

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

ANDRÉ LUÍS VEDOVATO AMATO

**A conformação do mercado da educação superior privada no Brasil:
Análise a partir do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12**

Orientadora Profa. Dra. Juliana Oliveira Domingues

**Ribeirão Preto
2016**

ANDRÉ LUÍS VEDOVATO AMATO

**A conformação do mercado da educação superior privada no Brasil:
Análise a partir do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Concorrencial e Econômico

Orientadora Profa. Dra. Juliana Oliveira Domingues

Ribeirão Preto

2016

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

A488m Amato, André Luis Vedovato
O mercado da educação superior privada no Brasil
/ André Luis Vedovato Amato; orientadora Juliana
Oliveira Domingues. -- Ribeirão Preto, 2016.
80 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação -
Departamento de Direito Público) -- Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São
Paulo, 2016.

1. DIREITO CONCORRENCIAL. 2. DIREITO ECONÔMICO.
3. EDUCAÇÃO SUPERIOR PRIVADA. I. Domingues, Juliana
Oliveira, orient. II. Título

Nome: André Luís Vedovato Amato

Título: A conformação do mercado da educação superior privada no Brasil: análise a partir do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo como requisito parcial para a obtenção de título de Bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.(a) Dr.(a) _____ Instituição: _____
Julgamento: _____ Assinatura: _____

Ribeirão Preto, _____ de _____ de 2016.

Dedicatória

Dedico este trabalho de conclusão de curso aos meus pais, Mario Amato (*in memoriam*) e Marisa Aparecida Vedovato Amato (*in memoriam*) que sempre me ensinaram que o maior patrimônio que pode ser construído é o conhecimento.

Agradecimentos

À Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, e às pessoas com quem convivi nesses espaços ao longo desses anos por todos os aprendizados;

À Profa. Dra. Juliana Oliveira Domingues que com toda a paciência me orientou nesta jornada por uma trilha do Direito Concorrencial que outrora desconhecia;

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhas. Com vocês, as pausas entre um parágrafo e outro da produção melhora tudo o que tenho produzido na vida;

À minha família, em especial minha irmã, que me apoiou e esteve comigo nos momentos mais duros e me deu forças e coragem quando havia perdido as forças e as esperanças;

A vocês meu muito obrigado e minha eterna gratidão.

Epígrafe:

“O mal da grandeza é quando ela separa a consciência do poder”

William Shakespeare

RESUMO

AMATO, A. L. V. A conformação do mercado da educação superior privada no Brasil: Análise a partir do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12. 2016. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016

O mercado da educação superior é um mercado altamente regulado, em seus aspectos gerais e setoriais, da mesma forma que pela jurisprudência do CADE pode-se dizer composto por quatro mercados relevantes: os mercados de ensino superior de graduação e pós-graduação, nas suas modalidades presencial e à distância. Ainda consta com barreiras de entrada bem definidas tais como ausência de reputação/conhecimento por parte dos alunos; a necessidade de altos investimentos e/ou custos irrecuperáveis; a regulação setorial; o papel do investimento em marketing e a importância de uma marca forte no mercado, incluindo ainda incluem a economias de escala. Isto sem contar às barreiras regulatórias impostas pelo Estado. São seus mais relevantes critérios de rivalidade o preço, a escala, a capilaridade da rede de polos, os investimentos em marketing e a qualidade. Isto posto, tem-se uma sobreposição de competências regulatórias entre o CADE e os setores responsáveis pela regulação setorial, que pode vir a ser agravado com a criação do INSAES.

Palavras Chaves: Mercado da Educação Superior, Direito Concorrencial, Concentração, Anhanguera e Kroton; Análise jurisprudencial.

ABSTRACT

AMATO, A. L. V. A conformação do mercado da educação superior privada no Brasil: Análise a partir do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12. 2016. 92 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016

The higher education market is highly regulated in its general and sectoral aspects. The CADE jurisprudence aim composed of four main markets: undergraduate and graduate in their arrangements. Still on with well-defined entry barriers such as lack of reputation by the students; the need for high investments and sunk costs; sectoral regulation; the role of investment in marketing and the importance of a strong brand in the market, including also include economies of scale. This not to mention the regulatory barriers imposed by the state. It is your most important rivalry criteria: price, scale, capillary network of poles, investments in marketing and quality. That said there is an overlap of regulatory powers between CADE and the sectors responsible for sector regulation, which might be aggravated by the creation of INSAES.

Key words: Higher Education Market, Antitrust law, Concentration Acts, Anhanguera and Kroton; jurisprudential analysis.

LISTAS DE TABELAS

Tabela 1 - Síntese da definição de mercado relevante adotada pelo CADE no mercado de educação superior

Tabela 2 - Detalhamento das disposições do PL n° 4.372/2012- INSAES

Tabela 3 – Sobreposição de Competências – INSAES x MEC

Tabela 4 – Decisões em atos de concentração nos mercados de ensino superior privado 2001 a 2015

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABMES - Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior
AC - Ato de Concentração
AGU - Advocacia Geral da União
BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CFRB/88 ou CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEE - Departamento de Estudos Econômicos do CADE
EAD - Educação a Distância
FIES - Fundo de Financiamento Estudantil
HHI - Herfindahl-Hirschman Index (índice Herfindahl–Hirschman)
IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas
IES - Instituição de Ensino Superior
IGC - Índice Geral de Cursos do MEC
INEP - Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira
INSAES - Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior
LDBE - Lei de Diretrizes e Bases da Educação
MEC - Ministério da Educação
NLAB - Nova Lei Antitruste Brasileira
PROUNI - Programa Universidade para Todos
RIDC - Regimento Interno da Câmara dos Deputados
SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SG - Superintendência-Geral do CADE
SINAES - Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	23
1. DA ORDEM ECONÔMICA	29
1.1. Princípios da Ordem Econômica	30
1.2. Agentes da Ordem Econômica.....	35
1.3. Papel do Estado Na Ordem Econômica	36
1.4. Intervenção do Estado no domínio econômico	37
1.5. Significado da expressão atividade econômica.....	38
1.6. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal	39
2. ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº. 08700.005447/2013-12 E A CONFORMAÇÃO DO SETOR DA EDUCAÇÃO SUPERIOR PRIVADA.....	41
2.1. Do Mercado Relevante	43
2.2. Parcada Substancial do mercado e Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado	50
2.2.1. Das Barreiras à Entrada.....	54
2.2.2. Da Rivalidade.....	58
2.2.3. Das Eficiências Econômicas	63
2.3. Do Acordo em Controle de Concentração	67
3.1. A Regulação da Educação Superior e as Barreiras Regulatórias	71
3.2. Análise quanto a natureza material do Projeto Legislativo.....	77
3.3. Análise quanto ao Desenvolvimento Político do Projeto Legislativo	80
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	83
ANEXOS E TABELAS	89
Tabela 1 - Síntese da definição de mercado relevante adotada pelo CADE no mercado de educação superior	89
Tabela 2 - Detalhamento das disposições do PL n° 4.372/2012- INSAES.....	90

Tabela 3 – Sobreposição de Competências – INSAES x MEC.....	91
Tabela 4 – Decisões em atos de concentração nos mercados de ensino superior privado 2001 a 2015	92

INTRODUÇÃO

No que se refere à educação superior, coexistem no cenário brasileiro instituições de ensino públicas (IES públicas) e privadas (IES privadas). Por um lado, a educação considerada com serviço público, prestado diretamente pelo Poder Público, nas diferentes instâncias da federação. Por outro, a educação privada considerada como mercado livre, aberto a qualquer interessado, condicionado, no entanto, à regulação exercida pelo Poder Público.

De acordo com dados do Censo da Educação Superior, divulgados pelo Ministério da Educação, no final de 2013, o total de alunos matriculados na educação superior brasileira ultrapassou a marca de 7 milhões em 2012, crescimento de 4,4% em relação ao ano anterior. Mais precisamente, os 7.037.688 alunos matriculados em cursos de graduação no Brasil estão distribuídos em 31.866 cursos, oferecidos por 2.416 instituições. A maior parte dessas 2,1 mil instituições privadas (76%) acessa recursos públicos através de projetos como o Programa Universidade para Todos (ProUni) e o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies)¹. Apesar de apresentar um crescimento menor no período, de 3,5%, a rede particular é responsável por quase 3/4 das matrículas. De acordo com estudo setorial realizada pela Hoper Educação o número de matrículas no setor privado ultrapassa os 4.000.000 (quatro milhões) de estudantes².

Adolfo Ignálio Calderón, ao examinar o crescimento das universidades particulares no Estado de São Paulo, aponta como um dos atores responsáveis pela nova dinâmica o surgimento das denominadas Universidade Mercantis, instituições de ensino privado com “*explícitos fins lucrativos, geridos enquanto empresas educacionais, oferecendo produtos e serviços de acordo com a demanda do mercado*”³.

É o que se pode extrair dos dados, dos quais se conclui, de acordo com Queiroz (2013), que a expansão do ensino superior brasileiro começou nas décadas de 1970, com a transformação de instituições isoladas em universidades particulares e confessionais. Elas passaram de 20, em 1985, para 85, em 2000. Estimuladas pela expansão do ensino básico, essas universidades abriram novos campi e diversificaram suas atividades, criando cursos de

¹ OLIVEIRA, Tory. O negócio da educação: Universidades privadas patinam para equilibrar gestão empresarial e qualidade no ensino. 2014. Publicado originalmente em Carta na Escola. Disponível em: <<http://www.cartauducacao.com.br/reportagens/o-negocio-da-educacao/>>. Acesso em: 27 jul. 2016

² HOPER EDUCACIONAL, Consultoria. Análise setorial do ensino superior privado - 2014. Foz do Iguaçu, 2014

³ CALDERON, ADOLFO IGNACIO. Universidades mercantis: a institucionalização do mercado universitário em questão. São Paulo Perspec. [Online]. 2000, vol.14, n.1, pp. 61-72. ISSN 1806-9452.

educação continuada e investindo em produção de material pedagógico para todos os ciclos de ensino.

Segundo pesquisa realizada pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) de análise do setor de ensino superior privado no Brasil pode se considerar a educação um exemplo típico de bem semipúblico, ou seja, aquele que reúne qualidades dos bens públicos e dos bens de mercado. Desta forma, a melhoria no nível de educação da população, por exemplo, gera um benefício global que é muito maior do que a soma dos benefícios individuais, estando aí a sua característica de bem público. Por outro lado, também pondera que o bem educação é perfeitamente divisível, assim como os bens de mercado – o consumidor direto (aluno) é facilmente identificável, sendo possível quantificar, via preço, parte dos benefícios da sua maior educação⁴.

Não há como negar um novo papel exercido pelo setor educacional, demandando planejamento estratégico por parte das universidades para enfrentar a concorrência e passando a exigir condutas cada vez mais arrojadas dos seus dirigentes. Na última década, os fundos *de private equity* - que compra participações em empresas - ampliaram seus investimentos no setor educacional e prepararam os grupos do setor para a abertura de capital.⁵ Com isso, a possibilidade de incorrerem em práticas ofensivas a concorrência pode ser um problema a ser enfrentando na regulação do setor educacional.

Em 2013, as universidades privadas controlavam 75% do ensino superior do País - e vários grupos controladores, como era o caso Anhanguera Educacional Participações S.A. e da Kroton Educacional S.A, que na época negociavam seus títulos separadamente em bolsas de valores.⁶ Hoje, após aprovação pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com restrições, tem-se o maior grupo educacional do país e do mundo, com cerca de 1,01 milhão

⁴SECCA, Rodrigo Ximenes. LEAL; Rodrigo Mendes. Análise do setor de ensino superior privado no Brasil. *BNDES Setorial* 30, p. 103 – 156. Disponível em:<http://www.bndespar.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/bnset/se t3003.pdf> Acesso em: 10 ago. 2015

⁵ EDITORIAL. Concentração do ensino privado. O Estado de São Paulo. São Paulo. 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,concentracao-do-ensino-privado-imp-,1025241>>. Acesso em: 27 set. 2016.

⁶ EDITORIAL. Concentração do ensino privado. O Estado de São Paulo. São Paulo. 25 abr. 2013. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,concentracao-do-ensino-privado-imp-,1025241>>. Acesso em: 27 set. 2016.

de alunos⁷⁸. Mais recentemente, em julho de 2016, foi anunciado publicamente a fusão da Kroton Educacional, com o seu maior concorrente, hoje, no mercado a Estácio.

O presente estudo insere-se, portanto, em um contexto maior de controvérsias e discussões que têm como eixo central o processo de massificação do ensino e os parâmetros mínimos de qualidade sem os quais não pode haver a efetiva democratização da educação superior no Brasil. O debate em torno do assunto diz respeito à fruição de direito fundamental da mais absoluta importância, o que exige da análise antitruste extremo cuidado para verificar o potencial lesivo que grandes concentrações podem representar para o mercado.

Em entrevista dada ao Portal G1- Economia do Grupo Globo de Comunicações⁹ o ex-presidente do CADE, Gesner Oliveira afirmou que o caso da Anhanguera pode ser usado como jurisprudência caso uma fusão entre Kroton e Estácio chegue ao referido Conselho.

Diante da nova estrutura empresarial em que está inserido o setor, os cuidados com o consumidor e com a concorrência passam a ser inevitáveis, apesar dos reconhecidos benefícios que podem advir da concorrência - não só contribuindo para o desenvolvimento econômico, como para o próprio consumidor, que passa a dispor de um amplo leque de opções.

Ante a esta situação o Governo Federal propôs ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.372/12 que “cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior – INSAES e dá outras providências” visando defender interesses sociais e o interesse coletivo dos estudantes mediante o controle da qualidade do produto oferecido, da mesma forma garantindo o controle das estruturas do mercado da educação superior¹⁰.

Cabe dizer que a proposta do INSAES - projeto de lei 4372/2012 - prevê como competência desse ente “aprovar previamente aquisições, fusões, cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino”.

⁷⁸ CASTRO, Marinella. Sócios aprovam fusão entre Kroton e Estácio: Aval unânime de conselheiros é dado depois de o grupo mineiro ter incluído no negócio pagamento de R\$ 420 milhões como distribuição de dividendos. O Estado de Minas. Belo Horizonte, p. 0-0. 16 ago. 2016. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2016/08/16/internas_economia,794330/socios-aprovam-fusao-entre-kroton-e-estacio.shtml>. Acesso em: 27 set. 2016.

⁸ ROCHA, Rodrigo. Fusão de Kroton e Estácio terá multa de R\$ 150 milhões por desistência. Valor Econômico. São Paulo. 15 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4635783/fusao-de-kroton-e-estacio-tera-multa-de-r-150-milhoes-por-desistencia>>. Acesso em: 27 set. 2016.

⁹ REUTERS. Entidades questionam fusão entre Kroton e Estácio: Fusão das empresas de educação pode criar uma concentração de mercado. OAB-RJ, Fenep e Comissão da Câmara questionam negócio.. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2016/06/entidades-questionam-fusao-entre-kroton-e-estacio.html>>. Acesso em: 27 set. 2016.

¹⁰ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4372-D, de 2012. Cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, e dá outras providências.

Neste momento cumpre destacar a importância acadêmica deste trabalho. Inicialmente trata-se de um mercado em constante expansão, com apoio governamental visando a promoção e desenvolvimento da Educação Superior. É dizer, trata-se de um mercado com importante fator social com geração de diversas externalidades, tanto positivas como negativas.

Por sua natureza e objetivo, a pesquisa será uma **pesquisa exploratória**, pois, segundo SEVERINO (2007), “*A pesquisa exploratória busca apenas levantar informações sobre um determinado objeto, delimitando assim um campo de trabalho, mapeando as condições de manifestação deste objeto*”.¹¹

Assim, notória é a relevância da constatação de que a presente pesquisa deve ater-se ao levantamento de informações já existentes, de acordo com os procedimentos a serem adotados, para que possa ser realizada uma análise profunda e aplicável do campo fático enfrentado pelo Setor da Educação Superior Privado e o Direito brasileiro.

O tema da presente pesquisa é dinâmico e moderno, e para realizar tal empreitada de forma eficaz, focar-se-á no estudo e na análise da versão pública do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12, de interesse Anhanguera Educacional Participações S.A. (Anhanguera) e Kroton Educacional S.A. (Kroton) notificado ao CADE no dia 21 de junho de 2013. Justifica-se tal opção metodológica pois foi a maior fusão que ocorreu no setor. Em 2013, o jornal O Estado de São Paulo indicava em seu editorial que no período de 2007 a 2013 foram realizadas 180 fusões, aquisições e incorporações de empresas da área de educação. Já o Portal G1, em matéria já indicada afirma que entre 2001 e 2015, o CADE avaliou 62 atos de concentração no setor educacional, sendo que treze foram aprovados sob condicionantes. Por sua vez, a Superintendência-Geral do CADE em parecer de Nº. 358 de 03 de dezembro de 2013 indica que o CADE analisou cerca de 38 operações envolvendo instituições de ensino no período de 2002 a 2013 (CADE; 2013; p. 2749). O fato é que apesar da discordância dos números apresentados, o caso mais recente e que comporta uma análise aprofundada do mercado da educação superior é o da fusão entre o Grupo Kroton e o Grupo Anhanguera, por abordar tanto a graduação como a pós-graduação, em suas modalidades presencial e a distância (EAD) justificando assim, a opção metodológica.

Isto posto, buscar-se-á a extração de elementos do caso que permitam formar um panorama do mercado da educação superior perante ao CADE, e com isso analisar se a proposta enviada pelo Executivo Federal tem o condão de garantir a qualidade do ensino e o respeito aos ditames constitucionais referentes não apenas ao direito à educação, mas também à liberdade

¹¹ SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico.** 23^a ed. São Paulo: Cortez, 2007.

de iniciativa e a defesa da concorrência, dentro dos parâmetros impostos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88).

O Capítulo 1 - Da Ordem Econômica como capítulo inicial busca situar o universo analisado, qual seja: a ordem constitucional econômica, para a partir desta delimitação, permitir ao leitor encontrar as definições e esclarecimentos necessários ao melhor entendimento das formas de intervenção do estado no domínio econômico, apresentando de uma forma panorâmica suas características, seus princípios e seus agentes.

Em seguida, no Capítulo 2 busca-se apresentar o setor da educação superior privada, suas principais características e aspectos regulatórios, mas principalmente sua conformação perante o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a partir da análise do Ato de Concentração Nº. 08700.005447/2013-12, de interesse Anhanguera Educacional Participações S.A. (Anhanguera) e Kroton Educacional S.A. (Kroton) notificado ao CADE no dia 21 de junho de 2013

O Capítulo terceiro busca-se uma análise do projeto legislativo em tramite na Câmara dos Deputados que institui o Instituto Nacional de Avaliação e Supervisão da Educação Superior - INSAES uma demanda de diversos setores sociais. A partir da perspectiva da conformação do mercado da educação superior apresentado no Capítulo antecedente, visualiza-se a presença de um provável conflito de competências, que não será analisado profundamente por fugir do escopo do presente trabalho.

Para ao final, apresentar as conclusões por meio de um modelo dedutivo entre as premissas apresentadas nos capítulos e assim demonstrar a compatibilidade do Projeto de Lei 4.372 de 2012 com a estrutura do mercado vigente e principalmente com a ordem constitucional, confirmando a premissa que tal regramento permite uma melhor garantia de qualidade do Ensino Superior ante a um mercado dinâmico e em franca expansão.

1. DA ORDEM ECONÔMICA

Primeiramente, cumpre ressaltar que o objetivo do capítulo não é esgotar o tema que ainda se compõe de diversas disputas doutrinárias, e sim fornecer uma base teórica que permita delimitar o âmbito de aplicação e conhecimento do presente trabalho. É dizer, busca-se apenas definir um marco teórico a fim de delimitar o tema trabalhado, a conformação da educação superior como um mercado e seus aspectos regulatórios. Neste sentido, é imperioso indicar o pensamento de GRAU, Eros (2010, p.174) que o conceito de ordem econômica, não somente é inútil como pernicioso, no plano da metalinguagem, que é a linguagem do direito, por isso não se fará essa definição.

Apesar das ressalvas doutrinárias existentes, é necessário apresentar uma definição, simples, mas com o intuito de afastar confusões e deixar claro o âmbito da presente pesquisa. Assim, adotar-se-á como instrumento delimitante o conceito elaborado por José Afonso da Silva (2011;p. 785-792) no qual, a partir da interpretação da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) declara que ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, consagrando uma economia de mercado de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista, desta forma criando as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento autocentrado, nacional e popular. O autor tem como legítima a liberdade de iniciativa econômica privada apenas quanto exercida no interesse da justiça social. Daí a intervenção econômica estatal, também imposta no art. 219 da CRFB/88.

Desta forma, compreendemos em consonância com as lições de José Afonso da Silva que Constituição ou Ordem Econômica são as bases constitucionais do sistema econômico e, encontram-se nos art. 170 a 192 (SILVA, 2011, p.785), constituindo-se de elementos sócio-ideológicos. Apresenta-se, destarte, como um conjunto de normas que revela o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado Liberal e o Estado Social intervencionista (SILVA, 2011, p.787) e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios indicados no art. 170, princípios estes que, em essência consubstanciam uma ordem capitalista (SILVA, 2011, p.788-789). Neste sentido, o autor é expresso:

“Reconhecemos valor ao conceito de constituição econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, por isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) constitua a realidade material (constituição material: infraestrutura)”.

“(...) interessa considerar a constituição econômica formal, como a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, ou seja: que dá forma ao sistema econômico, que, em essência, é o capitalismo”.

“(...): a constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição Federal que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica. (Cf. Justino F. Duque Domínguez, “Iniciativa privada y empresa”, in Constitución y economía, p. 52)”

“Procura-se fixar a idéia de que a constituição econômica formal, como objeto do Direito Constitucional positivo, consiste, não num conceito autônomo de constituição ao lado da constituição política, mas, sim, no conjunto de normas desta que, “garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico”, estabelece os princípios fundamentais de “determinada forma de organização e funcionamento da economia” e constitui, “por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.

Por conseguinte, utilizaremos para os fins do presente trabalho o conceito de constituição econômica formal, entendido como a parte da Constituição, que define e garante os elementos de funcionamento do sistema econômico adotado, o capitalismo. A partir desta delimitação extrairemos os princípios da Ordem Econômica formal, seus agentes e suas formas de atuação.

1.1. Princípios da Ordem Econômica

É explícito, o legislador constituinte, ao definir os princípios da ordem econômica no Art. 170 da Carta Magna: (1) soberania nacional; (2) propriedade privada; (3) função social da propriedade; (4) livre concorrência; (5) defesa do consumidor; (6) defesa do meio ambiente; (7) redução das desigualdades regionais e sociais; (8) busca do pleno emprego; (9) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Desta forma o *“art. 170 da Constituição enuncia os demais princípios que devem orientar a atuação do Estado e dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas do País”*¹² (BARROSO, 2008).

¹² BARROSO, Luís Roberto. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE),

Tomamos por base o referencial teórico apontado pelo constitucionalista José Afonso da Silva (2011), no qual “(...)cuidaremos dos princípios da atividade econômica, tomada aqui a palavra princípios mais no sentido de fundamentos da ordem econômica do que apenas de normas-síntese informadoras do sistema, mas também destas”.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso (2008) delimita o caráter não absoluto dos princípios, é dizer, delimita-se seu âmbito de sua atuação. Para tanto, a partir da leitura do art. 170 constitucional o autor afirma que não há homogeneidade funcional entre os princípios elencados pelo constituinte, sendo assim exemplifica, para ao final dividir os princípios da ordem constitucional em dois blocos, os princípios de funcionamento e os princípios-fins:

"O papel que a livre concorrência desempenha na ordem econômica é diverso daquele reservado ao princípio que propugna pela busca do pleno emprego ou pela redução das desigualdades regionais e sociais (...). Em linhas gerais, os princípios de funcionamento estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. Os princípios fins, por sua vez, descrevem realidades materiais que o constituinte deseja sejam alcançadas"¹³

Por meio destes referenciais e de suas subdivisões, apresenta-se o posicionamento de Eros Grau a respeito dos princípios da ordem econômica e sua interpretação, por nos parecer mais crítico e detalhado, a fim de fundamentar a base para o restante do trabalho, frisa-se que não se tem pretensão de esgotar tema de tamanha amplitude e espectro interpretativo.

No que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, este é um dos fundamentos da República e figura como um fim da ordem econômica. Sendo inviolável o Estado tem que respeitá-la e protegê-la, como uma obrigação do poder público. Constitui o núcleo essencial dos direitos humanos (GRAU, 2010, P.197). Não é somente fundamento, mas o fim para o qual se deve voltar a ordem econômica; diz, ainda, que esse princípio assume a mais pronunciada relevância, visto que compromete todo o exercício da atividade econômica em sentido amplo com o programa de promoção da existência digna de que todos devem gozar (GRAU, 2010, P.198).

Quanto ao valor social do trabalho entende-se que assegurar a todos existência digna, resulta que valorizar o trabalho humano importando na conferencia ao trabalho e a seus agentes tratamento peculiar (GRAU, 2010, P.199). O trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. A valorização do trabalho humano e

Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

¹³ Op. Cit.

reconhecimento do valor social do trabalho são cláusulas principiológicas que portam em si evidentes potencialidades transformadoras (GRAU, 2010, P.201).

Quanto ao valor social da livre iniciativa, este encontra-se no art. 1º, IV, da CRFB/88 sendo que a livre concorrência está no art. 170, IV, da CRFB/88 devendo a ordem econômica estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (GRAU, 2010, P.203).

A livre iniciativa não é tomada como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. É um conceito extremamente amplo, embora tenha sido conduzido de forma a ser entendido de forma restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Da livre iniciativa se desdobra a liberdade. Ele descreve a liberdade como sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado. O traço constitutivo da liberdade é o seu caráter jurídico, sendo seu perfil definido pela ordem jurídica.

Na CRFB/88 a liberdade é consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica (GRAU, 2010, P.204). Mas não se pode reduzir a livre iniciativa à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica. Livre iniciativa não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico, mas sim, abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas (GRAU, 2010, P.205).

Retornando ao conceito de livre iniciativa, cabe dizer que esta é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. É um modo de expressão do trabalho em uma sociedade livre e pluralista (GRAU, 2010, P.207).

O princípio da livre concorrência, art. 170, inciso IV, da CRFB/88, é um princípio de ordem econômica (princípio constitucional impositivo). Assim a CRFB/88 também reconhece em seu art. 173, §4º, o princípio da repressão aos abusos do poder econômico, de tal modo que nem por isso o poder econômico deixa de se manifestar no mundo do ser (GRAU, 2010, P.210).

Liberdade de concorrência esta que se desdobra em liberdades privadas e públicas, e que segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior, citado pelo autor, é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preços mais baixos, garantindo uma sociedade mais equilibrada (GRAU, 2010, P.212).

A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dos objetivos fundamentais da República (GRAU, 2010, P.216). Sociedade livre, segundo o autor, é sociedade sob o primado da liberdade real, em todas as suas manifestações, cujo titular é a sociedade. Sociedade justa, por sua vez, é aquela que realiza a justiça social. E, solidária aquela que busca não inimizar os homens entre si (GRAU, 2010, P.217).

A garantia do desenvolvimento nacional, art. 3º, inciso II, da CF/88, é outro objetivo fundamental da República. A ideia de desenvolvimento, segundo autor está na dinamicidade das mutações qualitativas e quantitativas, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente (GRAU, 2014, P.215).

O desenvolvimento, portanto, não supõe apenas crescimento econômico, mas elevação do nível cultural e intelectual da comunidade dadas as mudanças sociais. Garantir o desenvolvimento nacional é primordial ao papel do Estado, necessitando, segundo Fabio Konder Comparato, de um mínimo de programação de políticas públicas de longo prazo, pois o subdesenvolvimento é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social, que por sua vez leva ao imperativo de uma política nacional para todos os setores da vida social (GRAU, 2014, P.214).

Assim, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais são objetivos da República atinentes à promoção do desenvolvimento econômico (GRAU, 2014, P.216). Sendo o escopo da ordem econômica, neste sentido, o de assegurar a todos a existência digna, através da promoção do bem de todos e da dignidade da pessoa humana.

O princípio da soberania nacional, do art. 170, inciso I, da CRFB/88, consubstancia-se na realização do fim de assegurar a todos a existência digna supramencionada, pela realização de políticas públicas (GRAU, 2014, P.225). Assim, a soberania nacional econômica supõe a modernização da economia e da sociedade, dada a ruptura de nossa situação de dependência em relação às sociedades desenvolvidas quando consumidores de tecnologia externa (GRAU, 2014, p.227).

Os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade (art. 170, incisos II e III, da CRFB/88), se correlacionam no sentido de ser pressuposto o primeiro do segundo, uma vez que a ideia de função social atribui a propriedade conteúdo específico quando da propriedade privada (GRAU, 2014, P.232). O art. 5º, da CRFB/88, em seus incisos XXII e XXIII, prescrevem por sua vez que o direito de propriedade é garantido, assim como a função social será atendida pela propriedade (GRAU, 2014, P.232).

Nas palavras do autor, a função social da propriedade atua como fonte da imposição de comportamento positivo ao detentor do poder que deflui da propriedade (GRAU, 2014, P.235). Distinguindo, por conseguinte o poder de polícia da função social da propriedade, visto que segundo Carlos Ari Sundfeld, citado pelo autor, o poder de polícia não comporta só a imposição de não fazer ao titular da propriedade, mas de fazer dada a mera condição no exercício de um

direito, como dever e não ônus (GRAU, 2014, P.240). E a função social da propriedade trata-se do dever de exercitar tal direito.

O princípio da função social da propriedade integra, pois, o conceito jurídico-positivo de propriedade, de tal modo que a distinção entre propriedade dotada de função individual e propriedade dotada de função social é necessária para a compreensão de tal princípio (GRAU, 2014, P.245).

Na defesa do consumidor existem três aspectos envolvidos, os interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos (GRAU, 2014, P.247). Consumidor é em regra aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo. As medidas de defesa do consumidor não meras expressões de ordem pública, mas como implementação de normatividade e de medidas interventivas (GRAU, 2014, P.248).

A defesa do meio ambiente é a resposta da Constituição a exploração predatória dos recursos naturais. Esse princípio tem relação com os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego, para assegurar a todos a existência digna (GRAU, 2014, P.250).

Os princípios do desenvolvimento nacional e o pleno emprego supõem uma economia autossustentada, suficientemente equilibrada para o bem-estar do ser humano (GRAU, 2014, P.251).

A busca do pleno emprego é um princípio, esse princípio é o conteúdo ativo do princípio da função social da propriedade. A propriedade que cumpre a função social obriga ao proprietário/titular a prática do pleno emprego. A realização da função social passa pela realização do pleno emprego (GRAU, 2014, P.252).

Após esta breve apresentação dos princípios constitucionais regentes da ordem econômica, faz-se complementar o posicionamento de Luis Roberto Barroso (2008), proporcionando uma tipologia e uma classificação dos princípios, *in verbis*:

"Os princípios de funcionamento referem-se à dinâmica das e relações produtivas, às quais todos os seus agentes estão vinculados. Podem ser classificados como princípios de funcionamento aqueles referidos nos incisos I a VI do artigo 170" e conclui o raciocínio "este conjunto de princípios setoriais, acima examinados, forma, em suma, as "regras do jogo", que limitam e obrigam a conduta dos particulares. O destinatário principal dos princípios de funcionamento da ordem econômica é, como se vê, a iniciativa privada (e também o Estado quando atua empresarialmente, nos termos do art. 173 da Constituição).

Quanto aos princípios-fins entende-se que "delineiam os objetivos que, como produto final, a ordem econômica como um todo deverá atingir. Eles figuram tanto no caput do art. 170 quanto em seus incisos finais." Descreve, assim, "uma realidade fática desejada pelo constituinte e comandada ao Poder Público. Assim, o constituinte deseja o fortalecimento das empresas brasileiras de pequeno porte, admitindo, então, tratamento favorecido por parte do Estado. Além disso, a Constituição harmoniza os

objetivos da ordem econômica – redução das desigualdades, pleno emprego e existência digna para todos – com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do art. 3º da Carta.”

“Observa con quanto, “que nenhum desses princípios setoriais poderá restringir a livre iniciativa a ponto de afetar seus elementos essenciais”. Todavia, esclarece que “nenhum deles – desde a meta de assegurar a todos existência digna, até o tratamento favorecido para as empresas nacionais de pequeno porte – poderá contrariar ou esvaziar os princípios fundamentais da ordem econômica, tal como positivados no caput do art. 170, ainda que lhes estabeleçam certo nível de restrições. Não se pode, sob o pretexto de realizar qualquer deles, eliminar a livre iniciativa ou depreciar o trabalho humano”.

1.2. Agentes da Ordem Econômica

Cumpre nesta subseção definir quem são os agentes da ordem econômica visando entender as partes das relações que se formam. De modo geral são identificados como o Estado e como a Iniciativa Privada, que apesar de atuarem com objetivos diferentes suas ações, em partes são integradas e subsidiárias entre si.

No mesmo sentido é o que nos apresenta Luis Roberto Barroso (2008) pode-se entender que *“é fora de dúvida que os particulares são os principais atores da ordem econômica brasileira”,* uma vez que o *“regular exercício de suas atividades pelas empresas privadas – como tal entendido o que observa os princípios de funcionamento da ordem econômica – já viabiliza uma parte importante do bem-estar social”*.

Ao Estado, por sua vez, continua o autor, cabe a *“preservação e promoção dos princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização dos princípios-fins”*, ou seja, *“fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica”*. Desta forma, ressalva *“que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa”*

1.3. Papel do Estado Na Ordem Econômica

Tendo em vista o aspecto regulatório e concorrencial que serão tratados nos capítulos posteriores cumpre delimitar o papel do Estado na ordem econômica. Buscamos nas bases constitucionais a caracterização deste papel, neste sentido, José Afonso da Silva (2011) é expresso:

(...) o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode-se manter, em face da atual Constituição, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. (...) constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica tendo em vista a realização de seus fundamentos e de seus fim, (...).

A leitura do texto constitucional somado a doutrina constitucionalista nos permite dizer que o Estado pode explorar diretamente a atividade econômica por dois meios, o monopólio e a exploração necessária (SILVA, 2011). Quanto ao monopólio não será abordado em profundidade pois foge do escopo do presente trabalho. Já em relação à exploração necessária pode-se identificá-la como “quando o exigir a segurança nacional ou interesse coletivo relevante conforme definidos em lei (SILVA, 2011). É o que se extrai da leitura do art. 173, *caput* da CRFB88, *in verbis*:

Art. 173 Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Neste sentido entende o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.809) que a constituição estabeleceu diferença entre as atividades que são realizadas pelos particulares no exercício de sua liberdade, sendo destarte, considerada como atividades econômicas e, as atividades do Estado, definidas como serviço público. Entretanto, o autor anota a possibilidade de entes públicos e privados exercerem função do outro por meio de indicação legislativa.

Entrementes, conforme já demonstrado cabe ao Estado fiscalizar, regularizar, fomentar as atividades econômicas de seu interesse, o que caracteriza a atuação indireta do Estado na economia. É neste ponto que se focará o decorrer do trabalho, ou seja, a atuação indireta do Estado na atividade econômica, para tanto tais temas serão tratados nos capítulos subsequentes.

1.4. Intervenção do Estado no domínio econômico

Adotar-se-á o posicionamento novamente de Eros Grau (2010, p.90)¹⁴ pois é um marco inovador da antiga teoria administrativista e na nova teoria de direito econômico. Afirma o jurista que: *somente se pode intervir em uma área que não é de sua própria competência* (GRAU, 2010, p.91).

Desta forma, pode-se entender que a atuação do Estado na ordem econômica se dá quando ele presta serviços públicos diretamente à população e mais que está agindo em área própria, conforme os limites de competência instituídos pela Carta Magna, da mesma forma que a atuação indireta, ou seja, a intervenção em seu sentido lato, ocorre quando atua em área de particulares, ou seja, quando atua diretamente sobre alguma atividade econômica (GRAU, 2010, p.91). Ressalta-se o ponto de diferenciação teórica da perspectiva adotada no qual determina quando o estado atua na área de serviços públicos e quando ele intervém em áreas próprias da atuação dos particulares. Assim, identifica-se a tipologia proposta pelo autor em relação às formas de atuação no domínio econômico. Em suma, tem-se o gênero *atividade econômica em sentido amplo* que abarca duas espécies (1) os *serviços públicos*, e (2) as *atividades econômicas em sentido estrito*. Neste sentido, a título exemplificativo:

“ ‘O que porém mais importa destacar, quando nos dedicamos à análise do tema é a atuação do Estado em relação à esfera do privado. O vocábulo *intervenção*, então veiculado em sentido forte, que indica atuação na área de outrem – isto é, naquela esfera do privado -, é o que melhor se presta a conotar o significado pretendido. A própria Constituição, de resto, não dispensa a sua utilização: no art. 149 define como exclusivamente à União instituir contribuições de intervenção no domínio econômico’.

Aí o vocábulo é resgatado expressando, em plenitude, o seu sentido forte: ‘domínio econômico’ é precisamente o campo da atividade econômica em sentido estrito, área alheia à esfera pública, de titularidade (domínio) do setor privado. Relembre-se que o serviço público está para o setor público assim como a atividade econômica (em sentido estrito) está para o setor privado.

Por isso que, cogitando das formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico desenrolado na esfera do privado – isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito, no ‘domínio econômico’- cuidamos das formas de intervenção do Estado em relação a ele’”¹⁵

A partir destas elucidações, pode-se dizer, segundo os autor, que as modalidades de intervenção/atuação do Estado no âmbito da ordem econômica são: (1) Atuação: serviços públicos, ou seja, atuação do Estado no serviço público diretamente ou por concessão

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. As formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico; a noção de atividade econômica, o direito econômico. In: ___A ordem econômica da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 14ª. Ed. 2010. P. 91-154.

¹⁵ Op. Cit. P. 146

(regulação em sentido estrito); (2) Intervenção por absorção ou participação, ou seja, atuação direta em regime de concorrência ou de monopólio; (3) Intervenção por direção, ou seja, regulação cogente (lato senso) e fiscalização da ordem econômica; e por fim, (4) Intervenção por indução, ou seja, estímulo a determinados setores a atuarem de determinado modo (poder regulamentar lato senso) na ordem econômica (GRAU, 2010, p.147).

1.5. Significado da expressão atividade econômica

A priori, cumpre notar que este tema não é exclusivamente jurídico e envolve aspectos da teoria econômica. Apesar de indicar a expressão nota-se que não houve interesse do legislador constituinte em defini-la no texto constitucional, para tanto, far-se-á necessário o recurso às lições de direito comercial, nas quais, devido a caracterização de empresa, os doutrinadores da área se vem compelidos a definir atividade econômica. Ante tamanha abertura, de modo algum, pretende-se esgotar o tema, pelo contrário, apenas busca-se delimitá-lo a fim de estabelecer elementos para definição desta atividade no decorrer do trabalho.

Entende-se que atividade econômica se refere a uma atividade criadora de riqueza – e, portanto, de bens, assim entendidos em sua plena acepção jurídica, aí incluídos os serviços, abrangendo toda espécie de produtores profissionais, desde que produzam bens ou serviços (VERÇOSA, 2011, p,139). Nota-se que o desenvolvimento de uma atividade econômica, entendido como um processo de criação de riquezas pode ser tanto um meio, como um fim em si mesmo (VERÇOSA, 2011, p,140). Usando dos exemplos elencados pelo comercialista em questão, podemos dizer que haverá atividade econômica como fim, quando esta busca o lucro como seu principal objetivo, seria o caso das sociedades comerciais e mercantis. Por outro lado, seria uma atividade meio, por exemplo quando a exerce não apenas pelo lucro, mas como um instrumento para atingir um objetivo: uma associação que vende alguns itens artesanais para a manutenção de seu caixa.

Cumpre ressaltar que este é o critério adotado pelo IBGE e pelo Ministério da Fazenda, conforme faz-se notar pela citação extraída da Classificação Nacional das Atividades Econômicas:

“A atividade econômica das unidades de produção deve ser entendida como um processo, isto é, uma combinação de ações que resulta em certos tipos de produtos ou, ainda, uma combinação de recursos que gera bens e serviços específicos. Logo, uma atividade é caracterizada pela entrada de recursos, um processo de produção e uma saída de produtos (bens e serviços)”

1.6. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal

Conforme ficou demonstrados nas subseções antecedentes a ordem econômica constitucional deriva de uma série de princípios fins e princípios fundamentos, que institui o modelo de economia capitalista, com prevalência dos princípios da livre iniciativa e livre concorrentes, balizados pelo aspecto do desenvolvimento social. Neste sentido, é necessário definir os limites de atuação do Estado, visto a provável interferência e conflito entre os princípios de liberdade individual, com os preceitos fins da ordem econômica.

Para tanto, far-nos-emos uso das lições do Professor Dr. Floriano de Azevedo Marques Neto (2006)¹⁶ que se preocupa com o envolvimento das modalidades de intervenção do Estado, visto que podem restringir a atuação do particular no domínio econômico:

A incidência de mecanismos de regulação estatal não é neutra em face do setor regulado. Ao manejar competências reguladoras, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição. (...) este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da liberdade de iniciativa que, para além de ser basilar à ordem econômica (artigo 170, caput, da Constituição), (...)".

Entende o autor que existe duas formas de limitação ao abuso do poder interventor do Estado, representado por dois vetores de limitação, um em sentido horizontal e outro em sentido vertical, relativos à abrangência e à intensidade da regulação exercida.

Quanto ao eixo horizontal, ou seja, os limites à abrangência da regulação estatal:

"há que se verificar se existem limites àqueles setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência regulatória direta e específica (...) trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que se edifique um arcabouço regulatório incidente sobre uma atividade, indústria ou setor econômico (...), está de certo modo posto o debate acerca dos limites da abrangência da regulação estatal, mesmo que dilargados por obra do legislador."¹⁷

Quanto ao eixo vertical analisa-se os lindes constitucionais para o exercício das competências regulatórias:

¹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

¹⁷ MARQUES NETO, Op. Cit.

"Trata-se de ver, portanto, se existem restrições à intensidade e profundidade da regulação". É dizer, "Ainda que corresponda à regulação alguma margem de discricionariedade quanto ao momento da ação ou ao instrumento regulatório a utilizar, creio que a atividade reguladora (como espécie de função pública) está adstrita à dupla incidência de limites e princípios"¹⁸.

Conforme vai sendo delineado pode-se entender que a própria Constituição limita a atividade reguladora do Estado, a partir da regra da liberdade de iniciativa, ou seja, não pode se considerar a possibilidade de ação e intervenção desmedida por parte do Estado. Se assim não fosse, seria o caso de um conflito principiológico que colocaria em risco toda a integridade do sistema jurídico-econômico constitucional. Devendo ser, destarte, ressaltada a presença de razões suficientes e densas que levem à derrogação, ou melhor dizendo, à diminuição da abrangência e dos limites do princípio da livre-iniciativa. É o que extraímos do pensamento do autor em tela:

"haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derrogar, parcialmente, o princípio da livre iniciativa. Apenas a presença (a consequente demonstração) dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da regulação. Somente diante dessas finalidades é que se pode fechar a equação posta pela constituição, calibrando liberdade de empresa com regulação econômica".

Assim, no eixo horizontal (abrangência), a limitação é ditada predominantemente pelo princípio da subsidiariedade. Já no eixo vertical (intensidade e profundidade) tenho comigo que as balizas mais fortes são dadas pelo princípio da proporcionalidade".

¹⁸ MARQUES NETO, Op. Cit.

2. ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº. 08700.005447/2013-12 E A CONFORMAÇÃO DO SETOR DA EDUCAÇÃO SUPERIOR PRIVADA

Em 21 de Julho de 2013 as partes Anhanguera Educacional Participações S.A. e Kroton Educacional S.A. apresentaram notificação de Ato de Concentração nos termos dos Art. 88¹⁹ da Lei Nº. 12.529 de 2011 ao CADE. De acordo com o referido artigo serão submetidos ao CADE os atos de concentração econômica em que pelo menos um dos grupos tenham faturamento bruto superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no último fechamento anual, e o outro faturamento, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

No caso em análise, os grupos que realizam o ato de concentração econômica são: Grupo Anhanguera "*composto por empresas atuantes no setor de educação superior, em cursos de graduação, pós-graduação e extensão, nas modalidades presencial e à distância, cursos de idiomas e cursos preparatórios para concursos*" (CADE, 2013; p.02) e o Grupo Kroton "*composto por empresas atuantes no setor de educação infantil, ensino fundamental, médio e superior, em cursos de graduação e pós-graduação, nas modalidades presencial e à distância, cursos de idiomas e cursos livres, atuando, ainda, na produção de materiais didáticos-pedagógicos e fornecimento de material didático*" (CADE; 2013; p. 02). Identifica-se que em sua peça exordial as requerentes indicam terem registrado faturamento conjunto superior a R\$ 750 milhões, em 2012 (CADE, 2013; p. 03) o que de acordo com a legislação vigente torna necessária sua apresentação ao CADE e a prévia aprovação da operação.

Ainda, é necessário definir as características da operação em análise. A descrição da operação foi realizada em conformidade com o Formulário de Procedimento Não-Sumário (Anexo I - Resolução CADE Nº. 2/2012), e indica que a concentração dos agentes econômicos em questão dar-se-á por meio de incorporação de ações, enquadrando-se como uma fusão que

¹⁹ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

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

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

abrangerá a totalidade das atividades das partes, não sendo possível estimar o valor envolvido na Operação, visto que o valor combinado de ambas as companhias supera o patamar dos R\$10.000.000.000,00 (dez bilhões de reais).

A partir desta apresentação inicial, tomar-se-á por base os ensinamentos de Juliana Oliveira Domingues e Eduardo Molan Gaban em sua obra Direito Antitruste. É do entendimento dos autores que para se analisar uma conduta ou uma operação de concentração empresarial sob o prisma da Lei 12.529 de 2011, “é necessário o estabelecimento de considerações acerca da estrutura do mercado em foco, num misto de abordagem estrutural e comportamental” (GABAN e DOMINGUES, Pag. 92), desta forma e seguindo a experiência internacional, deve-se seguir algumas etapas na análise da formação da estrutura do mercado e na restrição da liberdade econômica comportamental. Tal é o fato que “a prática do Direito Antitruste no Brasil está evoluindo por meio do caminho técnico requerendo um conhecimento mais profundo de diversas teorias e ferramentas disponíveis globalmente, quer econômicas ou legais, para lidar com as difíceis e complexas operações empresariais em questão” (GABAN e DOMINGUES, Pag. 111). Assim, a avaliação dos impactos concorrenenciais é realizada “por meio do percurso das cinco etapas de análise antitruste, baseada no paradigma “Estrutura-Conduta-Desempenho”(E-C-D) da Escola de Harvard: (i) determinação do mercado relevante; (ii) determinação da participação e controle de mercado; (iii) probabilidade do exercício do poder de mercado; (iv) análise das eficiências produzidas pela operação; e (v) avaliação dos custos e benefícios resultantes ao bem-estar social” (GABAN e DOMINGUES, Pag. 119).

Isto posto, é o que se seguirá nas subseções, nas quais buscar-se-á a partir dos posicionamentos expressados pelas partes concentrantes, pela superintendência geral do CADE, do DEE e pela decisão proferida pela Relatora Ana Frazão, extrair a conformação do mercado da educação superior privada ante a legislação antitruste e principalmente sua conformidade com a ordem constitucional econômica. Frisa-se que não se trata de um mero relatório das posições, mas sim da análise dos posicionamentos ante a ótica de análise de concentração horizontal adotada pelos autores.

2.1. Do Mercado Relevante

A delimitação do mercado relevante é pressuposto essencial de incidência da Lei Antitruste, averiguando a real dimensão do mercado que está sendo afetado para se delimitar o universo material e territorial para que seja possível o estabelecimento de uma análise antitruste. Para tanto, o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, incorporado pela Portaria Conjunta n. 50, de 1º de agosto de 2001, apresenta a definição como “*menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado*”.

Já o projeto do novo guia de concentrações horizontais, datado de 2016, ainda em análise o define como o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação.

Das definições trazidas podemos extrair a existência de duas perspectivas que devem ser consideradas para fim da análise antitruste, referente ao produto ou ao serviço prestado em si mesmo, e a perspectiva geográfica.

A perspectiva do produto ou serviço, também pode ser referida como material ou substancial, considerando que a concorrência entre produtos ocorre apenas com aqueles que guardam alguma similaridade e pelos quais possam ser substituídos. Trata-se do fenômeno da substitutibilidade²⁰, ou seja, pelo lado da oferta possibilidade de os consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de um aumento significativo e não transitório de preços do primeiro como pelo lado da demanda deve-se verificar se o produto sob análise pode ser substituído por outros existentes no mercado. Citando a doutrina americana GABAN e DOMINGUES (2012; p. 95) afirmam ser o mercado relevante de produto “*o menor mercado para o produto no qual a elasticidade da demanda e a elasticidade da oferta são suficientemente baixas, para que uma firma com 100% de mercado possa lucrativamente, reduzir a produção e aumentar substancialmente o preço acima do nível competitivo*”.

De acordo com a explicação doutrinária e com base no Ato de Concentração em análise é possível concluir que o CADE realizou uma análise pormenorizada do mercado de educação

²⁰ VASCONCELLOS e GARCIA, em seu livro Fundamentos de Economia apresentam exemplificam de forma clara este fenômeno, a saber: “*se um bem X possui um bem substituto Y, ou seja, outro bem similar que satisfaça a mesma necessidade, quando o preço do bem X aumenta, coeteris paribus, o consumidor passa a adquirir o bem substituto (o bem Y), reduzindo assim a demanda do bem X.*” (p.41)

superior privado, principalmente no que se refere ao mercado de graduação a distância (EAD), conforme se verá adiante.

A Respeito da graduação na modalidade presencial as partes adotaram como opção metodológica aquela sugerida pelo o ex-Conselheiro Elvino Mendonça em seu voto-vista no Ato de Concentração Nº. 0812.000046/2011-62, e considera que os diferentes cursos de graduação presencial constituiriam, sob a ótica do produto, mercados relevantes distintos, devendo cada curso, portanto ser analisado separadamente. Referido posicionamento é também adotado pelo parecer da Superintendência-Geral no qual extrai-se, que cada curso de graduação presencial tem sido definido como um mercado relevante em si (independentemente se em nível de licenciatura, bacharelado ou tecnólogo) (CADE; 2013; p. 2750).

Em relação ao o mercado de graduação EAD, a afirmação é de que o CADE possui uma jurisprudência incipiente, tanto as partes como a Superintendência-Geral reafirmam que o CADE não tratou de forma detida o assunto, com exceção do AC 08700.004112/2012-04 no qual entendeu que o segmento de EAD poderia ser dividido por curso de graduação. Corrobora para tanto o parecer da SG, ao afirmar que “*o CADE já possui um razoável número de decisões emitidas que permitiriam a formação de sua jurisprudência, a análise do mercado de graduação EAD ainda é incipiente, dada a própria característica dessa modalidade de ensino, ainda recente no Brasil* (CADE; 2013; p. 2750) ”.

Dos argumentos levantados pelas partes e pela SG, pode-se considerar que a definição do mercado relevante de graduação EAD se dá de maneira segmentada, por curso, conforme já feito em relação aos cursos de graduação presenciais, pois, tem-se em cada curso um mercado relevante distinto por conta de argumentos de substitutibilidade pela demanda e pela oferta. Pela demanda, observou-se que a rotatividade de alunos entre cursos dentro de uma mesma IES é muito baixa. Já pela oferta, foi possível constatar que há restrições de cunho estrutural (infraestrutura, tecnologia, professores) e legal (regulação de acesso ao mercado de ensino superior e para a oferta de novos cursos) que dificultam uma contestação do mercado de maneira tempestiva por uma IES que já atue em mercado (curso) correlato. Ainda, considerou-se a separação em mercados relevantes distintos os cursos na modalidade presencial daqueles ofertados na modalidade à distância.

Para os cursos de pós-graduação presencial e a distância o entendimento é o mesmo, ou seja, o mercado relevante de cursos de pós-graduação é segmentado por áreas de conhecimento, agrupando-se cursos que sejam substituíveis pela demanda (requisitos de ingresso semelhantes) e pela oferta (compartilhamento de infraestrutura), utilizando-se classificação empregada pelo

Ministério da Educação - MEC e pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP na formatação do Censo da Educação Superior.

A definição de mercado da pós-graduação para a modalidade presencial, para as partes deve ser entendida a partir de parecer emanado pela Superintendência Geral relativo ao AC 08700.004112/2012-04²¹, visto indicar que tanto sob o lado da oferta, quanto pelo lado da demanda, há um elevado grau de substituição a justificar uma definição de mercado do produto de forma mais abrangente, propondo que os cursos fossem analisados, tanto de forma agrupada, quanto por área geral de conhecimento. Complementa esta opção alegando que um eventual troca de curso de pós-graduação após seu início, em tese, traria menores custos ao aluno que fizesse tal opção, dado o prazo de duração mais curto desses cursos; que inúmeros cursos de pós-graduação compartilham disciplinas, o chamado "tronco comum", diminuindo os custos de uma eventual troca; ainda que os cursos de pós-graduação oferecem um número maior de opções potencialmente substituíveis, dado que para cada área de formação na graduação é comum existir diversos segmentos possíveis de serem considerados para uma especialização; sob aspecto regulatório, os cursos de pós-graduação lato sensu não dependem de autorização, reconhecimento ou renovação de reconhecimento; e por fim, há maior flexibilidade para as IES no tocante à possibilidade de criação/extinção de cursos de pós-graduação lato sensu, além de haver maior compartilhamento de recursos dentro de uma mesma área de concentração. Todos esses fatores justificariam o agrupamento dos cursos de pós-graduação por área geral de conhecimento, conforme entendimento das partes concentrantes.

Em seu turno, a SG considerou o fato de que uma Universidade só pode expandir sua área de atuação na graduação presencial para outros municípios dentro do mesmo estado em que fica o Campus sede. Por outro lado, a expansão de sua atuação na modalidade EAD pode ocorrer ao longo de todo o território nacional, por meio da abertura de novos polos. Desta forma, conclui que os cursos de graduação ofertados na modalidade EAD não se confundem com aqueles ofertados de maneira presencial, cada modalidade perfazendo, portanto, um mercado relevante distinto. Desta forma, considerando o baixo custo de troca entre os cursos de pós-graduação lato sensu - dada a curta duração destes cursos -, as insignificantes restrições de ordem regulatória e a possibilidade de compartilhamento de infraestrutura entre os diversos cursos, a SG, em linha com precedente mencionado, segmentou o ensino de pós-graduação lato sensu, presencial e a distância, por área de conhecimento

²¹ Ato de Concentração nº 08700.004112/2012-04, de interesse da Kroton e da Itala Participações Ltda. Prestação de Serviços Educacionais, julgado em 19 de dezembro de 2012

Todavia, esta não foi a opção adotada pela relatora em seu voto. Em sentido contrário às partes e à SG é expressa ao afirmar que cada curso de graduação ofertado na modalidade presencial e cada curso ofertado na modalidade EAD constitui um mercado relevante distinto. Neste sentido, a relatora Ana Frazão, justificou a posição ao indicar haver jurisprudência consolidada no assunto, apresentando, modo abreviado, um breve levantamento da jurisprudência do CADE considerando que sob o aspecto do produto.

A seu ver, inicialmente considerava-os segmentados por tipo de ensino, isto é, divididos em: ensino fundamental, médio, superior, idiomas e profissionalizante, conforme posicionamento do AC 08012.011611/2007-3; em seguida, passou-se a admitir, além da segmentação entre graduação e pós-graduação, também a subdivisão do ensino superior por tipo de curso, sendo cada curso um mercado relevante distinto (AC no 08012.011435/2008-1); para em sequência segmentar o mercado por áreas de conhecimento, agrupando cursos que sejam substituíveis pela demanda caracterizado por requisitos de ingresso semelhantes e pela oferta caracterizado pelo compartilhamento de infraestrutura; para, por fim, a partir do AC nº. 08700.004112/2012-04 considerar, sob o aspecto do produto, a definição do mercado relevante de graduação EAD de maneira segmentada, por curso, conforme já feito em relação aos cursos de graduação presenciais.

A perspectiva geográfica do mercado relevante, por sua vez, indica o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e demanda, ou seja, o alcance dos efeitos das condutas investigadas ou das estruturas resultantes de operações empresariais analisadas sobre condições de concorrência e rivalidade. Em suma, é a abrangência física dos efeitos das condutas de concorrentes exige a observância de aspectos identificado por GABAN e DOMINGUES (2012; p. 97) como:

“(i) hábitos dos consumidores, em que se verifica se o consumidor está disposto a se afastar do local onde está para adquirir outro produto ou serviço similar ou idêntico; (ii) incidência de custos de transporte (custos do frete), em que se verifica a diferença dos preços entre os produtos locais e aqueles que devem ser transportados pode ser tão alta que impede a relação de concorrência entre os fornecedores, isolando-os em diversos mercados relevantes geográficos; (iii) características qualitativas do produto, tais como durabilidade, resistência do transporte etc., o que pode encarecer o custo de seu transporte e até mesmo impedir que isso ocorra; (iv) barreiras regulatórias de todos os gêneros, as quais podem recair sobre a produção ou comercialização, ocasionando distorções nas relações de concorrência, de um lado, ou impedir a geração de efeitos, de outros lado; e (v) existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado, em que se avalia a permeabilidade do mercado ao ingresso de novos agentes econômicos, o que implica necessariamente a delimitação geográfica do mercado”.

Para a delimitação do mercado relevante geográfico para o mercado do ensino superior quanto aos cursos de Graduação Presencial era o entendimento do CADE²² a utilização da metodologia das Curvas de Kernel devendo serem analisadas cinco etapas, a saber: obtenção do número de alunos por bairro; cálculo da distância, em linha reta, entre os bairros em que residem os alunos e as instalações da IES; estimativa de intensidade de ocorrência do evento por área; cálculo de função de densidade acumulada, relacionando distância de IES e número de alunos; e utilização de regra de bolso para definição do raio de influência da IES, utilizado para a delimitação do mercado geográfico.

Entretanto, as partes não adotam esta opção metodológica e entendem que tal metodologia não reflete a dinâmica competitiva do mercado de ensino superior no Brasil, no mais, consideram não ter tido tempo hábil para a produção de referidos estudos, isto posto, utilizam como método alternativo de verificação das sobreposições entre suas atividades no segmento com base em suas respectivas atuações por município, considerando a área da abrangência da IES a um único município.

Em relação à Graduação EAD indica que eram considerados os principais fatores para definir a perspectiva geográfica a possibilidade de concorrentes potenciais entrarem no mercado em curto espaço de tempo e sem grandes investimentos, sobretudo diante da facilidade para abertura de novos polos de apoio por IES que já atuam no mercado em outras localidades, ou seja, utiliza-se do conceito de entrada não comprometida; e ainda considera o fato de as políticas de preços adotadas pelas IES serem razoavelmente uniformes para todo o território. Tal posicionamento, é contrariado pelas partes que entendem que a delimitação geográfica mais adequada seria a do âmbito municipal, e não no nacional, visto a necessidade de deslocamento do aluno ao polo presencial, ainda que pouco, fator limitante para a captação de alunos.

No mesmo sentido, indica a SG haver uma mudança no paradigma de análise até então adotado a partir do voto do ex-Conselheiro Elvino de Carvalho quando da análise do AC nº 08012.000046/2011-62. Entretanto foi acordado entre SG e as partes que as sobreposições fossem informadas inicialmente por município, incluindo nesse cenário outros municípios próximos que implicassem alguma sobreposição em razão de conurbação urbana existente entre eles. Tal método possibilitou descartar localidades em que não haveriam sobreposições entre as requerentes, e incluir localidades em que haveria potencial de sobreposição, para tanto fez-se utilização do raio dê 15 quilômetros, pois cobriria toda a área dos municípios elencados, ou seja, a utilização do município como parâmetro para o mercado relevante não traria impacto

²² Ato de Concentração no 08012.000046/2011-62; Ato de Concentração nº 08012.00444/2011-91; e Ato de Concentração no 08012.001288/2012-54

para análise por não excluir qualquer concorrente ou eventual sobreposição entre as partes. Após identificados os municípios em que ambas as requerentes atuam, foram levantados quais os cursos dentro de cada um desses municípios haveria sobreposição entre as atividades das requerentes.

A Conselheira Ana de Oliveira Frazão adotou a sugestão da Superintendência-Geral no sentido de considerar o mercado relevante geográfico para os cursos de graduação presencial como municipal. E reafirmou que referida medida teve por objetivo simplificar uma análise. No mesmo sentido, complementou ao indicar o mesmo critério utilizado no mercado de graduação presencial para definir o mercado de pós-graduação presencial, neste caso, como municipal.

Em relação à definição municipal como dimensão geográfica para os cursos de graduação presenciais, a decisão destacou que, na maioria das vezes em que o CADE aplicou o raio de influência da IES a partir da residência dos alunos matriculados, este ficou entre 15 e 25 quilômetros de distância da IES. Com base nisto e, considerando os municípios em que houveram sobreposição no caso, este raio de influência coincide com o tamanho do próprio municípios.

Quanto à dimensão geográfica para os cursos de graduação EAD, firmou-se o entendimento de que haveria duas definições: nacional, devido aos elevados investimentos em estrutura de aulas online, tutoria, ganhos de escala em material didático; e local, limitada ao município onde se situam os polos de apoio das instituições (próximos aos alunos).

Cumpre dizer que também houve alteração de entendimento. Considerava-se que, que, pela demanda, a propensão ao deslocamento por parte do estudante era uma variável dependente da frequência com que ele tem de se locomover ao polo de apoio para realizar as atividades presenciais obrigatórias, como determina a regulação do ensino à distância. Por conta disso, e assumindo que a frequência das atividades presenciais nos cursos EAD é reduzida em comparação com os cursos totalmente presenciais, a SG considerou que o escopo do mercado relevante geográfico da graduação à distância deveria, a princípio, ser mais amplo do que no mercado de graduação presencial. Assim, todas as IES que atuam no mercado nacional de graduação EAD seriam potenciais concorrentes entre si, ainda que não sejam concorrentes efetivas em cada um dos municípios brasileiros. Considerou ainda que a realidade do mercado em análise relativizaria algumas das premissas anteriormente adotadas, tendo em vista que a concorrência em nível nacional norteia decisões de grande relevância para o mercado, tal como a oferta de cursos; mas, evidências de que pela demanda claramente o fluxo de estudantes é proveniente, em sua maioria, do próprio município em que o polo está localizado.

A Conselheira entendeu que tanto a dimensão local quanto a nacional trazem aspectos relevantes para a análise de concentrações para os cursos de graduação EAD. Como fatores que indicam um mercado nacional foram destacados as tecnologias de informação e comunicação permitem o acesso e a interação dos estudantes e professores a partir de qualquer lugar, independentemente da distância; a autorização do MEC para que a IES oferte um curso abrange todo o território nacional; uma IES oferta aos alunos dos diferentes polos presenciais o mesmo curso, com a mesma estrutura, mesmo material didático, mesmo corpo de professores e, inclusive, com diversas atividades comuns; a avaliação empreendida pelo Ministério da Educação (Índice Geral de Cursos) é nacional e única; o aluno demandante de ensino superior também considera em sua escolha os serviços que receberá, de forma virtual e unificada, no plano nacional – razão pela qual as estratégias de marketing das IES privadas são essencialmente nacionais. Por outro lado, não se pode desconsiderar os fatores locais que afetam o mercado de cursos de graduação a distância: exigência regulatória que determina a presença do aluno em atividades obrigatórias desenvolvidas nos polos presenciais (avaliações, estágios obrigatórios, defesa de trabalhos de conclusão de curso, atividades relacionadas a laboratórios de ensino, etc.); exigências regulatórias para implantação de novos polos; a demanda concentra-se nos polos municipais, ou seja, a maioria dos alunos reside nos municípios onde estão os polos presenciais; alguns modelos de negócios das IES exigem maior presença dos alunos nos polos presenciais do que o mínimo determinado por lei, podendo chegar a um ou dois dias por semana; os polos presenciais servem de pontos de acesso a tecnologias de informação e comunicação para aqueles alunos que não dispõem de recursos como computadores ou acesso à internet de banda larga. Assim, definiu-se mercado relevante da graduação a distância em sua dimensão geográfica como nacional e municipal.

Para as atividades de pós-graduação EAD considerando o espaçamento entre as atividades presenciais obrigatórias, e a desnecessidade de credenciamento de polos presenciais para a oferta dessas atividades por parte da IES, a SG entendeu que a concorrência entre os cursos de pós-graduação à distância ocorre em nível nacional, com todas as IES autorizadas para oferta de cursos nessa modalidade potencialmente competindo por consumidores (alunos) em qualquer parte do território brasileiro, importando em uma definição nacional para esse mercado.

Não se considerou a dimensão local visto não ter a mesma importância, dado que as atividades presenciais obrigatórias desses cursos podem ser realizadas em locais distintos da sede ou dos polos credenciados e, adicionalmente, a expansão da oferta de pós-graduação lato

sensu a distância não depende do credenciamento de polos presenciais. Assim, o mercado relevante para cursos de pós-graduação lato sensu a distância permaneceu como nacional.

Desta forma, temos, em breve síntese da definição de mercado relevante adotada pelo CADE no mercado de educação superior. Nos mercados de Graduação presencial na dimensão do produto o mercado relevante é cada curso, já na dimensão geográfica é o municipal. Nos cursos de Graduação na modalidade EAD, a dimensão do produto é cada curso e a dimensão geográfica, pelos motivos expostos anteriormente são os municípios e o mercado nacional conjuntamente. Para a pós-graduação, tanto em sua modalidade presencial, como em sua modalidade EAD a dimensão do produto é caracterizada pelos cursos agrupados por área de conhecimento, diferenciando-se em relação a dimensão geográfica, enquanto a primeira é municipal, a outra é nacional. Tal síntese é sistematizada na Tabela 1 - Síntese da definição de mercado relevante adotada pelo CADE no mercado de educação superior.

2.2. Parcela Substancial do mercado e Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

A participação substancial de mercado é condição necessária, mas não suficiente à viabilização da operação, guardando íntima relação com o desempenho de posição dominante em determinado mercado relevante (GABAN e DOMINGUES, 2012, p.97). O seu desenvolvimento se dá por meio da análise estrutural a partir da avaliação e da determinação de cada mercado relevante e da parcela de mercado, na qual cada agente econômico efetivará sua participação. Para a doutrina antitruste o principal fator utilizado para estabelecer domínio é o *market share* da empresa em referência (GABAN e DOMINGUES, 2012, p.98) e tem sua comprovação a partir da utilização de diversos fatores, dos quais nenhum é decisivo por si só, mas sim, quando combinados.

De acordo com o disposto no Art.36§2º²³ da Lei Antitruste, a posição dominante de uma empresa ou grupo de empresas, é presumida quando estas forem capazes de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante. Todavia conforme se verá mais adiante, o CADE pode alterar este percentual devido a situações específicas do setor econômico em análise. Desta forma, entende

²³ Art. 36 § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

a doutrina que referido critério é dotado de certa flexibilidade, sendo permitido sua adaptação à estrutura de um mercado específico, no caso do presente trabalho o mercado da educação superior privada, pois pode ocorrer que nenhuma das outras empresas do mercado “*possua dominância suficiente a irradiar efeitos relevantes se nenhum dos outros participantes for suficientemente forte para apresentar rivalidade a sua independência*” (GABAN e DOMINGUES, 2012, p.99).

A análise de probabilidade de exercício de poder de mercado objetiva avaliar se as requerentes são capazes de interferir negativamente nas condições mercadológicas, ou seja, pressupõe que uma empresa possa controlar parcela substancial de mercado e, quando for capaz de restringir quantidades que oferta, provocar variações nos preços vigentes por um período razoável de tempo (GABAN e DOMINGUES, 2012, p.99). Avalia-se também se o mercado apresenta as condições necessárias e suficientes para que uma eventual tentativa de exercício de poder de mercado seja efetivamente contestada por rivais, novos ou preexistentes.

De acordo com o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE²⁴ as participações de mercado no segmento de ensino superior privado têm sido estimadas em termos do número de alunos matriculados na IES em relação ao total de alunos matriculados de todo o mercado relevante, considerando as dimensões de produto e geográfica previamente definidas. No mais, para análise do Ato de Concentração tema do presente estudo fez-se necessária a utilização de filtros na operação em razão do elevado número de mercados relevantes em que foram identificadas sobreposições.

É do entendimento das partes que a combinação dos negócios dos Grupos resultará em sobreposições de oferta de cursos superiores de graduação e pós-graduação nas modalidades de ensino presencial e a distância, todavia, não resultando em aumento da probabilidade de exercício de poder de mercado para a ampla maioria dos casos em que se verificam sobreposições, pois a maior parte das concentrações são moderadas, devido à elementos como: presença local de fortes rivais, com tradição naquela localidade; inexistência de barreiras significativas à expansão de outros concorrentes não presentes localmente; o ingresso por vestibular, logo a captação de clientes, é semestral gerando reiterados momentos de concorrência; a operação não elimina concorrência de rivais, em âmbito nacional, de grande porte e principalmente devido a expectativa de crescimento acentuado para a área.

O principal argumento utilizado pelas partes para justificar a operação é que apesar das semelhanças na oferta dos produtos e serviços prestados, estes, não resultam necessariamente

²⁴ CADE, Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior. Maio/2016; Brasília/DF. Pag. 43

em concentrações de mercado, seja porque atuam em regiões geográficas distintas (CADE; 2013; p. 27).

Não obstante a argumentação das partes, suas afirmações são contestadas pela SG tendo em vista que o contexto regulatório dos últimos anos não é claro. A alegada baixa sobreposição é um efeito das estratégias de expansão das empresas, ou da dificuldade associada a credenciar novos polos de apoio presencial, condição necessária para ofertar cursos em novos município, e completa que apesar da facilidade inicial do setor, a rápida expansão implicou em uma menor qualidade dos cursos e condições de infraestrutura dos polos, afetando negativamente a formação dos alunos; o que implicou em um aumento das exigências regulatórias a partir do Decreto nº. 5622 de 2005 (CADE; 2013; p. 3353).

Ao analisar as participações de mercados das requerentes, sobretudo, no mercado nacional, verificou-se que, se fosse considerado o percentual 20%, usualmente empregado na análise antitruste na definição de posição dominante, o número de mercados problemáticos se ampliaria significativamente. Desta forma, afirmou o DEE, contundentemente, que a relativa baixa sobreposição, quando comparada com o total de municípios em que as entidades atuam, pode estar associada a uma barreira de entrada regulatória: a dificuldade de cadastramento de novos polos.

A Conselheira Ana de Oliveira Frazão optou, em seu voto, por utilizar o patamar indicado pelo parecer da Superintendência-Geral²⁵ identificando como critérios de análise das condições de rivalidade, em especial, no mercado de graduação em sua modalidade presencial: a evolução das participações de mercado, com observação do comportamento competitivo entre as IESs instaladas; a análise da capacidade ociosa das concorrentes e da possibilidade de sua expansão, com o objetivo de verificar se as concorrentes existentes são capazes de absorver desvios de demanda; a avaliação do preço e qualidade das requerentes em relação às concorrentes existentes no mercado, com a consideração do grau de substitutibilidade entre esses agentes econômicos e; por fim, o tamanho das IESs envolvidas, requerentes ou concorrentes, e como essa característica afeta fatores como reputação da IES e a disponibilidade de docentes no mercado (CADE; 2013; p. 3756).

Após a análise de todos os mercados de graduação presencial em que a operação gera sobreposição horizontal das atividades das requerentes, a avaliação das condições de entrada e

²⁵ Parecer Técnico nº 388/Superintendência-Geral, de 23/12/2013, que trata do ato de concentração nº 08700.007640/2013-98 (Requerentes: Rede Internacional de Universidades Laureate Ltda.; Faculdades Metropolitanas Unidas – Associação Educacional; Associação de Cultura e Ensino; União Educacional de São Paulo)

rivalidade apontaram que sete mercados relevantes, no quais não são apresentados níveis de rivalidade suficiente para afastar a ocorrência de um eventual exercício de poder de mercado por parte das requerentes²⁶. Tal situação, exigeu a avaliação de eventuais eficiências de mercado, com o intuito de verificar se essas são capazes de superar os problemas concorrenceis identificados. Cabe ressaltar, que o voto da Conselheira Ana Frazão seguiu linha do que foi exposto pela SG, indicando, destarte, que os potenciais efeitos concorrenceis para os alunos desses mercados relevantes podem ser substancialmente graves, de forma que a análise das eficiências dessa operação deverá ser realizada de maneira bastante parcimoniosa.

Por sua vez, em relação ao mercado relacionado com a Graduação em sua modalidade EAD, além do patamar de concentração de 30%, adotou-se um critério de nexo de causalidade, para que se considere haver possibilidade de aumento do risco de exercício de poder de mercado: o acréscimo de participação proporcionado pela requerente de menor *market share* deve ser de no mínimo 5%. Neste sentido o cálculo do HHI foi feito apenas para aqueles mercados em que havia alguma dúvida a respeito do nexo de causalidade entre a operação e a criação ou reforço de uma posição dominante, geralmente ocorrendo quando do acréscimo de participação de mercado proporcionado por uma das partes corresponde a uma pequena parcela de *market share*. Neste caso deve ser indicado que a relatora examinou a possibilidade de exercício de poder de mercado: por curso, em nível nacional e por curso, em nível municipal, nos mercados em que foram identificadas sobreposições, acolhendo, assim, a sugestão da SG.

Em relação à probabilidade de exercício de poder de mercado no mercado de pós-graduação presencial a avaliação da estrutura de mercado nos cursos em que foram identificadas sobreposições revelou que em todos os mercados há rivalidade suficiente para afastar as preocupações concorrenceis. Também, não foi possível detectar evidências de problemas concorrenceis no mercado de pós-graduação EAD, permitindo a seguinte conclusão por parte da relatora (CADE; 2013; p. 3750):

A avaliação do mercado permite a concluir pela existência de entrada provável, tempestiva e suficiente, além de rivalidade efetiva, que aliadas à maior flexibilidade da regulamentação para esse segmento de mercado, levam a cenário no qual não se verifica a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte das requerentes em decorrência da operação.

É importante identificar, conforme demonstrado no decorrer deste tópico, que a presença de barreiras à entrada e a dificuldade ou impossibilidade de substituição do produto está intimamente ligada com a possibilidade de exercício de poder de mercado, corrobora para

²⁶ Esses são: Cuiabá/Várzea Grande - Engenharia Civil, Turismo e Ciências Contábeis; Rondonópolis/MT - Administração, Direito, Ciências da Computação e Ciências da Computação.

esta afirmativa a posição da doutrina (GABAN e DOMINGUES, 2012, p.100) ao dizer que: “*a maioria dos casos afeitos à defesa da concorrência está relacionada com a verificação de poder de mercado, e, nessa verificação, as barreiras à entrada são necessárias ao exercício efetivo deste poder*”. Isto posto, nos itens seguintes analisar-se-á estas barreiras em conformidade com o caso em análise.

2.2.1. Das Barreiras à Entrada

Como visto no tópico anterior a detenção de parcela substancial de mercado tem sua comprovação a partir da utilização de diversos fatores, dos quais nenhum é decisivo por si só, mas sim, quando combinados, desta forma a mera detenção de parcela substancial de mercado não caracteriza a exercício de posição dominante. Dentre estes fatores encontram-se as barreiras à entrada, ou seja, qualquer fator do mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos (GABAN e DOMINGUES; 2012; p. 101). Para os autores Gaban e Domingues (2012; p.101) existem dois tipos de barreiras à entrada, a saber: as barreiras naturais, decorrentes da própria formação ou estrutura do mercado e da dimensão de seus participantes; e barreiras artificiais, aquelas criadas por comportamentos ou omissões dos agentes econômicos, objetivando preservar uma posição de privilégio competitivo no mercado; e genericamente as definem da seguinte forma:

“*(...)conjunto de circunstâncias que permeiam as atividades do mercado relevante, estabelecendo as condições de entrada, em termos de custos, aprendizagem, tempo de adaptação, condições de desenvolvimento e retorno de investimentos, do agente em determinado segmento da economia*”

Em seu parecer a SG asseverou que a abertura de um curso novo depende da complexidade e nível de investimento requerido para a sua oferta. Há cursos que exigem investimentos elevados, tais como laboratórios, infraestrutura e docentes com formação específica e autorização de órgão de classe profissional. Desta forma, podemos concluir, no mesmo sentido do voto da relatora (CADE; 2013; p.3754) que a entrada de um novo concorrente no mercado de ensino superior pode ocorrer de duas maneiras: uma entrada comprometida, quando se trata de um agente novo, que não atua em mercado correlato; ou não comprometida, por parte de um agente que já atua em mercado correlato ou no mesmo mercado em outra região.

A ausência de reputação/conhecimento por parte dos alunos; a necessidade de altos investimentos e/ou custos irrecuperáveis; e a regulação setorial caracterizam uma série de obstáculos e barreiras à entrada no caso de uma entrada comprometida.

Existem três condições para a caracterização de uma entrada não comprometida, deve haver, ao menos um concorrente com autonomia universitária para criar/modificar cursos superiores e quantitativo de vagas ofertadas na região delimitada pelo mercado relevante geográfico e que ainda não oferte o curso analisado; perspectiva de crescimento do mercado, cuja taxa deve ser suficiente para viabilizar a abertura de uma nova turma/curso por uma IES que já atua no mercado relevante, tornando a entrada lucrativa e por fim entrante deve atuar em uma região em que não haja escassez de docentes. Nas palavras da relatora (CADE; 2013; p.3754) “*a entrada não comprometida depender das condições do mercado e dos concorrentes existentes, pode ser um remédio efetivo para um eventual exercício de poder de mercado*”.

No caso em análise, o entendimento das partes é baseado no precedente do CADE no AC N°. 08012.00876/2011-53 de lavra do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no qual indica que o ensino superior no Brasil é altamente regulado, em especial pelo Governo Federal, por meio do Ministério da Educação, tendo suas bases na Lei de Diretrizes e Bases e no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, além da regulamentação infralegal, entretanto, a partir do movimento de desregulamentação do mercado promovido para o incentivo dos cursos de EAD esta barreira foi superada. No mais, indica não haver preocupações concorrenciais tendo em vista a expansão da demanda do serviço ofertado.

Nota-se a tentativa das partes em garantir o exposto na PI nº. 50/2001, em relação às barreiras de entrada, visto esta considerar uma entrada efetiva quando for tempestiva, ou seja, se puder ocorrer em um prazo de até aproximadamente 2 (dois) anos, sendo que se entende como provável o fato de a entrada ser lucrativa e viável. E suficiente será considerada a entrada quando permitir que todas as oportunidade de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial.

Esta afirmação das partes é categoricamente confrontada no parecer do DEE visto que inicialmente houve facilidade no setor, entretanto, a rápida expansão implicou em uma menor qualidade dos cursos e condições de infraestrutura dos polos, afetando negativamente a formação dos alunos; levando a um aumento de exigências regulatórias a partir do Decreto nº. 5622 de 2005, e afirma que relativa baixa sobreposição, quando comparada com o total de municípios em que as entidades atuam, pode estar associada a uma barreira de entrada regulatória: a dificuldade de cadastramento de novos polos.

O DEE em seu parecer aborda dois temas adicionais que entende ser de relevância para a análise dos efeitos da concentração no mercado de ensino a distância: a importância da marca nesse seguimento e a diminuição da concorrência potencial entre os requerentes; analisando os pareceres econômicos apresentados pelas partes relativos à análise do modelo de precificação, a adequação aos dados do modelo quantitativo apresentado, bem como a validade de suas conclusões. Tem, assim, no papel do investimento em marketing e a importância de uma marca forte no mercado de ensino superior a distância elementos de avaliação sobre os possíveis efeitos no mercado e da diminuição da concorrência potencial (CADE, 2013; p. 3336). Além disso, entende não haver evidências concretas de que nesse mercado a entrada é relativamente fácil e que a rivalidade é elevada, logo não haveria, necessariamente, pressão competitiva de novos entrantes, o que forçaria as Requerentes a baixar seu preço para níveis mais competitivos.

Ressalta, ainda, que em relação à expansão da demanda, o Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro em Voto-vista referente ao ato de concentração nº 08012.003886/2011-87, de 20/11/2013 ponderou que o crescimento intenso do setor verificado até 2007 estava arrefecendo e com tendência a se estabilizar em taxas menores, tendo em vista redução das taxas de natalidade, redução nas matrículas nos ensinos fundamental e médio e na educação de jovens e adultos (EJA), apontadas pelo Censo Escolar de 2012 do MEC, entendendo que esse não mais poderia ser apontado como um fator facilitador de entrada de novas firmas.

Desta forma, pela análise dos argumentos apresentados os fatores, que fornecem barreiras naturais ligadas intrinsecamente à dinâmica do mercado de ensino superior, incluem a economias de escala e os investimentos em marca. Para estas conclusões o DEE baseia-se no precedente estabelecido pelo voto do Conselheiro Eduardo Pontes Ribeiro no AC Nº. 08012.006610/2011-51, considerando a prestação de ensino superior como um produto diferenciado, nas palavras do relator:

"Considerando o ensino superior como um produto diferenciado (e certamente um bem de experiência), seguirei a análise de rivalidade observando o posicionamento estratégico das concorrentes, buscando identificar a existência de empresas com modelos de negócios ou com combinações de preços e qualidade similares às Requerentes. Nesse diapasão, empresas posicionadas estrategicamente mais próximas seriam aquelas com maiores taxas de desvio com relação às Requerentes, e, também as que poderiam tentar absorver mais facilmente os consumidores, frente a movimentos de exercício de poder de mercado das Requerentes. O posicionamento estratégico utiliza, em geral, as seguintes dimensões competitivas: preços, qualidade e marca"

No mais, baseado no parecer apresentado, pode-se classificar as instituições que fazem parte da operação como instituições de massa²⁷, pois, possuem como principais características mensalidades mais baixas e número de alunos muito grande visando prover qualificação para o mercado de trabalho e atender às expectativas de ascensão profissional e social de seus alunos (GARCIA; 2005).

Neste contexto a marca desempenha papel importante nas estratégias de crescimento e consolidação das empresas que a diferenciação dos produtos no mercado é um fator que pode facilitar e agravar a geração de efeitos anti-concorrenciais, especialmente no que se refere ao exercício unilateral de poder de mercado pela firma fusionada resultante, tendo por consequência a fidelização dos consumidores àquela marca já conhecida de sua preferência, tornando-o mais disposto a pagar um valor maior pelo produto dessa marca com a qual se identifica, a diferenciação de produtos dá à firma produtora maior poder de mercado, o que lhe permitiria praticar preços acima do nível de concorrência perfeita. Desta forma, a marca pode ser entendida como uma barreira à entrada significativa assim como um forte condicionante da rivalidade entre os agentes, especialmente em um mercado de produtos diferenciados.

Por sua vez, pode-se entender que economias de escala ocorrem quando o custo médio por unidade produzida diminui à medida que aumenta a escala ou a magnitude da produção total de uma empresa. Dada a sua clareza utilizaremos a definição apresentada pelo DEE no Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior, *in verbis*:

“(...) as IES usufruem de economias de escala quando aumentam o número de alunos matriculados de forma a diluir os custos da infraestrutura necessária para prestar o serviço (polos presenciais, sistemas de comunicação, professores, produção de conteúdo e material didático, logística de distribuição, etc.), assim, à medida que aumenta o número de alunos, o custo médio da prestação do serviço por aluno diminui. Tal fato é reconhecido pelas próprias empresas do setor, como a Anhanguera Educacional: O material produzido esse formato é transmitido simultaneamente para diversas salas de aula em todo o Brasil. Criando grande efeito de escala e diluindo de forma substancial os custos de produção. Tal efeito de escala possibilita a contratação de professores e palestrantes altamente diferenciados, líderes em seus campos de atuação, a um custo relativamente baixo quando considerado o número de alunos utilizando o conteúdo”²⁸.

²⁷ Maurício Garcia classifica as instituições de ensino superior privadas em quatro quadrantes: "instituições de elite" (preços altos e quantidade de alunos pequena; ex: IBMEC, FGV), "quadrante dos sonhos" (preços altos e quantidade de alunos grande; ex: PUC-SP, PUC-RIO), "instituições de massa" (preços baixos e quantidade de alunos elevada; ex: Anhanguera, Estácio) e "quadrante do pesadelo" (preços baixos e quantidade de alunos pequena; ex: faculdades locais). GARCIA, M. Revista Ensino Superior, São Paulo, n.77, p.41-43, fev. 2005

²⁸ CADE, Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior. Maio/2016; Brasília/DF. Pag. 46

Outro fator relacionado ao mercado de educação superior à distância apontado pelo DEE, é a diferenciação da marca, sendo esta uma estratégia competitiva importante. Diante disso, as empresas investem muito em ações de publicidade e marketing visando consolidar a sua marca, que é o meio pelo qual elas procuram transmitir aos consumidores as suas características institucionais e seus diferenciais competitivos com o intuito de aumentar sua base de alunos e fidelizar os estudantes que já optaram por seus produtos/serviços. Consequentemente, aumentará a barreira à entrada de novas empresas em decorrência da necessidade de investimento em marca, bem como, aumentará a exigência de investimentos para que as concorrentes estabelecidas se posicionem como rivais efetivas das Requerentes. Isso, segundo a Conselheira Ana Frazão (CADE; 2013; p.3792):

“(...) mostra claramente como a dinâmica nacional da concorrência – e o papel da escala – relaciona-se com a dinâmica local, possibilitando que grandes concorrentes em âmbito nacional possam impor pressão competitiva muito mais forte nos mercados locais em que atuam”

A Conselheira Ana Frazão concluiu endossando a análise do Departamento de Estudos Econômicos no caso da operação em análise e, ficou evidenciada a importância dos investimentos em consolidação de marca no mercado de ensino superior, principalmente EAD e a percepção de que tal fator constitui importante barreira à entrada de novos competidores, conforme manifestou em seu voto (CADE; 2013; p.3814):

“Importante notar, ainda que, ao contrário do que apontam as requerentes, o fato de a estratégia de marketing decorrer de uma decisão empresarial não significa que não possa ser considerada uma barreira à entrada. Como esclarece Hovenkamp, quando os investimentos em marketing têm um caráter cumulativo, cujos resultados não se dissipam com o tempo, um novo agente terá uma significativa desvantagem em relação àqueles que já atuam no mercado, sobretudo considerando que, em geral, os gastos com propaganda são irrecuperáveis”.

2.2.2. Da Rivalidade

O exame das condições de rivalidade tem por objetivo avaliar se os concorrentes existentes são capazes de contestar eventual tentativa de exercício de poder de mercado por parte das requerentes. Essa análise se utiliza de critérios que permitam tanto uma avaliação histórica do comportamento dos agentes econômicos quanto uma análise da propensão e capacidade de absorção de consumidores em caso de exercício de poder de mercado por parte de algum agente.

Neste sentido a doutrina antitruste (GABAN e DOMINGUES; 2012; p. 103) é clara ao dizer que a rivalidade, de modo geral é caracterizada por uma possibilidade de contestação ao poder de mercado exercido, a saber:

"Assim, se, de modo geral, houver concorrentes que possam fazer frente (com uma oferta mais eficiente em termos de preços, qualidade e quantidade) a um aumento significativo e não transitório de preços por parte dos agentes econômicos envolvidos no caso analisado, entende-se que não haverá necessidade de uma intervenção antitruste, seja via controle de estruturas, seja via controle de condutas. Diz-se, em outras palavras, que a tentativa de exercício de poder de mercado poderia ser contestada pelos concorrentes existentes no mercado, o que tornaria o comportamento anticompetitivo improvável e, portanto, remotas as chances de um efeito negativo à sociedade. "

Em seu parecer a SG definiu a metodologia de análise de rivalidades para o mercado do ensino superior, tanto em seu aspecto presencial, como em seu aspecto a distância (CADE; 2013; p.2803-2805). Desta forma, na sequência, serão analisados os elementos apresentados separadamente.

Inicialmente, a utilização das variações de *market shares* dos agentes econômicos de um determinado mercado ao longo de um período pode ser considerado um critério adequado para o setor de graduação presencial, pois permite identificar trajetórias de ganho e perda de participações de mercado e troca de posições entre os concorrentes, indícios que apontam para a existência de rivalidade, já que os agentes competem pelas oportunidades de vendas geradas pelo mercado.

Em relação à capacidade ociosa dos concorrentes (necessária para absorver oportunidades de vendas e, portanto, rivalizar), dadas as características do mercado de educação superior, essa variável foi analisada de duas maneiras. Primeiramente, buscou-se averiguar qual a capacidade de absorção imediata de alunos, por meio da diferença entre o quantitativo de vagas ofertadas anualmente, por curso, por cada IES (que representa a quantidade máxima de alunos que a IES estava disposta e possuía capacidade de acomodar) e o número de inscrições efetivadas por alunos aprovados em processo seletivo.

Adicionalmente, procurou-se avaliar a potencialidade de expansão dessa capacidade como resposta a um eventual exercício de poder de mercado por parte das requerentes. Para tanto, considerou-se a autonomia universitária das concorrentes (capacidade de aumentar vagas sem necessidade de autorização do MEC), a disponibilidade de docentes na região e os custos envolvidos para o aumento dessa expansão, já que tais custos variam a depender do curso em comento, conforme já apontado no exame das condições de entrada.

Considerando as variáveis elencadas acima, a análise de rivalidade do mercado de graduação presencial procura verificar os seguintes pontos: a evolução das participações de

mercado, procurando evidências de comportamento competitivo entre as IES instaladas; a análise das capacidades ociosas existentes e da possibilidade de expansão dessa capacidade, com o objetivo de verificar se as concorrentes existentes são capazes de absorver desvios de demanda; o preço e a qualidade das requerentes em relação aos concorrentes existentes, avaliando o grau de substitutibilidade entre esses agentes econômicos; o porte das IES envolvidas, requerentes e/ou concorrentes, e como essas características afetam fatores como reputação da IES e a disponibilidade de docentes no mercado.

O setor de ensino superior é caracterizado por forte rivalidade. É comum a presença de outros players de grande e médio porte em uma determinada localidade ofertando cursos semelhantes, que tornam a disputa pelo aluno acirrada, sobretudo por meio da concessão de bolsas de estudo e financiamento estudantil.

Segundo dados da HOPER²⁹, o valor médio das mensalidades praticadas pelas IES passou de R\$900,00 em 2006 (valor deflacionado) para R\$500,11 em 2011, devido ao surgimento de cursos e instituições ofertando preços cada vez menores. Esse fato, para as partes, deixa evidente a intensa rivalidade verificada no setor atualmente.

As Requerentes alegam que a dinâmica concorrencial do mercado de oferta de cursos de ensino superior à distância apresenta diversos elementos a revelar uma intensa rivalidade entre as diferentes IES e grupos, dentre os quais é possível identificar variáveis de caráter local e regional (como o incremento do PIB per capita de algumas regiões e o custo de deslocamento de outras) e também de caráter nacional (como a escala dos principais concorrentes nessa modalidade, as economias de escopo relacionados à oferta simultânea de diversos cursos e os custos decrescentes associados à expansão da oferta de um determinado curso em um novo polo).

A seu ver diante dos índices de crescimento do mercado de EAD no passado recente, juntamente com a crença de que serão incrementados caso o FIES passe a ser concedido para o ensino à distância; da paulatina mudança cultural que vem impulsionando o interesse do alunado por esse tipo de modalidade de educação, cujas avaliações de qualidade têm se mostrado equivalentes às do ensino presencial; e do recente incentivo governamental concedido à expansão desse tipo de ensino, como revelam a Portaria nº 2/2013, pela qual o MEC instituiu uma Câmara Consultiva Temática de Educação à Distância com o intuito de elaborar um novo marco regulatório do setor, e a Portaria Normativa nº 1/2013, que procura dar maior celeridade

²⁹ BRAGA, Ryon (Coordenação Geral). Análise Setorial do Ensino Superior Privado do Estado de São Paulo - Hoper Estudos de Mercado. Foz do Iguaçu, 2011

aos processos de regulação, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos na modalidade EAD essa rivalidade tende certamente a se intensificar.

Já em relação à concorrência potencial é o entendimento a partir do parecer do DEE, que uma avaliação criteriosa dos possíveis impactos anticoncorrenciais deve considerar os efeitos da fusão entre as Requerentes no que tange a concorrência potencial no mercado de ensino a distância (CADE; 2013; p. 3350). Desta forma, para avaliar os potenciais efeitos unilaterais de uma fusão entre uma firma pré-estabelecida e sua potencial rival, deve existir evidências adicionais que demonstrem não apenas que poderia ocorrer uma entrada bem-sucedida sem a concentração, mas também, que poderia ser verificada uma competição entre as partes (CADE; 2013; p. 3353). Portanto, o concorrente potencial deve exercer já uma influência restritiva significativa ou deve existir uma probabilidade considerável de vir a transformar-se numa força concorrencial efetiva. Há, ainda, elementos que revelam que um concorrente potencial projetado pode entrar num mercado de uma forma significativa contribuindo para a seguinte conclusão: "*não deverá existir um número razoável de outros concorrentes potenciais suscetíveis de manter uma pressão concorrencial suficiente após a concentração*" (CADE; 2013; p. 3155). Apresenta, ainda, os aspectos que aumentam a probabilidade de uma substancial diminuição da concorrência resultante da fusão, dentre eles: a incumbente deter uma grande parcela do mercado; o potencial entrante ser significante, ou seja, produzir uma ameaça competitiva em relação aos outros players (CADE; 2013; p. 3351).

A Conselheira Relatora em seu voto, para avaliar condições de rivalidade nos mercados de graduação presencial, praticamente, considerou todos os critérios indicados pela SG, a saber: evolução das participações de mercado, procurando evidências de comportamento competitivo entre as IES instaladas; a análise de capacidades ociosas existentes e da possibilidade de expansão dessa capacidade, com o objetivo de verificar se as concorrentes existentes são capazes de absorver desvios de demanda.

Ainda, a Relatora Ana Frazão constatou, seguindo a indicação da SG, que há uma série de variáveis competitivas que influenciam diretamente a capacidade de uma instituição de ensino exercer pressão competitiva no mercado de graduação a distância. Dentre as mais relevantes estão: o preço, a escala, a capilaridade da rede de polos, os investimentos em marketing e a qualidade.

Isto posto, nos parágrafos seguintes serão apresentadas as conclusões para cada uma destas variáveis, para os dois nichos de mercado: à distância e presencial.

A variável preço apresenta direta relação com os concorrentes existentes, avaliando o grau de substitutibilidade do produto entre esses agentes econômicos; é a principal variável

competitiva nesse mercado (CADE ;2013; p. 3853). Indica a relatora que o valor da mensalidade é especialmente relevante em razão do perfil do aluno da graduação em EAD, que, em geral, tem uma renda familiar mais baixa do que os alunos matriculados na modalidade presencial.

A outra variável apresentada é porte das IES envolvidas que será analisado juntamente com a escala, visto que essas características afetam fatores como reputação da IES. No mais a economia de escala permite a diluição de custos fixos, conforme descrito na seção de barreiras à entrada, desta forma a oferta de cursos à distância exige investimentos significativos seja na confecção do material didático e em tecnologia para reprodução, armazenamento e distribuição do conteúdo aos alunos. Além da escala em nível nacional, constatou-se que a escala em nível local também é bastante relevante para que seja possível cobrir os custos e remunerar minimamente a instituição e o parceiro local. Capilaridade da rede de polos – reflete a abrangência geográfica da atuação da IES. Possuir uma grande rede de polos significa grande capacidade de atrair alunos, principalmente em nível de graduação, devido à necessidade de algumas atividades presenciais obrigatórias, assim, considerou-se que a escala mínima local seria de 250 alunos.

O fator anteriormente descrito está intimamente ligado com o próximo, a saber a capilaridade, pois esta, visa aferir a capacidade de expansão de um concorrente. Como se observou, a maioria dos alunos matriculados reside no mesmo município da instituição de ensino, de forma que, quanto maior o número de polos, maior sua capacidade de captar alunos. Entretanto, assim como para os investimentos em marketing, que serão analisados em sequência, não foi possível definir um número mínimo de polos ou municípios atendidos para que uma IES seja considerada uma concorrente efetiva.

Investimentos em propaganda e marketing é bastante relevante para assegurar a competitividade de uma IES no mercado de EAD, é relacionado à consolidação da marca e da reputação da IES e são essenciais para atrair novos alunos; todavia, não foi possível estabelecer um nível mínimo de investimento, de forma que o valor aplicado em propaganda será utilizado não como um critério objetivo de exclusão, mas de maneira subjacente às demais variáveis mencionadas nesta seção.

Considera-se os índices de avaliação do MEC para a determinação da variável qualidade. Como observou-se, no mercado de EAD, uma relativa padronização das notas das IESs, esse critério é utilizado para descartar as IES que não atingem patamar determinado, pois indica que não atingem requisitos mínimos determinados pelo órgão regulador. Em razão da similaridade dos conceitos, a nota não foi considerada um critério de diferenciação, exceto

quando o IGC fosse inferior a 3. Nesse caso, a instituição não poderá ser considerada uma concorrente efetiva, por estar sujeita a sanções do MEC, que podem levar à suspensão da oferta de vagas e até à cassação da autorização para atuar no mercado.

Por fim, a Concorrência Potencial trata da possibilidade de que uma concentração de grandes empresas pode eliminar a concorrência potencial em determinada localidade. Desta forma, para que esse requisito seja atendido, será necessário que exista pelo menos uma instituição com participação de 20% ou duas instituições com participação de 10%, sendo necessária a avaliação dos planos de expansão de polos de apoio presencial de cada uma das requerentes para verificar seus efeitos sobre a concorrência potencial nos mercados analisados.

2.2.3. Das Eficiências Econômicas

O objetivo da etapa de eficiências é comparar os ganhos decorrentes do processo de unificação das operações das empresas envolvidas com os prejuízos à concorrência indicados nas etapas de análise pretéritas. Dessa forma, para que uma operação com essas características possa ser aprovada, é necessário que os benefícios decorrentes dos ganhos de eficiência sejam superiores aos prejuízos estimados com a redução da concorrência, resultando em um efeito líquido não-negativo para o bem-estar da sociedade. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal elenca quais as eficiências que devem ser consideradas. Essas eficiências são sintetizadas no trecho abaixo:

“(...)são consideradas eficiências econômicas das concentrações os incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração). Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência”³⁰

Como, em todos os casos, os detalhamentos das eficiências apresentadas pelas requerentes foram feitos em documentos confidenciais e essa confidencialidade foi mantida nos votos dos Conselheiros, faz-se aqui somente referências genéricas ao tipo de eficiência aceita ou rejeitada pelo CADE nos atos de concentração envolvendo mercados de ensino superior, com base na publicação Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior.

³⁰ BRASIL. Ministério da Fazenda. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO (SEAE). Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal. Portaria Conjunta SEAE/SDE n° 50, 1º de agosto de 2001. Disponível em:< http://www.seac.fazenda.gov.br/central_documentos/guias.2001>.

Isto posto, a análise dos cinco atos de concentração do setor nos quais se discutiram a possibilidade de a operação gerar eficiências que viessem a compensar efeitos concorrenceis negativos, houveram alguns tipos de efeitos positivos apresentados pelas requerentes que não foram considerados válidos como eficiências, sob o ponto de vista da defesa da concorrência, tais como: a adoção de modelo de gestão da requerente mais eficiente pela segunda requerente, pois considera-se que o aumento da eficiência administrativa pode ser alcançado por uma empresa de forma autônoma, sem a necessidade de uma fusão com concorrente; a adoção do modelo acadêmico da requerente mais eficiente, pois entende-se que a revisão do modelo acadêmico por uma IES, de forma a melhor aproveitar seus recursos, independe de uma fusão com concorrente; o aumento da oferta de cursos pelas requerentes, pois a expansão da oferta de cursos também pode ser posta em prática de forma autônoma por uma empresa, portanto, não se pode considerar que a única forma de aumentar a oferta de cursos seria mediante a aquisição de uma concorrente; uma maior eficiência em práticas de marketing, pois embora se reconheça que essa pode ser uma eficiência decorrente de uma fusão, não há clareza de que isso só possa ocorrer mediante uma fusão entre concorrentes. Ademais, esse é um caso clássico de redução de custo fixo que dificilmente seria aproveitado pelos consumidores mediante redução de preços; a adoção de metodologia mais eficiente para captação e gestão de financiamentos do FIES, uma vez que não foi demonstrado ao CADE porque uma fusão entre concorrentes seria essencial para obter essa eficiência; melhores práticas na captação de clientes em cursos de pós-graduação, pois, da mesma forma, considera-se que essa melhoria pode ser obtida de forma autônoma pela empresa e sem a necessidade de associação ou fusão com concorrente; e por fim, eficiências que não dizem respeito ao mercado onde se verificam problemas concorrenceis decorrentes da operação – por exemplo, eficiências obtidas com aprimoramentos na gestão de cursos presenciais não podem ser consideradas como capazes de contrabalançar possíveis prejuízos concorrenceis em mercados de ensino a distância. Excluídos estes aspectos da análise das eficiências do setor em análise, passaremos à análise específica do caso ora estudado, com base na Nota Técnica emitida pelo DEE, cumpre desde já informar que “*as Requerentes apresentaram as eficiências alegadamente geradas pela operação nas folhas 2211-2291 dos autos de acesso restrito ao CADE*” (CADE; 2013; p. 3047).

Segundo as partes, a operação tem o condão de gerar sinergias as sinergias relacionadas às seguintes “frentes”: (i) ensino à distância, (ii) relacionadas à otimização de *headcount* administrativo e (iii) renegociação de compras centralizadas e centralizáveis, sendo estas alcançáveis em até dois anos e com possibilidade de serem compartilhadas com os alunos/consumidores. Além dessas sinergias, haveria outras decorrentes da operação que não

foram quantificadas, mas que são basicamente relacionadas ao ensino presencial: adoção de melhores práticas de FIES, gestão de ocupação de campus e otimização do processo de abertura de novos de turmas, otimização da força comercial nas unidades, gestão eficiente de docentes em cidades com sobreposição, maximização da matriz curricular nos cursos presenciais, redução de headcount administrativo nas unidades próximas e adoção de melhores práticas no processo de aprovação de CAPEX (otimização de despesas de capital).

A análise de eficiências econômicas efetuada pelo DEE (CADE; 2013; ps. 3361-3364) indica que o montante que pode ser considerado como adequados, de acordo com os critérios antitruste consolidados na jurisprudência do CADE, é insuficiente para justificar o aumento do poder de mercado decorrente das elevadas concentrações obtidas pelas empresas requerentes. Para tanto, toma-se como base os critérios para considerar eficiências relativas ao precedente instituído no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009³¹, a saber: , deve estar claro que as eficiências não podem servir como justificativa para a aprovação de atos de concentração que impliquem restrições substanciais à concorrência; deve-se usar de rigor na consideração dessas eficiências, afastando-se qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável e verificável, sob pena de se subestimar, equivocadamente, efeitos negativos severos aos consumidores e à coletividade em geral, ou seja, somente serão contabilizadas as eficiências em que a magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas de modo razoável, cujas causas e momento de ocorrência (tempestividade) estejam especificados e que não sejam apresentadas de modo vago ou especulativo; Deve ficar demonstrado que os benefícios serão repassados aos consumidores, ou seja, não basta que esta gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas empresas fusionadas; de acordo com o Guia Horizontal, que esclarece que "não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos; e, por fim, considera-se que eficiências passíveis de contabilização apenas aquelas que sejam "específicas " da operação, ou seja, somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do ato de concentração.

Em relação às sinergias quantificadas, estas relacionadas às eficiências que recaem sobre a atividade operacional da empresa e provocam redução de custos variáveis médios com consequente impacto sobre os preços ao consumidor, tendem a ser aceitas pelo CADE. É caso, por exemplo, ganhos de escala são frequentemente apontados como eficiências resultantes de

³¹ Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

uma operação de fusão e aquisição, pois podem representar uma redução de custos de produção e, por consequência, redução de preços ao consumidor. Ocorre que essa redução de custos só será repassada aos consumidores se o mercado, após a fusão, mantiver níveis razoáveis de rivalidade e possibilidade de entradas suficientes para estimular a concorrência e a distribuição, senão total, pelo menos parcial, das economias obtidas pelas empresas aos consumidores.

Todavia, para a doutrina antitruste brasileira, em especial para Gaban e Domingues (2012; p. 106) ao analisar o art. 88, §6º, II da NLAB deve ser repassada aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes de uma operação de concentração como a em análise. E entendem tratar de uma característica distributiva, neste sentido:

“ (...) torna mais evidente a tese de que, no Brasil, a eficiência alocativa de mercado não se mostra suficiente para sustentar uma decisão de aprovação de uma operação, mas esta deve ser observada em adição à eficiência distributiva, ou à habilidade que o negócio analisado possui de repartir os ganhos dele decorrentes com a sociedade. ”

Trata-se das eficiências não passíveis de mensuração, por não envolverem valores, costumeiramente não são contabilizadas para fins de compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo decorrentes de um ato de concentração. Porém, com o intuito de contribuir de alguma forma na análise qualitativa da presente operação, serão brevemente discutidas a seguir aquelas eficiências não quantificadas que parecem mais relevantes dentre aqueles apresentados pelas Requerentes, sendo aplicado, no que couber, os mesmos critérios de análise antitruste descritos anteriormente.

Pela própria natureza desse tipo de eficiência, nota-se um caráter predominantemente especulativo nas argumentações das Requerentes tendo em vista que, em vários itens, inexiste um nexo claro de causalidade entre os benefícios alegados e o Ato de Concentração em si. Além disso, em nenhum dos casos as sinergias descritas parecem ser específicas da operação, ou seja, os benefícios alegados são passíveis de serem alcançados pelas Requerentes sem a necessidade da operação.

Especificamente com relação ao alegado "*Incremento da Qualidade dos Cursos Ofertados pelas Requerentes*", como bem destacado pela Superintendência- Geral em seu parecer, trata-se de uma variável de extrema importância em um Ato de Concentração envolvendo o mercado educacional, sendo desejável que a presente operação resulte em melhoria na qualidade do ensino fornecido pelas instituições de ensino. A SG, no entanto, entendeu que os dados apresentados pelas empresas relativos ao histórico de aquisições da Anhanguera e da Kroton não sugerem que houve uma melhora, em termos gerais, na qualidade de ensino das empresas adquiridas.

Com base nessa análise, entendeu a SG que não haveria probabilidade razoável de que o nível de qualidade fosse elevado em decorrência da presente fusão, tendo em vista o recente histórico de aquisição das empresas. Assim, restou demonstrado que ambas as empresas estavam situadas no IGC 3 (qualidade mínima), com algumas de suas adquiridas ainda situadas no IGC 2 (qualidade insuficiente), mesmo após as aquisições.

Cabe ressaltar que é de fundamental importância que as requerentes, ao pleitearem junto ao CADE a aprovação de um ato de concentração com base na existência de sinergias (eficiências) capazes de, pelo menos, neutralizar efeitos negativos derivados da operação, atentem para a necessidade de não só quantificá-las, mas detalhar de que forma tais ganhos serão obtidos. Esse detalhamento permite que alguma eficiência que poderia ser descartada pelo fato de não propiciar ganho aos consumidores seja parcialmente aceita (caso se identifique que em alguma medida ela pode beneficiar o consumidor embora não da forma como defendem as requerentes), ou ainda, que uma eficiência totalmente aceitável sob a ótica antitruste não seja descartada por ser considerada meramente especulativa

2.3. Do Acordo em Controle de Concentração

A definição do papel da autoridade antitruste e do agente regulador em um dado mercado na análise de atos de concentração nem sempre é trivial e gera discussões; em outro mercado pode ser complementar.

No mercado de educação superior, a probabilidade de que tal discussão ocorra é elevada, tendo em vista a previsão expressa no projeto de lei que cria o INSAES de atribuição desta autarquia para aprovação prévia de atos de concentração no mercado de educação superior privada. Ressalta-se que hoje é atribuição do CADE exercer tal papel.

Esta discussão ainda não ocorreu, pois, a regulação do mercado de educação superior privado está em fase de consolidação e ainda pulverizada em diversos órgãos. Ademais, pode-se dizer que apenas recentemente o CADE analisou de forma profunda este mercado, aplicando remédios, principalmente comportamentais, diretamente relacionados com competência regulatória.

Conforme a Tabela 4 – Decisões em atos de concentração nos mercados de ensino superior privado 2001 a 2015, o DEE indica³² que:

“(...) apenas cinco atos de concentração foram aprovados mediante assinatura de Termos de Compromisso de Desempenho (TCD) ou Acordo em Controle de Concentrações (ACC). Nesses casos, onde se exigem remédios estruturais ou comportamentais para sanar efeitos concorrências negativos acarretados por uma concentração de empresas, o Cade chegou a soluções negociadas com as empresas requerentes que envolveram a alienação de ativos ou compromissos de não aumentar a oferta de vagas para determinados cursos nos mercados considerados críticos”

A imposição de remédios antitrustes no mercado de educação superior privado é recente e restrita a poucos atos de concentração. Remédios estruturais, identificados com a alienação de uma ou mais IES, são objetivos e de fácil acompanhamento pela autoridade antitruste da execução pelas requerentes.

Desta forma, será procedida análise dos remédios comportamentais estipulados no ato de concentração analisado entre Kroton e Anhanguera, sendo eles: a limitação à captação de novos alunos nas localidades afetadas por determinado período; o impedimento de oferta de vagas e limitação da expansão do número de matrículas; a limitação na oferta de cursos; e o comprometimento das requerentes com metas de qualidade, tais como o aumento da proporção atual de mestres ou doutores para 80% nos cursos de ensino a distância e o incremento de ferramentas disponíveis e de material didático.

Inicialmente, apontaram que o posicionamento da Procuradoria, ao tratar da extensão e abrangência da intervenção do CADE, teria contrariado o quanto preconizado pelo Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, ao sustentar que a adoção de remédios não dependeria da posição técnica a ser adotada na identificação da dimensão geográfica do mercado relevante (CADE; 2013; 3598).

Afirmaram que a referida constatação, além de violar os princípios da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, não encontraria amparo no art. 88, §5º. da Lei 12.529/2011, na medida em que o referido dispositivo só autorizaria a intervenção do CADE em caso de: (a) *“eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, ou (b) criação ou reforço de uma posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços”*. (CADE; 2013; p. 3404).

³² CADE, Cadernos do CADE: Atos de Concentração no Mercado de Prestação de Serviços de Ensino Superior. Maio/2016; Brasília/DF; Pags. 57-58

A Lei nº 9.784/1999³³ é clara ao delimitar os limites de atuação da Administração Pública, que deve observar "*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*" (art. 20, parágrafo único).

Em decorrência dos princípios constitucionais da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, não se pode admitir que a atuação do CADE possa - mesmo que teoricamente - extrapolar os limites do quanto estritamente necessário para impedir a "*eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante*", ou a criação ou reforço de uma posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, condições claramente postas pelo art. 88, §50 da Lei nº 12.529 para a aprovação de atos de concentração econômica.

Portanto, permitir a imposição de restrições que extrapolam os limites do quanto necessário para evitar que um agente venha a exercer poder de mercado é autorizar de maneira ilegal uma interferência estatal que extrapola os objetivos fixados pela Lei nº 12.529, que, lembre-se, tem sua aplicação "*orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico*" (art. 10, grifado).

Dado que eventuais riscos concorrenenciais associados à presente operação estão lógicos, e necessariamente adstritos a determinado produto e circunscrito a determinada região, não se pode admitir que eventual restrição aplicada pelo órgão antitruste recaia sobre a totalidade da atuação das Requerentes, indo além dos problemas concorrenenciais identificados a partir da correta definição de dado mercado relevante'.

Nos termos do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE:

"Segundo o teste do 'monopolista hipotético', o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno, porém significativo e não transitório" aumento de preços. [...]. Um suposto monopolista está em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório" aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. Os conjuntos de produtos e áreas geográficas que um hipotético monopolista deve controlar para que possa impor um "pequeno, porém significativos e não transitórios aumentos" dos preços determinam, respectivamente, a dimensão do produto e a dimensão geográfica do mercado relevante."

Nesse contexto, poucas são as localidades no ensino EAD que, sob uma análise conservadora, mereceriam a intervenção antitruste nos termos do art. 88, §5 e 6 da Lei nº

³³ Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

12.529/2011. Essa intervenção é necessária, consoante dispõem os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, apenas nos limites necessários para eliminar os potenciais efeitos deletérios da operação pretendida, respeitada a liberdade de iniciativa consagrada pela Constituição Federal como fundamento da ordem econômica.

Quanto aos três primeiros remédios supracitados, cabe uma crítica no sentido de que o CADE buscou promover a concorrência limitando a capacidade de concorrer de um dos principais players. O trecho a seguir retoma o objetivo da legislação de defesa da concorrência:

A legislação de defesa da concorrência é uma das principais atribuições do Estado moderno, ou seja, regular as atividades econômicas privadas, de modo a garantir a livre concorrência e a livre iniciativa, bem como bem-estar ao cidadão-cliente. Os aumentos de produtividade das firmas e o desenvolvimento tecnológico possibilitam maior produtividade da economia, que passa a operar de forma mais eficiente e integrada³⁴.

Até que ponto limitar a oferta de cursos e de matrículas está garantindo o bem-estar do cidadão-cliente e a produtividade?

Quanto ao quarto remédio listado, referente ao estabelecimento de metas de qualidade às requerentes, é possível compreender que o CADE invadiu a competência regulatória do MEC de forma desigual para as requerentes, tendo em vista que as demais concorrentes não envolvidas na operação poderão atuar no mercado sem preencher os requisitos estipulados. Conforme será visto no próximo capítulo, existe uma ausência regulatória por parte do MEC no que diz respeito a metas de qualidade nos cursos de ensino a distância. Mas esta ausência regulatória não justifica a determinação pelo CADE de metas pontuais de qualidade, direcionadas a apenas um grupo de instituições.

³⁴ ESTRATÉGIAS DE REGULAÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO: UMA ABORDAGEM NEO-SCHUMPETERIANA Wagner Frederico Gomes de Araújo – CSAP/Fundação João Pinheiro ANPAD

3. A REGULAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR E A CRIAÇÃO DO INSAES – O PROJETO DE LEI Nº. 4.372 DE 2012

3.1. A Regulação da Educação Superior e as Barreiras Regulatórias

No decorrer da análise do ato de concentração, as requerentes apresentaram posicionamento ao afirmar que ensino superior no Brasil não é caracterizado por elevadas barreiras à entrada; entretanto, identificaram como a principal barreira de entrada o processo regulatório necessário à abertura de novas IES e de novos cursos, o qual, entretanto, não constitui fator impeditivo para o estabelecimento e manutenção de uma instituição de ensino superior, como a própria experiência das Requerentes ensino.

As instituições de ensino superior (IESs) podem ofertar cursos de graduação e de pós-graduação. Os últimos podem ser classificados em: (a) stricto sensu (mestrado e doutorado), e (b) lato sensu (especialização, Master in Business Administration - MBA). Já os primeiros podem ser classificados em: (a) bacharelado, (b) licenciatura e (c) tecnologia. Quanto à modalidade, ambos podem ser transmitidos presencialmente ou a distância (EAD).

Para a oferta de cursos de graduação e de pós-graduação presenciais, a IES precisam ser, inicialmente, credenciadas junto ao MEC como faculdade, centro universitário ou universidade (art. 13, Decreto 5773/2006). O credenciamento como centro universitário ou universidade requer que a IES já atue como faculdade e preencha critérios previamente estabelecidos pelo MEC, especialmente em relação ao regime de trabalho e à titulação do corpo docente e ao nível de qualidade dos cursos ofertados.

No que toca à oferta de cursos de graduação presencial, as faculdades precisam de autorização específica do MEC para cada curso que pretendem ofertar (art. 27, Decreto 5773/2006), assim como para a ampliação do número de vagas oferecidas. Os centros universitários e universidades, por sua vez, gozam de maior autonomia, de modo que prescindem da autorização do MEC para ambas as atividades. No caso da pós-graduação presencial, contudo, a referida autorização será sempre dispensável, independentemente de se tratar de faculdade, centro universitário ou faculdade.

Para os cursos de graduação ou pós-graduação na modalidade EAD, desde 1998, exige-se um credenciamento específico para que a IES já credenciada no ensino presencial possa

também atuar nessa modalidade (art. 26 do Decreto 5773/2006). No caso da graduação EAD, no ato de credenciamento específico, deverão constar, além da sede da IES, os polos de apoio presencial para atividades complementares e o pedido de autorização de pelo menos um curso, na modalidade a distância, nos termos do art. 12, § 12 do Decreto 5.622/2005.

Instituições que não gozam de autonomia universitária, assim como ocorre na graduação presencial, deverão obter uma autorização específica para cada curso ser ofertado, independentemente de o referido curso já ser oferecido e/ou de ter sido reconhecido pelo MEC na modalidade presencial. Também haverá a necessidade de autorização para a ampliação do número de vagas, a menos que se trate de centro universitário ou universidade, hipótese em que, como visto anteriormente, a referida exigência é dispensável.

Neste sentido a SG é expressa em seu parecer dentre os aspectos citados, o ponto mais relevante sob o ponto de vista concorrencial é a autonomia conferida aos centros universitários e universidades, característica que permite a essas IES aumentar ou reduzir a oferta de vagas e cursos de maneira tempestiva, sem necessidade de autorização do MEC. Trata-se de característica a ser considerada não apenas na discussão acerca do mercado relevante, mas também posteriormente nas condições de entrada e rivalidade, como se verá adiante (CADE; 2013; 2749).

Cumpre ainda ressaltar que a oferta de cursos de graduação na modalidade a distância é limitada à área definida no ato de credenciamento da IES (art. 20 § 1º do Decreto 5622/2005). Isso significa que a IES não poderá ofertar cursos de graduação EAD em local em que não possui polo de apoio para atividades presenciais (Art. 10, § 1º do Decreto 5622/2005). Isso porque a regulação exige o comparecimento do estudante à sede da instituição ou aos polos de apoio presencial para a realização de avaliações, estágios obrigatórios, defesa de trabalhos de conclusão de curso e atividades relacionadas a laboratórios.

A instituição poderá requerer a ampliação do número de poços por meio de aditamento ao credenciamento inicial (art. 10, § 1º e 3º do Decreto nº 5.622/2005), mas esse pedido só poderá ser feito após o reconhecimento do seu primeiro curso a distância.

Por seu turno, a oferta de cursos de pós-graduação a distância não possui limitação geográfica dentro do país. Assim, ao contrário da graduação EAD, na pós-graduação EAD, "as atividades presenciais obrigatórias dos cursos de pós-graduação lato sensu a distância poderão ser realizadas em locais distintos da sede ou dos polos credenciados" (art. 45, § 4º da Portaria Normativa MEC 40/2007). Ademais, tal como na pós-graduação presencial, na pós-graduação a distância, não é necessária autorização para a abertura de novos cursos nem para a ampliação do número de vagas.

Quanto às barreiras regulatórias, a Conselheira Ana de Oliveira Frazão reportou um aumento do rigor do MEC quanto ao cumprimento das normas regulatórias que estaria tornando mais moroso ou impedindo o credenciamento e a expansão de cursos de EAD. Tal rigor, que derivou da necessidade de melhorar a qualidade do ensino oferecido nessa modalidade, acabou por constituir uma barreira à entrada de novos competidores e um benefício para aquelas instituições que já tinham uma grande rede de polos presenciais credenciados, pois estas conseguiam captar a maioria das matrículas no EAD. Assim, segundo a Conselheira, a dificuldade de credenciamento para a oferta de EAD e para a abertura de novos polos constitui uma elevada barreira à entrada de novos agentes.

O voto da Conselheira Ana de Oliveira Frazão referente ao ato de concentração 08700.005447/2013-12 reproduz manifestações nesse sentido:

“O órgão regulador tem sido extremamente moroso na análise dos pedidos de aumento de vagas, autorização de novos cursos, credenciamento de novas instituições e, principalmente, no credenciamento de EAD. Na educação a distância, a restrição de oferta é ainda mais complicada. A falta de ofertantes gerou uma concentração de 64,6% das matrículas nos 15 maiores grupos”.

Além de determinação constitucional, da necessidade de intervenção estatal para minimizar falhas de mercado, a regulação no mercado de educação superior se justifica pelos subsídios estatais dados às IES via FIES e PROUNI. Claro que tais subsídios objetivam atender os alunos, mas, de fato, as IES são impactadas diretamente com a garantia de adimplência dos alunos beneficiados pelos dois programas. Esse impacto é perceptível no valor das ações na bolsa de valores das IES com capital aberto: quanto mais garantias de continuidade/expansão do FIES e do PROUNI, mais as ações se valorizam; caso haja sinalização por parte do MEC de restrição ou imposição de regras que limitem a expansão do número de contratos do FIES ou de bolsas do PROUNI, as ações se desvalorizam.

Ante a esta perspectiva, a Presidência da República pela Mensagem nº. 398/2012 - Aviso nº. 760/12 - da Casa Civil, enviou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei Nº. 4372-D, de 2012 cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, e dá outras providencias. Atualmente o Projeto encontra-se na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania aguardando votação do parecer que clama pela sua admissibilidade, do deputado Alessandro Molon (REDE/RJ). Tem seu regime de tramitação caráter de urgência nos termos do art. 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Cumpre ressaltar que o projeto passou pelas comissões de Educação e Cultura; Trabalho, de Administração e Serviço Público; e Finanças e Tributação.

O projeto inicial apresenta 49 artigos, subdivididos em 6 capítulos a saber: da natureza jurídica, finalidade e competências, da estrutura básica e direção; do patrimônio e das receitas; do quadro de pessoal e dos servidores; das sanções administrativas; e das disposições gerais e transitórias.

De acordo com a Tabela 2 - Detalhamento das disposições do PL nº 4.372/2012-INSAES, podemos observar a topografia legislativa, os dois primeiros capítulos dispõem sobre o novo Instituto, suas atribuições e diretrizes gerais de organização. Os capítulos seguintes, três e quatro, tratam do Quadro de Pessoal do INSAES e respectivo Plano de Carreiras e Cargos. O Capítulo das sanções administrativas, por sua vez, apresenta apenas um artigo que versa sobre as sanções administrativas que podem ser impostas pelo INSAES no exercício de suas atribuições junto a instituições e cursos superiores. Por fim, nas disposições finais são tratados dos recursos para a implantação e operacionalização do INSAES, da criação e destinação da Taxa de Avaliação "in Loco" e a Taxa de Supervisão da Educação Superior; autorização para a instituição utilizar o Auxílio de Avaliação Educacional, requisição imperativa de servidores do Ministério da Educação, inserção no CONAES e na Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação. Ainda introduz o INSAES como agente de certificação de entidades benéficas.

Na mensagem do projeto de lei, o Poder Executivo dentre os motivos apresentados está a elevação do "*papel da educação como fator preponderante de inclusão social e desenvolvimento humano, (...)*" como forma de efetivação das metas e objetivos do Plano Nacional de Educação, que para o investimento na educação básica é necessário investir na educação superior que "*exercem papel fundamental na formação dos professores da educação básica, gerando um ciclo virtuoso onde o incremento na qualidade do ensino básico capacita os alunos a ingressar nos cursos superiores*". Indica as políticas de expansão adotadas pelo governo como forma de garantia de qualidade, inclusão e democratização. Entende, destarte, o governo, que o novo marco regulatório racionaliza e qualifica os processos de avaliação, regulação e supervisão. Propõe a integração em um único órgão destas atividades. E indica como meta principal:

"o desafio imposto ao MEC de atingir e manter elevado padrão de qualidade na educação superior ainda requer profundas alterações na estrutura do Ministério. Ao apresentar o quadro geral das ações do Ministério indica que a responsabilidade do INSAES, se aprovado, seria a de "avaliação e supervisão das instituições de educação superior e cursos de graduação no sistema federal de ensino, bem como à certificação das entidades benéficas que atuem na área de educação superior e básica".

Podemos extrair que a finalidade de criação do INSAES está em concentrar em um único órgão as atividades de avaliação e supervisão da avaliação superior como forma de instrumentalizar as metas e objetivos apresentados no Plano Nacional de Educação, visto ser a educação fator preponderante de inclusão social. Corrobora para este entendimento Alessandro Molon, relator da PLC na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ao afirmar "[S]ua finalidade precípua é a de supervisionar e avaliar as instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, bem como certificar as entidades benéficas que atuarem na área de educação superior e básica".

Ainda dentro da mensagem, o Poder Executivo faz menção às legislações a serem alteradas e/ou citadas no projeto. Este levantamento mostra uma excessiva preocupação com as questões financeiras e fiscais, que deixam de discutir as matérias tratadas. Expressa muito bem esta situação o Dep. Waldenor Pereira, relator do projeto na Comissão de Educação da Câmara dos Deputados:

"Em sua maior parte - 33 dos 49 artigos e 6 dos 7 anexos -, trata de aspectos administrativos, técnicos e burocráticos do novo Instituto, como a estrutura básica, o quadro de pessoal e de direção, o plano de carreiras e cargos (PCC), o patrimônio e os recursos financeiros necessários para a implantação e manutenção do órgão, as tabelas de vencimentos e de incentivos"

A ABMES - Associação Brasileira de Mantenedoras de Ensino Superior noticia em seu sítio eletrônico como mais um equívoco do MEC³⁵, e alerta: "os 41 artigos do PL 4372/2012, 31 (63%) são dedicados ao plano de carreira do pessoal do Insaes e apenas 18 para o objeto da regulação, fato que é, no mínimo, estranho". Outros, por exemplo, Ronaldo Mota em texto publicado no Caderno Educação da Folha Dirigida em sua edição de 23 a 29 de outubro de 2012 sobre o projeto de lei de criação de um Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior (INSAES): "o Projeto vem acoplado à criação de dispensáveis cargos e funções, basicamente mantém as operações em moldes essencialmente semelhantes aos já adotados e talvez grávido de morosidades e dificuldades hoje existentes". Neste ponto, uma crítica levantada pelo Documento de Trabalho, n. 104 do Observatório Universitário³⁶: "a elaboração do INSAES pode ser entendida como uma tentativa de criar um plano de carreiras para o Ministério da Educação".

³⁵ FRAUCHES, Celso. INSAES: MAIS UM EQUÍVOCO DO MEC. 2012. ABMES - Categoria Coluna - Ano 2 • Nº 73. Disponível em: <<http://www.abmes.org.br/abmes/noticias/detalhe/id/613>>. Acesso em: 10 jun. de 2016.

³⁶ NUNES, Edson; FERNANDES, Ivanildo; ALBRECHT, Julia. O INSAES como agência reguladora atípica: análise a partir do PL nº 4.372/2012. Documento de Trabalho, n. 104. Observatório Universitário, Rio de Janeiro, out./2012. Disp. em: bit.ly/1G58rkC. Pag. 04

Entre seus principais defensores encontra-se a União Nacional de Estudantes³⁷ que entende o projeto como “uma grande ferramenta no combate à mercantilização do ensino e uma forma de dar ao estado uma maior capacidade de avaliar e regulamentar as instituições, tendo em vista que hoje a única opção que se tem é o descredenciamento das instituições de ensino superior que não possuem uma saúde financeira estável”.

São fundamentos jurídicos da Proposta legislativa enviada ao Congresso nacional o Art. 205 da CF, que considera a educação um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Os Princípios da Administração Pública, em especial o da eficiência tratado no Art. 37º. CF, para a integração das atividades em um único órgão visto que o INSAES se propõe a otimizar recursos e a integrar processos que possibilitem a avaliação institucional externa de cursos e instituições de educação superior.

Nota-se que, apesar de não tratados na exposição de motivos, também fundamentam o projeto de lei no art. 209 da Constituição, que dispõe que “o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”.

As normas gerais da educação nacional estão na Lei nº 9.394, de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional (LDB) e a avaliação de qualidade na Lei nº 10.861, de 2004, que institui o Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior, o SINAES.

Neste contexto, o Projeto foi recebido pela Mesa da Câmara dos Deputados em 05 de setembro de 2012 foi encaminhado, nos termos dos Art. 24, II e 54 do RICD às Comissões de Educação e Cultura; Trabalho, de Administração e Serviço Público; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania para apreciação conclusiva pelas Comissões.

Sua tramitação é de Urgência, de acordo com Requerimento Nº. 7.492/2013 apresentado pelo Dep. Antony Garotinho em 10 de abril de 2013 e aprovado em plenário em 03 de março de 2015. Entretanto, apesar da urgência aprovada os opositores do projeto têm uma vitória visto que não há interesse em se colocar o projeto em pauta por parte da Mesa Diretora da Casa³⁸.

³⁷ REDAÇÃO. INSAES: A Luta Continua. 2014. UNE - União Nacional dos Estudantes. Disponível em: <<http://www.une.org.br/2014/11/insaes-a-luta-continua/>>. Acesso em: 20 jun. 2016.

³⁸ SIQUEIRA, Carol. Cunha diz que só vota órgão de supervisão do ensino superior se Dilma pedir urgência. 2015. Agência Câmara Notícias, Edição – Pierre Triboli. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/482734-CUNHA-DIZ-QUE-SO-VOTA-ORGAO-DE-SUPERVISAO-DO-ENSINO-SUPERIOR-SE-DILMA-PEDIR-URGENCIA.html>>. Acesso em: 26 jun. 2016

Até o momento atual foram apresentadas, ao todo, 636 (seiscentas e trinta e seis) emendas parlamentares. Destas, 81 emendas e 11 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Educação (CE); 19 emendas e 2 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público (CTASP); 318 emendas, 14 emendas por ela adotadas e 14 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e, por fim, 177 emendas, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Como alternativa metodológica se analisará pormenorizadamente os capítulos, guardando preferência para duas subdivisões, a primeira a respeito dos dispositivos que tratam de sua natureza material, ou seja, natureza-jurídica, finalidade, objetivos, competências e atribuições. O outro a sua natureza burocrática, entendida como uma estrutura organizativa caracterizada por regras e procedimentos explícitos e regularizados.

3.2. Análise quanto a natureza material do Projeto Legislativo

Far-se-á a análise dos dispositivos que tratam de sua natureza material, ou seja, natureza-jurídica, finalidade, objetivos, competências e atribuições. Assim, os Capítulos I, II e V serão o foco de análise do subcapítulo a Natureza Jurídica, a Finalidade, as Competências, a Estrutura básica e direção, e as Sanções Administrativas.

O Art.7º da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998³⁹, que dispõe, no artigo que o primeiro artigo indique o objeto da Lei a saber: a criação do Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, que possui natureza jurídica de autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério da Educação, tendo como sua sede e foro o Distrito Federal e atuação em todo território nacional.

³⁹ Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Dentre as principais críticas apresentadas ao projeto se encontra a natureza jurídica do Instituto criado, para alguns uma agência reguladora atípica⁴⁰, sem autonomia necessária, e que usurpa competência de órgãos e secretarias correlatas na área.

A finalidade proposta pelo governo é supervisionar e avaliar instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, e certificar entidades benficiares que atuem na área de educação superior e básica.

Deve-se ressaltar que a definição de Sistema Federal de Ensino se encontra no Decreto nº. 5.773, de 9 de maio de 2006⁴¹ e compreende as instituições federais de educação superior, as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e os órgãos federais de educação superior.

No mais, pode-se dizer que as atividades de supervisão e avaliação constituem o marco regulatório da educação superior atual. Uma observação feita por Susana Salum Rangel em sua tese de doutorado esclarece as relações entre supervisão e avaliação e a política regulatória da educação superior. Para a autora o fundamento legal encontra-se disposto no art. 9º., IX, da LDB, e prevê que a União incumbir-se-á de autorizar, reconhecer e credenciar os cursos de educação superior oferecidos por instituições vinculadas ao sistema federal de ensino, encontrando amparo constitucional nos Art. 206, VII e Art. 209 da CFRB 1988 (RANGEL,2012, p. 127). Para a autora:

“O termo regulação da educação superior, no contexto do sistema federal de ensino, apresentado no Decreto nº. 5.773/2006, é definido como a função destinada a expedir os atos administrativos autorizativos para o funcionamento de instituições de ensino superior e de cursos superiores, sendo associado ao exercício do poder de polícia pelo Estado. Neste sentido, o artigo 1º, §1º, do Decreto nº.5.773/2006, define que a regulação é realizada por meio de atos administrativos autorizativos do funcionamento de instituições de ensino superior e cursos superiores”.

Em Nota Técnica⁴² de lavra do Consultor Legislativo Ricardo Martins datada de outubro de 2012 após fazer a análise topográfica dos dispositivos do projeto indica que o "INSAES será simultaneamente instância de avaliação e de regulação" que deverão ser executadas em instâncias autônomas. Indica que a regulação da educação superior tem três dimensões envolvidas, a saber: a normativa, a verificadora e a consultora⁴³. E conclui:

⁴⁰ Op. Cit. Pag. 34

⁴¹ Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino.

⁴² MARTINS, Ricardo Chaves de Rezende. A Avaliação, a regulação da educação superior e a criação do INSAES: Notas sobre o Projeto de Lei Nº. 4.372, de 2012. Brasília: Consultoria Legislativa Câmara dos Deputados, 2012.

7 p

⁴³ Op. Cit. 4p.

"A avaliação tem objetivos amplos e deve ser base para as políticas públicas voltadas para a educação superior. As políticas de regulação (e suas normas e instrumentos) são um subconjunto de políticas que podem e devem se beneficiar da avaliação contínua. (...) A regulação é função precípua do Estado. A avaliação é mais ampla que a regulação. É de se esperar que a avaliação seja abrangente, integrada, diversificada e plural, comportando a convivência de vários sistemas ou subsistemas, estatais e não estatais, que dialoguem, complementem-se e desenvolvam salutar e vigilante intercâmbio político-metodológico. E, desse modo, a regulação da educação superior passará a ser efetiva combinação de processos de autorregularão e regulação estatal, baseados em avaliação contínua e permanente, reconhecida por todas as partes envolvidas".

Para cumprir com a referida finalidade, o Artigo 3º, apresenta as competências materiais deste Instituto em 13 (treze) incisos. Desta forma, são as competências do INSAES formular, desenvolver e executar as ações de supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, de acordo com as diretrizes propostas pelo Ministério da Educação, e em consonância com o Plano Nacional de Educação; expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Ministério da Educação; autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais; instruir e exarar parecer nos processos de credenciamento e recredenciamentos de instituições de educação superior; acreditar instituições de educação superior e cursos de graduação; realizar avaliações in loco referentes a processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais, diligências para verificação das condições de funcionamento dessas instituições e cursos; supervisionar instituições de educação superior e cursos de graduação e sequenciais, quanto ao cumprimento da legislação educacional e à indução de melhorias dos padrões de qualidade da educação superior, aplicando as penalidades e instrumentos previstos na legislação; decretar intervenção em instituições de educação superior, e designar interventor, nos termos de lei específica; designar, após indicação do Ministério da Educação, instituição de educação superior pública para a guarda do acervo acadêmico de instituições descredenciadas, conforme regulamento; conceder, renovar concessão e supervisionar a regularidade do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, quanto às entidades de educação superior e de ensino básico, observados os requisitos e a sistemática da Lei no 12.101, de 27 de novembro de 2009; constituir e gerir sistema público de informações cadastrais de instituições, cursos, docentes e discentes da educação superior, e disponibilizar informação sobre a regularidade e qualidade das instituições e cursos da educação superior e a condição de validade de seus diplomas; aprovar previamente aquisições, fusões, cisões,

transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino; e articular-se, em sua área de atuação, com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, mediante ações de cooperação institucional, técnica e financeira bilateral e multilateral.

O que se pode extrair das competências e das funções e finalidades deste órgão é que o Governo Federal pretende unificar os trabalhos de várias secretarias em um único órgão; objetivando o aperfeiçoamento dos mecanismos e instrumentos de regulação, supervisão e indução, alinhando-os às políticas nacionais de desenvolvimento socioeconômico, político e cultural. Desta forma implementar a definição de padrões compartilhados de qualidade, na perspectiva da internacionalização de Educação Superior brasileira, de modo a permitir, com segurança, a acreditação de IES e cursos. Tal padrão fica evidente ao se observar a Tabela 2 – Sobreposição de Competências, o que leva a concluir pela busca da eficiência do serviço público com a garantia de padrão de qualidade.

Ao estabelecer normas e procedimentos regulatórios e de supervisão consistentes, confiáveis, inovadores e transparentes, pretende aperfeiçoar a comunicação com os agentes regulados e aprimorar os mecanismos de transparência e comunicação com o propósito de diminuir a assimetria de informações entre o estudante e as IES (aprimorar o controle social), por meio da atuação sistêmica com as organizações da sociedade civil e demais instâncias governamentais que atuam no setor.

3.3. Análise quanto ao Desenvolvimento Político do Projeto Legislativo

Conforme demonstrado no início do capítulo até o momento atual foram apresentadas, ao todo, 636 (seiscentas e trinta e seis) emendas parlamentares. Destas, 81 emendas e 11 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Educação (CE); 19 emendas e 2 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público (CTASP); 318 emendas, 14 emendas por ela adotadas e 14 emendas de relator, no âmbito da Comissão de Finanças e Tributação (CFT) e, por fim, 177 emendas, no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Para o escopo deste trabalho analisaremos as 24 (vinte e quatro) emendas que atacam o Art. 3, XII, que trata da competência do INSAES para aprovar previamente aquisições, fusões,

cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino.

Uma crítica que de início deve ser efetuada é sobre a qualidade do processo legislativo, as emendas apresentadas em todas as comissões haviam apenas 3 (três) modelos, as demais eram iguais, muitas vezes de debate já superado e com os assustadores mesmos erros de ortografia e de digitação. Disto algumas reflexões podem ser levantadas, tais quais: qual o nível de discussão legislativa em um projeto de lei, qual a real intensão dos legisladores? O que posso refletir, inicialmente, que se trata apenas de uma forma de impedir o desenvolvimento e o bom andamento dos trabalhos, todavia tais observações necessitam de um trabalho mais profundo de pesquisa empírica que fogem ao escopo do trabalho.

Apresentada a crítica, cumpre-se levantar os principais pontos das justificativas apresentadas, que de antemão apresentam-se rasas e sem bases teóricas de conhecimento, o que em partes justifica este trabalho.

A primeira das justificativas apresentadas para a supressão e para alteração deste artigo foi que em se tratando de Instituições já credenciadas em função dos princípios da economicidade e eficiência, basta que o Insaes seja comunicado e proceda a alteração cadastral. Tal posicionamento não deve ser acolhido, como não foi, por a Educação Superior exercer um papel social, e pela atual legislação educacional, deve passar por um processo de avaliação contínua. No mais, com a proliferação de cursos e uma busca desenfreada pelo lucro a qualidade do serviço educacional é comprometida, a exemplo das grandes instituições de massa. Sem contar, que no aspecto concorrencial limita a concorrência e o poder de escolha do estudante.

Outro argumento apresentado diz que proposta contraria a Constituição na medida em que se imiscui em assuntos próprios da livre iniciativa protegidos pela Constituição ou legislação específica. De outra parte, constitui um absurdo uma instituição privada requerer autorização governamental para cessar suas atividades.

Novamente não deve ser acolhida, como não foi. A Educação por tratar da formação das pessoas é essencial ao desenvolvimento nacional. Apesar de ser permitida a iniciativa privada tem funções sociais a cumprir. Não há contrariedade com a Constituição, muito pelo contrário, conforme será demonstrado nos capítulos posteriores, será uma competência complementar e subsidiária que garantirá o seu efetivo cumprimento.

Complementa este raciocínio o posicionamento do Ministério da Educação no qual entende que estes conceitos desenvolvidos e combinados entre si pretendem dar ao Sistema Federal de Educação Superior a certeza de que as IES devem se comprometer com o processo

regulatório não somente pelos requisitos normativos, mas como uma razão de ser de suas ações, um compromisso com a formação de futuros profissionais competentes e éticos.

A última das tentativas de emenda, apresenta diferentemente das demais questões mais interessantes, entretanto, também pouco desenvolvidas, o que pudesse pensar ser devido ao desconhecimento do Sistema Brasileiro de Concorrência e do Sistema Jurídico Nacional como um todo. Vejamos, no caso que se refere a autorização previa de fusão, aquisição e incorporação, por tratar-se de institutos regulados na legislação brasileira e nos casos concentração o CADE tem atuação importante, desnecessário a aprovação previa do INSAES. O CADE tem função meramente de análise do mercado concorrencial, não analisando os impactos fáticos da fusão na qualidade do ensino, o que pode levar a autorizações de gigantes educacionais que não cumpram com seu papel social, pela mesma justificativa apresentada no parágrafo anterior.

O artigo não se refere, separadamente, à mantenedora e à mantida, que são entes diferentes. Com relação às mantenedoras, o controle é feito pelo CADE, os atos são praticados com base na livre iniciativa, nos termos do Artigo 209 da Constituição Federal, e nem sempre há repercussão relevante em relação às mantidas. Portanto, as aquisições, as fusões e, principalmente, as cisões de mantenedoras somente deveriam ser analisadas pelo MEC ou pela Autarquia depois de comprovada a repercussão na qualidade do ensino. Tal posicionamento mostra um desprezo pela educação, pode-se usar como analogia o princípio da precaução do direito ambiental, é melhor impedir que um dano ocorra, do que tentar corrigi-lo posteriormente. Ainda mais na questão da educação superior que é estratégica para o desenvolvimento nacional e para a criação de tecnologia. Ainda mais se analisado pela ótica dos objetivos da República em garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Uma análise posterior pode levar a uma geração inteira sofrer os danos de uma formação deficitária, na qual o Estado se preocupou apenas com o aspecto concorrencial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto no decorrer do presente trabalho temos a educação superior privada como uma atividade econômica que tem suas premissas baseadas na Constituição Federal. Apesar de seu caráter amplo e discussão doutrinária sobre sua natureza jurídica, focou a análise em seus aspectos econômicos, em especial àqueles voltados à ordem econômica constitucional. Dentro deste espectro de análise apresentou-se as formas de intervenção do Estado na economia, para a partir deste embasamento teórico chegar-se na conformação do setor perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Por meio da análise legal e jurisprudencial compreendeu-se que o mercado da educação superior é um mercado altamente regulado, em seus aspectos gerais e setoriais, da mesma forma que pela jurisprudência do CADE pode-se dizer composto por quatro mercados relevantes: os mercados de ensino superior de graduação e pós-graduação, nas suas modalidades presencial e à distância. Cada um destes quatro mercados, indica também uma dimensão de produto e uma dimensão geográfica. Segundo a análise do caso efetuada sua conformação se dá na graduação presencial por cada curso e em âmbito municipal; na graduação EAD: em cada curso, entretanto, nos âmbitos nacional e municipal conjuntamente; pós-graduação lato sensu presencial e à distância por cursos agrupados por área de conhecimento diferindo-se em seu âmbito geográfico, enquanto essa é nacional, aquela é municipal.

Entendeu-se, ainda, que este mercado apresenta barreiras de entrada bem definidas tais como ausência de reputação/conhecimento por parte dos alunos; a necessidade de altos investimentos e/ou custos irrecuperáveis; a regulação setorial; o papel do investimento em marketing e a importância de uma marca forte no mercado, incluindo ainda incluem a economias de escala. Isto sem contar às barreiras regulatórias impostas pelo Estado.

Notou-se que em relação às condições de rivalidade nos mercados de graduação presencial, praticamente, o CADE considerou todos os critérios indicados pela SG, a saber: evolução das participações de mercado, procurando evidências de comportamento competitivo entre as IES instaladas; a análise de capacidades ociosas existentes e da possibilidade de expansão dessa capacidade, com o objetivo de verificar se as concorrentes existentes são capazes de absorver desvios de demanda. Dentre as mais relevantes estão: o preço, a escala, a capilaridade da rede de polos, os investimentos em marketing e a qualidade.

Conforme visto no capítulo 1, tem-se presente que o papel desempenhado pela livre concorrência estabelece os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar. No caso da educação superior, estes princípios foram expostos pelo CADE como um mercado altamente regulado visando a qualidade do ensino, mas principalmente a garantia de um mercado realmente livre.

A própria Constituição limita a atividade reguladora do Estado, a partir da regra da liberdade de iniciativa, ou seja, não pode se considerar a possibilidade de ação e intervenção desmedida por parte do Estado. Se a liberdade de concorrência se desdobra em liberdades privadas e públicas, conforme visto, também é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a preços mais baixos, garantindo uma sociedade mais equilibrada.

No caso em tela, é de fundamental importância que as requerentes, ao pleitearem junto ao CADE a aprovação de um ato de concentração na área da educação superior com base na existência de sinergias (eficiências) capazes de, pelo menos, neutralizar efeitos negativos derivados da operação, atendendo para a necessidade de não só quantificá-las, mas detalhar de que forma tais ganhos serão obtidos. Esse detalhamento permite que alguma eficiência que poderia ser descartada pelo fato de não propiciar ganho aos consumidores seja parcialmente aceita (caso se identifique que em alguma medida ela pode beneficiar o consumidor embora não da forma como defendem as requerentes), ou ainda, que uma eficiência totalmente aceitável sob a ótica antitruste não seja descartada por ser considerada meramente especulativa.

Ao Estado, por sua vez, continua o autor, cabe fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. Desta forma, ressalva que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa.

Todavia, procedida análise dos remédios comportamentais estipulados no ato de concentração analisado entre Kroton e Anhanguera, importaram em atos de limitação estrutural e de condutas, tais como: a limitação à captação de novos alunos nas localidades afetadas por determinado período; o impedimento de oferta de vagas e limitação da expansão do número de matrículas; a limitação na oferta de cursos; e o comprometimento das requerentes com metas de qualidade, tais como o aumento da proporção atual de mestres ou doutores para 80% nos cursos de ensino a distância e o incremento de ferramentas disponíveis e de material didático e ao estabelecimento de metas de qualidade às requerentes. Percebeu-se uma ausência regulatória por parte do MEC no que diz respeito a metas de qualidade nos cursos de ensino a distância.

Mas esta ausência regulatória não justifica a determinação pelo CADE de metas pontuais de qualidade, direcionadas a apenas um grupo de instituições, visto interferir na liberdade de concorrência. Deve, entretanto, o Estado criar condições desiguais para agentes desiguais, como é o caso.

Por fim analisou-se a proposta de criação do INSAES por mais que o governo tenha submetido em 2012 o Projeto de Lei que cria instituição com poderes regulatórios sobre este mercado, é bem provável que o INSAES ainda não seja criado em 2016, tendo em vista que se vivencia um ano com restrições orçamentárias dadas e com a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo atribuladas

Compreende-se, portanto, que a livre iniciativa não é tomada como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso. É um conceito extremamente amplo, embora tenha sido conduzido de forma a ser entendido de forma restrita, de que toda a livre iniciativa se esgota na liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Na CRFB/88 a liberdade é consagrada como fundamento da República Federativa do Brasil e como fundamento da ordem econômica, mas não se pode reduzir a livre iniciativa à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica. Livre iniciativa não se resume ao princípio básico do liberalismo econômico, mas sim, abrange todas as formas de produção, individuais ou coletivas, também reconhecendo em que a CRFB/88 em seu art. 173, §4º, o princípio da repressão aos abusos do poder econômico.

A proposta de criação do INSAES representa uma tentativa de avanço na ação regulatória. Não há dúvidas de que muito já foi feito no sentido de melhorar tanto a avaliação quanto a regulação da educação superior, mas um longo caminho ainda deve ser percorrido. É importante ressaltar que, por mais que a regulação deste mercado ainda esteja desmembrada em várias unidades do ministério da Educação, o CADE não pode tomar para si responsabilidades que extrapolam a política de defesa da concorrência e, adentrar em questões regulatórias.

A proposição de remédios deve levar em consideração a capacidade da autoridade antitruste em exercer seu monitoramento de forma a não adentrar na competência do órgão regulador. Trata-se de uma forma de invenção por direção, ou seja, regulação cogente (lato senso) e fiscalização da ordem econômica; e também de Intervenção por indução, ou seja, estímulo a determinados setores a atuarem de determinado modo (poder regulamentar lato senso) na ordem econômica.

Na análise dos instrumentos deste trabalho, deve-se evitar sobreposição de atribuições e competências entre o CADE e o INSAES, tendo em vista a previsão expressa no

Projeto de Lei que cria o INSAES de atribuição desta autarquia para aprovação prévia de atos de concentração no mercado de educação superior privada, sendo hoje atribuição do CADE exercer tal papel. O processo de estruturação do aparato regulatório estatal deve ser ágil o suficiente para acompanhar o surgimento de grandes grupos econômicos neste setor a ponto de ser capaz de limitar os prejuízos decorrentes desta concentração e, potencializar os benefícios, tais como ganhos de escala e expansão da oferta.

A incidência de mecanismos de regulação estatal não é neutra em face do setor regulado, o Estado arbitra interesses, interfere no jogo econômico, contribui para reordenar a competição, este fato obriga a que a regulação estatal esteja adstrita a limites, sem os quais poder-se-ia paulatinamente erradicar o princípio da liberdade de iniciativa.

Por fim, independente de como ocorra a oferta de educação superior, é fato que ela é extremamente necessária para o desenvolvimento do país. É papel do Estado garantir que toda IES credenciada oferte cursos com qualidade e aptos a formar cidadãos e profissionais de que o país necessita.

O desenvolvimento, portanto, não supõe apenas crescimento econômico, mas elevação do nível cultural e intelectual da comunidade dadas as mudanças sociais. Garantir o desenvolvimento nacional é primordial ao papel do Estado, necessitando, de um mínimo de programação de políticas públicas de longo prazo, pois o subdesenvolvimento é um estado dinâmico de desequilíbrio econômico e de desarticulação social, que por sua vez leva ao imperativo de uma política nacional para todos os setores da vida social, em especial o setor educacional.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, A. F. A. ; COELHO, Gustavo Flausino . O direito concorrencial nas operações societárias no Brasil: novas fronteiras do controle de concentrações à luz da Lei n.º 12.529/2011. Revista Electrónica de Direito - RED , v. 3, p. 1-20, 2014.

BRASIL, Decreto nº. 5.773, de 9 de maio de 2006. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e seqüenciais no sistema federal de ensino. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 2006. Seção 1. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seed/arquivos/pdf/legislacao/decreton57731.pdf>> Acesso em: 14 jul. 2016

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. 30ª edição. Malheiros Editores. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. A ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL E OS LIMITES À ATUAÇÃO ESTATAL NO CONTROLE DE PREÇOS. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 2016-04-03.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. Um ensaio de sistematização do direito educacional. Revista de Informação Legislativa, Brasília/DF, v. 33, n. 131, p.31-57, jul. 1996. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176476>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4372-D, de 2012. Cria o Instituto Nacional de Supervisão e Avaliação da Educação Superior - INSAES, e dá outras providências. Projeto de Lei N.º 4372-d, de 2012.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. Defesa da concorrência e comércio internacional no contexto do desenvolvimento: os cartéis de exportação como isenção antitruste. 2010. 318 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito das Relações Econômicas Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12126>. Acesso em: 03 abr. 2016.

FRANCISCO, Thiago Henrique Almino et al. As Funções Administrativas e as Práticas Gerenciais na Educação Superior Privada. Revista de Ciências da Administração, Florianópolis, p. 95-107, abr. 2013. ISSN 2175-8077. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/adm/article/view/18755>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 14ª. Ed. 2010

JACOBS, Edgar Gastón; HABIBE, Taís Cruz. O INSAES e o controle prévio de fusões e incorporações na área educacional. 2012. Disponível em: <<http://www.gestaouniversitaria.com.br/artigos/o-insaes-e-o-controle-previo-de-fusoes-e-incorporacoes-na-area-educacional--2>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

KOPPE, Leonardo Renner. Instituições de ensino superior privadas no Brasil: os casos das organizações de ensino com fins lucrativos no Rio Grande do Sul. 2014. 256 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/102228>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à Abrangência e à Intensidade da Regulação Estatal. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, nov/dez 2005, jan 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

MARRARA, Thiago. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos administrativos. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1. 496 p.

MARTINS, Ricardo Chaves de Rezende. A Avaliação, a regulação da educação superior e a criação do INSAES: Notas sobre o Projeto de Lei Nº. 4.372, de 2012. Brasília: Consultoria Legislativa Câmara dos Deputados, 2012.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. Revista Novos Estudos, São Paulo, v. 76, p.139-156, nov. 2006. Quadrimestral. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/contents/view/1253>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVERIA, Amanda F., e RUIZ, Ricardo M. (org.). Remédios Antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2010

MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, P. T. L. (Org.) . Direito concorrencial e regulação econômica. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010. v. 1.

NUNES, Edson; MARTIGNORI, Enrico; RIBEIRO, Leandro. Economia política e regulação da educação superior no Brasil. In: _____. Avaliação e regulação da educação superior: experiências e desafios. Brasília, Funadesp, 2005. p. 263-310. Serie Gestão de IES nº 1.

PEREIRA, Tarcísio Luiz; BRITO, Silvia Helena Andrade de. AS AQUISIÇÕES E FUSÕES NO ENSINO SUPERIOR PRIVADO NO BRASIL: As aquisições e fusões no Ensino Superior Privado no Brasil. In: CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO DA EDUCAÇÃO, 2014, Porto/pt. Anais... . Porto: Associação Nacional de Política e Administração da Educação, 2014. p. 1 - 15. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/IBERO_AMERICANO_IV/GT2/GT2_Comunicacao/TarcisioLuizPereira_GT2_inTEGRAL.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2016.

QUEIROZ, Fernanda Cristina Barbosa Pereira et al . Transformações no ensino superior brasileiro: análise das Instituições Privadas de Ensino Superior no compasso com as políticas de Estado. Ensaio: aval.pol.públ.Educ., Rio de Janeiro, v. 21, n. 79, p. 349-370, jun. 2013 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362013000200009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 ago. 2016.

RUAS, Claudia Mara Stapani. GRANDES OLIGOPÓLIOS DA EDUCAÇÃO SUPERIOR E A GESTÃO DO GRUPO ANHANGUERA EDUCACIONAL: 2007 - 2012. 2015. 313 f. Tese (Doutorado) - Curso de Educação, Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2015. Disponível em: <<http://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/15497-claudia-mara-stapani.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. Revista e atualizada (até Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010). São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

SOARES, Maria Susana Arrosa; OLIVEN, Arabela Campos; BRASIL Coordenação do Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. A educação superior no Brasil. Brasília, DF:CAPES, 2002. 304 p. (Biblioteca Anísio Teixeira. Estudos)

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Curso de Direito Comercial 1 – Teoria Geral do Direito Comercial e das Atividades Empresariais Mercantis, Introdução à Teoria Geral da Concorrência e dos Bens Imateriais. 3ª, Edição, revista, atualizada e ampliada. Malheiros Editores. São Paulo. 2011

VIANA DE PAIVA, Ricardo Carvalho et al. Educação Superior Privada: Um Estudo Comparativo do Desempenho Financeiro em nove Instituições de Ensino Superior. Revista Gestão & Tecnologia, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 68-99, abr. 2014. ISSN 2177-6652. Disponível em: <<http://revistagt.fpl.edu.br/get/article/view/452>>. Acesso em: 03 abr. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.20397/g&t.v14i1.452>.

ANEXOS E TABELAS

Tabela 1 - Síntese da definição de mercado relevante adotada pelo CADE no mercado de educação superior

	Dimensão produto	Dimensão geográfica
Graduação presencial	Cada curso	Municipal
Graduação EAD	Cada curso	Duas definições: uma municipal e outra nacional
Pós-graduação lato sensu presencial	Cursos agrupados por área de conhecimento	Municipal
Pós-graduação lato sensu EAD	Cursos agrupados por área de conhecimento	Nacional
Fonte: Voto do Ato de concentração nº 08700.005447/2013-12		

Tabela 2 - Detalhamento das disposições do PL n° 4.372/2012- INSAES

Agrupamentos dos dispositivos do INSAES, por tema	%	Artigos do PL	nº de artigos	Artigos acrescidos/alterados em outras Leis	Total de disposições
Natureza e atribuições do Instituto	4,48	(art 1º a 3º)	3	0	3
Estrutura, patrimônio/receitas/ penalidades às IES	4,48	(art 4º e 5º; art 37)	3	0	3
Plano de Carreiras e Cargos	46,27	(art 6º a 36; art 43)	31	0	31
Questões orçamentárias diversas	2,99	(art 38 e art 42)	2	0	2
Artigos acrescidos/alterados na Lei nº 10.870/2004 (taxas)	10,45	(art 39 e art 40)	2	5	7
Artigos acrescidos/alterados na Lei nº 11.507/2007 (Auxílio Avaliação INEP)	2,99	(art 41)	1	1	2
Artigos acrescidos/alterados na Lei nº 10.861/2004 (CONAES)	5,97	(art 44)	1	3	4
Artigos acrescidos/alterados na Lei nº 4.024/1961(CNE)	2,99	(art 45)	1	1	2
Acreditação para certificar entidades beneficiantes de assistência social -CEBAS (Lei nº 12.102/2009)	11,94	(art 46)	1	7	8
Altera competências do INEP (Lei nº 9.448/1997)	4,48	(art 47 e art 48)	2	1	3
Vigência da lei (art 49)	1,49	(art 49)	1	0	1
Total de artigos	100		49	18	67

Tabela 3 – Sobreposição de Competências – INSAES x MEC

Competência	Quem a exerce hoje	
	Órgão	Disposição Legal
I- formular, desenvolver e executar as ações de supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos de educação superior no sistema federal de ensino, de acordo com as diretrizes propostas pelo Ministério da Educação, e em consonância com o Plano Nacional de Educação;	SERES e INEP	Decreto nº 7.690/2012
II - expedir instruções e estabelecer procedimentos para a aplicação das normas relativas à sua área de competência, de acordo com as diretrizes do Ministério da Educação;	-	-
III - autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais;	SERES	Decreto nº 7.690/2012
IV - instruir e exarar parecer nos processos de credenciamento e recredenciamentos de instituições de educação superior;	SERES	Decreto nº 7.690/2012
V - acreditar instituições de educação superior e cursos de graduação;	-	-
VI - realizar avaliações in loco referentes a processos de credenciamento e recredenciamento de instituições de educação superior e de autorização, reconhecimento e renovação de reconhecimento de cursos de graduação e sequenciais, diligências para verificação das condições de funcionamento dessas instituições e cursos; e	INEP	Lei nº 10.861/2004 e Lei nº 9.448/1997
VII - supervisionar instituições de educação superior e cursos de graduação e sequenciais, quanto ao cumprimento da legislação educacional e à indução de melhorias dos padrões de qualidade da educação superior, aplicando as penalidades e instrumentos previstos na legislação;	SERES	Decreto nº 7.690/2012
VIII - decretar intervenção em instituições de educação superior, e designar interventor, nos termos de lei específica;	MEC	Lei nº 9.394/96 e Lei nº 10.861/2004
IX - designar, após indicação do Ministério da Educação, instituição de educação superior pública para a guarda do acervo acadêmico de instituições descredenciadas, conforme regulamento;	MEC	Por tradição
X - conceder, renovar concessão e supervisionar a regularidade do Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social - CEBAS, quanto às entidades de educação superior e de ensino básico, observados os requisitos e a sistemática da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009;	MEC, MS e Ministério do Combate à Fome	Lei nº 12.101/2009 e Decreto nº 7.237/2010
XI - constituir e gerir sistema público de informações cadastrais de instituições, cursos, docentes e discentes da educação superior, e disponibilizar informação sobre a regularidade e qualidade das instituições e cursos da educação superior e a condição de validade de seus diplomas;	MEC (CEINF/SESU/SERES)	Portaria Normativa 40/2007
XII - aprovar previamente aquisições*, fusões, cisões, transferências de manutenção, unificação de mantidas ou descredenciamento voluntário de Instituições de Educação Superior integrantes do sistema federal de ensino; e	SESU/SERES	Portaria Normativa 40/2007, exceto "aquisições".
XIII - articular-se, em sua área de atuação, com instituições nacionais, estrangeiras e internacionais, mediante ações de cooperação institucional, técnica e financeira bilateral e multilateral.	-	-

Tabela 4 – Decisões em atos de concentração nos mercados de ensino superior privado 2001 a 2015

Decisão	Quantidade de atos de concentração	Percentual
Aprovados sem restrições	48	77,42%
Aprovados mediante adequação da cláusula de não concorrência	8	12,90%
Aprovados mediante TCD ou ACC	5	8,06%
Arquivado por perda de objeto	1	1,61%
Total	62	100,00%

Elaboração: Departamento de Estudos Econômicos