

MARINA MOREIRA DA GAMA

**TEORIA E PRÁTICA DA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

**Belo Horizonte, MG
CEDEPLAR
UFMG
2005**

MARINA MOREIRA DA GAMA

**TEORIA E PRÁTICA DA DEFESA DA
CONCORRÊNCIA NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao curso de mestrado do Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestre em Economia.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Machado Ruiz

**Belo Horizonte, MG
Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional
Faculdade de Ciências Econômicas – UFMG
Fevereiro de 2005**

BANCA EXAMINADORA

Thompson Andrade

Edson Domingues

Ricardo Ruiz

Belo Horizonte, 28 de Fevereiro de 2005

Para meu pai

AGRADECIMENTOS

Desejo externar a minha profunda gratidão a todas as pessoas que direta ou indiretamente ajudaram para que este trabalho acadêmico chegasse ao final. Inicialmente, gostaria de agradecer a minha mãe, irmãos e avó materna pelo carinho e apoio incondicional. Às minhas amigas de Campinas, pela torcida, e a toda a turma de mestrado e doutorado de 2002, 2003 e 2004, pelo companheirismo.

Agradeço ainda aos funcionários e professores do CEDEPLAR/UFMG pela assistência sempre precisa. Aos professores Thompson Andrade (Ex-Conselheiro CADE/ IPEA) e Edson Domingues (CEDEPLAR/ FACE) pela participação em minha banca examinadora e, de antemão, pelas sugestões e críticas, que em muito contribuirão para o aprimoramento deste e de trabalhos futuros. Mas sobretudo, agradeço ao professor Ricardo Ruiz pela segura orientação, grande paciência e por compartilhar comigo os seus conhecimentos.

Por fim, é importante mencionar que a permanência no texto final de eventuais equívocos e omissões é, entretanto, de minha inteira e exclusiva responsabilidade.

SUMÁRIO

Listas	viii
Resumo	ix
Abstract	x
Apresentação	1
Capítulo 1 – Fundamentos da Teoria Antitruste	2
1.1 – Origens	2
1.2 – Objetivos	8
1.3 – A Política Antitruste no Brasil	12
1.4 – A Atuação do CADE entre 1994 e 2004.....	17
1.4.1 - Atos de Concentração	17
1.4.2 - Condutas Anticompetitivas	17
1.4.3 - Casos Julgados	20
1.5 – Considerações Finais	21
Capítulo 2 – Teoria Antitruste	22
2.1 – As Diretrizes Básicas da Análise Antitruste	22
2.2 – O conceito de Mercado Relevante	23
2.2.1 – A Substitutibilidade da Demanda	23
2.2.2 – A Substitutibilidade da Oferta	33
2.3 – As Condições de Exercício de Poder de Mercado	34
2.3.1 – Índices de Concentração de Mercado	35
2.3.2 – Viabilidade da Importação	38
2.3.3 – Condições de Entrada de Novas Firms	39
2.4 – Avaliação das Eficiências	44
2.5 – Considerações Finais	52
Capítulo 3 – Análise da Atuação do CADE entre 1994 e 2004	53
3.1 – Metodologia	53
3.1.1 – Casos Analisados	55
3.2 – Forma do Ato de Concentração	56
3.3 – Classificação da Conduta Anticompetitiva	57

3.4 – Delimitação do Mercado Relevante	62
3.4.1 – Substitutibilidade da Demanda	62
3.4.2 – Substitutibilidade da Oferta	70
3.5 – Avaliação do Exercício de Poder de Mercado	72
3.5.1 – Índices de Concentração de Mercado	72
3.5.2 – Viabilidade da Importação	75
3.5.3 – Barreiras à Entrada	77
3.5.4 – Identificação das Barreiras à Entrada	78
3.6 – Eficiências Econômicas	81
3.6.1 – Eficiências Econômicas Alegadas	81
3.6.2 – Cálculo das Eficiências Econômicas Líquidas	85
3.7 – Considerações Finais	88
Capítulo 4 – Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil	89
4.1 – Avaliação Geral dos Resultados	89
4.1.1 – Mercado Relevante	91
4.1.2 – Exercício de Poder de Mercado	92
4.1.3 – Eficiências Econômicas	94
4.2 – Propostas e Perspectivas	95
4.3 – Considerações Finais	96
Referências Bibliográficas	97
Anexo 1 – Casos Analisados	100

LISTAS

Figuras

Figura 1.1 – Tipos de Entrada.....	05
Figura 2.1 – Efeitos da Distância no Custo	32

Gráficos

Gráfico 1.1 – Eficiências Econômicas Líquidas	07
Gráfico 1.2 – Resultado de Prática Restritiva no Mercado	10
Gráfico 2.1 – Mercado de Garrafas de Vidro	29
Gráfico 2.2 – <i>Trade-off</i> entre Ganho de Eficiência e Poder de Mercado	46
Gráfico 2.3 – Modelo Preço-Padrão	49

Quadros

Quadro 1.1 – O Modelo Estrutura-Condução-Desempenho	03
Quadro 2.1 – Preço dos Bens	30
Quadro 2.2 – Participação das Empresas X e Y	35

Tabelas

Tabela 1.1 – Casos Julgados pelo CADE	13
Tabela 1.2 – Casos Julgados pelo CADE entre 1994 e 2004	21
Tabela 2.1 – Percentagem Compensatória de Redução nos Custos	48
Tabela 3.1 – Casos Analisados	55
Tabela 3.2 – Forma dos Atos de Concentração	53
Tabela 3.3 – Classificação das Condutas	58
Tabela 3.4 – Substitutibilidade da Demanda	62
Tabela 3.5 – Substitutibilidade da Demanda: Teste	63
Tabela 3.6 – Substitutibilidade da Oferta	70
Tabela 3.7 – Concentração de Mercado	72
Tabela 3.8 – Índices de Concentração	73
Tabela 3.9 – Importação	75
Tabela 3.10 – Barreiras à Entrada	77
Tabela 3.11 – Tipos de Barreiras à Entrada	78
Tabela 3.12 – Eficiências Alegadas	82
Tabela 3.13 – Resultados	90

RESUMO

A política de defesa da concorrência brasileira é construída através das decisões do sistema antitruste nacional. Avaliar as decisões do CADE, portanto, é avaliar a defesa da concorrência no Brasil. Para avaliar estas decisões é necessário saber se elas estão de acordo com a teoria consagrada para a análise antitruste. Assim, o objetivo desta dissertação constitui apurar a consistência teórica das decisões do CADE no período de vigência da Lei 8.884/94, pois é a partir daí que se define a práxis política desta autarquia e sua relevância como instituição que se propõe defensora da concorrência.

ABSTRACT

The brazilian antitrust policy is built through the CADE's decisions. CADE is the national agency which effectively decides a requirement concerning concentration acts and anticompetitive conducts. To appraise the CADE's decisions, thus, is to appraise the antitrust policy in Brazil. This implies that is necessary to know if these decisions are consistent with the antitrust theory. Then, the purpose of this dissertation thesis is to verify the theoretical consistency of CADE's decisions towards the new brazilian antitrust statute: Law 8.884 of 6/11/1994, since this define the brazilian antitrust agency's practice.

APRESENTAÇÃO

Atualmente o Sistema Brasileiro de Defesa Da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), vinculada ao Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal, ambos vinculados ao Ministério da Justiça. Este sistema tem como objetivo principal a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência, com base na Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 8.884/94). Ao CADE, última instância decisória na esfera administrativa, cabe julgar os processos em matéria concorrencial¹.

É através das decisões dos órgãos antitruste nacionais que se constrói a política de defesa da concorrência brasileira. Avaliar as decisões do CADE é, portanto, avaliar a defesa da concorrência no Brasil. E avaliar a construção da defesa da concorrência brasileira através das decisões do CADE é saber se estas estão de acordo com a(s) teoria(s) utilizada(s) para a análise antitruste. Assim, o objetivo desta dissertação constitui apurar a consistência teórica das decisões do CADE no período de vigência da Lei 8.884/94, pois é a partir daí que se define a práxis política desta autarquia e sua relevância como instituição que se propõe defensora da concorrência. Do ponto de vista econômico, avaliar a consistência teórica das decisões do CADE significa verificar se a teoria econômica aqui utilizada como parâmetro (e chamada simplesmente de teoria antitruste) está sendo corretamente aplicada pela autarquia.

Para tanto, este trabalho se divide em quatro capítulos, além desta apresentação. O primeiro capítulo introduz os fundamentos da teoria antitruste, discorrendo sobre suas origens e principais objetivos, no Brasil e no mundo. Este capítulo ainda fará um breve panorama da atuação do CADE nos últimos dez anos. O segundo capítulo discute a teoria antitruste, seguindo a análise convencional de delimitação do mercado relevante, possibilidade de exercício de poder de mercado e avaliação das eficiências econômicas líquidas. O terceiro capítulo trata da metodologia de avaliação da consistência teórica de alguns casos julgados por esta instituição, para posteriormente, apresentar os resultados consolidados da análise. E o último capítulo faz as considerações finais, elencando críticas referentes à teoria antitruste e a sua operacionalidade, além de colocar algumas perspectivas futuras.

¹ No caso das instituições financeiras, há a polêmica sobre a instituição decisória: o CADE ou o Banco Central.

CAPÍTULO 1

FUNDAMENTOS DA TEORIA ANTITRUSTE

Este capítulo faz referência aos fundamentos da teoria antitruste, no Brasil e no mundo. Para tanto, então, está dividido em cinco seções, além desta introdução. A primeira seção trata das origens da teoria antitruste, sua ênfase inicial na concentração dos mercados e posterior incorporação das eficiências econômicas líquidas. A segunda seção discorre sobre os objetivos da política de defesa da concorrência, que são prevenir concentrações que gerem criação e/ou aumento de poder de mercado, e reprimir condutas anticompetitivas. A terceira analisa a política antitruste no Brasil, enfocando o papel do CADE. A quarta faz referência à atuação do CADE entre 1994 e 2004, anos de vigência da lei de defesa da concorrência nacional. E a última faz as considerações finais.

1.1 Origens da Política Antitruste

Como muitas das legislações positivas², as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria econômica que lhes conferem sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma “invenção” da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; o Estados Unidos adotou o seu *Sherman Act* em 1890. Estas leis representaram uma reação à turbulenta mudança econômica do final do século XIX. As ferrovias e os navios a vapor rapidamente expandiram o escopo de muitos mercados. Inovações tecnológicas e gerenciais levaram ao surgimento das grandes corporações, inicialmente associadas à forma *trust*³. Diante disto, devido ao aumento do preço dos insumos conferidos pelo poder de mercado dos trustes e redução dos preços dos seus próprios produtos, fazendeiros e pequenos produtores clamaram por uma legislação que constrangesse o comportamento das grandes empresas e redistribuísse o poder econômico entre os diversos agentes. Nas outras partes do mundo, a política antitruste se consolidou apenas nas últimas décadas, sendo que em alguns países (em desenvolvimento ou de recente inserção capitalista), ainda está em construção. Hoje, Europa, Japão e Austrália, possuem leis de defesa da concorrência muito similares às norte-americanas⁴.

² Positiva no sentido jurídico de normativa.

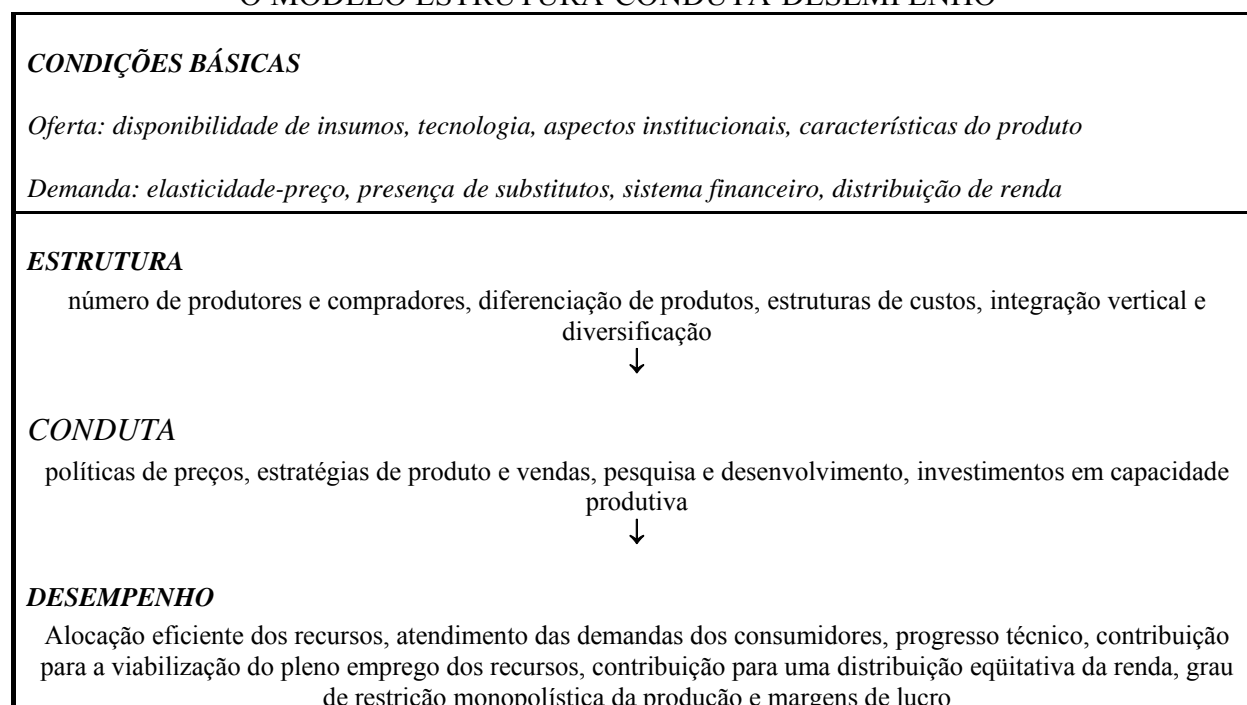
³ Sobre isto ver CHANDLER (1960, 1990).

⁴ Uma descrição da evolução da política antitruste mundial encontra-se no trabalho da OCDE (1992) e em OLIVEIRA & RODAS (2004).

Considerando sua evolução técnica, é possível dizer que a defesa da concorrência foi baseada nas teorias de Organização Industrial que constituíram o chamado modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), tal como foi desenvolvido a partir dos anos 50 pela chamada “Escola de Harvard”⁵. Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura anteriormente determinada.

QUADRO 1.1

O MODELO ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

As políticas antitruste elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada. Desta forma, há um temor em relação às estruturas de mercado caracterizadas pela presença de monopólios e oligopólios que, por pressuposto, geram poder de mercado ou capacidade da firma em aumentar seus preços sem incorrer em perda significativa de vendas em decorrência dos bloqueios à entrada. O ideal seria um mercado mais atomizado, com firmas com baixo poder de decisão e influência sobre preços. Para AREEDA & TURNER, fundadores da literatura ECD em antitruste, “*the competitive market is one in which power is*

⁵ A primeira referência do modelo ECD foi feita por MASON (1939).

not unduly concentrated in the hands of one or a few firms.” (comentários transcritos por HOVENKAMP, 1994: 34).

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda, para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. Resumidamente, o argumento exposto diz que:

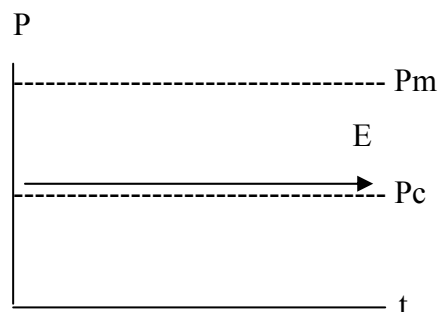
$$E = (P_1 - P_c) / P_c$$

Sendo E a condição de entrada, P_1 o preço limite (o preço máximo que pode ser cobrado sem atrair novos concorrentes), e P_c o preço que seria cobrado em um mercado competitivo (com lucros normais). Tem-se que $P_1 = P_c (1 + E)$, ou seja, quanto mais difícil a entrada de novos concorrentes em um mercado, maior o preço que um conjunto de empresas oligopolistas, adotando comportamentos colusivos, pode alcançar sem ser ameaçado por concorrentes potenciais. Segundo BAIN (1958), pode-se observar quatro tipos de entradas.

No primeiro caso, a entrada (E) é livre e qualquer aumento de preço (P) acima do nível competitivo (P_c) incentiva outras firmas a entrarem no mercado, levando o preço a cair imediatamente para o original, portanto o lucro (Π) auferido pelas firmas é o lucro normal (Π_c). No segundo caso, a entrada não é totalmente bloqueada, por isso, se as firmas estabelecidas resolverem aumentar seus preços, algumas empresas entrarão no mercado, fazendo com que, a longo prazo (t+1), o preço retorne ao nível competitivo e o lucro a zero. O terceiro caso reflete a eficácia no bloqueio da entrada, possibilitando às estabelecidas aumentarem seus preços acima do nível competitivo P_c (mas não alcançando o preço de monopólio, P_m) sem implicar nova entrada. O lucro no longo prazo é positivo. No último caso, a entrada é totalmente bloqueada, permitindo que as empresas já estabelecidas no mercado aumentem seus preços para o nível de monopólio sem que haja nova entrada, conferindo-lhes lucro de monopólio, Π_m , em t+1 (TIROLE, 1988).

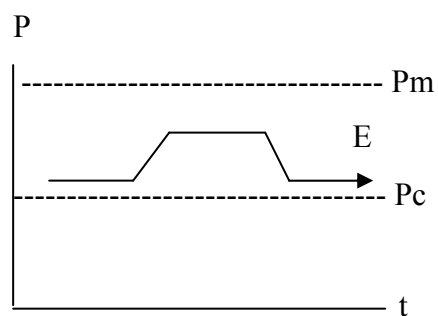
FIGURA 1.1
TIPOS DE ENTRADA

Entrada Livre



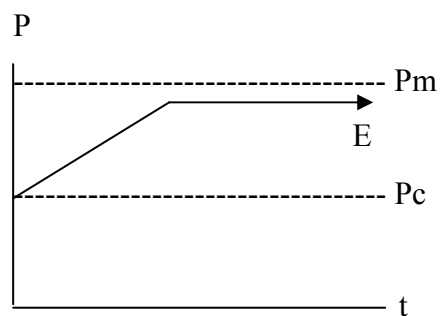
$$\Pi_m > \Pi = \Pi_c = 0$$

Entrada Ineficazmente Bloqueada



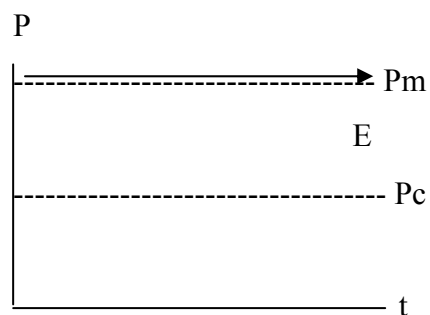
$$\Pi_m > \Pi_{t+1} = \Pi_c = 0$$

Entrada Eficazmente Bloqueada



$$\Pi_c < \Pi < \Pi_m$$

Entrada Bloqueada



$$\Pi_c < \Pi = \Pi_m$$

Assim, associa-se a dimensão das barreiras à entrada às perspectivas de rentabilidade: se as chances de lucratividade em um segmento são mediócras, barreiras que seriam consideradas pequenas ou insignificantes em outros setores podem virar obstáculos para o ingresso de novos competidores. Consoante BAIN (1958), o principal fator estrutural que afeta a conduta colusiva das empresas já estabelecidas é a concentração, já que a coordenação entre firmas ocorre mais facilmente quando seu número é reduzido no mercado em análise. Este entendimento estruturalista, segundo POSSAS (1985: 95), consiste em “tomar a concentração econômica como elemento básico da estrutura [de mercado] e a intensidade das barreiras à entrada como indicador-chave do poder de mercado das empresas oligopolistas...”.

O problema desta visão, salientado por seus principais críticos, os teóricos da dita “Escola de Chicago”, é que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste. Isto porque, por um lado, concentração reflete apenas o número de concorrentes em um mercado e a desigualdade de tamanho entre eles. Por outro lado, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o desempenho da firma, como lucratividade (*markup*), são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da causalidade⁶.

Assim, não mais se sustenta que a concentração seja uma indicação segura para a conduta dos competidores e por isso a justificativa para intervenção governamental via aplicação de legislação antitruste. Em poucas palavras, “a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por consequência para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.” (POSSAS *et al*, 1995: 21).

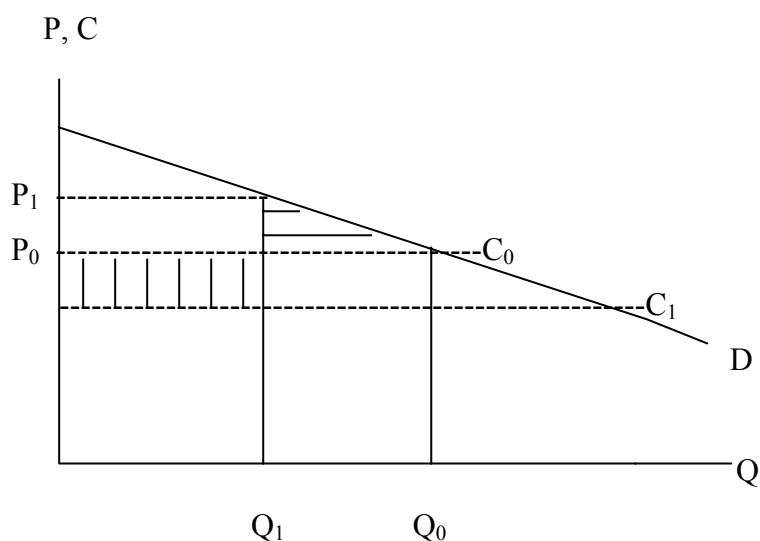
Dito isso, a “Escola de Chicago” acaba rompendo com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). BORK (1978), um dos expoentes dessa corrente de pensamento, acredita que a política antitruste carrega consigo um paradoxo, pois simultaneamente preserva e combate a concorrência. Estruturas concentradas, se resultarem em uma economia de recursos que compense seus efeitos anticompetitivos, não podem ser consideradas ineficientes. Assim, esta visão propõe a análise do efeito líquido

⁶ ver a resenha de GEROSKI (1988)

resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos.

Os ganhos de eficiência econômica podem ser ilustrados pelo gráfico abaixo. O preço inicial é P_0 e a produção Q_0 . O grau de competição é suficiente para forçar o preço para o custo marginal C_0 . Com um ato de concentração neste mercado, os custos produtivos (economias de escala e /ou escopo) reduzem, mas o poder de mercado aumenta. O resultado é que o preço sobe para P_1 , o custo reduz-se para C_1 e o produto passa de Q_0 para Q_1 .

GRÁFICO 1.1
EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS LÍQUIDAS



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Sendo P e C respectivamente o preço do bem e seu custo de produção no tempo 0 (antes da concentração) e 1 (pós-concentração). O gráfico mostra uma redução no excedente do consumidor representado pela área rasurada triangular devido ao aumento do preço e, por outro lado, o ganho para a sociedade da redução de custos, representado pela área rasurada retangular:

$$\Delta P/P > 0, \Delta C/C < 0 \text{ e } \Delta P/P < \Delta C/C$$

Caso seja considerado exclusivamente o critério de eficiência econômica na acepção alocativa, como propõe a “Escola de Chicago”, um dado ato ou conduta deve ser autorizado

pela autoridade antitruste, se, e só se, tais ganhos de eficiência forem considerados de magnitude equivalente ou superior às perdas de eficiência por ele ocasionadas.

Assim, percebe-se que as duas escolas podem ter avaliação conflitante acerca um ato de concentração ou conduta anticompetitiva. Os adeptos do modelo ECD acreditam que a política antitruste não deveria considerar a redução de custos na sua análise, já que indubitavelmente a concentração aumenta o poder de mercado, permitindo a elevação de preços. Já os simpatizantes da eficiência econômica consideram que a política antitruste tem que garantir os ganhos de eficiência produtiva e que a concentração deveria ser permitida porque favoreceria a redução de custos na economia e os ganhos de produtividade, aumentando o bem-estar da sociedade.

Por fim, cabe dizer que a teoria antitruste foi construída sob os ensinamentos de ambas as escolas. A visão estruturalista de mercado sofreu uma modificação fundamental em decorrência da maior preocupação em considerar as eficiências econômicas, sobretudo as de caráter produtivo (redução de custos via economias de escala e escopo), que podem contrabalançar a presença de estruturas de mercado mais concentradas e determinadas condutas empresariais. Como resultado, os órgãos de defesa da concorrência em diversos países tendem a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos na estrutura de mercado (aumento da concentração), como na tradição ECD, mas também os potenciais impactos em termos de ganhos de eficiência (redução dos custos). Em suma, de um ponto de vista conceitual, toda e qualquer análise antitruste de ato ou conduta que se suponha capaz de gerar algum efeito anticompetitivo real ou potencial envolve, como passo conclusivo, a avaliação dos efeitos líquidos em termos de eficiência do ato ou conduta examinado.

1.2 Objetivos

A política de defesa da concorrência pode ser entendida como um conjunto de normas jurídicas e sociais cuja motivação é restringir atos e práticas que cerceiam o processo concorrencial. Desta forma congrega ações e parâmetros regulatórios do Estado que estão voltados para a preservação de ambientes competitivos e para o desencorajamento de condutas anticompetitivas derivadas do exercício de poder de mercado, tendo em vista preservar e/ou gerar maior eficiência econômica no funcionamento dos mercados (FARINA, 1996; FORGIONI, 1998; FIRST *et al*, 1991).

Consoante HOVENKAMP (1994) e SALGADO (1997), tal política apresenta dois objetivos básicos: (i) prevenção, através do controle de estruturas de mercado, via apreciação de atos de concentração, horizontais ou verticais (fusões, aquisições, e associações de empresas – *joint ventures*); (ii) repressão, através do controle de condutas ou práticas anti-concorrenciais, que busca verificar a existência de infrações à ordem econômica, horizontais ou verticais. A partir desses objetivos, a política de defesa da concorrência busca atuar sobre as condições de operação dos mercados tanto através de uma influência direta sobre as condutas dos agentes, como também por meio de ações que afetam os parâmetros estruturais que as condicionam (POSSAS *et al.*, 1995).

No primeiro caso, a intervenção é de caráter estrutural, que pode ser horizontal ou vertical⁷, e procura impedir o surgimento de estruturas que aumentem o poder de mercado por parte das empresas que o integram. O controle dos assim chamados atos de concentração verticais está focado sobre as fusões, aquisições ou *joint ventures* entre empresas que se relacionam - ou podem se relacionar - ao longo de uma determinada cadeia produtiva como vendedores e compradores. Já nos atos de concentração horizontais, a preocupação das autoridades antitruste está direcionada para aquelas situações que envolvem sobretudo as empresas concorrentes em um mesmo mercado⁸, podendo levar a uma eliminação - total ou parcial - da rivalidade entre os agentes envolvidos.

No segundo caso, a implementação da política antitruste consiste basicamente em desestimular e coibir comportamentos ou práticas anticompetitivos - tenham estes uma natureza vertical ou horizontal - por parte de empresas que detêm poder de mercado, ou seja, que são capazes, por suas ações, de gerar situações em que a concorrência é restringida (por isso, muitas vezes, estas práticas são denominadas de restritivas). Trata-se, portanto, de evitar, através da ameaça de punição, as condutas empresariais que visem inibir a ação dos concorrentes, limitar o alcance da competição por intermédio de algum tipo de colusão e/ou impor aos compradores (vendedores) condições desfavoráveis na aquisição de produtos.

Normalmente, tais condutas são classificadas em dois tipos: (i) as práticas restritivas horizontais, que reduzem a intensidade da concorrência afetando as interações entre as

⁷ Existem também atos de concentração conglomerados, que são aqueles realizados entre empresas que não concorrem em um mesmo mercado, nem tampouco mantêm relação vertical. Este trabalho tratará os atos de concentração como horizontais ou verticais somente, por motivo de simplificação.

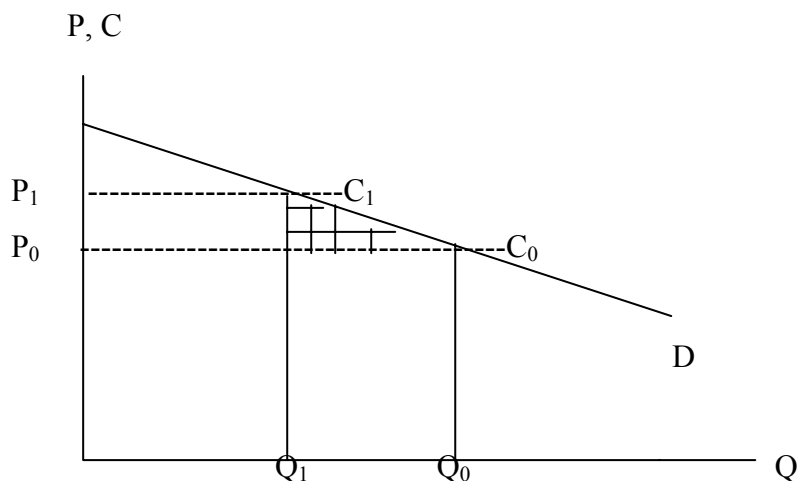
⁸ Embora existam atos de concentração horizontais com efeitos em outros mercados.

empresas ofertantes de um mesmo mercado, abrangendo, por exemplo, os acordos entre empresas (inclusive a formação de cartéis), a associação de profissionais e a prática deliberada de preços predatórios; (ii) as práticas restritivas verticais, que limitam o escopo das ações de agentes que se relacionam como compradores e vendedores ao longo da cadeia produtiva ou nos mercados finais, incluindo condutas como, a fixação de preços de revenda, as restrições territoriais e de base de clientes, os acordos de exclusividade, a recusa de negociação, a venda casada e, a discriminação de preços.

Uma conduta anticompetitiva, como por exemplo a fixação de preços pela colusão das firmas no mercado (ver gráfico abaixo), leva a uma perda do excedente do consumidor igual a área triangular rasurada: a quantidade produzida se reduz com o aumento do preços (se não considerarmos que houve redução nos custos de produção). Assim,

$\Delta P/P > 0$ e $\Delta Q/Q < 0$.

GRÁFICO 1.2
RESULTADO DE PRÁTICA RESTRITIVA NO MERCADO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Aqui, cabe um parêntese acerca a aplicação das leis de defesa da concorrência, que pode seguir o critério *per se* ou a regra da razão (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995). O critério *per se* implica uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento: a agência precisa apenas certificar-se de que o comportamento efetivamente ocorreu para punir a firma. Quando este critério é aplicado, o ato de concentração ou a prática restritiva é considerado ilegal, sem que para isso seja necessário investigar os efeitos obtidos, danosos ou benéficos.

Em geral, a aplicação *per se* da lei requer menos esforços e despense menos recursos do que os demais casos, e é utilizada em algumas situações específicas, como a cartelização e a fixação de preços⁹.

Assim, se uma fixação de preços de um certo produto acima do nível competitivo pelas maiores firmas de um certo mercado que atuam colusivamente reduz a quantidade ofertada e o excedente do consumidor e não cria redução de custos, certamente restringe a competição e causa perda relativa de bem estar. A aplicação da regra *per se* neste caso, proibindo este tipo de conduta, seria eficaz.

Já as leis que obedecem à razoabilidade requerem análises mais aprofundadas do que a mera constatação da ocorrência do fato. A conduta é ilegal só se apresenta um efeito anticompetitivo líquido. Neste caso, a agência observa os efeitos do comportamento e contrabalança os prejuízos com os benefícios eventuais. O exame é feito caso a caso e não há punição se as eficiências econômicas compensarem os efeitos anticompetitivos. Assim, diferentemente do critério *per se*, a ilegalidade não é presumida *a priori* pela regra da razão, exatamente por se considerar que o efeito líquido anticompetitivo, por razões econômicas antes que legais¹⁰, não pode ser presumido sem um exame minucioso da ponderação entre os dois tipos de efeito. A razoabilidade é a forma de aplicação da lei mais difundida entre os países industrializados (SALGADO, 1992). No Brasil, a Lei 8.884/94 adota este critério tanto para a análise dos atos de concentração quanto para a das condutas anticompetitivas¹¹.

Dado o exemplo gráfico acima, suponha que as empresas agiram colusivamente, fixando preços, para enfrentar uma situação específica, como um ciclo recessivo. A regra da razão, se utilizada neste caso, impediria a ocorrência de um erro, ou a punição de uma conduta momentânea que não tinha como objetivo restringir a competição, mas sim de superar uma grave crise. Casos como esse foram frequentes nos EUA na década de trinta¹² (SCHERER & ROSS, 1990).

Deve-se notar, contudo, que a abordagem *per se* não é incongruente com a análise econômica desenvolvida em torno da importância das eficiências eventualmente geradas por práticas

⁹ “*Price fixing is a per se offense*”, segundo POSNER (1976: 143).

¹⁰ Para um resumo do ponto de vista econômico, ver CARLTON & PERLOFF (2000).

¹¹ Para uma discussão sobre qual a regra utilizada no Brasil, ver OLIVEIRA (2001).

¹² Como os casos julgados pelas cortes americanas, *Appalachian Coals Inc. v. US* e *Saony-Vaccum Co. v. US*.

restritivas. Trata-se apenas de um método jurídico de aplicação da lei que simplifica a análise e economiza custos para julgar tipos de condutas cuja não razoabilidade é suposta. Ou seja, o critério traduz a percepção de que é desnecessário avaliar os efeitos líquidos mais detalhadamente em face da evidência teórica, estatística e jurisprudencial de que determinadas condutas não geram benefícios relevantes, de forma que a sua condenação não causará injustiças.

Por fim, cabe dizer que a forma específica pela qual a defesa da concorrência enfrenta as questões aqui tratadas varia de país para país, embora semelhanças possam ser observadas, sobretudo no que diz respeito ao objetivo básico da legislação antitruste. A próxima seção trata da evolução da defesa da concorrência no Brasil.

1.3 A Política Antitruste no Brasil

Historicamente, os antecedentes da legislação da defesa da concorrência no Brasil datam de 1938, quando é baixado um Decreto-Lei que visava proteger a economia popular. Fusões e aquisições, que tivessem como objetivo impedir a concorrência, constituiriam delito. Causando muita resistência entre agentes econômicos, o Decreto-Lei foi logo revogado (SALGADO, 1992). Em 1942, um novo Decreto-Lei é baixado para criar a Comissão de Defesa Econômica (CDE), responsável por fiscalizar e administrar bens e direitos, sendo substituída, em 1945, pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica, que visava reprimir “atos contrários à moral e ao ordenamento econômico”, revogado, no entanto, com o fim do primeiro governo Vargas (SALGADO, 1995). Em 1951, no seu segundo governo, promulgou-se a Lei 1.521, que definia crimes contra a economia popular. Porém, em razão do enfoque demasiadamente repressivo e rigoroso, associado à lentidão no andamento dos processos, poucos casos foram efetivamente julgados.

Foi apenas em 1962 que criou-se no Brasil uma legislação antitruste, baseada na *Sherman Act* norte-americano, que nomeou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão então vinculado à Presidência da República, cuja função era a de reprimir o abuso do poder econômico. A Lei 4.137 tipificava práticas anticompetitivas e estabelecia multas a serem cobradas diante da comprovação do ilícito.

Em sua primeira fase, de 1963 a 1990, o CADE julgou 117 processos administrativos (SALGADO, 1995), não tendo nenhum, no entanto, repercussão significativa, no sentido de ter condenado ou restringido a atividade de alguma grande empresa no país, fato interessante para uma economia oligopolizada como a brasileira (FARINA, 1990). Isto pode ser explicado por três fatores: i) tradição jurídica do país em antecipar a norma ao fato; ii) legislação antitruste baseada no modelo norte-americano, que espelha os ideais do não intervencionismo; e iii) regime político autoritário e Estado regulador, produtor e coordenador da atividade econômica.

Neste contexto, foi promulgada em 1991 a Lei 8.158, que definia crimes contra a ordem tributária e econômica e contra as relações de consumo. Esta Lei originou-se da necessidade de prover a sociedade e o governo de um instrumental adequado à regulação dos comportamentos de mercado que reduzisse as fricções causadas pelas mudanças institucionais e econômicas. Sob esta Lei foram julgados, de fevereiro 1991 a maio de 1994, 128 processos administrativos (PA's) e 30 atos de concentração (AC's), totalizando 158 casos (SALGADO, 1995).

TABELA 1.1
CASOS JULGADOS PELO CADE

JULGADOS	1963-1990	1991-1994*	1994**-2004
<i>AC's</i>	0	30	3200
<i>PA's</i>	117	128	930
TOTAL	117	158	4130

Fonte: SALGADO (1995) e CADE. Elaboração própria.

* De janeiro a junho de 1994.

** De julho a dezembro de 1994.

Assim, desde de sua origem, a implementação da legislação antitruste brasileira enfrentou muitos obstáculos. Por isso, a questão da defesa da concorrência somente ganhou força na década de 90, quando iniciou-se um processo de liberalização econômica. Em 1994, com o Plano Real, ampliaram-se as reformas estruturais que haviam se iniciado anteriormente, tais como: o processo de abertura comercial associada às novas regras da Organização Mundial do Comércio, a partir de 1989; o processo de desregulamentação da economia com o abandono progressivo do controle de preços, a partir de 1992; a privatização das empresas estatais, a

partir de 1991; e, a regulamentação contratual dos monopólios naturais que passaram a ser de propriedade privada (energia, telefonia, pedágios de estradas, ferrovias, etc.), a partir de 1995.

No âmbito dos preços, o Brasil trocou o controle pela defesa da concorrência, promulgando a Lei 8.884 de junho de 1994, que o colocou em situação muito semelhante àquela de países mais desenvolvidos em termos de legislação antitruste. Esta nova Lei, em primeiro lugar, introduziu na legislação a prevenção, passando a controlar fusões e aquisições de forma geral; e em segundo lugar, aprimorou a legislação repressiva contra o abuso econômico, notadamente a repressão a cartéis e a outras condutas anticompetitivas não abrangidas na legislação anterior; em terceiro lugar, passou a prever a intervenção da teoria econômica na análise antitruste; assunto que até aquele momento, era um campo exclusivo do Direito¹³.

A legislação da defesa da concorrência, como conhecemos atualmente, segue as orientações da Constituição Federal (CF) de 1988, que são a manutenção da liberdade de iniciativa (art.170, *caput*), a livre concorrência (art. 170, IV) e a defesa do bem-estar dos consumidores (art. 170, V). A Lei 8.884/94, inspirada na experiência norte-americana e européia, consagra todas as tentativas passadas de construção de uma política antitruste. Foi dada importância à celeridade dos julgamentos e à composição técnica do Conselho. São os seguintes os aspectos da Lei que merecem destaque:

- i) controle preventivo de fusões e aquisições;
- ii) criação da figura do compromisso de desempenho;
- iii) transformação do CADE em autarquia federal;
- iv) criação da Procuradoria do CADE, que representa a entidade em juízo;
- v) estabelecimento da impossibilidade de interposição de recurso no âmbito administrativo;

¹³ Segundo OLIVEIRA & RODAS (2004) os liames entre o Direito e a Economia institucionalizaram-se mundialmente quando as faculdades de direito passaram a dar crescente peso às perspectivas econômicas e as agências antitruste governamentais começaram a contar com economistas para analisar casos. Este pensamento também está presente em KWOKA & WHITE (1994) e em MATTOS (2003).

- vi) tipificação como infração à ordem econômica o aumento abusivo de preços;
- vii) introdução do conceito de posição dominante; e
- viii) equiparação à categoria de empresa todas as pessoas jurídicas, nacionais ou não.

O controle de estruturas de mercado é disciplinado pelo artigo 54 da Lei 8.884/94, e estabelece um prazo de trinta dias para a manifestação da SEAE e encaminhamento do processo à SDE, dispondo este órgão de prazo semelhante para sua manifestação. Em seguida, o caso é remetido ao CADE, que tem o prazo de 60 dias para julgamento. Assim, o SBDC analisa preventivamente se uma concentração de empresas (fusões, aquisições, *joint venture*, etc.) pode causar efeitos nocivos à concorrência.

Os atos de concentração que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal ou vertical) têm, potencialmente, efeitos negativos e positivos sobre o bem-estar econômico. Os efeitos negativos decorrem de um eventual exercício de poder de mercado pela empresa concentrada, como um aumento indiscriminado de preços, queda na qualidade dos produtos ofertados, baixa diferenciação dos produtos e redução dos investimentos em P&D, enquanto os efeitos positivos derivam de economias de escala, de escopo, de redução de custos de transação, entre outros, que podem proporcionar vantagens competitivas para as empresas participantes e para os consumidores. A SEAE procede, então, a uma análise dos custos e dos benefícios dos atos de concentração, sugerindo a aprovação daqueles que gerarem efeitos líquidos positivos para o bem-estar econômico e a reprovação ou a adoção de medidas corretivas àqueles que gerarem efeitos líquidos negativos.

O controle de condutas, por sua vez, previsto pelos artigos 20 e seguintes da mesma Lei, consiste na apuração de práticas anticompetitivas de empresas que detêm poder sobre determinado mercado, como por exemplo a fixação de preços, os acordos de exclusividade e a prática de cartel. Nesses casos, a SDE promove Averiguação Preliminar ou instaura Processo Administrativo, conforme a situação. O CADE aprecia, com base nas opiniões técnicas da SDE e da SEAE, se houve ou não infração à ordem econômica. No controle de condutas, a manifestação da SEAE é facultativa.

Para a Lei 8.884/94 são consideradas infrações:

- i) Aumento abusivo de preços, definido como aumento de preços não justificado pela mudança nos custos, considerando-se ainda a comparação com mercados similares;
- ii) Abuso da posição dominante, sendo posição dominante definida como a manutenção de mais de 20% de participação no mercado relevante. Não são as empresas que detêm essa participação que são punidas, mas sim aquelas que abusam de tal poder de mercado;
- iii) Formação de cartel, envolvendo colusão de preços, restrição de oferta de produtos, cooperação entre empresas e divisão do mercado;
- iv) Venda casada;
- v) Restrições verticais, como a imposição, por parte das empresas dominantes, de restrições a seus distribuidores (como, por exemplo, contrato de exclusividade e fixação dos preços de venda);
- vi) Realização de preços predatórios, com fixação de preços mais baixos que seus custos; e, finalmente,
- vii) Atos de concentração, tais como fusões, aquisições, incorporações e *joint ventures*, caso sejam danosos para a concorrência no mercado relevante.

Caso seja caracterizada a infração, o CADE poderá aplicar multas de 1% a 30% do faturamento bruto da empresa, além de outras punições, como licenciamento compulsório de patentes, cancelamento de incentivos fiscais ou subsídios públicos, dissolução de sociedades, transferências de controle acionário ou vendas de ativos.

Desde a sua promulgação, têm ocorrido outras mudanças na Lei e na forma de agirem das instituições encarregadas de aplicá-la. Em 1999 a SEAE publicou um roteiro para avaliação de atos de concentração, que deu origem ao Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontais (GUIA) em 2001 através da portaria conjunta SEAE/SDE de nº 50. Este GUIA (2001), à semelhança de guias de outras jurisdições antitruste, informa os procedimentos seguidos por ambas as secretarias quando analisam concentrações horizontais submetidas ao

sistema. Outra inovação legal foi a introdução do instituto dos acordos de leniência, ou política de delação premiada, aperfeiçoando o dispositivo de repressão às práticas restritivas.

1.4 A atuação do CADE entre 1994 e 2004

Esta seção tem por objetivo contextualizar a atuação do CADE entre 1994 e 2004, contemplando os dez anos da Lei 8.884/94. Para tanto, farei algumas considerações sobre atos de concentração e condutas anticompetitivas em geral e sobre os casos julgados no período.

1.4.1 Atos de Concentração

Como dito, o controle de estruturas está expresso no artigo 54 da aludida Lei, que reza que os atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, devem ser submetidos à apreciação do CADE. Os atos devem ser apresentados para exame previamente ou em até quinze dias úteis após a sua realização (parágrafo 4º), quando a empresa ou grupo detiver participação igual ou superior a 20% do mercado, ou quando seu faturamento anual for igual ou superior a R\$ 400 milhões. Esta é uma análise estrutural da concorrência, que relaciona a possibilidade de exercício de poder de mercado com o aumento da concentração, e este com a lucratividade (faturamento) da empresa objeto do ato de concentração. Ao mesmo tempo, os parágrafos primeiro e segundo do artigo 54 também prevêm que aqueles atos que impliquem aumento acentuado do grau de concentração poderão ser aprovados, desde que atendam a uma série de condições vinculadas à contestabilidade do exercício de poder de mercado e à geração de eficiências econômicas.

Por fim, para analisar atos de concentração, é necessário fazer algumas distinções sobre suas formas: fusões, aquisições e *joint ventures*. Fusão é a junção de duas ou mais empresas em uma única firma, pessoa jurídica inteiramente nova. A aquisição é a compra de participação acionária de uma dada empresa já existente, sem que isso implique necessariamente seu controle por meio da propriedade total das ações, nem o desaparecimento de sua personalidade jurídica. Por fim, *joint venture* é uma figura jurídica que contempla as associações e alianças estratégicas entre empresas com um objetivo específico, que é a

realização de um projeto ou empreendimento comum. Para tanto, utilizam desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades em uma única empresa¹⁴.

1.4.2 Conduas Anticompetitivas

As infrações à ordem econômica são definidas no artigo 20 da Lei, e consistem em atos que produzam, ou objetivem produzir os efeitos de: (i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa¹⁵; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Neste último caso, presume-se a posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla 20% ou mais do mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa. O artigo 21 da mesma lei arrola, não exaustivamente, condutas que caracterizam infrações à ordem econômica na medida em que configurem as hipóteses previstas no artigo 20.

A Resolução 20/99 do CADE define as práticas restritivas consideradas infrações ao mesmo tempo em que explicita os passos básicos para a sua análise, na forma de um roteiro para as autoridades antitruste. Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar (eficiências econômicas), recomendando a aplicação do princípio da razoabilidade. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos *vis-à-vis* os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos.

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de eliminar ou reduzir a concorrência, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. O abuso de posição dominante também é uma prática que visa modificar a dinâmica de um determinado mercado. Em ambos os casos busca, de imediato ou no futuro, em conjunto ou

¹⁴ Respectivamente *joint ventures* contratuais e societárias.

¹⁵ Princípios constitucionais para a Ordem Econômica.

individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade (RESOLUÇÃO 20). Dentre elas destacam-se:

- i) a *formação de cartéis*, que são acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo segmento e que envolvem parte substancial do mercado consumidor, em torno de itens como preços (qualquer fixação de preços), quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros para níveis mais próximos dos de monopólio;
- ii) *outros acordos entre empresas*, que são restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados para a busca de maior eficiência (produtiva/ tecnológica);
- iii) os *ilícitos de associações profissionais*, que são quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrência entre profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços;
- iv) a prática de *preços predatórios*, que consiste em fixar preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para posteriormente praticar preços de monopólio.
- v) o *abuso de posição dominante* está vinculado à capacidade potencial que uma única empresa teria de influir e modificar a dinâmica do mercado em que atua, impondo suas próprias regras, como aumentar abusivamente preços e lucros.

Por seu turno, as práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (de origem) sobre mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo)¹⁶. Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante de origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado alvo das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais

¹⁶ Assim, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão.

restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios. Dentre tais práticas, destacam-se (RESOLUÇÃO 20):

- i) a *fixação dos preços de revenda*, na qual o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores;
- ii) as *restrições territoriais e de base de clientes*, nas quais o produtor estabelece limitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões;
- iii) os *acordos de exclusividade*, em que os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais;
- iv) a *recusa de negociação*, no qual o fornecedor ou comprador de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/ revendedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda;
- v) a *venda casada*, ato em que o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço;
- vi) a *discriminação de preços*, na qual o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/ serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

1.4.3 Casos Julgados

Para construir um panorama dos casos julgados pelo CADE entre os anos de 1994 e 2004, considere todos os atos de concentração e todas as condutas anticompetitivas que deram ensejo a processos administrativos julgados pela instituição. Ao todo foram 4130 casos

julgados no período em questão, 3200 atos de concentração e 930 processos administrativos referentes às condutas anticompetitivas, como mostra a tabela abaixo.

TABELA 1.2
CASOS JULGADOS PELO CADE ENTRE 1994 E 2004

ANO	PA's	AC's	TOTAL
<i>1994*</i>	26	21	47
<i>1995</i>	38	12	50
<i>1996</i>	97	19	116
<i>1997</i>	446	46	492
<i>1998</i>	90	144	234
<i>1999</i>	43	210	253
<i>2000</i>	39	523	562
<i>2001</i>	34	584	618
<i>2002</i>	35	518	553
<i>2003</i>	23	527	550
<i>2004</i>	59	596	655
TOTAL	930	3200	4130

Fonte: CADE. Elaboração própria

* de julho a dezembro de 1994

A análise da consistência teórica das decisões do CADE tem como base os processos julgados por esta instituição no período referenciado. Das 4130 decisões proferidas, uma amostra será escolhida para se determinar se, neste grupo específico, aplicou-se ou não a teoria econômica utilizada para a avaliação antitruste dos atos de concentração e das condutas anticompetitivas.

1.5 Considerações Finais

A teoria antitruste, utilizada como a base econômica para análise de atos de concentração e condutas restritivas (e neste trabalho utilizada como parâmetro para avaliação dos casos julgados do CADE), sofreu significativas mudanças nas últimas décadas. A preocupação exclusiva com a concentração de mercado deu lugar para a análise das eficiências econômicas, que buscou contrabalançar os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos à sociedade. No Brasil, a defesa

da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e criação do SBDC. O próximo capítulo é dedicado à apresentação da teoria antitruste que referencia os julgados do CADE.

CAPÍTULO 2

TEORIA ANTITRUSTE

Este capítulo tem por objetivo apresentar a teoria antitruste disseminada na Academia e utilizada por várias agências governamentais para a defesa da concorrência. Para tanto, o capítulo está dividido em cinco seções, além desta introdução. A primeira seção discorre sobre as diretrizes básicas para a análise antitruste. As seções dois, três e quatro descrevem o roteiro de avaliação derivado da teoria antitruste para avaliação dos atos de concentração e das condutas empresariais anticompetitivas. Este roteiro inicia com a delimitação do mercado relevante (seção 2) para analisar as condições de exercício de poder de mercado (seção 3) e finaliza examinando as eficiências econômicas líquidas geradas pela operação/ conduta (seção 4). A última seção faz as considerações finais.

2.1 As Diretrizes Básicas da Análise Antitruste

A análise antitruste parte da possibilidade de exercício de poder de mercado. Um ato de concentração ou uma conduta da firma só será considerado anticompetitivo se resultar em criação ou aumento de poder de mercado. É importante definir poder de mercado como a capacidade da empresa em manter preços acima do nível competitivo por um significativo período de tempo. Uma operação cria ou eleva poder de mercado quando permite que as empresas que nele atuam aumentem seus preços. O poder de mercado pode ser exercido na forma do aumento dos preços ou na forma da imposição de outras condições comerciais desfavoráveis aos compradores.

Para que seja constatado que houve exercício de poder de mercado e que este foi considerado prejudicial à concorrência, a teoria antitruste faz a análise do ato de concentração ou da conduta anticompetitiva dividida em etapas, seguindo um roteiro de avaliação, de forma a padronizar e reduzir o trâmite para os julgados. Esta divisão, segundo OLIVEIRA & RODAS (2004) busca, ao mesmo tempo, tornar a análise mais padronizada e objetiva, rápida e simples, e a mais completa possível, considerando todas as peculiaridades do mercado

específico. Assim, ela se vale de três passos básicos sequenciais: i) a conceituação de mercado relevante; ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; iii) o exame das eficiências geradas pela operação. A partir destas considerações o ato/conduita será aprovado/condenada ou não.

É importante ressaltar que este roteiro tem como base a teoria antitruste e é utilizado pelos órgãos antitruste para avaliar os atos de concentração e as práticas restritivas. Por isso, ele será o parâmetro para análise posterior da política de defesa da concorrência brasileira, através do estudo de casos julgados pelo CADE.

2.2 O Conceito de Mercado Relevante

O mercado relevante, conceito especificamente utilizado na área antitruste, é definido como o menor espaço econômico, em termos de produto e geográfico, no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante um certo período de tempo (HOVENKAMP, 1994; SCHERER & ROSS, 1990; CARLTON & PERLOFF, 2000). Portanto, a delimitação do mercado relevante deve ser feita considerando-se a substituíbilidade da demanda, nas suas três dimensões, a do produto, a geográfica e a temporal, além da substituíbilidade da oferta.

A importância desta definição reside no fato de que os resultados das etapas seguintes da avaliação do poder de mercado dependem de como o mercado é delimitado. Se a escolha da definição recair em mercados relevantes muito pequenos, de modo que as firmas concorrentes não sejam enquadradas no mesmo mercado, serão constatadas participações relativamente maiores e, portanto, será detectado maior poder de mercado do que o efetivamente existente. Como consequência, a política antitruste será mais severa do que o desejável. De modo análogo, se a definição estabelecer mercados excessivamente amplos, incluindo em um mesmo mercado firmas que não concorrem entre si, as participações serão menores e, conseqüentemente, será constatado poder de mercado menor do que o real. A política antitruste será, assim, mais branda.

2.2.1 A Substituíbilidade da Demanda

A substituíbilidade da demanda considera a permuta entre produtos do ponto de vista do consumidor e pode ser, teoricamente, mensurada pela elasticidade-preço e elasticidade preço-

cruzada da demanda (dimensão produto); pelos custos e facilidade de acesso por partes dos concorrentes a uma determinada área geográfica (dimensão geográfica); e pelo lapso de tempo considerado (dimensão temporal).

Dimensão produto

Quanto ao produto, a questão essencial é saber como muda o consumo de um produto a partir de mudanças no seu preço relativo. Por exemplo, se o preço do produto A aumentar em um percentual pequeno mas significativo e, como resultado, os consumidores substituírem o produto A pelo produto B em quantidades relevantes, então A e B são bons substitutos e poderão, segundo esta dimensão, ser incluídos no mesmo mercado.

Para determinar a extensão do mercado relevante em termos de produto, três testes (métodos) têm sido utilizados (SCHERER & ROSS, 1990). O primeiro teste consiste em se estimar as elasticidades cruzadas da demanda, que medem o percentual de mudança na quantidade demandada de um bem em resposta ao aumento de um ponto percentual no preço de outro bem, podendo ser calculadas a partir da seguinte expressão:

$$E_{ij} = (\Delta Q_i / Q_i) / (\Delta P_j / P_j)$$

Sendo que $(\Delta Q_i / Q_i)$ e $(\Delta P_j / P_j)$ representam, respectivamente, as variações proporcionais na quantidade demandada do bem “i” e no preço do bem “j”. Se o valor da elasticidade for superior à unidade, os bens “i” e “j” são substitutos (quanto maior o valor da elasticidade maior é a substituíbilidade dos produtos) e deverão ser incluídos no mesmo mercado relevante. Caso contrário, quando o valor da elasticidade for inferior à unidade, os produtos não deverão pertencer ao mesmo mercado (SCHERER & ROSS, 1990).

Esta metodologia, entretanto, pode gerar dificuldades de interpretação e mensuração. Suponha, por exemplo, que a venda inicial do produto A seja de 1000 unidades e do produto B de 100 unidades. Assuma que o preço do produto A subiu em 10% e que 30 unidades de produtos demandadas mudaram de A para B. Aqui a elasticidade cruzada é de 3,0, sugerindo alta substituíbilidade. Mas se o preço do produto B simultaneamente cair em 10% e as mesmas 30 unidades demandadas mudarem de A para B, a elasticidade cruzada seria de 0,3.

Neste caso, os produtos A e B não seriam considerados bons substitutos (SCHERER & ROSS, 1990).

O segundo teste está baseado na suposição de que se dois produtos estão no mesmo mercado, então a variação de seus preços ao longo do tempo deverá ocorrer na mesma direção e em percentuais muito próximos. Este é o chamado teste de correlação de preços ao longo do tempo (*Price Correlation Over Time*). Se o coeficiente de correlação calculado entre os preços de dois produtos for relativamente alto, presume-se que estes produtos estejam no mesmo mercado. O coeficiente de correlação entre preços ao longo do tempo pode ser calculado a partir da seguinte expressão:

$$\Gamma_{ij} = \text{Cov}(p_i, p_j) / (\sigma_{p_i} \cdot \sigma_{p_j})$$

Sendo $\text{Cov}(p_i, p_j)$ e $(\sigma_{p_i} \cdot \sigma_{p_j})$, respectivamente, a covariância entre os produtos “i” e “j”, e os desvios-padrão dos preços dos produtos “i” e “j” observados em cada período (SCHERER & ROSS, 1990). Correlações altas, no entanto, nem sempre indicam que dois produtos pertencem ao mesmo mercado. Por exemplo, produtos não similares, mas que utilizam os mesmos insumos, podem ter uma forte correlação entre seus preços sem, no entanto, serem substitutos. Em sentido inverso, podem ocorrer situações em que o preço de um determinado bem varie sem que, necessariamente, o mesmo ocorra com alguns de seus possíveis substitutos (CARLTON & PERLOFF, 2000).

Por fim, o terceiro teste é o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) proposto pelo Guia de Fusões Horizontais Norte-Americano – *GUIDELINES* (1997)¹⁷, que analisa a possível resposta dos consumidores diante de um aumento de preços de um certo produto, normalmente convencionado em 5%, mas ampliável para 10% ou 15% em alguns países, inclusive o Brasil, através de seu GUIA (2001)¹⁸, durante um ano, realizado por um monopolista hipotético naquele mercado. Se assumirmos que um único produtor (considerado por isto hipoteticamente monopolista) aumentou o preço do seu produto, *ceteris paribus*, se nenhuma substituição ocorrer, então o produto original constitui um mercado antitruste perfeitamente delimitado. Agora, se a substituição ocorrer, então estes outros produtos dividem o mercado com o produto original.

¹⁷ *Horizontal Merger Guidelines* (1997), do FTC – *Federal Trade Commission* e do DoJ – *Department of Justice*, EUA.

¹⁸ Ver o Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (2001) das secretarias SEAE e SDE.

O TMH na dimensão produto consiste em se considerar, para um conjunto de produtos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então as agências acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da empresa avaliada. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento” dos preços. O primeiro grupo de produtos segundo este procedimento será o menor grupo de produtos necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado.

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. A delimitação do mercado relevante através do TMH depende de quanto se supõe que deva aumentar o preço para configurar o suposto exercício abusivo de poder de mercado. A definição de qual deva ser o percentual de aumento de preços é, do ponto de vista econômico, arbitrário, embora seja absolutamente imprescindível do ponto de vista jurídico para possibilitar a aplicação da lei.

Aqui é fundamental o conceito de elasticidade-preço da demanda, sobretudo quando não houver produtos substitutos para delimitar o mercado relevante. A elasticidade-preço da demanda mede o percentual de mudança na quantidade demandada de um bem em resposta ao aumento de um ponto percentual no seu preço, podendo ser calculada a partir da seguinte expressão:

$$E_x = (\Delta Q_x / Q_x) / (\Delta P_x / P_x)$$

Sendo que $(\Delta Q_x / Q_x)$ e $(\Delta P_x / P_x)$ representam, respectivamente, as variações proporcionais na quantidade demandada e no preço do bem “x”. Se o valor da elasticidade for superior à unidade, o bem “x” é dito elástico, já que uma variação na quantidade demandada será maior

que a variação no preço. Se o valor desta elasticidade for a unidade, então a variação na quantidade demandada será a mesma que a variação no preço. E por fim, se a elasticidade estiver no intervalo $(0,1)$, o bem “x” é dito inelástico e uma variação na quantidade demandada será menor que a variação no preço. Quando o bem é elástico um aumento do seu preço leva a uma redução proporcionalmente maior na quantidade demandada, o que sugere pouca possibilidade de exercício de poder de mercado por parte de seu produtor. No entanto, se o bem for inelástico, um aumento no seu preço leva a uma pequena redução na quantidade demandada, tornando possível o exercício de poder de mercado. Nas palavras de POSNER (1976: 126):

“(...) o conceito de elasticidade [é] indispensável para conferir significado ao conceito de mercado. Os ganhos potenciais de colusão serão quase certamente pequenos se um pequeno aumento acima do preço competitivo vier a ocasionar uma redução proporcionalmente muito maior na quantidade demandada do produto, resultando numa receita total acentuadamente inferior sob o preço mais elevado. Em tais circunstâncias é de qualquer modo improvável que os vendedores venham a formar alguma colusão, de forma que não é preciso preocupar-se muito com uma fusão ou conjunto de fusões que reduza o seu número, com isso reduzindo os custos de colusão.”

No entanto, o uso da elasticidade-preço da demanda na definição de mercado relevante pode gerar confusões teóricas. Esta possibilidade pode ser demonstrada através de um exemplo de KUPFER & HASENCLEVER (2002): caso haja um aumento de 10% no bem “x” e seja verificado que um suposto monopolista seria capaz de o impor, o mercado de “x” passaria no TMH se o preço de monopólio correspondesse exatamente a estes 10% de aumento nos preços, nem mais, nem menos. O problema reside no fato de que, dentre outras, existem duas hipóteses nas quais o mercado não atenderia às condições do teste :

- i) se a elasticidade-preço da demanda for muito alta (bem elástico), o suposto monopolista não conseguiria elevar o preço suficientemente, o que denota que o mercado foi definido de forma muito restrita, sendo necessário redefini-lo, incluindo possíveis produtos substitutos e/ ou ampliando a área geográfica considerada, até que

se encontre uma combinação a qual a elasticidade da demanda seja menor, possibilitando o aumento de preços de 10%.

- ii) Se a elasticidade-preço da demanda for muito baixa (bem inelástico), o suposto monopolista hipotético seria capaz de elevar o seu preço em um percentual superior aos 10% tomados como parâmetro. Isto denota que o mercado foi definido como demasiadamente amplo, pois é possível reduzir a delimitação do mercado ao qual foi imposto o aumento de preços. Deve-se, portanto, procurar uma combinação de produto e área mais restrita, para a qual a elasticidade da demanda seja maior.

Percebe-se, assim, que se alterarmos o percentual de aumento de preços considerado, os resultados poderiam ser diferentes. Dado um aumento de 10% nos preços, no exemplo acima, a mercado cujo bem tenha elasticidade alta estaria sendo definido restritamente, e o mercado cujo produto tenha elasticidade baixa, amplamente. Já, se um aumento de 5% fosse considerado, a hipótese de i) teria outra solução: o monopolista hipotético poderia ser capaz de aumentar os preços em 5% e o mercado estaria adequadamente definido. Disto se tira a conclusão (KUPFER & HASENCLEVER, 2002) de que para uma dada função de demanda, quanto mais alto o limiar de aumento de preço tomado como referência, menor será a elasticidade-preço da demanda necessária para que o mercado passe no teste.

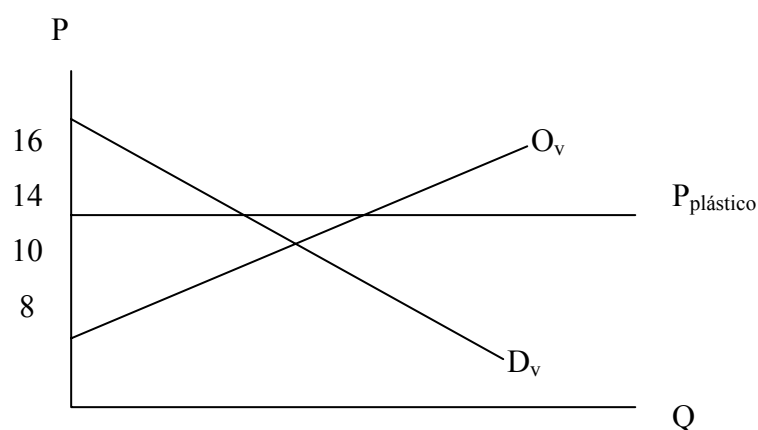
O que se depreende deste exemplo é que a elasticidade-preço da demanda é definida conjuntamente com o mercado relevante. Um mercado é definido incluindo-se ou excluindo-se produtos substitutos ao produto básico produzido, até que se consiga produzi-lo(s) monopolisticamente, dado o aumento de preços pré-definido. A cada produto incluído ou excluído, calcula-se uma elasticidade para este mercado. Os cálculos das elasticidades junto à convenção sobre a percentagem de aumento de preços são fundamentais para definição do mercado.

No entanto, o cálculo de qualquer elasticidade não é um procedimento corriqueiro. Supondo-se informação correta e disponível (base de dados), ainda existem diferentes métodos para calcular diferentes modelos representativos das elasticidades. Na impossibilidade técnica do cálculo da elasticidade-preço da demanda e/ ou da elasticidade preço-cruzada, por meio de métodos econométricos devidamente apoiados por série de dados, CARLTON & PERLOFF (2000) indicam que a definição do mercado relevante na dimensão produto envolve o exame

das seguintes variáveis em conjunto: i) a finalidade, o tipo de uso e a aplicação do produto; ii) o julgamento dos agentes participantes do mercado; iii) o histórico de compra dos clientes; iv) os costumes da região; v) as características físicas, comerciais e técnicas dos produtos.

Por fim, para caracterizar a diferença entre os três testes (Elasticidades, TMH e *Price Correlation Over Time*), SCHERER & ROSS (1990) utilizam um exemplo ilustrativo. Dados a curva de oferta O_v (refletindo o custo marginal) para garrafas de vidro, o preço para recipientes de plástico de \$14 e a curva de demanda D_v das garrafas de vidro, obtém-se um preço de equilíbrio de \$10 para as garrafas de vidro, resultando na venda de 28.6 bilhões de garrafas.

GRÁFICO 2.1
MERCADO DE GARRAFAS DE VIDRO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria.

Suponha que houve um ato de concentração ou uma conduta restritiva nos mercados de garrafas de vidro que possibilitou o aumento dos preços. Para saber se as garrafas serão substituídas por recipientes plásticos, assume-se que os preços dos recipientes plásticos não se alteram, e que o efeito da substituição será instantaneamente refletido na curva de demanda D_v . Caso o aumento do preço das garrafas de vidro seja de 10%, tem-se uma mudança nos preços de \$10 para \$11. A quantidade de garrafas demandadas vai cair para 27.6 bilhões, ou vai cair em 3,6%, isto é, a demanda de garrafas de vidro é inelástica. Dado que o preço de maximização de lucro de monopólio¹⁹ é de \$12,5, de acordo com o TMH, se um ato de

¹⁹ Implicação direta da margem de lucro de monopólio dada por $\Pi_m = (P - C) / P = 1 / \eta$, no qual P é o preço de monopólio, C o custo marginal da firma e η é a elasticidade-preço da demanda do mercado. Ver SCHERER & ROSS (1990: 182) para os cálculos.

concentração horizontal conferir à nova empresa a habilidade de determinar preços colusivamente, o mercado de garrafas não sofre restrição por bens substitutos (recipientes plásticos), se aumentarem seus preços substancialmente (e se o preço dos substitutos se mantiver). Garrafas de vidro e recipientes plásticos pertencem a mercados relevantes diferentes.

Considere agora o teste de elasticidade-preço cruzada da demanda de garrafas de vidro. Se o preço dos recipientes plásticos cair de \$14 para \$12 por unidade, isto é, cair em 14,3%, e mantendo o preço das garrafas de vidro constante no valor de equilíbrio de \$10, a quantidade de garrafas demandadas vai cair para 25,55 bilhões de unidade por ano. Assim, a elasticidade-preço cruzada da demanda é de 0,75, um valor relativamente baixo, sugerindo que o vidro e o plástico não são bons substitutos. Os dois produtos não pertenceriam ao mesmo mercado. Mas se houvesse uma queda maior no preço dos recipientes de plástico, tipo de \$14 para \$10, refletindo um período de tempo maior de análise (mudanças nos custos do plástico em decorrência de benefícios tecnológicos), a quantidade de garrafas de vidro demandadas iria cair em 58%, *ceteris paribus*, implicando uma elasticidade-preço cruzada da demanda de 2,03. Este é um valor relativamente alto, e sugere que plástico e vidro são bons substitutos, devendo ser incluídos no mesmo mercado relevante!

Ainda existe o teste de correlação de preços de duas mercadorias ao longo do tempo. No caso em evidência, constatou-se que o preço dos recipientes plásticos está caindo relativamente em relação ao preço das garrafas de vidro. Mantendo constante a curva de oferta de garrafas de vidro, os preços de equilíbrio das garrafas sobre os preços dos recipientes plásticos são dados pelo QUADRO 4. A correlação simples entre as duas séries de preços é 0,999, o que leva à conclusão de que garrafas de vidro e recipientes de plástico pertencem ao mesmo mercado relevante.

QUADRO 2.1

PREÇOS DOS BENS

Plástico (\$)	Vidro (\$)
20	12,53
18	11,75
16	10,91
14	10,00

12	09,09
10	08,10

Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria

Este exemplo mostrou claramente que a teoria econômica não oferece critérios indisputáveis para uma apreciação consistente do problema de um ato de concentração ou conduta restritiva. O tempo de análise é uma variável que afeta as mudanças nos preços: em um curto período de tempo, mantendo o preço dos recipientes plásticos em \$14, os três métodos de definir mercado relevante chegam à mesma conclusão: garrafas e recipientes pertencem a diferentes mercados. Mas, se o período de tempo é maior, capaz de captar uma mudança tecnológica mais acentuada em um dos produtos (plástico), com redução relativa do seu preço, os três métodos indicam que os dois produtos (plástico e vidro) pertencem ao mesmo mercado. Outro fator que afeta a metodologia é a escolha do ‘pequeno, mas significativo’ aumento de preços: o resultado de um aumento de 5% é diferente do de 15%. As convenções utilizadas influenciam decisivamente na metodologia e nas decisões dos órgãos antitruste.

Dimensão Geográfica

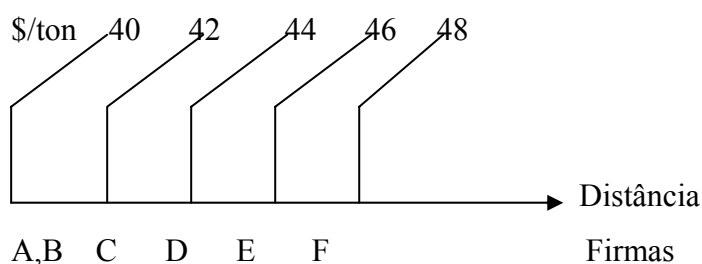
A segunda dimensão da demanda a ser analisada na delimitação do mercado relevante é a geográfica. Aqui utiliza-se também o TMH, ao se considerar que o aumento de preços de uma região afeta substancialmente o preço em outra região. Neste caso, ambas as regiões fazem parte do mercado. Esse processo deve ser repetido até que se conclua que os ofertantes da última área delimitada tomam suas decisões de política de preços sem se preocupar com os ofertantes da nova área proposta. O mercado relevante pode ser regional, nacional e até mesmo internacional.

Na terminologia acima utilizada, o TMH, para a dimensão geográfica, consiste em se considerar, para áreas específicas, começando da extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços para um suposto monopolista nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então as agências acrescentarão à definição original de mercado relevante a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um conjunto de localidades para os quais

seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento” dos preços. O primeiro grupo de localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado.

Novamente, SCHERER & ROSS (1990) exemplificam o que foi dito, agora utilizando o modelo de cidade linear de Hotelling²⁰. Suponha que uma fusão seja proposta entre os ofertantes de cimento A e B localizados na cidade de Filadélfia. Outros produtores de cimento, C e D, estão localizados em uma rodovia iniciada naquela cidade e com destino ao oeste. Cada ofertante produz localmente ao custo de \$40 por tonelada. Transportar uma tonelada de cimento custa \$2 para cada 50 milhas de distância percorrida. O preço do cimento para os consumidores de Filadélfia, considerando-se que A e B sejam rivais, é de \$40/ton. A habilidade da nova firma criada com a fusão de A e B em aumentar seus preços localmente é contestada pelas empresas mais distantes ao longo da rodovia: pela empresa C se o preço do cimento em Filadélfia aumentar para \$42/ton, pela empresa D se aumentar para \$44/ton, e assim por diante.

FIGURA 2.1
EFEITOS DA DISTÂNCIA NO CUSTO



Fonte: SCHERER & ROSS (1990). Elaboração própria

Para saber quais as firmas que compõem o mercado de cimento, será necessário determinar de quanto se poderá aumentar os preços em Filadélfia até que o poder de monopólio possa ser exercido. Se este aumento for determinado em 10%, ou melhor, para que o preço atinja \$44/ton, então o conjunto de ofertantes capazes de abastecer o mercado de Filadélfia é

²⁰ Para uma descrição do modelo original de HOTELLING (1929), ver TIROLE (1988) e SHY (1995).

composto pelas firmas A, B C e D. Então o mercado relevante inclui a cidade de Filadélfia e todas as firmas localizadas em um raio de 100 milhas partindo daquela.

O princípio descrito para a delimitação do mercado relevante geográfico serve tanto para as fontes de competição interna como externa. Entretanto, se a fonte de restrição a um suposto aumento significativo mas não transitório de preços for externa, devem ser consideradas todas as informações relevantes que possam estar disponíveis, principalmente aquelas relacionadas aos custos de transporte, embarque/ desembarque e seguros (além das tarifas de importação, se for o caso da relação comercial ocorrer entre os países).

Assim, seja qual for o método utilizado para delimitar o mercado relevante, a lógica do teste do “monopolista hipotético” deve estar sempre presente, isto é, identificar os produtos e as regiões geográficas que possam limitar a capacidade de decisão da nova firma criada quanto a preços e quantidades em um certo período.

Dimensão Temporal

A terceira dimensão a ser destacada na definição de mercado relevante é a dimensão temporal da substituição, que incide sobre as outras duas dimensões, a de produtos e a geográfica. Quanto maior for o lapso de tempo considerado para avaliar a reação da oferta e da procura, maior será a amplitude do mercado delimitado, e vice e versa. Cabe notar, no entanto, que, se por um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal impede que se incorporem os ofertantes potenciais, por outro, a sua ampliação desmensurada torna impossível a aplicação da legislação da defesa da concorrência. Sendo assim, é fundamental que se defina um espaço de tempo para que não se superestime e nem subestime o poder de mercado das empresas analisadas. Esse período de tempo é convencionalmente aceito como algo próximo a um ano, podendo ser ampliado ou reduzido de acordo com as especificações do mercado.

2.2.2 Substituibilidade da Oferta

Completada a delimitação do mercado relevante pelo lado da demanda, a substituibilidade de produto pelo lado da oferta – a elasticidade-preço da oferta, embora ausente no exercício anterior, também deve ser considerada para efeito de identificação dos participantes deste mercado. Isto é feito pela inclusão, no mercado relevante já definido em termos de produto,

geográfico e temporal, dos ofertantes potenciais desse produto que podem fazê-lo com relativa facilidade, isto é, a baixo custo adicional e prazo relativamente curto, por já disporem de capacidade produtiva instalada, que pode ser remanejada para a produção do produto em questão. Segundo SALGADO (1997: 53), “a flexibilidade na oferta é importante para identificar os produtores que podem vir a ofertar para um determinado mercado previamente delimitado, diante de oportunidades de realização de lucro extraordinário”.

Isto é, a capacidade produtiva já instalada, que poderá ser utilizável de forma suficientemente ágil na produção dos produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial suficientemente elástica dos mesmos, deve ser computada no cálculo da oferta e na delimitação dos participantes do mercado relevante (POSSAS, 1996). São os chamados *uncommitted entrants*, na terminologia do *GUIDELINES* (1997), porque sua entrada no mercado não requer investimentos significativos em custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Agora, oferta potencial é significativamente diferente de entrada, que refere-se à possibilidade de aumento de oferta mediante ampliação de capacidade produtiva, envolvendo investimentos e prazos significativos (*committed entrants*)²¹. Segundo o GUIA (2001: 10):

“Em casos específicos poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, empresas que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços, em um período não superior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos significativos de entrada ou de saída.”

O problema novamente recai na definição do lapso de tempo para que a substituição do produto seja feita. O guia brasileiro adota o período de um ano, enquanto o norte-americano o de dois anos. Não há um consenso sobre este lapso temporal. Nas palavras de SCHERER & ROSS (1990: 61):

“*at the risk of being some what arbitrary, we should probably draw the line to include as substitutes on the production side only existing capacity that can be shifted in the short run, i. e., without significant new investment in plant, equipment and worker training.*”

²¹ A entrada será tratada adiante.

Por fim, cabe dizer que o desejável aperfeiçoamento da práxis antitruste requer um grau mais elaborado de formulação teórica do problema, construindo modelos e instrumentos que reflitam o conceito de mercado relevante. Enquanto não se dispuser deste instrumental, a escolha entre diferentes métodos, envolverá sempre algum grau de subjetividade.

2.3 As Condições de Exercício de Poder de Mercado

Uma vez delimitado o mercado relevante, a utilização de medidas de concentração de mercado, a análise da competição externa e a avaliação do nível das barreiras à entrada são os principais instrumentos de inferência da extensão do poder de mercado naquele mercado relevante concreto utilizados pela teoria antitruste.

2.3.1 Índices de Concentração de Mercado

Seguindo as proposições do enfoque estruturalista de organização industrial, a crença de que uma operação gerou acréscimo de poder de mercado decorre da avaliação de que o grau de concentração do mercado relevante é alto. Para caracterizar, no entanto, um mercado como concentrado, é costumeira a utilização de índices de concentração.

Os índices utilizados para mensurar a concentração podem variar sobretudo em função da disponibilidade de dados em cada caso específico. A participação de mercado será calculada com base em todas as firmas que fazem parte do mercado relevante definido anteriormente. Serão consideradas empresas participantes do mercado os produtores atuais e potenciais, isto é, empresas que efetivamente produzem ou podem produzir no mercado relevante. Os dados podem ser referentes à capacidade produtiva, ao volume de vendas ou ao valor das vendas, de acordo com o que seja mais adequado para indicar as condições de competição no mercado relevante. Note-se que não há índices melhores ou piores para este ou aquele país. Como em toda aplicação estatística, a autoridade deve ser cuidadosa em sua interpretação, procurando apreender seu significado técnico e inevitáveis limitações.

Há dois tipos de índices mais comumente utilizados²²: os índices de participação das maiores empresas do mercado, os “Ci”, e o índice de Herfindahl Hirschman, o HHI. Os índices “Ci”

²² Existem outros índices para medir concentração de mercado. Ver KUPFER & HASENCLEVER (2002).

medem a participação percentual das “i” maiores empresas no mercado relevante, que pode ser medido simplesmente pela parcela das “i” maiores firmas sobre as vendas ou faturamento totais da indústria. Assim, pode-se utilizar o “C2”, que é a participação percentual das duas maiores empresas no mercado, o “C3”, das três maiores, e assim por diante. O quadro abaixo contém dados hipotéticos acerca das participações de mercado das empresas participantes nos dois mercados, X e Y (VISCUSI *et al*, 1995). O C3 do Mercado X é de 75% (60% da Empresa 1, 10% da Empresa 2, e 5% da empresa 3), e do mercado Y é de 60%, indicando uma concentração maior na indústria X. Porém, ambos C4 são de 80. O problema deste índice é que ele descreve apenas um único ponto em toda a distribuição de produtores, não informando as diversidades entre eles. Resta claro que este tipo de índice não contém informação suficiente em determinados casos. O HHI descrito em seguida pode ser útil para superar tal dificuldade.

QUADRO 2.2
PARTICIPAÇÃO DAS EMPRESAS X E Y
(em percentual do faturamento)

Empresa	Mercado X	Mercado Y
1	60%	20%
2	10%	20%
3	5%	20%
4	5%	20%
5	5%	20%

Fonte: VISCUSI *et al* (1995). Elaboração própria

O HHI corresponde ao somatório dos quadrados das participações de todas as empresas no mercado: $HHI = \sum s_i^2$, para todo “i”. Isto leva à uma distribuição de pesos que exalta os valores das grandes firmas sobre as pequenas, significando que se as informações sobre os *markets shares* das firmas menores não estiverem disponíveis, os possíveis erros no resultado final do índice serão menores.

Além disso, o HHI incorpora as informações sobre a distribuição entre os vendedores. No exemplo da tabela acima, o HHI_x é de 3850 e o HHI_y é de 2000. Diferentemente dos “C_i’s”, neste caso, o HHI capta a maior concentração do Mercado X relativamente ao Mercado Y (3850 contra 2000). O HHI varia de 0 a 10000. Em um mercado semelhante ao modelo de

concorrência perfeita com um número muito grande de unidades produtivas, o valor das participações individuais de mercado é insignificante e o HHI tende a zero. No extremo oposto, sob regime de monopólio, em que há apenas uma empresa, sua participação é 100% e o HHI correspondente é 10000 (VISCUSI *et al*, 1995).

Uma das características mais atrativas do HHI é a sua base na teoria do oligopólio (VISCUSI *et al*, 1995). Suponha firmas produzindo com diferentes funções de custo c_i (custo marginal constante da firma i , no qual $i = 1, \dots, n$), e que estão em uma competição de Cournot. A solução mostra que as participações de mercado das firmas estão negativamente relacionadas com seus custos marginais. Isto é, quanto mais baixo o custo marginal da firma i , maior é a quantidade produzida maximizadora de lucro e o seu *market share*. O índice HHI, então, é diretamente relacionado com a média ponderada das margens de lucro (preço menos custo) das firmas na solução de Cournot²³:

$$\text{HHI} / \eta = s_1 (p_c - c_1 / p_c) + \dots + s_i (p_c - c_i / p_c)$$

No qual p_c é o preço de Cournot, s_i o *market share* da firma “ i ”, e η é a elasticidade-preço da demanda do mercado.

Os critérios para identificar se a concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta são diferentes entre os países. O SBDC considera que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94). Para o GUIA (2001) uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que: i) a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%, e ii) a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 20% do mercado relevante.

Quanto ao HHI, o critério utilizado é o norte-americano (GUIDELINES, 1997), que divide o espectro de concentração de mercado em três faixas: na primeira, quando o HHI for inferior a 1000, haverá um mercado com baixa concentração, na segunda, se o HHI estiver entre 1000 e

²³ O desenvolvimento completo do modelo de Cournot e sua relação com os índices de concentração de mercado pode ser visto em SCHERER & ROSS (1990), capítulo 6 e apêndice, e TIROLE (1988), capítulo 5.

1800, o mercado será considerado moderadamente concentrado, e na terceira, se o HHI for superior a 1800, o mercado é tido como altamente concentrado. No caso de uma avaliação antitruste, se o mercado após o ato ou conduta apresentar um HHI inferior a 1000 não deve haver, a princípio, preocupação. Quando o HHI estiver entre 1000 e 1800, após ato ou conduta, há dois casos possíveis: i) se a variação no HHI for inferior a 100, não há motivo para preocupação; ii) se a variação no HHI for igual ou superior a 100, deverá ser feita uma investigação mais detalhada. Por fim, se após o ato ou conduta, o HHI for superior a 1800, também haverá duas situações possíveis: i) se a variação no HHI for inferior a 50, não haverá provavelmente resultados restritivos para a concorrência; ii) se a variação do HHI for igual ou superior a 50, o caso deve ser analisado mais cuidadosamente (VISCUSI *et al*, 1995).

2.3.2 Viabilidade da Competição Externa

A competição externa é um fator importante para a análise antitruste. Existem produtos, as chamadas *commodities*, que são negociadas livremente no mercado internacional. Outros, mesmo não fazendo parte de um mercado relevante mundial, são suscetíveis à concorrência de produtos externos. A possibilidade de aquisição de um bem através da importação, mesmo que ainda não esteja efetivamente ocorrendo, deve ser entendida como um dos determinantes do padrão de concorrência existentes nos mercados domésticos e, conseqüentemente, como um dos fatores capazes de inibir o exercício do poder de mercado.

As importações e a possibilidade de importar são fatores que inibem o exercício do poder de mercado, tanto em mercados de produtos homogêneos, como de produtos diferenciados. A disciplina exercida em mercados de produtos diferenciados tende a ser, naturalmente, inferior àquela exercida em mercados de produtos homogêneos. Porém, as importações devem ser consideradas como um fator relevante em ambos os casos. Quanto maior for a participação das importações e/ou a possibilidade de importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido (GUIA, 2001). Sendo assim, se a operação ocorrer em um mercado cujas importações sejam uma ameaça real, é pouco provável que um ato de concentração e/ou uma conduta anticompetitiva gerem problemas concorrenciais.

Para analisar o potencial competitivo das importações, alguns aspectos devem ser considerados. Primeiro, o custo de internação do produto, composto pelas tarifas de importação e pelos custos de transportes. Segundo, as características do produto relevante, tal

como a viabilidade do transporte e as preferências dos consumidores. Terceiro, o grau de abertura do mercado, pois quanto mais livre for o comércio entre os países, maior é a possibilidade de preços competitivos (menores as restrições comerciais). Quarto, deve-se considerar a habilidade das empresas estrangeiras em responder aos aumentos de preços no mercado relevante, que depende da capacidade ociosa dos produtores estrangeiros e da existência de um sistema eficiente de distribuição. Por fim, é necessário que a importação seja acessível a uma parte substancial do mercado relevante, pois se existir uma grande parte de consumidores que não sejam capazes de adquirir o produto, a importação não representará uma concorrência efetiva.

Segundo o GUIA (2001): “deve-se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis, em resposta a um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento de preço.” Nesse ponto, é importante considerar a que preço a oferta de importados se torna elástica. Isto é, a que preço a importação contestará o mercado. Se este preço for significativamente superior ao preço vigente no mercado relevante, haverá espaço para que a empresa eleve seu preço até o equivalente ao preço de importação. Por fim, no Brasil se considera o período de um ano e importações equivalentes a pelo menos 30% do valor de consumo aparente (consumo aparente = produção total + importações – exportações) como razoáveis indícios de que a disciplina imposta pelas importações é suficiente para evitar o exercício de poder substancial de mercado.

2.3.3 Condições de Entrada de Novas Firms

Do ponto de vista da teoria antitruste é essencial avaliar a extensão e a rapidez com que as medidas de intervenção no mercado conseguiriam prevenir os efeitos anticompetitivos de um ato de concentração ou prática restritiva mais eficazmente do que o mercado seria capaz de fazer por si mesmo. Isto requer invariavelmente uma análise das condições de entrada no mercado, em princípio independentemente do grau de concentração vigente, uma vez que é a entrada a resposta natural do mercado a lucros excessivos, e sua eficácia reduziria a necessidade de ação antitruste em cada caso específico (GEROSKI, 1988). A análise precedente das condições de concorrência efetiva e de rivalidade não é suficiente para garantir a concorrência no mercado. Por isso, a análise das condições de concorrência potencial no mercado, e em consequência, do nível das barreiras à entrada é, portanto, crucial para a

determinação dos potenciais efeitos anticompetitivos derivados de um ato de concentração/prática restritiva:

“Entry conditions are a central feature of antitrust analysis, because potential entry represents a significant market force that undermines incumbents’ tendency toward unilateral or joint (collusive) exercise of market power” (BONNER & KRUEGER, 1991: 5).

Segundo a teoria de organização industrial, nenhum ato ou conduta realizado em mercados relevantes onde as barreiras à entrada são baixas deve gerar maiores preocupações das autoridades antitruste. A explicação para essa afirmativa é simples: a ausência de significativos impedimentos à entrada de novos concorrentes em um determinado mercado relevante implica a virtual inexistência de poder de mercado por parte de uma empresa que nele detenha elevado *market share*, posto que em princípio qualquer atividade potencialmente prejudicial ao bem-estar do consumidor poderia atrair a entrada de novos concorrentes em seu mercado de atuação.

Em outras palavras, uma operação que aumente a concentração pode não criar nem reforçar poder de mercado se a concorrência potencial for vigorosa. Isto é, mesmo uma substancial concentração da oferta provavelmente não criará nem aumentará poder de mercado se o nível das barreiras à entrada de novos concorrentes for suficientemente baixo. A hipótese é a de que num mercado com reduzidos obstáculos ao ingresso de novos concorrentes, qualquer elevação de preços atrairia a entrada, novos competidores apareceriam, reduzindo as participações de mercado e forçando à diminuição do preço ao nível competitivo (HOVENKAMP, 1994). Logo, em situações em que as barreiras são inexistentes ou suficientemente baixas, essas condições estruturais do mercado não permitirão o surgimento de preços de monopólio, mesmo que tal mercado seja ocupado por uma única firma ou esteja cartelizado. Observa-se, dessa maneira, que a concorrência potencial (ameaça crível de entrada) tem o mesmo peso da concorrência efetiva na análise antitruste.

Considere o modelo de Bertrand²⁴ no qual as firmas produzem bens idênticos ou perfeitamente substituíveis. Mesmo com poucas empresas atuando no mercado, a livre entrada garante intensa competitividade que leva o preço a igualar o custo marginal ou o menor custo

²⁴ Sobre o modelo, ver TIROLE (1988), capítulo 5, *The Bertrand Paradox*.

marginal entre as firmas. Caso um mercado seja estruturalmente caracterizado por elevadas barreiras naturais à entrada, haveria apenas uma firma atuando. Isto porque, para que uma segunda firma o adrentasse, incorreria em custo, que não seria recuperado dada a competição de Bertrand, isto é, preço ao nível do custo marginal e lucro zero. As barreiras à entrada, constituem portanto, forma de inculir ineficiência ao mercado, ou de gerar monopólio (TIROLE, 1988).

A teoria econômica disponibilizou, desde os anos 50, uma série de interpretações sobre o que se constituiria em barreiras ao ingresso de novos concorrentes nos mercados. Entre todas essas formulações, entretanto, a linha de análise das barreiras à entrada de novos concorrentes utilizada para análise antitruste tem suas raízes em BAIN (1958), que considera as barreiras à entrada como um atributo da estrutura do mercado²⁵.

Barreiras à entrada, assim, são estruturais, estáveis e se modificam lentamente no tempo, o que permite considerar a condição de entrada e seus determinantes como condicionantes estruturais do comportamento das firmas e não como um resultado deste comportamento (FAGUNDES & PONDÉ, 1997). As barreiras à entrada são as vantagens que as firmas estabelecidas têm sobre os competidores potenciais e que se refletem na capacidade das mesmas em elevar persistentemente os preços acima dos níveis competitivos sem atrair novas firmas para o mercado em questão. A entrada só se configura quando uma nova empresa é construída ou quando se introduz nova capacidade produtiva, nunca quando a compra recai sobre empresa ou capacidade produtiva já existente. As barreiras à entrada são classificadas, segundo BAIN, 1958, em quatro tipos básicos:

i) Diferenciação de Produto

As barreiras neste caso decorrem da presença de características nos produtos das empresas já existentes, que levam os consumidores a acharem mais vantajoso adquirí-los do que os similares oferecidos por novos concorrentes. Influenciam neste caso, o controle do acesso pelas firmas existentes à tecnologia necessária para projetar e configurar os produtos, o gasto com propaganda e *marketing* para fidelizar o consumidor, a durabilidade e complexidade dos produtos (reputação), a forma da distribuição e o acesso aos consumidores, e a presença de marca (“consumo conspícuo”).

²⁵ Para BAIN (1958: 3): “(...) *the condition entry is then a primarily structural condition.*”

ii) Vantagens Absolutas de Custo

Aqui as barreiras à entrada ocorrem quando as empresas já instaladas têm acesso exclusivo a determinados ativos ou recursos, o que lhes permite produzir, dada a mesma escala de produção de um concorrente potencial, a um custo mais baixo. Tais vantagens se originam da possibilidade, pelas firmas, de capacitação de recursos humanos qualificados, de possuir tecnologia não difundida, de controlar o suprimento de matérias-primas e/ou reduzir custos através da integração vertical, de comprar insumos mais baratos (através de contratos de exclusividade ou compras de grandes volumes), e finalmente, de adquirir capital a um custo menor no mercado financeiro.

iii) Economias de Escala

As barreiras que resultam de economias de escala são derivadas da redução de custos dado o aumento da dimensão da planta produtiva, sendo necessário uma escala mínima que viabilize economicamente a operação de um entrante potencial. As economias de escala são técnicas, resultantes do uso de equipamentos de forma mais eficiente, gerenciais, resultantes da divisão dos gastos administrativos fixos, e decorrentes de maior especialização no trabalho. Neste quadro, exige-se a presença de custos irrecuperáveis (*sunk costs*) vinculados à efetivação da entrada, sem os quais seria vantajoso para qualquer entrante entrar, auferir temporariamente lucros acima dos normais, e sair rapidamente do mercado (*hit and run*).

iv) Investimentos Iniciais Elevados

As barreiras à entrada agora referem-se à exigência de vultuoso investimento inicial para viabilizar a instalação de uma nova empresa no mercado. O capital inicial necessário pode ser de difícil acesso para entrantes que não tenham negócios significativos em outros setores, acarretando em juros cobrados mais elevados, ou mesmo inacessibilidade ao mercado de capitais.

As definições de Bain sobre barreiras à entrada foram criticadas, como toda a visão estruturalista da economia, pela “Escola de Chicago”. Neste contexto, STIGLER (1968), pregou que somente existem barreiras à entrada na presença de assimetrias entre as firmas, ou seja, quando custos devem ser incorridos pelas entrantes, mas não pelas firmas instaladas. Para este autor, economias de escala e elevados requisitos de capital, por exemplo, não devem ser considerados barreiras, na medida em que as firmas entrantes e as incumbentes

têm acesso às mesmas tecnologias e dispõem do mesmo mercado de capital para financiar seus investimentos. De um modo geral, a reavaliação das barreiras estruturais propostas por Bain foi feita à luz da noção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), custos que a empresa deve necessariamente arcar na hipótese de saída rápida do mercado. São, portanto, investimentos plenamente comprometidos (*committed investments*) com a entrada, cujos valores seriam inteiramente perdidos se não utilizados no mercado para o qual foram inicialmente destinados, ativos específicos na teoria dos custos de transação.

A importância da análise das barreiras à entrada não somente é reconhecida pela teoria econômica aplicada à área antitruste, mas também na jurisprudência dos órgãos de defesa da concorrência em diversos países. Para o *GUIDELINES* (1997) e o *GUIA* (2001), a entrada deve ser realizada (ou possível de ser realizada, quando da ameaça crível de entrada) por agentes comprometidos com a estratégia de entrada no mercado, ou seja, os entrantes devem ser capazes de enfrentar eventuais barreiras existentes, incorrendo inclusive em custos irrecuperáveis significativos (os chamados *committed entrants*). Além disso, a entrada (ou sua ameaça crível) deve satisfazer as três condições descritas a seguir:

1º Condição: A entrada deve se realizar em um período de tempo de aproximadamente, dois anos. Este seria o período máximo dentro do qual os efeitos lesivos sobre os consumidores decorrentes da concentração ou conduta poderiam ser revertidos através da adição da nova oferta propiciada pelo entrante (*timeliness of entry*);

2º Condição: A entrada deve ser altamente provável, isto é, economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. A entrada é provável quando as escalas mínimas viáveis são inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços pré-concentração (*likelihood of entry*); e

3º Condição: A entrada deve ser suficiente para trazer os preços para os patamares verificados antes da concentração ou conduta e permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial (*sufficiency of entry*).

Satisfeitas as condições de entrada acima, o ato de concentração ou a prática restritiva é tido como incapaz de ofender à concorrência, não gerando mais preocupação da parte das

autoridades da defesa da concorrência. Em que pesem as peculiaridades de cada tipo de teoria por trás do conceito de entrada, importa salientar que os princípios e os resultados são basicamente os mesmos. Verificando-se a existência de baixas barreiras à entrada e/ou concorrentes capazes de redirecionar suas capacidades produtivas já instaladas para a fabricação de produtos do mercado relevante, as autoridades antitruste têm fortes indícios de que o ato de concentração ou conduta anticompetitiva não deve gerar grandes efeitos em termos de criação e/ou aumento de poder econômico: em ambos os casos, a elasticidade da oferta é elevada, implicando que as empresas envolvidas no ato ou conduta não detêm poder de mercado significativo (HOVENKAMP, 1994).

2.4 A Avaliação das Eficiências

O principal benefício propiciado por atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas é o seu potencial de gerar ganhos de eficiência que podem induzir aumentos de competitividade entre empresas, melhoria da qualidade dos produtos e menores preços aos consumidores. Todavia, sabe-se que atos e condutas que ocorrem em mercados concentrados podem realçar o poder de mercado e não distribuir os benefícios conseguidos. Neste sentido, seria preferível que as eficiências alegadas pelas empresas fossem alcançadas de outras formas que não através do ato de concentração ou conduta anticompetitiva. Caso isto não seja possível, deve ser avaliado qual será o efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995; CARLTON & PERLOFF, 2000).

As eficiências consideradas pela análise antitruste são as produtivas e as relacionadas a reduções dos custos de transação. Eficiências produtivas são aquelas que resultam de economias reais de recursos (redução de custo²⁶) que permanecem no longo prazo e permitem à firma aumentar a produção ou melhorar a qualidade dos produtos. A vantagem destas eficiências é que podem ser comprovadas por documentos técnicos e contábeis (requisito legal). As eficiências produtivas incluem economias de escala, economias de escopo, e economias resultantes da aquisição ou transferência de tecnologias.

As economias de escala são reduções nos custos médios derivadas da expansão da quantidade produzida, dado os preços dos insumos. Os custos médios tendem a diminuir quando os

²⁶ Sobre custos ver VARIAN (1984).

custos fixos são uma parcela considerável dos custos totais, quando a produtividade do trabalho aumenta, devido à especialização de uma linha de produção, ou à ocorrência de economias de aprendizagem (*learning economies*). As economias de escopo são reduções nos custos médios derivadas da produção conjunta de bens distintos, dado os preços dos insumos. Os custos médios tendem a diminuir quando os insumos comuns aos distintos produtos e os recursos de distribuição e comercialização são melhor aproveitados. Já a introdução de uma nova tecnologia pode implicar a introdução de um novo produto no mercado (inovação) ou a geração de maiores níveis de produtividade.

Já de acordo com a interpretação da teoria dos custos de transação²⁷, a especificidade de ativos e o oportunismo fazem com que a coordenação da interação entre os agentes por relações mercantis puramente competitivas gere ineficiências econômicas. Assim, uma variedade de formas organizacionais (por exemplo: verticalização e horizontalização) e contratuais é criada para substituí-las. Decorre dessa abordagem que o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais a condutas das partes e iniciativas de integração ou quase-integração ao longo das cadeias produtivas constituam, muitas vezes, formas organizacionais que geram ganhos de eficiência. Vista deste ângulo, os contratos podem ser uma busca pela redução dos custos de transação e representar ganhos de eficiência, reduções de custo e potenciais quedas de preços para o consumidor.

Para avaliar o efeito líquido resultante de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva, WILLIANSO (1968a)²⁸, baseado nos preceitos da “Escola de Chicago”, desenvolveu um modelo de equilíbrio parcial analisando o *trade off* existente entre os ganhos de eficiência alocativa decorrentes de reduções de custos e melhor aplicação dos recursos, e os efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado, expressos em reduções das quantidades ofertadas e preços mais elevados. Segundo o modelo²⁹, um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências alocativas superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (o chamado “custo social do monopólio”).

²⁷ Sobre esta teoria e sua relação com a defesa da concorrência ver POSSAS *et al* (1997).

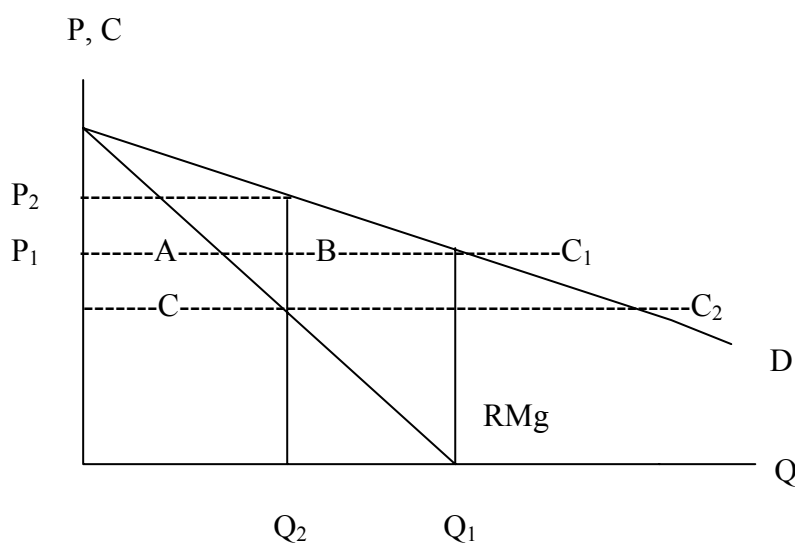
²⁸ O artigo original de Willianson foi publicado em 1968, na *American Economic Review*, sendo posteriormente republicado algumas vezes com pequenas mudanças (WILLIANSO 1968b, 1969).

²⁹ Para uma apresentação didática deste modelo, ver CARLTON & PERLOFF (2000).

O exemplo dado pelo autor se refere a um ato de concentração que unifique todas as empresas do mercado (transformando-o em monopólio) e gere redução de recursos via economia de escala. O autor assume inicialmente um mercado competitivo, com ausência de poder de mercado ($K = 1$, sendo $K = P_1/C_1$ o índice que mede o poder de mercado), e preço do bem – homogêneo – igual aos seus custos médios, supostos constantes para efeito de simplificação. No GRÁFICO 2.2, C_1 representa o custo médio de duas firmas antes de se fundirem, e C_2 mostra o custo médio após a fusão. Antes do ato de concentração, a competição no mercado era suficiente para manter o preço em P_1 , sendo vendida a quantidade Q_1 . Após o ato, o custo de produção caiu devido às economias de escala e foi criado poder de mercado ($K > 1$, crescente com a concentração), permitindo à nova firma elevar o preço para P_2 , reduzindo a quantidade vendida para Q_2 .

GRÁFICO 2.2

TRADE OFF ENTRE GANHO DE EFICIÊNCIA E PODER DE MERCADO



Fonte: WILLIANSO (1968a). Elaboração própria.

Sendo assim, a concentração implicou dois movimentos contrários:

i) o primeiro foi a redução do excedente do consumidor, correspondente às áreas A (retângulo) e B (triângulo), sendo que B representa o “peso morto” da sociedade. Para

calcular este peso morto³⁰, parte-se da mensuração de qualquer área triangular (base vezes altura, dividida por dois), ou

$$B = (\frac{1}{2}). \Delta P. \Delta Q$$

A distorção relativa dos preços de equilíbrio com a extensão de poder de mercado ocorrida, ou a fração pelo qual o preço de monopólio desvia do preço competitivo, é definida como $d = (P_2 - P_1)/ P_1 = \Delta P/P_1$, e sendo η é a elasticidade-preço da demanda no arco, tem-se:

$$\eta = (\Delta Q/Q_1)/ (\Delta P/P_1) = (\Delta Q/Q_1)/ d \text{ ou } \Delta Q = \eta.d.Q_1$$

Substituindo $P_1.d = \Delta P$ e rearranjando as equações acima, tem-se:

$$B = (\frac{1}{2}).P_1.Q_1.\eta.(\Delta P/P_1)^2$$

ii) O segundo foi o aumento no excedente do produtor, equivalente às áreas retangulares A e C, sendo tais áreas dadas, respectivamente, por sua base vezes sua altura, ou

$$\Delta P.Q_2 \text{ e } \Delta C.Q_2$$

Assim, enquanto a área A representa uma transferência de excedente dos consumidores para o(s) produtor(es), a área B representa a perda de “peso morto” do monopólio, e a C representa o ganho do(s) produtor(es). Em termos líquidos, se $(C - B) > 0$, então a operação implicou aumento de eficiência alocativa, dado o incremento no excedente total, no mercado relevante em questão. Formalmente, a condição necessária para aumento da eficiência alocativa é dada por:

$$(\Delta C.Q_2) - (\frac{1}{2}).P_1.Q_1.\eta .(\Delta P/P_1)^2 > 0$$

Satisfeita esta condição, uma fusão não estará gerando efeitos líquidos negativos, e portanto deverá ser aprovada. É importante notar que o cálculo da redução de custos necessária depende apenas do aumento de preços máximo esperado (preço monopolista) e da elasticidade-preço da demanda no entorno do nível de preço praticado inicialmente. Ainda,

³⁰ Trata-se do método de HARBERGER (1954), empregado para calcular a perda de peso morto, supondo-se uma curva de demanda linear. Ver também SCHERER & ROSS (1990), capítulo 18, *Market Structure and Performance: Overall Appraisal*.

como se pressupõe que o preço seja sempre estabelecido no nível de monopólio, a redução necessária dos custos é uma função inversa da elasticidade.

Willianson, a partir da inequação acima, apresenta as reduções de custos médios, em termos percentuais, necessárias para anular os efeitos negativos derivados do aumento de preços, para diversos valores de elasticidades. Cabe notar, no entanto, que caso o poder de mercado seja pré-existente à integração das duas empresas, ou seja, o preço já seja maior do que o custo médio ($K > 1$), o grau de exigência quanto às economias requeridas deve ser bem superior ao do mercado concorrencial ($K = 1$) (WILLIANSON, 1968). Os cálculos realizados, supondo inexistência prévia de poder de mercado ($K = 1$), permitem concluir que uma redução de custos relativamente modesta é geralmente suficiente para compensar aumentos relativamente elevados de preços, mesmo quando a elasticidade-preço da demanda for alta. O autor exemplifica que se a elasticidade for igual a 2, bastaria uma redução de custos de 2% para compensar um aumento de preços da ordem de 10%. Como ele mesmo afirma:

“The naive model thus supports the following proposition: a merger which yields non-trivial real economies must produce substancial market power and result in relatively large price increases for the net allocative effects to be negative.” (WILLIANSON, 1968a: 23).

O exemplo de VISCUSI *et al* (1990), retratado na TABELA 2.2, fornece a percentagem de redução nos custos decorrentes de um ato de concentração suficiente para compensar um aumento de preço para uma dada elasticidade da demanda (η). A equação utilizada foi a da eficiência econômica líquida do critério de Willianson, ou

$$(\Delta C \cdot Q_2) - (1/2) \cdot P_1 \cdot Q_1 \cdot \eta \cdot (\Delta P / P_1)^2 = 0$$

mas dividindo-se a expressão por Q_2 e por $C = P_1$, obteve-se: $\Delta C / C = (1/2) \cdot (Q_1 / Q_2) \cdot \eta \cdot (\Delta P / P_1)^2$

TABELA 2.1
PERCENTAGEM COMPENSATÓRIA DE REDUÇÃO NOS CUSTOS

	η			
$\Delta P / P$	3	2	1	1/2

5	0,44	0,27	0,13	0,06
10	2,0	1,21	0,55	0,26
20	10,38	5,76	2,4	0,95

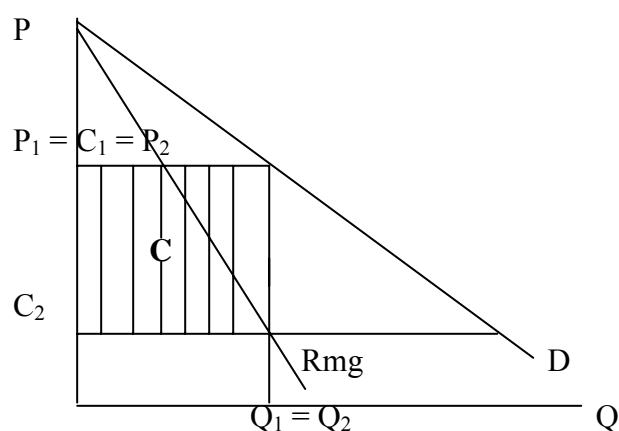
Fonte: VISCUSI *et al* (1995). Elaboração própria.

O problema desta abordagem é que ela desconsidera os efeitos sobre a distribuição de renda derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta – na forma da transferência compulsória de renda do consumidor para o produtor. Ao desconsiderar o efeito distributivo, o modelo de Willianson acaba por considerar indiferentes situações de concorrência perfeita e de monopólio com discriminação de preços perfeita, dado que em ambos os casos o excedente total é máximo, sendo apropriado inteiramente pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo caso (POSSAS, 2002).

Em consonância com um critério distributivo, a outra abordagem de mensuração das eficiências, denominada na literatura como *Price Standard* ou padrão de preço (FISHER *et al*, 1989), constitui-se numa variante do modelo tradicional de Willianson. Exige, no entanto, como condição para a aprovação de atos ou condutas, que estes tenham como efeito final o aumento ou, no mínimo, a manutenção do excedente do consumidor no mesmo patamar. Isto significa supor que mesmo com elevação de poder de mercado não poderá haver aumento de preço ao consumidor. Neste modelo, as eficiências decorrentes de uma fusão, aquisição, ou conduta devem ser de tal magnitude que torne improvável e desnecessário um aumento de preço. Note-se que, neste caso, pode-se afirmar que o ato ou conduta gerou um incremento da eficiência de Pareto, e não apenas da eficiência alocativa.

O GRÁFICO 2.3 ilustra o modelo de padrão de preço. Partindo das suposições empregadas pelo critério de Willianson (GRÁFICO 2.2), o equilíbrio de mercado ocorre em $P_2 = P_1 = C_1$. Entretanto, para este critério, um ato ou conduta será aprovado somente se não gerar transferência de renda dos consumidores para os produtores, ou se $P_2 \leq P_1$

GRÁFICO 2.3
 MODELO PREÇO-PADRÃO



Fonte: FAGUNDES (2003). Elaboração própria

Neste caso, não há perda de peso morto ($A = 0$, no gráfico 5), pois os preços pós-operação são pelo menos iguais aos preços pré-operação e, por hipótese, sempre haverá economia de recursos que reduza os custos médios e leve a um aumento do excedente do produtor (área retangular $C > 0$). Assim, os produtores ganharão e os consumidores estarão, no mínimo (caso o novo preço se mantenha, podendo até cair) na mesma situação inicial. Esta restrição, de que não pode haver aumento de preço de forma a evitar uma redução no excedente do consumidor, leva à necessidade de uma redução nos custos muito expressiva. Nota-se que o modelo de padrão de preço estabelece como objetivo da política de defesa da concorrência a maximização do excedente do consumidor, e não do excedente total, como propõe Willianson e os defensores da “Escola de Chicago”, evitando assim, a transferência de renda dos consumidores para as firmas (FISHER *et al*, 1989).

Além disso, o modelo requer que somente as economias reais provocadas por um ato de concentração ou prática restritiva que tenham impacto sobre os custos marginais, ou de modo aproximado, sobre os custos variáveis, devem ser incorporadas à análise antitruste, tendo em vista que somente estas geram a possibilidade de, a despeito da suposta elevação de poder de mercado gerado, que o preço se mantivesse constante pós-mudança.

A lei brasileira de defesa da concorrência prevê, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Desse modo, deveriam ser considerados

na análise de casos brasileiros não apenas os efeitos da operação sobre o total do excedente econômico (“custo social do monopólio”), mas também os efeitos sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo padrão de preço se aproximaria mais do objetivo traçado pela Lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos eqüitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços. O GUIA (2001), por sua vez, exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, como requer o modelo de Williamson.

De fato, ambos os modelos (o padrão de preço e o critério de Williamson) constituem-se em instrumentos analíticos que buscam mensurar as eficiências, tendo em vista a compensação dos efeitos anticompetitivos de uma operação ou conduta. Deve-se acentuar, ainda, que ambos os modelos dependem, para a sua aplicação, de informações relativas tanto a uma quantificação precisa das eficiências, isto é, a previsão da redução dos custos, quanto a estimativas das elasticidades-preço da demanda dos mercados envolvidos. Tal fato não passou despercebido por Williamson, que sugeriu o reconhecimento, *a priori*, de métodos de obtenção das economias de recursos (VISCUSI *et al*, 1995).

Por fim, os dois modelos consideram como efeito primário de um ato de concentração e de uma conduta competitiva a possibilidade do aumento de preços. E é este efeito que está sendo modelado para se obter o resultado líquido para a sociedade do ato ou conduta. No entanto, existem outros danos além do aumento no preço do produto relevantes possíveis de serem causados por uma conduta sobre o(s) mercado(s). O exame de possíveis eficiências econômicas geradas pela conduta, considerando-se a aplicação da regra da razoabilidade, requer para todas as práticas anticompetitivas a identificação e avaliação de possíveis benefícios ou aumentos de eficiência a elas associados.

No caso das práticas horizontais, o principal efeito anticoncorrencial é o de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado relevante, seja a curto prazo (cartéis e outros acordos entre empresas, tabelamentos de associações de profissionais), seja a médio ou longo prazos (preços predatórios). Seus eventuais benefícios podem estar relacionados à realização de investimentos que incorporem - ou à interação entre ativos complementares já existentes, que proporcionem - maior eficiência produtiva ou tecnológica, em determinados acordos entre

empresas; ou o suporte à qualidade dos serviços prestados, em certos casos de preços tabelados por associações de profissionais.

No caso das práticas verticais, os principais efeitos anticoncorrenciais são: a facilitação da implementação de práticas concertadas (cartéis, etc.), ou o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante, no mercado relevante de origem (comum a todas as práticas); o bloqueio do mercado relevante alvo da prática para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive por aumento de custos de rivais; a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda; e a atenuação da concorrência entre ou intra-marcas. Os principais dentre os possíveis benefícios/eficiências a elas associados consistem na redução de custos de transação, expressa na detenção de comportamentos oportunistas e na proteção da reputação e dos investimentos em ativos específicos de empresas no mercado de origem. Em certos casos podem ainda estimular a consecução de economias de escala e de escopo no mercado alvo ou ainda proteger o desenvolvimento tecnológico no mercado de origem. No caso específico da fixação de preços máximos de revenda, é preciso considerar a hipótese de que ela permita eliminar a possibilidade de exercício de poder de mercado por parte dos distribuidores (RESOLUÇÃO 20).

A avaliação final dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta, como já mencionado, considera a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão. Dada a dificuldade de mensuração desses efeitos, seja porque muitos deles são apenas potenciais, seja pelos problemas intrínsecos de mensuração dos custos de transação (presentes nos benefícios potenciais de práticas verticais), provavelmente conduzirá a uma análise qualitativa do problema, sendo o critério de Willianson ou o modelo distributivo preço-padrão entre redução de custo e aumento de preço (ou restrição de quantidade) de difícil (mas não impossível) utilização.

Após a verificação da existência de eficiências econômicas líquidas, basta que as autoridades antitruste avaliem os prós e os contras do ato de concentração ou da conduta restritiva para que uma decisão sobre o caso em pauta seja tomada. No caso dos atos de concentração, uma solução intermediária, entre aprovação ou não, pode ser aceita. É o chamado compromisso de

desempenho: após exigir documentação da possibilidade futura de redução de custos na etapa da alegação das eficiências, as autoridades podem colocar a fusão, aquisição ou associação em período probatório. Ao final de três anos, a empresa resultada do ato de concentração aprovado com restrições terá que ter realizado as promessas que fez anteriormente. Somente desta forma, o ato recebe autorização permanente. Ao contrário, haverá desinvestimento.

2.5 Considerações Finais

A teoria antitruste prega a utilização de um roteiro para a análise de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Partindo da conceituação de mercado relevante, o passo seguinte é a verificação de possibilidade de exercício de poder de mercado. Caso o mercado seja contestável, a operação ou a conduta deve ser aprovada, não havendo a necessidade de avaliar as eficiências econômica derivadas. Ao contrário, o último passo é a análise das eficiências. Assim, é através deste tipo de exercício que a teoria econômica serve de instrumental para a análise antitruste. Por isso, a verificação da consistência teórica dos casos julgados pelo órgão de defesa econômica brasileiro será feita também seguindo os passos básicos da teoria antitruste. O próximo capítulo tratará da metodologia para esta avaliação e trará os seus resultados .

CAPÍTULO 3

ANÁLISE DA ATUAÇÃO DO CADE ENTRE 1994 E 2004

Este capítulo traz os resultados do estudo feito sobre a consistência da teoria antitruste utilizada pelo órgão julgador da defesa da concorrência no Brasil. Foram analisados 330 casos julgados pelo CADE no período de 1994 a 2004. Para compreensão destes resultados, este capítulo foi dividido em sete partes, além desta introdução. A primeira discorre sobre a metodologia para análise dos julgados. As outras cinco seções descrevem os resultados obtidos para cada item do roteiro discutido no capítulo anterior, como forma do ato de concentração (seção 2), caracterização da conduta anticompetitiva (seção 3), mercado relevante (seção 4), possibilidade de exercício de poder de mercado (seção 5) e eficiência econômica (seção 6). A última seção faz as considerações finais.

3.1 Metodologia

Segundo WILLING (1991), até 1982, o procedimento das autoridades antitruste em todo o mundo era bastante discricionário, valendo-se basicamente de valores de participação de mercado antes do ato/ conduta e muito pouco preciso na forma de delimitação do mercado relevante. Somente com a publicação do guia de análise pelas autoridades norte-americanas, naquele ano, é que um conjunto de procedimentos destinados a medir o aumento de poder de mercado começou a ser utilizado de forma generalizada pelas cortes dos EUA. E mais, foi somente a partir da década de noventa que instrumentais econômicos passaram a ser usados para facilitar a aplicação, por intermédio do roteiro de análise, da teoria antitruste (OLIVEIRA & RODAS, 2004). Neste contexto, resta saber se a teoria antitruste está sendo, atualmente, consistentemente aplicada pelos órgãos de defesa da concorrência internacionais mas, sobretudo, pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro, foco deste trabalho.

A política de defesa da concorrência brasileira ganhou força na última década, isto é, em um momento em que economias com tradição antitruste, como a americana, passaram a se valer cada vez mais da teoria econômica como suporte para a análise de atos de concentração e das práticas restritivas. O objetivo deste trabalho, por sua vez, é analisar a aplicação da teoria antitruste pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro, o CADE, a partir da promulgação da Lei de Defesa da Concorrência. Para tanto, então, é preciso realizar um estudo sobre como o CADE avaliou, por meio do roteiro de análise antitruste, os atos e as condutas que chegaram

para julgamento de julho de 1994 a dezembro de 2004. O CADE foi a instituição do SBDC escolhida para esta avaliação, pois é este o órgão que decide, se valendo da teoria econômica, qual o ato de concentração vai ser aprovado ou não e qual a conduta anticompetitiva vai ser condenada ou não. O CADE é, em última instância, o órgão do SBDC responsável pela construção da política antitruste brasileira³¹.

Para avaliar a aplicação da teoria antitruste pelo CADE é necessário avaliar as suas decisões. As decisões do CADE são proferidas por um Colegiado composto por um Presidente e seis Conselheiros. Para cada processo um Conselheiro é escolhido para fazer o relatório sobre o caso. Este relatório utiliza como referência, total ou parcial, aos pareceres da SEAE, SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público, quando existentes, e demais pareceres externos, quando contratados pelas partes. O Conselheiro-Relator distribui o relatório para os outros Conselheiros e seu voto poderá ser seguido ou não, sendo que cada Conselheiro poderá fundamentar o seu voto como lhe convier. Os Conselheiros podem ser advogados ou economistas, devendo ter notório conhecimento em sua área.

Como este trabalho busca refletir a aplicação da teoria econômica pelo CADE como instituição que se propõe defensora da concorrência e não avaliar o conhecimento econômico dos Conselheiros, o objeto de estudo foi o voto do Conselheiro-Relator, independente de sua formação ou se a sua decisão foi ou não acolhida pelo plenário. Os votos escolhidos foram retirados dos relatórios anuais do CADE de 1996 a 2003, que contêm todos os processos referentes a atos de concentração e condutas competitivas julgados no ano de referência. Os votos de 1994, 1995 e 2004 foram recolhidos na própria autarquia, ou, quando possível, no *site* do CADE na internet³².

Quanto à escolha dos votos dos Conselheiros-Relatores, cabe dizer que o primeiro filtro foi o período considerado. Este contempla a nova lei de defesa da concorrência, com a qual o órgão antitruste do Brasil ganhou autonomia e dimensões relevantes para a consecução de uma política de defesa da concorrência, fato impossível de ser realizado anteriormente. Além disso, a legislação, tanto para atos de concentração, como para condutas anticompetitivas, passou a refletir a teoria antitruste utilizada mundialmente.

³¹ A SEAE e a SDE são auxiliares em seu julgamento, e constituiriam assim, instrumentos para a análise antitruste realizada pelo órgão julgador.

³² www.cade.gov.br

Posteriormente, este trabalho foi restringido aos casos que tiveram julgamento de mérito e utilização parcial ou total do roteiro de avaliação de atos de concentração ou condutas anticompetitivas. O julgamento de mérito é o filtro que permite a análise dos casos que realmente poderiam acarretar em impacto(s) no(s) mercado(s) relevante(s), gerando possível efeito econômico na sociedade. Desta forma excluíram-se os processos e as consultas arquivados e/ou extintos sem julgamento de mérito, e aqueles extintos e/ou arquivados por despacho referendado, entre outros (embargos à declaração, recursos e consultas). Além disso, cabe salientar que o ano considerado é o do julgamento e não da instauração do processo. Um ato de concentração ou prática restritiva pode ter sua análise iniciada em um ano e seu julgamento ter sido concluído ano(s) depois.

Já a necessidade de julgados com análise segundo o roteiro básico proposto pela teoria antitruste foi o filtro fundamental para este trabalho, pois somente é possível avaliar a consistência teórica e empírica do CADE estudando aqueles casos que sigam, mesmo que sem uma seqüência rígida, as etapas básicas da análise antitruste. Excluem-se, assim, todos os julgados que não geram a necessidade de delimitação do mercado relevante, e por conseguinte, avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e cômputo das eficiências líquidas, como as reorganizações societárias³³.

3.1.1 Casos Analisados

Ao todo, dos 4130 julgados, foram analisados 330 casos, que estão elencados no ANEXO 1.

TABELA 3.1
CASOS ANALISADOS

CASOS	Nº CASOS	%
<i>AC's</i>	242	73.3
<i>PA's</i>	88	26.7
TOTAL	330	100

Fonte: elaboração própria.

Os resultados obtidos com a análise dos casos julgados escolhidos serão distribuídos de acordo com o roteiro de avaliação exposto no capítulo anterior. Como visto, a estrutura

³³ A reorganização societária é a transferência de controle entre os detentores que, por sua vez, mantém inalterada sua relação de controle com um único grupo a que todos pertençam, situação que, necessariamente, afastaria qualquer efeito anticoncorrencial.

recomendada pela teoria antitruste (roteiro de avaliação) implica os seguintes passos na análise de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva: i) a delimitação do mercado relevante; ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; iii) o exame das eficiências geradas pela operação.

Os únicos passos diferentes para as práticas restritivas da análise antitruste para os atos de concentração referem-se à caracterização da conduta específica e avaliação dos danos anticompetitivos. Assim, mantém-se a mesma metodologia de análise para ambos os casos, apenas substituindo a forma do ato de concentração pela identificação da prática restritiva e incluindo a avaliação dos efeitos anticompetitivos de determinada prática no cômputo das eficiências líquidas. As próximas seções trazem os resultados deste trabalho.

3.2 Forma do Ato de Concentração

O primeiro passo para a análise de um ato de concentração é a identificação da sua forma jurídica. Esta distinção pode parecer irrelevante, mas em alguns casos é fundamental. O ato de concentração foi classificado quanto a sua forma: aquisição, fusão ou *joint venture*. Caso o ato de concentração resulte de forma jurídica alternativa, esta será enquadrada no item outros.

Segundo a TABELA 3.2, a grande parte dos atos de concentração são provenientes de aquisições (81%), seguidos de associações (12%) e fusões (3%). A figura jurídica do consórcio e do contrato de arrendamento está incluída no item outros (4%). O consórcio é a associação de diferentes empresas para a participação conjunta em um novo negócio. Os consórcios são relevantes nas concentrações envolvendo empresas de telecomunicações, devido à intensidade das privatizações neste setor, principalmente a partir do ano de 1997. Os contratos de arrendamento são temporários, com possibilidade de compra posterior, e geralmente estão relacionados à situação financeira ruim da firma arrendada (“firma falida”).

TABELA 3.2
FORMA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

FORMA LEGAL	Nº CASOS	%
<i>Aquisição</i>	196	81.0
<i>Fusão</i>	7	2.9
<i>Joint Venture</i>	29	12.0
<i>Outros</i>	10	4.1

TOTAL	242	100
--------------	-----	-----

Fonte: elaboração própria.

A discussão entorno da forma do ato de concentração foi crucial nas *joint ventures* Brahma/ Miller (AC nº 58/95) e Antártica/ Anheuser-Bush (AC nº 83/96). As associações alegaram ganhos de benefícios mútuos entre as empresas, principalmente com a troca de *know how*, conhecimento mercadológico e do sistema de distribuição, e transferências de tecnologias, com duração e objetivos específicos estipulados em contrato. Apesar da eliminação de concorrência potencial, ficou comprovada a geração das eficiências capazes de compensar a possibilidade de exercício de poder de mercado. A jurisprudência internacional em matéria de *joint ventures* é pródiga em demonstrar que a eliminação de concorrência potencial só é tolerável em casos nos quais a associação propicie consideráveis ganhos de eficiência, principalmente no que se refere ao desenvolvimento tecnológico (KWOKA & WHITE 1994). Assim, consistentemente com a jurisprudência internacional e a teoria antitruste, os Conselheiros-Relatores dos respectivos julgados consideraram o fato de que o ato, sendo uma *joint venture*, reduziria possibilidade de exercício de poder de mercado.

3.3 Classificação Conduta Anticompetitiva

O passo inicial da análise de uma prática de mercado é a caracterização de sua natureza anticoncorrencial, identificando-se a conduta e a sua autoria. A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, podendo incluir evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita (RESOLUÇÃO 20). As condutas foram enquadradas como horizontais e verticais e divididas de acordo com a classificação dada no capítulo 1.

É interessante notar que os processos administrativos tratam equilibradamente de práticas horizontais e verticais, que representam respectivamente 55% e 45% do total. A caracterização da conduta é realizada através do enquadramento legal via utilização de provas documentais de diferentes naturezas. O respeito do devido processo legal e a obtenção de provas exigem sofisticação jurídica. Ainda, se requer uma análise econômica antes de se concluir pela ocorrência de indícios de infração. A utilização de instrumental econômico para demonstrar a existência da conduta após seu enquadramento legal, como indicado pela teoria antitruste, é, no entanto, feita em poucos casos.

TABELA 3.3
CLASSIFICAÇÃO DAS CONDUTAS

CLASSIFICAÇÃO		Nº CASOS	%
Horizontal	<i>Cartel</i>	10	11.4
	<i>Acordos</i>	3	3.4
	<i>Ilícitos Profissão</i>	21	23.9
	<i>Preço Predatório</i>	5	5.7
	<i>Abuso</i>	7	8.0
	<i>Outros</i>	2	2.3
	TOTAL	48	54.6
Vertical	<i>RPM</i>	11	12.5
	<i>Restrição Território</i>	5	5.7
	<i>Acordo Exclusivo</i>	7	8.0
	<i>Recusa Negociação</i>	9	10.2
	<i>Venda Casada</i>	4	4.5
	<i>Discriminar Preço</i>	3	3.4
	<i>Outros</i>	1	1.1
	TOTAL	40	45.4
TOTAL		88	100

Fonte: elaboração própria.

Os exemplos de casos em que apenas o enquadramento legal foi feito são extensos. Um deles está retratado nos primeiros casos julgados de cartel, referentes sobretudo às práticas anticompetitivas observadas no setor de serviços educacionais, muito recorrentes no ano de 1997, cujo mérito recaía sobre acordos para fixar preço no momento de conversão para a URV, na implantação do Plano Real, do valor das mensalidades escolares no Distrito Federal. Outros foram os casos de ilícitos de associações de profissionais que englobam a proibição de dupla militância imposta pelas cooperativas ou associações de serviços médicos, e a fixação de preço mínimo, por imposição de tabela sugestiva

Muitos outros processos também resumiram sua análise da caracterização da conduta ao enquadramento legal: PA's 152/94 e de 275 a 281/92 (abuso de posição dominante de empresas farmacêuticas que reajustaram preços após o fim do controle federal), PA's 08000.012236/94-81, 08000.016801/94-16, 08000.020697/94-95, entre outros (referentes a reajustes de tarifas públicas ocorridos antes do advento da Lei 8.884/94), PA's 195/94, 184/94, 187/94, 188/94, 191/94, entre outros, (aumento abusivo de preço e aumento arbitrário

de lucro no setor educacional), PA's 68/92 e 29/92 (aumento arbitrário de lucro feitos respectivamente pelas empresas Alcon e Aché), PA 148/92 (fixação de preço de revenda pela Kibon), PA's 08012.000128/95-98 e 08012.016153/95-89 (acusação recíproca entre os jornais Folha e Estado sobre acordos de exclusividade), e o PA 53500-00359/99 (recusa de negociação entre TV Globo e Directv).

A falta de análise econômica aqui apresentada não está relacionada ao fato de que os casos foram julgados arbitrariamente. Discussões sobre a ilicitude das condutas foram travadas, inclusive, muitas vezes, com alto rigor jurídico. Porém, como o objetivo deste trabalho é avaliar a consistência do CADE, do ponto de vista econômico, não cabe considerar este tipo de esforço.

O primeiro caso no qual se buscou um padrão de prova baseado no instrumental econômico foi o PA nº 279/92 (Alpargatas), julgado em 1998. O Relator concluiu que para se definir uma conduta de preço predatório seria necessário, além de uma comparação dos custos *vis-à-vis* os preços, avaliar a capacidade de recuperação dos lucros *a posteriori*, depois de atingido o objetivo da predação, como desenvolvido pela teoria antitruste. Para o Relator, é significativa a predominância do enfoque estruturalista na análise dos casos de condutas tidas como predatórias nos anos 70/80, enfatizando que o êxito de uma estratégia predatória é improvável quando a facilidade de entrada competitiva possa comprometer a recuperação do investimento realizado pelo predador na adoção de preços abaixo dos custos.

Em outras palavras, independentemente da relação preço-custo, a caracterização de prática de preços inferiores aos custos como conduta predatória prejudicial à concorrência passa necessariamente pela demonstração da capacidade da firma indicada em manter seu poder ou posição dominante no mercado relevante por tempo suficientemente longo, para não só recuperar suas perdas, mas também para colher algum benefício adicional. Porém, no caso em questão, apesar da ciência da sua importância, esta análise estrutural não foi possível de ser realizada por não haver nos autos dados suficientes para os cálculos requeridos pela teoria econômica. A conduta, então, não foi caracterizada por falta de informação.

Também no caso Labnew e Merck (PA nº 08012.013002/ 95-97) a última foi acusada pela primeira de realizar a venda de tubos para coleta de sangue a vácuo através de prática de

preço predatório (*dumping* e *underselling*³⁴). A acusação da prática de *dumping* foi feita a partir da comparação dos preços FOB domésticos e de exportação dos tubos. A acusação de *underselling* foi baseada na comparação entre os preços praticados pela Merck e o preço mínimo de venda no mercado interno necessário para a cobertura dos custos de internação e comercialização, considerando-se margem de lucro zero. O Relator considerou que a prática de preços abaixo dos custos em si não é uma infração, visto que ela por si só não poderia alijar do mercado uma concorrente que tinha maior participação no mercado, caso da Labnew. A conduta não foi caracterizada, pois é necessário o objetivo de eliminação da concorrência para posterior prática de preços e lucros de monopólio. Aplicou-se, aqui, a teoria econômica de forma a auxiliar na decisão do caso.

O primeiro importante caso de discriminação de preços ocorreu no setor cimenteiro, que é caracterizado como um oligopólio homogêneo (não diferenciado), com tecnologia difundida e consolidada, e elevadas barreiras à entrada, impostas pelo controle do acesso às fontes de matérias-primas e pelas exigências de economias de escala. A lavra de calcário é uma concessão pública com duração limitada pelo tempo necessário à recuperação do capital investido na pesquisa e exploração do mineral. Os custos de transporte e a perecibilidade do produto definem mercados relativamente restritos geograficamente, o que confere posições monopolísticas ou quase monopolísticas aos ofertantes. A prática da verticalização até a distribuição do produto no varejo é comum, dado o significativo peso do frete no custo final do produto. As cimenteiras, em geral, controlam distribuidoras, que possuem frota própria de transporte de carga. Verificou-se, nos cinco casos estudados, que os valores cobrados eram desproporcionais à distancia percorrida e os preços diferenciados por tipo de cliente (preço para consumidores industriais e finais é 10% maior do que para distribuidores).

A conduta ficou configurada através da análise da série de preços, mas uma discriminação de preços nem sempre traz ineficiências para um mercado. A apropriação de parcela do excedente do consumidor para elevar os lucros das cimenteiras não é intrinsecamente anticompetitiva, na medida em que, embora aumentando os lucros do produtor, pode não afetar o bem-estar dos consumidores ao não restringir, ou até ao aumentar, o volume de transações no mercado. Ficou comprovada a discriminação de preço entre os diversos

³⁴ *Dumping* é a prática através da qual um exportador vende para o mercado externo determinado produto com preço abaixo do praticado em seu país de origem. Já *underselling* é a venda do produto com preço abaixo de seu custo.

distribuidores de cimento, mas não que esta levou a uma redução de bem-estar. A análise foi incompleta.

Outro caso em que a economia auxiliou na configuração do ilícito foi o cartel dos postos de gasolina de Florianópolis, julgado em 2002 (PA nº 08012.002299/2000-18). A conduta dos representantes tipificada na instrução do processo foi a de colusão para fixação de preços. Dadas as características do produto relevante (combustíveis, produto homogêneo com pouca diferenciação), para o Relator, a substituição entre os serviços de dois postos revendedores pelo consumidor se daria, essencialmente, em função do preço e do custo de acesso. No intento de avaliar os efeitos do cartel nos mercados, o Conselheiro-Relator examinou dados de preços de revenda e de fornecimento pelas distribuidoras, da gasolina comum, praticados durante o ano de 2000, pelos postos representados e outros postos localizados na região da cidade de Florianópolis.

O Relator encontrou eventos aparentes na série de preços praticados da gasolina comum que demonstram a capacidade de coordenação dos postos em torno da prática de preços muito próximos entre si, e por longos períodos de tempo. Outro conjunto de evidências proporcionadas pelas amostras de preços praticados foi constituído por dados de margens brutas (a margem bruta foi calculada como a diferença, em cada data, entre esses dois preços) de comercialização da gasolina C pelos postos representados e por um conjunto de postos não representados. Observou-se que a elevação de patamar do nível médio das margens e a redução da dispersão das margens ocorreram simultaneamente ao aumento do nível dos preços e à redução da dispersão dos preços. Tal comportamento das margens como o dos preços revelou, para o Conselheiro-Relator, fato difícil de explicar na ausência de um mecanismo de coordenação de políticas de preços entre os representados. Neste caso, o instrumental econômico juntamente às provas documentais foram suficientes para caracterizar a prática como restritiva.

Por fim a caracterização do cartel formado pelas siderúrgicas CSN, Cosipa e Usiminas (PA 08012.015337/ 94-48), o Conselheiro-Relator se valeu de um trabalho levado aos autos baseado na teoria dos jogos, que aplicou um teste quantitativo sobre o excesso da capacidade de lucro das empresas para verificar se as escolhas estratégicas das siderúrgicas levaram a um acerto entre elas. A conclusão foi positiva. Instrumental econômico similar foi a base para

configuração da conduta do PA de nº 08012.009118/98-26 (empresas EISA e Marítima), no qual o Conselheiro-Relator usou a teoria dos leilões para caracterizar o conluio em licitação de serviços da plataforma da Petrobrás. Com base neste método, ele verificou que os concorrentes acertaram um mecanismo de transferência de recursos entre si para o caso de um ou outro ganhar a licitação.

O problema da caracterização da conduta anticompetitiva se refere à restrita utilização de instrumentais econômicos. Isto se deve sobretudo à falta de informação nos autos e à dificuldade de acesso do CADE à base de dados externas (na inexistência de uma interna). Uma das soluções encontrada para os julgados mais recentes foi a avaliação dos estudos juntados pelas requerentes, que será discutido adiante.

3.4 Delimitação do Mercado Relevante

O primeiro passo básico para a análise antitruste é a delimitação do mercado relevante. Aqui este item foi subdividido em partes necessárias para que esta delimitação esteja completa e de acordo com a teoria antitruste.

3.4.1 Substituibilidade da Demanda

A substituibilidade da demanda ocorre quando os consumidores substituem os bens produzidos pelas empresas objeto do ato de concentração ou conduta anticompetitiva em uma área específica. Para obter o resultado mostrado na tabela abaixo foi considerado se houve a análise da substituição no consumo, nas dimensões produto e geográfica, ou melhor, se houve qualquer referência a esta substituição, independente se foi ou não aceita.

TABELA 3.4
SUBSTITUIBILIDADE DA DEMANDA

HOUE ANÁLISE?	Nº CASOS	%
<i>SIM</i>	205	62.5
<i>NÃO</i>	125	37.5
<i>TOTAL</i>	205	100

Fonte: elaboração própria.

A TABELA 3.4 mostra que em 62% dos casos houve a análise da substituibilidade da demanda, não importando se outros produtos foram ou não incorporados no mercado

relevante. Isto é, o que se pretendeu mostrar com esta tabela foi que em 205 casos houve uma análise da substituíbilidade.

Resta agora verificar em quais casos houve o emprego dos testes referidos no capítulo anterior. Esta análise só pode ser feita em cima dos casos que fizeram alguma consideração da substituíbilidade no consumo (205 casos escolhidos ou 62% do total). Se um dos três testes foi empregado, tanto para a dimensão consumo, como para a dimensão geográfica, este será identificado respectivamente como ELTs (Elasticidades), PCT (*Price Correlation Over Time*), ou TMH (Teste do Monopolista Hipotético). A substituíbilidade também pôde ter sido considerada, mas nenhum teste utilizado, sendo os produtos considerados substitutos ‘intuitivamente’, utilizando-se somente a relação dos bens fabricados e seus prováveis substitutos, na dimensão produto, ou a região de comercialização, na dimensão geográfica.

A tabela abaixo mostra que a substituição do produto é na sua quase totalidade (86%) considerada sem nenhuma técnica formal. Os testes realizados, mas em muitos poucos casos, estavam relacionados basicamente à elasticidade (9%), tanto a elasticidade preço-cruzada dos produtos, quando havia substitutos, quanto a elasticidade-preço da demanda, na inexistência destes. O TMH foi realizado em apenas 3% dos julgados analisados.

TABELA 3.5
SUBSTITUIBILIDADE DA DEMANDA: TESTE

<i>EMPREGOU TESTE?</i>	Nº CASOS	%
<i>ELTs</i>	19	9.2
<i>PCT</i>	4	2.0
<i>TMH</i>	6	2.9
<i>NENHUM</i>	176	75.9
<i>TOTAL</i>	205	100

Fonte: elaboração própria.

Dimensão Produto

O caso pioneiro na utilização de algum teste para cálculo da substituíbilidade da demanda na dimensão produto foi da aquisição da Sinasa pela Rhodia (AC nº 12/94). O Conselheiro-Relator utilizou a elasticidade-preço cruzada para encontrar a substituíbilidade entre as fibras sintéticas de poliéster e acrílica, mas não explicitou qual seria o percentual de aumento dos preços considerado como parâmetro para o qual esses produtos substitutos teriam condições

de concorrer no mesmo mercado. De qualquer forma, a análise foi extremamente relevante para delimitação do mercado relevante.

Para melhor definir o mercado relevante dos 40 casos de aquisição de empresas fabricantes de cimento e de concreto (concentrações verticais, como o AC 08012.000345/00-55), o gabinete responsável pela maioria dos processos fez um esforço para o cálculo da elasticidade-preço da demanda do cimento. Se valendo de um trabalho levado aos autos, o Conselheiro-Relator concluiu que este produto, nas suas muitas utilizações, não tem substitutos próximos, já que a elasticidade para o cimento foi definida no intervalo de $(0,25; 0,35]$ ³⁵. O produto relevante então seria o cimento apenas, restringindo a delimitação sugerida pelas empresas requerentes e aumentando o poder de mercado das firmas envolvidas.

No ato envolvendo as empresas Warner-Lambert (AC nº 08012.012223/99-60), para determinar o mercado relevante de produto houve uma extensa discussão sobre a substituíbilidade na demanda para produtos diferenciados. Para o Relator, na falta de estudos econométricos mais abalizados, a solução seria a definição de um mercado relevante de produto mais restrita, haja visto que o mais importante, em casos de produtos diferenciados, não são os limites dos mercados formalmente definidos, mas a identificação da concorrência localizada. Adotou, assim, o mercado de gomas de mascar como o mercado relevante de produto, e não confeitos em geral como queriam as Representadas, que para tanto, calcularam as elasticidades preço da demanda e preço-cruzadas para vários confeitos a base de açúcar.

O Relator utilizou o conceito de concorrência localizada³⁶, que parte do pressuposto de que, se a concorrência entre os produtos das firmas fusionadas reduzisse, e o preço de um deles aumentasse, os consumidores demandariam mais o outro produto por elas fabricado. Isto é, se uma firma vendedora do produto A adquirisse a firma vendedora do produto B, seu incentivo para elevar o preço do produto A seria maior, quanto maior o número de compradores de A que reagiriam a um aumento de preço de A mudando para o produto B. A partir desta visão, se a firma adquirente (Warner-Lambert) aumentasse o preço de uma de suas marcas de gomas de mascar, muito provavelmente os consumidores migrariam para outros produtos de gomas de mascar, e não para outros tipos de confeitos doces. Aqui uma nova aplicação da teoria

³⁵ A estimação para a elasticidade foi feita através do método dos mínimos quadrados ordinários.

³⁶ O conceito de concorrência localizada é resultado da aplicação dos modelos de concorrência espacial (espaço no sentido das características dos produtos) desenvolvidos a partir do estudo clássico de HOTELLING (1929) e surgiu nas discussões do caso Kellogg nos EUA em 1972.

econômica foi utilizada para se delimitar o mercado relevante na dimensão produto. Os estudos sobre as elasticidades cruzadas dos prováveis substitutos da goma de mascar trazidos aos autos foram analisados pelo Conselheiro, embora utilizados apenas parcialmente. A teoria antitruste auxiliou na delimitação do mercado.

Já no caso Nestlé/ Garoto (AC nº 08012.001697/02-89), a questão da substituíbilidade do produto foi extremamente relevante para delimitação do mercado como o de chocolates sobre todas as formas. As pesquisas e estudos quantitativos juntados aos autos pelas Requerentes e pela impugnante Lacta/ Kraft apontam para a definição do mercado amplo de chocolates sob todas as formas.

Inicialmente, o comportamento do consumidor frente a aumentos de preços de chocolates foi calculado através das elasticidades estimadas pela IPSOS/Novaction (consultoria externa). A metodologia de pesquisa da Ipsos se baseou em entrevistas nas quais as pessoas foram submetidas a várias situações de compra, sendo-lhes apresentados diversos portfólios de produtos, por meio de fotografias, com diferentes preços (variações positivas e negativas de 5%, 10%, 15% e 20%) e marcas (Nestlé, Garoto, Lacta e Neugebauer). Com base nas mudanças das participações de mercado resultantes das variações nos preços, obtidas a partir das respostas dos entrevistados, o modelo estimou as elasticidades-preço por produto e também as elasticidades-cruzadas entre os produtos pesquisados.

Para o Relator, embora as elasticidades obtidas não correspondessem às reais elasticidades do mercado, tendo em vista as limitações do modelo PEM³⁷, estes resultados puderam ser cotejados com os resultados obtidos por outros estudos e métodos, inclusive de análises qualitativas, de modo a se estimar o comportamento das variáveis investigadas. A conclusão foi que os diferentes tipos e formatos de chocolates (tabletes, bombons, *snacks* e *candy bars*) das diferentes marcas (Nestlé, Garoto e Lacta) são substitutos entre si. Devem, portanto, ser incluídos num mesmo mercado relevante, segundo o critério do monopolista hipotético, dada impossibilidade de se praticar elevações de preços superiores a 5%, em um ou mais destes segmentos, sem perda de vendas e lucratividade para outro segmento com preços estáveis.

³⁷ A metodologia do *Price Elasticity Model* (PEM) é estruturada de modo a identificar as mudanças nas participações de mercado resultantes de variações nos preços dos produtos e não da variação no volume total de mercado ou segmento de mercado analisado, ver SHAPIRO (2002). Suas limitações recaem na presunção de igualdade de conhecimento, na distribuição e espaço nos locais de compra para todos os produtos, além da inexistência de restrição orçamentária.

Este caso consiste em um exemplo da utilização da análise econômica para a delimitação do mercado relevante em um julgado do CADE. Houve a avaliação de todos os estudos levados aos autos, mas não a adoção de algum em específico de forma arbitrária. Os próximos casos ilustrativos, por sua vez, não se valeram de nenhum instrumental para definir a substituíbilidade da demanda na dimensão produto.

No caso dos atos de concentração envolvendo medicamentos, não houve cálculo das elasticidades de substituição, mas utilizou-se uma delimitação de produtos mais específica, que comitantemente está relacionada com as classes terapêuticas, acentuando os princípios ativos dos medicamentos indicados, e com a segmentação entre os mercados ético (com prescrição médica) e de venda livre (sem prescrição). Ocorre que ambos recortes se sobrepõem, na medida em que expressam características complementares dos produtos em questão. Os dois, no entanto, foram considerados na definição do mercado relevante, pois a utilização única de um desses critérios poderia levar a uma definição mais restrita de mercado relevante. Exemplos nos quais esta metodologia foi utilizada são: AC nº32/94 (Smithkline Beecham e Sterling), AC nº 96/95 (Glaxo e Laboratórios Wellcome-Zeneca), AC nº 47/95 (Laboratórios Silva Araújo e Merrel Lepetit), AC nº 34/95 (Allergan e Laboratórios Frumtost), entre outros.

Outra definição de mercado que não utilizou testes para mensurar a substituíbilidade dos produtos, mas cuja análise foi mais complexa, foi a dos fertilizantes básicos fosfatados e nitrogenados (AC's 02/94, 08012.000497/00-01, 08012.004904/00-97, 08012.007454/00-49, e PA 08012.016384/94-11). Esta jurisprudência do CADE, baseando-se em trabalhos específicos sobre o mercado de fertilizantes brasileiro e mundiais, agregou os teores de fosfato contidos nos produtos MAP, SSP, TST, DAP para caracterizar o fertilizante fosfatado, e os teores de nitrogênio nestes mesmos produtos, além de uréia, nitrato e sulfato de amônio, para caracterizar o fertilizante nitrogenado. Esta definição permitiu o melhor entendimento dos casos viabilizando a análise da possibilidade de exercício de poder de mercado, tanto nos atos de concentração, quanto no processo administrativo.

A grande maioria dos julgados analisados fez referência à substituição dos produtos, mas não utilizou nenhum método para calculá-la. Por exemplo, na aquisição da Jovita pela Melitta (AC nº 56/96), os substitutos para filtros de papel, produto fabricado por uma das firmas, como os filtros de pano e de nylon, foram considerados aleatoriamente, e por isso o mercado

delimitado foi o de filtros para coar café, mais abrangente (que gera menor poder de mercado para as empresas em análise). Isto ocorreu por falta de informação suficiente para se calcular as elasticidades preço-cruzadas, pois como enfatizou o Relator: “houve dificuldade para se obter informação que reflita o comportamento de mercado relevante como seria o desejável, pois a produção de filtros de pano é feita por grande número de microempresas e algumas de médio e grande porte, e um elevado número de produtores atuando no mercado informal”.

Já na aquisição da Cilpe pela Parmalat (AC nº 11/94), o mercado relevante considerado foi o de leite tipo C (dito um bem inferior), que poderia ser substituído pelo leite em pó em virtude da sua durabilidade e da falta de recursos da população em adquirir refrigeradores. No entanto, este, apesar de citado pelo Relator, não foi incorporado na delimitação do mercado relevante, restringindo-a. Já a substituíbilidade pelo leite longa vida, por sua vez, só seria factível se houvesse um aumento considerável na renda dos consumidores, o que é apenas uma suspeita, já que não houve cálculo da elasticidade-renda da demanda.

No ato de concentração vertical resultante da privatização da Ultrafertil, produtora de fertilizantes básicos, e sua compra pela Fosfertil (AC nº 02/94), produtora de fertilizantes compostos, houve uma extensa discussão quanto à possibilidade de substituição existente entre dois tipos de fertilizantes. No entanto, como o próprio Conselheiro-Relator observou, a determinação mais precisa do grau de substituíbilidade exigiria a mensuração da elasticidade preço cruzada da demanda dos produtos. Devido à dificuldade na obtenção e preparo das informações necessárias, principalmente relativas aos preços inflacionados anteriores a junho de 1994, não foi possível a aferição do grau de substituição com base no instrumental técnico adequado. Segundo o Relator, um estudo mais preciso exigiria a aplicação de modelos econométricos que pressupõem, para a eficácia de seus resultados, a utilização de séries de preços não inflacionadas para períodos de, no mínimo, cinco anos.

Por fim, na fusão da SA White Martins e Liquid Carbonic (AC 78/96), o mercado relevante foi definido como o de gases atmosféricos e o de gás carbônico (gases industriais), já que eles poderiam ser substituídos em algumas aplicações específicas. Uma definição mais rigorosa de mercado relevante, incluindo substitutos, ao menos em relação ao CO₂, deveria ser feita, entretanto, tal procedimento, segundo o Relator, seria temerário pela ausência de dados sobre o grau de substituíbilidade econômica e técnica, como por exemplo, os preços dos substitutos, a quantidade física necessária do produto substituto que seria equivalente a 1 tonelada (ou kg)

de gás carbônico para determinada aplicação, e os eventuais custos adicionais do substituto para a obtenção da mesma eficiência econômica do gás carbônico. Os dados disponíveis não permitiram aferir se as possibilidades de substituição apresentadas são razoáveis do ponto de vista econômico.

Dimensão Geográfica

A aplicação da teoria antitruste para a delimitação geográfica do mercado relevante, principalmente quando esta for regional, é consagrada pela utilização do modelo de cidade linear de Hotelling aliado ao conceito por trás do TMH (percentual de aumento dos preços permitido para que um suposto monopolista atuasse no mercado).

Alguns casos exemplificam esta aplicação. Por exemplo, na aquisição da Cimento Cauê pela Camargo Correia (AC nº144/97), houve a definição do mercado relevante na dimensão geográfica como regional devido à perecibilidade do cimento, que necessita de cuidados de armazenamento e limita o tempo de estocagem. Ainda, segundo o voto do Conselheiro-Relator: “o baixo valor do produto frente a seu volume justifica a localização das plantas próximas aos centros consumidores”. Utilizando um estudo da FIPE/USP (1996) baseado nos custos de transporte do cimento, definiu a dimensão geográfica do mercado de cimento como estando limitada a 300Km de distância dos centros produtores, nas regiões com boa estrutura de transporte, e 500Km para as regiões menos desenvolvidas. Entretanto não foi explicitado qual seria o percentual de aumento dos preços considerado como parâmetro que tornaria inviável a comercialização de cimento, não havendo a utilização do conceito do monopolista hipotético.

Também na delimitação geográfica para o mercado de cervejas na criação da AmBev (AC 08012.005846/99-12), a Relatora optou por definir mercados relevantes regionais com base nos custos de transporte incorridos nos deslocamentos do produto entre as fábricas e os centros de distribuição (frete do carro). A partir de informações das Requerentes relativas às variações dos custos de transporte de cerveja para diferentes distâncias, inferiu-se que a entrega do produto em localidades situadas a distâncias superiores a 400/500 km da fábrica (dependendo da localização original), a elevação no custo total provocada pelo custo do frete seria superior a 10%, o que tornaria inviável a sua comercialização mesmo diante de um aumento de preços dos atuais ofertantes nesse mesmo percentual. O raio obtido parte da lógica da venda “doméstica” centrada no conceito de custo total. Nesta, as empresas precisam

cobrir seus custos fixos na sua região, nas suas vendas “domésticas”, e buscam receitas marginais nos mercados “externos”. O que se fez aqui foi apenas estimar a relação entre custo de frete e distância percorrida, uma aplicação do modelo de cidade linear de Hotelling aliado ao conceito do TMH.

Já para caracterizar a delimitação como internacional, a teoria econômica pressupõe outros fatores, que não o modelo de cidade linear, como a comparação dos preços nacionais com os internacionais. Por exemplo, no mercado de fertilizantes fosfatados nos atos de concentração 08012.000497/00-01, 08012.004904/00-97, 08012.007454/00-49 (Bunge-Manah), a escolha da delimitação geográfica como internacional foi corroborada por um estudo levado aos autos que definia os produtos relevantes como *commodities*, não havendo a possibilidade de imposição de preços no mercado nacional. A hipótese examinada no tal estudo, segundo o Conselheiro-Relator, é a de que os preços dos fertilizantes básicos fosfatados domésticos são determinados pelos seus preços internacionais no mercado brasileiro, quais sejam, preço acrescido das tarifas de importação e custos do frete. O estudo utilizou séries temporais dos preços no Brasil e internacionais para os fosfatados, e concluiu-se que os fertilizantes básicos fosfatados têm seus preços determinados pelos custos internados das importações e o seu mercado geográfico foi delimitado como o internacional³⁸.

No entanto, diversamente do caso Bunge-Manah, a maioria absoluta dos julgados que tiveram sua delimitação geográfica como internacional não fez este tipo de análise econômica. Na aquisição da Verolme pela Ishikawajima (AC nº 15/94), no mercado relevante de produto de embarcações navais de médio e grande porte para o Brasil e exterior, o mercado geográfico foi definido apenas dada a grande influência das importações. Outro exemplo seria da aquisição da Kenko pela Kimberly-Clark (AC nº 90/96), no mercado relevante de fraldas descartáveis e absorventes higiênicos. A Kimberly atuava no mercado de fraldas através de importações da Argentina, devido ao baixo custo de internação (baixas tarifas à importação) para os países do Mercosul. Isto levou à delimitação do mercado geográfico como o Mercosul, pois 8% do consumo nacional de fraldas e absorventes provinha de importações, e sua maioria da Argentina. Em ambos os casos, a delimitação geográfica do mercado baseou-se na intensidade da importação, dada as tarifas aduaneiras, sem estudo mais aprofundado.

³⁸ Para tanto, verificou-se a estacionariedade das séries através do teste de raiz unitária e pôde-se inferir a co-integração entre as mesmas. O sentido da causalidade foi confirmado pelo teste de Granger.

A substituíbilidade da demanda nas dimensões produto e geográfica, necessária para caracterização do mercado relevante, não é considerada em todos os casos. Em apenas 62% dos julgados são analisados quais os produtos e as regiões que devem compor o mercado. Destes 62%, em somente 14% há o emprego de algum método econômico de delimitação de mercado. Isto significa que, quando a substituíbilidade da demanda é considerada, a análise é feita, muitas vezes, sem o rigor teórico necessário.

3.4.2 Substituíbilidade da Oferta

A análise da substituíbilidade na oferta também tem que ser incorporada para a demarcação do mercado relevante. Quando não se analisa a possibilidade de flexibilidade na produção, o mercado pode ficar mais restrito e a possibilidade de exercício de poder de mercado aumentada, dependendo do caso. Aqui foi considerado somente se houve ou não a análise da substituíbilidade da oferta na decisão acerca os atos de concentração e processos administrativos, não importando se o caso específico mudou ou não a prévia delimitação do mercado relevante, isto é, se a análise da oferta surtiu ou não efeito.

TABELA 3.6
SUBSTITUIBILIDADE DA OFERTA

HOUVE ANALISE?	Nº CASOS	%
<i>SIM</i>	154	46.7
<i>NÃO</i>	176	53.3
TOTAL	330	100

Fonte: elaboração própria.

A elasticidade da oferta foi analisada em apenas 47% dos casos, e mais, em nenhum deles houve o exercício de se definir potenciais ofertantes, sem incorrer em custos irrecuperáveis, dado um “pequeno mas significativo aumento de preços” do produto em questão.

Os casos da formação de cooperativas para comercialização de álcool combustível (AC 08012.004117/99-67 e 08012.0023115/99-50 referentes respectivamente à Brasil-Álcool e à Bolsa Brasileira do Álcool) são um exemplo de possibilidade de substituíbilidade pelo lado da oferta. A produção de álcool poderia ser rapidamente transformada em açúcar e vice-versa em decorrência a um dado aumento de preços em um dos produtos. No entanto, neste caso específico, a substituíbilidade da oferta não modificou a definição do mercado relevante de produto (álcool).

No caso da aquisição pela Nitro Química da Mineração Floral (AC nº 22/95), de propriedade da Bayer S.A., referentes à fluorita de grau ácido e grau metalúrgico, matéria-prima do ácido fluorídrico produzido pela Nitro (ato de concentração vertical), houve a análise da flexibilidade da oferta. Isto por que a fluorita é capaz de dar origem aos tipos ácido e metalúrgico apenas incluindo mais uma fase de processamento no mineral. Aqui também o Conselheiro-Relator não considerou a substituíbilidade da oferta suficiente para autorizar uma delimitação mais ampla do mercado relevante para análise dos efeitos da operação.

Já na aquisição da Dedine pela Belgo Mineira (AC nº 14/94), esta substituíbilidade foi considerada para a delimitação do mercado relevante de aços não planos comuns em todo território nacional. Segundo o voto do Conselheiro-Relator: “Com relação a este aspecto [substituíbilidade da oferta] as próprias requerentes reconhecem existir no mercado de aços longos um considerável grau de substituíbilidade na produção, devido à relativa flexibilidade nos equipamentos e processos produtivos de fabricação das diversas classes de produtos. E mais a frente: “Assim, considero que uma eventual caracterização do mercado relevante com demasiada ênfase na demanda (...) resultaria em um mercado relevante muito restrito”, e complementou: “tal delimitação subestima o potencial da estrutura de oferta, desconsiderando a ocorrência daquelas empresas que atuam no mercado de aços longos comuns produzindo determinadas linhas de produtos, mas que, por dominarem o processo produtivo, possuírem rede de distribuição estruturada e conhecerem as práticas mercadológicas, podem direcionar sua produção para o produto que se torne mais atraente”.

Também a definição de mercado relevante, na compra pela Belgo Mineira da Mendes Júnior (AC nº 44/95), foi considerada mais abrangente, pois, como destacou o Conselheiro-Relator, no setor de aços longos há um considerável grau de substituíbilidade na produção devido à flexibilidade dos equipamentos e no processo de fabricação das diversas linhas de produto. O mercado passou a ser definido como o de aços longos comuns, nas linhas vergalhão, laminados e trefilados. O Conselheiro-Relator realçou que o guia de fusões norte-americano considera a substituíbilidade na produção um critério complementar na descrição dos mercados relevantes, sobretudo no caso de *commodities*.

Por fim, na compra do segmento da Abbott (AC 08012.000210/02-41) de *kits* destinados a um determinado procedimento anestésico, o Relator considerou alta a flexibilidade de oferta entre

as diversas formas de apresentação dos *kits* e das similares bandejas cirúrgicas, devido à rapidez e aos baixos custos irrecuperáveis na substituição destes produtos. Para tanto, o Conselheiro-Relator considerou a facilidade que o fabricante de um determinado tipo de *kit* ou bandeja anestésica tem para iniciar a produção e comercialização de uma ou de outra. As adaptações necessárias aos equipamentos para se produzir *kits* ou bandejas são praticamente irrelevantes. O mercado foi definido para *kits* e bandejas cirúrgicas.

Em 63% dos casos estudados a substituíbilidade da oferta não é analisada. Este número pode refletir o costume de se tratar qualquer tema referente à produção nas condições de entrada e não na delimitação do mercado relevante, que exige a identificação de vendedores relevantes para a aplicação da lei de defesa da concorrência, e entre esses todos os ofertantes potenciais de produtos. Esta polêmica será tratada adiante.

3.5 Avaliação do Exercício de Poder de Mercado

O segundo passo na análise antitruste é a avaliação da possibilidade do exercício de poder de mercado. Assim, partindo de uma delimitação do mercado relevante, a substituíbilidade do produto e da oferta, dado um possível aumento na concentração de mercado medido pelos índices indicados no capítulo dois, deve-se avaliar a existência de contestabilidade via importação e entrada (efetiva e potencial).

3.5.1 Índices de Concentração de Mercado

Aqui, previamente foi considerado se o ato ou a prática restritiva concentrou ou não o mercado, isto é, se alterou ou não as participações de mercado ou os valores dos índices HH e Ci, no caso de mudança estrutural, ou se ocorreram em um mercado previamente concentrado, caso não tenha ocorrido mudança estrutural.

TABELA 3.7
CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

HOUVE CONCENTRAÇÃO?	Nº CASOS	%
<i>SIM</i>	189	57.3
<i>NÃO</i>	141	42.7
TOTAL	330	100

Fonte: elaboração própria.

Obviamente o número de casos que tiveram seu mercado concentrado ou que ocorreram em mercados previamente concentrados é significativo (57% dos casos). A não concentração (43% dos casos) pode ocorrer, por exemplo, quando não há modificação da estrutura de mercado se pelo menos uma das empresas envolvidas no ato/ conduta não participava deste mercado ou detinha participação de mercado ínfima, ou quando, além da manutenção da atual estrutura de mercado, esta não era tida como concentrada. No entanto, mesmo não havendo mudança nas participações de mercado entre as empresas, devido à entrada, via aquisição, de uma empresa que anteriormente ocupava a posição de concorrente potencial das firmas instaladas, pode haver mudança considerável na dinâmica concorrencial. Este foi o entendimento do AC nº 71/96 (aquisição da Umuarama pela Eletrolux), no mercado de eletrodomésticos, e das *joint ventures* Brahma/ Miller e Antarctica/ Anheuser-Bush (AC's nº AC nº 58/95 e 83/96).

Para verificar como a concentração de mercado levantada pela TABELA 3.7 é mensurada pelo CADE, foram analisados todos os casos em que houve concentração efetiva (189 casos ou 58% do total), que necessariamente teriam que referenciar algum índice de concentração ou, no mínimo, de participação de mercado. A concentração pode ser medida, como prevê a teoria antitruste, por dois índices, o HH e o Ci, por ambos, ou apenas pela participação de mercado das principais empresas. Os resultados da análise são mostrados na tabela abaixo.

TABELA 3.8
ÍNDICES DE CONCENTRAÇÃO

ÍNDICES UTILIZADOS	Nº CASOS	%
<i>HH</i>	31	16.4
<i>Ci</i>	28	14.9
<i>AMBOS</i>	9	4.7
<i>PARTICIPAÇÃO</i>	126	64.0
TOTAL	189	100

Fonte: elaboração própria.

A análise mostra o emprego regular da participação de mercado, em detrimento dos índices HH e Ci, que carregam maiores informações sobre a estrutura de mercado. Isto não traria maiores problemas se a análise da estrutura de mercado não fosse tão relevante para a teoria antitruste, que inclui a comparação dos mercados pré e pós ato/ conduta baseada nos parâmetros estabelecidos pelo SBDC. Estes parâmetros revelam quais atos/ condutas devem ser analisados com maior preocupação, embora sejam apenas uma convenção jurídica

lastreada nos ensinamentos norte-americanos e por isso referentes a uma economia estruturalmente diferente da brasileira.

O entendimento no caso da AmBev (Ac nº 08012.005846/99-12) sobre concentração de mercado segue os padrões norte-americanos. Chama atenção, por exemplo, o parecer da SDE sobre este assunto: “Observe-se que para um HHI superior a 1800 pontos já se considera que o mercado é concentrado e que quanto mais longe estiver a situação inicial, mais grave é o aumento do HHI em termos concorrenciais”. No caso em tela, a situação já era bastante concentrada antes da operação (HHI de 1926), assim, segundo o Conselheiro-Relator, o aumento do HHI nesse caso (para 4787) surgiu como um indicador muito sério de redução da concorrência efetiva.

Também no caso da compra da Kolynos pela Colgate (AC nº 27/95) o parâmetro do índice HH foi utilizado outra vez para demonstrar o aumento da concentração. No mercado de creme dental o HHI passou de 3750.8 para 6442.3 pontos, levando a uma variação de 2691.5 pontos. Nos mercados de escova dental, fio dental e enxaguante bucal, esta variação foi bem menor (respectivamente de 272.9, 61.4 e 35.4 pontos). Em ambos os casos utilizou-se o padrão do *GUIDELINES* (1997) para considerar que nos mercados de cerveja e de creme dental a possibilidade de exercício de poder de mercado seria alta. Isto está de acordo com a teoria antitruste, entretanto, a utilização pelo CADE dos parâmetros norte-americanos de concentração de mercado será analisada mais adiante.

Já no ato de concentração envolvendo a Basf e a DyStar (AC nº 08012.002911/00-17), utilizou-se o C4 para medir a concentração. No mercado de corantes reativos o índice passou de 97,6% para 100%, no de corantes à tina passou de 97% para 97,3%, sendo que no mercado de corantes ácidos este cálculo não foi possível já que a participação das empresas pequenas, medidas no item outros, foi superior à participação da DyStar. A conclusão foi que o ato aumentaria consideravelmente a concentração nos dois primeiros mercados analisados. No caso da compra da Etti pela Parmalat (AC 08012.0167/98-11), o Relator utilizou ambos os índices para ilustrar a concentração no mercado de molho de tomate: o C4 de 88% passa a 93% (aumento de 5%), e o HH passa de 2920 pontos para 2980 pontos (aumento de 60 pontos). Aqui também ficou demonstrado aumento da concentração.

Por fim, a participação, muito utilizada tanto em atos de concentração como em condutas anticompetitivas, pode ser exemplificada pelo PA nº 08012.000677/1999-70, referente à conduta concertada de algumas companhias aéreas para fixação de preço no mercado de passagens da dita “Ponte Aérea”. No momento da conduta, a Varig detinha 44,2% do mercado, a TAM 23,1%, a Transbrasil 13,6%, e a Vasp 19,1%, totalizando 100% do mercado. A participação de mercado foi importante para configuração da conduta como conluio e para a sugestão da possibilidade de liderança de preços empregada pela Cia. Aérea que detinha o maior *market share* no momento da prática. Neste caso, a utilização da participação como índice para medir a concentração de mercado foi eficiente.

3.5.2 Viabilidade da Importação

As importações, quando efetivas, contestam o exercício de poder de mercado. Portanto, nesta seção, procura-se saber, dos casos em que houve concentração (189 julgados ou 57% do total) se houve ou não a análise da importação. No caso de terem sido analisadas, as importações são classificadas em viáveis, ocorrendo ou não, ou inviáveis. A inviabilidade da importação não necessita de análise rigorosa, mas somente sua constatação. Caso não tenha havido a análise da importação, o julgado será incluído no item nenhuma.

TABELA 3.9
IMPORTAÇÃO

HOUVE ANÁLISE?	Nº CASOS	%
<i>OCORRENDO</i>	21	11.1
<i>NÃO OCORRENDO</i>	28	14.8
<i>INVIÁVEL</i>	14	7.4
<i>NENHUMA</i>	126	66.7
TOTAL	189	100

Fonte: elaboração própria.

A importação consiste em um significativo fator de contestabilidade de exercício de poder de mercado. Em 67% dos julgados a importação não foi objeto de avaliação. Dos julgados que analisaram a importação, em 11% ela foi considerada viável. Este é o caso da aquisição da Oriento pela Aginomoto (AC nº 19/94), devido principalmente à baixa alíquota de importação de sais, como o produto relevante, o glutamato monossódico, de 2%. No caso da aquisição da Verolme pela Ishikawajima (AC nº 15/94), cujo mercado relevante é o de embarcações navais de médio e grande porte no mercado internacional, apesar de existirem tarifas aduaneiras (de 18 a 20%), as importações foram tidas como recorrentes, principalmente devido à

possibilidade de financiamento com condições mais favoráveis no mercado de capitais internacionais.

Também no caso da compra da Helios pela Carbex (AC nº 13/94), a importação, com alíquotas de 10 a 20%, representou parcela significativa dos produtos incluídos no mercado relevante (papéis para reprodução gráfica, fitas para máquinas e impressoras, e corretores líquidos). No entanto, nestes três exemplos, que consideram a importação viável, não há análise econômica sobre a possibilidade da importação, já que foi utilizado somente os valores das alíquotas como parâmetro para constatar sua ocorrência.

Por sua vez, o ato de concentração nº 12/94 (compra pela Rhodia da Sinasa) trouxe aos autos uma análise mais detalhada da viabilidade da importação para o mercado de fibras sintéticas. Os preços médios de venda no mercado nacional eram de US\$1,55/kg para as fibras de poliéster e US\$2,05 para as fibras acrílicas. Por sua vez, os preços FOB no mercado internacional eram, respectivamente, US\$1,16/kg e US\$1,73. O custo total da internação (considerados frete marítimo, seguro, imposto de importação e despesas de desembaraço aduaneiro) estava na faixa de US\$1,56/kg para poliéster e de US\$2,61 para acrílica. Assim, a importação, que já estava ocorrendo, inibiria um possível aumento de preços.

Quando a importação é viável, mas não está ocorrendo, devido principalmente ao alto custo de internação do produto, a contestabilidade não acontece (15% dos casos). Este é o caso da maioria dos produtos fármacos. O intercâmbio comercial deste setor com o exterior é significativo apenas no que se refere à importação de matérias-primas, sendo bastante reduzidos no caso de medicamentos. Isto ocorre por dois motivos, como salientado no voto do Conselheiro-Relator do AC nº 36/95 (Glaxo e Wellcome –Zeneca): i) importação quase restrita às filiais de empresas estrangeiras de produtos não produzidos nacionalmente, portanto, não havendo incentivos para importar similares aos medicamentos produzidos internamente; ii) exigência pela área de saúde de registros para importação.

A inviabilidade da importação (8.5% dos casos) pode ser representada pela aquisição da Mineração Floral pela Nitro (AC nº 22/95), no qual constatou-se um baixo valor do produto (fluorita grau ácido e metalúrgico) em relação ao custo de transporte, o que não tornou economicamente viável sua importação em pequena escala. Isto é, como as proporções utilizadas de insumo por grande parte dos clientes, sobretudo no mercado de fluorita grau

metalúrgico, são reduzidas *vis-à-vis* a produção final, apenas a importação em *pool* seria viável neste mercado. Os custos de organização de um *pool* de importadores para adquirir o produto no mercado externo, no entanto, são muitos elevados, dificultando sua criação.

Assim, fica claro que os problemas com a análise da importação pelo CADE são muitos. Além dos resultados indicarem o número de 67% dos casos sem análise da viabilidade da importação, as suposições feitas pelos Relatores, com raras exceções, não tiveram como contrapartida uma avaliação de preços FOB e dos custos de internação do produto. Na maioria dos casos, o parâmetro de comparação utilizado entre preços interno e externo foi apenas a alíquota de exportação, procedimento superficial para avaliação do comércio exterior.

3.5.3 Barreiras à Entrada

Barreiras à entrada, como visto, reduzem a contestabilidade do mercado. Portanto, nesta seção, procura-se saber, dos casos que resultaram em concentração (189 julgados ou 57% do total), se houve ou não a análise das barreiras à entrada na decisão acerca os atos de concentração e práticas restritivas, não importando se o caso específico aceitou ou não a existência das barreiras como facilitadoras do exercício de poder de mercado.

TABELA 3.10
BARREIRAS À ENTRADA

HOUVE ANALISE?	Nº CASOS	%
<i>SIM</i>	114	60.3
<i>NÃO</i>	75	39.7
TOTAL	189	100

Fonte: elaboração própria.

A análise das forças da concorrência atuantes num dado mercado não pode prescindir de uma análise específica das barreiras à entrada e de seus determinantes. O resultado deste trabalho (TABELA 3.10) mostra que a análise das barreiras à entrada foi feita em 60% dos casos em que ela seria necessária. Foram considerados como analisados os casos em que apenas houve menção à existência ou não das barreiras. Como indica a teoria antitruste, para que uma entrada seja considerada possível, e portanto o mercado seja considerado contestável, é necessária a satisfação conjunta das condições de temporalidade, de probabilidade e de suficiência de entrada. Muito frequentemente, no entanto, a entrada é considerada livre ou não sem que estas condições para entrada sejam verificadas.

No caso Abbott (AC 08012.000210/02-41), a entrada no setor de *kits* e bandejas cirúrgicas foi considerada livre. Para o Relator, uma empresa poderia iniciar sua operação no mercado em questão via importação (forma mais fácil) somente com a obtenção dos registros de importação junto ao Ministério da Saúde e a montagem de uma equipe de vendas que faça a divulgação dos *kits* e bandejas aos médicos e hospitais. Desta forma, uma vez obtidos os registros necessários (que exige aproximadamente seis meses ao custo de R\$13 mil por produto) e formada e treinada uma equipe de vendas (três meses com custo de R\$2,5 milhões), a empresa estaria apta a operar no mercado brasileiro após nove meses e R\$ 2,6 milhões gastos.

Isto indicou a probabilidade da entrada ser ‘tempestiva’, isto é, realizável em nove meses e, dado o faturamento anual mínimo para que uma empresa entrasse no mercado de forma economicamente viável de R\$350 mil (10% do faturamento do mercado), também ‘provável’ (lucrativa). Por fim, partindo da hipótese de que as firmas identificadas no exterior têm capacidade financeira de entrar no mercado nacional de modo a gerar uma competição efetiva, o Conselho-Relator considerou que a entrada destes concorrentes potenciais também seria ‘suficiente’ para garantir a competição no mercado relevante previamente definido. Aqui houve acertadamente a identificação de entrada livre através da realização das condições de tempestividade, probabilidade e suficiência.

3.5.4 Identificação das Barreiras à Entrada

Dada a existência de barreiras à entrada nos casos analisados (114 casos ou 60% daqueles com possibilidade de exercício de poder de mercado), estas foram identificadas como (1) Diferenciação de Produto, (2) Vantagens Absolutas de Custo, (3) Economias de Escala, e (4) Investimentos Iniciais Elevados. Caso a barreira seja de outro tipo (como aquelas proveniente de custos irrecuperáveis e de capacidade ociosa), são alocadas no item outras. Ainda foi possível uma combinação entre os quatro tipos de barreiras citadas acima.

TABELA 3.11
TIPOS DE BARREIRAS À ENTRADA

TIPOS	Nº CASOS	%
1	37	32.5
2	26	22.8
3	19	16.7
4	13	11.4

<i>OUTRAS</i>	11	9.6
<i>COMBINAÇÃO</i>	8	7.0
TOTAL	114	100

Fonte: elaboração própria.

A Diferenciação de Produto foi a principal barreira elencada nos casos julgados estudados. Ela foi alegada na compra da Kolynos pela Colgate (AC nº 27/95), cujo mercado relevante de creme dental é o que apresentaria possibilidade de exercício de poder de mercado (o CR2 passaria a 78%). A marca, decorrente, principalmente, da forte lealdade do consumidor, seria o fator chave que resultaria na capacidade das firmas em elevar seus preços. Segundo o Relator, seriam necessários substanciais gastos de propaganda para introduzir uma marca nova no mercado, um forte sistema de distribuição, e vencer as resistências dos varejistas em fornecer espaços nas prateleiras para outros cremes dentais de menor rotatividade para que uma nova empresa pudesse se estabelecer neste mercado.

No caso dos atos de concentração envolvendo cervejas, como as *joint ventures* da Brahma/ Miller (AC nº 58/95) e Antártica/ Anheuser-Bush (AC nº 83/96), e a fusão da Brahma com a Antártica (AmBev, AC nº 08012.005846/99-12), as altas barreiras à entrada do mercado relevante de cervejas estariam associadas à necessidade de elevados investimentos na estruturação de sistemas de distribuição e em publicidade e *marketing* para fidelizar o consumidor.

Na AmBev, a distribuição foi considerada a barreira mais relevante. A constituição e a manutenção de uma rede de distribuição, se for própria, implicaria custos extremamente elevados. Além disto, falhas na distribuição significam menor aproveitamento das campanhas de propaganda e marketing, além de gerar problemas de credibilidade quanto à estabilidade no fornecimento do produto. Concluiu a Relatora “a presente operação, tendo em vista reunir as três maiores marcas de cerveja no Brasil, possui elevadas barreiras à entrada, em face da alta concentração que se afigura, decorrente do poder de mercado de suas marcas e das redes de grande porte, de distribuição exclusiva que impede que outras empresas venham competir com eficiência.”

Por fim, o sistema de distribuição também foi considerado uma importante barreira no caso White Martins e Liquid Carbonic (AC 78/96), devido à prática da White Martins em não discriminar o frete nas notas fiscais de venda. Desta forma, segundo o Relator, o cliente não

poderia discernir o valor que estava pagando por cada serviço, o que impediria, caso considerasse muito elevado o valor do frete, a contratação de outra distribuidora. Pelas informações prestadas pelas requerentes à SEAE, o valor do frete representaria 31% do preço total (com impostos). O Relator concluiu que “a distribuição não pode ser exclusividade do produtor. Devem as empresas concorrentes, efetivas e potenciais, poder comprar tanto o CO2 como gases do ar diretamente na fábrica, ao preço FOB”.

Já a Vantagem Absoluta de Custos foi a barreira elencada no caso Kellogg/ Superbom (AC nº 174/97), pois como a Kellogg seria a empresa líder no mercado de cereais matinais, teria preferências na negociação com as grandes redes varejistas. O aumento da participação de mercado com a aquisição da Superbom, de 59% para 65%, intensificaria esta vantagem.

Por sua vez, os Investimentos Iniciais Elevados se encontram presentes no mercado de fertilizantes atingido pela aquisição da Ultrafertil pela Fosfertil (AC nº 02/94), que demanda alto grau de integração das plantas e pressupõe montantes mínimos de investimentos elevados. No caso dos fertilizantes nitritogenados, o investimento para implantação de plantas integradas em condição de competir com as unidades da Ultrafertil atingiu US\$ 340 milhões. Já as unidades de plantas integradas para fertilizantes fosfatados exigiriam investimentos da ordem de US\$ 120 milhões, sem incluir os recursos necessários para a exploração da jazida de rocha fosfática.

Muitas vezes a capacidade ociosa é classificada nos julgados como uma barreira à entrada na medida em que permite às empresas já estabelecidas no mercado adotarem estratégias para dificultar o ingresso de novos concorrentes. Isto ocorre pois a existência de excesso de capacidade instalada em mercados altamente concentrados é particularmente danosa ao mercado ao desencorajar a entrada de um concorrente potencial. Possuindo capacidade ociosa em excesso a empresa atuante pode reduzir preços e aumentar quantidades em um curtíssimo prazo de tempo à menor ameaça de entrada. A existência de capacidade ociosa dificultaria a entrada de novos concorrentes. Neste caso, aumenta a probabilidade da concorrente potencial racionalmente optar por manter-se fora do mercado.

Um exemplo deste tipo de análise encontra-se no ato de concentração entre o grupo Gerdau e siderurgia Pains (AC nº 16/94), que causou probabilidade de exercício de poder de mercado no caso dos aços não planos devido, segundo o voto do Relator, à presença de altas barreiras à

entrada dadas pela capacidade ociosa. Outro ocorreu no caso White Martins e Liquid Carbonic (AC 78/96), no qual o Relator demonstrou uma significativa diferença nos volumes consumidos pelas duas plantas de Cubatão para produção de CO₂ (30% e 50% de capacidade usada em relação ao volume contratual disponível).

A análise das barreiras à entrada deve sempre ser iniciada com a verificação das condições de entrada de probabilidade, tempestividade e suficiência, para depois se fazer um estudo mais preciso das barreiras específicas ao mercado relevante. O resultado aqui obtido exprime a dificuldade do órgão de defesa da concorrência nestas questões. Apenas em 62% dos casos foi feita uma avaliação das barreiras, e destes, poucos se preocuparam em levantar as três condições de entrada. Quanto à especificação da(s) barreira(s) no mercado relevante, as análises realizadas são muito heterogêneas, isto é, em alguns casos as barreiras à entrada são avaliadas minuciosamente, com estudos sobre seus determinantes, os quais são considerados como essencialmente estruturais (relacionados a condições tecnológicas, às formas de concorrência típicas do mercado em questão e ao acesso aos mercados supridores, de insumos ou de crédito, a custos mais vantajosos), mas em outros não há esta preocupação.

3.6 Eficiência Econômica

O cálculo das eficiências econômicas líquidas deve ser feito nas operações em que há possibilidade de exercício de poder de mercado, mesmo quando este pôde ser mitigado pela importação e baixo nível de barreiras à entrada. Aqui buscou-se saber se as eficiências foram alegadas ou não. Em caso positivo, foi especificado o tipo de eficiência alegada, para então, analisar o cômputo do resultado líquido entre os efeitos benéficos e anticompetitivos do ato de concentração ou prática restritiva.

3.6.1 Eficiências Econômicas Alegadas

A tabela abaixo traz os resultados sobre a alegação das eficiências. Caso elas tenham sido alegadas, foram devidamente tipificadas. As eficiências econômicas reconhecidas pela teoria antitruste podem ser de dois tipos: produtivas (economias de escala e escopo, economias referentes ao uso conjunto de nova tecnologia ou ao investimento conjunto para obtenção de nova tecnologia, e melhorias quaisquer para o consumidor), e as referentes aos custos de transação. Se não forem produtivas nem referentes aos custos de transação, as eficiências foram tipificadas como outras. Por fim, elas podem não ter sido alegadas.

TABELA 3.12
EFICIÊNCIAS ALEGADAS

EFICIÊNCIAS ALEGADAS		Nº CASOS	%
SIM	<i>PRODUTIVAS</i>	56	29.6
	<i>CUSTO DE TRANSAÇÃO</i>	20	10.6
	<i>OUTRAS</i>	22	11.7
	<i>TOTAL</i>	98	51.9
NÃO		91	48.1
TOTAL		189	100

Fonte: elaboração própria.

Das eficiências alegadas, as produtivas compõem o maior grupo. Isto talvez seja decorrência de uma facilidade relativamente maior em se verificar e quantificar os ganhos de produtividade, em parte porque as informações necessárias são de conhecimento das empresas envolvidas. A verificabilidade e a quantificação de uma eficiência é fundamental para que se consiga determinar o resultado líquido do ato/ conduta não apenas de forma qualitativa. O que propõe a teoria antitruste é considerar um ganho de eficiência como um ganho de produtividade, resultando na redução de custos unitários de produção pela economia nos recursos produtivos, a qual pode ser alcançada através do uso de menos recursos para produzir a mesma, ou mais, quantidade de bens ou serviços, ou do uso dos mesmos recursos para produzir mais ou para produzir bens ou serviços de melhor qualidade. Por isso a aceitação das eficiências resultantes da economia de custos de transação deve ser restringida a casos específicos, sobretudo àqueles que envolvem atos ou condutas de empresas verticalizadas no mercado relevante.

As economias referentes à escala e ao escopo foram argüidas na produção de navios de médio e grande porte (AC nº 15/94): “forte competitividade internacional, no qual atuam apenas grandes empresas, determinou a reestruturação do setor naval brasileiro baseada na modernização e nos ganhos de escala.” Isoladamente, a economia de escopo foi o principal argumento da fusão da SA White Martins com a Liquid Carbonic no mercado de gases atmosféricos e carbônico. O uso do mesmo sistema de distribuição e comercialização, ao possibilitar o transporte conjunto dos dois tipos de gases, obedecidas as especificidades técnicas no acondicionamento de cada gás, reduz substancialmente os custos da empresa.

A redução de custos para investimento em P&D foi a eficiência alegada no caso da Belgo e Dedine (AC nº 14/94). O mercado em questão foi caracterizado por necessitar de um aparato

produtivo muito complexo, como costuma ser cada usina siderúrgica, existindo, desta forma, amplo espaço para constante desenvolvimento da tecnologia de processo. Assim, de forma semelhante ao que ocorre com a tecnologia de produto, o deslocamento da fronteira tecnológica não poderia ser considerado particularmente rápido. Apenas duas das inovações introduzidas na siderurgia na segunda metade deste século puderam ser a rigor consideradas radicais: o conversor ao oxigênio e o lingotamento contínuo. O investimento em pesquisa e desenvolvimento foi considerado vital.

Os benefícios para o consumidor também são argüidos como eficiências. Um exemplo foi a *joint venture* firmada entre o grupo Canal + e a RTL (AC nº 08012.003675/01-72), na qual considerou-se que os benefícios gerados pela operação – aquisição e revenda de direitos de transmissão de canais esportivos – levaria à queda dos preços de revenda daqueles direitos, e queda do preço de compra do acesso a certos canais esportivos em redes de televisão por assinatura. Haveria ampliação de redes de transmissão e acesso e aumento do número de consumidores relacionados à mesma.

Por sua vez, no caso da compra pela Belgo Mineira da Mendes Júnior (AC nº 44/95) houve, como alegação de eficiência, o argumento da empresa insolvente, muito reconhecido na doutrina e jurisprudência norte-americana, mas somente possível nos casos em que as requerentes efetivamente demonstram que uma delas está em situação de insolvência. O voto destaca que as informações foram insuficientes, principalmente em termos de qualidade, para demonstrar que o ato de concentração foi a única alternativa razoável encontrada para manter a planta da Mendes Júnior em funcionamento.

Já os custos de transação são alegados sobretudo nos atos e condutas que relacionam empresas envolvidas verticalmente no mercado. O AC nº 104/96 (Montecitrus e Bascitrus) propôs redução dos custos de transação referente ao contrato de longo prazo para processamento de laranjas (*toll processing*) entre empresas atuantes no mesmo mercado relevante. Do ponto de vista econômico, foram levantadas várias eficiências potenciais no processo de integração vertical no setor citrícola, particularmente no sentido a jusante, ou seja, os produtores rurais das frutas cítricas (sobretudo a laranja) buscando comprar participações em processadoras ou realizar contratos de longo prazo que garantissem o escoamento de seu produto. Além da eficiência produtiva relacionada à tendência de redução do custo médio no setor, especialmente devido à sazonalidade verificada, várias eficiências

relacionas a redução dos custos de transação quanto à especificidade de ativos e comportamentos oportunistas foram alegadas.

No processo envolvendo a Matec (PA nº 08012.000172/98-42) referente à tentativa da empresa em recusar fornecer insumos à Power-Tech no mercado de serviços de manutenção de centrais telefônicas, rompendo um contrato que tinha por objeto um ativo específico, o argumento de acusação foi o aumento dos custos de transação e por conseguinte aumento da ineficiência do mercado. Finalmente, na integração vertical envolvendo o Terminal Vila Velha (TVV) e a Cia Docas do Estado do Espírito Santo (AC nº 08012.007405/98-47), alegou-se redução dos custos de transação como ganho eficiência econômica no transporte rodoviário e ferroviário de contêineres. Houve alegação de exclusividade de ativos, devido ao vínculo de integração vertical entre as atividades portuárias do TVV e o transporte externo de contêineres, seja no modal rodoviário ou ferroviário.

As eficiências foram alegadas em 98 casos ou 52% daqueles 189 com possibilidade de exercício de poder de mercado. A alegação da eficiência, entretanto, não significa que elas foram aceitas. Geralmente, o CADE considera como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam especificados. As eficiências alegadas não são aceitas sobretudo quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

No caso AmBev, as Requerentes, para provar suas alegações sobre as eficiências a serem alcançadas pela operação, cuidaram de trazer ao CADE demonstração das eficiências a serem geradas pela fusão, auditadas, alegando aumentos da produtividade e quantificadas de modo a mostrar a redução de custos. No entanto, as disparidades encontradas na quantificação das eficiências³⁹ revelaram dificuldades para o dimensionamento adequado do resultado líquido. Em que pese o esforço realizado pelas secretarias SEAE e SDE para conferir maior precisão à

³⁹ Segundo a SDE, as Requerentes apresentaram informações divergentes quanto a dados e metodologia relativos às eficiências, originando a recomendação de aplicação de multa por enganosidade e retardamento no fornecimento das informações, conforme prevê o artigo 26 da lei 8884/94.

mensuração⁴⁰, as eficiências apresentadas pelas Requerentes permaneceram duvidosas para a Relatora, e por isso não foram aceitas.

No caso Nestlé/ Garoto, algumas das eficiências inicialmente alegadas pelas requerente foram excluídas ao longo do julgamento do processo por não representarem reais economias de recursos no mercado relevante. Uma delas seria o ganho com redução de custos na locações dos armazéns para estoque destinado à venda ao consumidor final, por não ser específica à operação. Também no caso Warner-Lambert, o Conselheiro, ao avaliar as eficiências alegadas, entendeu que três delas não poderiam ser consideradas como específicas da operação. Para ele, a melhoria da qualidade da goma de mascar, por exemplo, poderia ser realizada não somente pela Warner-Lambert, uma vez que outras empresas do cenário internacional e nacional possuíam capacidade financeira e tecnológica para promover a atualização das gomas das marcas Ping Pong e Ploc.

3.6.2 Cálculo da Eficiência Econômica Líquida

A avaliação sobre os efeitos líquidos do ato de concentração/ prática restritiva realizada através de estimações quantitativas ocorre quando as eficiências forem quantificáveis e forem factíveis. Quando as estimações quantitativas não puderem ser realizadas, o CADE apresentará suas conclusões com base em uma avaliação qualitativa desses efeitos. O resultado líquido da compensação na redução dos custos dado um provável aumento nos preços pode ser obtido quantitativamente por dois modelos, o critério de Willianson e o chamado modelo padrão de preço. Esta seção buscou analisar o cálculo quantitativo das eficiências líquidas através do emprego de um dos modelos citados. Como eles foram empregados em poucos casos (cinco), apresentarei apenas as ocorrências significativas.

No caso White Martins/ Liquid carbonic (AC 78/96), o Relator considerou como eficiência o aumento do excedente do consumidor (modelo padrão de preço). Como não houve reduções de custos demonstráveis e/ou significativas (a empresa não quantificou percentualmente o impacto deste tipo de eficiência sobre os custos totais), o Relator elegeu o comportamento dos preços desde a operação até o momento da decisão como uma *proxy* razoável sobre o impacto das reduções dos custos. Segundo informações prestadas pelas requerentes, o comportamento

⁴⁰ As Requerentes apresentaram valores totais das eficiências no intervalo de 552 a 504 milhões de reais/ano. Para a SEAE apenas R\$ 282 milhões seriam aceitáveis, enquanto para SDE a quantia aceitável seria de R\$ 373 milhões.

dos preços a granel do CO₂ no Estado de São Paulo não apresentou qualquer tendência, permanecendo relativamente estáveis ao longo do tempo. Quanto aos preços de CO₂ em cilindros, também não se verificou qualquer tendência declinante nos preços. Assim, para o Relator, após três anos desde a operação, as eficiências alegadas pelas requerentes não se estenderam aos consumidores sob a forma de redução de preços.

O Relator deste caso considerou que uma redução de custo seria repassada integralmente para os preços, reduzindo-os. Esta é uma análise ingênua, já que a relação entre a redução de custo em nenhum dos modelos propostos pela teoria antitruste é unitariamente proporcional à redução nos preços. A correta aplicação do modelo de padrão de preço supõe uma redução de custos significativa para a manutenção ou, como no caso, até a queda dos preços. Como não havia informações sobre o valor da redução dos custos, utilizar dados de preços como sua *proxy* está teoricamente errado. O que poderia ter sido alegado é a necessidade intrínseca de aumento do excedente do consumidor via redução dos preços. Como isto não ocorreu, o cômputo do resultado líquido da operação não foi correto.

No caso AmBev, as Requerentes, conforme dito anteriormente, alegaram inúmeras eficiências produtivas, que no entanto não foram aceitas na sua totalidade. Aquelas passíveis de serem aceitas representariam uma redução máxima nos custos de 6,9%, bem inferior aos 14,1% necessários para compensar o possível aumento de preços. Ademais, a Relatora destacou que este valor poderia estar superestimado, dadas as dificuldades encontradas para se desagregar os números apresentados para os diferentes mercados relevantes. A análise foi baseada no modelo preço-padrão, sendo frisado que as eficiências alegadas não compensariam as perdas para os consumidores representadas pelo provável aumento de preços das cervejas. Sem dúvida, segundo esta análise, uma operação como esta precisaria gerar eficiências extraordinariamente elevadas e mais, que pudessem ser posteriormente distribuídas equitativamente entre as empresas e os consumidores.

Na aquisição da Nestlé pela Garoto (AC nº 08012.001697/02-89), inúmeros estudos econômicos foram anexados ao processo, tanto das Requerentes, quanto da principal concorrente de mercado, e procuraram mostrar que as eficiências geradas pela operação, redundando em reduções de custo, são ou não mais do que suficientes para compensar elevações de preços decorrentes de aumento do poder de mercado com o ato.

O Conselheiro-Relator concentrou sua análise em algumas questões que deveriam ser levadas em conta para a decisão. A primeira reflete sobre a concentração no mercado relevante propiciar condições para o exercício de poder de mercado pela adquirente, de tal forma que o possível aumento de preços dos produtos ofertados no mercado prejudique os consumidores. A Nestlé argumentou que poderia aumentar o lucro sem aumentar o preço. Isto resultaria dos ganhos de eficiência, compartilhados com os consumidores, via redução de preço e aumento da quantidade vendida. A análise da rivalidade, feita com o uso da metodologia PEM e posteriormente com base nas elasticidades econometricamente estimadas com os dados da AC/Nielsen (consultoria externa), mostrou que existem fortes incentivos para que as empresas não elevem seus preços, unilateral ou coordenadamente. Já as simulações feitas pelos consultores da Lacta/ Kraft concluíram que os preços da Nestlé/Garoto aumentariam após a operação, assim como os seus lucros. Esta conclusão foi atingida com o emprego das mesmas elasticidades utilizadas pelos consultores da Nestlé/Garoto e com a mesma base de dados, mas através de um modelo de simulação.

A segunda faz referência à possível compensação do aumento de preços pelas eficiências alegadas. Apesar das divergências entre as empresas Nestlé/ Garoto e Lacta/ Kraft sobre o reflexo da fusão nos preços (a primeira considerando que o aumento é improvável e a segunda que é provável), todos os estudos quantitativos e simulações concluíram que, apesar da redução da rivalidade provocada pela operação, uma geração de eficiências num patamar aproximado de 11 a 12% dos custos variáveis de produção seria suficiente para manter os preços estáveis, ou mesmo em níveis inferiores aos praticados antes da operação.

Por fim, como os valores estimados para redução de custos estariam no intervalo de 1,47% a 2,16%, e não no intervalo de 11% a 12%, o Conselheiro-Relator concluiu que os resultados dos estudos apresentados confirmaram a hipótese de que a operação elevou o poder de mercado das Requerentes no segmento de chocolates sob todas as formas, não sendo as eficiências alegadas compensatórias para se garantir, no mínimo, a estabilidade de preços após a operação. A análise do Conselheiro-Relator se baseou no modelo de padrão de preço, que requer reduções de custos de produção e de distribuição de chocolates muito amplas para que as empresas fusionadas não tenham incentivos para elevar preços aos consumidores.

O que fica claro é a dificuldade encontrada para se quantificar o efeito líquido de um ato de concentração ou prática restritiva, dada a possibilidade de exercício de poder de mercado.

Como a estimativa das reduções de custos é de inteira responsabilidade das partes envolvidas, e os dados sobre os preços podem ser de difícil obtenção, a aplicação dos modelos, devido sobretudo à necessidade de se estimar resultados de mercado pós-fusão (redução de custo e aumento de preços), não é imediata.

3.7 Considerações Finais

Este capítulo analisou os dez anos de atuação brasileira em defesa da concorrência, de 1994 a 2004. Esta análise esteve focada na aplicação da teoria antitruste via a seqüência iniciada com a delimitação do mercado relevante, passando pela avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e finalizando com o cômputo das eficiências econômicas líquidas. Os resultados foram exemplificados com casos concretos. As críticas e os pontos relevantes sobre a teoria e a práxis da defesa da concorrência no Brasil serão levantados no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

TEORIA E PRÁXIS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Os resultados obtidos com o estudo dos 330 julgados escolhidos foram significativos. Este capítulo busca relacionar a teoria antitruste, sua proposta para análise dos atos de concentração e as condutas anticompetitivas, e a prática da defesa da concorrência no Brasil. Para tanto está dividido em três seções, além desta introdução. A primeira cria um panorama sobre a aplicação da teoria antitruste pelo CADE, baseado nos resultados do capítulo anterior para mercado relevante, exercício de poder de mercado e eficiências econômicas. A segunda faz algumas propostas e elabora perspectivas futuras. E a última faz as considerações finais.

4.1 Avaliação Geral dos Resultados

Da análise feita sobre a consistência teórica dos julgados do CADE, a primeira impressão que os resultados em conjunto causa é, sem dúvida, a de heterogeneidade da aplicação da teoria antitruste. Isto é, os casos analisados são muito díspares quanto à sua consistência teórica, pois, enquanto a maioria segue de forma incompleta o roteiro de avaliação de atos de concentração e das práticas restritivas, apenas em alguns casos a análise abrange todos os pontos propostos pela teoria. Para se ter idéia desta problemática, o emprego de teste para a determinação da substituíbilidade da demanda foi feito em 16% dos casos em que esta substituíbilidade foi analisada, e o emprego de método quantitativo para o cálculo da eficiência econômica líquida, em 5% dos julgados com alegação de eficiência econômica.

A TABELA 4.1 mostra o panorama dos resultados encontrados no capítulo anterior. Dos 330 casos analisados, na delimitação de mercado relevante, somente em 62% destes foi analisada a substituíbilidade da demanda e em 47% a da oferta. E dentre os casos que analisaram a substituíbilidade da demanda para delimitar o mercado relevante do ponto de vista do consumo, somente em 16% houve o emprego de algum dos testes indicado pela teoria antitruste. Já em relação à concentração de mercado, 189 casos (57% dos 330 casos) geraram a possibilidade de exercício de poder de mercado. Considerando agora estes 189 casos como o total, a análise da viabilidade da importação foi feita em 33% dos casos e a análise das barreiras à entrada em 60%. As eficiências foram arquivadas em 98 julgados (52%), mas em apenas 5% destes houve o emprego de método quantitativo para cômputo da eficiência econômica líquida.

TABELA 4.1
RESULTADOS

RESULTADOS OBTIDOS	Nº CASOS	%
1. ANALISADOS	330	100
1.1 SUBSTITUIBILIDADE DA DEMANDA	205	62 (de 330)
1.1.1 EMPREGO DE TESTE NA DIMENSÃO PRODUTO	29	16 (de 205)
1.2 SUBSTITUIBILIDADE DA OFERTA	154	47 (de 330)
2. CONCENTRAÇÃO DO MERCADO	189	57 (de 330) e 100
2.2 ANÁLISE DA VIABILIDADE DA IMPORTAÇÃO	63	33 (de 189)
2.3 ANÁLISE DAS BARREIRAS À ENTRADA	114	60 (de 189)
2.4 EFICIÊNCIAS ALEGADAS	98	52 (de 189)
2.4.1 EMPREGO DE MÉTODO QUANTITATIVO	5	5 (de 98)

Fonte: elaboração própria.

A teoria de Organização Industrial gerou instrumentos analíticos capazes de fornecer uma orientação para o exame antitruste de atos de concentração e práticas restritivas por parte das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência. Isto pode ser conseguido mesmo diante das dificuldades analíticas mais sérias referentes à operacionalidade de certos aspectos da teoria, tais como a definição do mercado relevante via utilização dos testes econômicos para inferir a substituíbilidade da demanda e a aferição quantitativa do *trade-off* entre eficiência e poder de mercado. Estas dificuldades devem-se sobretudo à formulação teórica destes temas na economia. Aqui, mais que em outros casos, a indeterminação econômica no plano conceitual conspira contra a premência jurídica por referências e parâmetros determinados.

Outra dificuldade imposta ao SBDC está relacionada à disponibilidade da informação. Por não possuir uma fonte de dados própria ou de outro órgão federal coligado, O SBDC fica impossibilitado de utilizar instrumentais econômicos próprios para inferir considerações sobre o mercado em análise. Diante deste fato, a solução encontrada, sobretudo pelo CADE, foi a de utilizar, para diversos fins, dados provenientes de empresas privadas contratadas geralmente pela(s) empresa(s) envolvida(s) no ato/ conduta e/ ou realizar avaliações dos trabalhos econômicos levados aos autos. O problema disto é a dúvida permanente sobre a imparcialidade das informações.

Assim, apesar da necessidade da aplicação da teoria antitruste na tomada de decisão pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, é notória alguma dificuldade no emprego de certos instrumentos econômicos. Por fim, cabe ainda fazer considerações sobre a delimitação do mercado relevante, a avaliação da possibilidade do exercício de poder de mercado e a análise das eficiências.

4.1.1 Mercado Relevante

A definição de mercado relevante é a etapa mais importante na análise antitruste, pois a avaliação do poder de mercado depende de como este foi delimitado. Para tanto, é necessário considerar tanto a substituíbilidade da demanda como a da oferta. No primeiro caso, o consumo tem dupla dimensão, a do produto e a geográfica. O grau de substituíbilidade do produto deve ser objeto de identificação, mesmo que por aproximação, através do uso da relação dos bens fabricados e seus prováveis substitutos elencados por seus produtores. Em muitos casos avaliados não houve nem esta preocupação: não há a análise de substitutos próximos.

A substituíbilidade da demanda é condição indispensável para definir o(s) produto(s) relevante(s). Seu cálculo, através de algum instrumental econômico, é imprescindível. Entretanto, o que os resultados deste trabalho mostraram foi uma dificuldade em realizar os testes indicados pela teoria antitruste. O problema consiste basicamente na falta de praticidade da aplicação destes testes diante de informação imperfeita (restrição às bases de dados) e da dificuldade em se obter estimativas do comportamento dos consumidores diante de uma elevação nos preços do produto em questão (cálculo das elasticidades).

Um fator importante neste ponto é a elasticidade da demanda, que depende essencialmente da substituíbilidade do produto (no seu consumo) por produtos alternativos acessíveis aos compradores. Assim, quanto maior a elasticidade da demanda, maior a possibilidade de substituição do produto em questão por parte dos consumidores, uma vez que estarão por hipótese disponíveis bons substitutos àquele preço; e vice-versa. Se não há uma estimativa para esta elasticidade, todo o conceito de mercado relevante fica comprometido.

No segundo caso, a elasticidade da oferta exige, para delimitação do mercado, a identificação daqueles grupos de vendedores relevantes, isto é, todos os produtores efetivos e ofertantes potenciais, de produtos que sejam seus substitutos na produção. O problema encontrado nos julgados analisados foi o privilégio do lado da demanda, ou uma definição de mercado focalizada somente nos fatores de substituição do consumo. Fatores de substituição pela oferta, ou possíveis respostas da produção, seriam então, considerados em outra parte do roteiro de avaliação dos atos e condutas, isto é, na identificação das firmas que participam do

mercado relevante e na análise da entrada. Assim, a questão da oferta acaba sendo tratada somente na parte sobre a entrada.

O que se pôde perceber foi a existência de uma separação entre a análise das condições de demanda, tratadas na definição de mercado relevante, e as de oferta, tratadas no contexto das condições de entrada no mercado. Esta separação não teria maiores conseqüências - e em geral não as têm, dado que ambos os aspectos, embora separados, acabam sendo abordados por etapas -, não fosse a importância estratégica assumida pelo conceito de mercado relevante na aplicação da teoria antitruste.

4.1.2 Exercício do Poder de Mercado

Uma vez delimitado o mercado relevante, a utilização de medidas de concentração de mercado, a análise da viabilidade da competição externa e a avaliação do nível das barreiras à entrada são os principais instrumentos de inferência da extensão do poder de mercado naquele mercado relevante concreto utilizados pela teoria antitruste.

Concentração e Índices

É fundamental observar que não há como se estimar de maneira objetiva o impacto de uma concentração sobre a concorrência - isto é, sobre o poder de mercado. Isso dependerá de um grande número de atributos da estrutura do mercado, das características, portanto, de cada mercado e da forma como neles se manifesta a competição. Assim, percebe-se uma superestimativa da importância que se atribui ao grau de concentração do mercado como indicador supostamente decisivo para avaliar o impacto de uma operação sobre a concorrência, como era de se esperar de uma teoria econômica baseada no modelo EDC.

Como já enfatizado, o aumento do grau de concentração de mercado, por si só, não deveria ser considerado pelo CADE como condição necessária e/ ou suficiente para que uma determinada operação/conduita seja considerada danosa à concorrência. O grau de concentração, medido através dos índices HH, Ci ou pela simples participação de mercado, serve apenas como um indicativo para a análise antitruste ao lado de outros elementos utilizados.

Os índices HH e Ci são comumente utilizados para medir a concentração de mercado. O HHI é melhor por refletir a franja do mercado, mas também pode ser de difícil cálculo quando não houver informação suficiente sobre todos os participantes do mercado relevante. O que é importante ressaltar aqui é que não devem ser utilizados, *a priori*, parâmetros para concentração importados de outros países, como os 1800 pontos do HHI ou o 75% do C4, dadas as peculiaridades da economia brasileira. Independente do indicador, a análise de impacto estrutural em economias como a brasileira deve levar em conta o tamanho mais reduzido de seus mercados, sobretudo quando se busca transplantar as faixas de referência de HHI utilizadas pelos órgãos dos EUA, uma economia dez vezes maior e historicamente menos concentrada que a brasileira.

Importação

A importação é um importante fator de contestabilidade, isto é, é inibidor do abuso de poder de mercado. Segundo este estudo, no entanto, a importação é relegada ao segundo plano no Brasil, com sua análise sendo realizada em apenas 33% dos casos. Estes geralmente são casos que notoriamente a importação seria relevante pelo fluxo comercial internacional mais intenso. O problema é que mesmo naqueles casos em que a importação foi analisada, em poucos constituiu verdadeiro inibidor de poder de mercado. A contestação de um mercado acontece quando a importação for viável e estiver ocorrendo no momento do ato ou da conduta.

Barreiras à Entrada

Quanto às barreiras à entrada, é imprescindível incluir na definição de mercado relevante os ofertantes potenciais (*uncommitted entrants*), para que na etapa de avaliação da entrada sejam consideradas apenas aquelas firmas que agregarão (ou terão capacidade de agregar) capacidade produtiva ao mercado (*committed entrants*). Uma boa avaliação das barreiras é necessária para se concluir sobre a efetividade do exercício de poder de mercado. Os resultados, entretanto, mostraram que em pouco mais da metade dos casos houve uma análise da entrada, com a especificação do tipo de barreira no mercado relevante. Ainda é importante ressaltar que não há como mensurar exatamente o nível das barreiras. Não existe um instrumental econômico que classifique o grau de bloqueio à entrada. Dessa maneira, é sempre exigido algum exercício de juízo por parte do investigador.

Outro ponto que tem que ser discutido é a verificação da possibilidade de firmas que atuam fora do mercado relevante entrarem nesse mercado de forma rápida e com volume suficiente para contestar as firmas estabelecidas. As condições de entrada de tempestividade, suficiência e probabilidade têm que ser verificadas em todos os casos com possibilidade de exercício de poder de mercado. Em poucos casos estudados este exercício foi feito com algum rigor teórico. Por fim, é razoável supor que as condições de entrada em uma economia como a brasileira sejam relativamente menos favoráveis do que em economias mais desenvolvidas, em virtude da imperfeição dos mercados de capitais e limitações de infra-estrutura, entre outros fatores.

4.1.3 Eficiências Econômicas

As eficiências econômicas alegadas poderão ser submetidas, se quantificáveis e aceitas, a um dos dois modelos (o padrão de preço e o critério de Williamson) que buscam mensurar o efeito líquido da operação/ conduta. A principal diferença entre os dois modelos é o de que o critério de Williamson desconsidera os efeitos distributivos derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta, bastando que o excedente total seja maior do que o dano concorrencial acarretado. De outro modo, o modelo de padrão de preço garante que pelo menos o excedente do consumidor não seja reduzido, dado que pressupõe uma redução de custos na magnitude necessária para que os preços sejam situados em patamares não superiores aos existentes antes do ato ou conduta.

A legislação não é precisa acerca de qual modelo deva ser adotado. A lei brasileira de defesa da concorrência (Lei 8.884/94) prevê, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Neste sentido, o modelo de padrão de preço se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Entretanto, o GUIA (2001) exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, isto é, quem se apropria dos benefícios e quem incorre nas perdas de bem-estar. A polêmica recai no fato de uma Portaria não prevalecer sobre uma Lei. A jurisprudência incipiente do CADE sobre o assunto indica uma tendência pelo uso do modelo de preço-padrão, pois conforme comentado no capítulo anterior, este foi o modelo adotado pelos Conselheiros nos casos da AmBev e Nestlé/ Garoto.

Deve-se acentuar, no entanto, que ambos os modelos dependem para a sua aplicação de informações relativas tanto a uma quantificação precisa das eficiências, da redução de custos futura e das possíveis variações de preços, quanto a estimativas das elasticidades-preço da demanda dos mercados envolvidos. É preciso admitir que não se dispõe na análise antitruste de um critério normativo único e inteiramente satisfatório para avaliar e ponderar benefícios e custos sociais de atos de concentração e condutas anticompetitivas.

Por fim, é razoável supor que, em uma economia como a brasileira, a geração de eficiências seja mais importante. Isto porque, em virtude de mudanças industriais recentes (privatização e liberalização dos mercados), as distorções ainda são relativamente elevadas. Cabe ainda dizer que, no computo das eficiências, não deve-se considerar apenas as produtivas, como é de praxe, mas deve-se incluir também as eficiências dinâmicas, trazidas pela possibilidade de inovação.

Como foi dito anteriormente, a construção de uma política antitruste parte de uma aplicação consistente da teoria antitruste nos casos de atos de concentração e condutas anticompetitivas com possibilidade de exercício de poder de mercado. Isto significa que há a necessidade de avaliação de forma homogênea, pelos órgãos de defesa da concorrência do Brasil, daqueles atos e condutas com possibilidade de dano à concorrência.

4.5 Propostas e Perspectivas

O outro ponto que deve ser colocado em perspectiva se refere à operacionalidade do instrumental econômico para mensurar a substituíbilidade da demanda e o *trade-off* entre a geração de eficiências produtivas e a possibilidade de exercício de poder de mercado. Duas ferramentas para a operacionalidade das metodologias empregadas nas etapas da análise antitruste foram propostas até hoje: a estimação econométrica e, mais recentemente, a simulação.

Os métodos de estimação econométrica têm sido utilizados na literatura e na prática antitruste desde longa data (BAKER & RUBINFELD, 1999). Sua maior utilidade recai no cálculo de estimadores para as elasticidades próprias e cruzadas, para se definir a substituíbilidade entre produtos. A outra ferramenta, a simulação numérica, parte dos modelos tradicionais de oligopólio para simular qual seria o novo equilíbrio pós ato ou conduta.

Utilizada em casos de repercussão nos EUA (Office Depot e Kraft-Nabisco), a simulação procura oferecer um modelo estrutural a partir do qual as hipóteses podem ser testadas diretamente e de forma consistente. Esta abordagem apresenta vantagens em relação à aplicação do roteiro de análise tradicional baseado em estimações econométricas : i) prejuízo ao mercado pode ser quantificado; ii) possibilidade de analisar a sensibilidade para verificar a robustez dos resultados à variação das estimativas dos parâmetros; iii) possibilidade de estimação do efeito econômico líquido e testá-lo em diferentes situações estruturais ou comportamentais (OLIVEIRA & RODAS, 2004). É preciso, contudo, ter cautela na interpretação dos resultados das simulações. Em geral, estes resultados são sensíveis às hipóteses iniciais realizadas para a construção do modelo estrutural.

SCHEFFMAN, D. & COLEMAN, M. (2003) e WERDEN (2002) discutiram detalhadamente os vários tipos de análise quantitativa usados freqüentemente nos casos antitruste norte-americanos⁴¹. Estes trabalhos descrevem as diferentes técnicas utilizadas nos procedimentos antitruste e prescrevem padrões para a aplicação destas técnicas e para a transferências dos resultados obtidos para as agências, de forma a reforçar sua credibilidade.

Assim, o estudo de técnicas de auxílio à análise antitruste é fundamental. Apesar de todo o embasamento econômico por trás da consecução da política de defesa da concorrência, esta não é uma tarefa simples, e por isso, possui ainda bastante espaço para pesquisa.

4.6 Considerações Finais

A aplicação heterogênea da teoria antitruste pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil tem uma implicação importante: uma jurisprudência sobre a defesa da concorrência incipiente e por isso uma política de concorrência ainda em construção. Uma política de concorrência é fundamental para assegurar mercados estruturalmente competitivos e prevenir colusões entre firmas e abusos de poder econômico, já que o mercado por si só é incapaz de conter estruturas e condutas anticompetitivas. Sua consolidação, portanto, está diretamente relacionada com a aplicação da teoria antitruste nos casos de atos de concentração e condutas anticompetitivas com possibilidade de exercício de poder de mercado.

⁴¹ No Brasil, está sendo realizado, sob incentivo da ANPEC (Associação Nacional de Pós-Graduação em Economia), do IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e da SDE, um estudo em métodos quantitativos aplicados à defesa da concorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIN, J. S. *Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries*. Cambridge (Mass): Harvard University, 1956. 329p.

BAKER, J., RUBINFELD, D. *Empirical methods in antitrust litigation: review and critique*. American Law and Economics Review, v.1, n.1/2, p.386-435, 1999

BONNER, R. A., KRUEGER, R. *The basics of antitrust policy: a review of ten nations and the European Communities*. Washington, D.C.: World Bank, 1991. 127p. (World Bank technical paper, n.160)

BORK, R. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books. 1978. 462p.

CARLTON, D. W., PERLOFF, J. M. *Modern industrial organization*. 3rd ed. Reading, Mass: Addison-Wesley, 2000. 780p.

CHANDLER, A. D. *The visible hand: the managerial revolution in American business*. Cambridge, Mass: The Belknap of Harvard University, 1977. 608p.

CHANDLER, A. D. *Scale and scope: the dynamics of industrial capitalism*. Cambridge, Mass.: Belknap of Harvard University, 1990. 860p.

FAGUNDES, J., PONDÉ, J. **Barreiras à entrada e defesa da concorrência**. Revista de Economia Contemporânea, v.1, n.2, p.61-89, jul/dez, 1997.

FARINA, E. M. M. Q. **Política antitruste: a experiência brasileira**. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 18, 1990, Brasília. **Anais**. Brasília, ANPEC, 1990. v.1, p.455-474.

FARINA, E. **Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação**. Revista do IBRAC, v.3, n.8, 35-51, 1996.

FIRST, H., FOX, E. M., PITOFISKI, R. (Eds.) *Revitalizing antitrust in its second century*. New York: Quorum Books, 1991. 542p.

FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. *Price effects of horizontal mergers*. California Law Review, v.77, n.4, p.777-827, July 1989.

FORGIONI, P. **Os fundamentos do antitruste**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 435 p

GEROSKI, P. *Competition policy and the structure-performance paradigm*. In: DAVIES, S., LYONS, B. (Eds.) Economics of industrial organization: surveys in economics. London: Longman. 1988. Cap.5, p.166-191.

GUIA para análise econômica de atos de concentração horizontal. In.: BRASIL. Ministério da Fazenda, Secretaria de Acompanhamento Econômico. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.50, de 01 de agosto de 2001. Diário Oficial da União, n.158-E, de 17/08/01, Seção 1, p.12-15. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 17 ago. 2004

HARBERGER, A. *Monopoly and resource allocation*. American Economic Review, v.44, n.2, p.77-78, 1954.

HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. In: United States. Department of Justice and Federal Trade Commission, April 8, 1997.

HOTELLING, H. *Stability in competition*. Economic Journal, v.39, p.41-57, Mar. 1929.

HOVENKAMP, H. *Antitrust*. 2.ed. St. Paul (Minn): West Publ., 1994.

KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (Orgs) **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. 640p.

KWOKA, J. E., WHITE, L. J. (Eds) *The antitrust revolution: the role of economics*. 2nd ed. New York: Harper Colins College, 1994. 468p.

MASON, E. *Price and production policies of large-scale enterprise*. American Economic Review, v.29, supplement, p.61-74, Mar. 1939.

MATTOS, C. (Org.). **A revolução antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2003.

OECD. *Industrial policy in OECD Countries: annual review*. Paris: OECD, 1992. p.215

OLIVEIRA, G. **Concorrência: panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva. 2001.

OLIVEIRA, G., RODAS, J. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar. 2004.

POSNER, R. *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago: University of Chicago, 1976. 262p.

POSSAS, M. L. **Estruturas de mercado em oligopólio**. São Paulo: Hucitec. 1985. 202p. (Economia & planejamento. Obras didáticas)

POSSAS, M. L. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Revista do IBRAC, v.3, n.5, p.10-35, 1996.

POSSAS, M. L. (Org). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. 238p.

POSSAS, M. L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. **Política antitruste: um enfoque schumpeteriano**. In.: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 23, 1995, Salvador. Anais. [São Paulo]: ANPEC, 1995. v.2. p.270-289.

POSSAS, M. L., FAGUNDES, J., PONDÉ, J. **Custos de transação e políticas de defesa da concorrência**. Revista de Economia Contemporânea, n.2, p.115-135, Jul.-dez. 1997.

RESOLUÇÃO Nº 20. do CADE. In.: BRASIL. Ministério da Justiça, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE. Resolução nº 20, de 09 de junho de 1999. Diário Oficial da União, de 28/06/99. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2004

SALGADO, L. H. **As políticas de concorrência (ou antitruste): um panorama da experiência mundial e sua atualidade para o Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1992. (Texto para Discussão; n.264)

SALGADO, L. H. **Política da concorrência: tendências recentes e o estado da arte no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 1995. (Texto para Discussão; n.385)

SALGADO, L. H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997.

SCHEFFMAN, D., COLEMAN, M. *The FTC perspectives on the use of econometrics in antitrust cases*. FTC. 2003. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/ftcperspectivesoneconometrics.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2004.

SCHERER, F. M, ROSS, D. *Industrial market structure and economic performance*. 3rd ed. Boston: Houghton Mifflin, 1990. 713p.

SHAPIRO, C. *Merger with differentiated products*. FTC. 2002. Disponível em: <<http://www.antitruste.org/law/shapirospeech/html>>. Acesso em: 30 ago. 2004.

SHY, O. *Industrial organization*. Cambridge, Mass.: MIT, 1995. 466p.

STIGLER, G. J. *The organization of industry*. Chicago: The University of Chicago, 1968. 328p.

TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge, Mass.: MIT, 1988. 479p.

VARIAN, H. R. *Microeconomic analysis*. New York: W.W. Norton, 1984. 348p.

VISCUSI, W., VERNON, J. E HARRINGTON, J. *Economics of regulation and antitrust*. Lexington, MA.: D.C. Heath and Company, 1995.

WERDEN, G. *A perspective on the use of econometrics in merger investigations and litigation*. Antitrust Journal, v.16, n.2, 407-26, 2002.

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

WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: Correction and reply*. American Economic Review, v.58, n.5, part.1, p.1372-1376, Dec. 1968b

WILLIAMSON, O. E. *Economies as an antitrust defense: reply*. American Economic Review, v.59, n.5, p.954-959, Dec. 1969.

WILLIG, R. *Mergers analysis, industrial organization theory and merger guidelines*. Brookings Papers on Economic Activity, vol. 1991, p. 281-312. 1991.

ANEXO 1
JULGADOS ESCOLHIDOS (330)

1994

AC: 01/94; 05/94; 06/94; 11/94; 12/94; 13/94; 14/94; 15/94; 22/94; 32/94; 37/94.
PA: 68/92; 152/92.

1995

AC: 18/94; 19/94; 41/95; 56/95; 28/95; 25/95; 24/95; 63/95; 25/94; 29/94; 27/95; 45/95;
48/95; 11/95; 39/95; 58/95.
PA: 155/94; 156/94; 157/94; 158/94.

1996

AC: 27/95; 16/94; 42/95; 98/96; 90/96; 62/95; 93/96; 71/96; 81/96; 103/96; 104/96.
PA: 164/94; 165/94; 166/94; 167/94; 168/94; 169/94; 170/94; 171/94; 172/94; 173/94;
174/94.

1997

AC: 22/95; 55/95; 71/96; 02/94; 104/96; 139/97; 59/95; 32/94; 36/95; 47/95; 58/95; 83/96;
44/95; 121/97; 122/97; 180/97; 138/97; 188/97; 177/97; 54/92; 143/93; 0800.011634/94-07.
PA: 275/92 a 281/92; 0800.012236/94-81; 0800.016801/94-16; 0800.020697/94-95; 148/92;
57/92; 0800.019862/96-89; 0800.014677/94-18 E MAIS 128 PROCESSOS SIMILARES.

1998

AC: 34/95; 54/95; 84/95; 0801200014/98-00; 0800.021611/97-72; 08012.000167/98-11;
193/97; 191/97; 156/97; 179/97; 165/97; 133/97; 187/97; 08012.007217/97-56; 117/97;
188/97; 73/96; 64/94; 08012.000053/97-57.
PA: 08012.015283/96-30; 0800.011521/94-11; 0800.008994/94-96; 0800.011520/94-40;
29/92; 46/92; 129//92 e mais 30 processos similares.

1999

AC: 144/97; 112/97; 145/97; 177/97; 88/96; 08012.013759/97-98; 08012.000113/99-83;
08012.001710/98-06; 08012.009463/98-14; 08012.000099/98-54; 08012.001425/9912;
08012.002818/98-90; 08012.004322/99-96; 08012.004735/98-35; 08012.007944/99-11;
08012.000587/99-89; 08012.000392/98-49; 08012.000146/96-55.
PA: 147/93; 0800.025965/96-04; 0800.000125/95-02; 0800.002605/97-52; 08012.011518/94-
06; 273/92; 45/92; 08012.021627/96-21; 08012.021785/94-19.

2000

AC: 08012.006482/00-92; 08012.004117/99-67; 08012.005846/99-12; 08012.002120/99-09;
08012.020471/97-70; 08012.012242/99-12; 08012.002315/99-50; 08012.000665/00-02;
08012.002439/00-58; 08012.010993/99-96; 08012.005958/00-78; 08012.000765/00-41;
53500.001447/2000; 08012.011548/99-98; 08012.004864/00-81; 08012.006301/00-28;
08012.001182/98-31; 08012.008295/95-86; 08012.000164/99-03; 08012.008895/98-53;
08012.000297/99-07; 08012.007674/98-59; 08012.006375/98-42; 08012.000034/99-90;
08012.004735/98-35.

PA: 08012.001922/97-04; 08012.015337/97-48; 08012.005769/98-92; 08012.000128/95-98;
08012.016153/95-89; 08012.009118/98-26.

2001

AC: 08012.001205/00-93; 08012.003199/00-17; 08012.003773/00-29; 08012.004713/00-23;
08012.005958/00-78; 08012.000880/00-89; 08012.007069/00-45; 08012.016153/95-89;
08012.001374/01-12; 08012.002076/00-31; 08012.002341/01/81; 08012.000216/01-37;
08012.000258/01-78; 08012.001102/01-12; 08012.005115/00-71; 08012.005596/01-64;
08012.005801/01-23; 08012.005834/01-73; 08012.006150/99-11; 08012.004138/01-40;
08012.001790/01-11; 08012.000010/01-15; 08012.007091/99-81; 08012.001408/01-13;
08012.001432/01-08; 08012.002502/01-37; 08012.006250/99-58; 08012.006532/01-12;
08012.002761/01-68; 08012.003408/01-03; 08012.004073/01-32; 08012007578/01-59.

PA: 53500.000359/1999; 08012.028266/96-53; 08012.004066/96-60; 08012.027395/95-80;
08012.019008/95-96; 08012.022194/96-21.

2002

AC: 08012.012442/99-01; 08012.001844/00-51; 08012.002668/01-53; 08012.003775/01-07;
08012.002509/01-92; 08012.003566/01-55; 08012.005344/00-96; 08012.007405/98-47;
08012.000254/01-90; 08012.002086/00-96; 08012.002901/00-17; 08012.003675/01-72;
08012.003946/01-90; 08012.004318/00-24; 08012.004346/01-49; 08012.004250/97-21;
08012.007573/01-26; 08012.007970/01-06; 08012.006651/01-75; 08012.001547/02-75;
08012.001746/02-83; 08012.001899/02-21; 08012.000181/02-17; 08012.000207/02-27;
08012.001044/02-08; 08012.002986/02-03; 08012.004896/02-49; 08012.005180/08-69;
08012.005913/01-84; 08012.002001/02-31; 08012.005099/02-99; 08012.000118/02-81;
08012.003595/02-06.

PA: 08012.010270/98-02; 08012.001280/01-35; 08012.002299/00-18; 08012.000172/98-42;
08012.006492/97-25; 08012.019708/96-99.

2003

AC: 08012.007116/02-12; 08012.007954/02-96; 08012.009350/02-84; 08012.008848/02-20;
08012.009177/02-14; 08012.003158/02-84; 08012.001957/03-05; 08012.000497/00-01;
53500.001674/2001; 53500.001889/2002; 08012.003579/00-43; 08012.004243/01-89;
08012.004362/02-12; 08012.005516/01-11; 08012.005961/01-72; 53500.006442/2002;
53500.007181/2001; 08012.009353/02-18; 08012.012851/03-11; 08012.002653/02-76;
53500.002885/2002; 08012.003147/02-02; 08012.003554/02-10; 08012004818/00-82;
08012.005024/02-06; 08012.005492/01-91; 08012.007073/02-75; 08012.007505/00-88;
08012.010339/99-73; 08012.000255/03-04; 08012.000346/03-31; 08012.001266/01-31;
08012.001612/02-62.

PA: 08012.021738/96-92; 08012.007754/95-28; 08012.004156/01-21; 08012.001288/99-43;
08012.007515/00-31; 08012.021976/97-51.

2004

AC: 08012.001138/01-98; 53500.000742/2003; 08012.002120/02-94; 08012.002455/02-11;
08012.003443/03-11; 08012.003274/03-84; 08012.003158/02-84; 53500.003801/2001;
08012.004201/04-91; 08012.005125/02-79; 08012.005191/02-49; 08012.005823/02-74;
08012.001162/03-99; 08012.000350/02-19; 08012.003574/03-63; 08012.005076/02-74;
08012.005971/02-99; 08012.005667/01-61; 08012.006304/01-42; 08012.005830/01-95;
08012.004058/03-06; 08012.000097/02-01; 08012.000345/00-55; 08012.003555/02-56;
08012.007861/04-05; 53500.001400/2001

PA: 08012.001280/01-35; 08012.000677/99-70; 08012.005981/02-24; 08012.004860/00-01;
08012.006397/97-02; 08012.004036/01-18; 08012.024138/96-21.