

Atos de concentração no setor de educação superior no Brasil: as decisões do Cade sob o paradigma do bem-estar do consumidor e a teoria do interesse público

Mergers and Acquisitions in the higher education sector in Brazil: CADE's decisions under the consumer welfare standard and the public interest theory

Submetido(submitted): 7 May 2022

Parecer(revised): 18 May 2022

Aceito(accepted): 1 June 2022

Rafael Arruda Furtado*

<https://orcid.org/0000-0001-8473-1342>

Artigo submetido à revisão cega por pares (Article submitted to peer blind review)

Licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International

Abstract

[Purpose] To verify if the decisions of the Administrative Council for Economic Defense - CADE, in Merger and Acquisition (M&A) cases in the higher education sector were guided by the methodological approach of the Chicago School of economic thought, whose central purpose can be summarized by the “consumer welfare standard”.

[Methodology/approach/design] Critics of the Chicago School say that antitrust authorities should be concerned with aspects such as quality and diversity, among others. Under these perspectives critical perspectives of antitrust law, combined with the regulatory theory of public interest, this article will analyze whether the decisions of M&A cases in the higher education sector, from 2001 to 2020, were guided by the consumer welfare standard. Critical approaches to antitrust law are linked to non-economic values connected to constitutional principles such as social justice, equal opportunities, and the supremacy of the public interest, which promote the protection of fundamental rights, including the right to higher education.

[Findings] Almost all higher education merger decisions were guided by the consumer welfare standard, implemented based on neoclassical theories of price, which practically does not include aspects such as quality, diversity, and does not focus on the competitive process and the structural dynamics of the sector.

[Practical implications] The historical analysis of M&As in the higher education sector, both in terms of data compilation and in terms of the analysis of the approaches adopted, can help critical discussions of the trajectory of CADE's judgments and guide new approaches to the decision making in future for-profit higher education sector M&As.

[Originality/value] The article contributes to the theoretical and empirical development of antitrust law by discussing the theoretical bases of the approaches adopted by the

*Bacharel em Direito (UnB), Mestre em Relações Internacionais (UnB), Doutorando em Direito (UnB), Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental – EPPGG do Ministério da Economia. Endereço: Setor de Edifícios de Utilidade Pública Norte (SEPN), Entrepradua 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano. E-mail: rafurtado@gmail.com.

Brazilian antitrust authority and by proposing that new approaches should be guided by the principles and purposes of each sector.

Keywords: *Competition/Antitrust Law. Higher Education. Consumer Welfare Standard. Public Interest Theory. Educational Constitutional Principles.*

Resumo

[Propósito] Verificar se as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, em Atos de Concentração (ACs) no setor de educação superior orientaram-se pela abordagem metodológica da Escola de Chicago de pensamento econômico, cuja finalidade central pode ser resumida pelo critério do “bem-estar do consumidor”.

[Metodologia/abordagem/design] Críticos da Escola de Chicago afirmam que as autoridades antitruste devem preocupar-se com, dentre outros, aspectos como qualidade e diversidade. À luz das perspectivas críticas do direito antitruste, combinadas com a teoria regulatória do interesse público, o presente artigo analisará se as decisões dos ACs no setor de educação superior, de 2001 a 2020, se orientaram pelo paradigma do bem-estar do consumidor. As abordagens críticas do direito antitruste articulam-se a valores não-econômicos vinculados a princípios constitucionais como justiça social, igualdade de oportunidades e supremacia do interesse público, que promovem a proteção dos direitos fundamentais, dentre eles o direito à educação superior.

[Resultados] A quase totalidade das decisões dos ACs em educação superior orientou-se em função do paradigma do “bem-estar do consumidor”, implementado com base nas teorias neoclássicas do preço, que praticamente não contempla aspectos como qualidade e diversidade e não orienta seu foco para o processo competitivo e para a dinâmica estrutural do setor.

[Implicações práticas] A análise histórica dos ACs no setor de educação superior, tanto no que se refere à compilação de dados, quanto no que tange à análise das abordagens adotadas, poderá auxiliar discussões críticas da trajetória dos julgados do Cade e orientar novas abordagens para a tomada de decisão em futuros ACs no referido setor.

[Originalidade/relevância do texto] O artigo contribui com o desenvolvimento teórico e empírico do direito antitruste ao discutir as bases teóricas das abordagens adotadas pela autoridade antitruste brasileira em ACs de educação superior e ao propor que as novas abordagens devam orientar-se a partir dos princípios e das finalidades de cada setor.

Palavras-chave: Direito Concorrencial/Antitruste. Educação Superior. Padrão de Bem-estar do Consumidor. Teoria do Interesse Público. Princípios Constitucionais Educacionais.

INTRODUÇÃO

Está cada vez mais presente nas discussões sobre o direito da concorrência a percepção de que a abordagem disseminada a partir do final da década de 1970 pela Escola de Chicago, fundada no padrão de bem-estar do

consumidor, pode ter sido responsável por gerar efeitos deletérios a diversos setores da economia especialmente o aumento de concentração de poder de mercado. As abordagens da Escola de Chicago do direito antitruste não se mostraram capazes de dar respostas adequadas aos desafios de prevenção e controle dos crescentes monopólios e não adotam pressupostos de análise condizentes com a complexidade da política antitruste.

Teóricos norte-americanos começaram a perceber, especialmente após a crise de 2008, que os EUA mais uma vez, de forma análoga ao final do século XIX e princípio do século XX, enfrentam um problema de monopólio. De acordo com Lina Khan, hoje chefe do Federal Trade Commission (FTC):

“A consolidação excessiva é agora uma característica definidora de nossa economia em todos os setores (...) Essa falta de competição produz uma variedade de danos materiais. Evidências sugerem que diminui salários, aumenta os custos do consumidor, atrapalha o investimento, retarda a inovação e torna as cadeias de suprimentos e sistemas complexos altamente frágeis” (KHAN, 2016, tradução livre).

As críticas ao paradigma da Escola de Chicago resgatam abordagens jurídicas históricas do direito antitruste, construindo novas perspectivas de análise concorrencial e afirmando que as decisões das autoridades antitruste deveriam, dentre outras questões: preocupar-se com entradas e propor novos critérios de notificação e de análise *ex-post* de fusões e aquisições (PHILIPPON, 2019); promover a desconcentração de poder por meio da proteção do processo competitivo e de produtores e empregados (STEINBAUM e STUCKE, 2020); analisar danos dinâmicos e estabelecer presunções estruturais (WU, 2018); proibir fusões e aquisições em indústrias altamente concentradas e aprofundar análises de alegações de eficiências (KWOKA, 2020); resgatar o compromisso com inovação, eficiência dinâmica e com aspectos como qualidade e diversidade, e preservar a estrutura dos mercados (KHAN, 2016).

À luz destas perspectivas, o presente artigo analisará o teor das decisões dos 88 Atos de Concentração (ACs)¹ no setor de educação superior notificados perante o Cade, de 2001 a 2020, observando se os julgados se orientaram pelo paradigma do bem-estar do consumidor ou se abordaram alguns aspectos apresentados pelas perspectivas críticas do antitruste.

As perspectivas críticas vinculam-se não somente a diferentes abordagens do antitruste, mas a princípios constitucionais. Esta vinculação

¹ De acordo com o artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, os atos de concentração são as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture* entre duas ou mais empresas.

coaduna-se com a teoria do interesse público, defendida por Mike Feintuck, mediante a qual a instrumentalização do Estado deve se pautar não somente pela economia e sim por outros valores, vinculados a princípios constitucionais, que, no caso do direito fundamental à educação superior no Brasil, representam a “igualdade”, a “liberdade”, a “diversidade” e a “qualidade”, os quais convivem com os princípios estabelecidos pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988, como a redução da desigualdade, a função social da propriedade, o tratamento favorecido de pequenas empresas, dentre outros. A finalidade que se extrai dos princípios da Constituição, que regem a própria ordem econômica, relacionam-se à dignidade e à justiça social, aspectos conectados ao princípio da supremacia do interesse público e, como dimensão importante para o direito concorrencial, à garantia de igualdade de oportunidades.

O presente artigo parte da hipótese de que as decisões do Cade nos atos de concentração no setor de educação superior têm se orientado em função da finalidade do bem-estar do consumidor. As decisões têm sido implementadas com base nas teorias neoclássicas do preço adotadas pela Escola de Chicago, que praticamente não contemplam aspectos como qualidade e diversidade e, em grande medida, não orientam seu foco para o processo competitivo e para uma dinâmica estrutural mais ampla.

O artigo possui uma parte inicial teórica e histórica como forma de exposição da contextualização do problema e da sua possível solução e uma segunda parte empírica de análise de decisões do Cade. Dentro da parte inicial, a primeira seção discute das bases teóricas regulatórias orientadas pelo interesse público convergentes com as abordagens críticas do direito concorrencial e com o regime jurídico da educação no Brasil. Apresenta-se, na sequência, breve histórico do direito antitruste nos EUA, desaguando na fase liderada pelo pensamento da Escola de Chicago e apresentando as principais sugestões relativas às perspectivas críticas do direito concorrencial.

A parte empírica analisa as decisões do Cade, nos ACs do setor de educação superior no Brasil, para testar a hipótese apresentada, observando, primeiramente, se há menções aos termos diversidade e qualidade; e, em seguida, apresentando um diagnóstico dos principais fundamentos das decisões, em que as menções aos termos são encontradas, de que forma são abordados, qual o tratamento conferido a esses temas e qual tem sido a trajetória e possível tendência no que se refere a estruturas de mercado e processo competitivo do setor. Por fim, serão apresentadas considerações finais sobre os resultados obtidos e possíveis recomendações de abordagens futuras acerca do tratamento do direito concorrencial brasileiro ao tema da educação superior.

ASPECTOS TEÓRICOS E HISTÓRICOS DA REGULAÇÃO, DO DIREITO CONCORRENCIAL E DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

A teoria do interesse público, a finalidade do direito concorrencial e a educação superior

Márcio Aranha descreve o direito público como o regramento jurídico do poder político que se caracteriza pela “estruturação do poder, pela conformação dos direitos, pelo estudo das relações envolvendo o Estado e seus delegatários e pela autolimitação do poder” (ARANHA, 2015, loc. 327-329). O direito público possui como um de seus ramos o direito regulatório, que convive com recortes amplos e abrangentes das disciplinas de cada setor de atividades reguladas (ARANHA, 2015, loc. 343-344). Segundo Aranha, os fundamentos do direito regulatório têm sido identificados com o objeto da competição, que opera um efeito decisivo no modelo regulatório atual, sendo, portanto, um dos fundamentos da regulação, mas não se apresenta como seu fundamento central. O cerne da regulação residiria em outra seara qualificadora do mercado: o direito à igualdade (ARANHA, 2015, loc. 364-367).

O verdadeiro protagonista do cenário regulatório é, portanto, o direito à igualdade de condições concorrenciais ou à igualdade de oportunidades (ARANHA, 2015, loc. 404-406). A regulação, segundo Aranha, não surgiu por razões de preservação do mercado, dos preços, ou da defesa dos consumidores, mas por um “fundamento inerente à igualdade” (ARANHA, 2015, loc. 384-388). O cerne da regulação encontra-se, assim, no direito à igualdade de condições concorrenciais, mas não pode se resumir a isso. “Para além do direito à igualdade, o conjunto dos direitos fundamentais apresenta-se como a razão de ser da regulação” (ARANHA, 2015, loc. 426-428). A proteção dos direitos fundamentais como finalidade preeminente da regulação é o primeiro pressuposto do Estado Regulador (ARANHA, 2015, loc. 437-438).

Um dos direitos fundamentais, consagrado na Constituição Federal, é o direito à educação em seus diversos níveis de ensino. A educação superior, tema central do presente trabalho, como setor regulado e objeto de oferta por parte da iniciativa privada, possui, por sua vez, de acordo com Nina Ranieri, regime jurídico de direito público sob o qual incide a supremacia do interesse público. Nos termos da autora, trata-se de:

“[D]isciplina normativa peculiar, que se delinea em função da natureza pública da educação superior e da supremacia do interesse público sobre o particular, e que alcança as instituições de ensino públicas e privadas, bem como os particulares envolvidos na atividade educacional” (RANIERI, 2000, p. 252).

Possui, portanto, natureza eminentemente pública, revelada nos benefícios que produz para a própria centralidade do Estado e da democracia, refletidas em especial a partir da regra estabelecida no art. 205, da Constituição Federal, notadamente o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para a cidadania e para o trabalho. A educação superior tem, assim, natureza pública em razão de seus fins e não porque é oferecida pelo Estado (RANIERI, 2000, p. 42).

Há na regulação social uma série de valores fundamentais emaranhados no discurso jurídico e na estrutura democrática, relacionados e muitas vezes oriundos dos princípios constitucionais. É necessário, todavia, delineamento claro dos preceitos democráticos e constitucionais de interesse público para que se estabeleça um forte entendimento do lugar do interesse público na hierarquia de valores concorrentes. Para que se tenha clareza do delineamento do princípio do interesse público, é importante trazer breve evolução histórica da ideia e das teses centrais críticas à sua pretensa indeterminação.

O princípio da supremacia do interesse público tem origem na antiguidade greco-romana. Trata-se de uma ideia aristotélica em que o todo antecede as partes e tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos particulares. A maximização do bem-estar dos sujeitos adviria da contribuição que cada um juntamente com os demais ofereceria solidariamente ao bem comum (DI PIETRO, 2010, p. 86).

Já no final da idade moderna, principalmente em fins do século XVII e durante o século XVIII, a ideia de bem comum foi substituída pela ideia de interesse geral, de cunho utilitarista, a partir do triunfo do individualismo com as teses contratualistas e liberais. A partir dessas teses, o objetivo dos homens ao se associarem não seria proteger o interesse público, mas o interesse privado de cada qual. Sob a dominância do mesmo paradigma, em fins do século XVIII, o direito administrativo começou a se formar como ramo autônomo do direito. Em sua fase inicial, o interesse público apresentava-se com feição utilitarista, inspirado nas doutrinas contratualistas, reforçadas pelas ideias econômicas de Adam Smith e Stuart Mill (DI PIETRO, 2010, p. 88-93).

Como reação, nasce no século XX o Estado Social, que passa a preocupar-se, além da questão das liberdades individuais, com valores considerados essenciais à existência digna da pessoa humana. Construiu-se, assim, uma nova concepção de bem comum, entendida como superior ao bem individual, fundamentada na natureza humana de cunho universal, em que cada indivíduo tem uma parcela de responsabilidade social, não sendo o interesse geral prerrogativa somente do Estado. O bem comum passa a ser entendido como fundamento e limitação do poder político, pois o poder se constitui para

atingir o bem comum, mas o Estado só deve intervir na esfera individual de forma subsidiária (DI PIETRO, 2010, p. 90-91).

Na década de 1970, em um cenário de crise econômica do centro do capitalismo, retomam-se os valores de um individualismo atomista reconfigurados a partir de uma nova ortodoxia econômica neoliberal, economia agora alavancada ao patamar de disciplina central. A razão neoliberal opõe-se à política, ao planejamento e ao ideal de justiça social administrados pelo Estado. Tal fundamento libertário, vinculado à moralidade de aversão a qualquer tipo de intervenção e interferência naquilo que Hayek chamava de “esfera pessoal protegida”, pôde florescer no cenário de estagflação do final da década de 1970 e consolidar-se profundamente nas últimas cinco décadas (BROWN, 2019, p. 21-22).

No contexto do neoliberalismo, a chamada *public choice theory* tornou-se dominante no campo da regulação. Esta teoria regulatória parte da ideia de que o comportamento na esfera política não difere em essência do comportamento na esfera do mercado, o indivíduo em ambos os contextos age para maximizar sua utilidade. Os teóricos da *public choice* assumem que o bem-estar comum é maximizado pelo exercício de escolhas individuais, e que intervenções regulatórias devem apenas ocorrer nos casos em que ocorrem falhas de mercado (FEINTUCK, 2010, p. 41).

A dominância da teoria da *public choice* traz desafios a pesquisas que buscam trabalhar com a teoria do interesse público. As análises realizadas sob o enfoque da *public choice* não avançam proposições de “dever ser” a políticos, burocratas ou eleitores. Nas palavras de James Buchanan, “como tal, a análise na *public choice* é positiva e não normativa” (BUCHANAN, 2009, P. 442). E, dessa forma, apropria-se da ideia de aplicabilidade tecnocrática, neutra e objetiva.

Defensores da teoria atualmente dominante da visão de mundo da *public choice* alegam que a perspectiva do interesse público padece de falta de clareza. No contexto do neoliberalismo, o princípio da supremacia do interesse público é criticado como excessivamente indeterminado (DI PIETRO, 2010, p. 94). É possível que a perspectiva do interesse público careça de maior clareza para ser ouvida e a tradução da noção de interesse público em critérios regulatórios claramente articuláveis e aplicáveis encontra possíveis problemas. Há um desafio em relação à aceitação do modelo vinculado ao interesse público, pois uma concepção convergente de interesse público pode ser difícil de se identificar (FEINTUCK, 2010, p. 48).

Na ausência de uma clara explicação dos valores e visões, a defesa da regulação baseada no interesse público fica vulnerável a ataques das forças de mercado e àquilo que pode ser mensurado em termos econômicos. Segundo

Mike Feintuck, “princípios relativos à regulação em busca de objetivos coletivos não são claramente tão bem elaborados e desenvolvidos como os relativos a interesses privados” (FEINTUCK, 2010, p. 45-46). O desafio de se articular com clareza as bases da teoria do interesse público representa uma dificuldade inerente segundo Feintuck:

“Princípios e valores substantivos em contexto específico devem ser observados para proporcionar clareza à ideia de interesse público. Valores devem ser determinados e princípios deles extraídos antes do desenho institucional necessário ao alcance dos objetivos e resultados. Na ausência de valores estabelecidos, a regulação utiliza aquilo que é mensurável economicamente, gerando valorização exclusiva do que é mensurável ao invés de mensurar e regular com vistas ao valoroso” (FEINTUCK, 2010, p. 45).

O modelo de pensamento regulatório atualmente dominante fundamenta-se na alegação de legitimidade derivada da escolha individual no espaço do mercado. Tal perspectiva acabou se estendendo para domínios que até então eram considerados não econômicos, como o caso da educação (FOUCAULT, 2021, p. 279). É necessário, portanto, postular uma visão alternativa que parta da orientação do interesse público ao invés do interesse privado. O estabelecimento de uma estrutura coerente de valores substantivos é uma tarefa necessária à efetiva regulação em busca de objetivos de interesse público (FEINTUCK, 2010, p. 42-43).

Um caminho possível é o desenvolvimento e o uso do conceito de interesse público vinculado ao valor da cidadania e da equidade. Os interesses dos cidadãos devem estar acima dos interesses dos consumidores. A própria norma central² que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência estabelece a “coletividade” como titular dos bens jurídicos a serem protegidos. O problema é que o sistema jurídico é mais eficaz em defender os direitos individuais, relacionados aos interesses privados de propriedade do que em validar e proteger “*non-commodity values*” (FEINTUCK, 2010, p. 50).

Feintuck cita, como possibilidade de se conferir clareza ao que constituiria o interesse público, o princípio da “precaução”, como confluência entre ciência, direito, economia e democracia. No caso da regulação da mídia de massa, as considerações de interesse público, descritas como “teste de pluralidade”, deveriam abarcar aspectos como acurácia, liberdade e pluralidade. Em essência, os princípios fundamentais, que podem ser transportados para a regulação da educação superior, seriam a manutenção de um grau de diversidade e de qualidade (FEINTUCK, 2010, p. 49).

² Vide Lei nº 12.529/2011.

De acordo com Di Pietro, existem diferentes graus de indeterminação do princípio da supremacia do interesse público. Como sinônimo de bem comum, o grau de indeterminação é elevado. Mas o grau diminui quando se consideram os diferentes setores de atuação do Estado, como é o caso da educação, com interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional (DI PIETRO, 2010, p. 98).

A regulação social, segundo Di Pietro, abrange a fixação de regras de conduta e controle em áreas como a educação e apresenta objetivo mais amplo vinculado à organização de aspectos da vida social para proteger o interesse público, correspondente ao próprio fim do Estado (DI PIETRO, 2010, p. 96).

O interesse público pode ser definido, portanto, a partir das características, dos princípios constitucionais, das finalidades e do arcabouço normativo de cada setor tratado em casos específicos, complementado, na seara do direito antitruste, com o sistema normativo que lhe é peculiar. A natureza do interesse público relativa à educação reside no conjunto de princípios estabelecidos no exercício fundamental da democracia institucionalizado pelo poder constituinte originário na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Os princípios que orientam as políticas e conseqüentemente a regulação da educação superior no Brasil, que merecem proteção e que não necessariamente serão garantidos pelas forças do mercado, podem ser resumidos nos valores da igualdade (acesso), da liberdade (liberdade acadêmica), da diversidade (pluralismo pedagógico e coexistência de instituições públicas e privadas) e da qualidade, e estão expressos no art. 206 da CF da seguinte forma:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; (...)

VII - garantia de padrão de qualidade.

Há uma série de valores em que a análise econômica e os mecanismos de mercado não são apropriados. Há valores que ultrapassam e até se contrapõem ao domínio econômico. A teoria regulatória do interesse público parte da premissa de que os mecanismos de mercado não são os mais apropriados para explicar os fenômenos relacionados a determinados valores sociais. A regulação em determinados campos do conhecimento deve incorporar

um conjunto de valores não-econômicos como forma de reconhecer e refletir princípios relativos à justiça social (FEINTUCK, 2010, p. 39).

O interesse público deve orientar a identidade valorativa da regulação da educação superior no Brasil em contraposição ao discurso da finalidade da regulação restrita à estabilização econômica e a práticas, valores e resultados de decisões baseadas na eficiência do mercado. De acordo com Mike Feintuck, “o quadro de referências do mercado é muito estreito para abarcar de forma apropriada o conjunto de valores sociais e políticos estabelecidos em democracias liberais” (FEINTUCK, 2010, p. 39). A regulação governamental, segundo Cass Sunstein, promove a liberdade por tornar mais fácil às pessoas fazerem ou alcançarem democraticamente o que desejam (SUNSTEIN, 1990, p. 40). Na mesma linha, segundo Feintuck:

“Se o regulador não trazer efetivamente algo além do que se reflete a partir das forças de mercado, nossas expectativas democráticas não serão atendidas e a legitimidade do regulador de fazer algo além de simplesmente reafirmar a primazia dos mercados será minada” (FEINTUCK, 2010, p. 51).

De acordo com Di Pietro, ao contrário do que se afirma, o princípio da supremacia do interesse público não coloca em risco os direitos fundamentais do homem e sim os protege. O direito administrativo caracteriza-se, segundo Di Pietro, pelo binômio autoridade-liberdade. A administração pública deve ter prerrogativas de autoridade para a consecução do interesse público. Da mesma forma, ao cidadão devem ser conferidas garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder (DI PIETRO, 2010, p. 99).

A relação ideal é de equilíbrio entre direito individual e o interesse público, o que pode ocorrer a partir da mediação que o princípio da razoabilidade pode conferir. De acordo com a mesma autora:

“O princípio da supremacia do interesse público convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco. Ele encontra fundamento em inúmeros dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade. A exigência de razoabilidade na interpretação do princípio da supremacia do interesse público se faz presente na aplicação de qualquer conceito jurídico indeterminado; atua como método de interpretação do princípio (na medida em que permite a ponderação entre o interesse individual e o público) e não como seu substituto” (DI PIETRO, 2010, p. 102).

A regulação voltada para o interesse público é, portanto, uma regulação que busca maximizar o bem-estar social. Não é o resultado de decisões regulatórias que pretendem maximizar o interesse de seletos grupos às expensas da maioria. Se há maximização pontual de interesses específicos, segundo Steven Croley, a regulação pelo interesse público promove ganhos que superam qualquer perda do resto da sociedade (CROLEY, 2008, p. 10).

Sem regulamentação adequada, podem surgir, no caso do direito antitruste, objeto do presente artigo, práticas anticoncorrenciais abusivas, prejudicando a própria eficiência e os incentivos para inovar (STIGLITZ, 2009, p. 3). O sistema de direito concorrencial baseia-se quase inteiramente em considerações econômicas, o que demandaria o engajamento acerca de uma visão de interesse público que vai além da concorrência (FEINTUCK, 2010, p. 49). É perfeitamente possível, em atos de concentração em determinados setores, encontrar exemplos em que os interesses dos consumidores não se coadunam com os interesses de cidadãos e tais incoerências devem ser observadas e apontadas para a contínua melhoria da atuação dos órgãos reguladores setoriais e da autoridade antitruste brasileira.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO ANTITRUSTE NOS EUA, A ESCOLA DE CHICAGO E AS PERSPECTIVAS CRÍTICAS ATUAIS

As fases do direito antitruste nos EUA

Após a Guerra Civil norte-americana (1861-1865), tem início a história do antitruste naquele país. O contexto social estadunidense da época ficou conhecido como a “Gilded Age”³. Era uma época de avanços tecnológicos, descobertas⁴ e prosperidade de uma classe em ascensão, que concentrava poder econômico, mas que convivia com a pobreza, o trabalho infantil e a precariedade urbana.

Nessa mesma época, surgia uma inovação jurídica nos EUA: a reconfiguração do instituto dos *trusts*⁵, fundamental para o tipo de atividade

³ Este termo foi cunhado por Mark Twain, que, em 1873, de forma satírica, apresentou o período como uma era de problemas sociais, corrupção e práticas anticoncorrencias encobertas pela riqueza aparente (TWIN e WARNER, 1915). Para uma discussão sobre os aspectos regulatórios da época, ver McCRAW (1984).

⁴ De acordo com os historiadores norte-americanos Hofstadter e Gray: “as necessidades da Guerra haviam estimulado tremendamente as indústrias e acelerado o processo econômico baseado na exploração do ferro, do vapor, da eletricidade e do processo da ciência e da invenção. Em 1844, Samuel Morse aperfeiçoou a telegrafia elétrica; em 1876, Alexander Graham Bell exibiu o seu telefone; a máquina de escrever foi inventada em 1886 e a caixa registradora em 1897; e a lâmpada incandescente de Edison iluminou milhões de lares” (HOFSTADTER e GRAY, 1985, p. 103).

⁵ De acordo com Waldemar Ferreira, “o *trust* primitivo do direito inglês em verdade pode ter sido sugerido pela instituição romana do *fideicommissum* ou da *fiducia*” (FERREIRA, 1956, p. 19). Com sua origem remota no fideicomisso do direito romano, de caráter

econômica que rapidamente se expandiria nos EUA do final do século XIX. O instituto inovador possibilitou assegurar o privilégio jurídico de determinados bens ou ativos, tornando-os “capital” após seu processo de “codificação”⁶.

Segundo Katharina Pistor, a construção da ressignificação do instituto dos *trusts*⁷, por meio do processo de codificação, foi realizada pelos chamados mestres da codificação, conforme descrito a seguir:

“Os advogados são comumente descritos como prestadores de serviços jurídicos. Essa descrição, no entanto, subestima muito a contribuição dos advogados para a codificação do capital e, por meio dela, para a criação e distribuição de riqueza na sociedade. (...) [Os] verdadeiros mestres da codificação usam seu *know-how* jurídico, que construíram ao longo de anos de prática em trocas com clientes e pares profissionais, para criar capital novo e, nesse processo, muitas vezes, elaborar novas leis a partir de arcabouço normativo já existente” (PISTOR, 2019, p. 159, tradução livre).

Como verdadeiro “mestre da codificação”, um advogado chamado Samuel Dodd, representante da empresa *Standard Oil Company*, pertencente ao empresário mais rico do mundo à época, John D. Rockefeller, reconfigurou a arquitetura jurídica dos principais mercados dos EUA ao ressignificar o instituto dos *trusts*. Estes passaram a ser utilizados por conglomerados em diversas indústrias interdependentes para aglutinar poder econômico e poder político, servindo de camuflagem para a teia de relações de participação societária que se configurou nos EUA, desenvolvendo o que ficou conhecido como a árvore da família Rockefeller-Morgan⁸.

Os historiadores Hofstadter e Gray, discorrendo sobre a configuração dos *trusts* no final do século XIX nos EUA, observam que:

“Essa tendência, iniciada durante a Guerra Civil, vinha ganhando ímpeto desde a década de 1870, na medida em que os empresários percebiam que se pudessem trazer as firmas competidoras para formar uma única organização, eles poderiam então controlar a produção e os mercados. Foram assim

testamentário, apresentou versão moderna reconceituada no direito inglês (sob influência do direito islâmico), nos séculos XI e XII, na época das Cruzadas, como instrumento para assegurar as terras dos cavaleiros dessas guerras religiosas (THOMAS, 1949, p. 163).

⁶ Nas palavras de Katarina Pistor, “o *trust* é um dispositivo legal que se destina a proteger os bens e para tal serve aqueles que possuem bens, ou seja, os ricos. Não surpreendentemente, é um módulo crítico para codificar capital” (PISTOR, 2019, p. 44, tradução livre).

⁷ “A *trust law* mudou ao longo do caminho, e o *trust* se transformou de um dispositivo de segurança para a riqueza individual ou familiar em um veículo para proteger os ativos da empresa” (PISTOR, 2019, p. 44, tradução livre).

⁸ Para visualização da rede, ver interessante gráfico disponível *online*: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:The_Rockefeller-Morgan_Family_Tree,_1904.jpg.

desenvolvidas as sociedades anônimas (*corporations*) e os trustes tendo esse objetivo em vista” (HOFSTADTER e GRAY, 1985, p. 104).

Reações ao processo de concentração poder de mercado dos *trusts* surgiram nos EUA. Uma das mais influentes foi a do advogado, e posteriormente membro da Suprema Corte dos EUA, Louis D. Brandeis. Formado em Direito pela Universidade de Harvard, Brandeis, além de ter sido um dos criadores do *Federal Reserve System* (FED) e do *Federal Trade Commission* (FTC), incorporava a revolta popular contra o chamado “*big business*” e a constituição de monopólios. Foi um símbolo da tradição regulatória norte-americana e um dos responsáveis pela conformação do período regulatório da Era Progressista nos EUA (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 44-46).

Do ponto de vista jurídico-institucional, a principal reação ao modelo dos *trusts* foi o Sherman Act, de 1890, que dispunha sobre a proibição de cooperação anticompetitiva, de condutas anticompetitivas unilaterais de restrição ou tentativas de restrição ao comércio, reconhecia algumas práticas como ilícitos *per se* e apresentava objetivos de cunho distributivo e não relacionados a eficiência.

O Sherman Act, para Kovacic e Shapiro, representou o início da primeira fase (1890-1914) do antitruste nos EUA, na qual, apesar da impressão inicial relativamente generalizada de que a norma não teria efeito prático, pouco a pouco os tribunais passaram a interpretar suas disposições em torno das condutas relacionadas a colusão e cooperação entre firmas. Os tribunais encontravam, no entanto, nos anos iniciais, dificuldades para condenar o status de monopólio⁹. Vários casos foram iniciados contra as grandes indústrias norte-americanas; o mais emblemático, relacionado a abuso de posição dominante, iniciou-se em 1911, envolvendo a *Standard Oil Company*, cuja decisão, dentre outras questões, cindiu a empresa em 34 partes (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 44-46).

A segunda fase do antitruste nos EUA (1915-1936) foi inaugurada pela promulgação do Clayton Act e pela criação do FTC. Apesar das decisões impactantes ocorridas anteriormente, esta fase não se caracterizou por forte aplicação do direito antitruste. Ao contrário, os tribunais trataram a cooperação entre rivais de forma bastante permissiva e tolerante, tendo sido chamada de “era da negligência” do direito antitruste (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 46). O próprio criador do FTC, Louis Brandeis, criticou severamente a agência, chegando a declarar que sua atuação se caracterizava por uma “*stupid administration*” (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 48).

⁹ Essa visão acerca dos anos iniciais do antitruste nos EUA é compartilhada por Stucke e Ezrachi. Para maior aprofundamento, ver STUCKE e EZRACHI (2017).

Quanto às análises de casos que envolviam a mensuração de poder de mercado, a Suprema Corte tendia a aceitar definições mais alargadas de mercado relevante que tornavam a observação de dominância mais difícil. A atuação do FTC em seus primeiros anos não contribuiu para maior aplicação e execução do direito antitruste. Segundo Stucke e Ezechri, nesta etapa, a atividade antitruste era rara uma vez que:

“As administrações geralmente preferiam a cooperação governo-indústria (e, durante o início do New Deal, planejamento econômico e códigos de concorrência leal da indústria), em vez de uma aplicação antitruste robusta (STUCKE e EZRACHI, 2017, tradução livre).

Na terceira fase (1937-1972) do antitruste norte-americano, a Suprema Corte passou a atuar com maior propensão ao reconhecimento de práticas como ilícitos *per se* e a diminuir a aceitação de justificativas relativas à eficiência em fusões e aquisições. Segundo Kovacic e Shapiro:

“A Suprema Corte considerava, dentre outros argumentos, que as alegações de eficiência seriam, na melhor das hipóteses, irrelevantes e possivelmente um fator que pesaria contra a aprovação do ato de concentração (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 51, tradução livre).

Essa fase representou, de acordo com Stucke e Ezechri, a era de ouro da atuação antitruste, em que a competição era vista como um antídoto contra o fascismo e o antitruste era o viabilizador dessa competição. Uma política antitruste robusta representava condição central para a concorrência efetiva (STUCKE e EZRACHI, 2017).

Para Kovacic e Shapiro, havia nesta fase grande consistência entre as decisões judiciais e o pensamento econômico predominante. Tanto os tribunais quanto as ideias econômicas enfatizavam questões relacionadas à concentração, à estrutura de mercado, à performance dinâmica e à observação mais cuidadosa sobre as condutas, articulando e desenvolvendo um paradigma que estabelecia a relação causal entre estrutura do mercado relevante, conduta empresarial e desempenho das empresas, no que ficou conhecido como o paradigma da Estrutura-Condução-Desempenho (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 51), orientado pela Escola Estrutural de Harvard.

A concentração de mercado era vista com desconfiança pela Escola Estrutural de Harvard, interpretada como um indicativo da probabilidade de exercício de poder de mercado e de restrições à entrada de rivais. A Escola defendia a centralidade da atuação estatal para corrigir distorções e a regulação como necessária e positiva para o funcionamento da economia de mercado. Compreendia de forma mais ampla as finalidades do direito antitruste, considerado como uma parte integral da política econômica e como instrumento para manejar finalidades socialmente definidas.

A Escola de Harvard, segundo Oliver Budzinski, favoreceu uma abordagem de múltiplos objetivos do direito antitruste que podiam incluir:

“qualquer tipo (desejado) de objetivos, por exemplo, eficiência, bem-estar do consumidor, inovação, distribuição justa de renda, liberdade, promoção de pequenos negócios, diversificação, proteção contra concorrência desleal, proteção contra o poder de mercado, competitividade internacional, integração econômica das regiões, promoção de regiões economicamente atrasadas, baixo desemprego, proteção de empregos locais, promoção de indústrias-chave, desenvolvimento sustentável, etc.” (BUDZINSKI, 2007, p. 4, tradução livre).

A Escola de Chicago no antitruste estadunidense

A quarta fase do direito antitruste nos EUA, representada pela Escola de Chicago, teve início na década de 1970. Uma nova regulação da economia surgiu como resposta à estagflação¹⁰ e às crises fiscais que eclodiram em vários países. Crescia a sensação de que as políticas keynesianas não mais funcionavam (HARVEY, 2011, p. 22).

Em 1971, enfrentando ainda os gastos com a Guerra do Vietnã e uma crescente inflação, Nixon suspendeu a conversibilidade do dólar em ouro, alterando o sistema de câmbio fixo construído em Bretton Woods, e abrindo as portas para a reorganização do capitalismo a partir de uma nova forma de gestão do comércio e dos pagamentos internacionais mais voltada para o mercado (MAZZUCATO, 2020, p. 150). A nova ortodoxia consolidou, na prática, a partir dos governos de Margareth Thatcher (1979-1990), na Grã-Bretanha, e de Ronald Reagan (1981-1989), nos EUA, a teoria neoliberal que vinha sendo construída após a II Guerra Mundial por economistas, filósofos e acadêmicos orientados principalmente pelos teóricos de Chicago, Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek e Milton Friedman (HARVEY, 2011, p. 26-31).

A Escola de Chicago utilizou-se dos modelos econômicos da teoria neoclássica do preço para, a partir das premissas de concorrência perfeita, estipular que a maioria dos mercados é presumivelmente competitiva, tendente a gerar naturalmente resultados de eficiência. A concentração deixou de ser um problema, pois seria simplesmente “irrelevante”. Para Mises, os monopólios teriam efeito perturbador quando agissem sobre os preços. Os próprios

¹⁰ “Os neoliberais souberam aproveitar o desnorte dos keynesianos, surpreendidos com o ‘paradoxo da estagflação’ (J. Stein), confusos perante o ‘dilema da estagflação’ (Samuelson). Hayek veio proclamar que a inflação é o caminho para o desemprego (...) e, parafraseando o título de um célebre opúsculo de Keynes, colocou o keynesianismo no banco dos réus, sustentando que a inflação e o desemprego são ‘*the economic consequences of Lord Keynes*’” (NUNES, 2003, p. 21-22).

monopólios não teriam o incentivo de praticar preços abusivos, pois, dessa forma, atrairiam entrantes no mercado.

“Por conseguinte, se um monopólio quiser conservar o seu poder monopolista terá de aplicar não o preço do monopólio, mas um preço idêntico ou, em todo caso, próximo do preço da concorrência. (...) Ao praticar essa “política de como se” concorrencial, o monopólio faz funcionar essa estrutura muito importante e que é o fenômeno determinante na concorrência. E, nesta medida, não é pertinente, no fundo, saber se há ou não um monopólio” (FOUCAULT, 2021, p. 181).

A eficiência passou assim a justificar parte das práticas condenadas até então pelo antitruste, como fixação de preços de revenda, venda casada, preço predatório, recusa de contratar, integração vertical, dentre outras (CASTRO, 2017, p. 55). Os preços ao consumidor se tornaram a métrica dominante para avaliar a concorrência e a finalidade do antitruste tornou-se exclusivamente o bem-estar do consumidor, conforme estabelecido pela obra de Robert Bork, de 1978, “*The Antitrust Paradox*”.

O livro de Robert Bork representa um marco na transformação do antitruste com seus efeitos perdurando até os dias atuais. Bork foi aluno em Chicago, fortemente influenciado pelo grupo de economistas daquela instituição, inspirados pelos ideais neoliberais de Hayek e Friedman, dentre outros participantes da Sociedade de Mont Pelérin (HARVEY, 2011, p. 29). Bork adotou as premissas econômicas da Escola de Chicago de mercados autocorretores, compostos de agentes racionais maximizadores de utilidade, e tratou a questão da eficiência como o único conhecimento capaz de atribuir racionalidade ao antitruste.

Para Bork, o paradoxo do antitruste residiria na ideia de que a própria intervenção das autoridades antitruste estaria sendo responsável por proteger empresas ineficientes do processo competitivo, o que acabaria gerando aumento de preços e consequentemente diminuindo o bem-estar dos consumidores. Em outras palavras, considerar a concorrência como um valor em si implicaria prejuízo ao consumidor pois impediria economias de escala, que reduzem custos e consequentemente preços, de gerar eficiência. Segundo Daniel Crane:

“De todas as contribuições importantes de Robert Bork para o direito antitruste, nenhuma foi mais significativa do que sua identificação de eficiência econômica, disfarçada de bem-estar do consumidor, como o único objetivo normativo do direito antitruste dos EUA” (CRANE, 2014, p. 835, tradução livre).

O paradigma do bem-estar do consumidor, nas palavras de Robert Bork, configurou-se como:

“O único objetivo que deve orientar a interpretação das leis antitruste é o bem-estar dos consumidores (...) Ao julgar o bem-estar do consumidor, a eficiência produtiva, o fator mais importante que contribui para esse bem-

estar, deve receber o devido peso junto com a eficiência alocativa” (BORK, 1993, p. 405, tradução livre).

A ideia de eficiência alocativa como finalidade única do direito antitruste não considera aspectos distributivos. A transferência de riqueza de consumidores para monopolistas não deveria ser considerada como necessariamente prejudicial. Segundo Bork:

“Aqueles que continuam a comprar depois que um monopólio é formado pagam mais pela mesma produção, e isso transfere a renda deles para o monopólio e seus proprietários, que também são consumidores. Isso não é um peso morto devido à restrição da produção, mas apenas uma mudança na renda entre duas classes de consumidores. O modelo de bem-estar do consumidor, que vê os consumidores como uma coletividade, não leva em conta esse efeito renda” (BORK, 1993, p. 110, tradução livre).

A consequência dessa concepção é a exclusão dos valores jurídicos que são tratados como ideológicos ou taxados de imprecisos, não-econômicos, ineficazes, não-técnicos, não-operacionalizáveis, quando, na verdade, trata-se de respeitar a teoria econômica como ferramenta de análise de uma realidade complexa e não reducionista.

A visão do direito concorrencial, por parte da Escola de Chicago, direcionava-se no sentido do abandono das ideias estruturalistas de Harvard e das finalidades políticas, sociais e econômicas que marcaram a história do Sherman Act, substituindo-as pela finalidade única da eficiência econômica, enquanto critério objetivo, politicamente neutro, de aplicabilidade tecnocrática, contrapondo-se a um caráter considerado subjetivo e impreciso de demandas fundadas em valores não-econômicos. Os modelos econômicos teriam características de neutralidade, cientificidade e racionalidade, desvinculados de interesses políticos, e passíveis de execução por um corpo de especialistas, que substituiriam decisões políticas por decisões eminentemente técnicas (CASTRO, 2017, p. 47-49).

Esse período foi marcado, portanto, por considerável redução das possibilidades de atuação estatal. Havia ceticismo quanto à capacidade de intervenção do Estado em desenhar propostas aptas a melhorar a situação econômica. Em vários atos de concentração nos EUA, foi utilizado, segundo Kovacic e Shapiro, o critério de potencial facilidade de entrada em mercados analisados para permitir fusões com altos percentuais de sobreposição horizontal (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 54).¹¹

¹¹ Kovacic e Shapiro apresentam ainda o que seria a quinta fase do antitruste norte-americano, iniciada em 1992, chamada de “síntese Pós-Chicago” (KOVACIC e SHAPIRO, 2000, p. 57). Esta fase, no entanto, aprofunda as ideias da Escola de Chicago, pois representa a continuidade da ênfase ao aspecto econômico no que concerne às

As perspectivas críticas do direito antitruste atual

As abordagens concorrenciais inspiradas na Escola de Chicago do direito antitruste nos EUA acabaram contribuindo para o aumento da concentração de poder de mercado em diversos setores da economia. Na maioria dos setores da economia dos Estados Unidos, a concorrência diminuiu. Segundo Thomas Philippon, as consequências da falta de concorrência são “salários mais baixos, menor investimento, menor produtividade, menor crescimento e mais desigualdade” (PHILIPPON, 2019, p. 9-10, tradução livre).

O foco do direito antitruste tornou-se economicamente estreito. A reivindicação de neutralidade política de um direito concorrencial unificado em torno do conceito neoclássico de eficiência econômica, inserido no contexto de desregulação, desoneração, flexibilização e privatização, constituiu o aparato institucional que deu base ao processo de concentração de riqueza e poder, com relação simbiótica e de retroalimentação entre a mentalidade financeira do atual estágio do capitalismo e o *ethos* monopolista, com efeitos deletérios à própria democracia.

O ideal neoliberal encontrou terreno fértil na era do capital financeiro, conforme Fine e Saad-Filho (FINE e SAAD-FILHO, 2016), porque ele é dominado pela mentalidade do monopólio. Não à toa o grande guru do mercado financeiro global, Warren Buffett, é abertamente avesso à concorrência em sua definição de boa gestão, afinal de contas “se você tem concorrentes efetivos, você está fazendo errado” (HARDING, 2017). Buffett aposta em monopólios e odeia competição. Ele e seu parceiro de negócios Charlie Munger sempre tentaram comprar empresas com status de monopólio. A lógica de Buffett, segundo Tepper e Hearn, é a de que “os oligopólios podem espremer trabalhadores e fornecedores, elevar os preços aos consumidores, e isso torna as ações do oligopólio compras atraentes” (TEPPER e HEARN, 2019, p. 5-7, tradução livre). A chamada “Revolução de Chicago” acabou por gerar maior permissividade no antitruste (KWOKA, 2020), diminuição de condenações relacionadas a condutas monopolísticas¹², prejuízos a trabalhadores, com

análises de atos de concentração pretensamente isentas de juízos políticos ou ideológicos, e focadas na observação de sinergias decorrentes das operações, gerando abordagens mais amigáveis em relação aos efeitos gerados pelas fusões e aquisições.

¹² Ver Yale School of Management, Thurman Arnold Project at Yale, Antitrust Enforcement Data. Modern U.S. antitrust theory and evidence amid rising concerns of market power and its effects: an overview of recent academic literature. Disponível em:

menores salários (WU, 2018), aumento de lucros, aumento de preços, aumento de colusão (TEPPER e HEARN, 2019), crescimento dos *mark-ups* das principais empresas norte-americanas com base em maior poder de mercado e em investimentos financeiros (LOECKER, EECKHOUT e UNGER, 2020), diminuição de *startups*, diminuição de produtividade e aumento de desigualdade (PHILIPPON, 2019), além de apresentar incompatibilidade com a própria natureza do direito, que trata de valores, de ética, de política e de aspectos sociais (EZRACHI e STUCKE, 2016), em grande medida oriunda da ausência de maior compartilhamento de caminhos e premissas (“boa economia”) por parte de economistas (BANERJEE e DUFLO, 2019). Segundo Marina Lao, privilegiar somente os consumidores desconsidera interesses de outros agentes do mercado ou de outros interessados impactados pelas decisões (LAO, 2014). A postura convencional, adotada pela Escola de Chicago, não leva em consideração, de acordo com Lina Khan, o bloqueio da concorrência potencial, a inovação, a qualidade e a diversidade (KHAN, 2016).

São cada vez mais relevantes, nesse contexto, as discussões sobre novas perspectivas de abordagem do direito concorrencial. Assim como ocorreu contra os *trusts* no final do século XIX e início do século XX, em que as reações acabaram formatando construções jurídico-institucionais, como o *Sherman Act*, o *Clayton Act* e a criação do FTC, nos EUA, o momento atual reacende argumentos sobre a necessidade de abordagens mais adequadas no que concerne a monopólios, oligopólios, aos efeitos, não restritos somente a preços, das práticas anticoncorrenciais e das fusões e aquisições, e ao chamado “*big business*”.

De acordo com o professor de direito da *Columbia University*, Tim Wu:

“Conseguimos recriar a economia e a política de um século atrás - a primeira Gilded Age - e continuamos em grande perigo de repetir mais dos erros característicos do século XX. Como aquela época nos ensinou, a concentração econômica extrema produz grande desigualdade e sofrimento material, alimentando o apetite por lideranças nacionalistas e extremistas” (WU, 2018, p. 14, tradução livre).

Para enfrentar os problemas apontados, surgem novas perspectivas para a política antitruste que podem ser divididas dentre aquelas que buscam superar o critério do bem-estar do consumidor e aquelas que buscam reinterpretá-lo. Ambas as correntes partem de críticas à Escola de Chicago, que teria contribuído, conforme já explicitado, para o aumento de concentração, de poder de mercado, de lucros, de preços, de desigualdade, e para a diminuição de salários, de *startups*, da produtividade e do investimento. A Escola de Chicago

<https://som.yale.edu/faculty-research-centers/centers-initiatives/thurman-arnold-project-at-yale/antitrust-enforcement-data-0>.

teria ignorado aspectos como qualidade, diversidade e inovação. As eficiências, ao contrário do sustentado pela Escola, não são repassadas e a pretensa segurança trazida pelas metodologias de Chicago pode ser consequência da “hora dos economistas” (na expressão utilizada por Appelbaum e cunhada por Thomas McCraw)¹³, que não considera que o direito já lida com uma série de aspectos, variáveis e valores diversos, em grande parte das vezes, conflitantes, para tomar decisões com base não somente em critérios técnicos ou objetivamente quantificáveis.

As perspectivas críticas à abordagem de Chicago apresentam variadas sugestões acerca do que deveria ser foco de atenção das autoridades e do direito antitruste. Thomas Philippon apresenta diagnósticos com robusta base empírica e trata de sugestões relacionadas a princípios regulatórios como a defesa de um mercado livre que possibilite novos entrantes e a necessidade de maiores exigências sobre incumbentes. Propõe ainda incentivos à busca de soluções ousadas por parte de autoridades e maior ênfase sobre a portabilidade de dados como vetor de dinâmica competitiva, relacionados ao direito à informação e à privacidade. Philippon destaca também a necessidade de novos paradigmas de notificação de atos de concentração e o estabelecimento de critérios de análise *ex-post* de fusões e aquisições (PHILIPPON, 2019).

Steinbaum e Stucke defendem que o paradigma do bem-estar do consumidor seja substituído pela proposta de *competition standard*. Para os autores, historicamente, o antitruste não buscava promover a eficiência alocativa ou o bem-estar do consumidor e sim a desconcentração de poder por meio da proteção ao processo competitivo e da adoção de postura mais dura por parte das autoridades, com vistas à proteção de indivíduos, consumidores, produtores e empregados (STEINBAUM e STUCKE, 2020).

Tim Wu, por sua vez, afirma que o objetivo do antitruste deve ser a proteção da competição por meio da ênfase também no processo competitivo. As autoridades devem superar o paradigma de bem-estar do consumidor e a teoria neoclássica do preço, dedicando-se à análise de danos dinâmicos e banindo, por meio de presunções estruturais, operações que ameacem um limite mínimo de número de competidores (WU, 2018).

¹³ “Nas quatro décadas entre 1969 e 2008, um período que chamo de 'Hora dos Economistas', tomando emprestada uma frase do historiador Thomas McCraw, os economistas desempenharam um papel importante na contenção de impostos e gastos públicos, desregulamentando grandes setores da economia e compensando o caminho para a globalização. Economistas persuadiram o presidente Richard Nixon a encerrar o recrutamento militar. Economistas convenceram o judiciário federal a abandonar em grande parte a aplicação das leis antitruste.” (APPELBAUM, 2019, p. 5, tradução livre).

John Kwoka entende que a política antitruste deveria simplesmente proibir atos de concentração em mercados altamente concentrados, pressupondo serem necessariamente anticoncorrenciais. As autoridades deveriam adotar maior ceticismo quanto a alegações de eficiências apresentadas por requerentes em atos de concentração ao entender que as eficiências alegadas em determinadas concentrações raramente ocorrem e não podem contar a favor de fusões e aquisições a não ser em casos excepcionais (KWOKA, 2020).

Lina Khan, hoje *Chair* do FTC, em seu famoso artigo “*Amazon’s Antitrust Paradox*”, advoga que o padrão de bem-estar do consumidor deve ser substituído por uma abordagem orientada para a preservação do processo competitivo e da estrutura dos mercados. O direito antitruste era inicialmente guiado pelos princípios de diversidade e acesso a mercados e era contra a alta concentração e os abusos de poder (KHAN, 2017, p. 740). Deve-se, assim, adotar mudança intelectual que abrace seus objetivos originais, resgatando o compromisso com a inovação, com a eficiência dinâmica e com aspectos como a qualidade e a diversidade.

Segundo Khan, o direito antitruste falha mesmo se seu objetivo fosse promover apenas os interesses do consumidor.

“Críticamente, os interesses do consumidor incluem não apenas custo, mas também qualidade, variedade e inovação do produto. Proteger esses interesses de longo prazo requer uma concepção muito mais densa de “bem-estar do consumidor” do que a que orienta a abordagem atual. Mas, mais importante, o foco indevido no bem-estar do consumidor é equivocado. Ela trai a história legislativa, que revela que o Congresso aprovou leis antitruste para promover uma série de fins políticos e econômicos – incluindo nossos interesses como trabalhadores, produtores, empresários e cidadãos” (KHAN, 2017, p. 737, tradução livre).

Os fins políticos e econômicos, tratados por Lina Khan, são finalidades de interesse público que, de acordo com Christopher Leslie, representaram a base principiológica do Sherman Act (LESLIE, 2012, p. 887). Conforme já defendido neste artigo, o interesse público pode ser delimitado pelos princípios constitucionais, que no caso da educação superior no Brasil, convergem com a concepção mais densa defendida pela abordagem atual do antitruste estadunidense de promoção de aspectos como diversidade e qualidade.

As perspectivas apresentadas, no entanto, têm sido objeto de críticas (WRIGHT *et al*, 2018) por supostamente não apresentarem propostas metodológicas sólidas e evidências empíricas capazes de superar o paradigma do bem-estar do consumidor oriundo das concepções neoclássicas da Escola de Chicago. As dificuldades das novas abordagens residem, possivelmente, na ainda incipiente produção de evidências e de propostas metodológicas viáveis que decorrerão da construção teórica contínua e do teste de suas hipóteses subjacentes. Considerando essa realidade, o presente artigo busca contribuir

com o processo de desenvolvimento teórico e empírico do direito antitruste ao propor que suas abordagens devam orientar-se teórica e empiricamente a partir das características, dos princípios e das finalidades de cada setor tratado em casos específicos.

A finalidade do direito antitruste representa o que determinada sociedade pretende alcançar com a regulação da atividade concorrencial. A medida de concretização da finalidade do direito em questão será apurada a partir da observação da atividade empresarial e da atuação estatal em resposta a tal atividade. A partir de tal observação, a autoridade antitruste poderá determinar prioridades, continuidades e alterações da política pública regulatória. E este artigo defende que as finalidades, e consequentemente os possíveis ajustes na política, estão intrinsecamente relacionadas aos princípios de interesse público definidos por esta sociedade para reger a atividade de determinado setor ou bem material específico.

As sugestões das perspectivas críticas do direito antitruste ainda necessitam de robustez teórica e de adensamento das evidências empíricas de sua adequação aos desafios da atualidade. O arcabouço teórico precisa de desenvolvimento e de análises que deem suporte à construção de suas bases. As evidências empíricas das abordagens críticas do antitruste tomam por base, em maior medida, as observações históricas relacionadas às fases de maior prosperidade econômica e social dos EUA vinculada a uma forte atuação estatal na política antitruste. Além disso, as análises empíricas dos efeitos da aplicabilidade das novas perspectivas carecem de verificação mais profunda em razão da dependência que possuem em relação à efetiva adoção de seus pressupostos conceituais por parte das autoridades antitruste e dos órgãos reguladores. A seção a seguir busca contribuir com o necessário adensamento ao analisar a forma de abordagem, em trajetória histórica, da autoridade antitruste brasileira sobre o setor específico da educação superior.

OS ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM EDUCAÇÃO SUPERIOR SOB O PARADIGMA DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

Considerações iniciais

Esta parte do artigo analisará empiricamente o histórico de decisões do Cade em atos de concentração no setor de educação superior. Serão observados os casos desde 2001 até 2020 tanto do ponto de vista de seus tipos de decisão quanto no que concerne à possível menção a temas entendidos pelas abordagens críticas à Escola de Chicago como fundamentais na composição das análises das autoridades antitruste. Dentre os aspectos elencados, o presente artigo deter-se-

á sobre a diversidade e a qualidade. Serão analisados os casos em que tais aspectos são mencionados, discutindo de que forma a menção foi feita e qual foi o tratamento dado aos temas, o que contemplará discussões sobre outros aspectos correlatos, como estrutura de mercado, processo competitivo, barreiras à entrada e consequências para o mercado de trabalho docente. Serão observados ainda os possíveis resultados dessas decisões.

O tema da diversidade é tratado neste artigo do ponto de vista da oferta. Ou seja, relaciona-se à multiplicidade de *players*, entradas efetivas, estrutura de mercado com participação pulverizada e trajetória do processo competitivo. O tema da qualidade, por sua vez, também visto a partir da oferta, está relacionado a diversos aspectos, dentre eles a própria discussão sobre mercado relevante, a observação da trajetória do nível de qualidade relacionada a indicadores do Ministério da Educação e a trajetória relacionada aos docentes no Brasil.

Breve histórico dos atos de concentração no setor de educação superior

O primeiro ato de concentração analisado pelo Cade no setor de educação superior ocorreu em 2001, em meio a transformações sociais e econômicas vivenciadas pela sociedade brasileira acompanhadas por mudanças estruturais no sistema de regulação da educação superior e na organização das instituições do sistema federal de ensino. O número de matrículas na educação superior privada no Brasil saltou de 2,092 milhões, em 2001, para 6,724 milhões, em 2020, conforme se observa no Gráfico 1. As Instituições de Educação Superior (IES)¹⁴ privadas passaram a responder por 87,6% do total de IES e 77,5% do total de matrículas¹⁵, incluindo públicas e privadas, sendo mais da metade destas realizada em instituições privadas com fins lucrativos.

¹⁴ As IES podem ser divididas, do ponto de vista da categoria administrativa, entre públicas (22,5% das matrículas totais) e privadas (77,5%). As instituições privadas subdividem-se em: “sem fins lucrativos” (~23% do total de matrículas); e “com fins lucrativos” (~54%). Estas últimas apresentam ainda uma importante subdivisão a ser considerada: capital fechado (~29% das matrículas totais) e capital aberto (~25%). Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/censo-da-educacao-superior>.

¹⁵ Este crescimento foi impulsionado a partir de uma série mudanças normativas: a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) - Lei nº 9.394/1996; a Medida Provisória nº 1.477-39/1997; a Lei nº 10.861/2004, que criou o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior – Sinaes; o Decreto nº 5.773/2006, que redefiniu as funções de regulação, avaliação e supervisão e reforçou as competências deliberativas do Conselho Nacional de Educação (CNE) em atos regulatórios; a implantação, em 2010, do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que ampliou o Fundo de Financiamento da Educação Superior (FIES); o Programa Universidade para Todos

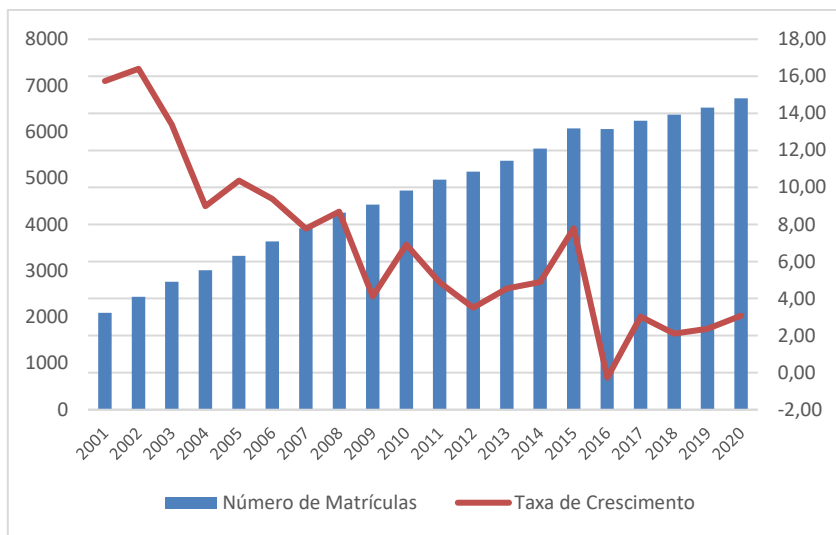


Gráfico 1 – Número de matrículas (em milhares) e taxa de crescimento (em %) da educação superior privada no Brasil (2001-2020).

Fonte: Censo do Ensino Superior INEP.

Em 2007, em decorrência do aporte de capitais de fundos privados de investimento, algumas mantenedoras abriram capital na bolsa de valores. O primeiro IPO¹⁶ (sigla em inglês de oferta inicial pública) do setor da educação superior foi realizado pelo Grupo Anhanguera. No mesmo ano de 2007, seguiram-se o Grupo Estácio, o Grupo Kroton e o Sistema Educacional Brasileiro – SEB. Tal fenômeno acelerou o processo de comoditização da

(ProUni) - Lei nº 11.096/2005; a criação da Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior – SERES/MEC - Decreto nº 7.480/2011; a publicação do Decreto nº 9.057/2017, que dispõe sobre a oferta de cursos na modalidade a distância; dentre outros.

¹⁶ A Kroton, apesar de ter notificado seu primeiro AC em 2001, passou a dar ênfase ao processo de fusões e aquisições no mesmo ano de sua respectiva abertura de capital. Da mesma forma observa-se a estratégia da Afya a partir de 2019. A Anhanguera avançou fortemente na estratégia de expansão dois anos após sua abertura de capital na bolsa de valores, mesmo fenômeno apresentado pela Ser Educacional. A Anima notificou seu primeiro AC dois anos antes de abrir capital, mas concentra a grande maioria de seus ACs pós IPO. Os grupos que divergem dessa característica são a Laureate e a Cruzeiro do Sul. A primeira abriu capital nos EUA em 2017, mas iniciou seu processo de expansão inorgânica no Brasil em 2009; e a segunda notificou seu primeiro AC em 2012, mas somente no início de 2021 abre capital no Brasil.

educação superior brasileira¹⁷, contribuiu para a “financeirização”¹⁸ de sua oferta, na medida em que a lógica dos negócios¹⁹ passou a ser a “maximização do valor ao acionista²⁰ entre os objetivos corporativos” (GUTTMANN, 2008, p. 12), e impulsionou o alto crescimento de atos de concentração no setor.

A abertura de capital das mencionadas empresas educacionais contribuiu para o processo de concentração do setor a partir do crescimento inorgânico dessas empresas, já que estas se tornaram responsáveis pela maioria das operações de fusões e aquisições no setor. A forma de captação de recursos no mercado de capitais, via fundos específicos, ou via lançamento de ações em bolsa, permitiu grande capitalização e subsidiou o processo intenso de atos de concentração (CARVALHO, 2013).

De 2001 a 2020, foram notificados 88 atos de concentração, conforme pesquisa das palavras-chave “educação superior” e “ensino superior” no sistema de jurisprudência do Cade. O volume substancial de notificações e decisões tem início em 2008, ano seguinte à abertura de capital de Anhanguera, Estácio, Kroton e SEB. O ano de 2011 foi o de maior quantidade de notificações, apresentando queda até 2018, com refluxo em 2015, e retomando volume um pouco maior nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrado no gráfico a seguir:

¹⁷ Mediante a exigência de reestruturação baseada na redução de custos, na racionalização administrativa e na profissionalização da gestão, o setor apresenta vínculo cada vez maior com estruturas de investimento financeiro realizadas por fundos *private equity* com condições de injetar somas elevadas de recursos nos negócios educacionais por intermédio de grupos fechados de grandes especuladores nacionais e internacionais (OLIVEIRA, 2009).

¹⁸ Para discussão sobre o processo de financeirização da economia, ver, dentre outros: KRIPPNER (2005, p. 173-208); e CARRUTHERS, (2015, p. 379–398).

¹⁹ Segundo David Harvey, “o mercado, descrito ideologicamente como forma de promover a competição e a inovação, tornou-se veículo da consolidação do poder monopolista.” (HARVEY, 2011, p. 35).

²⁰ Esta orientação consolidou-se mais fortemente a partir do marcante artigo de Milton Friedman no *New York Times*, escrito há pouco mais de 50 anos atrás. Ver FRIEDMAN, (1970).

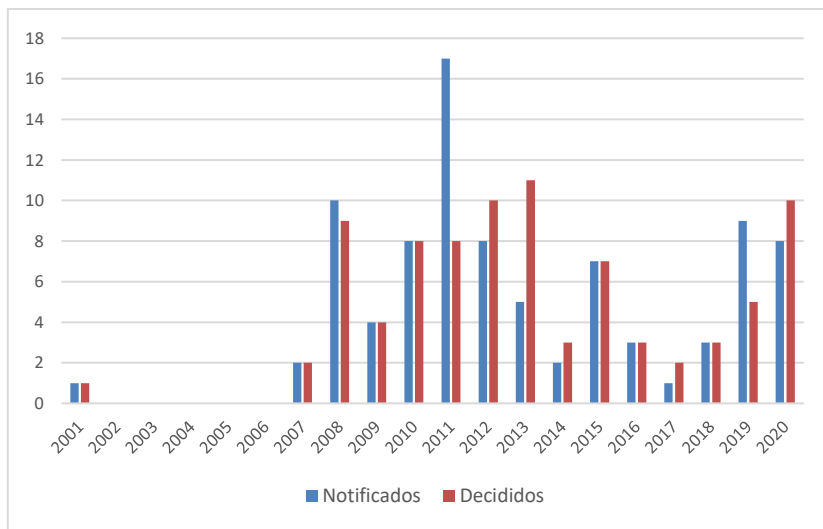


Gráfico 2 – Número de atos de concentração notificados e decididos pelo CADE (2001-2020).

Fonte: Sistema SEI/CADE, Sistema de Jurisprudência do CADE e Cadernos do CADE (2016).

No momento de consolidação de suas bases de atuação, ocorrida nos anos 1990²¹, a autoridade concorrencial brasileira situava-se, do ponto de vista da abordagem predominante na teoria antitruste no mundo, em plena fase dominada pelas metodologias da Escola de Chicago²² e sua orientação

²¹ Criado em 1962, pela Lei nº 4.137/62, promulgada pelo presidente João Goulart, não obstante a existência de legislação anterior, o Cade somente passou a ter atuação representativa na década de 1990 (FORGIONI, 2012, p. 84-119). A entrada em vigor da Lei nº 8.137/1990, que definiu crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, fixando punições, da Lei nº 8.158/1991, que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) e deu ao Cade a prerrogativa de analisar atos de concentração e da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), garantiram o suporte jurídico-institucional para que a defesa da concorrência ganhasse importância e capacidade de execução. Todavia, é realmente a partir da Lei nº 8.884/1994, que transformou o Cade em autarquia, com autonomia administrativa e orçamento próprio, que a defesa da concorrência no Brasil passou a deter maior eficácia e maior destaque (CADE, 2013).

²² Mário André Machado Cabral, mesmo criticando a ideia de “revolução do antitruste” no Brasil, não combate a percepção de que “na década de 1990, já havia quase um século de jurisprudência e discussão acadêmica sobre o tema nos Estados Unidos, de maneira que foi importado para o Brasil, sem disputas ou contestações, o referencial dominante naquele país, isto é, o defendido por autores como Posner e Bork como ‘maximização do bem-estar do consumidor’” (CABRAL, 2020, p. 44).

tecnocrática. Tal abordagem internacional influenciou a atuação do Cade, o que pode ser observado a partir da análise das decisões exaradas nos atos de concentração do setor de educação superior.

Dos 88 atos de concentração notificados, 73 (82,9%) foram aprovados sem restrições²³; 7 (7,9%) foram aprovados com restrições relacionadas à necessidade de alterações das cláusulas contratuais de não-concorrência (NC) das respectivas operações; 6 (6,8%) foram aprovados com restrições, sendo 4 deles condicionados ao cumprimento de Termos de Compromisso de Desempenho (TCD) e 2 aprovados após cumprimento de Acordo de Controle de Concentração (ACC); 1 (1,1%) foi reprovado por maioria; e 1 (1,1%) foi arquivado por desistência da operação²⁴.

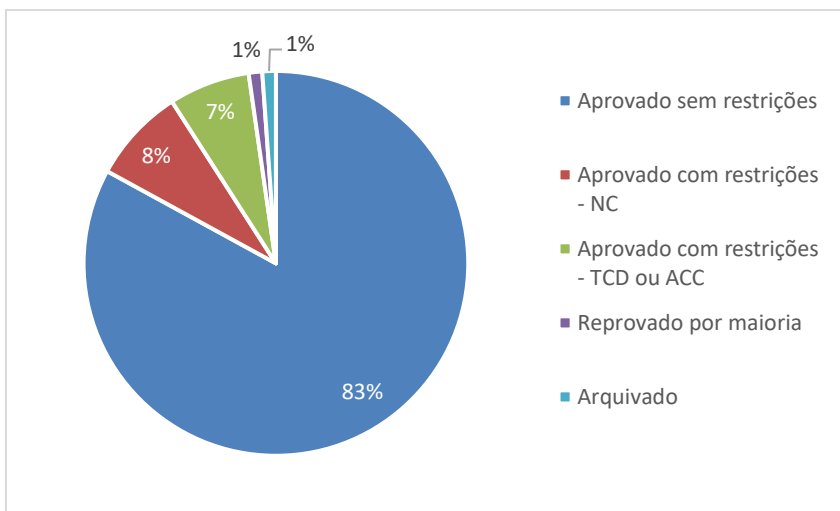


Gráfico 3 – Tipos de decisão dos atos de concentração notificados ao CADE (2001-2020).

Fonte: Sistema SEI/CADE, Sistema de Jurisprudência do CADE e Cadernos do CADE (2016).

As restrições relacionadas à alteração de cláusulas de não-concorrência representam a necessidade de alterações de um dispositivo contratual pontual

²³ As referidas restrições dizem respeito aos chamados remédios antitruste, que são medidas de intervenção em alguns casos mais eficientes e proporcionais do que a aprovação incondicional e a reprovação total de uma operação. Os remédios são usualmente identificados como estruturais ou comportamentais, ambos possuindo vantagens e desvantagens. Podem assumir a forma, por exemplo, de venda de uma unidade de negócios completa ou de ativos específicos, de compromissos de comunicação, transparência e de não discriminação, melhoria de indicadores de qualidade e *compliance*.

²⁴ Ver Sistema SEI/CADE, Sistema de Jurisprudência do CADE e Cadernos do CADE (2016).

no conjunto da operação. Dessa forma, é possível considerar que, de fato, 93% das operações notificadas ao Cade no setor de educação superior foram aprovadas sem restrições a aspectos estruturais ou a mandamentos comportamentais relativos às operações.

Interessante notar ainda que o primeiro AC aprovado com restrições (condicionado ao cumprimento de TCD) teve como uma de suas requerentes a Kroton. O segundo, o terceiro e o quarto tiveram a Anhanguera como requerente. Mesmo assim, no ano seguinte às decisões dos quatro casos mencionados, que ocorreram em 2013, o Cade aprovou, após cumprimento de ACC, a fusão entre exatamente a Kroton e a Anhanguera. Ou seja, as únicas empresas que até então tinham apresentado alguma ou algumas de suas operações analisadas com maior profundidade e, em alguns casos até cogitadas suas respectivas reprovações, obtiveram o consentimento do Cade para continuarem expandindo. Não à toa a maior operação de setor (Kroton/Estácio) fora notificada apenas 2 anos após a decisão do caso Kroton/Anhanguera, ainda sob a vigência do prazo concedido para o cumprimento das restrições impostas, que ainda não haviam sido completamente cumpridas.

O gráfico a seguir apresenta os percentuais relativos à quantidade de notificações dos atos de concentração no setor de educação superior no Brasil por grupo econômico principal requerente:

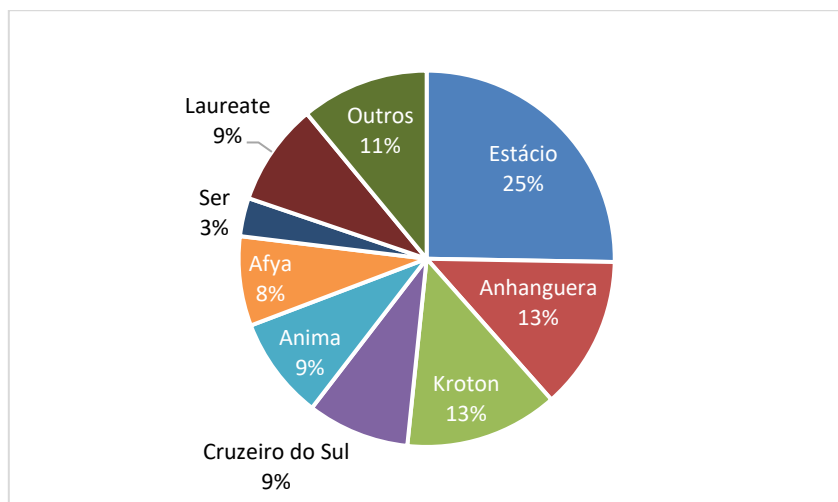


Gráfico 4 – Atos de concentração notificados ao CADE (2001-2020) por grupo econômico principal requerente (em %).

Fonte: Sistema SEI/CADE, Sistema de Jurisprudência do CADE e Cadernos do CADE (2016).

O Gráfico 4 demonstra que a Estácio (25%) foi o grupo que apresentou maior volume de notificação de atos de concentração no período considerado.

Kroton (13%), Anhanguera (13%), Cruzeiro do Sul (9%), Laureate (9%), Anima (9%), Afya (8%) e Ser (3%) foram os grupos que se seguiram do ponto de vista da quantidade de atos de concentração notificados. Importante notar que a Anhanguera foi adquirida pela Kroton em 2014, e a Anima incorporou a Laureate no ano de 2021.

O tema da “diversidade” nos atos de concentração do setor de educação superior

A questão da diversidade da oferta, aspecto que deveria, de acordo com as perspectivas críticas do direito antitruste, ser foco de atenção das autoridades concorrenciais, raramente aparece mencionada nos atos de concentração do setor de educação superior. Dos 88 ACs, apenas 5 mencionam a palavra diversidade em suas decisões²⁵. Dessas 5 menções, somente 3 adotam abordagem ligeiramente mais elaborada, mesmo assim ainda de forma muito restrita. A tabela a seguir traz um resumo quantitativo do tratamento do tema:

| Tipo de menção ao critério “diversidade” | Quantidade | Percentual |
|--|-------------------|-------------------|
| Decisões que ao menos mencionam o aspecto da diversidade | 5 | 5,7% |
| Decisões que abordam a questão da diversidade | 3 | 3,4% |

Tabela 1 – Percentual de casos em que há menção e abordagem ao aspecto “diversidade” (2001-2020).

Fonte: Sistema SEI/CADE.

O AC n° 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera) menciona o termo diversidade ao demonstrar preocupação com a operação no que diz respeito à modalidade EaD, assim se pronunciando:

“Daí por que a grande concentração que decorre da presente operação no cenário nacional, envolvendo a união dos dois maiores agentes do mercado,

²⁵ Os 5 ACs que mencionam a palavra diversidade são os seguintes: 1) Voto-vista do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça no AC n° 08012.000046/2011-62 (Anhanguera/Unipli), processo do Sistema SEI, Vol. 6, fls. 1469; 2) Voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça no AC n° 08012.004447/2011-91 (Estácio/Damásio), processo do Sistema SEI, fls. 268-276; 3) Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC n° 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4012-4031; 4) Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424; e 5) Parecer SG n° 19/2019/CGAA2/SGA1/SG, no AC n° 08700.005225/2019-95 (Cruzeiro do Sul/Braz Cubas), processo do Sistema SEI n° 0687990.

cuja escala se distancia consideravelmente dos demais, não somente diminui a **diversidade** e a capacidade de escolha e de barganha dos estudantes/consumidores, como tem inequívoco potencial de frear investimentos em inovação e qualidade.”²⁶ (g.n.)

No AC nº 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), da mesma forma, a menção à questão da diversidade é muito superficial, e quando ocorre é somente no Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Araújo, por meio de uma citação a uma manifestação da Associação Brasileira de Ensino à Distância, em que se relata a tendência à homogeneização cultural que a operação provocaria²⁷.

O AC nº 08700.005225/2019-95 (Cruzeiro do Sul/Braz Cubas)²⁸ trata da diversidade ao afirmar que a inclusão de um concorrente de grande porte demonstra “possibilidades de entrada e indicando tendência a elevação e diversificação da oferta”. Tal fato não parece, no entanto, demonstrar diversificação. Aparenta demonstrar que há possíveis barreiras à entrada, pois o que se observa cada vez mais é que somente os grandes *players* têm conseguido efetivamente “entrar” nos mercados relevantes principalmente quando observados sob o escopo geográfico municipal.

O aspecto da diversidade, conforme já afirmado, engloba temas como a preservação da estrutura de mercado e da trajetória do processo competitivo. Em uma análise retrospectiva, caso se faça o exercício de consideração dos grupos da forma como hoje se encontram consolidados, 90% dos atos de concentração notificados perante o Cade teriam pertencido a seis grupos:

²⁶ Ver Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC nº 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4022.

²⁷ Ver Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC nº 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI nº 0357424, parágrafo 14.

²⁸ Ver Parecer SG nº 19/2019/CGAA2/SGA1/SG, no AC nº 08700.005225/2019-95 (Cruzeiro do Sul/Braz Cubas), processo do Sistema SEI nº 0687990.

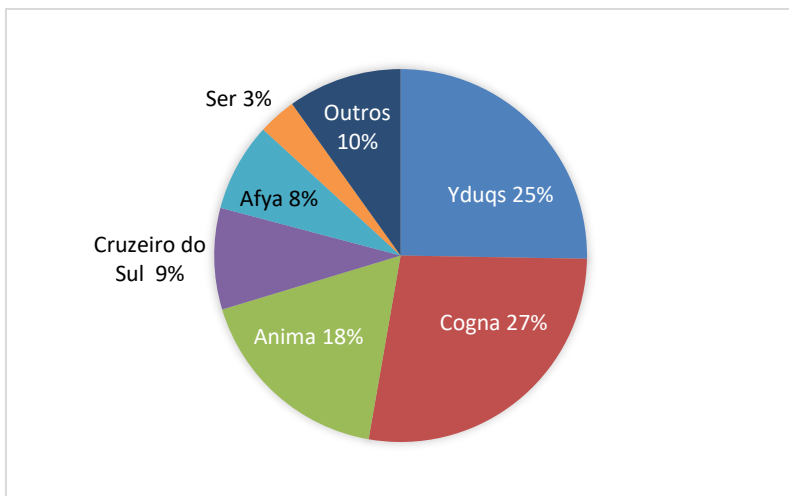


Gráfico 5 – Atos de concentração notificados ao CADE (2001-2020) por grupo econômico (em %) – consideradas as consolidações.

Fonte: Sistema SEI/CADE, Sistema de Jurisprudência do CADE e Cadernos do CADE (2016).

Obviamente, o momento atual detém o privilégio de uma observação *a posteriori* sobre os dados já disponíveis, o que não era possível no momento da análise dos respectivos ACs quando de sua realização pelo Cade. No entanto, tal fato não elide a responsabilidade da autoridade antitruste brasileira de se preparar para análises de atos de concentração tendo clara a trajetória do setor em foco nos casos específicos. Ou seja, o que se quer dizer é que talvez seja necessária uma complementação do trabalho do Cade para determinados setores com vistas à realização de estudos de conjuntura e tendências. O que, em alguns casos, poderia, no limite, até representar a realização de análises *ex-post*²⁹.

O exercício do gráfico 5 pode ser complementado com os dados relativos ao processo de consolidação crescente do setor (gráfico 6). Os maiores grupos econômicos educacionais consolidadores (17 grupos) detinham, em 2010, 30% de *market share* e 25% do faturamento total do setor. Dez anos antes, em 2000, as 20 maiores empresas representavam em torno de 14% do mercado. Em 2015, os 12 maiores grupos detinham 44% de *market share* e 36% do faturamento

²⁹ Importante comentar que o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade realiza estudos de avaliação de decisões. Tais estudos, no entanto, não possuem o caráter de avaliação de conjuntura e tendências, e sim ora de compilação de histórico de cunho informativo (ver Cadernos do Cade, 2016), sem aspectos de caráter crítico e propositivo, ora de análises de preço focadas em aspectos bastante pontuais.

total do setor³⁰ (HOPER EDUCAÇÃO, 2016, p. 88). Em 2020, os 11 maiores³¹ grupos passaram a responder por aproximadamente 60% do mercado de ensino superior. De acordo com a consultoria Hoper Educação, “[o] fenômeno de concentração de mercado no setor de educação privada no Brasil é uma realidade, que não terá retrocesso” (HOPER EDUCAÇÃO, 2016, p. 102).

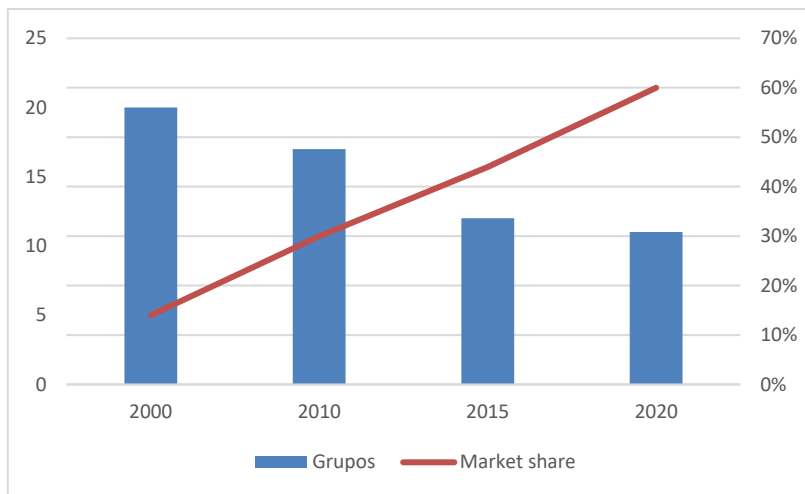


Gráfico 6 – Número de grupos consolidadores e respectivo *market share* (2000-2020).
Fonte: Hoper Educação (2016) e Sistema SEI/CADE.

O gráfico acima demonstra de forma clara o processo de consolidação do setor. Dentre os princípios constitucionais relativos ao direito social fundamental à educação superior encontra-se o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, que podem ser traduzidos como o princípio da diversidade. O que se observa atualmente é que os projetos construídos pelas IES pertencentes a grandes grupos apresentam características de cada vez mais homogeneidade. Tal fato é uma decorrência lógica da estratégia desses grupos cuja principal característica é:

³⁰ Ver Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis no AC n° 08012.003886/2011-87 (Anhanguera/Grupo Anchieta), processo do Sistema SEI, Vol. 8, fls. 1814-1962.

³¹ O presente artigo trata dos atos de concentração até 2020, não computando os ACs de 2021 que aprovaram sem restrições operações como Ser/Fael e Vitru/Unicesumar, e que contribuíram para o aumento da concentração no setor. Se forem consideradas, por exemplo, somente as matrículas na modalidade a distância, a participação de mercado dos 7 (sete) maiores *players* desse mercado, após os últimos atos de concentração de 2021, pode representar mais de 90% do mercado nacional EaD.

“[S]ua eficiência em gestão, com ênfase no controle de custos e ganhos de escala, tais como: compra de insumos educacionais, *back office* integrado e padronização acadêmica” (HOPER EDUCAÇÃO, 2016, p. 113).

A segunda parte do princípio, a coexistência de instituições públicas e privadas de ensino, encontra-se em mto peculiar. De acordo com as notas Estatísticas do INEP, o percentual de matrículas novas na rede pública em relação ao total de matrículas novas na educação superior diminui cada vez mais, fato que representa profundo distanciamento do percentual de 40% de novas matrículas em IES públicas, estabelecido pelo Plano Nacional de Educação (PNE) em sua Meta 12³². A tendência não parece ser de aumento. Enquanto a rede privada continua com a expansão do número de matrículas (variação positiva de 3,07%), entre os anos de 2019 e 2020, alavancada principalmente pelo alto crescimento da Educação a Distância (aumento de 26,8% de 2019 a 2020), a rede pública apresenta queda (-5,95%). E nos seis anos compreendidos entre 2014 e 2020 (dentro do período de dez anos do PNE que se estenderá até 2024), a rede privada cresceu 19,30% e a rede pública encolheu -10,74% no mesmo período³³.

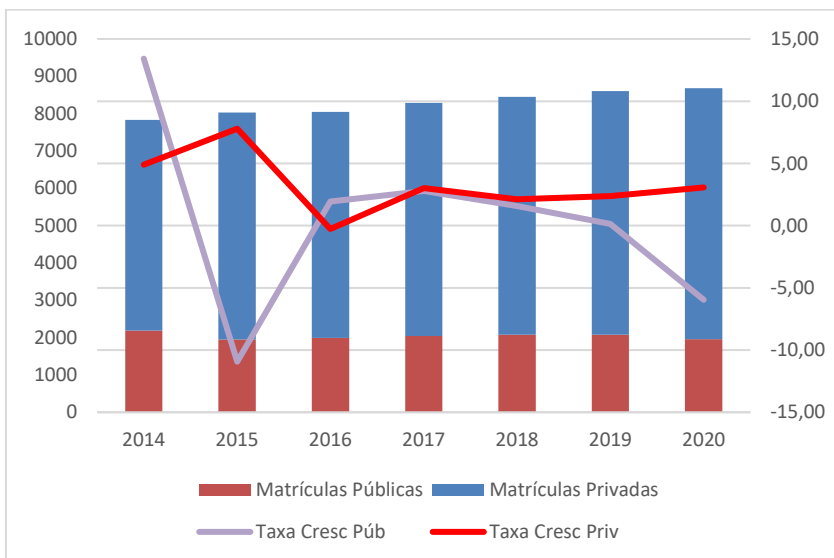


Gráfico 7 – Número de matrículas (em milhares) e taxa de crescimento – públicas e privadas (em %) - (2014-2020).

Fonte: Censo do Ensino Superior INEP.

³² As metas do PNE podem ser observadas em <https://www.observatoriodopne.org.br/meta/educacao-superior>.

³³ Ver INEP. Censo da Educação Superior 2020: notas estatísticas. Brasília, 2022.

O que se percebe da análise dos gráficos 5, 6 e 7 é um processo acelerado de consolidação do setor, como clara diminuição da multiplicidade de *players*, aumento de barreiras a entradas efetivas, e uma estrutura de mercado cuja trajetória do processo competitivo demonstra perda de diversidade com consequências possivelmente nocivas para a sociedade especialmente por se tratar de educação, individualizado pela Constituição como bem jurídico fundamental dado o seu papel central na promoção humanística, científica e tecnológica (art. 214, V) e na formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação (art. 218, § 3º), e no desenvolvimento do país.

O fenômeno de consolidação observado pode ter relação direta com a adoção de determinada posição teórico-metodológica por parte do sistema regulatório do setor de educação superior. Historicamente, a transformação teórica, que passou da ideia de estrutura para a teoria dos preços, teve, segundo Lina Khan, duas grandes ramificações para a análise antitruste. Em primeiro lugar, levou a um estreitamento significativo do conceito de barreiras à entrada. Uma barreira à entrada é um custo que deve ser arcado por uma empresa que deseja entrar em um setor, mas não é necessariamente suportado por empresas que já estejam no setor. De acordo com a Escola de Chicago, as vantagens que os incumbentes desfrutam de economias de escala, requisitos de capital e diferenciação de produtos não constituem barreiras à entrada, pois esses fatores são considerados como refletindo não mais do que as “exigências técnicas objetivas de produção e distribuição”. Nessa visão, o poder de mercado é sempre passageiro – e, portanto, a aplicação antitruste raramente é necessária (KHAN, 2017, p. 719-720).

Algumas decisões nos atos de concentração do setor trazem ainda aspectos importantes que não se tornaram centrais nas análises correntes. Cabe trazer à luz o ato de concentração nº 08012.011611/2007-31 (Estácio/IREP), aprovado sem restrições, mas que foi objeto de apresentação de Voto-vogal por parte do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Em sua manifestação, o Conselheiro Prado tratou do tema do cabimento da presença de cláusulas de não-concorrência que visassem restringir a oferta de “serviço público” e, em especial, da atividade de educação. Prado considerou inadequada a presença de cláusula de não-concorrência no contrato da operação, pois versaria sobre matéria que só poderia ser restringida por decisão do Estado, conforme o inciso II do art. 209 da Constituição Federal, não cabendo à decisão de particulares e sim exclusivamente do Poder Público.

Segundo o Conselheiro, a educação enquadrar-se-ia no conceito de serviço público, por ser atividade material atribuída expressamente pela Constituição como dever do Estado, com o objetivo de atender a um direito da

coletividade, devendo ser oferecida pelo Estado ou por delegação desde que expressamente autorizada. O Conselheiro aduziu ainda que:

“[Q]uando o transacionado ultrapassa o limite do negócio para afetar o interesse coletivo, restringindo injustificadamente o ambiente concorrencial, o CADE tem determinado a exclusão dessas cláusulas”³⁴.

Este tipo de posicionamento sobre cláusula de não-concorrência não foi mais identificado em nenhuma decisão posterior no setor de educação superior nos atos de concentração analisados e citados neste artigo. Em poucas exceções, a discussão trazida por Prado a respeito do “interesse coletivo” não mais fez parte do rol de aspectos fundamentais tratados nos ACs.

Outro aspecto fundamental, que tangencia tanto o tema da diversidade, quanto a questão da qualidade, é a trajetória dos docentes de educação superior. A relação docente/aluno, ilustrada no gráfico 8, pode demonstrar tendências que precisam estar claras para a discussão sobre o interesse público, sobre os efeitos da trajetória do setor e trazer à luz possibilidades de políticas públicas e de tomadas de decisão por parte de autoridades regulatórias.

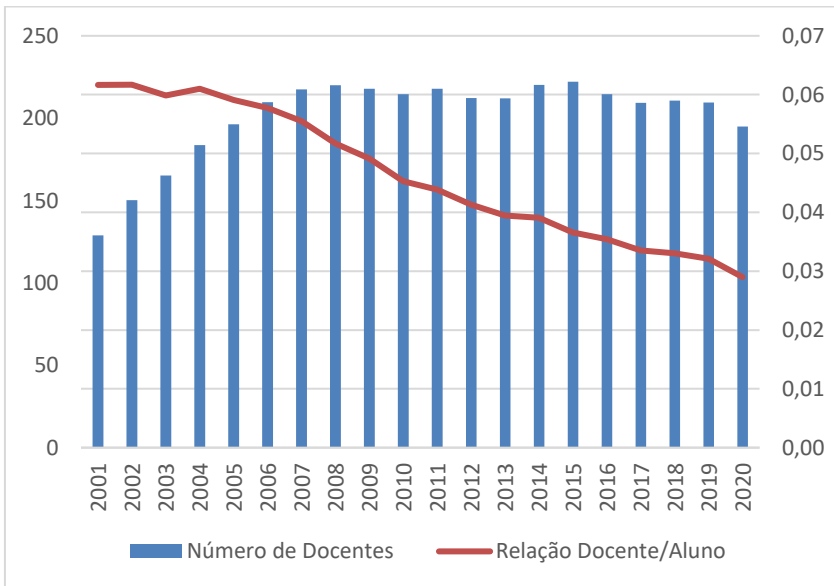


Gráfico 8 – Número de docentes e relação docente/aluno (2001-2020).

Fonte: Censo do Ensino Superior INEP.

³⁴ Ver Voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no AC n° 08012.011611/2007-31 (Estácio/IREP), processo do Sistema SEI, fls. 68.

O gráfico acima demonstra o fenômeno de queda da quantidade de professores no ensino superior privado. Enquanto o número de matrículas continua em expansão e há um processo de consolidação do setor, o número de professores não acompanha esse processo, gerando desequilíbrio e diminuição do poder de barganha da classe docente do setor privado³⁵. Interessante observar que houve expansão no número de docentes de 2001 a 2007, estabilidade até 2015 e queda até os dias atuais, com tendência a continuar o processo de queda. Há uma convergência entre o momento em que há abertura de capital das principais empresas educacionais em 2007 e a estagnação e posterior queda do número de docentes. E, com isso, a relação docente/aluno cai vertiginosamente.

O processo de aumento de fusões e aquisições não tem contribuído para a manutenção da relação docente/aluno. É possível até que haja vinculação com o processo inverso, eis que um dos aspectos centrais das análises de eficiência que os atos de concentração podem gerar diz respeito ao efeito de “enxugamento dos gastos” com pessoal.

Outros atos de concentração apresentam ainda aspectos importantes para a análise da forma como o Cade tem decidido os casos do setor de educação superior. No AC n° 08012.000125/2012-54 (Kroton/Unopar), aprovado sem restrições, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo justifica altas concentrações geradas pela operação em alguns cursos, como administração, direito, enfermagem, pedagogia e análise de sistemas, ao afirmar que “não parece que uma medida de desinvestimento para um curso específico seja viável”. E ainda que:

“[A] pesar da análise de mercado relevante, nos casos de educação, terem migrado para uma definição por curso, acredito que os remédios não podem ser específicos para cada curso”³⁶.

O caso n° 08012.001840/2010-42 (IBMEC/Everett e Burnside)³⁷ representa, por sua vez, um possível exemplo da forma como se trata educação no Brasil. A sempre justificada “oportunidade de crescimento para os

³⁵ Ao tratar o tema dos desafios que trabalhadores enfrentam em setores em processo acelerado de consolidação, Tepper e Hearn afirmam que: “em razão do aumento da concentração nas diversas indústrias, um número de empresas agora tem poder de monopólio – ou seja, elas são as únicas compradoras de força de trabalho” (...) “Na ausência de formas de compensação de poder, os trabalhadores americanos são deixados para lutar sozinhos” (TEPPER e HEARN, 2019, p. 84-85, tradução livre).

³⁶ Ver Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no AC n° 08012.000125/2012-54 (Kroton/Unopar), processo do Sistema SEI, Vol. 2, fls. 379-392.

³⁷ Ver Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho no AC n° 08012.001840/2010-42 (IBMEC/Everett e Burnside), processo do Sistema SEI, fls. 111-112.

investidores” parece, em alguns casos, não receber tratamento crítico a depender da relevância e das características de direito fundamental como o caso da educação. O entendimento do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, nesse caso, foi o de que a operação não acarretaria sobreposição horizontal uma vez que as requerentes atuariam no Brasil e em outros países com atividades no “mercado latino-americano de *fast-food*”, e no setor agropecuário, aparentemente pouco importando a relação que tais atividades possam ter com a educação e quais as consequências da viabilização da exploração da educação por parte de tais empresas para o desenvolvimento nacional.

O tema da “qualidade” nos atos de concentração do setor de educação superior

Outra questão apontada pelas novas perspectivas do direito antitruste diz respeito à necessidade de consideração de aspectos relacionados à qualidade na análise de atos de concentração. Dos 88 ACs notificados, 21 pareceres, votos decisórios ou votos-*vista* mencionam pelo menos uma vez a palavra “qualidade”. Em 11 deles, o tema da qualidade é tratado de forma um pouco mais elaborada, conforme resumo a seguir:

| Tipo de menção ao critério “qualidade” | Quantidade | Percentual |
|--|-------------------|-------------------|
| Decisões que ao menos mencionam o aspecto da qualidade | 21 | 23,8% |
| Decisões que abordam a questão da qualidade | 11 | 12,5% |

Tabela 2 – Percentual de casos em que há menção e abordagem ao aspecto “qualidade” (2001-2020).

Fonte: Sistema SEI/CADE.

Desses 11 casos em que há uma abordagem do critério qualidade, 5 deles envolveram a Anhanguera, 4 tiveram a Kroton como requerente (inclusive o AC Kroton/Anhanguera), 2 envolveram a Estácio, 2 a Laureate e 1 a Anima. Ainda sobre os 11 processos, 5 foram aprovados sem restrições, 1 foi aprovado com restrições à cláusula de não-concorrência, 2 foram aprovados com restrições relativas ao cumprimento de TCD, 2 foram aprovados com restrições relativas ao cumprimento de ACC e 1 foi reprovado por maioria.

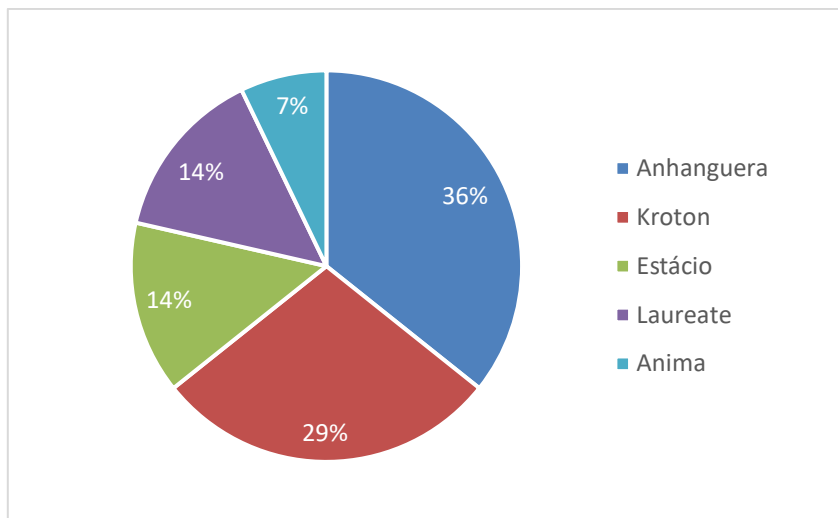


Gráfico 9 – Percentual de casos em que há menção ao aspecto “qualidade” por Grupo Econômico (2001-2020).
Fonte: Sistema SEI/CADE.

O ato de concentração nº 08012.000046/2011-62 (Anhanguera/Unipli) foi objeto de Voto-vista do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça³⁸. No voto, o Conselheiro menciona o termo qualidade para afirmar que a substitutibilidade pelo lado da demanda estaria associada a alterações de preço ou de qualidade. E para aferir a substitutibilidade pelo lado da demanda o voto utilizou a taxa de rotatividade dos alunos entre os cursos da mesma IES, o que, constatou-se, teve pouquíssima representatividade (aproximadamente 2% dos alunos), fato que acabou por excluir o tema da análise posterior. Ou seja, neste caso, o aspecto da qualidade foi mencionado, mas não houve nenhuma elaboração ou utilização mais profunda.

A definição de mercado relevante demandou atenção dos conselheiros a partir do movimento intenso de fusões e aquisições entre IES privadas, principalmente entre os anos de 2011 e 2013. Desde 2011, foram estabelecidos os parâmetros para a definição do mercado relevante de cursos de graduação presencial. A partir de então, cada curso de graduação presencial tem sido definido como um mercado relevante em si. Em relação ao mercado de graduação na modalidade a distância (EaD), os cursos de graduação não se confundem com os ofertados de forma presencial. Cada modalidade perfaz, portanto, um mercado relevante distinto. O Voto-vista do Conselheiro Elvino Mendonça representou uma importante mudança na metodologia de delimitação

³⁸ Ver Voto-vista do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça no AC nº 08012.000046/2011-62 (Anhanguera/Unipli), processo do Sistema SEI, Vol. 6, fls. 1469.

do mercado geográfico da educação superior. A dimensão geográfica passou a ser definida segundo o raio de influência da unidade de ensino, obtido a partir de uma análise georreferenciada da residência dos alunos matriculados na IES adquirida, mas, do ponto de vista da discussão sobre qualidade, a abordagem não se aprofundou.

O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro apresentou manifestação nos seguintes atos de concentração: AC n° 08012.006610/2011-51 (Kroton/Ceama)³⁹; AC n° 08012.008706/2011-53 (Anhanguera/Prof Luiz Rosa)⁴⁰; AC n° 08012.008694/2011-67 (Anhanguera/Unifec)⁴¹; e AC n° 08012.009861/2011-97 (Anhanguera/Uniban)⁴². O Conselheiro, nas quatro ocasiões, buscou analisar o posicionamento estratégico das requerentes a partir de três dimensões: marca, preço e qualidade. Na dimensão da qualidade, os referidos votos utilizaram a relação candidato-vaga para analisar padrão de concorrência nos processos de ingresso observando o grau de similaridade das demandas. Assim, a questão da qualidade foi utilizada a partir de uma metodologia não comumente aplicada como uma *proxy* para tentar definir segmentos de concorrência. As abordagens não foram profundas, mas marcaram uma dimensão a ser em alguma medida considerada.

No AC n° 08700.004112/2012-04 (Anhanguera/Uniassevi), o parecer da Superintendência-Geral do Cade (SG) representou o primeiro momento em que a modalidade de ensino superior a distância (EaD) passou a ser tratada de forma mais organizada e detalhada⁴³. O parecer da SG, também pela primeira vez, utilizou o Índice Geral de Cursos Avaliados da Instituição (IGC)⁴⁴ como

³⁹ Ver Voto do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no AC n° 08012.006610/2011-51 (Kroton/Ceama), processo do Sistema SEI, Vol. 3, fls. 566-567.

⁴⁰ Ver Voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no AC n° 08012.008706/2011-53 (Anhanguera/Prof Luiz Rosa), processo do Sistema SEI, Vol. 4, fls. 900-901.

⁴¹ Ver Voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro no AC n° 08012.008694/2011-67 (Anhanguera/Unifec, mantenedora da Uniabc), processo do Sistema SEI, Vol. 5, fls. 117-1131.

⁴² Ver Voto do Conselheiro Relator Eduardo Pontual Ribeiro no AC n° 08012.009861/2011-97 (Anhanguera/Uniban), processo do Sistema SEI, Vol. 4, fls. 906-911.

⁴³ Ver Parecer SG no AC n° 08700.004112/2012-04 (Anhanguera/Uniassevi), processo do Sistema SEI, Vol. 2, fls. 385-412.

⁴⁴ O IGC é um indicador de qualidade que avalia as Instituições de Educação Superior. Trata-se de um indicador normalizado, cujo conceito médio é aquele que sempre abarca o maior número de instituições e, sob perspectiva histórica, o indicador não permite que se observe se teria havido evolução ou retrocesso no aspecto qualitativo, pois, caso todas

indicador de qualidade das instituições de educação superior, ao considerar que, dada a inserção das IES na mesma faixa de classificação, a concorrência no mercado de cursos superiores EaD se aproximaria mais de uma lógica de produto homogêneo do que de produto diferenciado, em comparação com cursos presenciais. Tal lógica validaria a utilização das capacidades ociosas como medida adequada para a análise de rivalidade no mercado. O voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo acompanhou o parecer da SG, considerando que os consumidores de cursos EaD teriam a opção de buscar outras faculdades com a mesma qualidade em caso de um aumento de preços por parte das requerentes⁴⁵.

No que se refere ao AC n° 08012.003886/2011-87 (Anhanguera/Grupo Anchieta), o termo qualidade apareceu no Voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro⁴⁶, na discussão sobre eficiências. A decisão do ato de concentração, por sua vez, apresentou pela primeira vez, na lavra da relatoria do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis⁴⁷, discussão sobre o crescimento da participação dos fundos de investimento na educação superior. O Conselheiro alertou para os desafios da autoridade antitruste no âmbito desse processo de financeirização da educação superior privada brasileira. A autoridade deveria se debruçar sobre uma série de questões para ter maiores condições de endereçar o problema⁴⁸. A própria discussão sobre o problema da participação dos fundos de investimento desaguou em investigação e consequente Auto de Infração apenso ao AC (Auto de Infração n° 08700.005450/2013-36) para apurar

as instituições do sistema piorem em termos de qualidade de ensino, o retrato do indicador não será alterado. O outro indicador utilizado para a avaliação de IES é o Conceito Institucional – CI, conceito atribuído em um processo de credenciamento ou recredenciamento institucional por uma comissão designada pelo INEP, composta por professores do Banco de Avaliadores do Sinaes – Basis para realizar uma avaliação externa. Para informações sobre o IGC ver: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/indicadores-de-qualidade>. Para informações sobre o CI ver: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/avaliacao-institucional>.

⁴⁵ Ver Voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no AC n° 08700.004112/2012-04 (Anhanguera/Uniasselvi), processo do Sistema SEI, Vol. 2, fls. 515-525.

⁴⁶ Ver Voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro no AC n° 08012.003886/2011-87 (Anhanguera/Grupo Anchieta), processo do Sistema SEI, Vol. 9, fls. 1972-2001.

⁴⁷ Ver Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis no AC n° 08012.003886/2011-87 (Anhanguera/Grupo Anchieta), processo do Sistema SEI, Vol. 8, fls. 1814-1962.

⁴⁸ Ver Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis no AC n° 08012.003886/2011-87 (Anhanguera/Grupo Anchieta), processo do Sistema SEI, Vol. 8, fls. 1878.

possível enganiosidade por parte da Anhanguera⁴⁹. O Auto de Infração apurou a irregularidade e multou a empresa, mas o ato de concentração foi aprovado sem restrições.

Os pareceres da SG no AC n° 08700.007640/2013-98 (Laureate/FMU-ACE-UESP)⁵⁰, assim como no Ato de Concentração n° 08700.009198/2013-34 (Estácio/Uniseb)⁵¹ trataram da questão da qualidade, utilizando o IGC para avaliar o grau de substituição entre concorrentes. A SG considerou a nota do IGC não como um fato de diferenciação, mas sim de desqualificação de um concorrente. Ou seja, qualquer IES que possuísse IGC inferior a 3 não poderia ser considerada uma concorrente efetiva.

Nesses casos, o IGC foi utilizado como o único índice de qualidade adotado pelo MEC para avaliação das instituições de educação superior, mas ele não é o único. Como os mercados relevantes na dimensão produto são os cursos de graduação, os indicadores de cursos poderiam ter sido utilizados também e não somente um indicador institucional. O aspecto da qualidade foi tratado no caso para compor a análise de mercado relevante e, novamente, não foi abordado como um dos possíveis aspectos centrais da discussão.

O Ato de Concentração Kroton/Anhanguera n° 08700.005447/2013-12 foi decidido pelo CADE em junho de 2014. O Tribunal do Conselho aprovou com restrições o processo de fusão. Com a união formou-se o maior conglomerado educacional do mundo. O voto da Conselheira Ana Frazão é bastante denso e inaugura discussões relevantes e complexas. Em diversos trechos do voto são ressaltados os aspectos potencialmente prejudiciais da operação no que concerne a preço e qualidade. Destacam-se as seguintes passagens:

Assim, aspectos relacionados à **inovação** - dimensão tecnológica - e à **qualidade** do serviço - dimensão pedagógica - **não podem ser**

⁴⁹ Outro caso de “enganiosidade” ocorreu no AC n° 08700.011105/2012-51 (Laureate/ISCP), em que foram identificadas participações cruzadas de dirigentes. As Requerentes informaram que os Acionistas Rodrigues não participavam de órgãos de gestão ou fiscalização de quaisquer outras empresas atuantes nas mesmas atividades econômicas da operação. Afirmaram ainda que após a operação nenhum dos Acionistas Rodrigues teria qualquer participação na Laureate e UAM. Contudo, identificou-se que os executivos do Pátria eram diretores e conselheiros de Anhanguera. Concluiu-se, assim, que os Acionistas tinham influência relevante na Anhanguera S.A. por meio de executivos do Pátria. Foi configurada a enganiosidade, com multa aplicada, mas, mesmo assim, o ato de concentração foi aprovado sem restrições.

⁵⁰ Ver Parecer SG no AC n° 08700.007640/2013-98 (Laureate/FMU-ACE-UESP), processo do Sistema SEI, Vol. 7, fls. 1258-1316.

⁵¹ Ver Voto da Conselheira Ana Frazão no AC n° 08700.009198/2013-34 (Estácio/Uniseb), processo do Sistema SEI, Vol. 3, fls. 549-627.

desconsiderados na análise antitruste, até porque a concorrência e a rivalidade são instrumentos para que se chegue a tais objetivos. (...)

A concorrência pode ser o único fator ainda a estimular os agentes econômicos a investir em **qualidade**. (...)

a grande concentração que decorre da presente operação no cenário nacional, (...) não somente diminui a **diversidade** e a capacidade de escolha e de barganha dos estudantes/consumidores, como tem inequívoco potencial de frear investimentos em inovação e **qualidade**. (...) diversos prejuízos ao consumidor, tais como aumento de preços e redução de **qualidade**, da oferta ou dos investimentos (...)

a análise pós-concentração das operações anteriores das requerentes **não** possibilitava a constatação de que a maior escala **estaria se traduzindo na melhoria de qualidade** do ensino (...)

o DEE concordou com a análise da SG, no sentido de que o recente **histórico** de aquisição de empresas no setor, pelas requerentes, **não resultou na melhoria de qualidade**. (...)

as **eficiências** que efetivamente foram consideradas pelo DEE são pequenas e **insuficientes** para compensar o potencial lesivo da presente operação.⁵² (g.n.)

Os trechos ressaltados indicam a sensibilidade do caso. Tratava-se de fusão que geraria aumento de concentração em diversos mercados e cuja análise adotou, segundo a própria Conselheira, “critério generoso para as requerentes – apenas concentrações acima de 30% – e não levou em consideração as questões de concorrência potencial nem os impactos do cenário nacional na avaliação do cenário municipal”⁵³. Além disso, as eficiências não seriam capazes de compensar os efeitos negativos decorrentes da operação e que seria necessário analisar a imposição de remédios.

Dentre as soluções estruturais, apesar de não atender “de forma satisfatória o problema”, foi escolhida a alienação da Uniasselvi, pois a opção alternativa (venda da Uniderp) “equivalaria à reprovação da operação no mercado de graduação a distância”⁵⁴. Desse modo, as partes e o CADE celebraram Acordo em Controle de Concentração (ACC), que estabeleceu, além do remédio estrutural de venda da Uniasselvi, soluções comportamentais⁵⁵. O anexo 6 do ACC estipulou metas de qualidade a serem cumpridas a partir de

⁵² Ver Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC nº 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4012-4031.

⁵³ Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC nº 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4046-4047

⁵⁴ Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC nº 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4046-4047.

⁵⁵ Ver Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão no AC nº 08700.005447/2013-12 (Kroton/Anhanguera), processo do Sistema SEI, Vol. 18, fls. 4049-4053.

três compromissos principais: a) elevação do percentual de professores com formação em pós-graduação *stricto sensu* na UNOPAR e na UNIDERP, gradativamente, no ciclo avaliativo de 2016-2018, até alcançarem para ambas o percentual de 80% de professores com mestrado ou doutorado; b) incremento das ferramentas de ensino disponíveis no EaD; e c) qualificação do corpo tutorial.

O compromisso da elevação da titulação do corpo docente⁵⁶ das referidas universidades pode não ter alcançado a efetividade esperada pelo Cade, pois o órgão antitruste pode não ter avaliado se as IES atendiam a determinados requisitos regulatórios obrigatórios para o credenciamento e o recredenciamento daquelas instituições como organizações acadêmicas⁵⁷ de universidades. A análise de efetividade do remédio estabelecido residiria na discussão sobre a adequação de um compromisso que estabelece elevação do percentual de titulação acadêmica do corpo docente de determinadas universidades sem que tenha sido observado se estas instituições atendiam a requisito obrigatório para o credenciamento e o recredenciamento como organização acadêmica de universidade. De acordo com os arts. 3º e 8º da Resolução CNE/CES nº 3/2010, é requisito obrigatório para o credenciamento e o recredenciamento de universidades a oferta de 4 cursos de mestrado e 2 de doutorado⁵⁸.

Em pesquisa na Plataforma Sucupira da Capes, em 2017, três anos após a decisão, a UNOPAR ofertava 5 cursos de mestrado e 1 de doutorado, e a UNIDERP ofertava 2 cursos de mestrado e 1 de doutorado⁵⁹, ambas não atendiam aos requisitos da Resolução do CNE⁶⁰. O compromisso *per se* de

⁵⁶ Ressalte-se a existência de discussão sobre se a titulação do corpo docente é algo que *per se* induz melhoria de qualidade de instituições de educação superior. O Cade pressupõe que o aumento do percentual de titulação de docentes significaria melhoria direta de qualidade. A qualidade na educação é fenômeno complexo, que envolve múltiplos fatores e variáveis. O reconhecimento da experiência profissional, por exemplo, pode ser tão ou mais valioso que a titulação acadêmica, especialmente em cursos de caráter essencialmente profissionalizante. A prática pode revelar que a relação diretamente proporcional entre titulação docente e qualidade do ensino não é necessariamente verdadeira. (PAIVA, 2010, p. 162).

⁵⁷ As Organizações Acadêmicas das instituições de educação superior no Brasil são divididas em: faculdades, centros universitários e universidades.

⁵⁸ Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=75871-rces003-10-pdf&category_slug=novembro-2017-pdf&Itemid=30192.

⁵⁹ Plataforma Sucupira. Acesso em 27/11/2017.

⁶⁰ Atualmente, a Unopar apresenta 2 cursos de mestrado acadêmico, 1 curso de mestrado profissional, 1 curso de doutorado acadêmico e 1 doutorado profissional, ainda em situação de não atendimento à mencionada Resolução do CNE. Disponível em:

aumento da titulação do corpo docente pode não ter trazido o benefício de qualidade almejado, pois as próprias universidades não atendiam ao requisito fundamental de oferta do número mínimo de cursos de mestrado e doutorado.

A possível inadequação do remédio aplicado pode ter gerado efeitos nocivos à sociedade e às próprias empresas concorrentes do setor em razão de eventual sinalização de que a autoridade antitruste desconhecia as minúcias do arcabouço regulatório do setor ou foi relativamente leniente com a irregularidade de instituições do ponto de vista das normas que o regem. Esta forma de ação do órgão de defesa da concorrência pode gerar consequências ao princípio do impacto na frequência de futuros atos de concentração, chamado de *deterrence effect*. No caso, a possível ausência de cuidados do órgão antitruste no que concerne ao atendimento dos preceitos regulatórios por parte das requerentes pode gerar o efeito inverso, do tipo *incentive effect* (SELDESLACHTS, CLOUGHERTY e BARROS, 2008).

Pode não ter sido por acaso o fato do mesmo grupo econômico (Kroton) que adquiriu a Anhanguera ter submetido novo AC, agora com a segunda maior empresa do setor, somente dois anos após a assinatura do referido ACC, momento em que sequer tinham sido exauridos os principais prazos relativos aos compromissos estabelecidos com o órgão de defesa da concorrência. O próprio Conselheiro Gilvandro admitiu que “existem alguns indícios de que aqueles remédios podem não ter sido suficientes para coibir abusos de poder de mercado perpetrados pela Kroton”⁶¹.

O AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), decidido em 2017, foi a única operação reprovada da história dos atos de concentração do setor. O Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro de Araújo trabalhou com aspecto distinto do que vinha sendo tradicionalmente considerado pelo Cade. O Conselheiro ressaltou a necessidade de se considerar os impactos para os cidadãos de eventuais paralisações nas atividades das requerentes em detrimento do uso

https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/q_uantitativoPrograma.jsf?areaAvaliacao=0&cdRegiao=0&sgUf=PR&ies=339032; e a Uniderp oferta 3 mestrados acadêmicos, 1 mestrado profissional e 2 doutorados acadêmicos.

Disponível

em:

https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/programa/quantitativos/q_uantitativoPrograma.jsf?areaAvaliacao=0&cdRegiao=0&sgUf=MS&ies=339210 (Plataforma Sucupira, acesso em 29/05/2022).

⁶¹ O Conselheiro chegou a considerar que “a reversão da operação anterior – qual seja, o AC Kroton/Anhanguera – seria o ponto de partida mínimo e não exauriente para fomentar um player com suficiente competitividade, porte e capaz de contestar o poder de mercado no cenário pós-operação de Kroton/Estácio”. Ver Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424.

tradicional dos parâmetros de preço ao consumidor e de *market share*, e “o risco de que haja um cenário futuro de falta de competitividade no setor educacional privado no Brasil”⁶².

Outro aspecto fundamental tratado pelo voto diz respeito ao princípio constitucional em matéria educacional relacionado à diversidade. Citando o destaque apresentado pela Associação Brasileira de Ensino a Distância, o tema foi abordado para reforçar a argumentação acerca das possíveis “consequências negativas consideráveis à concorrência”⁶³:

“Um dos efeitos sociais negativos dessa concentração de Mercado é a concentração de conteúdos educacionais, já que os mesmos materiais didáticos acabam sendo utilizados por uma quantidade cada vez maior de alunos. A dominação do conteúdo por grandes grupos consolidadores nos ameaça com o risco de um cenário de McDonalds ou Blockbusters de conteúdo educacional, que **tendem a provocar uma homogeneização cultural**, apagando valores e formas de comunicação locais em um país tão amplo e diverso como o Brasil. É uma das funções da educação preservar as comunidades, seu sentido histórico, suas tradições e suas culturas. A educação a distância deveria contribuir para evitar a homogeneidade cultural, preservando — ou mesmo ampliando — a **diversidade**.” (g.n.)

Foram tratados também os seguintes aspectos: (i) o possível impacto que a operação poderia ter sobre a estrutura do mercado em seus diversos cenários geográficos; (ii) a dinâmica do mercado nos anos que antecederam a operação com grande volume de fusões e aquisições; (iii) as eficiências que não são necessariamente repassadas por economias de escala; e (iv) a questão da marca como pano de fundo. Ressaltam-se as seguintes passagens:

A junção de dois conjuntos marcários de grande reputação poderia fazer surgir um *player* com o qual seria **muito difícil competir** dada a grande escala do investidor entrante”. (...)

A Kroton apresentou nos últimos cinco anos 19 operações ao CADE, o que é um número bastante significativo e não considera outras aquisições de menor monta que não foram de notificação obrigatória segundo a Lei 12.529/11. Já

⁶² “A análise concorrencial, mais do que em outros setores, há de comportar uma avaliação dinâmica da operação, já que o ensino superior contém obrigações de trato sucessivo assumidas entre alunos e mantenedoras e eventual paralisação das atividades contratualmente dispostas significaria, na verdade, a paralisação na formação educacional dos cidadãos. Parâmetros usuais de *market share*, por exemplo, não são suficientes para identificar os impactos de uma concentração nesse setor.” Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424.

⁶³ Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424.

a Estácio contou com 7 atos de concentração notificados ao CADE no mesmo período, além de outras de menor porte. (...)

Economias de escala não são automaticamente repassadas ao consumidor em virtude da tendência de maximização da utilidade pela empresa (...)

O investimento em *marketing* está também sujeito a ganhos de escala, pois o custo de captação por aluno é inversamente proporcional ao número de alunos⁶⁴. (g.n.)

A dimensão do número de alunos foi enfaticamente ressaltada no voto-vogal e levanta discussões não somente sobre *market share*, mas dos impactos decorrentes da atividade de educação e ainda a necessária visão de que “o setor tem tratamento constitucional diferenciado, e havendo dúvidas prementes do impacto da concentração, a análise preventiva do impacto concorrencial há de ser pró sociedade, mais conservadora”. A relevância, portanto, da operação residiria, segundo o voto-vogal:

“[M]uito mais na dimensão do número de alunos que estariam sob a tutela dessas IESs e o impacto do quantitativo em cada um dos municípios em que essas instituições atuam. **O Conselho deve ter um cuidado muito maior nesse mercado**, especialmente no tocante ao poder de mercado, haja vista a **função social insculpida no art. 6º da Constituição Federal**. Não estou dizendo que o CADE vai fazer política social via ato de concentração, porém **o CADE tem de considerar eventuais efeitos sociais** que concentrações eventualmente não exitosas e que formem grandes *players* possam trazer à atividade”⁶⁵. (g.n.)

Por fim, o AC n° 08700.006238/2020-15 (Anima/Laureate)⁶⁶ buscou analisar a possível existência de barreiras à entrada (escala, marca, qualidade, regulação, investimento inicial etc.) nos mercados de graduação EaD, não aprofundando em nenhum momento as discussões sobre o tema da qualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou contribuir para o adensamento teórico e empírico das novas abordagens da política antitruste focalizando a observação da política de regulação concorrencial do setor de educação superior no Brasil.

⁶⁴ Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424.

⁶⁵ Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no AC n° 08700.006185/2016-56 (Kroton/Estácio), processo do Sistema SEI n° 0357424.

⁶⁶ Ver Parecer SG n° 8/2021/CGAA2/SGA1/SG no AC n° 08700.006238/2020-15 (Anima/Laureate), processo do Sistema SEI n° 0896100.

Os resultados do presente artigo sugerem que a quase totalidade das decisões dos atos de concentração publicadas pelo Cade orientou-se em função da finalidade do bem-estar do consumidor e das teorias neoclássicas do preço adotadas pela Escola de Chicago, praticamente não contemplando os aspectos da qualidade e diversidade e, também, de forma majoritária, não orientaram seu foco para o processo competitivo e para a dinâmica estrutural do mercado de forma mais ampla.

Dos 88 atos de concentração decididos pelo Cade, de 2001 a 2020, apenas 5 mencionaram a palavra “diversidade” e 20 mencionaram a palavra “qualidade” (ver Tabelas 1 e 2). Nenhum dos atos de concentração tratou o tema da diversidade de forma profunda e apenas dois (Kroton/Anhanguera e Kroton/Estácio) trataram o tema da qualidade como possível finalidade do direito antitruste. O primeiro aprofundou de forma robusta a discussão sobre alguns aspectos das novas perspectivas do direito antitruste, mas somente o AC Kroton/Estácio utilizou estrutura, processo, qualidade, impactos sociais como fundamentos para decidir, o que acabou resultando em reprovação da operação.

Daqueles que mencionaram a palavra qualidade, a grande maioria utilizou um indicador educacional específico chamado IGC para fins de montagem de estrutura, que na verdade possui características de análise de mercado relevante sob enfoque do produto. Ou seja, o mercado relevante produto passa a ser não somente um determinado curso de graduação e sim este mesmo curso com conceito “satisfatório” (conceito 3 ou mais). O problema é que o IGC não é o único indicador institucional; além disso, ele é normalizado, muda anualmente e é um conceito institucional e não um conceito relacionado especificamente (apesar de representar a composição dos cursos das IES) aos próprios cursos analisados como mercados relevantes nas respectivas operações notificadas.

As decisões do Cade, analisadas neste artigo, têm se orientado para a observação de participações de mercado em momento inicial e a percepção de possível problema só ocorre quando a estrutura de mercado se mostra muito concentrada, em um número grande de mercados, e ao mesmo tempo quando não há rivalidade suficiente. Mesmo assim, são considerados para aprovação dos atos, argumentos relativos a entradas, observadas majoritariamente as que são conectadas à rivalidade e não as entradas de novos *players*. O caso Kroton/Estácio poderia ter contribuído para a mudança de padrão de análise do Cade com relação ao setor de educação superior. No entanto, não é essa a realidade que se configurou até o momento. É possível que uma mudança de abordagem seja capaz de induzir a produção de análises mais rigorosas tendentes a reprovações ou restrições, mas isso não ocorre. Análises mais restritivas, quando há uma trajetória histórica de aprovações sumárias, podem

ser mais trabalhosas e mais difíceis de serem adotadas, pois as questões da rivalidade e da suposta eficiência quando grupos gigantes dominam o mercado passam a orientar as análises da autoridade antitruste.

A pouquíssima presença dos aspectos da qualidade e diversidade na política antitruste, conforme sugerida no presente texto, pode ter efeitos diversos a depender dos mercados em questão. No caso do mercado de educação superior, a baixa admissão desses fatores por parte da autoridade da concorrência pode ter gerado efeitos particularmente mais nocivos. As abordagens das decisões do atos de concentração podem ter contribuído para a geração de resultados como: (i) maior concentração do mercado de educação superior em menor número de grupos consolidadores (conforme apresentado no Gráfico 6); (ii) diminuição de qualidade dos cursos de educação superior (FURTADO, 2017); (iii) diminuição da participação relativa de novas matrículas em instituições públicas (ver Gráfico 7, INEP, 2020 e FURTADO, 2017); (iv) diminuição da diversidade e do pluralismo pedagógico nas IES (FURTADO, 2017); e (v) diminuição do total de docentes contratados pelas IES privadas, apesar do aumento do número de matrículas (ver Gráfico 8).

De acordo com os Censos da Educação Superior do INEP, em 2007, havia o número de 217,4 mil docentes em exercício na educação superior privada; treze anos depois (2020), esse número caiu para 194,9 mil docentes (queda de 10,5%), o que representa, considerando o enorme aumento do número de matrículas no mesmo período, uma queda de 47,8% na relação de quantidade de professores por número de alunos. Nas instituições públicas, o quantitativo de docentes passou de 117,1 mil, em 2007, para 171,3 mil, em 2020, um aumento de 46,3% (ver Gráfico 8 e INEP, 2020).

Para confrontar tal condição, faz-se necessária a construção de uma estrutura regulatória que se pautar pela consideração da centralidade de determinados princípios constitucionais como a qualidade, a diversidade e a liberdade acadêmica, em detrimento da consideração de aspectos relacionados somente a preços. A implementação das abordagens alternativas apresentadas nesta pesquisa pode resultar em mútua contribuição para a evolução do sistema regulatório técnico-educacional, econômico e concorrencial⁶⁷ por promoverem

⁶⁷ “A regulação técnica compreende a compatibilização dos equipamentos e sistemas técnicos com objetivos de respeito à vida privada, garantia da segurança e de proteção do meio ambiente. Consiste em atribuição bastante diversa daquelas de implementação e promoção da concorrência e demanda conhecimentos técnicos específicos de cada setor. (...) A regulação econômica refere-se basicamente às medidas de estabelecimento de preços, tarifas e quantidades a serem observadas no fornecimento de bens ou serviços regulados. (...) A regulação da concorrência diz respeito ao combate a condutas

a elevação do grau de efetividade do direito fundamental à educação em nível superior de graduação. A efetividade do direito fundamental à educação superior no Brasil envolve componentes de interesse público, tais como acesso, liberdade acadêmica, diversidade de concepções pedagógicas e qualidade. Estes componentes foram recepcionados pela Constituição Federal sob a forma de um conjunto de princípios que podem ser convencionalmente entendidos como direcionadores da concretização e da fruição do direito social fundamental à educação superior e consequentemente de sua finalidade.

O direito antitruste cumpre papel fundamental na garantia do exercício dos direitos fundamentais. As abordagens e as decisões das autoridades regulatórias em casos que envolvem setores que passaram a ser explorados pela iniciativa privada e que são direitos constitucionais fundamentais devem observar com ainda maior ênfase aspectos que não somente aqueles relacionados a quantidades monetárias. O setor de educação superior privado se expandiu de forma acelerada e o sistema regulatório tem o enorme desafio de orientar os caminhos a serem construídos e que dizem respeito diretamente à emancipação e ao desenvolvimento do país.

O significado de regulação, conforme já descrito por Marcio Aranha, pressupõe o direito à igualdade, que se vincula diretamente a outro princípio constitucional, o direito à liberdade. O amor à liberdade e às instituições livres, decorrente da igualdade era a ideia central de Alexis de Tocqueville ao analisar as características da sociedade norte-americana no século XIX. Para ele, “[d]e todos os efeitos políticos produzidos pela igualdade, é o amor à independência [liberdade] que, antes de tudo, chama a atenção” (TOCQUEVILLE, 1998, p. 348). E o direito antitruste pode ser uma das ferramentas para o alcance de uma das faces da liberdade; o direito antitruste “servia para proteger o que o Juiz Luis Brandeis chamou de ‘liberdade industrial’” (KHAN, 2017, p. 742).

O direito à igualdade de oportunidades teria sido, no entanto, “encoberto pelas areias do tempo, sobrevivendo somente seu corolário: a competição e sua personificação, o mercado” (ARANHA, 2015, loc. 406-408). A regulação decorre, no sistema jurídico moderno, da necessidade de “preservação de sua finalidade – o criador, o ser humano – e somente mediadamente sua criatura – o ser jurídico e o mercado” (ARANHA, 2015, loc. 424-425). Importante reter essa ideia, pois, do contrário existe “o risco real de destruição das esferas não-econômicas da vida em que a solidariedade social e a democracia ativa sempre

anticoncorrenciais e controle de estruturas. Ela pode ser dividida em dois tipos: (i) medidas destinadas a promover a concorrência e a estimular o funcionamento das regras de mercado, incluindo a avaliação periódica do grau de dominação dos mercados e (ii) medidas preventivas (controle de concentrações) e reativas a restrições à concorrência (colusões ou abuso de posição dominante).” (LEBBOS, 2010, p. 221).

dependeram” (FEINTUCK, 2010, p. 59). A visão sobre os indivíduos como meros consumidores não contribuirá para proteger de forma ampla o interesse coletivo de todos vistos como cidadãos.

“O interesse público em termos de valores fundamentais que caracterizam a estrutura básica da sociedade deveria colocar as necessidades dos cidadãos acima das necessidades dos consumidores” (FEINTUCK, 2010, p. 59).

No que se refere ao direito antitruste, importa ter clareza sobre suas finalidades e seus efeitos no Brasil, reconhecendo que estruturas de mercado e características de cada setor podem orientar tais objetivos de políticas. É fundamental identificar arranjos e estruturas que promoverão os objetivos da política regulatória. Observa-se claramente que uma das orientações principiológicas da regulação de mercados reside na igualdade de oportunidades, na função social da propriedade, na diversidade da oferta e na proteção de pequenas empresas. A transposição desses princípios fundamentais a um regime jurídico operacionalizável não tem sido realizada com sucesso, pois o direito concorrencial estreitou em demasia sua perspectiva de finalidade para uma noção de maximização do bem-estar do consumidor que não é capaz de dar respostas adequadas à complexidade das relações sociais e econômicas que determinados setores apresentam. O entendimento sobre as finalidades da concorrência deve ser realizado dentro de uma perspectiva dinâmica e de constante evolução. O próprio desenho regulatório do sistema de defesa da concorrência deve ser analisado criticamente, após dez anos de vigência da Lei nº 12.529/2011.

O presente artigo buscou apresentar um diagnóstico geral do tratamento histórico conferido a um setor específico por parte do direito concorrencial brasileiro. Espera-se poder servir como uma contribuição para a necessária análise de tendências que os setores mais importantes da exploração econômica deveriam ter. As sugestões apresentadas pelas perspectivas críticas do antitruste atual podem ser o ponto de partida para a análise de quais são os caminhos adequados à regulação técnico-setorial, econômica e concorrencial no Brasil. Aspectos como a observação *ex-post* contínua por setor da economia, a análise da dinâmica do processo competitivo, a análise de entradas efetivas, a atenção ao mercado de trabalho subjacente, como efeito direto da política antitruste, e a consideração de aspectos como diversidade, qualidade e liberdade podem representar uma linha conceitual de abordagem mais benéfica para o desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APPELBAUM, Binyamin. *The economists' hour: false prophets, free markets, and the fracture of society*. New York, Boston, London: Little, Brown and Company, 2019.
- ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de direito regulatório: fundamentos de direito regulatório**. London: Laccademia Publishing, 2015, kindle edition.
- BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (org.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. *Good Economics for Hard Times*. New York: Public Affairs, 2019.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.
- BROWN, Wendy. **Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente**. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.
- BUCHANAN, James M.; TOLLISON, Robert D. (org.). *The Theory of Public Choice-II*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2009.
- BUDZINSKI, Oliver. *Monoculture versus diversity in competition economics. Marburg Papers on Economics*, Marburg, n. 08, p. 01-34, 2007. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29873/1/606248978.pdf>.
- CABRAL, Mario André Machado. **A construção do antitruste no Brasil: 1930-1964**. São Paulo: Singular, 2020.
- CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.
- CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior**. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – CADE, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/caderno-de-educacao-20-05-2016.pdf>.

- CARRUTHERS, Bruce G. *Financialization and the institutional foundations of the new capitalism*. **Socio-Economic Review**, Volume 13, Issue 2, April 2015, Pages 379–398. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/ser/mwv008>.
- CARVALHO, Cristina Helena Almeida de. **A mercantilização da educação superior brasileira e as estratégias de mercado das instituições lucrativas**. *Revista Brasileira de Educação*, v. 18, n. 54, jul./set. 2013.
- CASTRO, Bruno Braz de. **Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência nos países em desenvolvimento**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASUFJG/1/bruno_braz_de_castro___vers_o_02.pdf.
- CRANE, Daniel A. *The tempting of antitrust: robert bork and the goals of antitrust policy*. *Antitrust L. J.* 79, no. 3 (2014): 835-53. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2549&context=articles>.
- CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests*. Princeton: Princeton University Press, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella & RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.
- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition. The promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- FEINTUCK, Mike. *Regulatory Rationales Beyond the Economic: In Search of the Public Interest*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (org.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FEINTUCK, Mike. *The Holy Grail or Just Another Empty Vessel? The Public Interest in Regulation*. Inaugural Lectures, University of Hull, UK, Monday 21st February, 2005.

- FERREIRA, Waldemar. O “trust” anglo-americano e o “fideicomisso” latino-americano. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. 51/182-202. São Paulo: USP, jan.-dez. 1956.
- FINE, B.; SAAD-FILHO, A. *Thirteen Things You Need to Know About Neoliberalism*. Critical Sociology, 2016.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. Lisboa: Edições 70, 2021.
- FRIEDMAN, Milton. *The social responsibility of business is to increase its profits*. New York Times, sept. 1970.
- FURTADO, R. A. **Regulação da Educação Superior: A Atuação Estatal e a Medida de Atendimento ao Interesse Público**. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 199-220, maio de 2017.
- GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. *Regulación y servicios públicos*. Granada: Editorial Comares, 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUTTMANN, Robert. Uma introdução ao capitalismo dirigido pelas finanças. **Novos Estudos**, São Paulo: CEBRAP, n. 82, p. 11-33, nov. 2008.
- HARDING, Robin. *How Warren Buffett broke American capitalism*. Financial Times, 2017. Disponível em: <https://www.ft.com/content/fd27245a-9790-11e7-a652-cde3f882dd7b>.
- HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2011.
- HOFSTADTER, Richard; GRAY, Wood. **Panorama da história dos Estados Unidos**. Agência de Comunicação Internacional dos Estados Unidos da América, 1985.
- HOPER EDUCAÇÃO. **Análise Setorial da Educação Superior Privada – Brasil 2016**. Foz do Iguaçu: Hoper Educação, 2016.
- INEP. **Censo da Educação Superior: notas estatísticas 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: https://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/docum

- entos/2020/Notas_Estatisticas_Censo_da_Educacao_Superior_2019.pdf.
- INEP. Censo da Educação Superior 2020: notas estatísticas. Brasília, 2022. Disponível em: https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/notas_estatisticas_censo_da_educacao_superior_2020.pdf.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins. **Curso de Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. The Yale Law Journal, 2017. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/vlj/vol126/iss3/3>.
- KHAN, Lina M. *New Tools to Promote Competition*. Democracy, 2016. Disponível em: <https://democracyjournal.org/magazine/42/new-tools-to-promote-competition/>.
- KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/century.pdf>.
- KRIPPNER, G. R. *The Financialization of the American Economy*. *Socio-economic Review*, 3, 2005, 173-208.
- KWOKA, John. *Controlling mergers and market power: a program for reviving antitrust in America*. Competition Policy International, 2020.
- LAO, Marina. *Ideology matters in the Antitrust debate*. *Antitrust Law Journal*. Vol. 79, n. 2, 2014.
- LEBBOS, Carolina Moura. Divisão de competências e articulação entre reguladores setoriais e órgãos de defesa da concorrência [Seção do Livro] // in: **Direito concorrencial e regulação econômica**. MOREIRA, Egon Bockmann e MATTOS, Paulo Todescan Lessa. - Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- LESLIE, Christopher R. *Antitrust Law as Public Interest Law*, 2 U.C. Irvine L. Rev. 885 (2012). Disponível em: <https://scholarship.law.uci.edu/ucilr/vol2/iss3/5>
- LOECKER, Jan de; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. *The rise of market power and the macroeconomics implications*. *The Quarterly Journal of*

Economics. Vol. 135, Issue 2, 2020. Disponível em: <http://www.janeckhout.com/wp-content/uploads/26.pdf>.

MAZZUCATO, Mariana. **O valor de tudo: produção e apropriação na economia global**. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020.

McCRAW, Thomas K. *Prophets of regulation*. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

MIROWSKI, Philip. *The political movement that dared not speak its own name: the neoliberal thought collective under erasure*. Institute for New Economic Thinking, working paper n. 23, sep. 2014. Disponível em: <https://www.ineteconomics.org/uploads/papers/WP23-Mirowski.pdf>.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Lisboa: Editorial Caminho, 2003.

OLIVEIRA, Romualdo Pereira de. A transformação da educação em mercadoria no Brasil. **Educação & Sociedade**, Campinas: CEDES, v. 30, n. 108, p. 739-760, out. 2009.

PAIVA, Giovanni Silva. Recortes da formação docente da educação superior brasileira: aspectos pedagógicos, econômicos e cumprimento de requisitos legais. In: **Ensaio: avaliação de políticas públicas educacionais**. Rio de Janeiro, v. 18, 2010.

PHILIPPON, Thomas. *The great reversal: how America gave up on free markets*. Cambridge and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2019.

PISTOR, Katharina. *The code of capital: how law creates wealth and inequality*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2019. Kindle Edition.

RANIERI, Nina Beatriz. **Educação superior, direito e estado: na lei de diretrizes e bases (Lei nº 9.394/96)**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2000.

RODRIK, Dani. Populism and the economics of globalization. *Journal of International Business Policy* 1 (1–2): 12–33, 2018. Disponível em: [https://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/populism and the economics of globalization.pdf](https://drodrik.scholar.harvard.edu/files/dani-rodrik/files/populism_and_the_economics_of_globalization.pdf).

SELDESLACHTS, Jo; CLOUGHERTY, Joseph A.; BARROS, Pedro Pita. *Settle for Now but Block for Tomorrow: The Deterrence Effects of*

- Merger Policy Tools***. 2008. Disponível em: <ftp://ftp.zew.de/pub/zew-docs/veranstaltungen/rnic/papers/JoSeldeslachts.pdf>.
- STEINBAUM, Marshall; STUCKE, Maurice E. *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*. **University of Chicago Law Review**: Vol. 87: Iss. 2, Article 11, 2020. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/11>.
- STIGLITZ, Joseph E. *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*. In: BALLEISEN, Edward; MOSS, David (ed.). **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York, NY: Cambridge University Press, 2009.
- STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. *The rise, fall, and rebirth of the U.S. antitrust movement*. **Harvard Business Review**, 2017. Disponível em: file:///Users/furtado/Library/Mobile%20Documents/com~apple~Cloud Docs/Doutorado/Stucke%3BEzrachi_Rise,%20Fall,%20Rebirth%20U.S.%20Antitrust%20Movement.webarchive.
- SUNSTEIN, Cass. ***After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State***. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990.
- TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. ***The myth of capitalism. Monopolies and the death of competition***. New Jersey: John Wiley & Sons, 2019.
- THOMAS, Ann Van Wynen. ***Note on the Origin of Uses and Trusts – WAQFS***. 3 SW L.J. 162, 1949.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. ***Da democracia na América***. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.
- TWAIN, Mark; WARNER, Charles Dudley. ***The gilded age: a tale of today***. New York and London: Harper & Brothers Publishers, 1915. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/The_Gilded_Age/ARUAA_AAMAAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&printsec=frontcover.
- VIEIRA DE CARVALHO, Carlos Eduardo. ***Regulação de serviços públicos***. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan; KLICK, Jonathan. ***Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust***. **George Mason Law & Economics Research Paper** No. 18-29, Arizona State Law Journal, 2019.

WU, Tim. *The curse of bigness: antitrust in the new gilded age*. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YALE SCHOOL OF MANAGEMENT, Thurman Arnold Project at Yale, Antitrust Enforcement Data. *Modern U.S. antitrust theory and evidence amid rising concerns of market power and its effects: an overview of recent academic literature*, 2020. Disponível em: <https://som.yale.edu/faculty-research-centers/centers-initiatives/thurman-arnold-project-at-yale/antitrust-enforcement-data-0>

Journal of Law and Regulation
Revista de Direito Setorial e Regulatório

Contact:

Universidade de Brasília - Faculdade de Direito - Núcleo de Direito Setorial e Regulatório
Campus Universitário de Brasília
Brasília, DF, CEP 70919-970
Caixa Postal 04413

Phone: +55(61)3107-2683/2688

E-mail: ndsr@unb.br

Submissions are welcome at: <https://periodicos.unb.br/index.php/RDSR>