, nível de comércio e a natureza do produto*”²¹⁵.

A posição de domínio de mercado e os abusos decorrentes são analisados a partir da interpretação do artigo 102²¹⁶ do TFUE, que considera incompatível com o mercado interno qualquer abuso, de uma ou mais empresas em posição dominante no mercado, que possa afetar as condições de concorrência entre os Estados-membros²¹⁷. Nesse sentido, a configuração do abuso da posição dominante requer em primeiro plano, a posição estrutural de domínio da empresa no mercado e, em segundo, o comportamento de abuso de tal situação²¹⁸. O artigo 102 não faz qualquer menção a uma definição sobre posição dominante, que não é proibido, o que se proíbe é o exercício de abuso. Assim, há uma ampla margem às autoridades antitruste na avaliação de casos concretos para apontar a existência de poder de mercado de uma ou mais empresas, que possam afetar a dinâmica da concorrencial entre os Estados-membros²¹⁹.

As limitações das normas antitruste estabelecidas nos artigos 101 e 102 do

²¹⁵ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 596.

²¹⁶ Artigo 102º (ex-artigo 82º TCE)

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

²¹⁷ O artigo 102º TFUE não proíbe a posição de domínio de mercado *per se*, mas a conduta abusiva. No âmbito da União Europeia é admitido a consecução do poder económico por meio do crescimento interno das empresas ou da própria configuração do mercado, mas sem abuso da posição de domínio. Como exemplos de abusos que provocam prejuízos a concorrência podem ser citados: os acordos de exclusividade, a discriminação de preços, a vinculação de produtos, a negativa injustificada de fornecimento.

²¹⁸ PÉREZ MOLINA, Mario Antonio. **La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea**. Tesis Doctoral. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Espanha, 2015, p. 73.

²¹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa a concorrência e globalização: o controle da concentração de empresas**. São Paulo. Malheiros Editores, 2002.

TFUE são pormenorizadas em regulamentos emitidos pelo Conselho Europeu ou pela Comissão Europeia, que são atualizados conforme a dinâmica política e econômica dos Estados-membros. Em relação as regras que tratam sobre a defesa da concorrência cabe destacar o Regulamento n. 17/1962, que tinha como objetivo a aplicação uniforme das regras às condutas anticoncorrenciais, sendo substituído pelo Regulamento do Conselho n. 1/2003, que disciplina o controle dos atos previstos nos artigos 101 e 102 do TFUE e, o Regulamento n. 4.064/1989 do Conselho, que tratava do controle das operações de concentração de empresas, alterado pelo Regulamento n. 1.307/1997 e, por sua vez, substituído pelo Regulamento n. 139/2004²²⁰.

O Regulamento n. 1/2003 do Conselho promoveu uma importante alteração na aplicação dos artigos 101 e 102 (anteriormente artigos 81 e 82), suprimindo o sistema centralizado de notificação de acordos, decisões e práticas concertadas, que poderiam restringir a concorrência. Haja vista que o Regulamento n.º 17/1962, previa que as empresas interessadas em obter os benefícios do artigo 81, § 3º, precisavam fazer notificação prévia. E esses acordos eram avaliados em relação aos benefícios de eficiência econômica e os custos anticoncorrenciais, de forma a permitir condutas restritivas quando as eficiências compensassem os efeitos negativos decorrentes. Com a alteração, as empresas podem, com o ônus da prova, alegar as vantagens pró-concorrenciais dos acordos sem prévia declaração de legalidade das autoridades antitruste, mas preservando “o respeito pelos princípios do *benefício ao consumidor*, da *proporcionalidade* e da *preservação a concorrência*”²²¹. Entretanto, a aplicação do Regulamento n. 1/2003 não impede análises de condutas anticoncorrenciais a *posteriori*.

As regras de proibição consignadas no artigo 101, § 1º pode não ter aplicabilidade quando atender aos quesitos de isenção do §3º do mesmo artigo, que pode ser individual, quando estão satisfeitas as condições do referido artigo; ou em bloco, quando há regulamentos que isentam determinadas categorias econômicas da aplicação da regra. Portanto, para excepcionar a regra, o artigo 101, § 3º dispõe que as condições de ganhos de eficiência, repartição equitativa dos benefícios para os consumidores, o carácter indispensável das restrições e a não eliminação da concorrência devem ser

²²⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 275.

²²¹ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 608.

satisfeitas cumulativamente²²².

A isenção individual é uma forma da empresa justificar a exceção da regra do artigo 101, § 1º quando as condutas apontam para uma restrição da concorrência. Nessa situação, as partes podem alegar em sua defesa que preenchem cumulativamente as quatro condições do artigo 101, § 3º. A primeira, as partes devem demonstrar os ganhos de eficiência; seja na economia de custos, que podem ser observadas com o desenvolvimento de novas tecnologias e métodos e produção, novas sinergias em razão da integração de ativos, economias de escala e escopo; ou de natureza qualitativa, representada no aumento da oferta de produção, de novos ou melhores produtos. A segunda, dispõe sobre os benefícios para a Comunidade, assim as vantagens dos acordos devem ser direcionadas de forma equitativa à Comunidade; tanto em relação a preços, em razão da economia de custos, quanto as eficiências qualitativas para o bem-estar dos consumidores²²³. A terceira, é sobre o caráter das restrições, que requer que “os acordos restritivos não devem impor restrições que não sejam indispensáveis para a obtenção dos ganhos de eficiência gerados pelo acordo em causa”²²⁴. E, por fim, a quarta condição é a não eliminação da concorrência, de forma que “o acordo não deve dar às empresas envolvidas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”²²⁵. Com esse conjunto de condições, os acordos restritivos previstos no artigo 101, § 1º, mas que atendem aos requisitos § 3º, são válidos sem a necessidade prévia de decisão das autoridades concorrenciais, mas com a possibilidade de um controle *à posteriori*.

As isenções de categorias, também denominada de isenção em bloco decorrem de atos regulamentares da Comissão Europeia que estabelece a excepcionalidade à proibição geral do artigo 101, § 1º do TFUE em certas categorias de acordos, decisões de associações de empresa ou práticas concertadas para determinadas categorias econômicas em razão do enquadramento desses atos ao dispositivo do artigo

²²² A proibição estampada no artigo 101 § 1º “só é aplicável quando, com base numa análise de mercado adequada, se pode concluir que o acordo é susceptível de ter efeitos anticoncorrenciais no mercado”. Jornal Oficial da União Europeia. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado, ponto 24. 2004.

²²³ FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência económica e restrições verticais**. AAFL, Lisboa, 2008, p. 606-626

²²⁴ Jornal Oficial da União Europeia. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado, ponto 73. 2004. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52004XC0427\(07\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52004XC0427(07)). Acesso em 18 jan. 2018.

²²⁵ Jornal Oficial da União Europeia. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado, ponto 105. 2004.

101, § 3º²²⁶. Como exemplo, os benefícios da isenção por categoria podem ser aplicados a acordos relativos às condições de compra, venda ou revenda de bens ou serviços entre duas empresas que contenham restrições concorrenciais em acordos verticais e práticas concertadas quando a quota de mercado do fornecedor ou do comprador não ultrapassar 30% do mercado relevante²²⁷, mas os efeitos pró-concorrenciais têm que compensar os efeitos anticoncorrenciais.

O TFUE ao estabelecer as regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno, também delimitou as competências dos Estados-membros em relação aos auxílios estatais ou subsídios para determinadas indústrias ou atividades econômicas. O auxílio do Estado está previsto no artigo 107, § 3º, do TFUE, que considera “incompatíveis com o mercado interno, [...], os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam”, que sejam passíveis de beneficiar certas empresas ou produções, afetando o comércio e falseando a concorrência entre Estados-membros.

Outrossim, considerando as particularidades e os ideais de integração da União Europeia, os auxílios podem contribuir para a estabilidade e desenvolvimento econômico de regiões relativamente atrasadas; promover o fortalecimento de pequenas e médias empresas; estimular ações de pesquisa, desenvolvimento e inovações; ampliar oportunidades de geração de empregos, entre outros²²⁸. As possíveis exceções são continuamente revisadas por meio de regulamentos nos termos do artigo 108 do TFUE,

²²⁶ O Regulamento (CE) n. 1/2003 estabelece as regras para execução de concorrência abrangidas nos artigos 101 e 102. São regras que visam garantir a fiscalização e simplificar o controle administrativo.

²²⁷ Jornal Oficial da União Europeia. Regulamento (UE) n. 330/2010 da Comissão, artigo 3º. Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Reg_330_2010_-_Restricoes_verticais.pdf. Acesso em: 09 abr. 2018.

²²⁸ Conforme o artigo 1º do Regulamento Geral de Isenção por categoria 651/2014, com vigência até 31 de dezembro de 2020, declara certas categorias de auxílios compatíveis com o mercado comum, em aplicação dos artigos 107 e 108 do TFUE

1. O presente regulamento deve ser aplicável às seguintes categorias de auxílio:

- a) Auxílios com finalidade regional;
- b) Auxílios às PME sob a forma de auxílios ao investimento, auxílios ao funcionamento e auxílios ao acesso das PME ao financiamento;
- c) Auxílios à proteção do ambiente;
- d) Auxílios à investigação e desenvolvimento e inovação;
- e) Auxílios à formação;
- f) Auxílios à contratação e ao emprego de trabalhadores desfavorecidos e trabalhadores com deficiência;
- g) Auxílios destinados a remediar os danos causados por certas calamidades naturais;
- h) Auxílios sociais ao transporte para habitantes de regiões periféricas;
- i) Auxílios a infraestruturas de banda larga;
- j) Auxílios à cultura e conservação do patrimônio;
- k) Auxílios a infraestruturas desportivas e recreativas multifuncionais; e
- l) Auxílios a infraestruturas locais.

sendo avaliadas conforme o caso concreto. Portanto, há uma pluralidade de objetivos na política de defesa da concorrência europeia, que requer meios de proteção adequados e salvaguardas no processo de consolidação do mercado único e que se constitui parte da política econômica, social e política²²⁹.

Embora a política de defesa da concorrência europeia possa enquadrar objetivos diversos em favor da integração regional, o Direito Antitruste pode ser aplicado sob a perspectiva da eficiência econômica ou na proteção do consumidor, preservando o interesse público. Ao analisar a jurisprudência do Direito Antitruste europeu, Jesús Alfonso Soto Pineda destaca os propósitos de prioridade da Comissão Europeia e do Tribunal de Justiça da União Europeia. Na primeira instituição, a principal preocupação observada é com a proteção efetiva dos consumidores²³⁰. E, na segunda há um destaque para a eficiência econômica e a estrutura de mercado, mas sem desconsiderar a importância da proteção ao consumidor na defesa da concorrência²³¹.

Em suma, o Direito Concorrencial europeu objetiva o fortalecimento do mercado interno a partir de um conjunto de políticas que torne a estrutura econômica mais sólida e competitiva, que com igualdade de tratamento e liberdade de mercado, protege o processo concorrencial com critérios não necessariamente econômicos, a fim de alcançar maior eficiência de mercado em favor do bem-estar dos consumidores.

²²⁹ SOTO PINEDA, Jesús Alfonso. La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. *Dikaion*, v. 23, n. 2, diciembre, 2014. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia p. 351-421. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72038491007>. Acesso em: 8 de janeiro de 2018, p. 383.

²³⁰ A Comissão Europeia estabelece que o objetivo do artigo 82 (atual 101 do TFUE) “is the protection of competition on the market as a means of enhancing consumer welfare and of ensuring an efficient allocation of resources. Effective competition brings benefits to consumers, such as low prices, high quality products, a wide selection of goods and services, and innovation”. COMISIÓN EUROPEA, **DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses**. Bruselas, diciembre de 2005, p. 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 09 jan. de 2018.

²³¹ SOTO PINEDA, Jesús Alfonso. La protección al consumidor como finalidad primordial de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. *Dikaion*, v. 23, n. 2, diciembre, 2014. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia p. 351-421. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72038491007>. Acesso em: 8 de janeiro de 2018, p. 394-396.

3.3 A METAMORFOSE DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA

O processo evolutivo do direito concorrencial está diretamente relacionado com as condições da própria dinâmica econômica, política e social do Estado e suas relações com o funcionamento do mercado, exteriorizada nos fundamentos constitucionais e nas suas legislações infraconstitucionais de cada período social e econômico. A intervenção do Estado nas relações funcionais do mercado, no Brasil, está presente desde o período colonial (1500 - 1822), caracterizada pela fase fiscalista, que impedia e sufocava ações de desenvolvimento industrial. Essa condição é alterada com a transferência da Corte portuguesa para o Brasil, em 1808, que permitiu maior “liberdade de manufatura e indústria”²³².

O período Imperial (1822 – 1889) e as primeiras duas décadas do século XX é marcado pelo contexto ideológico do liberalismo econômico, que defende a não intervenção do Estado, com plena liberdade de mercado. Contudo, a realidade econômica pautada essencialmente em uma economia agroexportadora necessitava de um maior controle do sistema alfandegário. A dinâmica econômica ancorada no setor cafeeiro, ao reclamar medidas interventivas para manter a atividade em evidência no mercado internacional, não permitia um Estado totalmente ausente da economia. Embora as Constituições de 1824 e 1891 insiram-se naquele contexto ideológico, não significa a inexistência de uma ordem econômica constitucional reguladora de uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.

Além das características próprias da economia brasileira, o contexto das transformações sociais e econômicas que marcaram o início do século XX, como a Primeira Guerra Mundial e a Crise de 1929 esgotaram os princípios dogmáticos do liberalismo econômico, impondo novos rumos para reorganização do mercado, requerendo uma maior intervenção do Estado sobre o domínio econômico, a exemplo do observado na Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, que instituíram a social-democracia, abandonando ideais do liberalismo econômico.

No Brasil, a liberdade econômica, como valor constitucional, encontrou abrigo pela primeira vez na Constituição Federal de 1934, conforme disposição do artigo

²³² FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 84-94.

115, que assegurava a liberdade econômica individual dentro dos limites dos “princípios da justiça e as necessidades da vida nacional”. A Constituição também estabelecia a possibilidade de intervenção estatal na organização econômica e a promoção do fomento da economia popular, conforme artigo 116 e 117 respectivamente²³³.

A partir da Constituição de 1934 todas as demais constituições brasileiras incluíram um capítulo para tratar da “ordem econômica e social”. Na Constituição de 1937, a liberdade à iniciativa privada, prevista no artigo 135 estabelecia que “a intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual”. A Constituição de 1937, em seu artigo 141, ainda previa que “a lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais”, e declarava que “os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

A norma constitucional do artigo 141 da Constituição de 1947 foi regulamentada pelo Decreto-Lei 869, de 1938, que tipificava os crimes e as penalidades de crimes contra a economia popular, mas que em muitos aspectos caracteriza uma lei antitruste²³⁴. Embora, preocupação principal do Decreto-lei era com tutela da economia popular, com um fim de proteger o consumidor. Neste sentido, a gênese da defesa a concorrência brasileira em atos de concentração estava relacionada aos crimes contra a economia popular, diferentemente do modelo estadunidense que tinha como objetivo a

²³³ Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.

Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 16 de julho de 1934. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 13 jan. 2018.

²³⁴ A regulamentação do artigo 141, por meio do Decreto-Lei 869/1938, é considerada a primeira norma antitruste brasileira, haja vista que os tipos penais de crimes contra a economia popular são condutas que também podem restringir a concorrência, entre as condutas sancionadas estão: i) a manipulação da oferta e da procura (art. 2º, incisos I e II); ii) promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; art. 2º, incisos III; iii) o açambarcamento de mercadoria (art. 2º, incisos IV); iv) a venda abaixo do preço de custo, visando a impedir a concorrência (art. 2º, inciso V); e v) a fixação de preços mediante acordo entre empresas ou exclusividade (art. 3º, inciso I). BRASIL. **Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 jan. 2018.

proteção e manutenção da concorrência.

Não obstante, o Decreto-lei 869/1938 tivesse um conjunto de medidas antitruste, ficou virtualmente inaplicado à defesa da concorrência até 1945, em razão de sua característica penal. Em 22 de junho de 1945 foi editado o Decreto-lei 7.666, que dispunha sobre atos contrários à ordem social e econômica, a primeira legislação essencialmente antitruste, inspirada na legislação antitruste norte-americana²³⁵. O Decreto 7.666/1945 sofreu forte oposição, sendo acusado de intervencionista e de dificultar o desenvolvimento econômico do país, sendo revogado quatro meses mais tarde, ou seja, pouco tempo para provocar qualquer efeito.

A Constituição de 1946 adotou a expressão “abuso do poder econômico” originária do Decreto-Lei 7.666/1945, que ressurge no artigo 148, declarando que “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”. Em 1948 foi apresentado projeto de lei para regulamentação do artigo, que basicamente reeditava os termos do Decreto-Lei 7.666/1945, (Projeto 122/48), que após diversas modificações foi transformado na Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, que instituiu o CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica - com jurisdição em todo território nacional, com a incumbência de averiguação e julgamento das infrações concorrenciais e abusos do poder econômico²³⁶.

A legislação antitruste brasileira, voltada à repressão do abuso de poder econômico surge em um momento em que a política industrial contava com a proteção e coordenação do Estado e não de concorrência, contexto em que o CADE era um elemento estranho nessa política²³⁷. A característica intervencionista e “concentracionalista e até certo ponto cartelizante dos militares era incompatível com uma política consistente de

²³⁵ O Decreto-lei 7.666/45 criava a “Comissão Administrativa de Defesa Econômica – ainda não um Conselho – vinculada ao chefe do Poder Executivo, com poderes para autorizar ou impedir fusões, agrupamentos ou transformações de empresas nos variados setores da economia brasileira. O momento histórico e econômico da época era o de um país que começava a industrializar-se e que, posteriormente à Segunda Guerra Mundial, se destacava aos olhos do capital internacional”. BRASIL. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** CARVALHO, Vinícius Marques de Carvalho; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013, p. 38.

²³⁶ NUSDEO, Fábio. O Direito da concorrência e concentração empresarial – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: SADDI, Jairo. **Fusões e aquisições: Aspectos Jurídicos.** São Paulo: IOB, 2002, p. 332-352.

²³⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil.** 2. ed. São Paulo Atlas, 2014, p. 266-295.

defesa da concorrência e acabou, sem a necessidade de revogação, esvaziando as partes substantivas da lei vigente”²³⁸.

A atuação do CADE até meados da década de 1980 foi bastante comprometida, devido às ações de intervenção do Estado como: i) na política industrial, com o fomento a criação de grandes grupos econômicos nascidos de fusões e incorporações com incentivos fiscais aprovados pela Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE)²³⁹; ii) do controle de preços por meio da Superintendência Nacional de Abastecimento (Sunab), da Comissão Nacional para Estabilização de Preços (Conep) ou do Conselho Interministerial de Preços (CIP); e, iii) frequentemente as decisões do CADE eram reformadas pelo Poder Judiciário²⁴⁰, justificadas na “salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente asseguradas”²⁴¹.

No final da década de 1980, a economia brasileira sinalizava para uma maior abertura econômica e programas de privatizações, trazendo uma nova perspectiva sobre a defesa da concorrência e a necessidade de mecanismos de controle do exercício de poder dos novos grupos econômicos privados que se formavam, pois conforme aponta Paulo Furquim de Azevedo, “a ausência de constrição sobre as decisões privadas pode resultar em prejuízos à concorrência e, portanto, às perdas sociais dela derivadas”²⁴².

A partir dessa perspectiva de maior abertura econômica, a Constituição Federal de 1988 distingue a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica, conforme artigo 170, inciso IV²⁴³ e faz entrar em vigor as leis 8.137/1990 e

²³⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **Textos para discussão**. Fundação Getúlio Vargas - FGV - Direito Rio, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/1762>. Acesso em: 15 jan. 2018.

²³⁹ “Havemos de convir que, com as facilidades com que o Governo está estimulando a incorporação e a fusão de empresas, se dilarga o caminho para a formação dos “trust”, cujos malefícios é preciso impedir e, não somente reprimir, por ação platônica, a posteriori, como é, hoje, a declarada posição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)”. SHIEBER, Benjamin. **Abusos do poder econômico**: direito e experiência anti-truste no Brasil e nos EUA. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966, p. 161 – 163.

²⁴⁰ A primeira fase do CADE compreendida entre 1963 e 1990 foi muito limitada, pois conforme destaca Lucia Helena Salgado, “o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recursos das partes inconformadas”. SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997, p. 176.

²⁴¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012, p. 116.

²⁴² AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo Atlas, 2014, p. 271.

²⁴³ Para Isabel Vaz, “a repressão ao abuso do poder econômico adquire as feições de instrumento a ser utilizado para a defesa do bem jurídico “livre concorrência”, ao qual o constituinte imprimiu a natureza de princípio informador das atividades econômicas, ao lado dos demais incisos do artigo 170

8.158/1991. A primeira, preocupada com a concentração e o abuso do poder econômico, definiu os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, fixando punições. A segunda criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, vinculada ao Ministério da Justiça, com a competência para “apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, [...] capazes de perturbar ou afetar, [...], os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica”²⁴⁴. Assim, o CADE e a SNDE dividiam a responsabilidade de implementação da política de defesa da concorrência brasileira, o primeiro encarregado dos julgamentos e a segunda, responsável pela instrução dos processos²⁴⁵.

Segundo Ana Maria de Oliveira Nusdeo, a Lei 8.158, de 1991, representa um avanço na defesa da concorrência, fortalecendo o caráter regulador da economia, inserindo-se no campo do direito econômico e afastando-se do direito penal. Com o isso, o controle de atos de concentração é deslocado para a esfera do direito econômico, significando uma redução do poder de discricionário do CADE e que as decisões deviam “se ater a um juízo de legalidade” e não conforme “critérios de oportunidade e conveniência”²⁴⁶.

A política antitruste brasileira alcançou maior desenvolvimento e abrangência de ação com a aprovação da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, que implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)²⁴⁷, sistematizando a matéria

da atual Carta Política”. VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 283.

²⁴⁴ Conforme artigo 1º da Lei 8.158/1991. BRASIL. **Lei 8.158, de 08 de janeiro de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm. Acesso 16 jan. 2018.

²⁴⁵ Para Fabio Nusdeo, a Constituição de 1988, “estabelece uma opção clara pela manutenção do mercado como um os centros decisórios básicos da vida econômica, [...] ele, o mercado, não poderá funcionar ou atuar a seu bel-prazer, mas deverá ser monitorado com vistas a manter uma saudável e necessária concorrência, em última análise, a justificação básica para sua existência”. NUSDEO, Fábio. O Direito da concorrência e concentração empresarial – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: SADDI, Jairo. **Fusões e aquisições: Aspectos Jurídicos**. São Paulo: IOB, 2002, p. 349.

²⁴⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa a concorrência e globalização: o controle da concentração de empresas**. São Paulo. Malheiros Editores, 2002, p. 224.

²⁴⁷ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é composto pelo CADE, com poder de decisão sobre prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), vinculada ao Ministério da Justiça, que dentre outras competências, tem a função de fiscalização, investigação e de opinião ao CADE; e, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, com, entre outras competências, “delinear, coordenar e executar as ações do Ministério, no tocante à gestão das políticas de regulação de mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica, de forma a promover a eficiência, o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico; [...] “atuando no controle de estruturas de mercado, emitindo, pareceres econômicos relativos a atos de concentração [...] e proceder “as análises econômicas de práticas ou condutas limitadoras da concorrência, instruindo procedimentos no contexto da Lei nº 8.884, de 1994”. BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico.

antitruste e transformando o CADE em uma autarquia federal, com relativa autonomia. Para dar concretude aos princípios da ordem econômica constitucional, a nova legislação antitruste destacou como objetivos: i) a proteção da livre concorrência, da livre iniciativa e do consumidor²⁴⁸; ii) da eficiência econômica²⁴⁹, iii) do interesse nacional²⁵⁰ e iv) do nível de emprego²⁵¹. Nesse sentido, a política antitruste no bojo da Constituição Federal de 1988 mantém seu caráter de instrumentalidade para além da circunscrição à defesa concorrencial²⁵².

Para fortalecer os mecanismos de defesa da concorrência, a Lei 8.884/1994 impôs um maior controle para os atos de concentração, exigindo a obrigatoriedade de notificação de fusões, aquisições, associações empresariais e contratos hábeis a produzir qualquer forma de concentração econômica, que envolvessem empresas ou grupos empresariais com faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões ou que resultassem em uma concentração de mercado de 20% ou mais, definidos no art. 54, *caput* e §3º.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC foi reformulado em 2011, quando os dispositivos de Direito Concorrencial da Lei 8.884/1994 foram

Competências. Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>. Acesso em: 16 jan. 2018.

²⁴⁸ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

²⁴⁹ Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

²⁵⁰ Art. 54, §2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

²⁵¹ Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. § 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

²⁵² Para Eros Roberto GRAU, “As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente uns aos outros. Daí por que o princípio da liberdade de concorrência ou livre concorrência assume, no quadro da Constituição de 1988, sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados, seu conteúdo é determinado pela sua inserção em um contexto de princípios, no qual e com os quais subsiste em harmonia”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 209.

revogados pela Lei 12.529/2011²⁵³. A nova legislação está fundada nos princípios da soberania econômica nacional, da propriedade privada e de sua função social, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido das pequenas empresas, conforme disposição do artigo 170 da Constituição de 1988.

Além das medidas de promover a concorrência econômica por meio de ações de caráter administrativo e educativo, o SBDC atua sob dois aspectos, o preventivo e o repressivo, quanto às ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência. Em relação as ações preventivas, o art. 88 da Lei 12.529/2011 determina que devem ser submetidos ao CADE atos de concentração econômica que possam representar concentração de mercado. No aspecto repressivo, o art. 36 da lei antitruste prescreve as condutas que tipificam infração à ordem econômica, como: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante²⁵⁴.

No transcorrer da política econômica e jurídica, a evolução da política de defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro transmuta de um modelo deturpado, que em defesa direta do consumidor privilegiava mecanismos de intervenção econômica e controle de preços para uma lógica de transparência concorrencial dos mercados. A política de defesa da concorrência passa a estar inserida em um contexto para além do controle de estruturas ou de condutas de mercado, com a responsabilidade de contribuir com os arranjos concorrenciais da estrutura industrial brasileira frente às novas características e estratégias empresariais da concorrência globalizada, em conformidade com os princípios da Constituição de 1988.

3.4 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E TRANSNACIONALIZAÇÃO: POLÍTICA INDUSTRIAL BRASILEIRA

O modelo de desenvolvimento econômico brasileiro é marcado pela

²⁵³ A Lei 8.884/1994, não foi revogada completamente, poupou dois artigos, a saber, o art. 86 e o art. 87 que, respectivamente alteram o art. 312 do Código de Processo Penal e o art. 39 da Lei 8.078/1990.

²⁵⁴ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

expressiva relação de dependência da dinâmica das atividades agropecuárias, que historicamente demonstrou uma significativa dependência do mercado internacional, como já ratificaram autores clássicos da historiografia econômica brasileira tais como Celso Furtado²⁵⁵, Caio Prado Junior²⁵⁶ e Ladislau Dowbor²⁵⁷. A trajetória do desenvolvimento da indústria brasileira é fortalecida a partir do *boom* da economia cafeeira que possibilitou a ampliação do mercado interno, deslocando o modelo de desenvolvimento agroexportador para um modelo voltado ao mercado nacional, nomeadamente após a crise de 1929²⁵⁸.

No que diz respeito ao desenvolvimento industrial brasileiro podem ser identificadas duas fases distintas, mas ambas tipificadas como Industrialização de Substituição de Importação (ISI). A primeira fase inicia em 1933 e se prolonga até meados da década de 1950, caracterizada como “industrialização restringida”. É um período marcado por um significativo controle da política cambial que favoreceu as indústrias na aquisição de máquinas e equipamentos, incentivando a ISI nos bens de consumo e bens intermediários e, ao mesmo tempo as protegia da concorrência externa²⁵⁹. A segunda fase teve início entre 1955-1956 e estendeu-se até o início da década de 1970, período fortemente influenciado pelas ideias de industrialização da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe) para superação do subdesenvolvimento econômico, facilitando o ingresso de grandes empresas multinacionais para acelerar o ritmo de substituição de importações de bens de consumo e bens intermediários. A implantação do Plano de Metas (1956-1960), criou um ambiente ainda mais favorável aos investimentos internacionais que associado aos investimentos do Estado em infraestrutura alterou substancialmente a estrutura do sistema produtivo, entretanto sem mudar a

²⁵⁵ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1991.

²⁵⁶ PRADO JUNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

²⁵⁷ DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

²⁵⁸ O modelo primário exportador “não foi suficiente para assegurar, paralelamente ao desenvolvimento de indústrias produtoras de bens de consumo corrente, a implantação e o desenvolvimento de indústrias produtoras de bens de produção”. NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento: a economia política do “modelo de desenvolvimento”**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 214.

²⁵⁹ O modelo de substituição de importações do período é caracterizado, entre outros elementos, pelo elevado grau de fechamento da economia à concorrência externa; significativos investimentos do Estado em setores que o capital privado nacional encontrava dificuldade de ingresso e o internacional não tinha interesse em razão da baixa rentabilidade e dos elevados prazos de maturação dos investimentos. CURADO, Marcelo. Industrialização e desenvolvimento: uma análise do pensamento econômico brasileiro. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 22, n. 3 (49), p. 609-640, dez. 2013.

estrutura da pauta de exportações, assentada em bens primários²⁶⁰.

O modelo de industrialização por meio da substituição de importação seguiu durante o período ditatorial brasileiro (1964 – 1985), inicialmente com o Plano de Ação Econômica do Governo (PAEG), com o objetivo de reduzir o processo inflacionário e realizar reformas econômicas para ampliar a capacidade de investimentos e corrigir a tendência de desequilíbrio externo para a retomada do crescimento. A política econômica recessiva do PAEG contribuiu decisivamente para a concentração e centralização do capital industrial no Brasil, em razão de medidas que dificultavam o fortalecimento de pequenas empresas ao tempo que encorajava “a fusão de empresas e a formação de grandes conglomerados financeiros destinados a liderar *conglomerados financeiros-industriais*”²⁶¹.

O Primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento (I PND), aprovado pela Lei 5.727/1971, para o período 1972 a 1974, estabelecia programas e diretrizes para “transformar o Brasil em nação desenvolvida”. Neste sentido, o “modelo de desenvolvimento brasileiro” visava criar uma “economia moderna, competitiva e dinâmica”. Na construção da política industrial, duas foram as principais estratégias: i) modernizar e reorganizar o setor industrial, medida que foi incentivada com fundos do BNDE²⁶² para fusões e reorganização industrial; e ii) estimular a formação de empreendimentos de grande dimensão com incentivos fiscais em operações de fusões e aquisições²⁶³.

Esse modelo de política industrial evidencia que, para fortalecer a competitividade da estrutura empresarial nacional, havia a necessidade da intervenção do Estado, seja na forma direta como produtor de bens de infraestrutura ou indiretamente por meio de políticas de incentivos e regulação.

Prosseguindo com os objetivos de transformar o Brasil em uma grande

²⁶⁰ O Estado, neste período, foi o motor do crescimento econômico, estimulando os investimentos privados, que estabelece as bases de uma *solidariedade orgânica* entre o Estado e as grandes empresas multinacionais, o chamado modelo de desenvolvimento associado dependente. NUNES, Antônio José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento**: a economia política do “modelo de desenvolvimento”. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 241.

²⁶¹ *Ibidem*, p. 411

²⁶² O BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e social, instituição financeira federal, criada em 1952 para fomentar o desenvolvimento dos setores básicos da economia, nos planos público e privado. Em 1982, o banco foi incumbido de gerir o Fundo de Investimento Social, passando a incorporar no nome a palavra “social”. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro, Record, 2005.

²⁶³ BRASIL. **I plano nacional de desenvolvimento (PND) – 1972/74**. Lei 5727, de 04 de novembro de 1971. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici-i-pnd-72_74. Acesso em: 12 jan. 2018.

potência econômica mundial foi aprovado, pela Lei 6.151/1974, o Segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND), para o período de 1975 a 1979, estabelecendo como objetivos centrais o crescimento econômico para o aumento da a renda *per capita* e descentralização industrial. A estratégia econômica para o setor industrial não foi muito diferente do I PND, a baixa competitividade da indústria estava associada à insuficiência de escala produtiva, que poderia ser superada com fusões e aquisições de empresas para viabilizar o desenvolvimento capitalista brasileiro. A política de estímulos à concentração empresarial no II PND foi descrita da seguinte forma:

[...] nessas condições, uma política de fusão e incorporação de empresas nacionais – e o que se tem estimulado é exatamente isso, para adquirir escala econômica, – significa elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do país e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, ao invés de enfraquecê-la²⁶⁴.

A partir desse conjunto de medidas destinadas a promover a industrialização brasileira, especialmente a partir da II Guerra Mundial houve uma significativa alteração e diversificação da estrutura produtiva nacional. A análise do perfil industrial, a partir de dados censitários, pela ótica do valor adicionado, demonstra uma perda de participação das indústrias do setor primário para o setor secundário da economia, que é constatada pela redução da participação do valor adicionado das indústrias de alimentos e têxtil de 39,7% em 1950 para 22,2% em 1970. E, por sua vez, as indústrias de metalurgia, mecânico, eletro e químico aumentaram sua participação no valor adicionado de 20,7% para 32,9% no mesmo período²⁶⁵.

O resultado do modelo de industrialização e estratégias de políticas de mudança do perfil industrial brasileiro indicavam para uma tendência de concentração industrial. A análise de indicadores de produção referentes ao número de estabelecimentos industriais totais demonstrou que a indústria agregada ficou mais concentrada nas décadas de 1950 e 1960. Segundo Regis Bonelli, há uma distinção no

²⁶⁴ A política industrial do II PND incentivava uma redefinição do perfil industrial do país com estratégias de fusões e aquisições, haja vista que “Em nosso País, sempre se tendeu a excessiva proliferação de empresas, desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala. [...] o que se via era a presença de uma ou poucas empresas estrangeiras, com escala satisfatória, ao lado de uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e fracas”. BRASIL. **II plano nacional de desenvolvimento (1975-1979)**. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/geisel/ii-pnd-75_79/view. Acesso em: 12 jan. 2018, p. 54.

²⁶⁵ CASTRO, Armando Barros de. Observações sobre a indústria brasileira de alimentos. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 1, n. 6, nov./dez., 1977.

processo de concentração industrial nessas duas décadas; na primeira, a concentração ocorreu pela expansão do número de grandes estabelecimentos, enquanto na segunda está relacionada ao aumento dos estabelecimentos de porte médio e médio grande.

Ao analisar o grau de concentração industrial a partir do faturamento de empresas em sociedade anônima, para a década de 1970, Regis Bonelli constatou que no período de 1973 a 1977 a concentração da produção industrial agregada teve um pequeno aumento ao nível das quatro maiores empresas (CR4) em seu ramo de atividade. Embora, nesse período já houvesse indicativos de uma desaceleração do crescimento industrial e do grau de concentração, mas os setores mais concentrados apresentaram maior crescimento em termos de faturamento²⁶⁶⁻²⁶⁷.

Em síntese, o modelo de desenvolvimento industrial de substituição de importação e as políticas econômicas do Brasil pós II Guerra Mundial foram caracterizados pela profunda intervenção governamental no mercado, que atuava com grandes empresas, especialmente nos setores de infraestrutura e finanças, que se prolongaram até início da década de 1990, quando iniciou a abertura comercial. Para além dessas ações interventivas, o Estado ativista exercia o controle de preços sobre determinados mercados, “que na realidade era feito com a cooperação do setor privado”²⁶⁸. Com o fim da etapa da industrialização de substituição de importação, no final da década de 1970, a dinâmica da indústria passou um processo de difícil ajustamento de reestruturação em razão dos profundos impactos da superinflação dos anos de 1980, da abertura comercial e da estabilização monetária a partir de 1994²⁶⁹.

O movimento acelerado de globalização econômica, a partir da década de 1980, e, de forma mais significativa na década seguinte, provocou mudanças não somente em termos quantitativos do comércio internacional, mas também qualitativas nos padrões

²⁶⁶ O modelo de desenvolvimento industrial pautado na ISI, adotou mecanismos de proteção concorrencial à indústria nascente de forma que a maior parte dos setores novos já nasceu como uma grande empresa estrangeira e concentrada. BONELLI, Regis. Concentração industrial no Brasil: indicadores da evolução recente. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n.3, p. 851-884, dez.1980, p. 864.

²⁶⁷ Ao analisar os índices de concentração técnica para os ramos da metalurgia, têxtil, de produtos alimentares e de material de transportes, Maria Cristina Cacciamali de Souza conclui que a concentração dessas atividades econômicas está relacionada ao modelo de desenvolvimento adotado pelo Brasil, “em que o capital estrangeiro e a tecnologia importada são o esteio, e a concentração técnica, econômica e financeira, o traço básico”. SOUZA, Maria Cristina Cacciamali de. Concentração industrial em quatro ramos industriais. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 27-43, out./dez. 1980, p. 39.

²⁶⁸ OCDE. **Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares**. 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²⁶⁹ BONELLI, Regis; GONÇALVES, Robson R. Para Onde vai a estrutura industrial brasileira? Rio de Janeiro: IPEA, jun. 1998. (**Texto para Discussão n. 540**).

produtivos e de organização, com maior flexibilização e descentralização da produção, que amplia a importância das empresas transnacionais²⁷⁰. Ampliar e intensificar o comércio internacional e a transnacionalização não significa necessariamente uma maior concorrência, pelo contrário pode provocar uma desestruturação e um desequilíbrio no mercado concorrencial.

3.4.1 A globalização e a transnacionalização

O fenômeno da globalização marca o aprofundamento e a aproximação das relações entre os países onde são evidenciadas diferentes abordagens sociais e econômicas, mas principalmente na circulação de bens, serviços e capitais, que afetam as estratégias de competitividade das empresas. A partir da segunda metade do século XX os avanços tecnológicos de comunicação e transportes contribuíram decisivamente na internacionalização econômica. Contudo, as empresas dos países emergentes experimentaram maior intensificação no processo de internacionalização somente a partir da década de 1980²⁷¹, que se intensifica, no caso brasileiro, a partir da segunda metade dos anos de 1990.

O modelo de desenvolvimento industrial brasileiro ao estimular a atração de capitais estrangeiros e de empresas transnacionais, possibilitou uma maior diversidade e integração da estrutura industrial. Contudo não provocou mudança substancial da pauta de exportações, mas ampliou a participação dos produtos manufaturados nas exportações, apesar da retração na década de 1980, que deteriorou a competitividade das exportações de bens industriais. Com essa característica de industrialização havia um alto grau de internacionalização, embora pautado pela via do comércio internacional e em setores industriais tradicionais de baixo valor agregado e conteúdo tecnológico. Por outro lado, a participação brasileira em investimentos externos diretos, era relativamente pequena e

²⁷⁰ Além da alteração dos padrões produtivos, David Trubek *et al* descrevem outras características decorrentes da globalização destacando: 1) mercado financeiro mais integrado, que permite um mercado de capitais global, 2) maior importância às empresas multinacionais e 3) Aumento do comércio nos blocos econômicos, 4) hegemonia de políticas neoliberais orientadas pela prevalência do mercado. TRUBEK, David *et al*. Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transitional arenas. **Case Western Reserve Law Review**, v. 44, n. 2, p. 407-498, 1994.

²⁷¹ HIRATUKA, Celio; SARTI, Fernando. 2011. **Investimento direto e internacionalização de empresas no período recente**. Texto para discussão n.1 610. Brasília: IPEA, 2011.

concentrada em poucas empresas das áreas da construção civil, setor financeiro, extração mineral e produção de *commodities*²⁷².

O processo da internacionalização produtiva de empresas brasileiras apresentou um maior impulso na década de 1990 em razão da abertura comercial, de fusões e aquisições e das privatizações. Com maior exposição ao mundo globalizado, a estratégia de internacionalização da indústria brasileira era uma das alternativas de sobrevivência nesse ambiente de maior concorrência e competitividade. Os desafios mais urgentes segundo Maria Lussieu da Silva²⁷³ “se referiam principalmente à capacitação tecnológica e à obtenção de escalas mais competitivas”, para que se alcançasse uma proximidade com os padrões internacionais de produção e competitividade.

Conforme dados do Banco Central do Brasil, apresentado no gráfico 1, a realização de investimento externo direto do mercado brasileiro, um dos principais canais de transnacionalização, apresentou crescimento expressivo entre 2007 e 2016, passando de um valor próximo a US\$ 140 bilhões para US\$ 335 bilhões, embora a escalada dos investimentos diretos ocorra a partir de 2005, quando havia um estoque de US\$ 79,2 bilhões e já em 2006 alcança US\$ 117,1 bilhões, um aumento de 44,05%. Entre 2007 e 2016 o investimento direto brasileiro teve uma elevação de 139,48%, contudo com algumas oscilações no período, como a redução de investimentos de -3,3%, em 2015 comparado a 2014, e uma alta de 31,42% no ano de 2012 em relação a 2011. É importante destacar, que a principal modalidade de investimento brasileiro no exterior é dada pela participação no capital (acima de 10%), embora haja alguma variação no período de 2007 a 2013, a modalidade de participação no capital foi superior a 90% nos anos de 2011 a 2016.

A participação do Brasil no investimento externo direto, de acordo com relatório da Confederação Nacional das Indústrias (CNI) sobre investimentos brasileiros no exterior²⁷⁴ é, em comparação a outros países emergentes, pequena e de comportamento volátil. Embora, a participação brasileira no investimento direto no exterior seja pequena,

²⁷² A industrialização brasileira é marcada por uma forte assimetria na internacionalização, de forma que há um maior investimento direto estrangeiro recebido em relação à capacidade de investimento externo direto brasileiro que reflete “os diferenciais de competitividade e de capacidade de acumulação tecnológica e de capital das empresas nacionais vis-à-vis as estrangeiras”. HIRATUKA, Celio; SARTI, Fernando. 2011. **Investimento direto e internacionalização de empresas no período recente**. Texto para discussão n.1 610. Brasília: IPEA, p. 21.

²⁷³ SILVA, Maria Lussieu da. A inserção internacional das grandes empresas nacionais. In: LAPLANE, Mariano; COUTINHO, Luciano; HIRATUKA, Célio. **Internacionalização e desenvolvimento da indústria no Brasil**. São Paulo. Editora da Unesp, 2003, p. 111.

²⁷⁴ CNI - Confederação Nacional da Indústria. **Os investimentos brasileiros no exterior**: relatório 2013. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2013.

muitas empresas brasileiras ganharam importância no mercado internacional e se consolidaram no mercado interno com destaque para o setor de bebidas e alimentos.

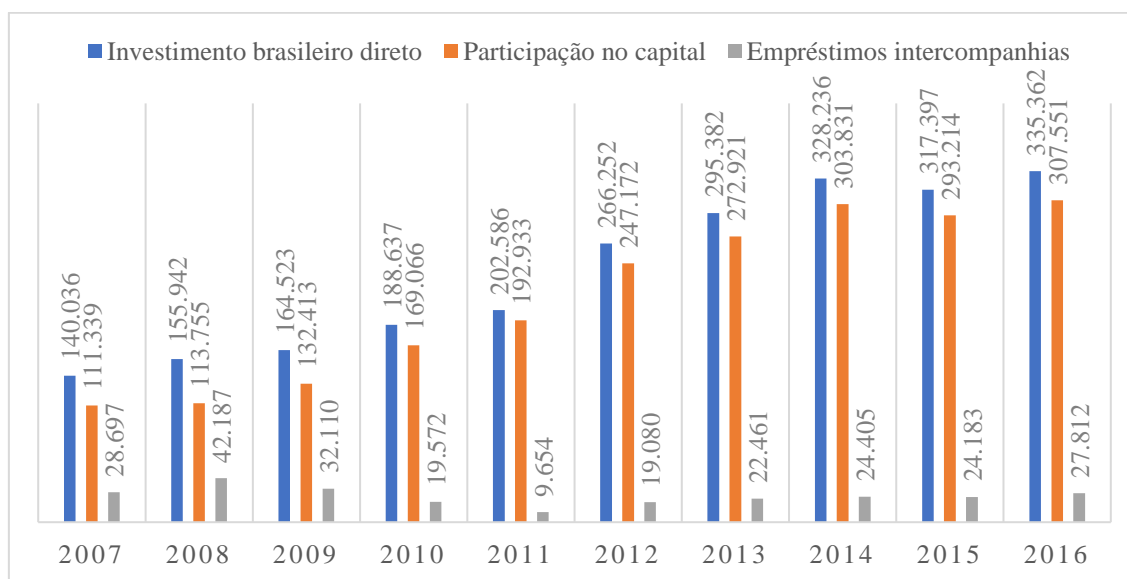


Gráfico 1 - Estoque de investimento direto brasileiro no exterior (2007-2016) – US\$ milhões

Fonte: Banco Central do Brasil²⁷⁵

A internacionalização produtiva das empresas é uma questão de interesse político e econômico, conforme destaca Danilo Rocha²⁷⁶, haja vista a necessidade da “atuação do Estado, seja ela direta, seja em forma de regulação”, pois o Estado, “em tese, pode instrumentalizar a internacionalização de capitais nacionais tanto para fortalecer seu poder internamente, junto ao empresariado local, quanto para posicionar-se de maneira mais incisiva no cenário internacional, caracterizando-se como ação de política externa”.

A defesa da ação do Estado, por meio de política industrial, no incentivo a competitividade diante da concorrência externa encontra justificativa em duas ordens de fatores. A política industrial como fator de competitividade, fomentando pesquisa e desenvolvimento na obtenção de vantagens competitivas decorrentes da inovação, criação de novos produtos ou designer e marketing. Além dos avanços que podem ser obtidos em termos de produto, o fomento da política industrial pode gerar ganhos qualitativos em organização, reduzindo custos de produção. Os incentivos do Estado têm o papel de

²⁷⁵ Banco Central do Brasil. **Investimento brasileiro direto**. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2016.asp?idpai=CBE>. Acesso em: 28 jan. 2018.

²⁷⁶ ROCHA, Danilo. Estado, empresariado e variedades de capitalismo no Brasil: política de internacionalização de empresas privadas no governo Lula. **Revista de Sociologia e Política**. v. 22, n. 51, p. 77-96, set. 2014.

contribuir com a indústria nacional na concorrência global²⁷⁷.

O Estado pode exercer substancial influência na inserção internacional das empresas, tanto através do estímulo à competitividade da indústria nacional, quanto através de políticas públicas que auxiliem diretamente as empresas em sua expansão internacional. As políticas de desenvolvimento industrial podem ser classificadas em duas categorias: horizontais e verticais. As políticas horizontais são setorialmente neutras, atuam no sentido de melhorar o ambiente de negócios para todas as empresas e setores. A intervenção de uma política vertical consiste em escolhas setoriais, com a identificação de setores para receber incentivos ou benefícios, ambas as políticas são empregadas pelo Estado brasileiro²⁷⁸.

A política industrial vertical ganhou maior destaque na economia brasileira a partir de 2004, com o lançamento da Política Industrial, Tecnológica e de Comércio Exterior (PITCE) pelo Ministério da Indústria, Desenvolvimento e Comércio Exterior, para o período de 2004 a 2008, cujo objetivo principal era a inovação e a agregação de valor aos processos, produtos e serviços da indústria nacional. A PITCE manteve medidas de melhoria para o ambiente de negócios, mas evidenciou a disposição do governo federal em privilegiar alguns setores da economia considerados estratégicos para o desenvolvimento econômico de longo prazo.

Em maio de 2008 foi lançada a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), elaborada sob a coordenação do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC), em parceria com os ministérios da Fazenda e da Ciência e Tecnologia – além de instituições como o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), com a missão sustentar o crescimento econômico brasileiro, mantendo o entendimento da política vertical da PITCE.

Entre os desafios da PDP destacam-se: ampliar a capacidade de oferta, preservar a robustez do balanço de pagamentos (aumento das exportações), efetivar a capacidade de inovação e fortalecer a micro e pequenas empresas. Especificamente em relação ao setor de proteína animal, a estratégia da PDP era a de conquistar novos mercados e obter uma liderança mundial, cujos objetivos eram: “(i) consolidar o Brasil como o maior exportador mundial de proteína animal; (ii) fazer do complexo carnes o

²⁷⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa a concorrência e globalização**: o controle da concentração de empresas. São Paulo. Malheiros Editores, 2002, p. 174.

²⁷⁸ SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Instituições e políticas industriais e tecnológicas: reflexões a partir da experiência brasileira. **Revista Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 40, n. 1, p. 7-41, 2010.

principal setor exportador do agronegócio brasileiro”²⁷⁹.

3.5 INTERNACIONALIZAÇÃO PRODUTIVA DA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL²⁸⁰

As estratégias de internacionalização das empresas do mercado de proteína animal decorreram basicamente de três aspectos fundamentais: i) a expansão do mercado interno a partir da estabilidade econômica e melhoria da renda interna a partir da segunda metade dos anos de 1990, que possibilitaram uma atuação mais ampla no mercado nacional, principalmente em relação à carne bovina; ii) a abertura de novos mercados no exterior, em parte, facilitado por problemas climáticos e sanitários nos Estados Unidos e União Europeia, que ampliaram as exportações brasileiras; iii) os incentivos do BNDES em financiar as “empresas campeãs nacionais e internacionais” por desempenho nas exportações, que associado a valorização da moeda nacional significava ativos mais baratos no exterior²⁸¹, que facilitou a aquisição ou participação no capital de empresas estrangeiras por empresas brasileiras²⁸².

A internacionalização produtiva da indústria brasileira de proteína animal consistia na aquisição de plantas industriais e marcas em países produtores que não enfrentavam resistências para exportação em razão barreiras sanitárias como a Argentina e a Austrália, ou seja, era uma forma de superar essas barreiras impostas pelos principais mercados consumidores, os Estados Unidos e a Europa. Assim, se houvesse restrições

²⁷⁹ BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Livro verde**: nossa história como ela é. Rio de Janeiro, BNDES, 2017, p. 241.

²⁸⁰ Com alterações pontuais e algumas atualizações esta subseção é uma parte integrante do artigo “A internacionalização produtiva da indústria brasileira no mercado de proteína animal”, elaborado por José Maria Ramos e Luis Alexandre Carta Winter e publicado na Revista de Direito Empresarial. RAMOS, José Maria; WINTER, Luis Alexandre Carta. A internacionalização produtiva da indústria brasileira no mercado de proteína animal. **Revista de Direito Empresarial** - Rdemp, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 85-106, set./dez. 2017.

²⁸¹ STAL, Eva José; SEREIA, Vanderlei José; SILVA, Ricardo Cesso da. Estratégias de internacionalização do setor agroindustrial brasileiro de carnes: exportação ou investimento direto no exterior? **Future Studies Research Journal**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 132 - 161, jul./dez. 2010, p. 139.

²⁸² Conforme, John Wilkinson, a necessidade de expansão para o mercado internacional para fazer frente à concorrência externa trouxe, também, o desafio da transnacionalização das empresas líderes do agronegócio. WILKINSON, John (coord.). **Perspectivas do investimento no agronegócio**. Rio de Janeiro: UFRJ, Instituto de Economia, 2008/2009. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/pib/pib_agronegocio.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

para exportação de um país, exportava-se de outro²⁸³.

Nesse cenário, as principais empresas da indústria brasileira de proteína animal, JBS S. A., BRF – Brasil Foods S.A. e Marfrig S.A. fortaleceram suas estratégias de internacionalização com aquisições de plantas industriais em diferentes países como forma de expansão de seus mercados em produtos e marcas, consolidando o Brasil como um dos principais países produtor e exportador de proteína animal. Em 2017, no mercado de carne de frango, o Brasil ocupou o segundo lugar como produtor e a primeira posição como exportador, com liderança da BRF – Brasil Foods S.A. e da JBS S. A. No mercado de carne suína, o Brasil ocupou a quarta posição na produção e na exportação²⁸⁴. No mercado de carne bovina, o Brasil possui o maior rebanho de bovinos, com aproximadamente de 221,8 milhões de cabeças, sendo também o principal exportador mundial, que em 2017, somou às exportações brasileiras 6,284 bilhões de dólares²⁸⁵.

As dimensões da indústria brasileira de proteína animal demonstram sua importância, não apenas em termos de capacidade produtiva, mas também como geradora de empregos e divisas, que contribuem significativamente para a soberania alimentar, soberania econômica e desenvolvimento do país.

3.5.1 O Caso JBS S.A.

A origem da JBS remonta a 1953, com uma capacidade de processamento de cinco cabeças de gado por dia, na cidade de Anápolis, em Goiás, na região Centro-Oeste do Brasil. A internacionalização da JBS começou em 1997 através de exportações de carne *in natura* e, a partir de 2005 iniciou a internacionalização produtiva com aquisições na Argentina, Estados Unidos, Austrália, entre outros, conforme exposição do quadro 1.

Com sua política de expansão e internacionalização produtiva a empresa conquistou a posição de maior empresa de processamento de proteína animal do mundo, desenvolvendo operações nos cinco continentes. Nas atividades de processamento de

²⁸³ *Ibidem*, p. 139.

²⁸⁴ ABPA - Associação Brasileira de Proteína Animal. **Relatório anual 2018**. Disponível em: <http://abpa-br.com.br/storage/files/relatorio-anual-2018.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

²⁸⁵ ABIEC – Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de carne. **Perfil da pecuária no Brasil: relatório anual, 2018**. Disponível em: <http://abiec.siteoficial.ws/images/upload/sumario-pt-010217.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2018.

carne bovina e de aves a JBS ocupa a liderança mundial, com capacidade de processar 80 mil bovinos/dia (Brasil, Austrália, Canadá e Estados Unidos) e 14 milhões de aves/dia (EUA, México, Porto Rico, Brasil e Reino Unido). É líder mundial em exportação de carne bovina e no processamento de couro. No processamento de carne suína, é a segunda maior empresa nos EUA e uma das maiores no Brasil, com uma capacidade para processar 115 mil suínos/dia. Também atua processamento de carne ovina, na Austrália, com capacidade para processar 24 mil ovinos/dia²⁸⁶.

Quadro 1 - Histórico de aquisições JBS-Friboi, a partir de 2005

Ano	Empresa	País	Evento
2005	JBS S.A.	Brasil	Transformação em sociedade anônima
	Swift Armour	Argentina	Aquisição
2006	Venado Tuerto	Argentina	Aquisição
	Ponte Vedra	Argentina	Aquisição
2007	Berazategui	Argentina	Aquisição
	S B Holding	EUA	Aquisição
	Swift Foods	EUA	Aquisição
	Inalca	Itália	Aquisição de 50%
2008	Smithfield	EUA	Aquisição
	Tasman	Austrália	Aquisição
2009	Bertin	Brasil	Incorporação
	Pilgrims Pride	EUA	Aquisição de 64%
2010	Tatiara Meats	Austrália	Aquisição
	Rockdale Beef	Austrália	Aquisição
	Pilgrims Pride	EUA	Aumento de participação para 67,27%
2012	Pilgrims Pride	EUA	Aumento de participação para 75,3%
	Frangosul	Brasil	Arrendamento
2013	Seara	Brasil	Aquisição
2014	Tyson Foods	México	Aquisição
	Grupo Primo Smallgoods	Austrália	Aquisição
	Big Frango	Brasil	Aquisição
2015	Cargill Meat ²⁸⁷	EUA	Aquisição
	Moy Park	Irlanda do Norte	Aquisição

Fonte: JBS, Fatos relevantes, organização própria.

Expandindo sua política de internacionalização, a JBS anunciou, em junho de 2015, a aquisição de 100% da participação detida indiretamente pela Marfrig na Moy

²⁸⁶ JBS. Relação com os investidores - **Localização e áreas de atuação**. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/static/ptb/localizacao-e-areas-de-atuacao.asp>. Acesso em: 20 set. 2018.

²⁸⁷ Em outubro de 2015 a JBS, divulgou fato relevante com a conclusão direitos e obrigações de titularidade da Cargill Meats, na Cargill Pork, essa transação envolve: (i) duas fábricas de processamento de suínos em Iowa e Illinois; (ii) cinco fábricas de ração em Missouri, Arkansas, Iowa e Texas; e (iii) quatro granjas de suínos em Arkansas, Oklahoma e Texas. JBS. **Fatos relevantes**. 2015. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/ptb/3519/FATO%20RELEVANTE%20-%20JBS%20Anuncia%20a%20Concluso%20da%20Aquisio%20da%20Cargill%20Pork.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

Park Holdings Europe Ltd., maior produtora de carne de aves da Irlanda do Norte e uma das 15 maiores empresas de alimentos no Reino Unido. O negócio visa diversificar as operações da companhia na Europa. Entretanto, em 2017, a Moy Park foi alienada em sua totalidade para a Pilgrim's Pride Corporation, controlada pela JBS, com a justificativa de manter um “desempenho financeiro sólido, com ativos diversificados e um portfólio de produtos inovador, alinhado com a sua intenção de abrir o capital de uma das suas subsidiárias nos Estados Unidos”²⁸⁸. Em julho de 2015, a JBS divulgou fato relevante em razão da proposta de aquisição da divisão de suínos da Cargil, nos Estados Unidos, relacionados à criação, compra e abate de suínos e ao processamento e venda de carne suína. O preço de aquisição foi fixado em US\$1,45 bilhão, livre de dívidas.

O processo de internacionalização produtiva da JBS recebeu incentivo e apoio da PDP com financiamentos do BNDES e compras de ações ou debentures pelo BNDES Participações. De acordo com a composição acionária e societária da JBS, o BNDES Participações detém 21,32%²⁸⁹, o que denota o interesse de instituições públicas no fortalecimento e internacionalização produtiva do setor de proteína animal.

3.5.2 O Caso Marfrig Global Foods S.A.

A Marfrig Global Foods S.A foi constituída em 2000, é a segunda maior companhia de carne bovina do mundo, composta pelas divisões Beef, Keystone e National Beef. A Marfrig Beef, com operações no Brasil, Uruguai e Chile é líder em processamento de bovinos no Uruguai e vice-líder no Brasil, e é a maior importadora de carne no Chile. O processo de internacionalização produtiva da Marfrig, apresentado no quadro 2, ocorreu a partir de 2006 com a aquisição, na Argentina, da AB&P (Argentine Breeders & Packers), empresa especializada em carne de gado angus, preferida pelos americanos e europeus. No mesmo ano, a empresa adquiriu dois frigoríficos no Uruguai: as empresas Tacuarembó e Elbio Perez Rodrigues, com essas aquisições a Marfrig obteve

²⁸⁸ JBS. **Fato relevante:** JBS anuncia a alienação da Moy Park no âmbito do seu plano de desinvestimentos. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/ptb/4323/578851.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁸⁹ JBS. **Composição acionária e societária.** Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/static/ptb/composicao-acionaria-e-societaria.asp>. Acesso em: 15 set. 2018.

acesso ao mercado dos Estados Unidos.

Em 2008, o grupo Marfrig adquiriu a Carroll's Food no Brasil, com atuação em suinocultura, e a compra de ativos do grupo americano OSI, que atua no Brasil e em vários países da Europa com o Grupo Moy Park (avicultura). Para aquisição dos ativos da OSI, o BNDES integralizou sua quota com o aporte R\$ 472.482.817,50²⁹⁰. Entretanto, em 2015, a Marfrig alienou sua participação no Grupo Moy Park para a JBS.

Quadro 2 - Histórico de aquisições da Marfrig a partir de 2006.

Ano	Empresa	País	Evento
2006	Argentine Breeders & Packers	Argentina	Aquisição
	Tacuarembó	Uruguai	Aquisição
	Elbio Perez Rodrigues	Uruguai	Aquisição
2007	La Caballada	Uruguai	Aquisição
	Quikfood	Argentina	Aquisição
	Best Beef S.A. e Estâncias del Sur	Argentina	Aquisição
	Frigorífico Patagônia	Chile	Aquisição
	Quinto Cuarto	Chile	Aquisição
	Estabelecimentos Colônia	Uruguai	Aquisição
	Mirab	Argentina/EUA	Aquisição
2008	Grupo OSI / Moy Park	EUA /Reino Unido	Aquisição
	Carroll's Food	EUA	Aquisição
2009	Seara	Brasil	Aquisição
2010	Keystone Foods	EUA	Aquisição
2018	National Beef	EUA	Aquisição

Fonte: Marfrig – Fatos relevantes²⁹¹; Gessuir Pigatto; Giuliana Aparecida Santini²⁹², organização própria.

Com estratégia de expansão e diversificação em aves e suínos, o grupo Marfrig Global Foods S.A. adquire em 2009 a Seara de propriedade da Cargill Alimentos S.A., com operações no Brasil, Europa e Ásia. O negócio envolveu sete unidades industriais de aves, com capacidade de abate de 1,2 milhão de aves/dia e, 2 (duas) unidades industriais de suínos com a capacidade de 5.800 cabeças/dia, além de plantas industriais de fabricação de ração e o terminal portuário privativo em Itajaí – SC. Contudo, em 2013, a Marfrig precisando reequilibrar sua estrutura de capital e reforçar seu redirecionamento estratégico global à área de “*food service*”, alienou a Seara ao grupo

²⁹⁰ MARFRIG. **Fatos relevantes:** MMS e BNDESPAR subscrevem e integralizam ações da Marfrig. Disponível em: http://ri.marfrig.com.br/PT/Documentos/20080901_Fato_Relevante.pdf. Acesso em: 28 set. 2018.

²⁹¹ MARFRIG. **Fatos relevantes.** Disponível em: <http://ri.marfrig.com.br/pt/arquivos-cvm>. Acesso em: 28 set. 2018.

²⁹² PIGATTO, Gessuir; SANTINI, Giuliana Aparecida. Internacionalização das empresas brasileiras frigoríficas. In: **Congresso da SOBER**, 47, Porto Alegre, julho de 2009. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/13/832.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018.

JBS²⁹³.

Em 2010, a Marfrig anunciou a aquisição de 100% das ações emitidas da Keystone Food, empresa norte-americana, pelo valor de US\$ 1,26 bilhão. Essa operação foi financiada com a emissão de 250 mil debêntures, no valor total de R\$ 2,5 bilhões, conversíveis em ações, que o BNDES, por meio da BNDESPar²⁹⁴, comprometeu-se a subscrever integralmente a operação financeira.

Com objetivo de ampliar o foco no mercado de carne bovina, a Marfrig global Food alienou, em agosto de 2018, sua participação na Keystone Food a Tyson Foods no valor aproximado de US\$ 2,4 bilhões. Para obter maior participação no mercado de carne bovina o Grupo fez aquisição, em abril de 2018, de 51% das ações da National Beef, a quarta maior empresa processadora de carne bovina dos EUA, com essa operação a Marfrig transforma-se na segunda maior processadora de carne bovina do mundo em capacidade de produção.

3.5.3 O Caso BRF S.A.

A Perdigão inicia suas atividades em 1934, em Santa Catarina, constituída por descendentes de duas famílias de imigrantes italianos (Ponzoni e Brandalise) que estabeleceram um pequeno negócio de processamento de carnes. A Sadia tem sua origem também em Santa Catarina, no município de Concórdia, criada por Attilio Francisco Xavier Fontana, em 1944, atuando no abate e processamento de suínos e moinho de trigo. O primeiro frigorífico, que só foi concluído em 1946, abatia aproximadamente 100 suínos por dia, mas transformou-se em umas das principais empresas da indústria de alimentos da América Latina²⁹⁵. As duas empresas possuem características semelhantes, em termos de origem, localização, estratégias de crescimento, movimentos de diversificação de produtos e internacionalização. A fusão entre a Sadia e a Perdigão, em 2009, constituiu um dos maiores complexos agroindustriais do mundo, denominada Brasil Foods S.A., -

²⁹³ MARFRIG. **Fatos relevantes**. Disponível em: <http://ri.marfrig.com.br/pt/arquivos-cvm>. Acesso em 28 set. 2018.

²⁹⁴ De acordo com a composição acionária e societária da Marfrig global Food, o BNDES Participações detém 33,74% do total da empresa. MARFRIG. **Composição acionária**. Disponível em: <http://ri.marfrig.com.br/pt/governanca-corporativa/composicao-acionaria>. Acesso em: 15 set. 2018.

²⁹⁵ BRF. Nossa história. Disponível em: <https://www.brf-global.com/sobre/a-brf/nossa-historia/>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRF.

A internacionalização produtiva da Sadia e da Perdigão ocorreu antes do processo de fusão das empresas, ambas, coincidentemente em 2007, com restrições às exportações de produtos derivados de frango e de carne bovina (hambúrgueres), realizaram aquisições. A Sadia adquiriu a BK Poultry, holandesa, e a Perdigão a Plusfood, com unidades industriais na Holanda, Reino Unido e Romênia. Essa e outras aquisições, conforme dados do quadro 3, contribuíram para expandir mercados e fortalecer marcas, especialmente no caso da Sadia²⁹⁶.

Quadro 3 - Histórico de aquisições da BRF a partir de 2009.

Ano	Empresa	País	Evento
2011-2013	Avex e Dánica	Argentina	Aquisição
2012	Quick foods	Argentina	Aquisição
	Federal Food	Emirados Árabes	Aquisição de 49%
2013	BRF	Emirados Árabes	Instalação de planta industrial
2014	Alyasra Food Company	Kuwait	Aquisição de 75%
	Al Khan Foodstuff	Omã	Aquisição de 40%
2015	Golden Foods Siam	Tailândia	Aquisição
2016	Universal Meats	Reino Unido	Aquisição
2017	Banvit	Turquia	Aquisição de 91,71%

Fonte: BRF, Comunicados e fatos relevantes²⁹⁷, organização própria.

A estratégia de internacionalização produtiva da BRF, após a fusão, inicia com aquisição de 2/3 da Avex em 2011 e o restante em 2013. A Avex é uma processadora de frangos na Argentina, por meio da Avex também adquiriu o grupo Dánica possuidor de ampla estrutura de distribuição para produtos secos e refrigerados com atuação no ramo de margarina e molhos. O objetivo dessas aquisições visa reforçar as marcas da BRF no âmbito do Mercosul, expandir a oferta de produtos, acesso ao mercado local e ampliação da plataforma de exportação.

Para ampliar seu mercado no Oriente Médio a BRF construiu em Abu Dhabi, nos Emirados Árabes, a primeira fábrica montada pela empresa fora do Brasil, com investimentos que somaram aproximadamente US\$ 155 milhões, inaugurada em novembro de 2014, a fábrica produz processados como empanados, hambúrgueres e pizzas e a partir dela a empresa irá exportar para os países do Oriente Médio, árabes e não

²⁹⁶ STAL, Eva José; SEREIA, Vanderlei José; SILVA, Ricardo Cesso da. Estratégias de internacionalização do setor agroindustrial brasileiro de carnes: exportação ou investimento direto no exterior? *Future Studies Research Journal*. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 132 - 161, Jul./dez. 2010

²⁹⁷ BRF. Brasil Foods. **Comunicados e fatos relevantes**. Disponível em: http://ri.brf-global.com/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=52130&conta=28. Acesso em 24 fev. 2016.

árabes e também para nações da Ásia²⁹⁸.

Em mais uma etapa de seu processo de internacionalização, a BRF realizou em 2017, a aquisição da Banvit na Turquia, maior mercado *halal*²⁹⁹ do mundo, com uma operação de *join venture* entre a BRF e a Qatar Investment Authority, fundo soberano do Qatar, que terão 60% e 40% das ações respectivamente³⁰⁰.

A internacionalização produtiva da indústria brasileira encontrou um ambiente econômico favorável às aquisições internacionais e apoio do BNDES, que proporcionou um rápido crescimento da indústria de proteína animal no ranking de transnacionalidade de empresas brasileiras da Fundação Dom Cabral, em 2008, a Sadia e a Perdigão apareciam no ranking nas posições 27 e 34, respectivamente. No ranking das multinacionais brasileiras de 2014³⁰¹, as empresas da indústria de proteína animal conquistaram um alto índice de transnacionalidade, a Marfrig ocupava a posição 7, seguida pela JBS e, na posição 18 a BRF. A Minerva Foods, também uma empresa brasileira do setor de proteína animal ocupava a posição 14 no ranking de transnacionalidade. Contudo, em 2017, a indústria de proteína animal perdeu espaço nesse ranking, a Marfrig ficou na posição 10, seguida pela JBS, a Minerva Foods na posição 14 e a BRF na posição 41, embora a BRF esteja na quarta posição entre as empresas com maior número de subsidiárias comerciais ou produtiva em outros países³⁰².

A transnacionalização, segundo Ana Claudia Alem e Carlos Eduardo Cavalcante³⁰³ não está apenas relacionada à consolidação de marcas e novos mercados, é uma forma de sobrevivência das empresas e que proporciona benefícios “para o país como um todo a partir do aumento das exportações, geração de divisas e acesso a novas tecnologias”.

²⁹⁸ CARRIERI, Marcos. BRF abre fábrica em Abu Dhabi. **Agência de notícias Brasil-Árabe**. 2014. Disponível em: <https://anba.com.br/brf-abre-fabrica-em-abu-dhabi/>. Acesso em: 18 set.2018.

²⁹⁹ Halal é uma palavra árabe que significa legal, permitido. Nos termos do Alcorão os muçulmanos e toda a humanidade só devem consumir alimentos Halal. O consumo de carnes de bovinos, caprinos, ovinos, frangos são permitidos desde que sejam abatidos segundo os Rituais Islâmicos.

³⁰⁰ BRF. Brasil Foods. **Comunicados e fatos relevantes**. Disponível em: <http://ri.brf-global.com/wp-content/uploads/sites/38/2017/11/Comunicado-ao-Mercado-Closing-Basket-PORT.pdf>. Acesso em: 18 set. 2018.

³⁰¹ FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2014**. Disponível em: http://www.fdc.org.br/blogspacodialogo/Documents/ranking_fdc_multinacionais_brasileiras2014.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

³⁰² FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2017**. <http://acervo.ci.fdc.org.br/AcervoDigital/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa%202017/Ranking%20FDC%20Multinacionais%202017.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

³⁰³ ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTE, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 43-76, dez. 2005, p. 72.

3.6 ATIVISMO ESTATAL E MAIOR PODER DE MERCADO: O PAPEL DO BNDES NA INTERNACIONALIZAÇÃO DA INDÚSTRIA DE PROTEÍNA ANIMAL

O processo de transnacionalização e concentração da indústria de proteína animal está associado a um quadro estratégico de criação de multinacionais brasileiras com capacidade de competir no cenário internacional e ampliar a inserção do país no comércio internacional. O processo de transnacionalização e diversificação das empresas, iniciado a partir da década de 1990 envolve, segundo Ana Claudia Alem e Carlos Eduardo Cavalcante³⁰⁴, duas condutas principais: i) participar do mercado externo via exportações; e ii) realizar investimento direto no exterior, com a instalação de representações comerciais ou implantação de unidades produtivas. Para uma maior eficiência dessas condutas faz-se necessário políticas públicas direcionadas e financiamentos das instituições de fomento e desenvolvimento econômico.

Para Luciano Coutinho³⁰⁵ há um conjunto de razões que justificam uma política econômica de apoio a constituição de “campeões competitivos”, de forma a contribuir para superar deficiências competitivas do Brasil e desenvolver “núcleos endógenos de progresso tecnológico capazes de afirmar marcas brasileiras, criar novos mercados e gerar, aqui, atividades e empregos de elevada qualificação”. Essas razões são alinhadas da seguinte maneira:

1) a existência de empresas nacionais com atuação mundial, aqui sediadas, aglutina centros de decisão que, embora privados, fortalecem economicamente o país; 2) sem dúvida, a formulação e a tomada de decisões estratégicas a partir do Brasil concentram em nosso território as atividades de alto valor agregado em gestão, finanças, inovação organizacional, desenvolvimento tecnológico e de marcas; 3) como resultado do item anterior, localizam-se no país os melhores empregos e as melhores oportunidades de desenvolvimento profissional; 4) uma parcela importante dos investimentos diretos estrangeiros se faz através de associações, *joint-ventures* e parcerias, o que requer a presença de empresas nacionais capacitadas, com porte adequado e hígidez financeira.

³⁰⁴ ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTE, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à Internacionalização das Empresas Brasileiras: Algumas Reflexões. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 43-76, dez. 2005. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimen to/revista/rev2403.pdf. Acesso em: 24 jan. 2018.

³⁰⁵ COUTINHO, Luciano Galvão. Marcos e desafios de uma política industrial contemporânea. In: CASTRO, Ana Célia (org.). **Desenvolvimento em debate**. Rio de Janeiro: Mauad, 2002. v. 2, p. 191-209, p. 204.

O apoio do BNDES à internacionalização das empresas brasileiras estava restrito até meados de 2002, quando a diretoria do BNDES aprovou as diretrizes para o financiamento aos investimentos de empresas brasileiras no exterior, com a finalidade de implantar linha de financiamento para estimular a internacionalização. E, na sequência alterou-se o Estatuto do banco por meio do Decreto 6.322, de 21 de dezembro de 2007, com a finalidade de permitir o financiamento de “aquisição de ativos e investimentos realizados por empresas de capital nacional no exterior, desde que contribuam para o desenvolvimento econômico e social do País”, conforme redação do artigo 9 inciso II³⁰⁶. A primeira operação de financiamento no âmbito da internacionalização produtiva foi aprovada em setembro de 2005 para a JBS-Friboi, que recebeu US\$ 80 milhões do BNDES para a compra de 85,3% da empresa argentina Swift Armour S.A.³⁰⁷.

Com objetivo de garantir um maior volume de recursos para o financiamento de internacionalização de empresas brasileiras, nova alteração foi incluída no Estatuto do BNDES, por meio do Decreto 7.635 de 5 de dezembro de 2011, que inseriu o inciso VIII no artigo 9, possibilitando que o banco:

utilize de recursos captados no mercado internacional para financiar a internacionalização, desde que contribua para o desenvolvimento econômico e social do País, para financiar a aquisição de ativos e a realização de projetos e investimentos no exterior por empresas brasileiras, subsidiárias de empresas brasileiras e empresas estrangeiras cujo acionista com maior capital votante seja, direta ou indiretamente, pessoa física ou jurídica domiciliada no Brasil, bem como adquirir no mercado primário títulos de emissão ou de responsabilidade das referidas empresas³⁰⁸.

Para a execução da política de internacionalização produtiva de empresas brasileiras, notadamente da indústria de proteína animal, coube ao BNDES o suporte instrumental de financiamento, seja o direto com aquisição de participação acionária ou indireto por meio de títulos de dívida privados (debêntures), ou ainda com empréstimos

³⁰⁶ BRASIL. **Decreto 6.322 de 21 de dezembro de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6322.htm. Acesso em: 3 fev. 2017.

³⁰⁷ ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTE, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à Internacionalização das Empresas Brasileiras: Algumas Reflexões. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 43-76, dez. 2005. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimen to/revista/rev2403.pdf. Acesso em: 24 jan. 2018.

³⁰⁸ BRASIL. **Decreto 7.635 de 5 de dezembro de 2011**. Altera o Estatuto Social do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, aprovado pelo Decreto 4.418, de 11 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7635.htm. Acesso em: 3 fev. 2017.

às empresas para seus projetos de internacionalização e de exportação. Assim, o BNDES exerceu importante papel no fomento da internacionalização da indústria de proteína animal, proporcionando aquisições, fusões e *joint ventures*, com estímulos à formação de transnacionais no setor de proteína animal para competir de forma mais igualitária em uma economia global.

A estratégia de formação de “campeãs nacionais” com a PDP, com suporte financeiro do BNDES, favoreceu o aumento da concentração e o domínio dos grandes frigoríficos na cadeia produtiva de carnes, tanto no mercado nacional quanto no internacional. No período de 2005 a 2016, o BNDES desembolsou R\$ 31,2 bilhões para frigoríficos, dos quais R\$ 18,8 bilhões em financiamentos e R\$ 12,4 bilhões em operações de mercado de capitais, característica que torna a instituição financeira como acionista de corporações multinacionais, sob o argumento de promover o crescimento do agronegócio. A destinação dos recursos desembolsados foi em grande parte para três frigoríficos: JBS, 26%; Marfrig e Seara, 14%; Bertin, 12% (que foi incorporado a JBS); Sadia, Perdigão e BRF, 16%; e, outros 32%, que abrange mais de 17 mil unidades produtoras³⁰⁹.

Entretanto, é importante destacar que, se por um lado a política de financiamento adotada pelo BNDES possibilitou maior grau de internacionalização, por outro privilegiou notadamente grandes empresas, notadamente frigoríficos de abates, que contribuíram para uma maior concentração econômica dessa atividade industrial. Para Carlos Tautz *et al*, a concentração econômica com a formação de empresas oligopolistas “implica a centralização dos excedentes no interior de importantes cadeias produtivas do país, gerando uma dependência e vulnerabilidade pelos fornecedores na ponta da cadeia”³¹⁰. A concentração de mercado amplia o poder de oligopsônio que permite um maior poder de mercado que pode afetar a defesa da concorrência e gerar perdas de competitividade e majoração de preços aos consumidores.

A constituição das “campeãs nacionais” com o aporte de recursos do BNDES está, em certa medida, segundo Sergio Lazarini *et al*, direcionada na geração de lucros e não apoio a empresas em dificuldades, que seria o papel de um banco de desenvolvimento. Para os autores, os empréstimos e as alocações de capital do BNDES “não afetam as decisões de desempenho e investimento de nossas empresas de maneira

³⁰⁹ BNDES. **Livro verde**: nossa história como ela é. Rio de Janeiro, BNDES, 2017, p. 241.

³¹⁰ TAUTZ, Carlos; SISTON, Felipe; PINTO João Roberto Lopes; BADIM, Luciana. **O BNDES e a reorganização do capitalismo brasileiro**: um debate necessário. 2012 Disponível em: http://www.riosvivos.org.br/arquivos/site_noticias_77225852.pdf /. Acesso em: 30 set. 2018, p. 6.

consistente - exceto por uma redução nas despesas financeiras devido ao efeito de subsídios governamentais”³¹¹. A captação de recursos subsidiados representa um ganho financeiro às empresas e uma despesa ao Estado, pois as empresas poderiam obter recursos em quaisquer outras instituições financeiras nacionais ou estrangeiras. A falta de transparência para eleger as empresas que seriam beneficiadas pela política, levou à instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional³¹².

As estratégias empresariais e políticas de consolidação e internacionalização da indústria de proteína animal foram fatores determinantes da concentração, que era inevitável - haja vista a tendência das indústrias do agronegócio, a exemplo dos mercados de sementes, agrotóxicos e implementos agrícolas-, ampliando a globalização do sistema agroalimentar. A consolidação e internacionalização do setor permitiu as empresas preservar seu espaço no mercado nacional e a expandir no comércio internacional.

Para Gilberto Bercovici³¹³, políticas de incentivo à competitividade internacional da indústria de proteína animal contribuem no potencial de inovação, sendo de fundamental importância tanto no âmbito da segurança e soberania alimentar quanto na soberania econômica e desenvolvimento do país. Estimular a competitividade internacional de empresas nacionais é uma forma de fortalecer soberania econômica nacional, prevista no artigo 170, I da Constituição de 1988, que segundo Eros Grau é uma forma de promover “a modernização da economia – e da sociedade – e a ruptura de nossa situação em relação às sociedades desenvolvidas”³¹⁴. Nesse sentido, a concentração em alguns mercados, embora haja riscos de exploração de poder de mercados, “que assustaria as autoridades de Defesa da Concorrência”, é uma alternativa para a melhoria da

³¹¹ Conforme tradução de “*not affect the performance and investment decisions of our firms in a consistent way—except for a reduction in financial expenses due to the effect of governmental subsidies*”. LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo; BANDEIRA DE MELLO, Rodrigo; MACOMN, Rosilene. What do development banks do? evidence from BNDES, 2002-2009. **Working Paper 12-047**. Harvard Business School, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1969843>. Acesso em: 30 mar. 2017, p. 30.

³¹² Os empréstimos concedidos a JBS foram objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito na Câmara dos Deputados e no Senado da República para investigar irregularidades nos empréstimos concedidos pelo BNDES no âmbito do programa de globalização das companhias nacionais. A CPI do Senado, instituída em 02 de agosto de 2017, concluiu que o BNDES exerceu papel fundamental no financiamento dos projetos considerados estratégicos dentro das políticas do Estado e do Governo, mas como um banco de fomento precisa ser transparente na divulgação dos resultados (externalidades) decorrentes de cada projeto financiado. BRASIL – Senado Federal. **Relatório final da CPI do BNDES**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2109&tp=4>. Acesso em 15 ago. 2018.

³¹³ BERCOVICI, Gilberto. Estrutura da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil, desenvolvimento e proteção do mercado interno. In: BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico aplicado: estudos e pareceres**. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 493-534.

³¹⁴ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 15. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226.

competitividade no enfrentamento de potenciais concorrentes internacionais³¹⁵.

O processo de concentração da indústria de proteína animal dividiu opiniões não apenas no âmbito das análises no CADE, haja vista que a cadeia produtiva em torno dessa indústria ainda é heterogênea, por um lado os produtores com diferentes estruturas de produção (dos mais empobrecidos aos altamente capitalizados) e, de outro lado, a indústria frigorífica mais concentrada e globalizada. A concentração reforçou a importância da atividade no contexto econômico, mas sem um equilíbrio de forças na proteção ao produtor rural, pois provocou alterações nos padrões de concorrência ao modificar as relações entre os diversos atores e segmentos das cadeias produtivas em seus aspectos econômicos e nos interesses de poder, principalmente em relação aos produtores, que tiveram as opções de contratos e comercialização de sua produção reduzidas, ficando mais expostos ao poder de mercado.

A indústria de proteína animal é um setor de baixa intensidade tecnológica e com características de um mercado oligopsônico/monopsônico já demarcados pelos termos contratuais ou pela restrição geográfica do mercado. Assim, a PDP, no que afeta a indústria de proteína animal, contribuiu mais para a concentração do que para promover grandes mudanças na estrutura produtiva. As alterações na estrutura concorrencial dos frigoríficos/abatedouros não ocorreram apenas com fusões, aquisições ou arrendamentos, mas também com a falência ou encerramento de unidades industriais, provocando prejuízos à sociedade e incertezas ao setor³¹⁶.

Nesse sentido, políticas industriais como PDP é, segundo Mario Shapiro, uma política voltada a corrigir problemas sistêmicos do setor industrial, com medidas essencialmente horizontais e institucionais, ou seja, são instrumentos voltados mais para um “corretivo – ricardiano [falhas de mercado] – do que para uma plataforma transformadora do estado da arte industrial – schumpeteriana”³¹⁷ com objetivos de

³¹⁵ SICSÚ, Abraham Benzaquem; LUBAMBO DE MELO, Murilo Otávio. Competitividade, política de defesa da concorrência e soberania nacional Avaliações sobre o caso brasileiro. **Cuaderno de Economía** (Publicación discontinuada), n. 3, p. 191-202, oct. 2015. ISSN 1688-3519. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/cuadernodeeconomia/article/view/473>. Acesso em: 31 out. 2018.

³¹⁶ O Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) dos frigoríficos desenvolvido pela Assembleia Legislativa do estado do Mato Grosso, constatou que a JBS adquiriu ou arrendou plantas industriais concorrentes para não operar. ESTADO DE MATO GROSSO - Assembleia Legislativa. **CPI dos frigoríficos**. Aprova o Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Frigoríficos e dispõe sobre os encaminhamentos de cópia integral dos autos às autoridades competentes. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/cp/20161214093952144400.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

³¹⁷ Para o autor, “este perfil está associado ao tipo de capacidade de seu arranjo político-institucional, portador de debilidades em ambas as dimensões de análise: técnico-administrativa e política”. SCHAPIRO, Mario. G. **Ativismo estatal e industrialismo defensivo**: instrumentos e capacidades na

incorporar a dinâmica das inovações com novas formas de produção, comercialização, distribuição e arranjos institucionais.

Em suma, a estratégia de transnacionalização da indústria brasileira de proteína animal foi fortalecida com a PDP, com suporte financeiro do BNDES, que estimulou a formação de *players* internacionais por meio de operações de financiamento de exportações e ou de investimento direto no exterior, na instalação de representações comerciais e na implantação de unidades produtivas. Nesse sentido, a PDP estimulou o crescimento econômico do país, pela via da industrialização, com geração de empregos e aumento da competitividade, todavia, não importou grandes avanços em inovação.

4 CONTROLE CONCORRENCIAL: ESTRUTURAS, CONDUTAS E PODER DE MERCADO

A política de defesa da concorrência como uma política pública assume objetivos que não raramente extrapolam o conceito da eficiência econômica, pois os princípios e as regras jurídicas do direito antitruste decorrem das balizas constitucionais para promover o bem-estar social e simultaneamente objetiva assegurar a concorrência por meio do controle de condutas e estruturas ao adequado funcionamento do mercado.

No controle das estruturas de mercado e condutas dos agentes econômicos não compete à legislação concorrencial privilegiar determinada estrutura de mercado ou agente econômico, seu objeto é controlar o poder econômico³¹⁸ que pode surgir a partir de condutas restritivas e ou de estratégias organizacionais da atividade econômica, que podem limitar a possibilidade de escolhas dos consumidores e a liberdade dos agentes econômicos, por falsear as informações sobre o mercado.

A intervenção do Estado no controle do poder econômico é uma garantia contra infrações à ordem econômica, que além de preservar as condições de concorrência evita ameaças à democracia, pois o poder econômico pode constituir “centros políticos de poder paralelo com interesses próprios e que procuram (e frequentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas”³¹⁹. Esse entendimento é corroborado por Ana Frazão que destaca que “o poder econômico alimenta o poder político em seu favor e, a partir daí, torna-se ainda mais forte nos mercados e também na arena política, em movimento que se reproduz sucessivamente”³²⁰. Para além de poder afetar a democracia, a autora salienta que as macroempresas - em razão da concentração econômica-, detentoras de poder econômico, exercem significativa influência na arena política com a

³¹⁸ O poder econômico, segundo Paula Forgioni, está associado à capacidade de uma empresa “agir de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”, que na ausência de concorrência passa a adotar práticas de comportamento monopolista que não seriam empregadas se houvesse a concorrência. O poder econômico, também pode ser caracterizado pela ausência de risco para detentor, no sentido que ao adotar uma estratégia de mercado não coroada de sucesso, não terá significativos problemas com seus clientes ou fornecedores. FORGIONI, Paula. **Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 257-258.

³¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 64.

³²⁰ FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência e democracia: o que um tem a ver com o outro? Artigo JOTA, 07 de março de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrenca-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>. Acesso em: 16 mai. 2018.

finalidade de manter ou ajustar as instituições de acordo com os seus interesses. O aumento do poder político torna o Estado mais leniente, possibilitando que a grande empresa decorrente de fusão obtenha vantagens em relação à concorrência, segundo Luige Zingales, se o aumento do poder político fosse levado em consideração em operações de concentração, muitas fusões consideradas positivas para o bem-estar poderiam ser impedidas ou submetidas a restrições³²¹.

O poder econômico proporciona inúmeras possibilidades de discussão tanto no campo do Direito quanto da Economia. Mas especificamente no campo do direito concorrencial, o poder econômico está relacionado à posição de domínio e poder de mercado, que “implica a sujeição (seja dos concorrentes, seja dos agentes econômicos atuantes em outros mercados, seja dos consumidores àquele que detém). Ao revés, implica independência, liberdade de agir sem considerar a existência ou comportamento de outros sujeitos”³²². Isto é, o poder de mercado é definido pela possibilidade de uma firma agir independentemente dos demais agentes econômicos com o controle de preços, produção e distribuição de forma a excluir a concorrência.

4.1 AS ESTRUTURAS DE MERCADO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A importância da estrutura de mercado está relacionada ao comportamento das variáveis preço e quantidade, bem como das características de inovação que afetam a alocação e distribuição dos recursos na sociedade. As estruturas de mercado podem ser: concorrência perfeita, monopólio, oligopólio e monopsônios e oligopsônios. A caracterização das estruturas de mercado objetiva compreender os possíveis pontos de conflito com a defesa da concorrência.

Os mercados perfeitamente competitivos são mais uma abstração teórica do que uma realidade, pois requer um conjunto de condicionantes, como: a homogeneidade de produtos; grande número de produtores e consumidores, de forma que nenhuma empresa por si só consegue influenciar o nível de oferta e os compradores não alteram o

³²¹ ZINGALES, Luige. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para a prosperidade americana**. São Paulo: BEÍ Comunicação, 2015, p. 139-140.

³²² FORGIONI, Paula. **Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 258.

preço de equilíbrio; transparência do mercado, com liberdade de entrada e de saída de empresas. O equilíbrio do mercado é dado pelo jogo de forças da oferta e da demanda, atendendo o que a sociedade necessita ao menor preço possível, ou seja, quando o preço está em igualdade ao custo marginal. Contudo, essas características de um mercado atomístico não são compatíveis com a realidade do mercado.

O modelo de concorrência perfeita parece ser o ideal sob perspectiva da defesa da concorrência ao possibilitar uma alocação eficiente dos recursos para o bem-estar, mas sob uma perspectiva estática. Contudo, é uma estrutura de mercado que dificulta o desenvolvimento de inovações no processo de produção, pois o preço independe do nível de produção ou tecnologia de cada empresa, que é dado pelo mercado, não havendo condições para lucros econômicos ou extraordinários de longo prazo, não oferecendo incentivos para a competitividade entre as empresas³²³.

A estrutura de mercado monopolista é o extremo oposto do modelo de concorrência perfeita, ocorre quando uma única empresa é ofertante de um determinado bem ou serviço, sem que ocorra a existência de substitutos próximos. Assim, o monopolista tem a exclusividade da atividade econômica, sem enfrentar qualquer concorrência. O mercado monopolista é também uma condição rara, salvo condições de patentes protegidas legalmente ou instituídos por lei em razão da natureza da atividade econômica (monopólios naturais). A condição de monopolista não permite à empresa praticar preços que bem desejar, para a maximização dos lucros, o preço deve ser determinado a partir dos custos e das características da demanda de mercado³²⁴. O mercado monopolizado, segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, “estimula o monopolista a restringir a produção abaixo do que seria ofertado em um mercado concorrencial” e praticar preços maiores, o que caracteriza o uso não ótimo dos recursos.

Essa capacidade de interferir na oferta de bens ou serviços e aumentar os preços com a finalidade de maximizar os lucros, faz com que o monopolista ou as empresas em posição de domínio do mercado reduzam a eficiência econômica e bem-estar dos consumidores, que na teoria econômica é denominado *dead weight loss* (peso morto), que representa a situação na qual há redução de oferta e aumento de preços, excluindo consumidores que não estão dispostos a pagar mais caro pelo produto, sem que

³²³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa a concorrência e globalização**: o controle da concentração de empresas. São Paulo. Malheiros Editores, 2002.

³²⁴ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 326.

haja transferência de recursos aos produtores³²⁵.

A condição de monopolista não é uma situação necessariamente punida pela legislação antitruste, o que a legislação coíbe é a prática de condutas que objetivam monopolizar o mercado ou preservar sua posição dominante de monopolista, ou seja, é o abuso da posição dominante. Na legislação brasileira, “exercer de forma abusiva posição dominante”³²⁶ é caracterizado como infração à ordem econômica. Como condutas típicas de abuso, cita-se, a título de exemplo: a redução da produção, com a finalidade de majorar os preços ou adotar estratégias que criem dificuldades ou impeçam a entrada de novos concorrentes, praticando preços predatórios ou aumentando a produção³²⁷.

A estrutura do mercado oligopolizada é caracterizada pela presença de poucas e grandes empresas ou um grande número de empresas, mas poucas dominam parcelas significativas do mercado, num determinado mercado relevante. No mercado oligopolizado são observadas outras características como: a homogeneidade ou não dos produtos; a existência de dificuldades para entrar na indústria e o comportamento interdependente ou poder recíproco.

A diferenciação de produtos em um mercado oligopolizado são estratégias de *marketing* (*design*, embalagens, propagandas, etc.) ou da própria característica do produto, que criam “nichos de mercado” para cada empresa oligopolista, que restringem a concorrência nos preços e podem constituir em barreiras à entrada de novos concorrentes em um determinado mercado³²⁸. A dificuldade para o ingresso de novas empresas decorre das limitações ao acesso de tecnologias ou patentes legalmente protegidas e os elevados custos para tornar a marca conhecida, que são classificadas como barreiras naturais, mas também pode ocorrer de as empresas atuantes adotarem estratégias que desestimulam a entrada de novas empresas, ameaçando de inundar o mercado com seus produtos fazendo reduzir os preços, por exemplo³²⁹.

³²⁵ MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 34.

³²⁶ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 20 jan. 2018.

³²⁷ Para Calixto Salomão Filho, “A expressão abuso de poder econômico, entendida como desvio de função do poder, sem dúvida significa conduta estratégica, visando a obtenção dos efeitos anticoncorrenciais (dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 111.

³²⁸ FIGUEIREDO, Orlando. Diferenciação de produtos, diversificação e lucratividade na indústria brasileira. **Revista de administração de Empresas** [online]. 1983, v. 23, n. 3, p. 33-40. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901983000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jan. 2018

³²⁹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall,

O comportamento interdependente no mercado oligopolista obriga que uma conduta de um dos concorrentes, como reduzir ou aumentar preços e ou quantidade produzida, seja seguida pelos outros³³⁰. Esse tipo de comportamento, quando intencional, representa interferências na liberdade de concorrência. A intencionalidade da conduta requer, segundo Ana Maria de Oliveira Nusdeo, alguns fatores como: “a existência de poder de mercado pelo grupo oligopolista, [...]; a uniformidade de interesses entre os concorrentes, [...]; e a facilidade de obtenção de informações relevantes sobre os custos, produção e preços dos demais concorrentes, [...]”³³¹.

O comportamento interdependente não representa necessariamente acordos tácitos ou explícitos e tampouco a formação de oligopólios, em detrimento da concorrência. Calixto Salomão Filho, destaca que “a movimentação comum de preços só pode ser indício suficiente para caracterizar o acordo tácito quando ela se faz persistente em um só sentido, isto é, aumento dos preços, e quando não é justificada por qualquer mudança significativa nos custos de ambos os participantes”. E, que na falta desta conduta, outras características estruturais precisam ser avaliadas para identificar a existência de um comportamento intencional³³².

Em razão da característica do comportamento interdependente das empresas em mercados oligopolizados, a doutrina antitruste buscou na teoria dos jogos ferramentas para a análise das estratégias racionais de cada um dos agentes em função do comportamento provável dos demais concorrentes. Na teoria dos jogos, o equilíbrio de Nash indica que “cada empresa está fazendo o melhor que pode em função daquilo que seus concorrentes estão fazendo”³³³. Assim, o comportamento independente de cada uma das empresas oligopolistas é substituído por um comportamento que procura compreender as possíveis reações dos concorrentes no sentido de se proteger.

No âmbito do direito antitruste, a preocupação central das diferentes formas de estrutura de mercado analisadas anteriormente, estão relacionadas aos efeitos que um mercado concentrado pode gerar ao bem-estar do consumidor, em razão do poder de

2002, p. 427.

³³⁰ “O comportamento da firma não só depende das expectativas sobre o comportamento dos rivais, mas também tem o objetivo de influenciar a expectativa dos rivais acerca de seu próprio comportamento no futuro”. FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido. **Oligopólio e política antitruste: desenvolvimentos recentes**. FEA/USP. 2000, p. 15.

³³¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa a concorrência e globalização: o controle da concentração de empresas**. São Paulo. Malheiros Editores, 2002, p. 37.

³³² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 154.

³³³ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 427.

mercado das empresas. Entretanto, nas interações da atividade econômica as empresas estabelecem vínculos não apenas com o mercado final (consumidores), mas também com seus fornecedores de insumos/matéria prima ou serviços. Assim, a concentração de empresas demandantes pode constituir uma estrutura monopsonista/oligopsonista, ou seja, o monopólio/oligopólio na compra de insumos ou serviços, possibilitando maior poder de mercado pelo poder de compra.

A estrutura de mercado de monopsônio é definida pela existência de somente um comprador para muitos vendedores de serviços ou insumos, e que semelhantemente ao monopólio, o poder de mercado, se exercido pelo monopsonista, pode ser uma importante fonte de lucros para a empresa que o detém, pois pode interferir na quantidade demandada, forçando uma queda de preços ao reduzir sua demanda de bens ou serviços, conduta que pode levar à perda de bem-estar³³⁴.

Por sua vez, o oligopsônio é caracterizado por uma indústria composta de poucas empresas que adquirem um produto/matéria-prima ou serviços face a um grande número de ofertantes³³⁵, característica comum na indústria de alimentos com seus fornecedores. E, de forma específica, nesta tese, a indústria de proteína animal, que dispõe de muitos produtores de animais para abate para um pequeno número de empresas de abate e processamento de carnes. Nesta estrutura de mercado, semelhante ao oligopólio, há significativas barreiras à entrada, normalmente sob a forma de requisitos substanciais de capital, *know-how*, direitos de patentes, *marketing* e outros, fatores que possibilitam o poder de mercado dos demandantes com relação aos ofertantes.

As estruturas de mercado oligopsônio ou monopsônio assentam uma preocupação maior quanto ao poder de mercado exercido no poder de compra. Assim, se a análise for exclusivamente sob a perspectiva do consumidor a preocupação concorrencial é minimizada, mas se o sistema de defesa da concorrência visa tutelar todas as formas de abuso de poder econômico, independentemente de ser consumidor ou produtor, essas estruturas devem receber a devida atenção³³⁶. O Sistema Brasileiro de

³³⁴ “[As] situações extremas de monopólio (ou monopsônio) e concorrência perfeita, se pode determinar, *a priori*, a perda de bem-estar sofrida pelos consumidores e produtores, por meio do computo da limitação da quantidade produzida a preços fora do patamar competitivo”. GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 157.

³³⁵ A estrutura de mercado oligopsonista pode ter duas formas, uma primeira, quando o mercado comprador é concentrado com poucas e grandes empresas que negociam com muitos pequenos produtores; e uma segunda, quando o tanto o mercado comprador quanto o mercado consumidor são concentrados, com poucas e grandes empresas. Esta segunda forma também é chamada de oligopsônio bilateral. SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 603.

³³⁶ Essa característica *per se* não distingue, segundo Calixto Salomão Filho, qualquer conduta ilícita ou

Defesa da Concorrência (SBDC), Lei 12.259, de 2011, estabelece a repressão ao abuso de poder econômico e determina como infração à ordem econômica: i) exercer de forma abusiva posição dominante (artigo 36, IV); e ii) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente; ou iii) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas (artigo 36, § 3º, IV e V)³³⁷.

Em suma, as estruturas de mercado quanto às estratégias empresariais refletem uma preocupação em comum sobre o funcionamento do mercado: o poder de mercado, decorrente de estruturas e ou condutas que restringem a concorrência, alterando o preço do custo marginal e produzindo quantidades ineficientes, em prejuízo do bem-estar, justificando as teorias econômicas-jurídicas na construção de bases para mensurar o poder de mercado e as regras para a defesa da concorrência a partir dos princípios constitucionais, regulando as possíveis falhas de mercado.

4.2 O CONTROLE DE ESTRUTURAS E O CONTROLE DE CONDUTAS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O controle de estruturas e o controle de condutas são formas preventivas e complementares de ação antitruste com a finalidade de garantir a ordem concorrencial. O controle de estrutura de mercado atua de forma preventiva para impedir a formação de estruturas empresariais que possam criar obstáculos à concorrência e também complementarmente, haja vista que determinadas condutas anticompetitivas que podem restringir a concorrência, a exemplo do cartel, que são mais difíceis para identificar e punir.

4.2.1 O controle de estruturas

O controle de estruturas representa o controle sobre estratégias empresariais

potencialmente danosa ao sistema concorrencial, isso porque não há uma relação direta com o consumidor final. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 157- 159.

³³⁷ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 20 jan. 2018.

que visam à dominação de mercados em razão de atos de concentração como a fusão, a incorporação, as aquisições de empresas e outras modalidades de concentrações econômicas, que dada a forma de organização da atividade econômica implique em perda parcial ou total de autonomia econômica, mas mantendo a autonomia jurídica, por exemplo os contratos associativos ou *join venture*. Contudo, é preciso destacar que o direito da concorrência não está preocupado com a forma societária ou estrutura de mercado, mas com os efeitos que tais características podem impor em prejuízo ao bem-estar social, em determinado mercado relevante.

As referências teóricas de análise dos efeitos da concentração estrutural do mercado em relação à concorrência são lastreadas no paradigma estrutura-conduta-desempenho, sendo as bases do debate da Escola de Harvard. Diversamente, a Escola de Chicago defendia que o direito antitruste devia privilegiar a eficiência produtiva (organização da produção para produzir mais com menos) e, alocativa (distribuir os recursos de forma a maximizar o bem-estar social), associando a ideia de eficiência ao bem-estar social. Contudo, conforme já apresentado no capítulo dois, há dificuldades e limitações na mensuração e comparação das eficiências, restringindo sua adoção como critério de política antitruste. Entretanto, considerando a complexidade do mercado e seus arranjos institucionais e organizacionais, há uma desconfiança na capacidade dos mecanismos espontâneos do mercado em evitar condutas anticoncorrenciais. Assim, a preocupação com os atos de concentração na estrutura de mercado assume uma maior importância na análise concorrencial, pois a concentração do mercado pode contribuir para ampliar ou reforçar uma posição dominante, aumentando a probabilidade de condutas anticoncorrenciais³³⁸.

A definição de atos de concentração na legislação concorrencial brasileira vigente estabelece a combinação de faturamento das partes envolvidas (art. 88)³³⁹, com a

³³⁸ Segundo Ana Frazão, o controle de estruturas passa por um momento de mudança e redefinição que busca superar as limitações das análises de eficiências, mas sem ignorá-las. Assim, ao considerar a importância da estrutura de mercado na defesa da concorrência oportuniza outros propósitos e metodologias, para “retomar o necessário diálogo com os pressupostos constitucionais e legais que justificam o controle do poder econômico”. FRAZÃO, Ana. A análise de eficiências em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. In: CARVALHO, Vinicius Marques. **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015, p. 185.

³³⁹ Os parâmetros de faturamento estabelecidos no art. 88 da lei 12.529/2011 foram corrigidos pela Portaria Interministerial n. 994/2012, que os fixou em - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para hipótese do inciso I; e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Portaria Interministerial nº 994**, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf> Acesso em: 20 jan. 2018.

necessidade da existência de ato de concentração (art. 90), que implique “na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (art. 88, § 5º). Os atos de concentração podem ser classificados em quatro grupos: 1) as operações que envolvem a criação ou extinção de pessoas jurídicas, típicas em caso de fusão e de incorporação (conforme previsão dos incisos I e III); 2) as aquisições de controle direta ou indiretamente, por qualquer que seja a forma (incisos II); 3) aquisições de ativos (incisos II); e 4) os contratos associativos, com as espécies de consórcio ou *joint venture*³⁴⁰.

As formas de concentração baseadas no aumento e ou transferências de ativos empresariais promovem mudanças que podem afetar a estrutura de mercado, que em razão do maior poder de mercado pode propiciar a majoração de preços ou mesmo a possibilidade de ações coordenadas na indústria. Nesse sentido, Calixto Salomão Filho destaca que a possibilidade de alterações nos preços não é condição necessária para a existência de poder no mercado, mas sim a possibilidade de escolha entre as alternativas de maior participação no mercado com menor margem de lucratividade ou menor participação e maior lucratividade³⁴¹. Isto é, a possibilidade de poder de mercado não está apenas no controle de preços e quantidades, mas também em arranjos contratuais entre as empresas, que ao exercer controles societários, podem interferir na estrutura de mercado de forma a afetar a dinâmica concorrencial.

Como já destacado nos capítulos anteriores, a preocupação com a defesa da concorrência nos atos de concentração econômica decorre dos potenciais efeitos negativos frente aos efeitos de eficiência econômica em relação aos demais objetivos da política de defesa da concorrência, que extrapolam a ideia neoclássica de exclusividade do poder de fixação de preços e de diminuição de custos de transação. Sendo assim, a análise dos atos de concentração também precisa levar em consideração: i) os efeitos da redução de alternativas para o consumidor; ii) as possibilidades de aumento de assimetrias da empresa “concentrada” perante aos consumidores, aos fornecedores de matéria prima e ou demais concorrentes – que podem ficar mais vulneráveis; e iii) os efeitos sobre a eficiência dinâmica, especialmente na atual sociedade de informação³⁴².

³⁴⁰ BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

³⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 93.

³⁴² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p.

Considerando o conjunto de variáveis a ser analisada nos atos de concentração não há uma metodologia de análise exclusiva, haja vista que, na legislação brasileira, assim como a legislação europeia ou estadunidense, há a possibilidade de aprovação de atos de concentração mesmo quando verificados efeitos anticoncorrenciais, desde que observados os limites e requisitos legalmente estabelecidos³⁴³, aplicando os princípios da proporcionalidade e da retribuição, em compensação aos efeitos negativos. Nesse sentido, a legislação brasileira (Lei 12.529/2011) reforça o princípio instrumental da livre concorrência, ou seja, permite uma maior flexibilidade, nas análises de atos de concentração, para incorporar elementos e valores constantes nas políticas econômicas constitucionais, além dos pressupostos técnico-econômicos.

Entretanto, para privilegiar aspectos de segurança jurídica no direito concorrencial, organismos antitruste adotam guias de referências para análises de atos de concentração horizontal. O Guia do CADE, de 2001, apresentava cinco etapas, quais sejam: i) delimitar os limites do mercado relevante; ii) calcular a parcela de mercado; iii) examinar a probabilidade de exercício de poder de mercado; iv) examinar as eficiências econômicas geradas pelo ato; e v) avaliar os efeitos líquidos do ato de concentração. Com essa estrutura de análise, o CADE emitia parecer favorável quando não identificava a detenção de parcela substancial de mercado e a improbabilidade de exercício de poder de mercado, sem completar as etapas de análise, isto é, para a aprovação da operação não havia a necessidade de transcorrer todas as etapas³⁴⁴. Essas etapas consideradas como clássicas na análise de atos de concentração foram mantidas no Guia de 2016, mas de forma mais flexível. As etapas mencionadas não são obrigatórias e não há a necessidade de seguir uma ordem sequencial³⁴⁵.

135.

³⁴³ A legislação vigente, Lei 12.529/2011, proíbe “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.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - 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; e

II - Sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

³⁴⁴ BRASIL. **Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001** - (publicada no Diário Oficial da União nº 158-e, de 17/08/01, seção 1, páginas 12 a 15). Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

³⁴⁵ CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal conselho administrativo de defesa econômica**. Brasília-DF, p. 10. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 20 mai. 2018.

Além das clássicas etapas de análise de concentração horizontal centradas na participação de mercado, o CADE pode, também, adotar métodos alternativos de exame, (como a análise de contrafactual e simulações) e ou outros fatores de análise. Na análise contrafactual, o CADE pode desenvolver cenários para comparar os efeitos concorrenciais de uma fusão para além das referências estritas do mercado relevante ou de avaliação do *market share* dos agentes envolvidos na operação. Como também pode aplicar simulações por meio de modelos matemáticos e econométricos, simulando os efeitos da operação em relação ao comportamento de preços futuros. Em relação aos outros fatores de análise, o CADE pode considerar os efeitos de eliminação de empresas *mavericks*³⁴⁶, a possibilidade de concorrência potencial, as aquisições parciais, entre outros fatores.

O conjunto de regras aplicadas à análise dos atos de concentração associada à abrangência dos objetivos da política de defesa da concorrência e à competência discricionária do CADE ampliam a complexidade da análise dos atos de concentração, que exigem da autoridade antitruste soluções que estimulem simultaneamente a concorrência e o desenvolvimento, com o mínimo de interferência na livre iniciativa, pelos meios de controles de estrutura de mercado e controle de condutas.

4.2.2 O controle de condutas

O comportamento dos agentes econômicos que não coaduna com os princípios da ordem econômica constitucional e compromete as relações de concorrência em determinados mercados, requer medidas de controle para reprimir condutas que tenham a finalidade de “eliminação da concorrência, ao domínio de mercados e ao aumento arbitrário de lucros”, conforme artigo 173, § 4º da Constituição Federal³⁴⁷.

³⁴⁶ “Empresas *mavericks* são aquelas que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo, isto é, possuem um maior incentivo a desviar que a maioria dos rivais”. CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal conselho administrativo de defesa econômica**. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 20 mai. 2018, p. 10.

³⁴⁷ Para Ana Frazão, o domínio de mercado está relacionado ao conceito de poder econômico, que se abusivo é ilícito. No que tange a eliminação da concorrência, esta não pode ser interpretada em sentido literal, pois poderia considerar equivocadamente que haveria abuso somente quando a empresa objetivasse o monopólio. Assim, a eliminação da concorrência deve ser analisada em conformidade com os demais princípios da ordem econômica para indicar como ilícito atos que visem restringir a concorrência e a liberdade entre os agentes econômicos. Em relação ao aumento arbitrário de lucros,

A ilicitude da conduta é tratada pela legislação brasileira em três etapas, conforme art. 36 da Lei 12.529/2011³⁴⁸. Primeiramente, conforme *caput* do artigo, são analisadas as características gerais do ilícito, estabelecendo que a infração à ordem econômica independe de culpa, com exceção as pessoas naturais, para as quais a culpa continua sendo requisito; é indiferente em relação à forma pela qual o ato foi manifestado; e, a inexigibilidade de efeitos. Na segunda etapa, a partir dos incisos do *caput* do artigo, é avaliada a possibilidade de produção de efeitos anticoncorrenciais, como: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva posição dominante. E, por fim, a terceira etapa, que de forma exemplificativa caracteriza as condutas que ocasionam infração à ordem econômica, conforme disposição do § 3º, artigo 36. Esse conjunto de dispositivos complementa o artigo 173, § 4º da Constituição Federal no controle de condutas que tenham como finalidade a eliminação da concorrência ao destacar como ilícito “qualquer forma de limitação, falseamento ou prejuízo da livre concorrência ou da livre iniciativa”³⁴⁹.

O controle antitruste de condutas na legislação brasileira, seja conforme previsão do artigo 20 da Lei 8.884/94, seja do artigo 36 da Lei 12.529/11, tem por objetivo identificar e punir as condutas relacionadas a qualquer ato de abuso de direito praticado no mercado, independente da forma, prescindindo da culpa ou da efetiva produção de efeitos. Nesse sentido, há uma amplitude de responsabilização que provoca significativo desafio ao CADE no controle de condutas lesivas à concorrência.

A diversidade de práticas que os agentes econômicos podem empregar para limitar artificialmente a concorrência, impede que o Direito da Concorrência adote uma única metodologia de análise que possa contemplar todas as situações de conduta. Assim, as condutas devem ser avaliadas conforme o potencial de lesão que podem provocar e as

considerado uma conduta nociva, mas que provoca divergências em razão da livre precificação e margens de lucro, que dificulta considerar essa conduta abusiva. Contudo, a previsão constitucional é legítima e visa garantir que a empresa não se aproprie de parte da renda social abusivamente. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 248-251.

³⁴⁸ No que tange às condutas tipificadas como ilícitas, comparativamente a lei anterior (Lei 8.884/1994), foi incluído na lei vigente o inciso XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca, e excluiu o inciso XXIV do artigo 21 da lei anterior que tratava da imposição de preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço, mas que estão indicadas no artigo 36, § 3º, incisos I e VII da Lei 12.529/2011.

³⁴⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 253.

suas especificidades. É nesse contexto que a regra *per se* e a regra da razão, construídas a partir da experiência antitruste dos Estados Unidos, são aplicadas para avaliar se determinada conduta violou a lei antitruste, ou seja, são métodos distintos no controle de condutas e não tipos de infrações concorrenciais.

A metodologia da regra *per se* é caracterizada por exigir uma consolidação dos efeitos nocivos de determinada conduta à concorrência, permitindo que a autoridade antitruste proceda uma análise mais simplificada, com adoção de um conjunto de presunções e atalhos probatórios, que minimiza custos administrativos e incertezas da investigação³⁵⁰. Por sua vez, a regra da razão exige uma análise mais rigorosa de condutas que possam produzir prejuízo à concorrência, de forma que deve levar em consideração variáveis como: a estrutura de mercado, os efeitos potenciais e concretos da conduta sobre o mercado, o propósito que justifica a conduta, as eficiências decorrentes e outras³⁵¹. Conforme Luis Fernando Schuartz, as categorias *per se* e regra da razão constituem *padrões de investigação antitruste*, que definem o conjunto de provas necessário para a caracterização da ilicitude da conduta em análise, não são “rótulos aplicáveis a diferentes *categorias de condutas anticompetitivas*”³⁵².

No controle de condutas anticoncorrenciais, a doutrina brasileira entendia que a regra de ilicitude *per se* estava afastada da legislação antitruste, em razão de a norma brasileira estabelecer a obrigatoriedade de análise dos efeitos das condutas para aplicação de sanções à prática ilícita³⁵³. A metodologia de análise antitruste considera, desde a Lei 8.158/1991, que foi reproduzida nas Leis 8.884/1994 e 12.529/2011 (artigo 36, *caput*), duas categorias de ilicitude concorrencial: ilícitos por objeto e ilícitos por efeito. Para Ana Frazão, a ilicitude por objeto trata de condutas em que o próprio objeto coloca em risco o ambiente concorrencial, como por exemplo a prática de cartel, cujo objetivo é lesão à livre concorrência. Por sua vez, os ilícitos por efeitos estão relacionados aos efeitos anticoncorrenciais de determinadas condutas que, por não evidenciar de plano a

³⁵⁰ MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 80.

³⁵¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

³⁵² SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes. *In*: POSSAS, Mario Luiz; *et al.*. **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p. 117.

³⁵³ Nesse sentido, Calixto Salomão Filho destaca que, na análise de ilicitude, está consagrado no “Direito Brasileiro o não tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito”, ou seja, é necessária a correlação entre a conduta e os efeitos. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: As Condutas**. Malheiros Editores, 2003, p. 263.

lesividade, requerem investigações para comprovar a lesividade da conduta³⁵⁴.

Considerando essas características da legislação brasileira, a jurisprudência do CADE aponta que, por exemplo, a prática de cartéis e tabelas de preços são ilícitos pelo próprio objeto da conduta, que em termos de metodologia de análise pode ser associada a regra *per se*, de acordo com Ana Frazão. Na análise de ilícito por objeto pode ser aplicado o uso de presunções e atalhos probatórios aos moldes da regra *per se*; e a análise de infrações por efeitos está associada a regra da razão³⁵⁵. Assim, embora a legislação não explicita a condenação *per se* de uma prática, é permitido que determinadas condutas sejam condenadas a partir de um padrão de investigação sumária, que demonstre exercício de poder de mercado com prejuízos à concorrência³⁵⁶.

As condutas anticoncorrenciais são difíceis de mensurar de forma completa, não há um método que possa determinar de forma segura os reais efeitos econômicos e sociais de uma conduta sobre o mercado. Assim, o uso de presunções e atalhos, a exemplo da regra *per se* ou mecanismos jurisprudenciais que possam limitar o objeto da conduta permitem uma melhor atuação dos órgãos antitruste na defesa da concorrência, desenvolvendo *standards* de análise. No Brasil as dificuldades são ampliadas, pois os dispositivos legais que fundamentam o controle de condutas são mais abertos e imprecisos, o que dificulta a identificação dos requisitos da infração concorrencial bem como dos limites da legalidade no direito antitruste³⁵⁷. Entretanto, são características justificáveis e necessárias ao desenvolvimento da política antitruste para acompanhar as mutações do mercado e práticas empresariais que podem contribuir ou restringir o ambiente concorrencial, conforme especificidade do caso em concreto.

A abrangência e a indeterminação dos dispositivos legais, do artigo 36 da Lei 12.529/2011, no controle de condutas, atribui ao CADE a responsabilidade de estabelecer regras e consolidar jurisprudências, que permitam maior clareza na diferenciação entre práticas empresariais lícitas e condutas ilícitas, conforme as características da conduta específica em concreto. Atualmente, a atuação do CADE é, ainda, fortemente direcionada

³⁵⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 292.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 294.

³⁵⁶ AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**. [online]. 2009, v. 39, n. 4, p.737-762, p. 740. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612009000400002>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

³⁵⁷ MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro**: características e especificidades. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013, p. 83.

à análise de atos de concentração e investigações de condutas relativas à colusão, especialmente em licitações, ou seja, uma atuação no controle preventivo e repressivo em razão da conduta pelo objetivo e com menor intervenção e análise de condutas unilaterais, que devem ser analisadas como condutas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão³⁵⁸.

Nesse sentido, a regra da razão significa a possibilidade de flexibilização na política de defesa da concorrência para adequação à mutável realidade em que se insere. A regra da razão, segundo Paula Forgioni seria uma primeira “válvula de escape” antitruste, “destinada a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva à concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização”³⁵⁹. Assim, pela regra da razão, são ilegais as práticas que afetam a concorrência de forma não razoável.

A possibilidade de isenção à lei antitruste está contemplada na Constituição Federal que estabelece, de forma geral, a concorrência nos mercados, mas para atingir os princípios da ordem econômica, elencados no artigo 170, permite sacrificar a concorrência em determinados setores econômicos de forma parcial ou total, isto é, “o sistema jurídico brasileiro admite a existência de isenções à Lei Antitruste”³⁶⁰. Os dispositivos da Lei 8.884/1994, exigiam que quaisquer práticas restritivas que provocassem limitações ou prejuízos à livre concorrência, ou resultassem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços deveriam ser submetidas ao CADE, que poderia autorizar a aprovação de atos de concentração ou acordos (contratos) mesmo com prejuízos à concorrência, desde que apresentasse as eficiências do artigo 54, § 1º da Lei 8.884/1994.

A Lei 12.529/2011, estabeleceu mudanças nos parâmetros de análise de atos de concentração, mas sem desprezar a exigência de eficiências. Entre os controles de concentrações estão inclusos os contratos associativos, consórcio ou *joint ventures* (artigo

³⁵⁸ Esse cenário de atuação do CADE, segundo Amanda Athayde decorre dos prazos “não suspensivos para a análise de atos de concentração (art. 88 da Lei 12.529/2011) e porque configuram instrumento essencial para a continuidade da atividade econômica no país. Ademais, são priorizadas as investigações de cartéis (art. 36, §3º, I e II, da Lei 12.529/2011), possivelmente por serem consideradas as condutas mais deletérias à sociedade e cuja responsabilização dos agentes econômicos se dá pela regra da conduta pelo objeto – em contraposição ao tipo de ilícito pelos efeitos”. ATHAYDE, Amanda. **As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Artigo Jota 01 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>. Acesso em: 06 jun. 2018.

³⁵⁹ FORGIONI, Paula. **Fundamentos do Antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 193.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 210.

90, IV), como operações que devem ser notificadas ao CADE nos termos da Resolução 17/2016 do CADE. Embora a dinâmica econômica moderna exija determinadas práticas cooperativas que não provocam restrições à concorrência e não são qualificadas como ilícitas. Assim, os acordos empresariais que não impliquem em concentração de mercado e não oferecem riscos à concorrência, não requer análise prévia do CADE.

Em suma, o controle de estruturas de mercado e o controle de condutas na teoria antitruste, ao analisar os efeitos jurídicos e econômicos, têm a função de restringir o exercício de poder de mercado, analisando os comportamentos tanto do lado da oferta em razão de práticas empresariais de imposição de preços mais altos aos consumidores ou restrições na quantidade ofertada; quanto do lado demanda, ou seja, do poder econômico dos compradores, que quando em posição dominante pode alterar preços e quantidades dos insumos que demanda. O poder de mercado pode provocar interferências na dinâmica concorrencial em cadeias produtivas, tanto a montante quanto a jusante. O problema central está em estabelecer parâmetros que identifiquem qual é a margem de poder de mercado que configure posição dominante em detrimento da liberdade de mercado e da liberdade de concorrência.

4.3 O PODER DE MERCADO E O PODER DE COMPRA NA POLÍTICA ANTITRUSTE

A teoria econômica, na maior parte das vezes, enfatiza o poder de mercado (ou poder de monopólio) em detrimento do poder de compra. O poder de mercado é caracterizado pela capacidade de um agente econômico em fixar o preço e quantidade de determinado bem ou serviço aos consumidores acima daquele preço que prevaleceria no modelo de concorrência perfeita. Em termos teóricos, o poder de mercado é a habilidade, tanto do vendedor quanto do comprador em influir no preço de um bem ou serviço, estabelecendo um preço superior ao seu respectivo custo marginal de produção³⁶¹.

A capacidade de uma empresa em praticar preços elevados depende, segundo Massimo Motta e Lucia Helena Salgado³⁶², do grau de concentração dos compradores,

³⁶¹ PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002, p. 326.

³⁶² MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência**: Teoria e prática e sua

pois há melhores condições para uma firma exercer o poder de mercado quando há um grande número de consumidores dispersos do que quando há poucos compradores. Nesse sentido, um grande comprador pode fazer uso de seu poder de barganha para estimular a concorrência entre vendedores dispersos, por meio do exercício de ameaças, como, por exemplo, a substituição de fornecedor ou a ameaça de verticalização de sua produção de insumos.

O poder de mercado também pode ocorrer em razão do poder de compra, frequentemente discutido no contexto do poder de monopsonio, que está relacionado à discriminação de preços que, em razão do poder de mercado, possa ser exercido. Para o Comitê de Competição da OCDE, o “poder do comprador está relacionado com a forma como as empresas a jusante podem afetar os termos de troca com os fornecedores a montante”, que pode ocorrer sob duas formas: poder de monopsonio e poder de barganha. Conforme a OCDE, a distinção entre os dois tipos de poder de compra baseia-se na sua origem e no efeito do seu exercício. A empresa monopsonista, ao exercer o poder de mercado, na compra de insumos a montante tem poder para forçar a queda de preços comprando menos ou aumentar, se comprando mais. O poder de barganha, por sua vez, refere-se à força de barganha que um comprador tem em relação a seus fornecedores. Assim, o “poder de monopsonio resulta na depreciação dos preços abaixo dos níveis competitivos, enquanto o exercício do poder de barganha pode contrabalançar o poder do mercado de vendedores e empurrar os preços para níveis competitivos”³⁶³.

Em definição semelhante, Paul Dobson, Michael Waterson e Alex Chu afirmam que o poder de compra é exercido quando “*a firm or group of firms obtain from suppliers more favourable terms than those available to other buyers or would otherwise be expected under normal competitive conditions*”³⁶⁴. Assim, ao exercer sua posição dominante, o comprador possui condições de alterar preços e ou quantidades de um ofertante, com a imposição de termos e condições contratuais mais favoráveis do que

aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 81.

³⁶³ Tradução livre. OCDE. **Monopsony and buyer power**. Policy roundtables. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018, p. 9.

³⁶⁴ Em tradução livre, “quando uma firma ou grupo de empresas obtém dos fornecedores condições mais favoráveis do que as disponíveis para outros compradores ou, de outra forma, que poderia ser esperado em condições normais de competição”. DOBSON, Paul W., WATERSON, Michael; CHU, Alex. The welfare consequences of the exercise of buyer power. Office of Fair Trading, **Research Paper 16**, 1998. Disponível em: http://wrap.warwick.ac.uk/21/1/WRAP_Waterson_of239.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018, p. 5.

aqueles oferecidos a outros compradores³⁶⁵.

No âmbito da defesa da concorrência, as operações entre as empresas (fusões, aquisições, *joint ventures*, entre outras), que possam provocar alterações na estrutura de mercado são, normalmente, analisadas sob a perspectiva da possibilidade de danos ao consumidor pelo lado da oferta de bens e serviços fornecidos pelas empresas. Entretanto, a concorrência também pode ser afetada, com prejuízos ao bem-estar, devido à redução da competição no mercado de compra de produtos ou serviços, quando ocorrer abuso de poder de mercado dos compradores.

A temática do poder de compra foi desenvolvida, pioneiramente, por John Kenneth Galbraith, em 1952, na obra “capitalismo americano: o conceito do poder compensatório”³⁶⁶. Para Galbraith, a concentração do poder privado, notadamente nos Estados Unidos, restringiu a concorrência, com um mercado dominado por um pequeno grupo de empresas organizadas em cartel ou colusão tácita, de forma que a concorrência clássica perdeu espaço como mecanismo de regulação. Nesse contexto, o autor desenvolveu a tese do poder compensatório, defendendo que os efeitos deletérios do monopólio ou monopsonio possam ser compensados pela coordenação horizontal em acordos associativos ou fusão de compradores ou de fornecedores. Assim, se o mercado vendedor (ofertantes) está concentrado, a alternativa de equilíbrio de poder de barganha pode surgir da coordenação horizontal dos compradores (demandantes), formando um monopólio bilateral com a finalidade de mitigar o poder do mercado previamente existente de forma a aumentar o bem-estar agregado. Para Galbraith, o poder de compra seria um mecanismo para compensar o desequilíbrio, pois “no mercado típico moderno de poucos vendedores, a restrição ativa não é proporcionada pelos competidores, mas pelos compradores poderosos do outro lado da demanda”³⁶⁷.

Entretanto, a tese do poder compensatório de práticas coordenadas pode ser entendida no âmbito da defesa da concorrência como uma grave infração às regras da concorrência, haja vista que operações coordenadas ocasionam assimetrias entre os agentes econômicos nas relações de troca no mercado, justamente um dos fundamentos de controle da defesa da concorrência. Assim, o argumento de defesa do poder

³⁶⁵ GORDILHO JR., Mario Sérgio Rocha. Análise do poder de compra no mercado de varejo de bens duráveis: desafios para o Novo CADE. **Boletim Latino Americano de Concorrência**. Nº 31, março de 2012.

³⁶⁶ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano: o conceito do poder compensatório**. São Paulo: Novo Século, 2008.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 96.

compensatório, não pode ficar isento do direito antitruste, haja vista que a coordenação das ações pode ocorrer por meio de arranjos contratuais na constituição de associações, cooperativas, sindicatos ou fusões, que podem provocar abuso do poder de compra. Para Peter Carstensen, o poder de compensação, não é adequado ao problema do comprador. “É, na melhor das hipóteses, um meio problemático de proteger interesses dos produtores de bens da exploração do comprador”³⁶⁸.

Na temática do abuso do poder de compra, a jurisprudência estadunidense considera “ações coletivas voltadas à criação de poder mercado, mesmo que compensatório, são condutas uniformes ‘puras’ e, portanto, práticas ilícitas *per se*”³⁶⁹⁻³⁷⁰. As coordenações horizontais com finalidade de aumentar preços não são aceitas, exceto organizações sindicais de trabalhadores assalariados.

A dinâmica do ambiente concorrencial, às vezes, impõe às empresas a necessidade de colaboração, seja no desenvolvimento de novas tecnologias ou para participar de novos mercados. Com essa percepção, em 2000, a *Federal Trade Commission* e o *Department of Justice* editaram um guia – *Antitrust guidelines for collaborations among competitors* - de análise para estabelecer limites da colaboração entre competidores. De acordo com o guia, acordos de colaboração como compra conjunta podem promover benefícios competitivos por meio da geração de eficiências de coordenação e comercialização. Não se trata de carteis de compra, mas de acordos contratuais, como *joint ventures*, associações comerciais ou profissionais, acordos de licenciamento ou alianças estratégicas³⁷¹.

Na União Europeia, a questão do abuso de poder de compra está associada ao problema da dependência econômica nas relações entre fornecedores e distribuidores varejistas em razão do processo de concentração da cadeia varejista, reivindicando termos

³⁶⁸ CARSTENSEN, Peter C. **Competition policy and the control of buyer power**: a global issue. Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 169.

³⁶⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**. [online]. 2009, v. 39, n. 4, p. 737-762, p. 741. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612009000400002>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

³⁷⁰ O Direito Antitruste estadunidense estabeleceu uma lei específica para tratar do tema do poder de compra, a Robinson-Patman Act, de 1936, que tinha a finalidade de proteger pequenos varejistas contra a concorrência de cadeias de lojas, que exigiam termos de compra mais favoráveis comparativamente aos seus concorrentes, ou seja, impedir a prática de discriminação de preços que possa afetar a concorrência.

³⁷¹ Federal Trade Commission and Department of Justice. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. Acesso em: 18 jul. 2018.

mais favoráveis de compra nas relações comerciais com os produtores e práticas restritivas verticais, com implicações à defesa da concorrência. Embora, diversamente da tradição norte-americana, o conceito de poder compensatório está previsto nas Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do TFUE aos acordos de cooperação horizontal, que recomenda incorporar na análise dos atos de concentração o poder de compensação como fator de equilíbrio de poder de mercado³⁷². Nesse sentido, o poder compensatório não resulta de uma concentração horizontal, decorrente de um ato de concentração ou de conduta concertada, mas é um elemento já presente no mercado que pode atuar de forma compensatória³⁷³, que sob a perspectiva da eficiência econômica e do bem-estar do consumidor pode ser positiva com redução dos custos de transporte, de prospecção do mercado e sobretudo, do preço de venda dos produtos³⁷⁴.

O direito da concorrência comunitário, segundo Maria de Fátima Cabrita Mendes foi concebido para controlar o poder de mercado dos produtores, o que provoca dificuldades de adaptação a um sistema de relações em que o poder se concentra a jusante do sistema produtivo e os objetivos da política de concorrência não é apenas a defesa da concorrência em *si* e ou aos consumidores, mas também a proteção do comércio e indústria comunitárias, a inovação e investigação tecnológicas. Apesar das diretrizes da Comissão Europeia e do Livro Verde sobre práticas desleais de concorrência, o poder de compra dos grandes distribuidores e a detenção de marcas próprias, principalmente da cadeia varejista de alimentos, ainda representam preocupações ao direito concorrencial.

No direito brasileiro, a tese do poder compensatório é analisada pelo CADE em perspectiva semelhante à tradição da União Europeia, aceitando como defesa de atos de concentração as eficiências decorrentes do poder compensatório, quando há um cenário de assimetria no poder de barganha, proporcionado aumento do bem-estar do

³⁷² Conforme previsão do item 45 das Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, que estabelece que “Em função da posição das partes no mercado e do índice de concentração desse mercado, será igualmente necessário ter em conta outros factores, como a estabilidade das quotas de mercado ao longo do tempo, os obstáculos à entrada no mercado e a probabilidade de entrada no mercado e o poder de compensação dos compradores/fornecedores”. Jornal oficial da União Europeia. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT). Acesso em: 13 jun. 2018.

³⁷³ AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**. [online]. 2009, v. 39, n. 4, p. 737-762, p. 743. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612009000400002>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

³⁷⁴ MENDES, Maria de Fátima Cabrita. O poder de compra: a abordagem da comissão Europeia. **JURISMAT** – Revista Jurídica do ISMAT, nov. 2013, n. 3, p. 311-335. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/4995>. Acesso em: 18 jun. 2018.

consumidor. A avaliação das eficiências será averiguada pela regra da razão, conforme conveniência do CADE³⁷⁵. Sob a perspectiva de uma análise welfarista, Daniel Goldberg ressalta que “a intervenção para coibir o abuso do poder de compra deve ser qualificada”, mas sempre coibindo a conduta abusiva. Assim, a análise deve levar em consideração o contexto institucional comparativo para além do bem-estar do consumidor³⁷⁶.

Contudo, conforme Ana Frazão, “nos casos de conduta, a criação de poder compensatório vem sendo entendida como formação de cartel, mesmo sem justificativa econômica para diferença de tratamento”. Essa situação, segundo a autora, é uma contradição interna, pois desta forma há uma proteção indevida à posição dominante original, mas não ao poder compensatório³⁷⁷.

Nesse contexto de poder de compra, a autoridade antitruste brasileira já condenou práticas de abuso de poder de compra, a exemplo da indústria de suco de laranja, que em razão do exercício abusivo de poder de compra resultou em um Termo de Compromisso de Cessação de prática com o CADE. Contudo, na análise da operação de concentração de supermercados que tinha como requerente o Grupo G Barbosa³⁷⁸, a SDE e o CADE agiram de forma ambígua ao tratar da temática poder de compra, pois apontou que o poder de compra pode restringir a concorrência ao ampliar sua capacidade de barganha e assim concorrer em melhores condições que os pequenos varejistas. Mas por outro lado, concordou que a consolidação do varejo (supermercados) também pode ampliar o bem-estar, desde que mantidas as condições e os níveis de concorrência na atividade³⁷⁹.

A tese do poder de compra, normalmente está associada às cadeias de mercados varejistas, que quando consolidadas pressionam os produtores (insumos). Assim, os abusos de poder de compra não estão relacionados diretamente aos consumidores, mas em relação ao produtor (indústria), ou seja, não há uma relação direta com o mercado a jusante, mas no mercado a montante. Além das cadeias de varejo, o exercício do poder de compra também ocorre nos mercados agrícolas, quando empresas

³⁷⁵ CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁷⁶ Conforme Daniel Goldberg, “o exercício abusivo do poder de compra deverá ser coibido sempre que (i) impactar negativamente o bem-estar social e, adicionalmente, (ii) a intervenção das autoridades de defesa da concorrência seja um mecanismo superior às alternativas existentes”. GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 183.

³⁷⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 365.

³⁷⁸ CADE. **Ato de concentração 08012.006976/2001-58**. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 14 jul. 2018.

³⁷⁹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 184.

processadoras, relativamente concentradas, exercem pressão para reduzir os preços de aquisição de seus insumos, obtendo ganhos arbitrários. A conduta para obtenção de lucros arbitrários pode ocorrer da pressão do ofertante que pratica preços, em seus produtos ou serviços, acima de seus custos marginais ou do comprador que adquire seus insumos com valores inferiores aos praticados no mercado competitivo.

4.4 O PODER DE COMPRA NOS MERCADOS AGROINDUSTRIAIS

Nos mercados agroindustriais, o poder desproporcional de compra das processadoras gera preocupação aos agricultores haja vista sua baixa capacidade de interferir na dinâmica de preços do mercado, seja como vendedor ou como comprador. Neste sentido, assinala John Kenneth Galbraith:

Aqueles de quem o agricultor compra e aqueles a quem vende, exercem, de modo característico, um poder de mercado. O punhado de fabricantes de máquinas agrícolas, de produtores de fertilizantes, ou de misturadores, de fornecedores de derivados de petróleo, de companhias de seguros, todos exercem um controle mensurável sobre seus preços de venda. O mercado aberto aos produtos do agricultor – a indústria dos frigoríficos, as empresas de tabaco, as fábricas de enlatados, os distribuidores de leite – típica, mas não universalmente, é dividido entre um número relativamente reduzido de grandes empresas³⁸⁰.

A despeito da posição menos privilegiada no mercado, os agricultores estadunidenses reagiram por meio de sua considerável influência política, fazendo aprovar o *Packers and Stockyards Act* (PSA) em 1921, que iniciou com a autorização do Senado, em 1888, para investigar práticas anticoncorrenciais de compra dos frigoríficos (poder de compra). O objetivo da legislação é garantir a concorrência no mercado de carnes, considerando ilegal a participação ou uso de qualquer prática ou dispositivo injusto, discriminatório ou enganoso; envolver-se em qualquer curso de negócios com o propósito ou com o efeito de manipular ou controlar preços, ou de criar um monopólio na aquisição, compra, venda ou negociação de qualquer artigo; ou qualquer ato com o propósito ou com o efeito de manipular ou controlar preços³⁸¹.

³⁸⁰ GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. São Paulo: Novo Século, 2008, p. 127.

³⁸¹ Conforme Packers and Stockyards Act, 1921. Seção 202, letras “a”, “d” e “e”, em tradução livre. “It shall be unlawful for any packer or swine contractor with respect to livestock, meats, meat food products, or livestock products in unmanufactured form, or for any live poultry dealer with respect to

O *Packers and Stockyards Act* foi seguida pelo *Capper-Volstead Act*, 1922, contestando o *Sherman Act* e o *Clayton Antitrust Act*, que podia colocar as cooperativas agrícolas em conflito com a legislação antitruste. Com o *Capper-Volstead Act* os agricultores estavam autorizados a formar cooperativas com fins de produção e comercialização de produtos agrícolas como mecanismo para contrabalançar o poder econômico das agroindústrias, sem se preocupar com aplicação das leis antitruste, mas com observância às limitações. Em conjunto, as duas leis possibilitaram aos agricultores e pecuaristas formar um poder compensatório para negociar eficazmente com os compradores e limitar intermediários.

A concentração da indústria de carnes nos Estados Unidos na segunda metade dos anos de 1980 e início da década de 1990, associada aos acordos de comercialização entre empresas frigoríficas (arranjo contratual descrito como *backward vertical integration*) e criadores de gado para abate promoveu um dos mais significativos julgamentos da indústria de carne bovina contra o poder de compra.

O litígio envolvia o pecuarista Henry Lee Pickett, representando os produtores de gado que atuavam no mercado à vista contra a empresa Tyson Fresh Meats, que comprava animais para abate no mercado à vista, mas que a partir de 1994 passou a comprar parte significativa de sua demanda de gado por meio de contratos de comercialização. Segundo o autor da ação e seus representados, a conduta da empresa, a maior processadora de bovinos nos Estados Unidos, manipulava ilegalmente os preços do mercado em uma concorrência desleal. Henry Lee Pickett alegava que os contratos de comercialização diretamente com os produtores criavam um mercado cativo, retirando uma grande quantidade de demanda do mercado à vista, que opera sob a regra da oferta e da demanda. Assim, a redução da demanda no mercado à vista, reduz significativamente a pressão sobre os preços, gerando vantagens econômicas à empresa, ou seja, uma violação do PSA³⁸².

live poultry, to:

- (a) Engage in or use any unfair, unjustly discriminatory, or deceptive practice or device; or
- (d) Sell or otherwise transfer to or for any other person, or buy or otherwise receive from or for any other person, any article for the purpose or with the effect of manipulating or controlling prices, or of creating a monopoly in the acquisition of, buying, selling, or dealing in, any article, or of restraining commerce; or
- (e) Engage in any course of business or do any act for the purpose or with the effect of manipulating or controlling prices, or of creating a monopoly in the acquisition of, buying, selling, or dealing in, any article, or of restraining commerce. USDA (United States Department of Agriculture). **Packers and stockyards act, 1921**. (7 U.S.C. 181). Disponível em:

https://www.gipsa.usda.gov/laws/law/PS_act.pdf. Acesso em: 20 jun 2018.

³⁸² TAYLOR, C. ROBERT. Buyer power litigation in agriculture: Pickett v. Tyson Fresh Meats, Inc. **The**

Em sua defesa, a Tyson Fresh Meats apresentou quatro justificativas para os contratos de comercialização de gado para abate: i) garantir o acesso de matéria prima; ii) os contratos proporcionariam à empresa um fornecimento confiável e estável; iii) redução de custos de transação ao eliminar a necessidade de negociar com cada produtor; e, por fim, iv) permite que a empresa pague por cada cabeça de gado em razão da qualidade da carne³⁸³.

O litígio começou em junho de 1996 sob a égide do PSA. Mas a instrução para o tribunal distrital, que poderia ter seguido os termos da seção 202, letras “a” e “e”³⁸⁴ do PSA optou pela jurisprudência e regra da razão³⁸⁵. Mesmo assim, a decisão do júri, em fevereiro de 2004, considerou que houve violação da PSA e condenou a empresa em US\$ 1,28 bilhão por danos, referente ao período de fevereiro de 1994 até 31 de outubro de 2002. A despeito dos argumentos da necessidade de reafirmar os objetivos da PSA, a decisão do júri foi questionada pelo juiz, que inverteu o veredito, alegando que o júri não tinha provas suficientes para sustentar a responsabilidade e os danos provocados pela Tyson.

Em recurso ao Tribunal de Apelações (11th *Circuit Court*), a decisão da Corte foi pelo entendimento que “*in order to succeed on a claim under the PSA, a plaintiff must show that the defendant’s unfair, discriminatory or deceptive practice adversely affects or is likely to adversely affect competition*”³⁸⁶. A Corte destacou que “*if a packer’s course of business promotes efficiency and aids competition in the cattle market, the challenged practice cannot, by definition, adversely affect competition*”³⁸⁷. Os produtores ainda

antitrust bulletin, v. 53, n. 2, Summer 2008, p. 555-574.

³⁸³ UNITED STATES COURT OF APPEALS, ELEVENTH CIRCUIT. Henry Lee “Leroy” PICKETT, Mike Callicrate, et al., Plaintiffs-Appellants, v. TYSON FRESH MEATS, INC., Defendant-Appellee. No. 04-12137. Decided: August 16, 2005. Disponível em: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/200412137.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁸⁴ Conforme seção 202 nas letras (a) e (b) da Packers and Stockyards Act:

(a) Participar ou usar qualquer prática ou dispositivo desleal, injustamente discriminatório ou enganoso; ou

(e) Envolver-se em qualquer curso de negócios ou fazer qualquer ato para o propósito ou com o efeito de manipular ou controlar preços, ou de criar um monopólio na aquisição, compra, venda ou negociação de qualquer artigo, ou de restringir comércio.

³⁸⁵ TAYLOR, C. ROBERT. Buyer power litigation in agriculture: Pickett v. Tyson Fresh Meats, Inc. **The antitrust bulletin**, v. 53, n. 2, p. 555-574, summer 2008.

³⁸⁶ “Para obter sucesso em uma reivindicação sob o PSA, o reclamante deve demonstrar que a prática injusta, discriminatória ou enganosa do réu afeta adversamente ou é susceptível de afetar adversamente a concorrência”. (Tradução livre). UNITED STATES COURT OF APPEALS, ELEVENTH CIRCUIT. Henry Lee “Leroy” PICKETT, Mike Callicrate, et al., Plaintiffs-Appellants, v. TYSON FRESH MEATS, INC., Defendant-Appellee. No. 04-12137. Decided: August 16, 2005, p. 13. Disponível em: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/200412137.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁸⁷ Em tradução livre “Se o curso de negócios de um empacotador promove a eficiência e ajuda a

tentaram recurso na Suprema Corte, que foi negado e o caso arquivado.

O argumento apresentado pelo Tribunal é, segundo Robert Taylor, problemático, pois assumiu que a oferta cativa, por meio de contratos auxilia a concorrência e, ainda, presumiu que a eficiência de uma firma individual equivalia à eficiência econômica agregada. A decisão do processo *Pickett v. Tyson Fresh Meats* demonstra, segundo o autor que a “saga política e legal centenária do poder comprador desproporcional na agricultura continua”³⁸⁸. Assim, a concentração da indústria de proteína animal, por meio de contratos de comercialização reduz a competitividade dos produtores afetando os preços pagos pela indústria. Entretanto, conforme decisão da Corte “*The PSA was enacted to ensure the market worked, and markets are notoriously unromantic... While talk about the independence of cattle farmers has emotional appeal, the PSA was not enacted to protect the independence of producers from market forces*”³⁸⁹.

Nos termos do PSA, na ocorrência de práticas de compra discriminatórias os produtores podem ingressar de forma individual contra a conduta desleal. Contudo, os Tribunais têm exigido que o autor demonstre que tal prática implique em prejuízos aos consumidores, ou seja, reflexos sobre os preços no mercado de consumo. É uma interpretação que dificulta aos produtores, principalmente de aves e de bovinos com contratos de produção, atuar contra práticas desleais. A partir de 2010, o Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA) se opôs a essas interpretações judiciais e estabeleceu regulamentações proibindo condutas discriminatórias dos compradores. Porém, com o *lobby* dos compradores e alguns criadores de gado, as regulamentações foram amplamente rejeitadas no Congresso³⁹⁰.

Para Tomislav Vukina e Poramet Leegomonchai, os motivos para regulamentação dos contratos de integração avícola são dois: poder de barganha

competição no mercado de gado, a prática desafiada não pode, por definição, afetar adversamente a concorrência”. UNITED STATES COURT OF APPEALS, ELEVENTH CIRCUIT. Henry Lee “Leroy” PICKETT, Mike Callicrate, et al., Plaintiffs-Appellants, v. TYSON FRESH MEATS, INC., Defendant-Appellee. No. 04-12137. Decided: August 16, 2005, p. 14. Disponível em: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/200412137.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁸⁸ TAYLOR, C. ROBERT. Buyer power litigation in agriculture: *Pickett v. Tyson Fresh Meats, Inc.* **The antitrust bulletin**, v. 53, n. 2, p. 455-474, 2008, p. 474.

³⁸⁹ Em tradução livre, “o PSA foi promulgado para garantir que o mercado funcionasse, e os mercados não são notoriamente românticos ... Embora falar sobre a independência dos criadores de gado tenha apelo emocional, o PSA não foi promulgado para proteger a independência dos produtores das forças do mercado”. UNITED STATES COURT OF APPEALS, ELEVENTH CIRCUIT. Henry Lee “Leroy” PICKETT, Mike Callicrate, et al., Plaintiffs-Appellants, v. TYSON FRESH MEATS, INC., Defendant-Appellee. No. 04-12137. Decided: August 16, 2005, p. 31. Disponível em: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/200412137.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁹⁰ CARSTENSEN, Peter C. **Competition policy and the control of buyer power**: a global issue. Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2017, p. 145-146.

assimétrico entre os produtores e integradores e informações imperfeitas. Entretanto, há dificuldades para a regulamentar, que de acordo com os autores está assentada em dois argumentos: “as empresas integradoras tendem a ser relativamente mais eficientes em termos de influência política do que os produtores” e, por outro lado, os produtores que são em grande número, mas são heterogêneos em seus objetivos³⁹¹.

Entretanto, as condutas de formação de cartel de compradores para deprimir preços pagos aos produtores agrícolas não são permitidas e se praticadas provocam implicações e penalidades, a exemplo de casos como: *Deloach v. Phillip Moris*³⁹², empresa tabagista que em acordos colusivos impôs prejuízos aos produtores de tabaco. E, o caso da *Pease v. Jasper Wyman & Son*³⁹³, que também em razão da combinação para depreciar os preços pagos aos produtores de mirtilo foram condenadas a pagar indenizações aos produtores. Para Daniel Goldberg, sob a perspectiva de bem-estar, condutas de cartel de compras de empresas processadoras provocam os mesmos efeitos deletérios sobre a concorrência que o clássico cartel de vendas³⁹⁴.

Na União Europeia, o problema do poder de mercado dos compradores pode ser observado na distorção da evolução dos preços dos alimentos, que tiveram aumentos superiores aos aumentos dos valores pagos aos produtores. No período de 1996 a 2009 os preços dos alimentos tiveram um aumento anual de 3,3%, e os preços que os agricultores receberam registaram alta de 2,1%, ao passo que as despesas de exploração a atividade cresceram 3,6%, portanto refletindo em perdas aos produtores³⁹⁵.

³⁹¹ Para os autores, “a competição entre esses dois grupos de pressão resultará em regulação (ou falta de regulamentação) que favorece as empresas integradoras de aves às expensas dos produtores contratados”. VUKINA, Tomislav; LEEGOMONCHAI, Poramet. Political economy of regulation of broiler contracts. *American Journal of Agricultural Economics*, v. 88, n. 5, p. 1258-1265, 2009.

³⁹² A conspiração de compradores de tabaco para fixação dos preços, ocasionou o ressarcimento de US\$ 200 milhões para produtores de tabaco. *Deloach v. Philip Morris*, 2003 WL 23094907 (MDNC 2003). Disponível em: <https://www.casemine.com/judgement/us/59147837add7b049343e1aa2#p11>. Acesso em: 20 jun. 2018.

³⁹³ Em 2004, um júri do estado do Maine considerou três empresas processadoras de blueberry (mirtilo) responsáveis por participar de uma conspiração de fixação de preços, reduzindo artificialmente os preços em prejuízo de aproximadamente 800 produtores. O júri ordenou que as empresas pagariam 18,68 milhões de dólares em indenização, a quantia que os produtores teriam recebido se não houvesse conspiração dos réus. Depois de uma triplicação obrigatória deste valor de dano sob a lei antitruste de Maine, o valor total do veredito para os autores é de pouco mais de US\$ 56 milhões. MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. Disponível em: **Nathan Pease JR. et al. v. Jasper Wyman & Son et al.** Disponível em: http://www.courts.maine.gov/opinions_orders/opinions/2004_documents/04me29pea.htm. Acesso em: 23 jun. 2018.

³⁹⁴ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 252.

³⁹⁵ PARLAMENTO EUROPEU. Resolução do Parlamento Europeu, de 7 de setembro de 2010, sobre rendimentos justos para os agricultores: melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0302&language=PT&ring=A7-2010-0225>. Acesso em: 26 jun. 2018.

A despeito da possibilidade dos produtores europeus em se organizar em cooperativas de produção, comercialização e processamento para equilíbrio de poder de barganha nas relações contratuais, sem, contudo, agir em condutas anticoncorrenciais de fixação de preços, compartilhamento de mercados ou limitação de volumes de produção, ainda há descompasso na evolução dos preços de bens alimentares. Em partes, a discrepância observada está associada à concentração da coordenação das cadeias agrícolas a jusante (manufatura, processamento, logística e outras indústrias relacionadas), além do expressivo crescimento de marcas próprias de distribuidores. Situação que provoca preocupações sobre condutas competitivas na União Europeia, retratada pela Comissão Europeia, no “Livro verde sobre as práticas comerciais desleais na cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre as empresas na Europa”, que a partir da conceituação e de exemplos de modalidades de práticas comerciais desleais, objetiva promover uma uniformidade de políticas e medidas no combate às práticas de abuso de posição dominante³⁹⁶.

Portanto, limitar as condutas de poder de compra no âmbito das cadeias de abastecimento agrícola para promover o equilíbrio de barganhas pode ser entendido como uma estratégia pró-competitiva e insere-se no contexto da política de defesa da concorrência da União Europeia, que incorpora valores políticos relativos à política industrial e social, de forma a ponderar atos de compensação em avaliações concorrenciais ao abrigo do artigo 101, n. 3 do TFUE, para induzir efeitos positivos no conjunto da economia da União Europeia. Neste sentido, a organização dos agricultores em cooperativas é uma forma de compensação em relação à alta concentração nos setores de varejo e processamento de alimentos.

³⁹⁶ Para a Comissão Europeia, as práticas comerciais desleais estão associadas às desigualdades de contrato, em que parte mais frágil não está em situação de rejeitar “condições desfavoráveis que lhe são impostas unilateralmente, por recear comprometer a celebração do contrato ou por temer a sua exclusão do mercado”. Dentre os exemplos de condutas, podem ser citados: cláusulas contratuais ambíguas, ausência de contratos escritos, alterações contratuais ambíguas, alterações contratuais com efeito retroativo, transferência abusiva de riscos comerciais, utilização abusiva das informações, cessação abusiva de uma relação comercial e restrições em matéria de abastecimento. COMISSÃO EUROPEIA. **Livro verde sobre as práticas comerciais desleais na cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre as empresas na Europa**. Bruxelas, 31.1.2013, COM (2013). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=PT>. Acesso em: 25 jun. 2018.

4.4.1 O controle de estrutura e o poder de compra na agroindústria

No campo da atividade agrícola, o controle da estrutura de mercado não pode ser negligenciado, haja vista que o mercado agrícola moderno é cada vez menos identificado como uma estrutura de concorrência perfeita, como aponta a microeconomia clássica. O mercado agrícola moderno pode ser caracterizado como uma estrutura de concorrência imperfeita, muito em razão do processo de concentração das indústrias processadoras, somado a diferenciação de insumos, de produtos e da coordenação de controle vertical. Esse conjunto de relações a montante e a jusante no mercado agrícola, denominado por Peter Carstensen³⁹⁷ de “esferas de influência” faz com que os agricultores tornem-se “cativos” de determinados processadores agroindustriais. Assim, segundo o autor, a análise do poder de compra em atos de concentração é essencial e deve utilizar das mesmas ferramentas e sensibilidade econômica que orientam a análise de atos de concentração pelo lado do vendedor, mas com métricas que possam refletir o diferente contexto econômico entre vendedor e comprador³⁹⁸.

As características de concorrência imperfeita da agricultura moderna requerem que em operações de concentração econômica das indústrias a jusante da atividade agrícola sejam levados em consideração: i) a possibilidade de discriminação de preços, principalmente quando há poucas opções de comercialização aos produtores, facilitando a imposição de termos e condições e, ii) o maior potencial de formação de oligopólios das processadoras agroindustriais, haja vista que as empresas procuram desenvolver suas próprias fontes de insumos e fornecedores, com o fim de evitar a concorrência por insumo e estabelecer uma esfera de influência, estratégia que é reforçada quando os custos de fretes e comercialização impedem os agricultores de acesso a

³⁹⁷ CARSTENSEN, Peter C. **Buyer Power and Merger Analysis** - the need for different metrics. Workshop on merger enforcement, DoJ and FTC, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/buyer-power-and-merger-analysis-need-different-metrics>. Acesso em: 09 jul. 2018.

³⁹⁸ O foco das preocupações do poder de monopsonio na agricultura decorre das relações de mercado entre os produtores agrícolas e as indústrias processadoras e de insumos. Os agricultores ou pecuaristas geralmente compram seus insumos (rações, sementes, fertilizantes, etc.) de empresas monopolistas e vendem sua produção para indústrias que detêm poder de monopsonio, ou seja, o agricultor possui pouca capacidade de barganha tanto na compra quanto na venda, sendo incapaz de responder às mudanças de preços. BLAIR, Roger D.; HARRISON, Jeffrey L. Monopsony in action: agricultural markets. In: BLAIR, Roger D.; HARRISON, Jeffrey L. **Monopsony in law and economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 172–187. Disponível em: <http://doi.org/10.1017/CBO9780511778766.009>. Acesso em: 17 jul. 2018.

mercados mais distantes e ou à exigência de investimentos em ativos específicos³⁹⁹⁻⁴⁰⁰.

A redução da concorrência no mercado demandante de insumos, com a concentração das agroindústrias as torna, no decorrer do tempo, monopsonistas, facilitando a coordenação tácita da cadeia produtiva. E, as agroindústrias passam a evitar estabelecer plantas industriais em regiões que possam competir diretamente na demanda de matéria-prima. Com essas estratégias, as processadoras criam uma divisão geográfica para seu mercado de insumos, fortalecendo sua posição de oligopsônio⁴⁰¹. Assim, a concentração da indústria de proteína animal aprofunda a estrutura de oligopólio/oligopsônio baseado na presença de poucas e grandes empresas operando nos mercados geográficos relevantes, com capacidade e condições de exercício de poder de monopsonio.

É importante destacar que o aumento do poder de monopsonio não implica necessariamente em aumento de eficiência na produção, segundo Richard Sexton e Mingxia Zhang há um *trade-off* entre o aumento do poder de monopsonio e o aumento de eficiência na produção, que indica perdas de eficiência quando a empresa detém a combinação de poder de compra e de venda, salvo se o ganho de eficiência produtiva for muito expressivo. Assim, a combinação de poder de mercado provavelmente superará os incentivos para reduzir os preços e aumentar a produção resultante de algumas eficiências produtivas, constituindo prejuízos ao bem-estar aos consumidores. Se a empresa detiver apenas poder de compra, o aumento de poder de monopsonio exige um ganho de eficiência menos produtivo, que contribui na transferência de riqueza dos vendedores ao comprador e compromete inovações e investimentos dos vendedores⁴⁰².

³⁹⁹ SEXTON, Richard J. Market power, misconceptions, and modern agricultural markets. **American Journal of Agricultural Economics**, v. 95, n. 2, p. 209-219, 2013. Disponível em: <https://sci-hub.tw/10.1093/ajae/aas102>. Acesso em: 09 jul. 2018.

⁴⁰⁰ Características estruturais do mercado agrícola como: 1) a restrição da mobilidade geográfica dos produtos, geralmente volumosos e perecíveis; 2) as indústrias processadoras demandam produtos altamente especializados que dificilmente são substituíveis. Por exemplo, considerado as especificidades de um abatedouro/frigorífico de aves não há possibilidades para o abate de suínos); e 3) a especialização na produção de *commodities* específicas, que muitas vezes exige grandes investimentos em ativos irrecuperáveis, representando barreiras de saída e fazendo com que o fornecimento de produtos agrícolas seja inelástico, significam condições propícias ao exercício do poder de oligopsônio. SEXTON Richard; ZHANG Mingxia. An Assessment of the Impact of Food Industry Market Power on U.S. Consumers. **Agribusiness**, v. 17, n. 1, p. 59-79, 2001. Disponível em: [https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297\(200124\)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D](https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297(200124)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D). Acesso em: 09 jul. 2018.

⁴⁰¹ GOLDBERG, Daniel. **Poder de compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006, p. 255.

⁴⁰² SEXTON Richard; ZHANG Mingxia. An Assessment of the Impact of Food Industry Market Power on U.S. Consumers. **Agribusiness**, v. 17, n. 1, p. 59-79, 2001. Disponível em: [https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297\(200124\)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D](https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297(200124)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D). Acesso em: 09 jul. 2018.

Os efeitos do exercício de poder de compra, em termos de eficiência do mercado, precisam ser analisados tanto na perspectiva da eficiência alocativa, quanto da eficiência dinâmica. Em relação a eficiência alocativa, a economia de custos de produção pode estar relacionada somente em razão dos menores custos dos insumos, que à primeira vista parece uma vantagem tanto para as empresas compradoras quanto para os consumidores finais, que poderiam adquirir os bens com preço menor. Entretanto, esse ganho de eficiência não necessariamente será compartilhado com os consumidores finais⁴⁰³. Por sua vez, na perspectiva da eficiência dinâmica, os ganhos de eficiência decorrentes de inovações, de transformações tecnológicas de produção ou métodos de transação precisam considerar os impactos das transferências de renda.

A relevância da questão do poder de compra no contexto da política de concorrência, que estava mais direcionada aos impactos de concentração do mercado distribuidor e de varejo em relação às indústrias encontrou espaço de significativa importância na análise dos efeitos dos atos de concentração das indústrias em relação à cadeia produtiva agrícola a montante. Essa mudança decorre da profunda transformação da agricultura, que em razão das características das demandas da sociedade de controle ampliou e fortaleceu as formas de coordenação da atividade produtiva pautados em contratos de integração vertical à montante.

No âmbito do CADE, a análise dos efeitos à montante do poder de compra em atos de concentração ganhou maior projeção a partir de fusões que ocorreram na indústria processadora de suco de laranja quando, em 2004, a Sucocitrico Cutrale Ltda e a Citrosuco (Fischer S.A.- Agroindústria) adquiriram ativos da Cargill Agrícola S.A (divisão produção e exportação de suco de laranja)⁴⁰⁴. E, em 2009, com as operações de concentração na indústria de proteína animal, que será analisada no próximo capítulo.

A análise da operação de concentração na indústria processadora de suco de laranja abordou a questão da possibilidade de exercício de poder de mercado, que a partir de informações da Associtrus - Associação Brasileira de Citricultores, apresentou problemas que podem decorrer da operação em relação ao mercado de laranja *in natura* para processamento, destacando: o exercício do poder de monopsonio; a possibilidade de

⁴⁰³ Sob a teoria da concorrência perfeita, o monopsonista paga menos pelos insumos e compra uma quantidade menor de produtos do que seria socialmente ótimo. Essa situação reduz o excedente do produtor (preços menores e queda na quantidade, menor receita) que é parcialmente capturada pelo comprador na forma de um aumento no excedente do monopsonista.

⁴⁰⁴ CADE. **Ato de concentração n. 08012.005419/2004-62**. Requerentes: Sucocitrico Cutrale Ltda, Citrosuco e Cargill Agrícola S.A. Parecer n. 06179/2005/RJ - COPCO/COGPI/SEAE/MF, v. 2, Rio de Janeiro, 28 de abril de 2005. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 12 jul. 2018.

redução de aquisição de laranjas dos médios e pequenos produtores, com o fim de gerar excesso de oferta e forçar a redução do preço da laranja; a possibilidade alterar condições contratuais relativas à compra da fruta; e que o poder de monopólio reduziria o incentivo a investimentos pelos produtores.

As alegações da Associtrus foram contestadas pelas empresas requerentes, que justificaram a operação como ações pró-competitiva, permitindo alcançar melhores níveis de economia de escala no processamento e exportação de suco de laranja. A empresa Fischer S.A. apontou que a redução do número de pequenos produtores decorre da competição entre os próprios produtores rurais e que as médias e grandes propriedades se revelam economicamente mais eficientes e mais capazes para acompanhar as mudanças do setor, fenômeno que ocorre também em todas as outras culturas voltadas para exportação. No que tange ao poder de monopólio, a Associtrus não apresentou nenhuma prova efetiva deste exercício, embora a SEAE considerava a possibilidade de um elevado poder de barganha das processadoras, mas poder de barganha não pode ser confundido com poder de monopólio. Assim, a SEAE considerou não haver “nexo de causalidade entre o aumento de probabilidade de exercício de poder de mercado e/ou do exercício de poder de monopólio em decorrência do negócio”, recomendando sua aprovação sem qualquer restrição⁴⁰⁵.

Apesar do esforço da SEAE na análise da possibilidade de exercício de poder de mercado, na aquisição de laranja *in natura*, pelas indústrias processadoras, não houve aprofundamento do tema, com a justificativa de ser uma tarefa difícil e demorada e, que a formação do preço da laranja *in natura* é determinado por diversas variáveis, tais como o tamanho da safra mundial (oferta do produto) e a qualidade da fruta, variáveis que podem ser influenciadas por questões climáticas e naturais (intempéries do tempo, pragas, etc.)⁴⁰⁶, que associada a uma estrutura organizacional envolvendo produtores sob contratos e independentes, com formações de preços diferenciadas, deixa o mercado da laranja *in natura* pouco transparente entre produtores e compradores⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ CADE. **Ato de concentração n. 08012.005419/2004-62**. Requerentes: Sucocitricu Cutrale Ltda, Citrosuco e Cargill Agrícola S.A. Parecer n. 06179/2005/RJ - COPCO/COGPI/SEAE/MF, v. 2, p. 550. Rio de Janeiro, 28 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2018.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 531.

⁴⁰⁷ Após investigações iniciadas em 1999, o Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade homologou, em 23/11/2016, sete Termos de Compromisso de Cessação TCCs em investigação de formação de cartel no mercado nacional de compra de laranjas por parte de empresas processadoras de suco de laranja concentrado congelado, que “admitiram participação na conduta investigada, se comprometeram a cessar a prática e colaboraram com o órgão antitruste na elucidação dos fatos, em linha com a atual política de acordos da autoridade antitruste”. Em razão do acordo as empresas envolvidas devem recolher ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos R\$ 301 milhões a título de

Considerando que os efeitos decorrentes do exercício de poder de monopólio são basicamente os mesmos do exercício de poder de monopólio e podem ser causa de ineficiência econômica, ou seja, a produção seria menor do que em um mercado competitivo, em prejuízo do bem-estar social. E que a agricultura moderna precisa se ajustar aos desafios e demandas impostas pelo mercado, cabe à política de defesa da concorrência e as autoridades antitruste garantir a transparência concorrencial entre produtores rurais e processadoras em relação aos acordos contratuais e suas implicações de poder de mercado, pois o poder de monopólio pode afetar de forma negativa preços e quantidades, com efeitos adversos sobre a concorrência.

5 EFICIÊNCIA E PODER DE MERCADO: CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL

A concentração econômica das atividades em torno do agronegócio representa um desafio aos sistemas agroalimentares dos países, independentemente de seu nível de desenvolvimento econômico. Os novos padrões de comportamento de consumo de alimentos e a transnacionalização das indústrias nos diferentes segmentos dos sistemas agroalimentares aprofundaram a concentração, não somente da indústria processadora, mas também da indústria de insumos, bem como dos canais de distribuição, consolidando a estrutura do mercado agrícola e pecuário ao mesmo tempo em oligopólios e oligopsônios.

A concentração de mercado no lado da demanda pode representar poder de compra, que como imagem espelhada do monopólio ou oligopólio pode provocar implicações sobre a liberdade de concorrência e criar problemas aos produtores, que em última análise significa limitações na escolha do consumidor e redução da concorrência, ou seja, requer uma maior atenção das autoridades antitruste e dos *policy makers*⁴⁰⁸. Nesse sentido, o *Department of Justice e o Federal Trade Commission* destacam que “fusões que causam um aumento significativo na concentração e resultam em mercados altamente concentrados supostamente tendem a aumentar o poder de mercado”, embora em defesa possa ser refutado⁴⁰⁹, quando presentes eficiências econômicas.

Nas operações de concentração, normalmente por meio de fusões, as empresas apresentam, entre outras, eficiências alocativas como justificavas e defesa. As críticas e reclamações contrárias ao processo de concentração das indústrias processadoras de alimentos estão, em grande parte, associadas a argumentos de natureza distributiva, na medida em que o objetivo é a proteção de pequenos produtores rurais. Assim, a concentração de empresas, especialmente do mercado agrícola, que possam contribuir na formação de oligopsônios ou monopsônios requerem uma análise dos efeitos não somente a jusante, mas também a montante com a finalidade de proteger a concorrência, tanto em relação aos produtores quanto dos consumidores.

⁴⁰⁸ CARSTENSEN, Peter C. **Competition policy and the control of buyer power**: a global issue. Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2017.

⁴⁰⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. **Horizontal merger guidelines**. Issued August 19, 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/810276/download>. Acesso em: 18 jul. 2018.

A concentração da indústria de proteína animal insere-se em um contexto de consolidação dos mercados de compra dos mercados agropecuários, sendo uma característica tanto de países desenvolvidos como os Estados Unidos⁴¹⁰ e em desenvolvimento como o Brasil⁴¹¹, que indica o surgimento de um oligopólio mundial, com papel significativo dos grandes frigoríficos brasileiros entre os competidores globais⁴¹².

5.1 CONCENTRAÇÃO E PODER DE MERCADO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA DE PROTEÍNA ANIMAL

A concentração e a consolidação da indústria de proteína animal, reforçando posições de oligopólios e aprofundando as relações de oligopsônios e monopsônios contribuíram para a ampliação do poder de compra dos frigoríficos. Isso tem sido motivo de preocupação para os agricultores e pecuaristas, notadamente nos principais estados produtores de proteína animal do país. Em 2010, “as três maiores empresas de carne bovina do Brasil, JBS, Marfrig e Minerva, foram responsáveis por 35,64% dos abates formais de bovinos do país”. No ano anterior, a parcela de abates foi 21,81%, em razão da maior concentração da indústria, acirrada na pós crise financeira global de 2008⁴¹³. No segundo trimestre de 2018, 193 frigoríficos com SIF (Serviço de Inspeção Federal) apresentaram informações de abate de bovinos, conforme dados do IBGE (Instituto

⁴¹⁰ Na indústria de proteína animal dos Estados Unidos, que envolve as atividades de produção de carnes bovina, suína e de frango, a concentração medida pelo CR4 (que indica a parcela de mercado das quatro maiores empresas) aponta para um alto índice de concentração das quatro maiores empresas, que no segmento de carnes bovinas embaladas é de 83,5%, na carne de suínos é de 66% e, na carne de frango 59%. DOMINA, David. A.; TAYLOR, C. Robert. The debilitating effects of concentration in markets affecting agriculture. *Drake Journal of Agricultural Law*, v. 1, n. 15, p. 61–108, 2010.

⁴¹¹ No período entre 1999 e o primeiro trimestre de 2018, o setor de alimentos, bebidas e fumo, ficou na segunda posição no número de fusões de aquisições no Brasil, um total de 839, atrás apenas do setor de tecnologia da informação. KPMG. **Fusões e aquisições: 2018 – 1º Trimestre**. Junho de 2018. Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-fusoes-aquisicoes-1o-trimestre-2018.pdf>. Acesso: em 21 jul. 2018.

⁴¹² MACEDO, Paulo Cesar de Albuquerque; LIMA, Luiz Carlos de Oliveira. **Oligopólio mundial, investimento estratégico e arena competitiva: o caso da indústria frigorífica de carne bovina brasileira**. In: VIII SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – 2011. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos11/63214832.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

⁴¹³ BEEFPOINT. Cresce a participação de JBS, Marfrig e Minerva no volume de abates. Disponível em: <https://www.beefpoint.com.br/cresce-a-participacao-de-jbs-marfrig-e-minerva-no-volume-de-abates-71174/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

Brasileiro de Geografia e Estatística)⁴¹⁴. Os três maiores frigoríficos somam juntos 62 unidades industriais (JBS, 35; Marfrig, 16 e Minerva, 11), o que representa 32,14% das plantas industriais de abate de bovinos. Contudo, considerando a realidade da indústria de proteína animal e a dimensão geográfica do país, que restringe o deslocamento de animais para abate, a concentração das empresas demandantes, no âmbito dos estados, não é homogênea, ocorrendo distintas realidades e diferentes estruturas de concorrência no âmbito dos estados.

Antes de analisar os parâmetros empregados pelo CADE, nos processos de fusões e aquisições, para avaliar se as operações de concentração representavam alguma possibilidade do exercício de poder de mercado na relação comercial entre produtores rurais e frigoríficos, convém ressaltar que em 2005 já ocorrera denúncia da Confederação Nacional de Abastecimento (CNA) relativa às condutas colusivas dos frigoríficos Minerva, Bertin, Mataboi e Franco Fabril por combinação de preços. Em investigação, o CADE considerou que houve conduta cartelista e aplicou multa no valor de 5% sobre o faturamento bruto (referente ao ano de 2004), para as empresas envolvidas. A Friboi, atual JBS formalizou Termo de Compromisso de Cessação (TCC), sem precisar admitir culpa e suspender o processo de cartel, pagando uma contribuição pecuniária de R\$ 13,7 milhões, mais o compromisso de adotar práticas de prevenção de condutas anticompetitivas, além de multas para pessoas físicas vinculadas com a empresa⁴¹⁵.

As evidências de cartelização identificadas pelo CADE e as estratégias de concentração da indústria frigorífica reforçaram os argumentos da possibilidade do exercício de poder de mercado da indústria sobre os produtores de gado de corte. Essa possibilidade foi constatada por Fabiana Salgueiro Perobelli Urso⁴¹⁶ que ao analisar os efeitos das assimetrias de informações nas relações comerciais entre pecuaristas e frigoríficos e entre frigoríficos e supermercados, identificou que os frigoríficos exercem

⁴¹⁴ IBGE - Pesquisa Trimestral do Abate de Animais. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/abate/tabelas>. Acesso: em 21 set. 2018.

⁴¹⁵ CADE. **Processo Administrativo n. 08012.002493/2005-16**. Representantes: Confederação Nacional da Agricultura (CNA), Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados. Representados: Friboi Ltda (atualmente JBS S/A); Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz, v. 19, p. 4615-4632. Brasília, 28 de novembro de 2007. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYi cbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPh1hBphacuKRR1gntFIKJsYINs-uTm4BReVZ6zQZd4AbgS12lvwhokOegIxFAUgMxdQTL5mw9YPMLI9iBf2gse. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁴¹⁶ URSO, Fabiana Salgueiro Perobelli. **A cadeia de carne bovina no Brasil: uma análise de poder de mercado e teoria da informação**. 2007. Tese (Doutorado em Economia de Empresas) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007.

poder de mercado na aquisição de bois junto aos pecuaristas. Em sentido semelhante, Silvia Morales de Queiroz Caleman e Christiano França da Cunha, ao analisar o desempenho da cadeia de carne bovina usando a teoria Estrutura-Condução-Desempenho e de mercados contestáveis constataram que o argumento de eficiência econômica, com ganhos de escala e redução de custos de transação nas operações de fusões e aquisições “não exime, no entanto, a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas empresas líderes do setor”⁴¹⁷.

Em face da Política de Desenvolvimento Produtivo com suporte do BNDES e da desconfiança da condução dos frigoríficos, Rodrigo Menon Moita e Lucille Assad Golon também avaliaram se há de fato exercício de poder de mercado e se a maior concentração alterou a dinâmica da concorrência na indústria de carne bovina no Brasil. Segundo os autores, em razão da estrutura de mercado ser oligopsônica, há potencial para o exercício de poder de mercado sobre os pecuaristas. Contudo, a partir de uma análise empírica, os resultados demonstraram que, “no estado de São Paulo, o poder de mercado existe em grau fraco. Isso leva a descartar a hipótese de que o setor seja cartelizado ou que as maiores firmas se comportem como um monopólio”. E que “a onda de fusões e aquisições no setor frigorífico não teve reflexo na condução das firmas”⁴¹⁸.

Com objetivo semelhante, Fernando Antônio Perrone Pinheiro, *et al*⁴¹⁹ analisaram a hipótese de aumento de poder de mercado em razão de fusão de frigoríficos no estado do Mato Grosso. A análise empregou a comparação dos preços relativos praticados, antes e depois da operação de concentração, ou seja, de janeiro de 2001 a março de 2014 e o volume de produção (abate) do período de janeiro de 2003 e dezembro de 2013. Os resultados indicaram que no estado os preços praticados não foram reduzidos e que houve aumento na produção. Sendo assim, não se evidenciou o aumento do poder de mercado em razão da maior concentração do mercado.

Por sua vez, no mercado de aves e suínos para abate, a estrutura de

⁴¹⁷ CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; CUNHA, Christiano França da. Estrutura e condução da agroindústria exportadora de carne bovina no Brasil. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, v.13, n. 1, p. 93-108, 2011, p. 107.

⁴¹⁸ O estudo está limitado ao estado de São Paulo devido à falta de dados semelhantes em outros estados, mas considerando que este estado é uma região formadora de preços, a inclusão de outras regiões não produziria resultado muito diferente. GOLANI, Lucille Assad; MOITA, Rodrigo Menon. O oligopólio dos frigoríficos: uma análise empírica de poder de mercado. **Revista de Administração Contemporânea - RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 6, p. 772-794, 2017, p. 790.

⁴¹⁹ PINHEIRO, Fernando Antônio Perrone; SAVOIA José Roberto Ferreira; SILVEIRA, José Augusto Giesbrecht da Silveira; FOUTO, Nuno Manuel Martins Dias. impacto no poder de mercado decorrente da fusão entre frigoríficos no Mato Grosso. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, Lavras, v. 17, n. 4, p. 399-414, 2015.

governança é, essencialmente, coordenada por contratos de integração, com a finalidade de garantir padrões de qualidade e quantidade. Mas, segundo José Paulo de Souza e Decio Zylbersztajn⁴²⁰, os produtores integrados ou cooperados encontram limitações para verificação de resultados das medições e remuneração mesmo que contratadas. Isso resulta em problemas de informação e garantias de direitos de propriedade, de modo a afetar o equilíbrio de poder entre o produtor e a indústria frigorífica, por esta deter a coordenação de todo o processo produtivo.

5.1.1 A análise do CADE sobre o poder de compra nas operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e JBS S.A.

As operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e JBS S.A. ocorrem sob a vigência da Lei 8.884/1994. Essa legislação estabelecia que quaisquer atos de concentração que implicasse prejuízo à livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deveria ser submetido à apreciação do CADE (Art. 54 da Lei 8.884/1994), com possibilidade de ser autorizada quando atendidos os requisitos do § 1º do art. 54. Com o mesmo sentido, a lei vigente (Lei 12.529/2011), estabelece no artigo 88 a proibição de “atos de concentração que impliquem em 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 § 6º deste artigo”. Ambos parágrafos mencionados visam respaldar situações que possam: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e que as vantagens decorrentes sejam repassadas aos consumidores. Nesse último critério houve alteração importante. Na lei anterior era exigido que as vantagens fossem distribuídas equitativamente (art. 54, § 1º, II). Enquanto que na legislação atual, o critério é que parte relevante dos benefícios deve ser repassada aos consumidores (art. 88, § 6º, II).

Para identificar essas possíveis vantagens em atos de concentração horizontal

⁴²⁰ SOUZA, José Paulo; ZYLBERSZTAJN, Decio. Poder de mercado e poder de contrato envolvendo integrados cooperados e não cooperados: percepções na cadeia de frango. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 41, n. 7, jul. 2011.

que desafiam a lei de defesa da concorrência, o CADE seguiu a metodologia de análise do Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal, já mencionado no capítulo anterior. Na jurisprudência brasileira, a análise do poder de compra em atos de concentração, ainda é recente e pouco aprofundada, mesmo naqueles casos que suscitaram maiores preocupações. Essa constatação decorre, segundo Carlos Ragazzo e Kenys Menezes Machado⁴²¹, dos seguintes motivos: “(i) foco primordial na análise pela oferta em detrimento da avaliação sobre a demanda (compra); (ii) participação na compra considerada insuficiente para causar danos ao mercado; (iii) desnecessidade de avaliação dos efeitos do poder de compra quando comprovado o cartel; (iv) ocorrência de acordo para arquivamento, entre outros”.

Na indústria de proteína animal, os casos de maior repercussão que exigiram uma análise dos efeitos do poder de compra foram as operações de aquisição da Sadia S.A. pela a Perdigão S.A., as duas eram as maiores empresas de alimentos processados de carnes de aves e suínos, no mercado brasileiro, que deram origem a BRF-Brasil Foods S.A., e o ato de concentração da JBS S.A. com a Bertin S.A., igualmente, as duas maiores empresas frigoríficas de abate de bovinos. A concentração das maiores empresas compradoras significa a redução da possibilidade de escolhas do produtor rural para comercialização ou de opções de integração e dificulta a entrada de novas empresas no mercado.

Para a mensuração do poder de compra da BRF-Brasil Foods S.A. e da JBS S.A., a SEAE definiu inicialmente: o mercado relevante do produto e o geográfico⁴²². Na produção de alimentos à base de carne, o principal insumo demandado pelas empresas é a aquisição de animais para abate, sendo assim considerou cada espécie de animal (gado, suínos, frangos e perus) como um mercado relevante do produto. A dimensão geográfica do mercado relevante foi definida a partir de um raio de distância da unidade de abate de cada espécie de animal, levando em consideração aspectos sanitários (saúde dos animais) e econômicas (custo de transporte), porque as cargas de animais vivos, usualmente, não percorrem grandes distâncias geográficas.

⁴²¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. CADE e o Poder de Compra no Setor Agropecuário. **Economic analysis of law review**, v. 4, n. 2, p. 295-314, Jul-Dez, 2013.

⁴²² “Mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno, porém significativo e não transitório’ aumento de preços.” BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de acompanhamento econômico (SEAE). Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50**, 1º de agosto de 2001. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 30 jul. 2018.

Na operação de concentração da BRF-Brasil Foods S.A., a SEAE considerou como mercado geográfico relevante o âmbito estadual, medida que provocou sobreposições entre as Requerentes na demanda de suínos nos estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; de frangos nos estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Goiás; e de perus, no estado do Paraná. Essa definição foi justificada pelos aspectos sanitários e econômicos e, que “cada unidade de abate corresponderia a um conjunto geograficamente limitado de produtores integrados de animais”. Mas a partir de instruções complementares, o relator do ato de concentração, o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo⁴²³ definiu como mercado relevante geográfico “um raio a partir da unidade de abate de cada animal. Esse raio foi de 150 km para frangos e perus e 350 km para suínos”.

Com a definição das distâncias foram mapeadas as localidades com sobreposição horizontal na aquisição de animais a fim de proceder o cálculo de participação de mercado, tendo como base de dados o estado, por não haver informações mais desagregadas. A partir das distâncias estabelecidas concluiu-se “que não havia sobreposição entre as unidades abatedoras de perus, mas havia concentração horizontal no mercado de frangos nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Mato Grosso e Goiás. Nos mercados de suínos, a sobreposição ocorria nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná”⁴²⁴.

Ao identificar a sobreposição nos limites geográficos, a SEAE avaliou se a parcela de mercado, em razão da concentração, era suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado. A parcela de mercado obtida com concentração, conforme dados da tabela 1, superava 20% em todos os mercados, chegando a ser superior a 50% na aquisição de frangos no Mato Grosso e em Goiás, que impõe a necessidade de avaliar a probabilidade de as Requerentes exercerem poder de mercado⁴²⁵.

⁴²³ CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Voto do relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 08 jun. 2011. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴²⁴ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; Machado, Kenys Menezes. O CADE e o poder de compra no setor agropecuário. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 295-314, Jul-Dez, 2013, p. 301.

⁴²⁵ O critério para identificar se uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado são dados por dois aspectos: a) deter uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94); b) a concentração do mercado tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (CR4) igual ou superior a 75%; e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante. BRASIL. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50**, 1º de agosto de 2001. Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. Disponível em: www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 30 jul. 2018.

Na análise da probabilidade de exercício de poder de mercado na aquisição de animais para o abate, a SEAE considerou as condições de entrada de novas empresas e rivalidade para identificar as possibilidades de os produtores terem alternativas de desvio de oferta. As condições de entrada de novos concorrentes podem ser limitadas em razão do nível de exigência quanto ao padrão de quantidade e qualidade em escalas de mercado, grau de integração da cadeia produtiva, cadeias de distribuição e marcas. Com essas características, a SEAE concluiu que a entrada nos mercados de abate de frango, suínos e perus não seria tempestiva, provável e suficiente simultaneamente⁴²⁶.

Tabela 1 – Participações da Sadia e da Perdigão no mercado de compra de suínos e frangos para abate* em %** - 2009

Empresa/estado	Participações da compra de suínos para abate %			Participações da compra de frangos para abate %			
	RS	SC	PR	RS	SC	MT	GO
Perdigão	10-20	10-20	10-20	10-20	10-20	40-50	0-10
Sadia	0-10	10-20	30-40	20-30	20-30	50-60	40-50
Outros	70-80	70-80	50-60	60-70	60-70	0-10	40-50
Total Requerentes	20-30	20-30	40-50	40-50	30-40	90-100	50-60

Fonte: CADE. Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18, 2011.

*Percentual de cabeças abatidas.

** Dados apresentados em faixas de 10% face a confidencialidade dos dados.

Contudo, há a possibilidade de competidores já instalados no espaço geográfico relevante ampliar sua capacidade de demanda, absorvendo eventuais oportunidades de venda dos produtores em função de uma expansão da demanda⁴²⁷ ou caso as empresas após a operação de concentração tentassem exercer um possível poder de compra. Assim, o produtor poderia migrar de empresa compradora, caso desejasse, rompendo seus contratos⁴²⁸, que pressupõe uma condição de rivalidade. Porém essas possibilidades podem ser relativizadas devido a “existência de custos de transação para a

⁴²⁶ CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18** - Parecer n. 2 06510/2010/RI COGCE/SEAE/MF, v. 2, 2010, p. 315. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴²⁷ A SEAE observou que “Quanto maior o grau de integração de uma cadeia produtiva, maiores e mais complexos os requisitos e a combinação de recursos produtivos por parte de um entrante. Assim, a entrada pode ser mais custosa, bem como demandar um maior prazo para a sua efetivação”. E que “as principais entradas no setor se referem à aquisição de empresas pré-existentes. [...] o incremento de oferta de produto tem sido providenciado, [...], pelas empresas já instaladas”. CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18** - Parecer n.2 06510/2010/RI COGCE/SEAE/MF, v. 2, 2010, p. 310-311. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴²⁸ Exceto aos produtores de frango do estado do Mato Grosso, pois as Requerentes detêm praticamente todo o mercado e aos produtores de peru no Paraná, onde somente as Requerentes atuam nesse mercado, constituindo monopsônios no abate.

mudança de comprador e a necessidade de capacidade ociosa ou de ampliação da capacidade instalada das concorrentes”⁴²⁹. Esses aspectos caracterizam o mercado frigorífico de aves e suínos como de baixa contestabilidade⁴³⁰. Assim, a SEAE concluiu que o exercício de poder de monopólio seria provável nos mercados relevantes de aquisição de frangos no estado do Mato Grosso e de perus no Paraná.

Entretanto, na defesa da operação de concentração, as Requerentes alegaram não haver qualquer incentivo para o exercício de poder de compra em nenhum dos mercados analisados. Haja vista que os arranjos de organização pautados em contratos de integração são anteriores à operação, não havendo alterações no grau de integração em nenhum dos mercados, ou seja, as empresas já se encontravam, antes da operação de concentração, em situação de monopólio.

A relação de interdependência criada pelos contratos de integração entre os produtores e as empresas, permite que as empresas detenham o controle do fluxo de produção, garantindo quantidade e qualidade de aves ou suínos para abate a um menor custo e proporciona ao produtor a garantia do escoamento da produção, limitando a probabilidade do aumento do poder de compra. Assim, “o exercício de um poder de compra por parte da Sadia ou da Perdigão seria prejudicial às próprias empresas [...], pois poderia haver comprometimento na qualidade do produto e redução da oferta”. Considerado esses aspectos e o bom histórico das relações entre as empresas e produtores “concluiu-se que não havia nexo de causalidade entre a operação e o aumento da possibilidade de exercício de poder de compra”, segundo Carlos Ragazzo e Kenys Machado⁴³¹.

Na análise da operação de concentração do frigorífico JBS S.A. com o frigorífico Bertin S.A. não foram identificadas sobreposições no mercado de aquisição de gado bovino para abate como preocupação concorrencial, haja vista que a aquisição de bovinos para abate ocorre essencialmente pela via mercado *spot* ou mercado futuro, ou seja, não há arranjos contratuais de integração como forma de organização da cadeia

⁴²⁹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. O CADE e o poder de compra no setor agropecuário. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 295-314, Jul-Dez, 2013, p. 304.

⁴³⁰ Na análise econômica, a contestabilidade é verificada pela facilidade de ingresso ou saída de concorrentes e pela liberdade de alocação dos fatores de produção. Assim, considera-se um mercado como sendo contestável, quando não houver barreiras à entrada nem custos à saída (*sunk-costs*) para as firmas que eventualmente nele desejem ingressar.

⁴³¹ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. O CADE e o poder de compra no setor agropecuário. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 295-314, Jul-Dez, 2013, p. 305.

produtiva. Mas foi avaliado o mercado relevante de abate de bovinos na dimensão geográfica do estado, justificada pelos motivos sanitários e econômicos. A concentração da estrutura de abate pode possibilitar o exercício de poder de compra.

Após a definição do mercado relevante, a SEAE identificou que as Requerentes, em conjunto, detêm participações superiores a 20% em todos os mercados relevantes (São Paulo, Goiás, Mato Grosso, Rondônia, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Paraná, Acre, Bahia e Tocantins). Mas a análise a partir do Índice de Herfindahl-Hirschman (HHI)⁴³², constatou que os mercados relevantes não são concentrados, portanto não há preocupação concorrencial, exceto nos mercados relevantes de Goiás e Minas Gerais. A variação do Índice HHI entre 1500 a 2500 em Goiás e Minas Gerais indica que “houve aumento da possibilidade de exercício de poder de mercado unilateral⁴³³”.

Assim, para avaliar as condições para o exercício de poder unilateral, a SEAE verificou a viabilidade de entrada de novos *players* e a rivalidade nesse mercado. Em relação às barreiras de ingresso, constatou-se limitações em razão da sazonalidade da oferta de animais, dificultando a definição de escala mínima de produção e a influência de grandes redes distribuidoras que exercem poder de barganha. Assim, a entrada é provável e tempestiva, mas não é suficiente.

A rivalidade concorrencial não é prejudicada quando as condições de quantidade e preço não são alteradas por ato de concentração. Contudo, a operação entre a JBS S.A. e a Bertin S.A. avaliada pelo Índice de Dominância⁴³⁴ resultou em prejuízo à

⁴³² A Comissão Federal do Comércio e o Departamento de Justiça dos EUA usam regularmente o Herfindahl-Hirschman Index (HHI) para medir a concentração em um mercado antitruste relevante para analisar os efeitos prováveis de uma fusão ou aquisição sobre a concorrência nesse mercado. O HHI é a soma dos quadrados das participações de mercado de cada empresa. Exemplificando, se um é composto por quatro empresas com as seguintes participações de mercado 30%, 30%, 20% e 20%, nesse caso o HHI é de 2.600 ($30^2 + 30^2 + 20^2 + 20^2 = 2.600$). Assim, O HHI aumenta à medida que o número de empresas no mercado diminui e a disparidade de tamanho entre essas empresas aumenta. Com esse critério as agências classificam os mercados em três tipos:

- a) Mercados Não Concentrados: IHH inferior a 1.500;
- b) Mercados Moderadamente Concentrados: HHI entre 1.500 e 2.500;
- c) Mercados Altamente Concentrados: HHI acima de 2.500.

⁴³³ CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009-11**- Parecer n. 206376/2011/RI COGCE/SEAE/MF, v. 1, 2011, p. 234.

⁴³⁴ O Índice de Dominância (ID) foi desenvolvido por Garcia Alba, em 1994, sendo usado de forma complementar com o HHI. A particularidade desse índice é demonstrar que uma fusão entre duas participações de pequenos concorrentes e que continua abaixo da maior participação, presume-se benefício à concorrência. Por outro lado, se união das menores parcelas superar a parcela maior de participação, a variação do índice será positiva, indicando que a operação pode gerar danos à concorrência. IDUÑATE, Pascual García Alba. Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados. **El Trimestre Económico**, v. 61, n. 243(3), 1994, p. 499–524. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20856736>. Acesso em: 02 ago. 2018.

rivalidade no mercado relevante de abate de bovinos, motivando a SEAE recomendar a alienação de unidades de abate em Goiás e Minas Gerais, como remédios concorrenciais.

Em que pesem essas razões, mas considerando a estrutura de preços dos mercados de abate de bovinos em cada estado foi constatado que o preço da arroba apresentou ganhos reais no período entre 1998 e 2013, que permitiu concluir que não havia possibilidade do exercício de poder de mercado pela JBS S.A. naquele momento. Para Gilberto Bercovici, a concorrência entre outras carnes (frango e suíno) e a forma de aquisição de bovinos para abate (*spot*), são condições que impossibilitam o monopólio e a determinação de preços⁴³⁵.

É importante considerar que no decorrer do processo de análise da operação de concentração entre a JBS S.A. e a Bertin S.A., requerida em 2009, ocorreram outras 5 notificações, apresentadas pela JBS, em 2012, relacionadas ao mercado de abate de bovinos e de produção de carne *in natura*, em diferentes estados⁴³⁶. Com a identidade das causas de pedir, esses atos de concentração foram considerados conexos pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE), que sugeriu a reunião dos processos para julgamento conjunto. Mas além desses atos notificados, a JBS S.A. realizou outras 12 operações de aquisições de ativos no exterior e 24 operações de arrendamento de unidades frigoríficas no Brasil (11 ativas e 13 inativas) que não teriam sido notificadas ao CADE. A empresa alegou que as aquisições no exterior não exportavam para o Brasil e não aferiam faturamento no Brasil, excluindo a jurisdição do CADE. Sobre os arrendamentos, a JBS S.A. apresentou defesa de que requisitos da lei 8.884/1994 se aplicavam apenas às operações de aquisições de empresas e ativos e não aos arrendamentos e que parte destes eram inativos, não gerando receitas. O relator considerou procedente a justificativa sobre os arrendamentos inativos, mas discordou da defesa relativa aos arrendamentos de plantas frigoríficas ativas, sob o argumento do conceito jurídico de empresa. Assim, as operações não notificadas foram inclusas no conjunto da análise do ato de concentração, que resultou na aplicação de taxas e multas pela intempestividade da apresentação da operação⁴³⁷.

Esse conjunto de operações observado na JBS S.A. e a constituição da BRF-

⁴³⁵ BERCOVICI, Gilberto. Estrutura da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil, desenvolvimento e proteção do mercado interno. In: BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico aplicado: estudos e pareceres**. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 493-534.

⁴³⁶ Aquisição de unidades frigoríficas localizadas em: Rio Branco, no Acre; Ariquemes e São Miguel do Guaporé, em Rondônia; Confresa, Juara, Colíder e Ponta Porã, no Mato Grosso.

⁴³⁷ CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009-11**. Voto do relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Brasília, 17 de abril de 2013, v. 4, p. 891-972.

Brasil Foods S.A. demonstram a reorganização da indústria de proteína animal brasileira no caminho da concentração do setor a fim de obter maior participação e competitividade em termos de produtos e mercados, seja no âmbito nacional ou internacional, que sob a análise dos aspectos jurídicos e econômicos identificaram a probabilidade de exercício de poder de compra, conforme o mercado relevante. Assim, é imperativo a análise das eficiências apresentadas pelas empresas, mas que não necessariamente restringe o poder de compra da indústria em relação ao produtor.

5.1.2 A defesa de eficiências nas operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e JBS S.A.

A competitividade no mercado estimula as empresas a desenvolverem eficiências, mas a própria dinâmica concorrencial do mercado pode incentivar operações de concentração a fim de ampliar eficiências, que podem resultar em benefícios aos consumidores e aumentar a concorrência. Embora essas operações possam provocar resultados adversos à concorrência, mesmo gerando eficiências. Assim, as eficiências apresentadas em defesa da operação devem superar os potenciais efeitos adversos, para evitar que a operação de concentração seja anticoncorrencial.

As eficiências alegadas em defesa do ato de concentração devem ser fundamentadas, não podem ser vagas ou meramente especulativas. O CADE, conforme Guia para análise de atos de concentração horizontal, considera como eficiência econômica os ganhos de bem-estar econômico decorrente do ato de concentração que não podem ser gerados de outra forma. Assim, “as eficiências específicas podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes de produto ou processo, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório”⁴³⁸. Apresentadas as eficiências, o CADE analisa o efeito líquido da concentração sobre a

⁴³⁸ Na atualização do Guia para análise de atos de concentração horizontal de 2016, o CADE não alterou as eficiências específicas e tampouco o critério de análise. BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de acompanhamento econômico (SEAE). Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50**, 1º de agosto de 2001, p. 16-17. Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view. Acesso em: 30 jul. 2018.

economia, comparando os custos econômicos com as possíveis eficiências derivadas *vis-à-vis* seus efeitos negativos, sob o critério do efeito líquido não-negativo.

Na operação de concentração para formação da BRF-Brasil Foods S.A., as empresas Requerentes apresentaram, em síntese, como defesa ao ato:

A (i) expansão dos principais negócios das empresas, com investimento em capacidade de produção adicional para obtenção de escala e eficiência, em especial com vistas ao mercado internacional; (ii) diversificação das linhas de produtos, resultante, inclusive, dos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento, especialmente no que se refere a alimentos processados de valor agregado; (iii) expansão da base de clientes nacional e internacional, com maior penetração nos mercados de exportação já operados pelas duas empresas e possibilidade de ingresso em novos mercados de exportação; (iv) fortalecimento da rede de distribuição global, desenvolvendo capacidade de distribuição fora do Brasil; e (v) redução e aprimoramento da estrutura de custos, procurando atingir maiores economias de escala⁴³⁹.

Para as empresas as sinergias decorrentes da fusão possibilitam a consolidação e a internacionalização, ou seja, a criação de um *player* com capacidade de participar do processo de consolidação global no mercado de proteína animal e alimentos processados. Essas sinergias “propiciam efeitos líquidos positivos, do ponto de vista antitruste, e não gera qualquer incentivo para elevação nos preços por parte das Requerentes”⁴⁴⁰.

Na análise da operação, a SEAE, sob critério do efeito líquido não-negativo, considerou que as eficiências apresentadas não eram suficientes para justificar economias de escopo e de escala, bem como gerar benefícios aos consumidores. Assim, recomendou restrições severas ao ato, pois:

As reduções de custos elucidadas são resultado de economias de escala de operações comerciais ou incremento do poder de barganha (não economias físicas), ou de reorganização de processos intra-firma (exemplo: processo de compras de passagens aéreas), e não de sinergias;
 Não existe, no trabalho, evidências de que a junção de ativos resulta em novos produtos e/ou novos processos distintos daqueles que já existiam antes da operação;
 Não existe, no trabalho, evidências de inexistência de tecnologias substitutas no mercado nem de custos ou especificidades de outras tecnologias que justifiquem a fusão;
 Não foi apresentado como as eficiências seriam repartidas com os consumidores.

⁴³⁹ CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. DF, 09 de junho de 2009, v. 1, p. 6. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴⁴⁰ Conforme conclusão de nota técnica confidencial apresenta pelas Requerentes CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Parecer n2 06510/2010/RI COGCE/SEAE/MF. DF, 09 de junho de 2009, v. 2, p. 363. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

Esse cenário provocou dificuldades para aprovação do ato de concentração. O voto do relator foi contrário à aprovação da operação por entender que a fusão seria um risco à livre concorrência com severos prejuízos à grande parte dos consumidores. Com o fim de encontrar uma alternativa à reprovação, o Conselheiro do CADE, Ricardo Machado Ruiz, pediu vista para análise do voto, e, que resultou na celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), que criava condições para a existência de uma empresa concorrente, como “vice-líder”, para preservar a concorrência. O objetivo, segundo o Conselheiro era restabelecer o “duopólio virtuoso” que existia quando da concorrência entre a Sadia e a Perdigão, que foi eliminado com a operação⁴⁴¹.

O Termo de Compromisso de Desempenho, estabelecido pelo CADE como contrapartida para a aprovação da operação, impôs às Requerentes a alienação de bens e direitos, que incluíam além de marcas, granjas, unidades de abates (com a cessão de toda a carteira de contratos com produtores integrados, garantindo o suprimento da estrutura produtiva), fábricas de ração e centros de distribuição. Para além das questões inerentes ao controle de condutas e estrutura do mercado, o CADE, por meio do TCD, estabeleceu que a BRF-Brasil Foods S.A. exija da adquirente dos ativos a manutenção do nível de emprego da época da operação, por um prazo mínimo de seis meses⁴⁴², uma exigência que extrapola os critérios de eficiência econômica e a tutela da concorrência, mas que busca a melhoria do bem-estar social, tanto pelos mecanismos da concorrência quanto pela preservação de postos de trabalho.

O cumprimento do TCD estabelecido pelo CADE foi facilitado pela PDP que estimulava a formação das “campeãs nacionais”, que com suporte do BNDES aportou recursos à Marfrig, aumentando sua participação acionária na empresa, para a aquisição dos ativos da BRF-Brasil Foods S.A., permitido assim a reposição da contestabilidade dos mercados afetados no equilíbrio concorrencial.

Por sua vez, na operação de concentração entre a JBS S.A. e a Bertin S.A., as eficiências apresentadas fizeram referências aos aspectos de logística, comercial, suprimentos e operação, com indicação de geração de economias de custo e de despesas no valor aproximado de 385 milhões de Reais. Para a Requerente, “a principal fonte que

⁴⁴¹ CADE. **Ato de concentração n° 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Voto-vista: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Brasília, 13 de julho de 2011, v. 17, p. 3870. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

⁴⁴² CADE. **Ato de concentração n° 08012.004423/2009-18**. Termo de Compromisso de Desempenho, v. 17, p. 3886. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

garante a existência das sinergias [...], é o fato de que ambos os grupos, atuantes no segmento de carne bovina, desenvolveram ao longo dos anos um conhecimento tácito e estratégico da atuação do setor”. Contudo, o parecer da SEAE considera que as eficiências alegadas poderiam ser “obtidas por intermédio de outros mecanismos que não a operação de fusão, não justificando, portanto, a eliminação de um concorrente no mercado”⁴⁴³.

Apesar do parecer da SEAE, o relator do voto ao considerar que a evolução dos preços do boi para abate proporcionou ganhos reais e que as condições de entrada de novos frigoríficos não representavam uma barreira relevante, por ser uma indústria não intensiva em capital e equipamentos, bem como os entendimentos para monitoramento de condutas da empresa relacionadas à indústria frigorífica da carne bovina, estabelecido em Termo de Compromisso de Desempenho⁴⁴⁴, apresentou voto favorável à aprovação.

Na análise das eficiências econômicas, sopesando os efeitos não-negativos das operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e da JBS S.A., os órgãos de defesa da concorrência aprovaram as operações com a imposição de obrigações com a finalidade de preservar a liberdade de concorrência e ampliar o bem-estar social, apesar de as sinergias apresentadas estarem muito mais relacionadas às economias de custos e despesas do que propriamente com vantagens de economias de escala ou de escopo e ou com a possibilidade do desenvolvimento de novas tecnologias de produção ou de inovações organizacionais na cadeia produtiva. Isto é, o alcance dessas eficiências *per se* não justificariam o processo de concentração da indústria de proteína animal⁴⁴⁵.

Além das operações de concentração da BRF-Brasil Foods S.A. e da JBS S.A. ocorreram outras operações, que embora analisadas pelo CADE, não foram avaliadas as possíveis eficiências decorrentes, mas que foram representativas ao processo de concentração da indústria de proteína animal. Destaque para duas operações que

⁴⁴³ CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009-11**. Requerentes: JBS S.A. e Bertin S.A. Parecer n. 06376/2011/RI COGCE/SEAE/MF. DF, 29 de abril de 2011, v. 1, p. 250-251. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁴⁴⁴ O Termos de Compromisso de desempenho estabelece que “**serão monitoradas e acompanhadas pelos órgãos de defesa da concorrência, tendo a JBS a obrigação de informar ao CADE todos e quaisquer futuros arrendamentos, locações e/ou aquisições, pela JBS, de unidade de abate bovino, esteja a unidade ativa ou inativa, pelo prazo de 30 meses**”. Destaque do texto dado pelo relator. CADE. **Ato de Concentração n. 08012.008074/2009-11**. Voto do relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Brasília, 17 de abril de 2013, v. 4, p. 963. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2018.

⁴⁴⁵ Lucia Helena Salgado e Rafael Pinho de Moraes apresentam uma análise crítica do processo de fusão da BRF-Brasil Foods S.A, destacando que a forma negociada do TCD representa uma fraqueza institucional, cujos resultados apontavam para prejuízos aos consumidores e produtores. SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinho de. o porquê de Sadia-Perdigão e Colgate-Kolynos não serem decisões sequer comparáveis. **Suplemento eletrônico da revista do IBRAC**, ano 2, n. 7, 2011.

envolveram a marca Seara. Em 5 de outubro de 2009 foi submetido ao CADE a operação de concentração da aquisição da Seara (na época pertencente a Cargill Alimentos S.A.) pela Marfrig. Após a identificação dos mercados relevantes, na análise do ato de concentração, a SEAE apontou que:

[...] em nenhum dos mercados relevantes definidos as partes obtiveram uma participação de mercado superior a 20%, parâmetro mínimo utilizado pela legislação brasileira para presumir a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado. A única exceção aconteceu no mercado de abate de frangos em Santa Catarina, em 2008, onde as partes alcançaram (CONFIDENCIAL) de participação de mercado. Todavia, conforme será demonstrado a seguir, essa concentração acima de 20% não causará maiores preocupações de ordem concorrencial⁴⁴⁶.

No mercado de abate de frangos em Santa Catarina os frigoríficos da Sadia e da Perdigão detinham a maior participação, indicando que a aquisição da Seara pela Marfrig não provocava alterações significativas no índice de concentração. Não constatando, em tese, a possibilidade do exercício coordenado de poder de mercado, haja vista que na maioria dos mercados relevantes o índice de concentração das quatro maiores empresas (CR4) ficou abaixo de 75%. Assim, a SEAE recomendou a aprovação sem qualquer restrição, parecer que foi seguido pela ProCADE e pelo relator⁴⁴⁷.

Em 2013, a Seara foi adquirida pela JBS S.A. A operação submetida ao CADE, já sob a vigência da Lei 12.529/2011, foi analisada pela Superintendência Geral (SG), que embora tenha constatado uma participação superior a 20% na aquisição de animais para abate ((abate de frangos (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul) e abate de suínos (Rio Grande do Sul)), mas que em razão dos arranjos organizacionais pautados em contratos de integração, não se evidenciou causalidade entre a operação e o exercício de poder de monopólio. Assim, a Superintendência Geral conclui pela recomendação de aprovação sem restrição⁴⁴⁸.

O processo de concentração da indústria de proteína animal pode ser analisado como resultante da própria dinâmica de produção e comercialização, que exige grandes escalas de produção e preços baixos, que são condições essenciais para

⁴⁴⁶ CADE. **Ato de concentração n. 08012.007955/2009-15** Requerentes: Marfrig Alimentos S/A e Cargill Alimentos S/A. Parecer nº06561/201 1/RJ COGCE/SEAE/MF. Rio de Janeiro, 21 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁴⁴⁸ CADE. **Ato de concentração n. 08700.006153/2013-08**. Parecer Técnico n. 251. Superintendência-Geral. Brasília, 11 de setembro de 2013, v. 5, p. 994-1014. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 30 jan. 2018.

competitividade no mercado comprador, que também está mais oligopolizado, bem como para a conquista de novos mercados, principalmente os internacionais e, na preservação do mercado interno. Isto é, um processo de consolidação da indústria para formação de *players* globais. À essa dinâmica de concentração pode ser acrescida o interesse governamental, que incentivou a formação de “campeãs nacionais” a fim de ampliar a participação dessa indústria nas exportações brasileiras. Nesse sentido, a atuação eminentemente técnica do CADE, na análise das eficiências, acabou por absorver componentes de ordem político-econômica, ou seja, compreendendo valores mais amplos que a defesa da concorrência *per se*, especificamente a lógica do desenvolvimento.

A consolidação da indústria de proteína animal, provocou alterações nos padrões de concorrência ao modificar as relações entre os diversos atores e segmentos das cadeias produtivas em seus aspectos econômicos e nos interesses de poder, principalmente em relação aos produtores que tiveram as opções de contratos e comercialização de sua produção reduzidas, ficando mais expostos ao poder de mercado. Assim, considerando além dos aspectos políticos e econômicos que evoluíram o processo de concentração é importante avaliar se as especificidades das relações contratuais - contratos de integração -, que caracterizam a coordenação organizacional da cadeia produtiva de aves e suínos são relevantes para o controle das estruturas de mercado e das condutas dos agentes econômicos para a defesa da concorrência.

5.2 OS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO DO AGRONEGÓCIO NA COORDENAÇÃO PRODUTIVA: EXTERNALIDADES CONCORRENCIAIS

Os contratos de integração são uma característica comum na coordenação da cadeia produtiva de aves e suínos, em que as relações entre o produtor (integrado) e a empresa agroindustrial (integradora) são reguladas por instrumento contratual, com a finalidade de coordenar as etapas produtivas, que nos termos da NEI representa a forma como os direitos de propriedade⁴⁴⁹ são negociados, permitindo um planejamento de longo

⁴⁴⁹ No Direito, segundo Rachel Sztajn, Decio Zylbersztajn e Bernardo Mueller, diz que “o Direito de Propriedade é como um feixe que engloba os direitos de uso, usufruto e abuso, e que confere o exercício da exclusão sobre a coisa, que permite afastar terceiros que dela pretendam se apropriar, usar ou gozar”. SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; MUELLER, Bernardo. Economia dos Direitos de Propriedade. *In*: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. **Direito & economia:**

prazo. Assim, os contratos de integração incentivam o conjunto de agentes envolvidos a promover o processo de modernização da atividade por meio de uma relação de cooperação⁴⁵⁰. Mas por outro lado, a concentração das empresas que coordenam a atividade tem seu poder de mercado ampliado, restringindo as oportunidades de escolhas de comercialização dos produtores. Desta forma, há a necessidade de analisar se a coordenação contratual do agronegócio contribui com externalidades negativas à concorrência para além das operações de concentração.

A coordenação da atividade econômica pela via contratual avoca o interesse da defesa da concorrência. A Lei 8.884/1994 estabelecia como obrigatório a notificação de “atos que [visassem] a qualquer forma de concentração econômica” (art. 54, § 3º), e “atos, sob qualquer forma manifestados, que [pudessem] limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes” (art. 54, caput). Nessa perspectiva legal, a defesa da concorrência era exercida de forma ampla, em que qualquer espécie de ato com potencial efeito de limitação ou prejuízo à livre concorrência ou a dominação de mercado relevante deveriam ser notificados, até mesmo contratos de distribuição e fornecimento⁴⁵¹. Os efeitos de limitação ou prejuízos poderiam decorrer não apenas de operações de concentração de empresas, mas também de determinados acordos cooperativos, como contratos de distribuição, fornecimento ou acordos de licenciamento, caracterizados como concertação empresarial⁴⁵². O efeito de

análise econômica do direito e das organizações. São Paulo: Elsevier, 2005.

⁴⁵⁰ Segundo Guilherme Helfenberger Galino Cassi e Oksandro Gonçalves, os elementos que caracterizam a relação de integração são: “a) a bilateralidade; b) a atuação do integrador e o próprio contrato devem ter por objeto uma atividade de produção de bens; c) é um contrato eminentemente de cooperação, em que o aumento dos benefícios obtidos pelos contratantes é proporcional ao esforço mútuo; d) o produto resultante do trabalho do integrado é utilizado pelo integrador como insumo para sua atividade; e) existe a coordenação técnica do integrador frente ao integrado, de modo que o primeiro impõe os métodos a serem observados na produção; f) o integrador fornece ao menos parte da matéria-prima a ser utilizada pelo integrado na produção; g) o produto do trabalho do integrado tem a garantia de compra pelo integrador”. CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro. Os custos de transação no contrato de integração. *Revista da Ajuris*, v. 41, n. 136, dez. 2014, p. 253-254.

⁴⁵¹ Ato de concentração n. 08012000182/2010-71 - Contrato de Fornecimento, não-exclusivo, por intermédio do qual a Monsanto do Brasil Ltda se compromete a fornecer o herbicida "*Stinger*", formulado à base de ácido glifosato, à Iharabras S/A Indústrias Químicas, que por sua vez, obriga-se a adquiri-lo da MONSANTO pelo período de 2 (dois) anos, sendo a avença passível de renovação. CADE. **Ato de concentração 08012.006976/2001-58**. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda e Iharabras S.A. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴⁵² Considerando a jurisprudência do CADE, Patrícia Deluca e Ricardo Botelho destacam que o “potencial de restringir a concorrência” em acordos verticais que exigiam notificação dependiam que os seguintes requisitos estivessem presentes: “(i) existência de compromisso de exclusividade; (ii) duração superior a cinco anos, considerando eventuais prorrogações; (iii) transferência de direitos sobre ativos relevantes do ponto de vista concorrencial ou mudanças nas relações societárias entre as partes contratantes; (iv) impossibilidade de rescisão imediata do contrato sem ônus à parte requerente; e/ou (v) objeto do contrato correspondente a 20% ou mais do mercado relevante”. DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do CADE: em busca de

dominação de mercado estava atrelado a atos que implicassem aquisição ou reforço de domínio sobre o mercado, que resultasse em mais de 20% de participação de um mercado relevante a partir de uma fusão ou incorporação de empresas ou pela constituição de um agrupamento societário.

A Lei 12.529/2011 redefiniu as hipóteses de operações sujeitas a notificação obrigatória, estabelecendo que somente atos de concentração econômica estão sujeitos a notificação prévia, com a observância dos requisitos mínimos de faturamento (art. 88), combinado com as características previstas no artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência. Nesse sentido, as operações (fusão, incorporação, aquisições de ativos ou participações, contratos associativos, consórcios ou *joint ventures*) devem ser notificadas somente quando ocasionar alteração na estrutura de mercado de forma duradoura.

A legislação de defesa da concorrência está preocupada com as operações que têm o potencial de restringir a concorrência e ou que alteram de forma duradora a estrutura de mercado, ou seja, a essência do controle concorrencial preventivo é preservar uma estrutura de mercado que possibilite a liberdade de concorrência e limite a dominação de mercados. Por sua vez, os contratos de integração representam, conforme a ECT, ferramentas de coordenação do mercado que permitem maior eficiência e economias de custos de transação aos agentes econômicos envolvidos, com o objetivo de ganhos de qualidade, redução de riscos (quantidade e regularidade) e aumento de produtividade.

Na operação de concentração que constituiu a BRF-Brasil Foods S.A., a SEAE destacou em seu parecer que a redução de opções contratuais aos produtores amplia a possibilidade do exercício de poder de monopólio. Contudo, em sua defesa as Requerentes alegaram que as características monopsonistas das relações contratuais na aquisição de frangos, perus e suínos já eram existentes antes da operação de concentração. E, que os contratos de integração são estáveis, com longos períodos de vigência e de exclusividade com os criadores, estabelecendo uma relação de simbiose entre as partes. Embora haja uma relação de cooperação entre os contratantes pode ser encerrada por iniciativa de qualquer das partes, sem ônus e a qualquer tempo. Assim, o produtor integrado pode optar pelo mercado *spot* ou ingressar em outro sistema de integração, inclusive cooperativo, portanto, não ficando cativo à integradora.

sentido. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati (org.). **5 anos lei de defesa da concorrência**: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo, 2017, p. 104-116. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%8ANCIA_-_IBRAC.pdf. Acesso em: 20 ago. 2018.

Além dessas características da relação contratual, foi constatado não haver um interesse por parte do produtor em migrar para outras empresas integradoras, em razão da reputação construída e que uma eventual troca de integradora representará custos de transação. A partir dessas considerações o CADE conclui que, na operação da BRF, “**não havia, neste caso, nexos de causalidade entre a operação e um aumento da possibilidade de exercício de poder de compra**”⁴⁵³, ou seja, a operação de concentração não altera as condições de incentivo para o abuso de poder.

Neste contexto, a possibilidade de exercício de abuso de poder com redução de preços pagos ao produtor é reduzida em razão da interdependência entre os produtores e as empresas integradoras, pois uma redução de preços pagos aos produtores muito abaixo do preço competitivo (ou mesmo abaixo do preço marginal), provoca riscos de redução da oferta e de investimentos em qualidade e tecnologia, necessários ao atendimento dos requisitos de qualidade e competitividade que o mercado interno e, principalmente, o externo exigem⁴⁵⁴. Esse argumento está assentado nas características da cooperação das relações contratuais formais e informais vigente desse mercado, o que não significa que o mercado de aquisição de animais pelo mecanismo de contratos de integração esteja isento de problemas concorrenciais que possam afetar os produtores⁴⁵⁵.

Considerando que as operações de concentração são analisadas essencialmente a partir das referências da NEI com o fim de identificar as possíveis eficiências econômicas geradas em razão do ato de concentração, a análise das condições das relações contratuais no nível da transação negligenciou o poder de mercado existente, sendo que as estruturas de mercado são condições essenciais para as posições de barganha dos produtores ou das empresas. Entretanto, a característica monopsonista desse mercado torna os produtores reféns da cadeia produtiva em razão das assimetrias informacionais, da alta especificidade dos ativos de produção, bem como da baixa possibilidade de substituir um comprador eficiente⁴⁵⁶.

⁴⁵³ CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Voto do relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 08 de junho de 2011, v. 16, p. 3527.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 3527.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, a ABCS (Associação Brasileira de Criadores de Suínos), em resposta ao ofício nº 1765/2010/CADE, apresentou preocupação com a expressiva concentração geográfica de demanda, assimetria de conhecimento e poder entre produtores e indústrias, e de longo ciclo de produção baseada em ativos de elevada especificidade, que coloca os produtores em situação de dependência. CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18 - Assunto: Resposta ao Of. n01765/2010/CADE**. Brasília, 30 de agosto de 2010, v. 4, 2010, p. 771.

⁴⁵⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire. Institutional environment and contracts: a case study in the agroindustrial system of broiler factory farming in the west of the state of Paraná, Brazil. **RIDB - Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, v. 2, n. 2, 2013, p. 1541-1567.

Para Nunziata Stefania Valenza Paiva⁴⁵⁷, a dependência econômica é elemento inerente a qualquer contrato de integração vertical e deve ser combatida. A redução dos desequilíbrios contratuais requer, segundo a autora, instrumentos de incentivos e regulamentação e a formação de associações de categoria, de forma que os contratos não sejam a expressão de vontade das empresas, mas dos interesses coletivos das relações econômicas construídos com a participação de instituições de representação, ou seja, desenvolver meios de compensação que possam promover o comportamento competitivo.

Portanto, a organização das cadeias produtivas sob contratos de integração, notadamente na produção de animais para abate, envolve um conjunto de ativos específicos à transação, que restringem a autonomia dos produtores integrados. A empresa integradora forma uma rede contratual com diferentes estruturas de produção, pois formalização de contratos pode ocorrer com pessoas naturais ou grandes sociedades empresárias⁴⁵⁸, de forma a ampliar as assimetrias de informação e dependência econômica dos produtores integrados, especialmente os pequenos produtores. Além disso, em razão de problemas de sanidade animal e custos de transportes, os produtores ficam restritos a um determinado espaço geográfico, vinculado a uma relação monopsonica com a integradora, que faz concentrar os contratos de integração e ampliar seu poder econômico, restringindo a instalação e ou o acesso de indústrias concorrentes.

5.2.1 A relevância do controle concorrencial dos contratos de integração do agronegócio

A coordenação das cadeias produtivas baseadas em contratos de integração encontra justificativa econômica e jurídica na rígida dicotomia entre empresa e mercado, que para reduzir custos de transação e alcançar maior eficiência procuram combinar aspectos das negociações e coordenações contratuais (ajuste de condutas), inerentes ao mercado e à hierarquia, característica das empresas, que de acordo com a NEI representa uma estrutura de governança híbrida que preserva a autonomia dos agentes econômicos,

⁴⁵⁷ PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010.

⁴⁵⁸ O Código Civil estabelece de forma objetiva, no artigo 971, a possibilidade de o produtor rural habilitar-se como “empresário individual”, ou constituir “Sociedade Empresária”.

apesar da intervenção externa na coordenação da atividade e dos limites de autonomia do produtor em razão das especificidades dos ativos. O contrato de integração representa, segundo Nunziata Stefania Valenza Paiva, uma posição híbrida, que corresponde ao meio termo entre a integração total e o livre mercado, que na TCT corresponde ao contrato, pois “conserva a independência jurídica das partes, ao contrário da integração total em que haveria a perda da independência econômica e jurídica de uma das partes e do livre mercado no qual se conserva a independência econômica e jurídica”⁴⁵⁹.

Nesse sentido, o contrato de integração assume uma função econômica de organização e coordenação da cadeia produtiva. A coordenação e organização da cadeia produtiva por meio dos contratos de integração vertical é uma forma de aproximar e convergir interesses econômicos entre os produtores e a indústria processadora, que ao possibilitar uma direção unitária entre os contratantes, promove um maior dinamismo entre os diferentes níveis de produção da cadeia produtiva no âmbito do grupo contratual de forma orgânica e cooperativa.

Os contratos de integração, apesar de sua significativa importância tanto econômica quanto social, não possuíam uma legislação exclusiva, sendo interpretado como um contrato atípico⁴⁶⁰. Somente em 2016, com a Lei 13.288⁴⁶¹, foi estabelecido um arcabouço teórico que regulamentou o vínculo jurídico entre empresas integradoras e produtores e deu melhores condições para que o sistema jurídico desenvolva uma interpretação mais afinada com a realidade dos arranjos contratuais, haja vista que sua utilização era comum na prática comercial agrícola. Embora, a regulamentação não tenha alterado as características essenciais dos contratos de integração, viabilizou maior segurança e transparência nas relações entre as partes, com a instituição de canais de participação aos produtores, quais sejam: as Comissões para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração – CADEC e o Fórum Nacional de Integração – FONIAGRO, para o acompanhamento, desenvolvimento e fortalecimento

⁴⁵⁹ PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contornos jurídicos e matizes econômicas dos contratos de integração vertical agroindustriais no Brasil. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers**. UC Berkeley - Berkeley Program in Law and Economics, 2007, p. 4. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/7049p03n>. Acesso em: 26 ago. 2018.

⁴⁶⁰ A falta de autonomia deste tipo de contrato, em comparação aos modelos legalmente tipificados, fez com que o judiciário, quando convocado na solução de conflitos da agricultura sob contrato, e o juízes adotassem diferentes entendimentos legais: contrato futuro; contrato de trabalho; parceria agrária.

⁴⁶¹ A Lei nº 13.288/2016 conceituou contrato de integração como o instrumento “firmado entre o produtor integrado e o integrador, que estabelece a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, entre outros que regulem o relacionamento entre os sujeitos do contrato” (artigo 2º, IV).

do sistema de integração,

A característica de cooperação entre os agentes de mercado, em contratos híbridos ou relacionais⁴⁶², é relevante para o direito antitruste na medida que cooperação possa significar uma restrição à concorrência. Entretanto, “nem todas as formas de cooperação econômica entre empresas implicam limitação da concorrência entre seus membros”⁴⁶³. Muito ao contrário, a cooperação pode resultar em efeitos pró-competitivos decorrentes de “ganhos eficiências econômicas e de efeitos internalizadores”, a exemplo do compartilhamento de riscos e da complementariedade e eliminação da duplicidade de investimentos, que superam os inconvenientes da redução contratual da concorrência⁴⁶⁴.

Os contratos híbridos ou relacionais, segundo Paula Forgioni⁴⁶⁵, não resultam necessariamente na integração entre os contratantes, embora haja um conjunto de esforços de cooperação conjugados que implica a necessidade de uma estrutura de governança e que possibilite manter a continuidade e adaptabilidade em face das modificações futuras do mercado, com o objetivo de reduzir os problemas de coordenação pela interdependência competitiva.

As formas de cooperação, sob contratos híbridos, podem assumir diversos tipos contratuais, que variam desde *joint ventures* societárias até contratos comutativos de longa duração, e que não necessariamente proporcionam elementos suficientes para submetê-los ao controle de estruturas de mercado. Assim, é preciso distinguir contratos que envolvem aspectos de mera cooperação dos contratos associativos, que segundo Ana Frazão⁴⁶⁶ está na existência de um propósito comum, característica essencial dos contratos associativos. Característica que pode ser confundida com o contrato de sociedade, por compartilhar os mesmos objetivos e a “clara assunção comum do risco pelos sócios”. A distinção dos “contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo os contratos de troca não são propriamente a existência de cooperação, mas sim

⁴⁶² Contratos situados no espaço intermediário das formas extremas de organização da atividade econômica (empresa e mercado), que recebem denominações de “contratos híbridos”, que é muito próximo com os “contratos relacionais”, segundo a terminologia de Oliver Williamson. FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 183; WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados e relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012, p. 64.

⁴⁶³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: a estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 343.

⁴⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 68.

⁴⁶⁵ FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 173.

⁴⁶⁶ FRAZÃO, Ana de O. **Direito da concorrência: Pressupostos e Perspectivas**, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 210.

o grau e o tipo dela”⁴⁶⁷. Para Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, a diferença entre os contratos associativos e os contratos tradicionais é que esse estabelece direitos e deveres entre as partes, e aqueles têm como principal característica a existência de um propósito comum entre as partes, possibilitando a criação de uma nova organização a partir de acordos cooperativos⁴⁶⁸.

Além compartilhar finalidade comum, os contratos associativos requerem algum tipo de organização comum entre as partes, ou seja, corresponde a contratos de organização de atividades, características que indicam para um direcionamento comum do empreendimento com a capacidade de influência recíproca pelas partes contratantes. As relações oriundas dos contratos associativos, formando grupos contratuais, possibilitam a constituição de um novo ente econômico capaz de concorrer no mercado, alterando a dinâmica competitiva do mercado⁴⁶⁹.

Para fins de controle concorrencial e uma melhor compreensão do núcleo econômico-jurídico dos contratos associativos, as hipóteses de notificação desse tipo de contrato foram objeto de duas Resoluções do CADE. A primeira, Resolução 10/2014, considerava contratos associativos, para fins de controle concorrencial: os i) contratos com duração superior a 2 anos e com compartilhamento de riscos que acarretassem relação de interdependência; que ii) quando em cooperação horizontal, a soma do *market share* entre partes, no mercado objeto do contrato, representar mais que 20%; iii) ou em cooperação vertical entre partes, a soma do *market share* no mercado objeto do contrato, tenha soma maior que 30%, com relações de exclusividade ou riscos compartilhados⁴⁷⁰.

As hipóteses de notificação dos contratos associativos foram alteradas pela Resolução 17/2016 do CADE, que excluiu os critérios de tamanho da participação no mercado, que segundo Deborah Batista Caixeta⁴⁷¹ era uma limitação para identificar a existência ou inexistência de uma cooperação qualificada ou empreendimento comum entre as partes, por ser uma ferramenta pouco objetiva e mais apropriada à mensuração

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 211.

⁴⁶⁸ Na prática empresarial os contratos associativos são ferramentas de estratégias de organização em suas diferentes modalidades, que podem ser contrato de sociedade, de parceria ou *joint venture*, de consórcio ou formação de grupo. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 247.

⁴⁶⁹ CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 95-132, maio 2016, p. 103.

⁴⁷⁰ CADE. **Resolução nº 10, de 29 de outubro de 2014**. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁷¹ CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, p. 95-132, maio 2016 p. 121.

de poder de mercado. Nos termos da Resolução 17/2016 do CADE:

Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro⁴⁷².

A hipótese de concentração econômica por meio de contratos associativos estabelece como centro de análise a característica de empreendimento comum, cumulado com o compartilhamento de risco e resultados em contratos com duração igual ou superior a dois anos, bem como que os contratantes sejam concorrentes no mercado relevante. A indicação de um tempo mínimo representa a necessidade de uma cooperação qualificada e que requer estabilidade, portanto não é para o atendimento de um objetivo imediato⁴⁷³.

Nesse sentido, considerando as hipóteses que caracterizam os contratos associativos, o contrato de integração do agronegócio, regulamentado pela Lei 13.288/2016, pode ser classificado como um contrato associativo a ser notificado ao CADE? E, de que forma as indústrias de proteína animal que utilizam contratos de integração podem afetar a estrutura de mercado e a dinâmica de concorrência?

O contrato de integração vertical da Lei 13.288/2016 (art. 2º, I) estabelece que os produtores e a indústria processadora assumam, na relação contratual responsabilidades e obrigações recíprocas no planejamento e na realização da produção e a industrialização ou comercialização de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final, o que indica para um fim comum. Com o mesmo sentido, o artigo 3º afirma que “[é] princípio orientador da aplicação e interpretação desta Lei que a relação de integração se caracterize pela conjugação de recursos e esforços e pela distribuição justa dos resultados” e, o artigo 4º, inciso VI, inclui como cláusula obrigatória “as formas e os prazos de distribuição dos resultados entre os contratantes”⁴⁷⁴. Nesse sentido, o

⁴⁷² CADE. **Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016**. Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁷³ FRAZÃO, Ana de O. **Direito da concorrência**: Pressupostos e Perspectivas, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 224-225.

⁴⁷⁴ BRASIL. **Lei Nº 13.288, de 16 de maio de 2016**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

contrato de integração é formalizado para uma finalidade comum, com a assunção dos riscos relacionados da atividade e a partilha dos resultados comuns.

Esse comportamento de compartilhamento de riscos decorrentes do contrato de integração pode ser exemplificado a partir dos acordos estabelecidos com os produtores da BRF-Brasil Foods S.A. por ocasião do encerramento de unidades de abate de perus nos municípios de Mineiros (GO)⁴⁷⁵ e de Francisco Beltrão (PR)⁴⁷⁶. Em ambas situações, a integradora se comprometeu com os produtores integrados em assumir financiamentos vincendos de instalações e equipamentos, aplicados na atividade, mediante a comprovação por notas fiscais e ou cédulas de financiamento de instituições financeiras. Além desse compromisso, a empresa também realizou o pagamento do aviso prévio, conforme especificado em contrato e a indenização de dias parados.

As características assimétricas da atividade de produção de aves ou suínos para o abate, sob contratos de integração, podem permitir a acomodação de distintas relações contratuais, como exemplo fazendas modelos, pequenos produtores da agricultura familiar ou grandes produtores e da possibilidade de formalização de contratos tanto por pessoas físicas como jurídicas. Essas diferenças podem propiciar arranjos com diferentes graus de assimetrias de informação entre as partes e diferenças de dependência econômica por parte do integrado⁴⁷⁷. Mas, independentemente da relação de simetria ou não entre as partes, a função econômica dos contratos de integração é, segundo Ana Frazão⁴⁷⁸, “a de possibilitar a empresa comum no âmbito do agronegócio”, que configura uma empresa plurissocietária, caracterizada pela unidade econômica pela via da direção unitária, que é o elemento primordial para que várias sociedades juridicamente

⁴⁷⁵ O fim da produção de perus em Mineiros afetou 120 produtores no município, além de funcionários da BRF que trabalhavam nesta operação e empregos indiretos. Para compensar os investimentos realizados pelos produtores a BRF assumiu os compromissos financeiros com os quais seus fornecedores de aves haviam se comprometido. BRF fecha linha de produção que abatia 25 mil perus por dia. **Gazeta do Povo**. Agronegócio. Curitiba, 12 jun. 2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/agronegocio/brf-fecha-linha-de-producao-que-abatia-25-mil-perus-por-dia-4r71tz1xw0ftu4jfuzzeow8kk/?utm_source=facebook&utm_medium=midia-social&utm_campaign=gazeta-do-povo. Acesso em: 24 ago. 2016.

⁴⁷⁶ Francisco Beltrão era o último polo de produção de perus no Paraná, após a decisão da BRF Brasil Foods S.A. encerrar os abates de perus em Carambeí em 2010. Em agosto de 2018, a unidade de Francisco Beltrão também encerrou abate de perus, sendo o fim da produção de perus no estado, que em 2017 abateu 8,7 milhões de cabeças uma redução de 28,18% comparativamente a 2010. SINDIVIAPAR. **Estatísticas**. Disponível em: <https://www.sindiavipar.com.br/index.php>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁷⁷ FRAZÃO, Ana. **Contratos de integração do agronegócio**: principais repercussões do atual regramento legal à luz da função econômica do contrato. Artigo JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-de-integracao-do-agronegocio-02052018>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁷⁸ *Ibidem*.

independentes possam ser consideradas uma só empresa⁴⁷⁹.

A característica de formação de grupo contratual com objetivo de empresa comum pode ser reconhecida também pela possibilidade de controle externo da integradora no processo produtivo, conforme previsão do artigo 4º, inciso IX, da Lei 13.288/2016, que assegura ao integrador “o acesso às áreas de produção e às instalações industriais ou comerciais diretamente afetas ao objeto do contrato”. Isto é, no contrato de integração vertical há uma perda de autonomia econômica do integrado, que coloca à disposição da empresa integradora a coordenação e a inspeção dos fatores produtivos. Embora a agroindústria processadora não se apropria dos ativos agrícolas, mas especifica o uso desses ativos a fim de evitar perdas e prejuízos por falta de sincronização na oferta de insumos (animais para abate), bem como para atender aos requisitos de padrão de qualidade exigidos pela indústria processadora e dos revendedores a jusante⁴⁸⁰.

A caracterização de um contrato associativo, na Resolução 17/2016 do CADE, estabelece, ainda, que o contrato de empreendimento comum tenha um prazo mínimo de dois anos. Nos contratos de integração, aplicados à indústria de proteína animal, não há uma limitação de prazos, os contratos vigoram por tempo indeterminado. Porém, as especificidades dos ativos necessários ao desenvolvimento da atividade econômica integrada e seus elevados custos de instalação e implantação requerem uma cooperação estável e duradoura. Assim, os contratos são prorrogados indefinidamente, certamente superando o prazo estabelecido, contudo não limitam a possibilidade de rescisão a qualquer tempo, observadas as cláusulas contratuais.

Além dos requisitos de tempo e empreendimento comum, para caracterizar um contrato associativo, sujeito a notificação ao CADE, a Resolução n. 17/2016 estabelece que “as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato” (art. 2º, I). Esse requisito não encontra espaço no âmbito dos contratos de integração, pois o integrado exerce uma função de cooperação, com responsabilidades e obrigações recíprocas com a integradora, não sendo, portanto, partes concorrentes⁴⁸¹. A

⁴⁷⁹ FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho: critérios de configuração e consequências. **Revista Semestral de Direito Empresarial**. n. 16, p. 113-151, jan./jun. 2015.

⁴⁸⁰ JIA, Xiangping; BIJMAN, Jos. Contract farming: synthetic themes for linking farmers to demanding markets. In: SILVA, Carlos A. da; RANKIN, Marlo (Edited). **Contract farming for inclusive market access**. Rome: FAO, 2013. p. 21-38. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3526e.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁸¹ Para Ricardo Botelho e Aurélio Santos, a Resolução 17/2016 “explicitamente exclui da definição de contrato associativo os acordos tipicamente verticais. (...) encerra (ou se propõe a encerrar) discussão de mais de duas décadas sobre se, e em que circunstâncias, os contratos verticais deveriam ser obrigatoriamente comunicados ao Cade. De agora em diante os contratos verticais estarão sujeitos ao crivo do Cade apenas sob a perspectiva do controle comportamental (ou repressivo), como conduta

maior eficiência dos contratos de integração vertical “está na cooperação entre integrador e integrado [e não na concorrência], havendo uma tendência à redução do comportamento oportunista de ambos”⁴⁸².

Esses fundamentos de análise de contratos associativos foram repisados na recente análise do Ato de concentração nº 08700.005953/2018-16 (Requerentes: Ambev S.A. e Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda) ocorrido em 06/12/2018, que destacou os aspectos balizadores, necessários para notificação de contratos associativos, já referenciados no Ato de concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.), julgado em 07/11/2018, que consolida a posição do CADE acerca dos requisitos para análise de conhecimento dos contratos associativos, quais sejam: “(i) apresentam cooperação estável; (ii) comprometimento com um objetivo econômico em comum; e (iii) não implica em [sic] perda da autonomia jurídica das empresas participantes”⁴⁸³; bem como dos demais aspectos relativos ao empreendimento comum e o compartilhamento de riscos.

Em relação ao empreendimento comum, o parâmetro essencial é o grau de cooperação entre as partes contratantes, é o alto grau de interdependência que caracteriza o empreendimento comum. Esse requisito, conforme jurisprudência do CADE⁴⁸⁴:

[...] têm exigido que a atividade objeto do contrato possa ser prestado de forma isolada e que haja alguma estrutura de governança a reger decisões conjuntas das partes. Ou seja, busca-se distinguir os casos em que as empresas decidem de forma isolada onde e como construir, configurar e operar seus ativos (no caso em tela, suas redes), daqueles casos em que essas atividades ocorrem de forma coordenada, contratualmente ou não.

Na análise sobre o compartilhamento de riscos e resultados dos contratos associativos, há o entendimento que “o próprio objeto do contrato em si leva necessariamente ao compartilhamento” do empreendimento em comum, sem a necessidade de ser explícito, ou seja, é inferido pelo conjunto das cláusulas contratuais.

anticonpetitiva, quando eventualmente tiverem o potencial de restringir significativa e injustificadamente a concorrência”. BOTELHO, Ricardo; SANTOS, Aurélio. **A nova resolução do Cade sobre contratos associativos**. Artigo Jota. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-resolucao-cade-sobre-contratos-associativos-20102016>. Acesso em: 02 dez. 2018.

⁴⁸² CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro. Os custos de transação no contrato de integração. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 136, p. 253-254, dez. 2014, p. 263.

⁴⁸³ CADE. **Ato de concentração nº 08700.005953/2018-16**. Requerentes: Ambev S.A. e Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda. Parecer n. 345/2018/CGAA5/SGA1/SG. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 07 dez. 2018.

⁴⁸⁴ CADE. **Ato de concentração n. 08700.002276/2018-84**. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Voto. Conselheiro relator João Paulo Resende. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 07 dez. 2018.

A característica da relação de concorrência no mercado objeto do contrato entre as partes nos termos da Resolução n. 17/2016 do CADE está na impossibilidade de separar o objeto do contrato da prestação do serviço que constitui a atividade fim da empresa, ou seja, são relações horizontais no mercado objeto do contrato. Portanto, os contratos de empresa comum que envolvem exclusivamente uma integração vertical, não sendo concorrentes no mercado relevante do contrato, são aprioristicamente afastados, não caracterizando um contrato associativo⁴⁸⁵.

Entretanto, no Ato de Concentração entre a Nexans Brasil e Companhia Brasileira de Alumínio – CBA, o contrato notificado ao CADE estabelecia que CBA forneceria insumos (alumínio líquido) para a Nexans Brasil produzir, na fábrica da CBA, vergalhões de alumínio, com o compartilhamento da produção e dos custos⁴⁸⁶. Segundo o parecer da SG, a operação não implicava uma sobreposição horizontal, uma vez que a Nexans Brasil não oferta vergalhões ao mercado, era somente demandante deste insumo. A estratégia das empresas para o fornecimento de insumos é caracterizada como um contrato de integração vertical, que a princípio estaria excluído do conceito legal e regulamentar de contrato associativo⁴⁸⁷.

A justificativa apresentada foi essencialmente a geração de sinergias e a redução de custos com a ocupação de capacidade ociosa da CBA, vez que a Nexans Brasil e a CBA compartilharão a produção de vergalhão de alumínio e os custos. Essa decisão estratégica das empresas demonstra as características de um contrato cooperativo em uma relação de fornecimento. Para o CADE, as especificidades do contrato demonstraram a existência de empreendimento comum, configurando um contrato associativo. Sendo assim, foi conhecido o ato de concentração, a despeito de sua natureza essencialmente vertical da relação contratual.

No contexto dos contratos associativos há uma diversidade de contratos entre

⁴⁸⁵ FRAZÃO, Ana de O. **Direito da concorrência**: Pressupostos e Perspectivas, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 225.

⁴⁸⁶ CADE. **Ato de concentração n. 08700.005948/2017-22**. Requerentes: Nexans Brasil S.A. e Companhia Brasileira de Alumínio – CBA. Parecer: 291/2017/CGAA5/SGA1/SG, 20/10/2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 07 dez. 2018.

⁴⁸⁷ Para Anna Binotto, a estratégia da Nexans e da CBA “surgiu como uma alternativa intermediária entre a verticalização e internalização do processo produtivo de insumos, e da aquisição direta em mercado. [...] uma verdadeira ilustração da sugestão de Williamson, que delinea os principais traços dos contratos cooperativos”. BINOTTO, Anna. Cooperação e concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 1, p. 232-260, maio 2018, p. 251. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/377/192>. Acesso em: 09 dez. 2018.

empresas concorrentes, que buscam no compartilhamento de ativos condições mais eficientes à prestação de bens ou serviços em mercados em que concorrem. A celebração de contratos entre concorrentes não se limita ao mercado objeto do contrato apenas quando provocam sobreposições horizontais⁴⁸⁸. Portanto, a característica de cooperação em torno de um empreendimento comum também pode representar a possibilidade de alteração na estrutura de mercado em razão da concentração econômica ou de um maior poder de mercado.

A partir das características identificadas nos contratos de integração vertical na agroindústria, como: contratos de empreendimento comum; responsabilidades e obrigações recíprocas nos riscos e benefícios entre os contratantes; e, a organização compatível para viabilização de empresa comum; é possível sustentar que os contratos de integração podem ser classificados como uma espécie de contratos associativos, que substitui a integração vertical. Mas, por não ocorrer concorrência no mercado objeto do contrato, fica afastada a necessidade de análise do controle concorrencial de estruturas, embora essa relação contratual possa ser considerada como uma sociedade entre o produtor integrado e a empresa integradora, haja vista que “as funções ou atividades estão bem distribuídas, separadas, girando em torno de um fim delimitado”⁴⁸⁹.

A relação contratual no âmbito dos contratos de integração objetiva uma cooperação qualificada, de execução contínua e a longo prazo, que mesmo caracterizada como uma função econômica de fim comum, não provoca concorrência entre as partes contratantes no mercado relevante, em razão de funções diferentes e da exclusividade contratual do produtor integrado. Haja vista que na relação contratual, a integradora assume a obrigação de fornecer bens e serviços aos produtores integrados e estes têm o compromisso de cuidar e melhorar os bens recebidos - com assistência e remuneração, conforme os termos contratuais pela integradora -, que após prazo estipulado deve devolvê-los à integradora.

Entretanto, se as aquisições de insumos pelas agroindústrias integradoras ocorressem em um mercado *spot* e que a agroindústria produzisse parte de seus insumos poderia haver alguma concorrência entre produtores para conquistar parcelas do mercado, com produtos de qualidade e preços competitivos, e contemplando as exigências dos

⁴⁸⁸ CADE. **Atto de concentração nº 08700.005953/2018-16**. Requerentes: Ambev S.A. e Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda. Parecer n. 345/2018/CGAA5/SGA1/SG. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/>. Acesso em 07 dez. 2018.

⁴⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do agronegócio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018, p. 429.

mercados consumidores. Contudo, atuar no mercado *spot* representa custos de transação mais elevados e a coordenação do mercado pelo mecanismo de preços pode trazer oscilações de preços e quantidades com implicações de custos que afetam a todos. Por exemplo, na escassez de insumos os preços aumentam tanto para a indústria como aos consumidores, se houver excesso de oferta os preços caem para os produtores e aos consumidores⁴⁹⁰. Assim, a coordenação de mercado pelos contratos de integração é uma forma de mitigar as oscilações de mercado e reduzir os custos de transação, ou seja, pode ser compreendido como uma ferramenta de promoção da eficiência e de competitividade da cadeia produtiva.

Nesse contexto, a concentração da indústria de proteína animal sob contratos de integração do agronegócio, regulado pela Lei 13.288/2016, consolida o lado do comprador no mercado de aquisição de animais para o abate. Como resultado, os produtores ficam mais dependentes dos poucos ou mesmo do único comprador, alterando o equilíbrio de poder de barganha com efeitos distributivos que podem afetar negativamente os produtores. Há, ainda, a possibilidade do exercício de poder de monopólio, que afeta o bem-estar social na medida em que a empresa tem o poder de deprimir os preços pagos por insumos demandados para um nível subcompetitivo, restringindo quantidades e qualidade dos bens, pois a quantidade produzida sob monopólio é inferior à quantidade ótima que seria produzida sob concorrência perfeita.

Assim, as externalidades dos contratos de integração que possam afetar a dinâmica concorrencial devem ter como referência de análise pelo CADE não apenas o controle de estruturas, mas também as condutas que possam perturbar a ordem econômica, em razão do poder econômico da empresa integradora. Haja vista que na ocorrência de exercício de poder de mercado a empresa poderá reduzir seu nível de produção, com efeitos adversos sobre a estrutura econômica como: menor aquisição “de insumos e serviços e menor de nível de emprego, empresas rivais com problemas, menor acesso de consumidores aos produtos, maiores preços, inflação e, ao final, um peso morto gerado na economia nacional e no bem-estar da coletividade”⁴⁹¹.

A defesa da concorrência não está apenas no controle das estruturas de

⁴⁹⁰ A correção das oscilações do mercado pode ocorrer pela intervenção do Estado, instituindo preços mínimos aos produtores, o que não significa melhoria de bem-estar social, pois a intervenção do Estado com preços mínimos ou subsídios pode contribuir no elevação de preços e quantidades menores comparativamente ao equilíbrio de mercado concorrencial.

⁴⁹¹ CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Voto do relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 08 de junho de 2011, v. 16, p. 3732.

mercado, mas também em identificar condutas da indústria integradora seja a montante ou a jusante que eventualmente tenham potencial de restringir a concorrência. Assim, condutas que provoquem a redução da produção ou redução dos preços pagos ao produtor a fim de gerar vantagens econômicas às agroindústrias integradoras em detrimento dos produtores integrados e ou consumidores, constituem em infração à ordem econômica, que devem ser reprimidas em benefício da livre de concorrência.

5.2.2 *Trade off* entre eficiência de custos e concentração nos contratos de integração

O deslocamento do espaço de concorrência de âmbito nacional (muitas vezes regionalizado) para o internacional, as mudanças de hábitos das demandas dos consumidores, as inovações tecnológicas e as políticas governamentais impõem à atividade agrícola a necessidade de novas estratégias de organização nos arranjos das cadeias produtivas e redes de distribuição. Isto é, um alinhamento da coordenação da produção, do processamento e da distribuição que fortalece a coordenação vertical por meio de contratos em oposição ao mercado à vista ou à integração vertical em busca de maior eficiência. As vantagens da coordenação vertical, segundo Oliver Williamson “não são as economias tecnológicas (de fluxo) indisponíveis para as empresas não integradas, mas a integração que harmoniza os interesses (ou reconcilia diferenças muitas vezes, por decreto) e permite uma decisão (adaptativa, sequencial) eficiente para ser utilizada”⁴⁹².

Com a harmonização de interesses, os contratos de integração do agronegócio contribuem para a obtenção de maior confiabilidade tanto pelo lado oferta (produtores) quanto pelo lado da demanda (empresa processadora), mas que na prática significa uma troca da redução da autonomia dos produtores por uma atenuação dos riscos que envolve a atividade⁴⁹³. Na perspectiva da organização da estrutura produtiva, não há dúvidas de que os arranjos contratuais de integração são ferramentas eficazes para implementar uma

⁴⁹² Tradução livre de “*are not that technological (flow process) economies are unavailable to non integrated firms, but that integration harmonizes interests (or reconciles differences, often by fiat) and permits an efficient (adaptive, sequential) decision process to be utilized*”. Williamson, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. **American Economic Review**, v. 61, n. 2, p. 112-123, 1971, p. 117.

⁴⁹³ Key, Nigel; James, MacDonald. Agricultural Contracting: Trading Autonomy for Risk Reduction. **Amber Waves**. Disponível em: <https://www.ers.usda.gov/amber-waves/2006/february/agricultural-contracting-trading-autonomy-for-risk-reduction/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

coordenação estrita da cadeia produtiva⁴⁹⁴.

A partir dos pressupostos da NEI e da TCT, há constatações empíricas de que os arranjos contratuais formais e informais são instrumentos que promovem maior eficiência na coordenação de cadeias produtivas do agronegócio, notadamente na cadeia produtiva de aves, como observado no oeste do Paraná⁴⁹⁵⁻⁴⁹⁶ e a de suínos, em Santa Catarina⁴⁹⁷. Entretanto, alcançar maior eficiência econômica não significa uma redução do poder de mercado das firmas integradoras, pois os conflitos e tensões entre os produtores e as processadoras significam falhas de eficiência⁴⁹⁸. Nesse sentido, segundo José Paulo de Souza e Decio Zylbersztajn “a possibilidade de exercício de poder de mercado não significa que o arranjo não seja eficiente. Contudo, pode limitar a eficiência pretendida”, em razão da existência de conflitos, que evidenciam a “necessidade de definição de mecanismos de coordenação macroinstitucionais para gerar equilíbrio na distribuição de resultados e riscos”⁴⁹⁹.

As estratégias de fusões e aquisições para a formação de empresas brasileiras competitivas internacionalmente - “as campeãs nacionais” -, na indústria de proteína animal estão relacionadas não apenas a contribuição ao desenvolvimento econômico do país, mas também a uma alternativa de permanência e ampliação na participação dos mercados, ou seja, uma proteção do mercado interno nacional e da soberania nacional. A necessidade e o desafio de alcançar uma maior inserção da indústria de proteína animal, alicerçada no equilíbrio de poder entre as agroindústrias integradoras e os produtores integrados, traz como consequência a necessidade de constante fiscalização de condutas que possam restringir a livre concorrência, inclusive dos mercados não integrados, ou

⁴⁹⁴ JIA, Xiangping; BIJMAN, Jos. Contract farming: synthetic themes for linking farmers to demanding markets. In: SILVA, Carlos A. da; RANKIN, Marlo (Edited). **Contract farming for inclusive market access**. Rome: FAO, 2013, p. 21-38. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3526e.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁴⁹⁵ CIELO, Ivanete D.; RIBEIRO, Márcia. C. P.; ROCHA JR, Weimar. F. Análise dos contratos de integração no sistema agroindustrial do frango de corte na mesorregião oeste do Paraná sob a ótica da nova economia institucional. **Revista Tecnologia e Sociedade**, v. 13, n. 29, p. 177-191, 2017. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/5342>. Acesso em: 15 fev. 2018.

⁴⁹⁶ SILVA, Christian Luiz da; SAES, Maria Sylvania Macchione. A questão da coexistência de estruturas de governança na economia dos custos de transação: evidências empíricas na avicultura de corte paranaense. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 6, n. 3, p. 88-118, 2005.

⁴⁹⁷ MIELE, Marcelo; WAQUIL, Paulo D. Estrutura e dinâmica dos contratos na suinocultura de Santa Catarina: um estudo de casos múltiplos. **Estudos Econômicos**. Instituto de Pesquisas Econômicas, São Paulo, v. 37, n. 4, p. 817-847, 2007.

⁴⁹⁸ JESUS JUNIOR, Celso; et al. **A cadeia da carne de frango: tensões, desafios e oportunidades**. Rio de Janeiro: BNDES, set. 2007. p. 191-232.

⁴⁹⁹ SOUZA, José Paulo; ZYLBERSZTAJN, Decio. Poder de mercado e poder de contrato envolvendo integrados cooperados e não cooperados: percepções na cadeia de frango. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 41-53, 2011, p. 50.

seja, independentemente do modelo de arranjo de governança de mercado de proteína animal.

A concentração da indústria de proteína animal como alternativa de fortalecimento da cadeia produtiva e maior inserção no mercado internacional ou como estratégia de desenvolvimento e proteção do mercado interno demonstram a existência de um *trade off* entre eficiência de custos e a concentração, com reflexos sobre a defesa da concorrência e o poder de mercado. A redução de empresas concorrentes e a relação contratual vertical na aquisição de animais para abate impôs a necessidade da regulamentação para buscar o equilíbrio de forças e a transparência entre as partes contratantes e ao mesmo tempo gerar condições de incentivo. Nesse contexto, segundo Ana Frazão, “a Lei 13.288/2016 precisa ser compreendida e interpretada à luz da função econômica dos contratos de integração, [...] sempre atentos ao equilíbrio entre poder e responsabilidades das partes neles envolvidos”⁵⁰⁰.

Os contratos de integração vertical provocam uma relação de desigualdade que decorrem da própria característica monopsonista da indústria com o integrado. A relação de dominância favorece à empresa integradora o controle de toda a cadeia produtiva, com a possibilidade de abuso de poder. A importância social e econômica dos contratos de integração vertical na dinâmica da cadeia produtiva, especialmente de aves e suínos, tornou necessário mecanismos de controle extracontratuais que possam promover uma equiparação de poder e equilíbrio contratual.

5.3 INSTITUIÇÕES EXTRA CONTRATUAIS DE CONTROLE DOS CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO

Como mecanismo de controle do *trade off* ente eficiência de custos e concentração, nos mercados coordenados pelos contratos de integração, a Lei 13.288/2016 criou mecanismos de transparência, instituindo o Fórum Nacional de Integração (Foniagro), constituído paritariamente pelas entidades representativas de cada

⁵⁰⁰ FRAZÃO, Ana. **Contratos de integração do agronegócio**: principais repercussões do atual regimento legal à luz da função econômica do contrato. Artigo JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-de-integracao-do-agronegocio-02052018>. Acesso em: 22 ago. 2018.

parte⁵⁰¹, com a competência para estabelecer metodologia de cálculo do valor de referência para a remuneração dos integrados para cada cadeia produtiva, conforme artigo 12. E, as Comissões para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (Cadec), que devem ser instaladas nas localidades onde há unidades industriais integradoras, artigo 6º, ambos da Lei 13.288/2016.

A metodologia de remuneração desenvolvida pelo Foniagro deve ser repassada às Cadecs, que têm a função de elaborar estudos e análises econômicas, sociais, tecnológicas, ambientais e dos aspectos jurídicos das cadeias produtivas; acompanhar os padrões de qualidade dos insumos fornecidos pela integradora; dirimir e solucionar, mediante acordo, litígios entre os produtores integrados e a integradora; determinar e fazer cumprir o valor de referência (artigo 6º)⁵⁰². Portanto, são mecanismos que contribuem para a solução de conflitos entre as partes, uma tentativa de compensar, parcialmente, as disparidades de poder de mercado e poder de compra, um instrumento para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento e o equilíbrio contratual.

Apesar de recentes, as instituições Foniagro⁵⁰³ e Cadecs já atuam para equilibrar e proporcionar maior transparência nas negociações entre integrados e integradoras, especialmente nos momentos de crise que afetam a cadeia produtiva representada. No Paraná, principal estado produtor e exportador de aves, as Cadecs estão constituídas em 95% das 33 unidades industriais de aves e 25% das 11 unidades de suinocultura⁵⁰⁴. As Cadecs são instituições que podem contribuir não apenas no cumprimento de obrigações contratuais entre as partes, mas promover a redução da dependência dos integrados por meio da redução de assimetrias de informação, de forma a preservar a eficiência econômica dos contratos de integração e reduzir o poder de

⁵⁰¹ O Foniagro está constituído por representantes das agroindústrias associados a Associação Brasileira de Proteína Animal (ABPA), representantes de federações de agricultura, quais sejam: Confederação Nacional da Agricultura (CNA), Associação Brasileira de Criadores de Suínos (ABCS), Associação Brasileira de Avicultores Integrados (ABAI), Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG).

⁵⁰² BRASIL. **Lei n. 13.288, de 16 de maio de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

⁵⁰³ Cada um dos setores produtivos ou cadeia produtiva regidos pela Lei 13.288/2016 devem constituir um Fórum nacional de integração. O FONIAGRO da cadeia produtiva de aves e suínos foi constituído em 27 de junho de 2017 e seu regulamento aprovado em 04 de setembro de 2018. CNA. **Notícias** - Presidente da CNA se reúne com Foniagro para debater demandas da avicultura e suinocultura, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.cnabrasil.org.br/noticias/presidente-da-cna-se-reune-com-foniagro-para-debater-demandas-da-avicultura-e-suinocultura>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵⁰⁴ GUIMARÃES FILHO, Carlos. Industrias aprovam trabalho do núcleo de Cadecs. **Boletim informativo**. FAEP - Federação da Agricultura do Estado do Paraná, ano 26, n. 1447. Disponível em: <http://www.sistemafaep.org.br/arquivo/index.html?catalog=BI1447&startPage=4>. Acesso em: 10 set. 2018.

compra das integradoras. O fortalecimento das instituições no controle de condutas e transparência nas relações contratuais é que contribuirá para uma política pública de defesa da concorrência em prol do bem-estar social.

As instituições extracontratuais trazidas pela Lei 13.288/2016 representam para o produtor integrado um mecanismo de proteção frente ao poder de compra da agroindústria, especialmente em relação aos valores pagos, pois a Lei estabelece que os valores apresentados pela Cadec devem ser cumpridos pelo integrador. Nos Estados Unidos, para mitigar o poder de compra e ampliar a transparência nas relações contratuais, a lei autoriza aos produtores de aves e suínos integrados discutir qualquer parte dos contratos de produção de um ano ou mais, com vários assessores ou especialistas, independentemente de qualquer confidencialidade reclamada pelo integrador⁵⁰⁵.

Com o foco na transparência das relações contratuais verticais, a Lei 13.288/2016 estabeleceu, conforme artigo 7º, §1º, a necessidade de a agroindústria integradora apresentar ao produtor, a cada ciclo produtivo, o Relatório de Informações da Produção Integrada (RIPI), nele deve constar os insumos fornecidos, “os indicadores técnicos da produção integrada, as quantidades produzidas, os índices de produtividade, os preços usados nos cálculos dos resultados financeiros e os valores pagos aos produtores [...], entre outros a serem definidos pela Cadec”, que deve ser entregue quando do acerto financeiro entre as partes⁵⁰⁶.

Com o RIPI, o produtor integrado possui um conjunto de dados sobre a sua produção integrada, permitindo acompanhar as alterações de custos, quantidades e valor recebido. Com essas informações o produtor pode acompanhar e comparar diferentes períodos da relação contratual, ou seja, um instrumento que somado às Cadecs contribui para reduzir a assimetria de informações de forma a ampliar e garantir a transparência nas relações entre os integrados e a integradora.

A preocupação com uma maior transparência e deixar claro o tipo de relação contratual entre produtores e integradoras, a Lei 13.288/2016 toma emprestado do sistema de franquias a figura do Documento de Informação Pré-Contratual (DIPC), conforme artigo 9º. Assim, o produtor interessado em ingressar no sistema de produção integrada tem a oportunidade de conhecer previamente as informações técnicas e os riscos

⁵⁰⁵ UNITED STATE CODE. **7 USC 229b**: Right to discuss terms of contract. Disponível em: <http://uscode.house.gov/statviewer.htm?volume=116&page=510>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁵⁰⁶ BRASIL. **Lei n. 13.288, de 16 de maio de 2016**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

associados ao arranjo de governança, bem como a dependência econômica e o grau de exclusividade da relação, como forma de subsidiar mais adequadamente sua decisão.

Embora a regulamentação dos contratos de integração nas atividades agrossilvipastoris estabeleçam mecanismos para ampliar a transparência e reduzir as assimetrias informacionais, a relação monopsonista das empresas integradoras com os produtores não é alterada e a concentração da indústria de proteína animal restringe a possibilidade de escolha de atuação dos produtores, dada a própria característica de exclusividade requerida pela relação contratual. Além disso as instituições para mitigar os desequilíbrios da relação contratual ainda são recentes, não contemplam todas as localidades que possuem indústrias integradoras e há necessidade de capacitação, especialmente dos produtores.

A capacidade de intervenção das instituições de controle estabelecidas pela Lei 13.288/2016 ainda está dependente da eficiência do sistema como um todo. Isto é, o bom funcionamento da estrutura de governança por meio dos contratos de integração está diretamente relacionado ao controle tanto das estruturas quanto das condutas de mercado, notadamente as relativas à indústria de proteína animal, bem como do fortalecimento das instituições que representam os produtores, independente do modelo de governança. O controle do abuso do poder dominante e o fortalecimento das instituições possibilitará maior transparência das relações contratuais.

Em suma, os contratos de integração, na cadeia produtiva de aves e suínos, são uma forma de coordenação de atividades econômicas, que contribui decisivamente na harmonização de interesses entre as partes e na redução de custos de transação, ou seja, uma maior eficiência econômica, contribuindo para uma melhor competitividade da cadeia produtiva. Nessa perspectiva, os contratos de integração caracterizam uma estrutura econômica e jurídica capaz de gerar riquezas, por um lado, mas a concentração econômica e as características de uma relação monopsonista, que representa um aumento do poder de mercado das integradoras em razão do domínio de poder de compra e concentração produtiva, de outro lado. A regulação dos contratos de integração por meio da Lei 13.288/2016 corresponde a uma política pública de regulação e limitação ao poder do comprador, mas que não minimiza a necessidade de fiscalização e o controle de condutas para mitigar possibilidades de exercício de poder, notadamente em uma indústria monopsonista e oligopolista, e dessa forma promover e proteger a concorrência.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento e a evolução da agricultura, que no século XX passa de um modelo de subsistência para uma moderna agricultura de mercado, encontra nos contratos agrícolas um instrumento desse processo, que assume a função de ajustar a coordenação da atividade entre agricultores, fornecedores de insumos, *traders*, empresas processadoras e, ainda os direitos de propriedade relativos à incorporação de tecnologias e desenvolvimento de produtos. A indústria brasileira de proteína animal que era uma atividade exercida, essencialmente, por empresas regionais de capital nacional, conquista, após uma maior abertura da economia brasileira, no início da década de 1990, um rápido processo de reorganização do mercado a partir de fusões e aquisições, que culminou com a formação de grandes empresas multinacionais e a consolidação da indústria.

Esse processo de transformação e concentração do mercado pode ser compreendido sob dois fatos importantes. O primeiro, relacionado às estratégias empresariais de sobrevivência para alcançar maior parcela do mercado interno e externo; e, o segundo, pela intervenção do Estado, que, em 2008, por meio da PDP favoreceu a indústria de proteína animal com a finalidade de formar “campeãs nacionais”, a despeito da eliminação de concorrentes. Essa conjugação de interesses e estratégias têm como respaldo a Constituição Federal de 1988, que estimula medidas para a expansão da competitividade internacional e a soberania econômica (art. 170, I); bem como do desenvolvimento do mercado interno (art. 219). É a ação do Estado no direcionamento estratégico das atividades econômicas do país⁵⁰⁷.

Além das medidas de política industrial, a política de defesa da concorrência também pode assumir uma pluralidade de objetivos, contribuindo na direção do desenvolvimento nacional e da viabilidade de uma maior inserção da indústria brasileira de proteína animal, em condições de igualdade, no mercado internacional, favorecendo a

⁵⁰⁷ Conforme Eros Roberto Grau, a atuação interventiva do Estado no domínio econômico pode ser classificada em três diferentes modalidades: por absorção ou participação, por direção e por indução. O primeiro caso representa uma intervenção no domínio econômico em sentido estrito, atuando o Estado em regime de monopólio (intervenção por absorção) ou de competição (intervenção por participação). Nos casos de intervenção direta por direção e por indução, o Estado intervirá sobre o domínio econômico desenvolvendo sua ação como regulador da economia. Na intervenção por direção, “o Estado exerce pressão sobre a economia, definindo mecanismos de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”. E, na intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

ampliação do bem-estar nacional. Nesse contexto, a concentração pode ser necessária para consecução de eficiências produtivas, por meio de economias de escalas, novas lógicas de comercialização e distribuição, não sendo necessariamente, a priori, uma ameaça à livre concorrência, ou seja, é a política de defesa da concorrência assumindo uma função de promover o crescimento e o desenvolvimento econômico.

Na perspectiva teórica da Economia Custos de Transação, as operações de concentração da indústria de proteína animal representam a possibilidade de ganhos de eficiências econômicas ao ampliar escalas de produção e sinergias de coordenação. Nesse sentido, a concentração econômica não pode ser analisada somente na perspectiva de imposição de barreiras à entrada de novos concorrentes, permitindo o surgimento de oligopólios e monopólios ou de alavancagem em outros mercados de forma a restringir a concorrência. A eficiência decorrente da ECT não tem como finalidade interesses de classes ou poder de monopólio, haja vista que os custos de transação estão associados aos conflitos contratuais, que precisam ser minimizados.

Na organização das atividades econômicas, as instituições de governança e o ambiente institucional, embora em níveis diferentes são complementares e de fundamental importância para a eficiência econômica, principalmente em atividades sob contratos incompletos como os contratos de integração da indústria de proteína animal. As instituições de governança estabelecem os arranjos contratuais de acordo com as especificidades dos ativos e pressupostos comportamentais dos agentes envolvidos. É sob essa abordagem microanalítica que os contratos de integração proporcionam maior eficiência na coordenação dos sistemas agroindustriais de aves e suínos. Por sua vez, o ambiente institucional, em que “as instituições são as regras do jogo”, assume a função de reduzir as incertezas e estabelecer uma estrutura estável, corrigindo as falhas de mercado. “É a interação entre as instituições e as organizações que modela a evolução de uma economia”⁵⁰⁸, em uma concertação de expectativas de estímulo à competitividade e o controle de conflitos de interesse nas relações contratuais.

As transformações sociais e econômicas decorrentes do processo de globalização econômica e avanços tecnológicos alteraram as bases de concorrência e estratégias competitivas das empresas. Em mercados de concorrência global como o mercado de proteína animal, as empresas buscam estratégias de eficiência econômica com operações de fusão, aquisição, acordos de cooperação e *joint ventures*, aprofundando a

⁵⁰⁸ NORTH, Douglas C. Desempenho econômico através do tempo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set/dez. 2010, p. 18.

contratualização nas cadeias de produção e distribuição. Estratégias sintonizadas com interesses de políticas de governo para aumentar as exportações e contribuir na geração de empregos, mediada pela política de defesa de concorrência para coibir o abuso de poder de mercado e o exercício de poder de monopólio nas relações contratuais.

Nesse contexto, as operações de concentração devem demonstrar as motivações justificadas em termos de ganhos de competitividade e eficiência, que não podem ser vagas ou meramente especulativas, sob pena de enfraquecer a política de concorrência. Na operação de concentração da BRF S.A., as empresas alegaram, em síntese, que a fusão possibilitaria maiores investimentos, ampliando a escala e eficiência de produção para o alcance de novos mercados, especialmente o internacional; fortalecimento da logística de distribuição global e redução de custos, permitindo a criação de um *player* com capacidade de participar do processo de consolidação global do mercado de proteína animal e alimentos processados. Na operação de concentração da JBS S.A. com a Bertin S.A., foram destacadas as eficiências logística, comercial, suprimentos e operacional, com indicação de geração de economias de custo e de despesas. Porém, a SEAE, em análise eminentemente técnica, considerou que as eficiências apresentadas, em ambos casos, não eram suficientes para justificar as economias de escopo e de escala e gerar benefícios aos consumidores. E, que as eficiências alegadas em defesa poderiam ser alcançadas sem a necessidade de eliminar concorrentes do mercado.

A política de defesa da concorrência, baseada no critério de eficiência econômica de bem-estar do consumidor e na política de desenvolvimento industrial, para o fortalecimento da competitividade e ampliação de mercados, não limita o poder de mercado da indústria e tampouco o poder de compra, pelo contrário contribui para ampliar esses poderes, reduzindo a capacidade de barganha dos produtores e ampliando a possibilidade de exercício de poder de mercado e poder de monopólio.

Nos mercados de coordenação contratual vertical, a concentração econômica representa uma possibilidade de redução de custos de transação com ganhos de escala de produção e sinergias que podem proporcionar maior eficiência econômica. As vantagens da coordenação integrada estão relacionadas à melhoria da qualidade do produto e menores custos de produção, com a harmonização de interesses entre a indústria integradora e os integrados ao estabelecer relações de cooperação. Assim, os contratos de integração na indústria de proteína animal, como forma de governança, constituem uma rede de produtores integrados, que conectados à indústria integradora garantem a

viabilidade do objetivo econômico da atividade industrial. É uma estratégia organizacional que simultaneamente promove incentivo e divisão de riscos.

Entretanto, arranjos de coordenação eficientes não significam a inexistência de exercício de poder de mercado em prejuízo à liberdade de concorrência. A concentração econômica da indústria de proteína animal associada aos arranjos de governança baseada em contratos de integração vertical amplia as dificuldades à entrada de novos concorrentes, pois impõe às empresas entrantes maiores dificuldades de acesso à matéria-prima, pois o ingresso nesse mercado requer previamente uma rede de produtores com escala produtiva que torne viável à competitividade, exigindo assim maior prazo para início das operações de um frigorífico abatedouro. As relações contratuais verticais mais concentradas e coordenadas fortalecem o poder de mercado da empresa integradora, limitando a concorrência na aquisição de animais para abate a partir de sua esfera de influência.

Nessa perspectiva, a conquista da consolidação e a internacionalização da indústria de proteína animal está relacionada muito mais com as estratégias empresariais de concentração industrial e restrição concorrencial, apoiada nas diretrizes de eficiência econômica, política industrial e suporte financeiro do BNDES, do que com o aumento da competitividade do mercado, lastreada na incorporação de inovações tecnológicas, no desenvolvimento de novos produtos e ou modelos de coordenação produtiva.

Assim, a concentração da indústria de proteína animal e as características de coordenação dessa indústria desafia a ampliação de medidas de controle de condutas, a fim de restringir possibilidades de cartelização tanto no mercado *spot* quanto nos mercados coordenados pelos contratos de integração, principalmente na aquisição de animais para abate, que estão suscetíveis a prejuízos não apenas aos produtores, mas também aos consumidores. Nesse sentido, a organização dos produtores integrados em associações é uma forma de compensar parte do poder de compra das integradoras, em uma relação contratual monopsonista. Embora, de acordo com as integradoras, o exercício de poder de monopsonio não promoveria vantagens à integradora, pelo contrário produziria ineficiências, desestimulando e comprometendo investimentos dos produtores. Os contratos de integração representam uma cooperação de ambas as partes para garantir a eficiência do sistema.

No âmbito dos mercados coordenados pelos contratos de integração, a Lei 13.288/2016 criou mecanismos de transparência. O Foniagro, composto paritariamente com representantes da indústria integradora e dos produtores integrados, com a

incumbência de estabelecer uma metodologia para o cálculo do valor de referência para a remuneração dos integrados para cada cadeia produtiva, que deve ser enviado as suas respectivas CadeCs. A partir da metodologia de cálculo, as CadeCs, também constituídas de forma paritária, devem assegurar que a empresa integradora cumpra o valor de referência a fim de assegurar a viabilidade econômica da atividade; o equilíbrio dos contratos, na resolução de conflitos distributivos e; promover a estabilidade e a continuidade do processo produtivo.

A concentração horizontal de empresas em mercados coordenados por contratos de integração a montante amplia o poder de compra da integradora, que detém maior controle sobre a organização da produção e menor liberdade aos produtores, muito embora sob o argumento da eficiência econômica e da geração de riqueza, em razão de uma forma de governança mais eficiente que a estrutura de mercado e da verticalização da integradora; apesar do desequilíbrio dos agentes econômicos na relação contratual. É nesse sentido, que as instituições paritárias como o Foniagro, as CadeCs e as diversas associações que representam os produtores integrados não apenas promovem maior transparência na relação contratual, como podem contribuir com o CADE no controle de condutas anticoncorrenciais. Contudo, não reduz a necessidade de fiscalização da autoridade antitruste.

Ampliar a competitividade da indústria de proteína animal sob os argumentos da eficiência econômica e coordenação contratual não afasta a probabilidade do exercício de poder de mercado com riscos à efetiva capacidade concorrencial, pois os efeitos dos contratos de integração se estendem para além das partes contratantes, que sob o pretexto de garantir segurança e qualidade dos animais para abate, fortalecem o poder de mercado da empresa integradora sobre a cadeia produtiva, que possibilita um maior controle sobre a capacidade produtiva e a definição de preços. Portanto, com riscos à efetividade da concorrência, o que demanda um maior controle das condutas praticadas na indústria de proteína animal, em defesa do bem-estar social.

REFERÊNCIAS

ABCS - Associação Brasileira de Criadores de Suínos. **Mapeamento da suinocultura brasileira**. Brasília, DF, 2016. Disponível em: http://www.abcs.org.br/attachments/-01_Mapeamento_COMPLETO_bloq.pdf. Acesso em: 15 fev. 2018.

ABIEC – Associação Brasileira das Indústrias Exportadoras de Carne. **Perfil da Pecuária no Brasil: relatório anual, 2018**. Disponível em: <http://abiec.siteoficial.ws/images/upload/sumario-pt-010217.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2018.

ABPA - Associação Brasileira de Proteína Animal. **Relatório anual 2018**. Disponível em: <http://abpa-br.com.br/storage/files/relatorio-anual-2018.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ALEM, Ana Claudia; CAVALCANTE, Carlos Eduardo. O BNDES e o Apoio à internacionalização das empresas brasileiras: algumas reflexões. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, p. 43-76, dez. 2005. Disponível em: http://www.bndespar.com.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2403.pdf. Acesso em: 24 jan. 2018.

APPENDINI, Kirsten, NUIJTEN, Monique. El papel de las instituciones en contextos locales. **Revista de la CEPAL**, n. 76, p. 71-88, abril 2002.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ATHAYDE, Amanda. **As três ondas do antitruste no Brasil: A Lei 12.529/2011 e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Artigo JOTA, 01 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>. Acesso em: 06 jun. 2018.

ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. Economic doctrines and approaches to antitrust. **Research Paper**, Series n. 2011-01-02. Indiana University-Bloomington: School of Public & Environmental, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1750259>. Acesso em: 21 jul. 2017.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos: uma perspectiva econômica. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 109-129.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise econômica da defesa da concorrência. *In*: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo Atlas, 2014, p. 266-295.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência. **Estudos Econômicos**. [online]. 2009, v. 39, n. 4, p. 737-762. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612009000400002>. Acesso em: 22 de mar. 2018.

AZOIA, Viviane Taís; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A função social dos contratos e

as externalidades: uma análise econômica. **Revista do Mestrado em Direito**, Brasília, v. 10, n. 2, jul-dez, p. 1-29, 2016.

BAKER, Jonathan B. “Dynamic competition” does not excuse monopolization. **Competition Policy International**, v. 4 n. 2, p. 243-251, 2008. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/assets/Uploads/Bakerwebwcover.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Investimento brasileiro direto**. Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/ResultadoCBE2016.asp?idpai=CBE>. Acesso em: 28 jan. 2018.

BARBOSA, Marcos Arzua; CARVALHO, Fabrício Castro de. Uma nova perspectiva teórico-analítica para as mudanças estruturais: a nova economia institucional (NEI). **Revista CADE**, v. 11, p. 142-151, 2012. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/cade/article/download/4910/3715>. Acesso em: 20 fev. 2018.

BEEFPOINT. Cresce a participação de JBS, Marfrig e Minerva no volume de abates. Disponível em: <https://www.beefpoint.com.br/cresce-a-participacao-de-jbs-marfrig-e-minerva-no-volume-de-abates-71174/>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BELIK, Walter. Agroindústria e política agroindustrial no Brasil. *In*: RAMOS, Pedro (org.) **Dimensões do Agronegócio Brasileiro**: políticas, instituições e perspectivas. Brasília: MDA, 2007, p. 141-170.

BELUSSO, Diane; HESPANHOL, Antonio Nivaldo. A evolução da avicultura industrial brasileira e seus efeitos territoriais. **Revista Percorso – NEMO**, Maringá, n. 1, v. 2, p. 25-51, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Estrutura da cadeia produtiva da carne bovina no Brasil, desenvolvimento e proteção do mercado interno. *In*: BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico aplicado**: estudos e pareceres. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 493-534.

BINOTTO, Anna. Cooperação e concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 6, n. 1, p. 232-260, maio 2018. Disponível em: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/377/19>. Acesso em: 09 dez. 2018.

BLAIR, Roger D.; HARRISON, Jeffrey L. Monopsony in action: agricultural markets. *In*: BLAIR, Roger D.; HARRISON, Jeffrey L. **Monopsony in law and economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010, p. 172-187. Disponível em: <http://doi.org/10.1017/CBO9780511778766.009>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. **Livro verde**: nossa história como ela é. Rio de Janeiro, BNDES, 2017.

BONELLI, Regis. Concentração industrial no Brasil: indicadores da evolução recente. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 851-884, dez.

1980.

BONELLI, Regis; GONÇALVES, Robson R. **Para onde vai a estrutura industrial brasileira?** (Texto para Discussão n. 540). Rio de Janeiro: IPEA, jun. 1998.

BOTELHO, Ricardo; SANTOS, Aurélio. **A nova resolução do Cade sobre contratos associativos.** Artigos JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-resolucao-cade-sobre-contratos-associativos-20102016>. Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. **I plano nacional de desenvolvimento (I PND) – 1972/74.** Lei 5727, de 04 de novembro de 1971. Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/medici/i-pnd-72_74. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. **II plano nacional de desenvolvimento (1975-1979).** Disponível em: http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/geisel/ii-pnd-75_79/view. Acesso em: 12 jan. 2018.

BRASIL. **Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001.** Disponível em: http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Competências.** Disponível em: <http://seae.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/competencias>. Acesso em: 16 jan. 2018.

BRASIL. **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. **Decreto 7.635 de 5 de dezembro de 2011.** Altera o Estatuto Social do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, aprovado pelo Decreto 4.418, de 11 de outubro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7635.htm. Acesso em: 3 fev. 2017.

BRASIL. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos.** CARVALHO, Vinícius Marques de Carvalho; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (coord.). Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

BRASIL. **Lei 13.288, de 16 de maio de 2016.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13288.htm. Acesso em: 22 ago. 2018.

BRASIL – Senado Federal. **Relatório final da CPI do BNDES**. Brasília, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/mnas?codcol=2109&tp=4>. Acesso em: 15 ago. 2018.

BRF. Brasil Foods. **Comunicados e fatos relevantes**. Disponível em: http://ri.brf-global.com/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=52130&conta=28. Acesso em: 24 fev. 2016.

BRF fecha linha de produção que abatia 25 mil perus por dia. **Gazeta do Povo**. Agronegócio. Curitiba, 12 jun. 2018. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/agronegocio/brf-fecha-linha-de-producao-que-abatia-25-mil-perus-por-dia-4r71tz1xw0ftu4jfuzzeow8kk/?utm_source=facebook&utm_medium=midia-social&utm_campaign=gazeta-do-povo. Acesso em: 24 ago. 2016.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

CALEMAN, Silvia Morales de Queiroz; CUNHA, Christiano França da. Estrutura e conduta da agroindústria exportadora de carne bovina no Brasil. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, v. 13, n. 1, p. 93-108, 2011.

CADE. **Ato de concentração 08012.006976/2001-58**. Requerentes: BR Participações e Empreendimentos S.A. “BRPAR” e G. Barbosa & Cia Ltda. “G. Barbosa”. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 14 jul. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.005419/2004-62**. Requerentes: Sucocitrico Cutrale Ltda, Citrosuco e Cargill Agrícola S.A. Parecer n. 06179/2005/RJ - COPCO/COGPI/SEAE/MF, v. 2. Rio de Janeiro, 28 de abril de 2005. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009-11**. Requerentes: JBS S.A. e Bertin S.A. Parecer n. 06376/2011/RI COGCE/SEAE/MF. DF, 29 de abril de 2011, v. 1. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.008074/2009-11**. Requerentes: JBS S.A. e Bertin S.A. Voto do relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Brasília, 17 de abril de 2013, v. 4, p. 891-972. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jul. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. DF, 09 de junho de 2009, v. 1. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Parecer n. 2 06510/2010/RI COGCE/SEAE/MF, v. 2, 2010. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18**. Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Voto do relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. DF, 08 jun. 2011, v. 16.

Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 20 jan. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012.007955/2009-15**. Requerentes: Marfrig Alimentos S/A e Cargill Alimentos S/A. Parecer nº06561/201 1/RJ COGCE/SEAE/MF. Rio de Janeiro, 21 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.cade.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2018.

CADE. **Portaria Interministerial nº 994**, de 30 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08700.006153/2013-08**. Requerentes: JBS S.A. e Marfrig Alimentos S.A. Parecer Técnico n. 251. Superintendência-Geral. Brasília, 11 de setembro de 2013, v. 5, p. 994-1014. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 30 jan. 2018.

CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília – DF, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

CADE. **Cade celebra acordos em investigação de cartel de compra de laranjas**. 23 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacao-de-cartel-de-compra-de-laranjas>. Acesso em: 13 jul. 2018.

CADE. **Processo administrativo n. 08012.002493/2005-16**. Representantes: Confederação Nacional da Agricultura (CNA), Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados. Representados: Friboi Ltda (atualmente JBS S/A); Wesley Mendonça Batista e Artemio Listoni. Relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz, v. 19, p. 4615-4632. Brasília, 28 de novembro de 2007. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 24 jul. 2018.

CADE. **Ato de concentração n. 08012000182/2010-71** - Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda e iharabras S.A. Disponível em: www.cade.gov.br. Acesso em: 12 abr. 2018.

CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. **Revista de Direito da Concorrência**, v. 4, n. 1, maio 2016, p. 95-132.

CARLTON, Dennis W. C.; KEATING, Bryan. Rethinking antitrust in the presence of transaction costs: coasian implications. **Revista Industrial Organization**, v. 46, p. 307-321, 2015,

CARSTENSEN, Peter C. **Buyer Power and Merger Analysis** - the need for different metrics. Workshop on merger enforcement, DoJ and FTC, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/buyer-power-and-merger-analysis-need-different-metrics>. Acesso em: 09 jul. 2018.

CARSTENSEN, Peter C. **Competition policy and the control of buyer power: a global issue**. Northampton, MA, Edward Elgar Publishing, 2017.

CARRIERI, Marcos. BRF abre fábrica em Abu Dhabi. **Agência de notícias Brasil-Árabe**. 2014. Disponível em: <https://anba.com.br/brf-abre-fabrica-em-abu-dhabi/>. Acesso em: 18 set. 2018.

CASTRO, Armando Barros de. Observações sobre a indústria brasileira de alimentos. **Revista de Administração de Empresas**, v. 1, n. 6. São Paulo, nov./dez., 1977.

CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro. Os custos de transação no contrato de integração. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 136, dez. 2014.

CELLI JR., Umberto. **Regras de concorrência no direito internacional moderno**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

CIELO, Ivanete D.; RIBEIRO, Márcia. C. P.; ROCHA JR, Weimar. F. Análise dos contratos de integração no sistema agroindustrial do frango de corte na mesorregião oeste do Paraná sob a ótica da nova economia institucional. **Revista Tecnologia e Sociedade**, v. 13, n. 29, p. 177-191, 2017. Disponível em: <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/5342>. Acesso em: 15 fev. 2018.

CNA. **Notícias** - Presidente da CNA se reúne com Foniagro para debater demandas da avicultura e suinocultura, 04 de setembro de 2018. Disponível em: <https://www.cnabrasil.org.br/noticias/presidente-da-cna-se-reune-com-foniagro-para-debater-demandas-da-avicultura-e-suinocultura>. Acesso em: 10 set. 2018.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. **Os investimentos brasileiros no exterior: relatório 2013**. Confederação Nacional da Indústria. Brasília: CNI, 2013.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economica, New Series**, v. 4, n. 16, p. 386-405, Nov. 1937.

COASE, Ronald H. Industrial organization: a proposal for research. *In*: FUCHS, Victor R. **Policy issues and research opportunities in industrial organization**. National Bureau of Economic Research, Cambridge, MA, 1972, v.3, p. 59-73.

COASE, Ronald. The new institutional economics. **The American Economic Review**, v. 88, n. 2, p. 72-74, may, 1998.

COELHO, Antonio Augusto de Souza. A nova era dos contratos de integração vertical no agronegócio brasileiro. **Revista Justiça e Cidadania**. Edição 217, set. 2018. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/nova-era-dos-contratos-de-integracao-vertical-no-agronegocio-brasileiro/>. Acesso em: 27 nov. 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro verde sobre as práticas comerciais desleais na cadeia de abastecimento alimentar e não alimentar entre as empresas na Europa**. Bruxelas, 31.1.2013, COM (2013). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0037&from=PT>. Acesso em: 25 jun. 2018.

COMISIÓN EUROPEA, DG **Competition discussion paper on the application of**

Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Bruselas, diciembre de 2005, p. 4. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 09 jan. de 2018.

COUTINHO, Luciano Galvão. Marcos e desafios de uma política industrial contemporânea. *In*: CASTRO, Ana Célia (org.). **Desenvolvimento em debate**. Rio de Janeiro: Mauad, 2002. v. 2, p. 191-209.

CURADO, Marcelo. Industrialização e desenvolvimento: uma análise do pensamento econômico brasileiro. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 22, n. 3 (49), p. 609-640, dez. 2013.

DOWBOR, Ladislau. **A formação do capitalismo dependente no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1982.

DELUCA, Patrícia; BOTELHO, Ricardo. Contratos associativos no controle de concentrações do CADE: em busca de sentido. *In*: ANDERS, Eduardo Caminati (org.). **5 anos lei de defesa da concorrência: gênese, jurisprudência e desafios para o futuro**, p. 104-116. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/5_ANOS_DE_LEI_DA_CONCORR%C3%80NCIA_-_IBRAC.pdf. Acesso em: 20 ago. 2018.

DIMAGGIO, Paul J.; POWELL, Walter W. “Le néo-institutionnalisme dans l’analyse des organisations”, **Politix**, v. 10, n. 40, p. 113-154, 1997, p. 113. Disponível em: http://www.persee.fr/doc/polix_0295-2319_1997_num_10_40_1703. Acesso em: 06 fev. 2018.

DOBSON, Paul W., WATERSON, Michael; CHU, Alex. The welfare consequences of the exercise of buyer power. Office of Fair Trading, **Research Paper 16**, 1998. Disponível em: http://wrap.warwick.ac.uk/21/1/WRAP_Watson_oft239.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.

DOMINA, David. A.; TAYLOR, C. Robert. The debilitating effects of concentration in markets affecting agriculture. **Drake Journal of Agricultural Law**, n. 15, v. 1, p. 61–108, 2010.

ESTADO DE MATO GROSSO - Assembleia Legislativa. **CPI dos frigoríficos**. Aprova o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos frigoríficos e dispõe sobre os encaminhamentos de cópia integral dos autos às autoridades competentes. 14 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://www.al.mt.gov.br/storage/webdisco/cp/20161214093952144400.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2018.

EASTERBROOK, Frank H. Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, v. 63, n.1, p. 1-40, 1984.

FAGUNDES, Jorge Luiz. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste**. São Paulo: Singular, 2003.

FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Silvia Macchione. **Competitividade**: mercado, Estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.

FARINA, Elisabeth Maria Mercier Querido. **Oligopólio e política antitruste**: desenvolvimentos recentes. FEA/USP. 2000.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **The antitrust laws**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>. Acesso em: 13 jul. 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION AND DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. Acesso em: 18 jul. 2018.

FEIJÓ, Carmem Aparecida; VALENTE, Elvio. A firma na teoria econômica e como unidade de investigação estatística: evolução nas conceituações. **Revista Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, v.8, n. 2, p. 351-376, jul./dez. 2004.

FIANI, Ronaldo. **Cooperação e conflito**: instituições e desenvolvimento econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FIGUEIREDO, Orlando. Diferenciação de produtos, diversificação e lucratividade na indústria brasileira. **Revista de Administração de Empresas** [online]. 1983, vol.23, n.3, p. 33-40. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901983000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 jan. 2018.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 9. ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGIONI, Paula. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2012.

FRAZÃO, Ana. Grupos societários no direito do trabalho: critérios de configuração e consequências. **Revista Semestral de Direito Empresarial**. n. 16, p. 113-151, jan./jun. 2015.

FRAZÃO, Ana. A análise de eficiências em atos de concentração sob o enfoque do princípio retributivo. *In*: CARVALHO, Vinicius Marques. **A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência e democracia**: o que um tem a ver com o outro? Artigo Jota, 07 de março de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrenca-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>. Acesso em: 16 mai. 2018.

FRAZÃO, Ana. **Contratos de integração do agronegócio**: principais repercussões do atual regramento legal à luz da função econômica do contrato. Artigo Jota, 02 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/contratos-de-integracao-do-agronegocio-02052018>. Acesso em: 22 ago. 2018.

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência econômica e restrições verticais**. Lisboa: AFL, 2008.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2014**. Disponível em: http://www.fdc.org.br/blogspacodialogo/Documents/ranking_fdc_multinacionais_brasileiras2014.pdf. Acesso em: 15 set. 2018.

FUNDAÇÃO DOM CABRAL. **Ranking FDC das multinacionais brasileiras 2017**. Disponível em: <http://acervo.ci.fdc.org.br/AcervoDigital/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa/Relat%C3%B3rios%20de%20Pesquisa%202017/Ranking%20FDC%20Multinacionais%202017.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 24. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1991.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2, p. 89-105, 2003.

GALBRAITH, John Kenneth. **Capitalismo americano**: o conceito do poder compensatório. São Paulo: Novo Século, 2008.

GAMA, Marina Moreira da. **A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte**. Texto para discussão. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005. Disponível em: <http://www.cedeplar.ufmg.br/pesquisas/td/TD257.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

GOLANI, Lucille Assad; MOITA, Rodrigo Menon. O oligopsônio dos frigoríficos: uma análise empírica de poder de mercado. **Revista de Administração Contemporânea - RAC**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 6, p. 772-794, 2017.

GOLDBERG, Daniel. **Poder de Compra e política antitruste**. São Paulo: Singular, 2006.

GORDILHO JR., Mario Sérgio Rocha. Análise do poder de compra no mercado de varejo de bens duráveis: desafios para o Novo CADE. **Boletim Latino Americano de Concorrência**. n. 31, março de 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. revista e

atualizada. São Paulo, Malheiros, 2012.

GUIMARÃES FILHO, Carlos. Indústrias aprovam trabalho do núcleo de Cadecs. **Boletim informativo**. FAEP – Federação da Agricultura do Estado do Paraná, ano 26, n. 1447. Disponível em: <http://www.sistemafaep.org.br/arquivo/index.html?catalog=BI1447&startPage=4>. Acesso em: 10 set. 2018.

HIRATUKA, Celio; SARTI, Fernando. 2011. **Investimento direto e internacionalização de empresas no período recente**. Texto para discussão n. 1610. Brasília: IPEA, 2011.

HODGSON, Geoffrey M. The approach of institutional. **Economics Journal of Economic Literature**, v. 36, n. 1, p. 166-192, mar., 1998.

HOVENKAMP, Herbert J. Harvard, Chicago, and transaction cost economics in antitrust analysis. **University of Iowa Legal Studies Research Paper**, n. 10-35, nov. 2010.

HOVENKAMP, Herbet. Introduction to the neal report and the crisis in antitrust & a reprint of the neal report. **Competition Policy International**, v. 5, n. 1, 2009. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/file/view/5931>. Acesso em: 16 jul. 2017.

IDUÑATE, Pascual García Alba. Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados. **El Trimestre Económico**, v. 61, n. 243(3), 1994, p. 499–524. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/20856736>. Acesso em: 02 ago. 2018.

International Competition Network (ICN). Report on the objectives of unilateral conduct laws, assessment of dominance/substantial market power and state created monopolies. 2007. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc353.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

JBS. **Fatos relevantes**. 2015. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/ptb/3519/FATO%20RELEVANTE%20-%20JBS%20Anuncia%20a%20Concluso%20da%20Aquisio%20da%20Cargill%20Por%20k.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

JBS. Relação com os investidores - **Localização e áreas de atuação**. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/static/ptb/localizacao-e-areas-de-atuacao.asp>. Acesso em: 20 set. 2018

JBS. **Fato relevante**: JBS anuncia a alienação da Moy Park no âmbito do seu plano de desinvestimentos. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/ptb/4323/578851.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

JBS. **Composição acionária e societária**. Disponível em: <http://jbss.infoinvest.com.br/static/ptb/composicao-acionaria-e-societaria.asp>. Acesso em: 15 set. 2018.

JESUS JUNIOR, Celso; et al. **A cadeia da carne de frango: tensões, desafios e oportunidades**. Rio de Janeiro: BNDES, set. 2007. p. 191-232.

JIA, Xiangping; BIJMAN, Jos. Contract farming: synthetic themes for linking farmers to demanding markets. *In*: SILVA, Carlos A. da; RANKIN, Marlo (Edited). **Contract farming for inclusive market access**. Rome: FAO, 2013. p. 21-38. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i3526e.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 1/2003 do Conselho de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001&from=PT>. Acesso em: 18 jan. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da Comissão. Orientações relativas à aplicação do n. 3 do artigo 81 do Tratado, 2004. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52004XC0427\(07\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52004XC0427(07)). Acesso em: 18 jan. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n. 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004. Relativo ao controlo das concentrações de empresas. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex:32004R0139>. Acesso em: 09 abr. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 330/2010 da Comissão, de 20 de abril de 2010. Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Reg_330_2010_-_Restricoes_verticais.pdf. Acesso em: 09 abr. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Comunicação da comissão. Orientações sobre a aplicação do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal, 14 de janeiro de 2011. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT). Acesso em: 13 jun. 2018.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) n. 651/2014 da Comissão de 16 de junho de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0651&from=PT>. Acesso em: 18 jan. 2018.

JOSKOW, Paul L. The Role of Transaction Cost Economics in Antitrust and Public Utility Regulatory Policies. **Journal of Law, Economics, & Organization**, v. 7, p. 53-83, 1991.

JOSKOW, Paul L. The new institutional economics: alternative approaches. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, München, v. 151, n. 1, p. 248-259, 1995.

KEY, Nigel; JAMES, MacDonald. Agricultural contracting: trading autonomy for risk reduction. **Amber Waves**. Disponível em: <https://www.ers.usda.gov/amber-waves/2006/february/agricultural-contracting-trading-autonomy-for-risk-reduction/>. Acesso em: 30 ago. 2018.

KLEIN, Benjamin. Fisher-General Motors and the nature of the firm. **Journal of Law and Economics**, Chicago: University of Chicago Law School, v. 43, n. 1, p. 105-142, Apr. 2000.

KLEIN, Benjamin; CRAWFORD, Robert G.; ALCHIAN, Armen A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process, **Journal of Law and Economics**, v. 21, n.2, p. 297-326, 1978.

KHAN, Lina M. Amazon's paradox antitrust. **The Yale Law Journal**. v. 126, n.3, p. 710-805, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 15 ago. 2018.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The fundamental goal of antitrust: Protecting consumers, not increasing efficiency. **Notre Dame Law Review**, South Bend, v. 84, p.191-242, 2008, p. 196. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1113927>. Acesso em: 27 abr. 2018.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. **Journal of Economic Perspectives**. Pittsburgh, Pennsylvania v. 14, n. 1, Winter, 2000.

KPMG. **Fusões e aquisições**: 2018 – 1º Trimestre. Junho de 2018. Disponível em: <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/br/pdf/2018/06/br-fusoes-aquisicoes-1o-trimestre-2018.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2018.

LANDIN, Raquel. BNDES volta a favorecer o grupo frigorífico Marfrig. **Mercados. Folha de São Paulo**. São Paulo, 05 jan. 2014 Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2014/01/1393574-bndes-volta-a-favorecer-o-grupo-frigorifico-marfrig.shtml>. Acesso em: 22 fev. 2016.

LAZZARINI, Sérgio G.; MUSACCHIO, Aldo; BANDEIRA DE MELLO, Rodrigo; MACOMN, Rosilene. What do development banks do? evidence from BNDES, 2002-2009. **Working Paper 12-047**. Harvard Business School, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1969843>. Acesso em: 30 mar. 2017, p. 30.

LOEVINGER, Lee. The rule of reason in antitrust law. **Virginia Law Review**, v. 50, n. 1, p. 23-35, jan., 1964.

MACEDO, Paulo Cesar de Albuquerque; LIMA, Luiz Carlos de Oliveira. **Oligopólio Mundial, Investimento Estratégico e Arena Competitiva**: o caso da indústria frigorífica de carne bovina brasileira. In: VIII SEGeT – Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia – 2011. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos11/63214832.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2018.

MACDONALD, James M; KORB, Penni. Agricultural contracting update: contracts in 2005. Electronic report from Economic Research Service (USDA). **Economic Information Bulletin**. n. 35, jan., 2008. Disponível em: <http://www.ers.usda.gov>. Acesso em: 14 fev. 2018.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas 2015.

MAINE SUPREME JUDICIAL COURT. **Nathan Pease JR. et al. v. Jasper Wyman & Son et al.** Disponível em: http://www.courts.maine.gov/opinions_orders/opinions/2004_documents/04me29pea.htm. Acesso em: 23 jun. 2018

MARFRIG. **Fatos relevantes**. Disponível em: <http://ri.marfrig.com.br/pt/arquivos-cvm>. Acesso em: 28 set. 2018.

MARFRIG. **Fatos relevantes**: MMS e BNDESPAR subscrevem e integralizam ações da Marfrig. Disponível em: http://ri.marfrig.com.br/PT/Documentos/20080901_Fato_Relevante.pdf. Acesso em: 28 set. 2018.

MARFRIG. **Composição acionária**. Disponível em: <http://ri.marfrig.com.br/pt/governanca-corporativa/composicao-acionaria>. Acesso em: 15 set. 2018.

MAZALLI, Leonel. **O processo recente de reorganização agroindustrial**: do complexo à organização em rede. São Paulo: Unesp, 2000.

MENDES, Maria de Fátima Cabrita. O poder de compra: a abordagem da comissão Europeia. **JURISMAT** – Revista Jurídica do ISMAT, nov. 2013, n. 3, p. 311-335. Disponível em: <http://recil.grupolusofona.pt/handle/10437/4995>. Acesso em: 18 jun. 2018.

MENDES, Francisco Schertel. **O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro**: características e especificidades. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Defesa da Concorrência. In: KUPFER David, HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial**: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2013.

MIELE, Marcelo; WAQUIL, Paulo D. Estrutura e dinâmica dos contratos na suinocultura de Santa Catarina: um estudo de casos múltiplos. **Estudos Econômicos**. Instituto de Pesquisas Econômicas, São Paulo, v. 37, n. 4, p. 817-847, 2007.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica**. 2. ed. Coimbra Editora, Coimbra, 1979.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de concorrência**: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NELSON, Richard R.; WINTER, Sidney G. **An evolutionary theory of economic change**. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

NELSON, Richard; Winter, Sidney. The Schumpeterian tradeoff revisited. **American**

Economic Review, v. 72, n. 1, p. 114-132, 1982.

NORTH, Dougal C., Institutions. **Journal of Economic Perspectives**, Minnessota, v. 5, n. 3, p. 97-112, winter 1991.

NORTH, Douglas C. **Custo de transação, instituições e desempenho econômico**. Tradução Elizabete Hart. Instituto Liberal, Rio de Janeiro, 2006.

NORTH, Douglas. Desempenho econômico através do tempo. RDA – **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 255, p. 13-30, set./dez. 2010.

NORTH, Douglas C. **Instituições, mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales, São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NUNES, António José Avelãs. **Industrialização e desenvolvimento**: a economia política do “modelo de desenvolvimento”. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização**: o controle da concentração de empresas. São Paulo. Malheiros Editores, 2002.

NUSDEO, Fábio. O Direito da concorrência e concentração empresarial – O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *In*: SADDI, Jairo. **Fusões e aquisições**: Aspectos Jurídicos. São Paulo: IOB, 2002, p. 333-352.

OECD. **Competition policy and efficiency claims in horizontal agreements**, OECD/GD (96) 65, Paris, 1996. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/mergers/2379526.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2018.

OECD. **Dynamic efficiencies in merger analysis**. 2007, p. 219. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/53/22/40623561.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2018.

OECD. **Monopsony and buyer power**. Policy Roundtables. 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2018, p. 9.

OECD. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2017.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. Contornos jurídicos e matizes econômicas dos contratos de integração vertical agroindustriais no Brasil. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)**, Annual Papers. UC Berkeley - Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/7049p03n>. Acesso em: 26 ago. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. **Resolução do Parlamento Europeu**, de 7 de setembro de 2010, sobre rendimentos justos para os agricultores: melhor funcionamento da cadeia de abastecimento alimentar na Europa. Disponível em:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0302&language=PT&ring=A7-2010-0225>. Acesso em: 26 jun. 2018.

PINHEIRO, Fernando Antônio Perrone; SAVOIA José Roberto Ferreira; SILVEIRA, José Augusto Giesbrecht da Silveira; FOUTO, Nuno Manuel Martins Dias. Impacto no poder de mercado decorrente da fusão entre frigoríficos no Mato Grosso. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, Lavras, v. 17, n. 4, p. 399-414, 2015.

PRADO JUNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1980.

PEREIRA, Thiago Rabelo; SIMÕES, Adriano Nascimento. O papel do BNDES na alocação de recursos: avaliação do custo fiscal do empréstimo de R\$ 100 bilhões concedidos pela União em 2009. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 5-54, jun. 2010.

PÉREZ MOLINA, Mario Antonio. **La evaluación antitrust de las concentraciones de empresas en la Unión Europea**. Tesis Doctoral. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba-Espanha, 2015.

PIGATTO, Gessuir; SANTINI, Giuliana Aparecida. Internacionalização das empresas brasileiras frigoríficas. *In: Congresso da SOBER*, 47, Porto Alegre, julho de 2009. Disponível em: <http://www.sober.org.br/palestra/13/832.pdf>. Acesso em: 28 set. 2018

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

PONDE, João Luiz; FAGUNDE, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. **Política de defesa da concorrência e práticas restritivas verticais**. Disponível em: www.anpec.org.br/encontro2001/artigos/200104158.pdf. Acesso em: 9 mar. 2018.

PONDE, João Luiz; FAGUNDE, Jorge; POSSAS, Mario Luiz. Custos de transação e política de defesa da concorrência. **Revista de Economia Contemporânea**, n. 2, p. 115-135, 1997.

POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, n. 127, p. 925-94, 1978.

POSNER, Richard A. The value of wealth: a comment on Dworkin and Kronman, **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 243-252, mar., 1980.

POSNER, Richard A. **A Economia da justiça**, tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSSAS, Maria Silvia. **Concorrência e competitividade**: notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. 1993. Tese (Doutorado em Economia). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia, Campinas São Paulo, 1993.

POSSAS, Mário Luiz. Economia normativa e eficiências: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. *In: POSSAS, Mário Luiz (org.). Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

POSSAS, Mário Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. **Revista de Economia Política**, v. 24, n. 1, p. 73-94, 2004.

POSSAS, Mário L., Concorrência schumpeteriana. *In*: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia, **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RAMOS, José Maria; WINTER, Luis Alexandre Carta. A internacionalização produtiva da indústria brasileira no mercado de proteína animal. **Revista de Direito Empresarial** - Rdemp, Belo Horizonte, v. 14, n. 3, p. 85-106, set./dez. 2017.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. CADE e o Poder de Compra no Setor Agropecuário. **Economic analysis of law review**, v. 4, n. 2, p. 295-314, jul-dez, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 247.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA JR., Weimar Freire. Institutional environment and contracts: a case study in the agroindustrial system of broiler factory farming in the west of the state of Paraná, Brazil. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, v. 2, n. 2, p. 1541-1567, 2013.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito do agronegócio**. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

ROCHA, Danilo. Estado, empresariado e variedades de capitalismo no Brasil: política de internacionalização de empresas privadas no governo Lula. **Revista de Sociologia e Política**. v. 22, n. 51, p. 77-96, set. 2014.

ROCHA JR., Weimar Freire da. **Análise do agronegócio da erva-mate com enfoque da nova economia institucional e o uso da matriz estrutural prospectiva**. 2001. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

ROCHA JR, Weimar Freire; SILVA, Christian Luiz.; BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo; MACENA, Cléverton Michel da. Transações entre suinocultores e agroindústrias no Estado de Santa Catarina (Brasil): um exame de contratos sob enfoque institucional, **Revista Desenvolvimento Regional**, Santa Cruz do Sul, v. 17, n. 2, p. 229-248, maio-ago, 2012.

RUBINFELD, Daniel L. On the foundations of antitrust law and economics. *In*: PITOFISKY, Robert. **How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis in US antitrust**. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 51-73.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, justiça e eficiência**: a perspectiva de Richard Posner. Disponível em: http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/. Acesso em: 06 mar. de 2018.

SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinho de. o porquê de Sadia-Perdigão e Colgate-Kolynos não serem decisões sequer comparáveis. **Suplemento eletrônico da revista do IBRAC**, ano 2, n. 7, 2011.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

SALOP, Steven C. Vertical Mergers and Monopoly Leverage. *In*: NEWMAN, Peter (ed.). **The new Palgrave dictionary of economics and the law**, London: Macmillian, 1998, p. 669-673.

SAMUELS Warren J. Institutional economics. **The Journal of Economic Education**, v. 15, n. 3, p. 211-216, Summer, 1984.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. Rio de Janeiro, Record, 2005.

SCHAPIRO, Mario. G. **Ativismo estatal e industrialismo defensivo**: instrumentos e capacidades na política industrial brasileira. (Texto para Discussão, n. 1856). Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

SCHERER, Frederic M.; ROSS, David. **Industrial market structure and economic performance**. 3. ed. Dallas: Houghton Mifflin Company, 1990.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordo entre concorrentes. *In*: POSSAS, Mario Luiz; (et al.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p.97-134.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. Textos para discussão. Fundação Getúlio Vargas - FGV -Direito Rio, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/1762>. Acesso em: 15 jan. 2018.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução: Maria Silvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1982.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora

da Unesp, 2017.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SEXTON, Richard J. Market power, misconceptions, and modern agricultural markets. **American Journal of Agricultural Economics**, v. 95, n.2, p. 209-219, 2013. Disponível em: <https://sci-hub.tw/10.1093/ajae/aas102>. Acesso em: 09 jul. 2018.

SEXTON Richard; ZHANG Mingxia. An assessment of the impact of food industry market power on U.S. consumers. **Agribusiness**, v. 17, n.1, p. 59-79, 2001. Disponível em: [https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297\(200124\)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D](https://sci-hub.tw/10.1002/1520-6297(200124)17:1%3C59::AID-AGR1003%3E3.0.CO;2-D). Acesso em: 09 jul. 2018.

SHIEBER, Benjamin. **Abusos do poder econômico: direito e experiência anti-truste no Brasil e nos EUA.**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1966.

SICSÚ, Abraham Benzaquem; LUBAMBO DE MELO, Murilo Otávio. Competitividade, política de defesa da concorrência e soberania nacional Avaliações sobre o caso brasileiro. **Cuaderno de Economía** (Publicación discontinuada), n. 3, p. 191-202, oct. 2015. ISSN 1688-3519. Disponível em: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/cuadernodeeconomia/article/view/473>. Acesso em: 31 out. 2018.

SIFFERT FILHO, Nelson Fontes. A economia dos custos de transação. **Revista do BNDES**. Rio de Janeiro: BNDES. v. 2, n. 4. p. 103-28. dez. 1995.

SIFFERT FILHO Nelson; FAVERET FILHO, Paulo. **O Sistema agroindustrial de carnes: Competitividade e Estruturas de Governança**. 1998. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br>. Acesso em: 15 fev. 2018.

SILVA, Christian Luiz da; SAES, Maria Sylvia Macchione. A questão da coexistência de estruturas de governança na economia dos custos de transação: evidências empíricas na avicultura de corte paranaense. **Revista de Administração Mackenzie**, v. 6, n. 3, p. 88-118, 2005.

SILVA, Maria Lussieu da. A inserção internacional das grandes empresas nacionais. *In*: LAPLANE, Mariano; COUTINHO, Luciano; HIRATUKA, Célio. **Internacionalização e desenvolvimento da indústria no Brasil**. São Paulo. Editora da Unesp, 2003, p. 105-163.

SILVA MAIA, Guilherme Baptista da. **Defesa da concorrência e eficiência econômica: uma avaliação dos casos Ambev e Nestlé-Garoto**. 2005. Tese (Doutorado em Economia) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Economia, Rio de Janeiro, 2005.

SINDIVIAPAR. **Estatísticas**. Disponível em: <https://www.sindiavipar.com.br/index.php>. Acesso em: 22 ago. 2018.

SOTO PINEDA, Jesús Alfonso. La protección al consumidor como finalidad primordial

de la defensa de la competencia: la experiencia de Estados Unidos, la Unión Europea y Colombia. **Dikaion**, v. 23, n. 2, p. 351-421, diciembre, 2014. Universidad de La Sabana Cundinamarca, Colombia. Disponível em:

<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72038491007>. Acesso em: 8 de janeiro de 2018

SOUZA, José Paulo; ZYLBERSZTAJN, Decio. Poder de mercado e poder de contrato envolvendo integrados cooperados e não cooperados: percepções na cadeia de frango. **Informações Econômicas**, São Paulo, v. 41, n. 7, p. 41-53, 2011.

SOUZA, Maria Cristina Cacciamali de. Concentração industrial em quatro ramos industriais. **Revista de Administração de Empresas**. Rio de Janeiro, v. 20, n. 4, p. 27-43, out./dez. 1980.

STAL, Eva José; SEREIA, Vanderlei José; SILVA, Ricardo Cesso da. Estratégias de internacionalização do setor agroindustrial brasileiro de carnes: exportação ou investimento direto no exterior? **Future Studies Research Journal**. São Paulo, v. 2, n. 2, p. 132 - 161, jul./dez. 2010.

STRINGHAN, Edward. Kaldor-Hicks efficiency and the problem of central planning, **The quarterly journal of Austrian economics**, v. 4, n. 2, p. 41-50, 2001.

SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. Instituições e políticas industriais e tecnológicas: reflexões a partir da experiência brasileira. **Revista Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 40, n. 1, p. 7-41. jan. – mar. 2010.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 80-87.

TAYLOR, C. ROBERT. Buyer power litigation in agriculture: Pickett v. Tyson Fresh Meats, Inc. **The antitrust bulletin**, v. 53, n. 2, p. 455-474, Summer, 2008.

TAUTZ, Carlos; SISTON, Felipe; PINTO João Roberto Lopes; BADIM, Luciana. **O BNDES e a reorganização do capitalismo brasileiro: um debate necessário**.

Disponível em: http://www.riosvivos.org.br/arquivos/site_noticias_77225852.pdf /.

Acesso em: 30 set. 2018, p. 6.

THE ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION. Report and recommendations. 2007. Disponível em:

http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm. Acesso em: 06 abr. 2018.

TRUBEK, David *et al.* Global restructuring and the law: studies of the internationalization of legal fields and the creation of transitional arenas. **Case Western Reserve Law Review**, v. 44, n. 2, p. 407-498, 1994.

UNITED STATE CODE. **7 USC 229b**: Right to discuss terms of contract. Disponível em: <http://uscode.house.gov/statviewer.htm?volume=116&page=510>. Acesso em: 10

set. 2018.

UNITED STATES COURT OF APPEALS, ELEVENTH CIRCUIT. Henry Lee “Leroy” PICKETT, Mike Callicrate, et al., Plaintiffs-Appellants, v. TYSON FRESH MEATS, INC., Defendant-Appellee. No. 04-12137. Decided: August 16, 2005. Disponível em: <http://media.ca11.uscourts.gov/opinions/pub/files/200412137.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2018.

URSO, Fabiana Salgueiro Perobelli. **A cadeia de carne bovina no Brasil: uma análise de poder de mercado e teoria da informação**. 2007. Tese (Doutorado em Economia de Empresas) – Escola de Economia de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2007.

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. **Horizontal merger guidelines**. (1992, revised 1997). Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>. Acesso em: 20 jun 2018.

USDA (United States Department of Agriculture). **Packers and stockyards act, 1921**. (7 U.S.C. 181). Disponível em: https://www.gipsa.usda.gov/laws/law/PS_act.pdf. Acesso em: 20 jun 2018.

U.S. SUPREME COURT. United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/106/case.html>. Acesso em: 9 fev. 2018.

U.S. SUPREME COURT. FTC v. Procter & Gamble Co., 386 U.S. 568 (1967). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/386/568/case.html>. Acesso em: 15 fev. 2018.

VEBLEN Thorstein. **The place of science in modern civilisation and other essays**, New York: Huesbsch, 1919.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR, Joseph E. VERNON, John M. **Economics of regulation and antitrust**. 4th edition, MIT Pres, Cambridge, Massachusetts, London, 2005.

VUKINA, Tomislav; LEEGOMONCHAI, Poramet. Political economy of regulation of broiler contracts. **American Journal of Agricultural Economics**, v. 88, n. 5, p. 1258-1265, 2009.

WALLER, Spencer Weber. Market talk: competition policy in America. **Law & Social Inquiry**. n. 22, p. 435-457, 1997.

WAKED, Dina I. Mercados não têm que ser perfeitos: política da concorrência e análise de estrutura de Mercado no Sul global. **Revista Direito e Práxis**, v. 7, n. 4, p. 483-529, 2016. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=350950139016>. Acesso em: 30 abr. 2018.

WAKED, Dina I., Antitrust goals in developing countries: policy alternatives and normative choices. **Seattle University Law Review**, v. 38, n. 3, 2015. Disponível

em: <https://ssrn.com/abstract=2600034>. Acesso em: 02 mai. 2018.

WEIS, Leonard W. The concentration-profit relationship and antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1104-1140, 1979.

WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. **American Economic Review**, v. 61, n. 2, p. 112-123, 1971.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

WILLIAMSON, Oliver E. Assessing vertical market restrictions: antitrust ramifications of the transaction cost approach, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 953-993, 1979.

WILLIAMSON, Oliver E. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. **Administrative Science Quarterly**, v. 36, n. 2, p. 269-296, jun. 1991.

WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados e relações contratuais**. São Paulo: Pezco, 2012.

WILKINSON, John (coord.). **Perspectivas do investimento no agronegócio**. Rio de Janeiro: UFRJ, Instituto de Economia, 2008/2009. Disponível em: http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/pesquisa/pib/pib_agronegocio.pdf. Acesso em: 20 jan. 2017.

ZINGALES, Luige. **Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave para a prosperidade americana**. São Paulo: BEÏ Comunicação, 2015, p. 139-140.

ZYLBERSZTAJN, Decio. **A estrutura de governança e coordenação do agribusiness: uma aplicação da nova economia das instituições**. 1995. Tese (Livre-Docência) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1995.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Economia das organizações. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; NEVES, Marcos Fava (org.). **Economia e gestão dos negócios agroalimentares**. São Paulo: Pioneira, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Papel dos contratos na coordenação agro-industrial: um olhar além dos mercados. **Rev. Econ. Sociol. Rural**, Brasília, v. 43, n. 3, p. 385-420, Sept. 2005. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032005000300001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 ago. 2018.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Coordenação e governança de sistemas agroindustriais. *In*: BUAINAIN, Antônio Márcio; ALVES, Eliseu; SILVERA, José Maria da; NAVARRO Zander (org.). **O mundo rural no Brasil do século 21: a formação de um novo padrão agrário e agrícola**, Brasília, DF: Embrapa, 2014. p. 269-294.