

**Universidade de São Paulo
Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz”**

**Investigação econômica sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência,
2000 a 2004**

Cleber Barbosa

Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em
Ciências. Área de concentração: Economia Aplicada

**Piracicaba
2006**

Cleber Barbosa
Bacharel em Ciências Econômicas

Investigação econômica sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, 2000 a 2004

Orientador:
Prof. Dr. **PEDRO VALENTIM MARQUES**

Tese apresentada para obtenção do título de Doutor em
Ciências. Área de concentração: Economia Aplicada

Piracicaba
2006

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
DIVISÃO DE BIBLIOTECA E DOCUMENTAÇÃO - ESALQ/USP**

Barbosa, Cleber

Investigação econômica sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, 2000 a 2004 / Cleber Barbosa. - - Piracicaba, 2006.
205 p. : il.

Tese (Doutorado) - - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz, 2006.

1. Concentração econômica 2. Concorrência 3. Eficiência econômica 4. Política de defesa I. Título

CDD 338.9

“Permitida a cópia total ou parcial deste documento, desde que citada a fonte – O autor”

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Para escrever este trabalho contei com a contribuição e motivação ímpar de cada uma das pessoas, a quem sempre vou dizer muito obrigado: Aloíso Lunga (professor da UFRRJ), Álvaro Sobreiro Filho (funcionário da Esalq), Cárliton, Humberto, Piedade, Samuel e Sérgio (turma de Doutorado), Carlos Eduardo de Freitas Vian (professor da Esalq/USP), Cácia Castello Branco (professora da UFRRJ), Celso Barbosa de Almeida (chefe de gabinete do CADE), Eduardo Leão de Souza (ex-membro SEAE-DF), Fernando Santiago (parecerista do SEAE-RJ), Geraldo Sant'Anna de Camargo Barros (professor da Esalq-USP), Graça Freitas (secretária do DER-UFV), Guillermo Jorge Moreno Alcântara (administrador), Hilton Ferreira Barbosa (meu pai), Icanuza Reis (SEAE-DF), Ilmar Gaze Houlgain (parecerista do SEAE-RJ), Ligiana Clemente do Carmo (bibliotecária da Esalq), Márcia Azanha Ferraz Dias de Moraes (professora da Esalq/USP), Maria Aparecida Maielli Travalini (secretária da pós-graduação), Marcelo José Braga (professor da UFV), Mario Luiz Possas (professor da UFRJ), Nelson Coeli (revisor de português da UFV), Patrícia Agra Araújo (assessora do CADE), Pedro Carvalho de Mello (professor da Esalq/USP), Pedro Valentim Marques (orientador/professor da Esalq/USP), Priscilla Souza Alves e Ricardo Shirota (coordenador/professor da Esalq/USP).

SUMÁRIO

RESUMO	8
ABSTRACT.....	9
LISTA DE QUADROS	10
LISTA DE TABELAS.....	11
LISTA DE FIGURAS.....	12
1 INTRODUÇÃO	13
2 METODOLOGIA	17
3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	22
3.1 O CADE	22
3.2 A SEAE	23
3.3 A SDE	24
3.4 O SBDC	26
3.5 Casos de conduta	27
3.6 Práticas horizontais	29
3.7 Atos de concentração	32
3.8 Procedimento sumário	35
3.9 Operações internacionais com efeitos na lei antitruste	36
3.10 O SBDC e as agências reguladoras	37
3.11 Advocacia da concorrência	40
3.12 A nova proposta de legislação antitruste	41
3.13 O novo papel do CADE, da SEAE e da SDE	44
3.14 Outras propostas de alteração	44
4 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE	45
4.1 Conceitos e aspectos da concorrência	45
4.2 As vantagens competitivas no processo concorrencial	48
4.3 O papel das inovações na competitividade	49
4.4 As eficiências econômicas	51
4.4.1 Eficiência alocativa de Pareto	52

	6
4.4.1.1 A condição de Pareto e o equilíbrio parcial	54
4.4.2 Outros tipos de eficiências	56
4.4.2.1 Eficiência pela variedade de produtos	56
4.4.2.2 A eficiência X	57
4.4.2.3 Eficiência dinâmica	60
4.4.2.4 Eficiência organizacional	62
4.4.2.5 O conjunto das eficiências econômicas	63
4.5 As escolas americanas de políticas de defesa da concorrência	64
4.5.1 A política antitruste pela escola de Harvard	64
4.5.2 A política antitruste pela escola de Chicago	66
4.6 A teoria da organização industrial na defesa da concorrência	69
4.6.1 A teoria da firma, barreiras à entrada e mercado contestável.....	69
4.7 A metodologia de análise da SEAE para atos de concentração horizontal	73
4.7.1 Guia de análise de concentração horizontal	75
4.8 Instrumentos utilizáveis no guia de atos de concentração horizontal	78
4.8.1 Mercado relevante	79
4.8.2 Determinação da parcela de mercado	80
4.8.3 Exercício do poder de mercado	81
4.8.4 Eficiências econômicas do ato	83
4.8.5 Resultado líquido do ato	84
4.8.6 Os itens de análise das etapas do guia de atos de concentração	84
5 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PLANO INTERNACIONAL	86
5.1 Introdução	86
5.2 As razões para a existência de regras internacionais de DC	86
5.3 Os acordos internacionais abrangendo a defesa da concorrência	87
5.4 A extraterritorialidade da lei	88
5.4.1 A aplicação extraterritorial nos Estados Unidos	89
5.4.2 A aplicação extraterritorial na União Européia	92
5.5 Acordos bilaterais	95
5.6 Acordos multilaterais	98
5.7 Acordos regionais	98

6 RESULTADOS E DISCUSSÕES	100
6.1 Guias para análise de atos de concentração horizontal de países selecionados	100
6.1.1 O mercado relevante	101
6.1.2 Exercício de poder de mercado	106
6.1.3 Os índices de concentração de mercado	108
6.1.4 Efeitos coordenados	110
6.1.5 A questão das barreiras e a expansão da produção pela rivalidade	113
6.1.6 As eficiências	117
6.1.6.1 Eficiência sobre os mercados	118
6.1.6.2 Os tipos de eficiências	119
6.1.6.3 As eficiências mais consideradas	120
6.1.6.4 A transferência dos benefícios da eficiência aos consumidores	121
6.1.6.5 O critério de medida do benefício líquido	122
6.1.6.6 Os guias em resumo	123
6.2 O padrão de investigação econômica da SEAE	124
6.2.1 Os pareceres econômicos	125
6.3 Atos de concentração selecionados	133
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	176
7.1 Guias de outros países comparados com o do Brasil e os acordos de cooperação internacionais	176
7.2 A investigação econômica pela SEAE	178
7.3 O papel da SEAE como instrutor econômico do CADE	180
7.4 Os casos relevantes selecionados: a questão da apuração das eficiências e os métodos quantitativos	181
REFERÊNCIAS	184
APÊNDICES	188
ANEXOS	195

RESUMO

Investigação econômica sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, 2000 a 2004

O presente trabalho teve como proposta a análise sobre a investigação econômica efetuada nos casos de atos de concentração empresarial, no período de 2000 a 2004, dentro do objetivo geral de avaliar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Procurou-se identificar aspectos que possam caracterizar o padrão e o modo com que são instruídos os processos sobre operações empresariais que são produzidos em razão da Lei 8.884/94. O referencial teórico para a análise foram os conceitos microeconômicos da teoria neoclássica e os da teoria industrial de potencial aplicação à defesa da concorrência. A justificativa para o presente estudo baseou-se no entendimento de que, por um lado, a importância da política de defesa da concorrência é crescente, tendo em vista a expansão freqüente e contínua dos mercados e empresas, o que impõe a necessidade de uma ordem econômica eficaz no papel de preservar a eficiência e o bem-estar econômico dos mercados; por outro lado, pela constatação de que a experiência antitruste brasileira é relativamente recente, pois ainda não se conhece, na prática, como, quais e em que níveis de limitação os conceitos e instrumentos econômicos disponíveis são aplicados no momento de análise dos casos de sua competência. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, documento oficial do SBDC, foi a referência utilizada para avaliar o método de análise econômica do SBDC, tendo sido comparado com os guias de três das principais legislações antitrustes internacionais, a saber: os Estados Unidos, o Reino Unido e a União Européia. A conclusão geral é de que, a despeito de diversos problemas de aplicação metodológica do ferramental econômico utilizado, o modo de investigação econômica do SBDC não está muito distante daquele das principais agências de defesa da concorrência internacionais. A aplicação de métodos quantitativos como padrão de análise ainda é um desafio para o desenvolvimento da investigação econômica antitruste no Brasil, tendo em vista diversos fatores (estruturais e de natureza teórica) restritivos à sua aplicação. Um dos fatores seriam as limitações relacionadas à obtenção de dados adequados que possam permitir a construção de modelos realistas aos casos examinados e, de forma tempestiva, atender aos prazos legais de análise antitruste. Foram examinados pareceres econômicos realizados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) e julgamentos efetuados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) referentes a operações de concentração horizontal. Especificamente, buscou-se identificar o papel da SEAE como órgão de instrução econômica ao CADE e os instrumentos e conceitos utilizados por ambas as agências de defesa da concorrência. Considerando que o contexto econômico cada vez mais é o internacional, o presente trabalho discutiu a estrutura da Política de Defesa da Concorrência Internacional no âmbito dos principais acordos de cooperação internacionais atualmente existentes. Verificou-se que as recomendações da SEAE e boa parte de sua argumentação econômica são acompanhadas pelo CADE, o que sugere admitir que a primeira cumpre o papel de assessoria econômica às atividades de julgamentos antitrustes pelo segundo.

Palavras-chave: Política da defesa da concorrência; Concentração econômica; Sistema brasileiro de defesa da concorrência; Eficiência econômica

ABSTRACT

Economic investigation of the Brazilian competition defense system, 2000 to 2004.

This work proposes to analyze the economic investigation carried out on cases of business concentration, during the period from 2000 to 2004, with the overall objective of evaluating the Brazilian Competition Defense System. It aims to identify aspects that may characterize the pattern and mode through which business operation processes are addressed, as a result of Law 8.884/94. Economic rulings presented by the Secretary for Economic Monitoring (SEAE) were analyzed and judgments (decisions, judgments and deliberations) made by the Administrative Council of Economic Defense (CADE) concerning horizontal concentration operations were verified. Another aim is to specifically identify the role played by SEAE as an economics consulting organ to CADE, as well as the tools and concepts used by both business competition defense agencies. Given the increasingly international context, this work addresses the structure of the international business competition defense policy within the scope of the main international agreements of cooperation currently made. The justification for this study is based, on the one hand, on the understanding of the growing importance of a business competition defense policy, as a result of a frequent and continuous expansion of the market and enterprises – which calls for the need of an effective economic order to preserve efficiency and well-being – and, on the other hand, on the realization that the Brazilian anti trust experience is relatively recent, lacking the practical knowledge of how, which, and at what levels of limitation the economic concepts and tools available are applied when analyzing domestic cases. The theoretical base used for the analysis is the microeconomic concepts of neoclassic and industrial theory with a potential application to business competition defense. The Guideline for Economic Analysis of Horizontal Concentration Acts, an official SBDC document, is the reference used to evaluate the method of economic analysis of SBDC and is compared to the guidelines of three of the main international antitrust legislations, namely, those of USA, UK, and EU. The overall conclusion is that, despite several problems of methodological application of the economic tools applied, the way the economic investigation of SBDC is conducted is not very different from that of the main international competition defense agencies. The application of quantitative methods as a standard of analysis is still a challenge for the development of anti trust economic investigation in Brazil, since several factors (of structural and theoretical nature) limit their use. One of the factors would be the limitations related to obtaining adequate data to allow the creation of realistic models for the cases examined and, in a timely way, be able to meet the legal deadlines of anti trust analysis. It was verified that SEAE recommendations and a considerable portion of its economic rationale are monitored by CADE, what leads to admit that the former performs the role of economic consultant to the latter's anti trust decision activities.

Keywords: Business competition defense policy; Economic concentration; Brazilian competition defense system; Economic efficiency.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 –	Desempenho de atos de concentração, no período de 1999 a 2004	19
Quadro 2 –	Agências federais reguladoras	38
Quadro 3 –	Comparativo das escolas Harvard e Chicago sobre política antitruste	68
Quadro 4 –	Lista de itens que podem ser verificados na etapa III do guia de ato de concentração horizontal	82
Quadro 5 –	Lista de itens que podem ser verificados na etapa IV do guia de ato de concentração horizontal	83
Quadro 6 –	Resumo de instrumentos aplicáveis ao guia de atos de concentração horizontal	85
Quadro 7 –	Principais normas internacionais com conteúdo de defesa da concorrência	88
Quadro 8 –	Principais casos de decisão extraterritorial nos Estados Unidos	91
Quadro 9 –	A identificação do mercado nos guias para análise de atos de concentração horizontal	106
Quadro 10 –	Itens de apuração na verificação de condições de entrada nos guias selecionados	117
Quadro 11 –	Estudos econômicos apresentados ao CADE no processo Nestlé-Garoto ..	160
Quadro 12 –	Tipos de eficiências alegadas no caso Nestlé-Garoto	168

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 –	Decisões do SBDC em casos de conduta, no período de 2002 a 2004	29
Tabela 2 –	Atos de concentração horizontal julgados pelo SBDC, no período de 2000 a 2004	35
Tabela 3 –	Prazo médio utilizado pelo SBDC no julgamento de casos de concentração, no período de 2000 a 2004	36
Tabela 4 –	Os pareceres referentes aos atos de concentração horizontal, no setor agroindústria, no período de 2000 a 2004	125
Tabela 5 –	Número de atos de concentração examinados pela SEAE e tempo médio de análise, no período de 2000 a 2004	128
Tabela 6 –	Pareceres de atos de concentração do grupo COGPA da SEAE considerados como de aumento de concentração irrelevante, no período de 1999 a 2004	130
Tabela 7 –	Casos julgados pelo SBDC, no período de 2000 a 2004	134
Tabela 8 –	Participação de mercado de isotônicos, no período de 1997 a 2001	172
Tabela 9 –	Gastos totais com publicidade (em mil reais)	173

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 –	Atos de concentração horizontais julgados, no período de 1994 a 2004	14
Figura 2 –	Conjunto de possibilidades de produção	59
Figura 3 –	Guia de análise para atos de concentração horizontal	77

1 INTRODUÇÃO

A Política da Defesa da Concorrência – PDC consiste na ação empreendida pelo poder público no sentido de preservar a eficiência e o desenvolvimento dos mercados.

No Brasil, a defesa da concorrência é formada pelo Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência – SBDC, constituído atualmente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, amparados pela Lei 8.884/94, conhecida como Lei Antitruste.

Compete ao CADE o julgamento administrativo dos casos apresentados depois da instrução jurídica e econômica desempenhada, respectivamente, pela SDE e SEAE.

A PDC tem duas linhas básicas de ação: a repressão de práticas anticompetitivas e o controle preventivo de operações que gerem concentração de mercado. Tanto em uma como em outra, a finalidade é a de preservar ou mesmo incentivar o desenvolvimento dos mercados.

O presente trabalho analisa o padrão de investigação econômica envolvido nos julgamentos de atos de concentração econômica no SBDC no período de 2000 a 2004. Procura-se identificar aspectos que caracterizem o padrão de análise econômica do SBDC nos casos de concentração horizontal a partir da amostra de pareceres econômicos da SEAE e de três casos selecionados como relevantes e de significativa complexidade.

A Figura 1 mostra a evolução do número de atos de concentração julgados pelo SBDC desde a promulgação da Lei 8.884, em 1994. O aumento dos fluxos internacionais de capitais, a privatização e a execução de reformas econômicas ocorridas ao longo dos anos podem justificar a elevação de casos de concentração nos mercados da economia brasileira. De toda forma, evidencia a necessidade de alcançar padrões de eficiência na política antitruste, posto que o maior volume de casos na atualidade aumenta o peso da correta ação das agências na preservação do ambiente competitivo.

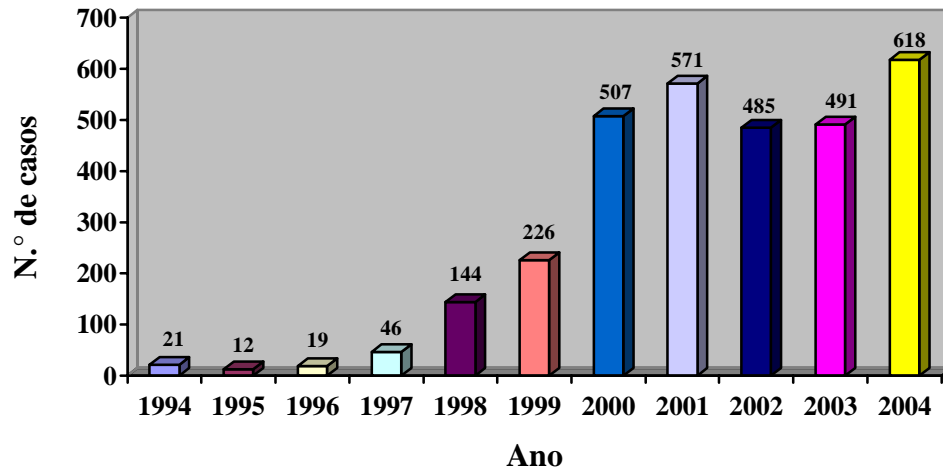


Figura 1 – Atos de concentração horizontais julgados, no período de 1994 a 2004

Fonte: Oliveira (2001) e Brasil (2005b)

Nos aspectos da análise econômica desenvolvida nos casos de concentração, vários estudos, como o de Fagundes (2003) e o de Possas (1996), apontam falhas e ambigüidades no emprego dos instrumentos econômicos por parte das agências antitrustes. Questões relacionadas às limitações teóricas e analíticas, como problemas na identificação do mercado relevante, são apontadas por esses autores. As palavras de Oliveira (2001, p.12), fazendo uma análise crítica sobre a fragilidade da defesa da concorrência no início dos anos 2000, são assaz reveladoras: “Vários processos terminam por ser arquivados em virtude de má definição do objeto de investigação, desrespeito ao contraditório, entre outras falhas processuais”.

Lima (1998) resume a política antitruste brasileira no período de 1994 a 1996 como a de praticar o grau de concentração da oferta como variável central (e praticamente a única) nos casos julgados. Para o ano de 1998, Lima (1998, p.169) conclui que “[...] as decisões dão maior importância para a questão das barreiras à entrada de novos competidores em relação às decisões mais antigas”.

A conclusão de Lima é considerada, no presente estudo, como a hipótese básica de investigação para levantamento do padrão de análise econômica do SBDC, representado pela SEAE. Objetiva-se, portanto, também examinar se a política da defesa da concorrência ainda é

substancialmente restrita à observação do grau de concentração da oferta¹ ou se já há sinais de que as análises referentes às outras questões relevantes são igualmente aprofundadas.

De forma geral, a aplicação da lei antitruste pode ser de duas formas. A primeira, denominada critério *per se*, representa a execução estrita do disposto na lei, independentemente de outras considerações. A outra, denominada regra da razão, utiliza o método de análise caso a caso, de forma a avaliar os efeitos líquidos decorrentes da especificidade do caso. Nessa segunda forma, este estudo assume como hipótese a ser investigada: se dentro das limitações da prática de análise econômica há decisões de forma pragmática adotadas pelas autoridades da defesa da concorrência.

O presente estudo também considera a existência e a aplicação de critérios rigorosamente definidos como condição necessária para que haja um mínimo de previsibilidade e segurança capaz de não comprometer o livre funcionamento das forças de mercado. Por essas considerações, justifica-se a importância de analisar a aplicação e o alcance dos instrumentos e conceitos econômicos disponíveis na ação da defesa da concorrência.

O Guia para Análise de Atos de Concentração oficializados pela SDE e SEAE é tratado como a *proxy* de como, em princípio, os executores da PDC aplicam e operam a legislação antitruste.

É de conhecimento comum que o guia representa a base metodológica empregada pela SEAE e que informalmente também é considerada pelo CADE. Portanto, os procedimentos ali contidos são a referência do padrão de análise conceitual e metodológica considerado pelo presente estudo como adotado pelo SBDC. No intuito de se obter uma indicação entre o padrão de atuação da PDC entre diversos países com a do Brasil, é realizada uma base comparativa com os guias oficializados pelos Estados Unidos, pelo Reino Unido e pela União Européia.

Complementarmente, observa-se que fatores como a abertura dos mercados, a redução de barreiras tarifárias e a expansão do comércio internacional têm expandido a importância da defesa da concorrência para além dos mercados nacionais. Casos de fusão, aquisição e *joint ventures* podem transmitir efeitos anticompetitivos para além das fronteiras, o que suscita uma atuação internacional da política da defesa da concorrência. Nesse sentido, o presente trabalho

¹ O que nesse caso seria entender a forte influência da proposição da modelo E-C-D na defesa da concorrência ou a não-utilização de instrumentos econômicos adequados e recursos para empreender análises mais abrangentes.

apresenta uma discussão sobre a extraterritorialidade da política da defesa da concorrência e a natureza dos diversos acordos de cooperação nessa área.

Pelo exposto, a organização do presente estudo apresenta no segundo capítulo os aspectos metodológicos gerais referentes a seleção dos dados, informações e procedimentos que são aqui utilizados.

No terceiro capítulo há uma descrição sobre o funcionamento geral do Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência, com base nos últimos cinco anos de atuação. Neste capítulo permite-se uma visão institucional do SBDC e a abrangência das diversas áreas empreendidas pelos três órgãos que o compõem.

O quarto capítulo é composto pelas principais fundamentações teóricas que estão presentes na aplicação da prevenção antitruste, com uma breve menção a respeito da influência das escolas de Harvard e de Chicago na PDC norte-americana e a descrição da composição do guia utilizado pela SEAE para os casos de concentração horizontal.

No quinto capítulo examina-se a defesa da concorrência internacional nas questões do potencial de conflito da aplicação da lei extraterritorial e os acordos de cooperação internacional.

O sexto capítulo pertence à seção de Resultados e Discussões, sendo dividido em três tópicos. O primeiro realiza uma análise comparativa entre os guias para casos de concentração horizontal do Brasil, dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Européia. O segundo tópico examina o padrão de investigação da SEAE através de exames de uma amostra de 117 pareceres econômicos. O último aponta a efetividade da função de agência de instrução econômica da SEAE com o CADE, através do exame de três casos de grande repercussão e complexidade apreciados pelo SBDC.

No sétimo capítulo encontram-se as considerações finais do presente estudo. Nas demais seções, seguem-se as Referências, os Apêndices e os Anexos.

2 METODOLOGIA

Como base teórica para examinar o padrão de investigação econômica efetuado pelo SBDC em razão de atos de concentração horizontal de empresas, será utilizada a proposição normativa do modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), posto que ainda consiste na principal referência na aplicação da defesa da concorrência em diversos países. Adicionalmente, modelos como os da Economia dos Custos de Transação, a Teoria dos Mercados Contestáveis e outros relacionados com a Teoria de Organização Industrial também serão enfocados.

A partir do estudo da legislação brasileira e dos relatórios anuais do CADE e da SEAE, elabora-se o perfil do estágio de desenvolvimento do SBDC como instituição de defesa da concorrência. Também serão considerados os estudos da Organisation for Economic Cooperation and Development – OECD sobre a avaliação da política da defesa de concorrência no Brasil publicados² nos anos de 2000 e 2005. As experiências americanas, inglesas e da Comunidade Européia³ também são estudadas, através de seus guias de análises de concentração horizontais e de seus acordos de cooperação em casos de defesa da concorrência extraterritorial.

A evolução da política antitruste brasileira referente ao controle da estrutura de mercado será obtida, principalmente, a partir da Lei n. 8884/94, da literatura pertinente e de documentos públicos disponibilizados pela SEAE e pelo CADE. Por meio desses, objetiva-se verificar a incidência das variáveis por eles identificadas como importantes para a decisão antitruste, bem como caracterizar o padrão de atuação destes órgãos. Busca-se evidenciar como os referenciais teóricos são utilizados e em que medida e maneira outros atributos que não apenas o poder de mercado são considerados na construção dos pareceres.

São analisados os pareceres da SEAE e as decisões do CADE entre os anos compreendidos entre 2000 e 2004. Como hipótese para os anos anteriores, considera-se a conclusão de Lima (1998) para os anos de 1994 a 1996. Para esse autor, o SBDC apenas se limitou a controlar o grau de concentração da oferta, quando deveria exercer o controle preventivo das estruturas de mercado. Considerando que em 1999 a SEAE passou a utilizar o Guia para Análise de Atos de Concentração, será verificado o efeito dessa nova formulação nos pareceres econômicos.

² Os estudos são: OECD (2000a) e OECD (2005).

³ Estas serão estudadas pelo fato de serem as principais defesas de concorrência no mundo, segundo Global Competition Review (2005).

Os pareceres da SEAE e as decisões do CADE referentes aos casos julgados também serão objeto de análise. O propósito será o de averiguar não apenas o método, mas, sobretudo, o grau de assessoramento da SEAE junto ao CADE. Como será mostrado no capítulo seguinte, no julgamento de cada processo produz-se um relatório e um voto de autoria de um conselheiro escolhido por sorteio para relatar e conduzir a investigação. Cabe a esse conselheiro analisar as informações recebidas nos autos, e proceder à investigação para a feitura de um relatório para a apreciação dos demais conselheiros e o seu respectivo voto. Na história do CADE, apenas em raras oportunidades o voto do conselheiro-relator não foi acompanhado de pelo menos da maioria simples, que basta para formar a decisão final do julgamento. Por conseguinte, o voto do conselheiro-relator em cada caso representará a posição do CADE.

O levantamento das questões anteriormente mencionadas pretende contribuir para determinar o padrão de análise e decisão do SBDC.

Na avaliação dos pareceres sobre atos de concentração utiliza-se um quadro de atributos como o descrito no Quadro 1.

Examinando os pareceres da SEAE, são identificadas questões – dispostas no Quadro 1 –, as quais estão discriminadas da seguinte forma:

Prazo Médio. Será o prazo médio de conclusão dos pareceres. A lei antitruste investe a SEAE do prazo de 30 dias para a preparação do parecer técnico sobre a operação notificada ao SBDC. Em se constatando o prazo médio dos pareceres menor do que o prazo legal, haverá evidência de celeridade na instrução dos processos;

Prazo médio acima do legal. Quantidade de pareceres que ultrapassaram o prazo legal de 30 dias para investigação da SEAE.

Itens	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Prazo médio						
Prazo acima do legal						
Decisão índice de concentração						
Aprovação						
Decisão índice de concentração						
Não-aprovação						
Outros efeitos (eficiência)						
Regra <i>per se</i>						
Pragmatismo						
Estimativas de variáveis						
Falhas de análise						
Índice <i>Staff</i>						
Transações globais						
Intercâmbio de informações						
Cartéis						
Conduta						

Quadro 1 – Desempenho de atos de concentração, no período de 1999 a 2004

Fonte: SEAE (2005)

Decisão por índice de concentração. O número de pareceres cuja recomendação ocorreu primordialmente pelo índice de concentração⁴.

Outros efeitos. Deve-se verificar a presença de outros fatores determinantes à recomendação, além do grau de concentração, especialmente aqueles referentes a barreiras à entrada, características do produto etc.

Regra *per se*. Embora a legislação antitruste contemple a utilização da regra da razão, vale verificar os pareceres cuja base de decisões assemelha-se ao método *per se*.

Pragmatismo. Na medida em que haja dificuldades para o levantamento de informações pertinentes à investigação ou os efeitos do ato não estejam substancialmente avaliados, o órgão antitruste pode se basear em algum critério que não esteja explicitamente contemplado na

⁴ Segundo Lima (1998, p. 164), entre 1994 e 1996, em grande parte de casos julgados a decisão do CADE esteve diretamente associada ao grau de concentração, como a variável determinante nos exames dos AC. Ou seja, sugeria interpretar a política antitruste como fortemente baseada na verificação, tão-somente, se o índice de concentração ultrapassava determinado patamar, independentemente de qualquer outra questão.

legislação da Defesa da Concorrência. Nesses casos, a recomendação terá uma base pragmática que pode delinear um padrão de investigação.

Estimativas de variáveis. O emprego de estimativas quantitativas e adequadas indica uma maior precisão ao parecer e um aprofundamento na técnica econômica empregada na investigação das operações. Com efeito, a intensificação de análise quantitativa na instrução dos processos pode indicar um grau de desenvolvimento à ação antitruste.

Falhas de análise. Quando forem identificados sinais de insuficiência e, ou, má utilização de teoria ou variável econômica na instrução dos processos. Nem sempre é possível afirmar de maneira precisa que determinada ação reduza ou imponha danos à concorrência. O método da regra da razão baseia-se em interpretações sob variáveis econômicas sujeitas a ambigüidades, de tal forma que pode suscitar a controvérsia e, assim, a possibilidade de falhas de análise.

Índice *staff*. Este índice consiste na relação entre o número de funcionários lotados para os trabalhos da agência e o total de casos. Em uma primeira interpretação, quanto maior o resultado desse índice, mais capacitada estaria a agência para desempenhar suas funções. Um aprimoramento desse indicador será a quantidade de economistas com mestrado e doutorado pela razão do total de casos analisados.

Transações globais. Neste item serão assinaladas as entradas no SBDC de transações de fusões e aquisições com participação de empresas estrangeiras⁵. A constatação de que é expressiva a presença externa nas operações domésticas aponta a importância de acordos de cooperação internacional entre agências antitrustes e a observação de uma implicação econômica diferenciada em atos dessa natureza

Intercâmbio de informações. Serão enumerados quantos dos pareceres da SEAE apresentaram algum tipo de informação obtido em agências ou setores estrangeiros no processo de elaboração das recomendações.

No levantamento das informações sobre os pareceres econômicos é retirada uma amostra de 117 pareceres do universo de 3.015 emitidos pela SEAE. Os pareceres econômicos⁶ selecionados abrangem o setor de produtos agrícolas e agroindustriais analisados pela Coordenação Geral de Produtos Agrícolas e Agroindustriais – COGPA, da SEAE, referentes ao

⁵ No Brasil, em 1999, 27% dos casos de fusões e aquisições caracterizam-se por transações globais (OLIVEIRA, 2001, p. 126).

⁶ Pareceres na versão pública.

intervalo do período proposto neste estudo. Estes compreendem os subsetores de Sementes, Fertilizantes e Defensivos Agrícolas, Produtos Veterinários, Produtos Alimentícios e Outros. Com efeito, não se consideraram casos de conduta e acordos verticais.

A data de chegada do processo à SEAE foi o critério para enquadrar o parecer no ano estudado. Ou seja, se um parecer iniciado em um determinado ano fora concluído em ano subsequente, tal parecer foi classificado pelo ano de início. Os pareceres do ano de 2004 aqui examinados foram os que estiveram disponibilizados no portal da SEAE, com acesso em março de 2005.

3 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A atual política de defesa da concorrência no Brasil é delineada pelo que se denomina Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, o qual é constituído por três organizações:

1. O Conselho de Administração de Defesa Econômica – CADE, uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça com competência para julgar e decidir sobre os casos pertinentes ao SBDC.
2. A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, pertencente ao Ministério da Fazenda, cuja principal função dentro do SBDC é a de instruir o CADE a respeito dos aspectos econômicos envolvidos nos casos, fornecendo pareceres econômicos.
3. A Secretaria de Direito Econômico – SDE, pertencente ao Ministério da Justiça, com função de construir um parecer principalmente de ordem legal, visando subsidiar o julgamento e a decisão do CADE.

Inicialmente, uma breve descrição administrativa desses órgãos é realizada.

3.1 O CADE

Criado em 10 de setembro de 1962 pela Lei 4.137 e reformulado pela Lei 8.884, o CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça em questões orçamentárias, composto por um presidente e seis membros-conselheiros, nomeados pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal. Para cada um desses exige-se a idade mínima de 30 anos e o reconhecimento de “notório saber jurídico ou econômico”. O mandato é de dois anos, com direito a uma recondução. Os trabalhos de análises sobre casos de Conduta e Atos de Concentração são desenvolvidos por um dos seis conselheiros, que é designado como Conselheiro-Relator por intermédio de sorteio, de forma aleatória, depois que o CADE recebe o parecer da SDE. O Conselheiro-Relator estuda, analisa e, nos termos do que foi apurado, produz um relatório⁷ e um voto por escrito (de sua autoria) e o submete ao plenário. A decisão é dada por maioria simples

⁷ Constitui-se de uma exposição argumentativa sobre o conteúdo econômico e legal sobre o ato considerando os pareceres e a argumentação de todos os agentes envolvidos no processo. O Relatório deve ser encaminhado para cada um dos conselheiros em até cinco dias antes da sessão de julgamento.

no plenário do CADE; da decisão não cabe recurso em nenhuma instância do poder executivo⁸, apenas no Judiciário. Há também a função de Procurador Geral do CADE, cargo de características idênticas às dos Conselheiros quanto a mandato, recondução e nível de qualificação, aprovação e nomeação, sendo apenas a indicação proferida pelo Ministro da Justiça. O Procurador do CADE tem como função principal a responsabilidade de tomar todas as medidas legais cabíveis, de forma a assegurar a execução das decisões do Plenário. Por fim, há um representante do Ministério Público Federal indicado pelo Procurador Geral da República para os trabalhos de defesa dos interesses difusos da sociedade e averiguação de ações legais nas operações do CADE.

A sessão do julgamento é pública e contempla, para o representado e para o Procurador do CADE, a possibilidade de manifestarem-se oralmente em plenário.

O CADE, em 2004, contou com um conjunto de 174 funcionários. Desse total, 85 eram técnicos (em sua maioria, advogados e economistas) e 89 trabalhavam em serviços de apoio. O orçamento para pagamento de pessoal é de responsabilidade do Ministério da Justiça. Os recursos para gastos não-salariais provêm de duas fontes: uma de alocação orçamentária do governo e a outra de receitas próprias e a da parcela da taxa de notificação de atos que cabe ao CADE, mencionada adiante. As receitas próprias são as taxas por prestação de consultorias (Resolução n. 18/CADE), serviços de xerox e venda de publicações. Em 2004, o total de recursos para gastos não-salariais utilizados pelo CADE correspondeu a R\$ 6,50 milhões, o que representa 35,7% do total desses recursos, considerando as três agências do SBDC no valor de R\$ 18,28 milhões.

3.2 A SEAE

A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, no seu papel de agência antitruste, tem a função de realizar pareceres econômicos acerca dos processos de conduta e controle de concentração de mercados. A elaboração desses pareceres não adquire caráter vinculante, apenas auxilia a instrução da análise nas questões econômicas pertinentes aos processos objetos de julgamento pelo CADE. As investigações são geralmente executadas por expedições de ofícios às partes afetadas (empresas analisadas pela operação, empresas

⁸ Há alguns dispositivos legais, como o pedido de reconsideração da decisão, que pode ser aceito quando surgem novas informações ou o Conselheiro-Relator admite a solicitação como razoável e oportuna.

concorrentes e outras ligadas direta ou indiretamente na cadeia de produção do mercado relevante), onde podem constar questionamentos acerca de situação econômica tida como útil à análise. Também são frequentes contatos telefônicos para elucidar alguma questão não devidamente esclarecida ou outras que possam surgir no decorrer do parecer. Basicamente, os pareceres são construídos através das informações prestadas pelas requerentes, as quais são então interpretadas, organizadas e condensadas, chegando-se ao final a uma conclusão, a qual se constituirá na recomendação da SEAE.

Essa Secretaria também contribui com assessoria econômica aos processos relacionados a casos de *dumping* e concorrência desleal em atividades de importações. Esses casos são de responsabilidade do Departamento de Defesa Comercial (DECOM) do Ministério do Desenvolvimento, da Indústria e do Comércio Exterior. Em casos de *dumping*, o parecer é elaborado de forma conjunta entre a SEAE e a Secretaria para Assuntos Internacionais.

Em 2004, o total de funcionários alocados na SEAE foi de 174 profissionais, sendo 85 técnicos e 89 para serviços de suporte. Os recursos da SEAE totalizaram R\$ 8,68 milhões, oriundos da alocação orçamentária do Ministério da Fazenda e de taxas cobradas em razão de serviços de autorização de loterias promocionais de empresas privadas.

Segundo o relatório da OECD (2000a), a SEAE estima que cerca de 70% dos seus recursos são empregados nas atividades de atos de concentração. Vale registrar que, a partir do segundo semestre 2004, a SEAE tem redirecionado sua atuação de forma a priorizar as atividades que futuramente irão desempenhar quando da mudança institucional do SBDC. Com efeito, os gastos de recursos com análise em atos de concentração devem se reduzir, liberando recursos para outras funções previstas no novo papel funcional dessa Secretaria.

3.3 A SDE

Cabe à Secretaria de Direito Econômico – SDE a tarefa de, após o recebimento do parecer econômico da SEAE, realizar um parecer de natureza do Direito da Concorrência para, conjuntamente com o parecer da SEAE, posterior envio ao CADE. A SDE é composta por dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE; e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. O primeiro é o que trata das questões antitrustes, e o segundo corresponde às ações gerais de defesa do consumidor. Uma denúncia ou requerimento de uma

parte interessada pode desencadear uma investigação preliminar por parte da SDE. Analisadas as evidências disponíveis, a investigação preliminar pode dar origem a um processo administrativo, o qual envolverá a participação da SEAE e do CADE, conforme prevê o Direito da Concorrência na Lei 8.884.

É importante destacar, em 2003, a SDE criou – associado ao DPDE – a área de técnicas quantitativas e econométricas com o objetivo de desenvolver análises para os casos de conduta e de Atos de Concentração. Com efeito, segundo OECD (2005, p. 107), “a capacidade de realizar análises complexas foi desenvolvida com a criação, pela SEAE, de um centro de métodos quantitativos. Também foram encomendados estudos econômicos para desenvolver melhores métodos para empregar técnicas quantitativas e econométricas”.

Vale assinalar que, por ser um órgão de instrução econômica, caberia mais precisamente à SEAE, e não à SDE (órgão que cuida da instrução legal), a execução das atividades propostas para esse novo setor do DPDE. Apesar disso, as duas Secretarias têm redesenhado entre elas a distribuição de questões ligadas aos processos, de maneira a propiciar maior eficiência à produção dos pareceres, como é o caso da recente decisão de elaboração de parecer conjunto entre elas.

Um ponto importante desempenhado pela SDE foi o aparato legal elaborado para empreender diversas buscas e apreensões em casos alegados de cartel a partir de 2003. A Portaria 849/SDE dispõe sobre um programa de leniência, visando à regulamentação dessa norma emendada na Lei 8.884 através da Lei 10.149/00. Daquele momento até o primeiro semestre de 2005, a SDE efetivou acordo de leniência em dois casos, embora haja, segundo OECD (2005), três casos em negociação.

Por fim, no mesmo ano do programa de leniência, a SDE, por intermédio da Portaria n. 14, estabelece um programa corporativo de observância, conhecido internacionalmente como *compliance program*. Isto é, a empresa que cumprir determinadas diretrizes dispostas no *compliance* recebe um certificado, válido por dois anos, pelo qual a SDE compromete-se a recomendar penas mais brandas caso ela seja acusada de violar a lei antitruste. Desde que foi lançado, em janeiro de 2003, até o início de 2005, nenhum certificado de cumprimento de *compliance* foi expedido para qualquer empresa.

Em 2004, o total de funcionários alocados na SDE, o menor número entre as agências, foi de 55 profissionais, sendo 35 técnicos e 20 para serviços de suporte. Os recursos para gastos não-

salariais da SDE totalizaram R\$ 2,91 milhões, que são oriundos de uma parcela das taxas de notificação alocadas pelo Ministério da Justiça àquela Secretaria.

3.4 O SBDC

Um marco histórico possível para caracterizar os primeiros elementos de construção de uma política antitruste nacional seria o ano de 1962, ano de promulgação da Lei 4.137, que criou o CADE. No entanto, foi a Constituição Federal de 1988 que, estabelecendo os princípios gerais da ordem econômica (artigos 170 a 173 da Carta Magna), forneceu a base legal para o desenvolvimento de uma política antitruste de maior solidez através da criação da Lei 8.884 em 1994.

Em 1994, o ambiente econômico favorecia a implementação da defesa da concorrência como uma questão de interesse nacional e desenvolvimento social. O Brasil terminava seu período de alta inflação, de economia bastante fechada ao mercado exterior e abolia-se em definitivo o mecanismo de controle de preços. A Lei 8.884/94, construída por cerca de 90 artigos, dispunha sobre as atribuições dos três órgãos constituintes da defesa da concorrência, o SBDC, além, é claro, das questões mais diretas sobre a normatização referentes aos procedimentos para a investigação, o julgamento e a decisão de atos pertinentes à defesa da concorrência.

Duas emendas à Lei 8.884 permitiram ao SBDC um maior aperfeiçoamento em suas funções. Foi estabelecida, em janeiro de 1999, a taxa processual (fixada em R\$ 15 mil) em razão da notificação de atos de concentração, cujo recolhimento final destinou-se ao CADE, sendo posteriormente reajustada (R\$ 45 mil) e dividida igualmente entre os três órgãos do SBDC⁹. Por fim, a Lei n. 10.149, de dezembro de 2000, instituiu um programa de leniência para ampliar os mecanismos investigativos em casos de cartéis, o que de fato resultou numa elevação no número de casos apurados referentes a essas práticas horizontais, como se verá adiante.

Do conjunto de artigos que constituem a Lei 8.884, os de número 20, 21 e 54 são os de orientação mais incisiva sobre a atuação do exame e o julgamento dos casos nos quais o SBDC deve se debruçar. Os artigos 20 e 21 dizem respeito aos tipos de condutas de natureza

⁹ Os recursos são enviados para o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Posteriormente, são alocados para o CADE, Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Nesses dois últimos, os valores que em tese seriam, respectivamente, para a SEAE e a SDE, na verdade, vão para orçamento geral daqueles ministérios que os alocam entre os seus diversos departamentos.

anticoncorrencial, podendo resultar também de efeitos de concentrações de mercado, enquanto o artigo 54 trata mais especificamente dos atos de concentração, como fusão, aquisição, *joint ventures* e similares. Desse modo, o plano de trabalho do SBDC, em sua principal tarefa de atuar na defesa da concorrência, é desmembrado em investigações sobre condutas de efeitos anticoncorrenciais e atos de concentrações entre empresas que possam restringir a concorrência. No primeiro caso, a ação é investigativa e punitiva; no segundo, investigativa e preventiva.

Atos que possam implicar dominação de mercado, aumento arbitrário de lucro e exercício abusivo da posição dominante são enquadrados como infração à ordem econômica, segundo o artigo 20. O patamar a partir de 20% do mercado relevante define o que seja a posição de mercado presumida, ainda que, legalmente, o CADE possa alterar essa fronteira, dependendo do setor que esteja em análise. Segundo OECD (2005), o CADE jamais alterou esse percentual, seja para os casos de conduta ou de atos de concentração. Por conseguinte, observa-se na análise de cada um dos três órgãos da defesa da concorrência que qualquer concentração com parcela inferior a 20% de participação atesta a inexistência de poder de mercado. Com efeito, qualquer ação entre pequenas empresas, entendidas como aquelas que, individualmente ou somadas, não alcançam a parcela de 20% de mercado, está isenta da ação antitruste, ou seja, não estão enquadradas nos artigos 20, 21 e 54 da Lei 8.884.

3.5 Casos de conduta

As infrações à ordem econômica, dispostas no artigo 21, são pertinentes às práticas empresariais horizontais ou verticais, incluindo-se as ações unilaterais de poder de mercado.

As práticas anticoncorrenciais horizontais são as que, mediante acordos entre concorrentes, seja por fixação de preços ou outros instrumentos, visam à redução ou eliminação do número de concorrentes no mesmo mercado ou à exploração abusiva do mercado. São exemplos os cartéis de fixação de preços, de produção entre as empresas, de divisão de mercado geográfico. Outra prática horizontal objeto de ampla investigação antitruste é a implementação de preços predatórios, isto é, a estratégia de uma grande empresa de fixar o seu preço abaixo do custo variável médio para retirar as concorrentes do mercado, visando à dominância e ao exercício do poder de mercado.

As práticas anticoncorrenciais verticais são aquelas em que uma (ou mais) empresa de um nível da cadeia produtiva impõe restrições à outra(s) empresa(s) de outro nível da mesma cadeia produtiva. A direção da prática vertical pode ser a montante ou a jusante ao longo da cadeia produtiva.

O artigo 21 destaca exemplos de práticas anticoncorrenciais horizontais e verticais. São mencionados: acordos e fixação de preços ou condições de venda; acordos de limitação de mercado; imposições sobre condições de venda na cadeia produtiva; venda injustificada economicamente de mercadoria abaixo do custo de produção; impor seção de preços abusivos etc.

Os procedimentos de análise de práticas que possam ser enquadradas como restritivas à concorrência são semelhantes aos casos envolvendo operações de concentração de mercado. O primeiro passo consiste em levantar evidências suficientemente claras para que seja crível a existência da prática. Em seguida, segue-se a determinação do mercado relevante, da participação de mercado da empresa investigada, do grau de concentração das empresas inseridas no mercado relevante, do grau de barreiras à entrada e do efeito líquido do cruzamento entre as possíveis eficiências geradas e os também possíveis danos anticoncorrenciais gerados.

Quando a decisão sobre um caso de conduta é dada por ilegal, é produzido um relatório constando os pontos que conduziram àquela decisão, acompanhado por uma descrição dos procedimentos que devem ser adotados para reverter a conduta infrativa, estabelecimento de multa pecuniária e uma multa diária para os casos em que a acusada não cessar a conduta desaprovada. Os procedimentos impostos para sanar os problemas causados pela conduta podem ser de ordem estrutural, como a transferência de bens ou a cessação de atividades comerciais, ou por meio de punições pontuais, como a de não-habilitar o infrator para participar de licitações públicas por até cinco anos e, ou, a publicação em jornais de grande circulação, em tamanho expressivo, do resumo da decisão do CADE, à custa do infrator.

Segundo OECD (2005, p. 21), desde o ano de 2000, o CADE tem tratado práticas verticais como casos de abuso de posição dominante. Ainda segundo o Relatório OECD, acordos verticais são classificados dessa forma em virtude de o CADE não fazer distinção entre o grau de poder de mercado que classificaria como prática de natureza vertical e o grau que identificaria como abuso de poder de mercado. Portanto, desde aquela data, o SBDC tem distinguido os casos de conduta como os casos de conduta horizontal e os casos de abuso de poder dominante. A

Tabela 1 resume o número e a disposição dos casos de conduta examinados pelo SBDC de 2000 a 2004.

Tabela 1 – Decisões do SBDC em casos de conduta, no período de 2002 a 2004

Ato	Casos decididos	Sem violação	Violação		Total
			Horizontal	Abuso de posição dominante	
2000	39	26	2	11	13
2001	34	18	16	0	16
2002	34	22	11	1	12
2003	23	13	9	1	10
2004	42	24	16	2	18
Total	172	103	54	15	69

Fonte: OECD (2005)

3.6 Práticas horizontais

Dentre as práticas horizontais, as infrações mais contundentes e de mais prolongada investigação são os acordos tipificados como cartel. Apesar de não raro se constatarem movimentos simultâneos de reajustes de preços entre empresas concorrentes sem qualquer justificativa econômica aparente, o primeiro caso de cartel¹⁰, depois da promulgação da lei antitruste em 1994, só foi julgado pelo CADE em 1999. Desde então, registram-se os seguintes casos de cartéis e outros acordos horizontais de maior repercussão condenados pelo SBDC:

1. Associações de revendedores de combustível (postos de combustíveis), nas cidades de Florianópolis, Goiânia, Belo Horizonte e Recife, foram acusadas de fixarem os preços de combustíveis. O CADE determinou multas incidentes sobre os dirigentes das associações e para cada um dos proprietários dos postos de combustíveis.

¹⁰ Caso de cartel no setor de siderurgia. A acusação de acordos de fixação de preços foi considerada procedente. As siderúrgicas foram multadas em 1% do faturamento anterior. As empresas recorreram da decisão e, pelo menos até o primeiro semestre de 2005, a sentença final não foi proferida pelo judiciário.

2. Associações médicas acusadas de fixação de preços através de lista em Goiás, Piauí e Ceará. O CADE determinou a imposição de multas após a condenação da prática.
3. Distribuidoras de gás liquefeito no Distrito Federal. Condenada pela prática de fixação de preços, as distribuidoras, individualmente, foram penalizadas com o pagamento de multa de 15% de sua renda anual e, também, uma multa de 10% do valor da multa atribuída à distribuidora, para o proprietário de cada distribuidora.
4. Cartel de linhas aéreas Rio–São Paulo. Quatro das maiores linhas aéreas foram acusadas e condenadas por coordenarem reajuste de tarifas aéreas no trecho Rio–São Paulo. A acusação fora realizada em 1999; o julgamento foi concluído em 2004, com aplicação de multa de 1% do faturamento do ano de 1999 por cada uma das companhias aéreas.
5. Prática de imposição de cláusulas de exclusividades por parte de planos de saúde. Empresa de plano de saúde estaria impedindo que os médicos associados a ela fossem contratados por outras empresas concorrentes. As regiões geográficas foram as cidades de São Paulo, Araguari, Uberlândia e Macapá. No Estado do Rio Grande do Sul a prática foi recorrente, razão pela qual o CADE estipulou uma multa superior ao valor de multas anteriores.
6. Acordo entre concorrentes no mercado de revendedores de combustível com vistas à cessação de venda de óleo diesel refinado, posto que o órgão competente determinou que o preço do óleo diesel refinado teria que ser vendido ao preço do óleo diesel comum em momentos de falta deste. Esse acordo de cessação foi condenado pelo CADE, com a aplicação de multas.

Dos 15 casos apurados pelo SBDC como de abuso de posição dominante, destacam-se:

1. Caso Microsoft/TBA (decisão em 2004). O CADE concluiu que a Microsoft teria firmado com a empresa TBA contrato de distribuição exclusiva de programa e serviços de computação para as vendas ao governo federal de maneira a neutralizar a concorrência imposta pelos procedimentos governamentais de compra por licitação. A Microsoft, por comunicação escrita, atestou ao governo federal que a TBA era a única empresa autorizada a comercializar os produtos de informática pelos quais o governo se interessava. Com 90% do mercado relevante definido pelo SBDC, o CADE, após análise econômica investigativa do caso, concluiu que a conduta entre a Microsoft e a TBA constituía-se em violação aos artigos 20 e 21, onde dispõe-se sobre abuso da posição dominante e celebração de acordo para implementar vantagem imprópria em concorrência pública. A Microsoft e a TBA receberam, respectivamente, multa de 10% e 7% do seu faturamento bruto referente aos negócios realizados com o governo.

2. Caso Shopping Center Iguatemi (decisão em 2004). O Shopping Iguatemi proibira seus lojistas de também se estabelecerem em outros shoppings na cidade de São Paulo. O Iguatemi, tendo 30,9% das rendas de aluguel de lojas em shoppings e 29% na renda de vendas de lojas em shoppings na cidade de São Paulo, foi interpretado pelo SBDC como detentor de poder de mercado suficiente para limitar a concorrência por meio de dispositivos de exclusividade. Determinou-se a multa de 1% do faturamento bruto do shopping.
3. Caso Matec (decisão em 2003). A empresa Matec, filial da empresa Ericson na área de telefonia com operações na produção de peças e serviços de manutenção para o Sistema Telefônico Ericson MD 110, interrompeu a venda de peças e serviços para o MD 110. Empresas concorrentes que prestavam manutenção afirmaram estar impedidas de competir, pois não estavam tendo acesso aos equipamentos de reposição, cuja empresa responsável pela fabricação, a Matec, interrompera as vendas. Identificada em 90% a parcela de mercado para serviços de manutenção pertencente à Matec, e sua posição monopolista na área de produção das peças objeto do conflito, o CADE, também observando que os proprietários do sistema telefônico MD 110 teriam alto custo para trocar de sistema em casos de abuso de poder dominante, considerou como eliminação da concorrência no mercado de serviços de manutenção de sistemas, o que obrigou a Matec a reverter a decisão da prática anticoncorrencial apontada.
4. Caso White Martins/Ultrafertil (decisão em 2002). Um contrato estabelecido entre essas empresas permitia à White Martins obter direitos de exclusividade a todos os derivados petroquímicos produzidos pela Ultrafertil. Identificando a posição dominante da participação da White Martins na produção de gás dióxido de carbono e que a Ultrafertil era monopolista na oferta desse insumo, o CADE interpretou como conduta anticoncorrencial, multando a White Martins em 5% do seu faturamento bruto.
5. Caso White Martins (2000). A empresa White Martins foi acusada de conduta vertical abusiva ao vincular a venda de gás dióxido de carbono líquido ao seu transporte, além de estabelecer discriminação de preços. O CADE determinou, por intermédio de acordo com a empresa, a interrupção dessa prática sem a imposição de multas.

3.7 Atos de concentração

Em conformidade com o artigo 54, §4.º da Lei n. 8.884, em caso qualquer operação entre empresas, como fusão, aquisição, *joint ventures*, franquia, licenciamento ou consórcio, é necessário ser notificado ao SBDC se qualquer das empresas partes tiver apurado, no ano anterior, faturamento bruto de valor mínimo de R\$ 400 milhões, ou que o ato resulte em uma empresa com pelo menos vinte por cento em um mercado relevante. Nesses casos, a notificação tem o prazo de até 15 dias da ocorrência do ato. Esta é protocolada na SDE, que imediatamente encaminha cópias para a SEAE e o CADE. A SEAE tem o prazo de 30 dias para retornar à SDE um parecer econômico sobre o caso¹¹. A partir disso, a SDE passa a ter igual prazo para elaborar parecer técnico de ordem legal (ainda que não lhe seja negada a produção de questões econômicas em relação ao caso) e remete ao CADE. Por sua vez, este órgão é incumbido de analisar, julgar e decidir em um prazo de 60 dias. Assim, o SBDC tem o prazo legal de 120 dias para sua função de autoridade de DC. Não se prevê qualquer consequência para o não-cumprimento dos prazos para os trabalhos da SEAE e da SDE. No caso do CADE, se a decisão não ocorrer até os 60 dias previstos, o ato de concentração será considerado aprovado¹². No entanto, há previsão legal para “a parada do relógio” se qualquer um dos órgãos solicita novas informações às requerentes até o momento em que as recebem. Outras questões, como pedido de audiências ou incorporação de novas informações e estudos aos autos do processo, podem levar a uma extensão de prazo.

Em relação ao critério de notificação pela receita das empresas, é importante observar que até o final de 2004 o critério do faturamento bruto era considerado o do faturamento global do grupo. O CADE, através de observação de casos passados, concluiu que não haveria mudança no teor das decisões entre casos aprovados ou não se o critério fosse medido apenas em relação ao faturamento nacional. Por outro lado, essa mudança acarretaria uma diminuição de casos (os que se mostraram aprovados), de forma a permitir melhor redirecionamento de recursos para os casos de maior relevância. Dessa forma, a partir de 2005, o CADE alterou o critério de vendas

¹¹ Em janeiro de 2004, foi empreendido método de análise conjunta entre a SEAE e a SDE na elaboração de seus pareceres. Os dois órgãos examinam o caso ao mesmo tempo, construindo um parecer conjunto a ser encaminhado ao CADE. Dessa forma, reduz-se o tempo em relação ao procedimento de cada uma das Secretarias trabalhar separadamente na emissão de pareceres, proporcionando maior celeridade ao exame antitruste, um dos principais desafios da ação da defesa da concorrência.

¹² Artigo 54, parágrafo 7, da lei antitruste.

globais equivalentes a R\$ 400 milhões, mantendo-se o mesmo valor, porém limitado ao faturamento de vendas realizadas no mercado nacional.

Em agosto de 2001, uma Portaria emitida conjuntamente pela SEAE e SDE lançou o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração, que, baseado nos provimentos do artigo 54, objetiva explicitar os procedimentos de investigação de análise econômica para os casos notificados de concentração horizontal. Composto por cinco etapas de avaliação investigativa¹³, o Guia tem sido adotado praticamente em todos os pareceres elaborados pelos dois órgãos que o criaram, seguido pelo CADE, ainda que este último não tenha manifestado qualquer declaração oficial a esse respeito.

Em geral, os tipos de recomendações finais sugeridos pelo Guia e praticados pelo CADE seguem o mesmo formato. São constituídas por três possibilidades: aprovação integral do ato; aprovação com restrições (ou condicionais); ou a não-aprovação. A aprovação é adotada quando a conclusão do julgamento (ou do parecer, no caso da SEAE ou SDE) é não a de que a operação não diminui o bem-estar do consumidor, tampouco causa danos ao mercado concorrencial maior que os benefícios em eficiência econômica gerados. A aprovação com restrições visa impedir que o ato reduza o bem-estar do consumidor ou garantir a existência de ganhos de eficiência econômica. A reprovação é proferida diante de um caso tido como de significativo risco à perda de bem-estar e dano à concorrência, e não houver outra alternativa de proteção ao mercado senão o impedimento da operação.

As restrições podem ser de ordem estrutural ou comportamental. As restrições estruturais são aquelas envolvendo alterações na dotação de ativos das empresas requerentes. As compensatórias visam compensar os danos anticompetitivos através de medidas que proporcionem ganhos de eficiência econômica ou outras de caráter social, como a preservação de empregos, o compromisso de manter em atividade determinadas fábricas ou de imposição de metas de produção ou de investimento etc.

Na Tabela 2 é informado o número de atos de concentração julgados, distinguindo-os pelas decisões por aprovação, aprovação condicional e não-aprovação entre os anos de 2000 e 2004. Do total de 2.672 casos julgados, apenas três foram reprovados. Destes, dois referiram-se a

¹³ São elas: 1) identificação do mercado relevante; 2) determinação das parcelas de mercado das firmas e do nível de concentração; 3) a probabilidade de ação de poder de mercado com o ato; 4) avaliação das eficiências geradas com o Ato; 5) avaliação do efeito líquido entre os custos anticoncorrenciais e as eficiências previstas com o Ato. Essas questões são abordadas no capítulo seguinte.

casos de *joint ventures*¹⁴ examinados em 2000; o terceiro, julgado em 2004 (operação Nestlé-Garoto), trata do primeiro caso de aquisição em toda a história do CADE em que a decisão se deu pela não-aprovação, impondo o desfazimento integral da operação. Entre as decisões por aprovações com restrições, cerca de 95% foram condições de ordem comportamental. Embora essa porcentagem seja bastante elevada, e apesar de a Tabela 2 não ser enfática para confirmar, pode-se imaginar que há indícios de que está crescendo a escolha por restrições de ordem estrutural dentro do SBDC. Os Estados Unidos, país que exerce grande influência no Brasil na questão antitruste, tem reconhecido a solução estrutural como a alternativa mais eficiente e a que mais tem sido adotada ultimamente no propósito de impedir os danos ao mercado em virtude de atos de concentração em fusões. No caso da aquisição de supermercados da rede G. Barbosa pela Rede Bompreço (caso julgado em 2003) e também no caso Nestlé-Garoto (julgado em 2004), o CADE fez menção a um estudo elaborado pela agência norte-americana *Federal Trade Commission* – FTC, que recomenda a medida estrutural como meio mais eficaz para eliminar efeitos ocasionados por altas concentrações. Pelo trecho do CADE¹⁵ quando do julgamento do caso Nestlé-Garoto (p. 51), “mesmo no Brasil pode ser observado que tem sido crescente o entendimento de que a solução estrutural é a melhor forma de se evitar os efeitos anticoncorrenciais decorrentes de uma operação”.

Segundo OECD (2005), o elevado número de casos com soluções comportamentais no ano de 2004 justifica-se pelo fato de uma única empresa adquirente ter efetuado 25 aquisições de empresas locais de prestação de serviços em diversos mercados relevantes geográficos; portanto, um viés marcado por 25 atos examinados separadamente, embora de mesma natureza – problema contratual de proibir o vendedor de prestar serviços por certo período de tempo por todo o mercado nacional. O CADE condicionou a aprovação exigindo alteração da cláusula contratual, limitando para áreas do mercado geográfico local.

¹⁴ Casos de empresas do setor de álcool combustível que buscavam formar associação para vender a produção em forma conjunta.

¹⁵ Representado pelo voto do conselheiro-relator (BRASIL,2005c).

Tabela 2 – Atos de concentração horizontal julgados pelo SBDC, no período de 2000 a 2004

Ano	AC Julgados	Aprovados	Aprovados com condições		Reprovado
			Estrutural	Comportamental	
2004	618	574	2	41	1
2003	491	484	1	6	0
2002	485	474	0	11	0
2001	571	559	0	12	0
2000	507	490	1	14	2
Total	2.672	2.581	4	84	3

Fonte: Brasil (2005b) e OECD (2005)

3.8 Procedimento sumário

O Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração passou a dividir a análise dos casos com o denominado Procedimento Sumário. Este, instituído pela Portaria Conjunta n. 1 SEAE/SDE, de fevereiro de 2003, destina-se às operações típicas, como: compra de franquias entre franqueadores; constituição de *joint ventures* voltadas para o ingresso em novo mercado; reestruturação societária entre acionistas sem mudança de grupo controlador; aquisição de empresa brasileira por empresa estrangeira sem que haja significativos interesses comerciais, ou vice-versa; mera substituição entre agentes econômicos; e aquisição de empresa com participação de mercado notoriamente inexpressiva para afetar ambiente concorrencial.

A Tabela 3 mostra a evolução do tempo médio de casos de concentração julgados no SBDC entre 2001 e 2004. Segundo o relatório do CADE (BRASIL, 2005b), em 2004, o elevado tempo médio de julgamentos em 2004 justifica-se pela liberação de casos de anos passados retidos pela SDE. Cabe lembrar que contribuiu para esse resultado o julgamento do caso Nestlé-Garoto, que demandou 411 dias para análise e julgamento (sem contar o pedido de reapreciação após a decisão), o que se configurou no maior prazo decorrido, pelo menos desde o ano de estudo desta pesquisa¹⁶.

¹⁶ Outro caso de percurso bastante elevado foi o AmBev, em 2000. Entre a data da notificação na SDE e a decisão final transcorreram-se nove meses.

Tabela 3 – Prazo médio utilizado pelo SBDC no julgamento de casos de concentração, no período de 2000 a 2004

Ano	2000	2001	2002	2003	2004
Total de casos	523	584	518	526	651
Prazo médio em dias	...	85	80	83	125

Fonte: Brasil (2005b).

3.9 Operações internacionais com efeitos na lei antitruste

Atos anticoncorrenciais originados em territórios estrangeiros, porém com efeitos no mercado nacional, estão previstos no artigo 2 da Lei 8.884, o qual assevera o rigor da aplicação da lei em casos referentes às práticas de responsabilidade de empresas estrangeiras que possam produzir efeitos no território nacional. Ou seja, tudo se passa, como não haver distinção entre atos e práticas anticoncorrenciais entre empresas, sejam nacionais ou estrangeiras, quando afetam o ambiente concorrencial brasileiro.

Habitualmente, a primeira menção à questão internacional é dada em processos de concentração de mercado quando o SBDC procura identificar o mercado geográfico relevante. Em uma operação cujo produto relevante leva a importações em percentuais acima de 30% do consumo aparente, esse mercado será definido como internacional. Abaixo de 30%, o mercado será nacional. Todavia, a extraterritorialidade da lei antitruste encontra seu principal desafio de aplicação em operações envolvendo grandes empresas e interesses internacionais cujos atos anticoncorrenciais possam afetar negativa e significativamente o mercado nacional. Nesses casos, os trabalhos do SBDC ficam limitados ao fato de a operação ocorrer fora das fronteiras geográficas, propiciando uma série de restrições, como a dificuldade de obtenção de dados das empresas não localizadas no país para a investigação econômica.

Como em quase todos os países com legislação antitruste, o SBDC atua nessa questão assinando acordos de cooperação internacional com diversos países. Objetiva-se com esses acordos uma ação cooperativa entre as partes signatárias, visando reduzir o potencial de conflitos

de uma ação extraterritorial unilateral, de forma a alcançar maior eficácia e a troca de experiência e informações com outras agências de defesa da concorrência.

Na história do SBDC constam três acordos bilaterais assinados e outros em negociação, como um acordo com Portugal. São eles:

1. Cooperação bilateral com os Estados Unidos, assinado em 1999.
2. Cooperação bilateral com a Rússia, assinado em 2001.
3. Cooperação bilateral com a Argentina, assinado em 2003.

Em geral, esses acordos prevêem, entre outras ações, a facilidade de trocas informações de não-confidenciais, a possibilidade de determinados itens das leis serem aplicados conjuntamente, a solicitação de um país para que o outro investigue uma conduta ocorrida neste último, mas com efeito possível no primeiro, e a cooperação técnica e intercâmbio¹⁷ entre os agentes antitrustes.

Um acordo internacional foi assinado em 1996, intitulado Acordo de Defesa da Concorrência, o qual visava estabelecer critérios para o tratamento da política de defesa da concorrência no âmbito do Mercosul. Problemas surgidos e não solucionados, como a não-aceitação da criação de um órgão supranacional para a aplicação da lei antitruste, e o fato de nem todos os países do Mercosul sequer possuírem uma lei da defesa da concorrência têm impedido progressos no sentido de viabilizar o acordo.

3.10 O SBDC e as agências reguladoras

Em uma interpretação pura e simples da Lei 8.884, o SBDC tem legitimidade para aplicação da defesa da concorrência em todo e qualquer setor da atividade econômica. Contudo, existem alguns limites ou conflitos de atuação quando se observa a existência de setores econômicos regulados por agências que cuidam da regulação técnica (especificação do que, como e em que condições deve ser a produção) e econômica (definição de tarifas e regras para reajustes) de empresas sob sua competência.

Atualmente são vários os setores sob o sistema de regulação. Em grande parte, as empresas foram reguladas a partir do ano de 1995, através do processo de privatização

¹⁷ Trocas de experiências e discussões técnicas são relativamente frequentes entre a SDE e agências antitrustes americanas e também com agências argentinas. Há trabalhos conjuntos e de ajuda mútua entre o SBDC e OECD, através de seminários e acessos a banco de dados da OECD para a realização de pesquisas técnicas.

implementado como integrante da política governamental de Reforma do Estado. O Quadro 2 resume as agências reguladoras e seus respectivos setores de atuação. Dos setores regulados, o bancário é o único em que há uma expressa exclusão do SBDC em casos de atos de concentração e condutas anticoncorrenciais. Em todas as outras, o SBDC analisa os casos de concentração, enquanto questões ligadas à conduta são objetos de decisão das agências reguladoras.

Agência	Lei e ano de criação	Mercados
ANTAQ – Agência Nacional de Transporte Aquaviário	10.233/01	Portuário
ANTT – Agência Nacional para Transporte Terrestre	10.233/01	Ferrovário e rodoviário
ANA – Agência Nacional de Águas	9.984/00	Meio ambiente
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar	9.961/00	Saúde
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária	9.782/99	Saúde
ANP – Agência Nacional de Petróleo	9.478/97	Petróleo e gás natural
ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações	9.472/97	Telecomunicações
ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica	9.427/96	Energia

Quadro 2 – Agências federais reguladoras

De forma geral, a divisão dos trabalhos entre agências reguladoras e o SBDC consiste em que as primeiras atuam averiguando sobre violações à lei da defesa da concorrência. Ocorrendo irregularidades, as reguladoras apresentam relatórios e pareceres para exame do CADE, com vistas à aplicação da lei. O órgão antitruste elabora a adoção de ações complementares previstas em seus estatutos, de forma a preservar o sistema de regulação e defesa da concorrência como um todo.

Alguns exemplos podem ilustrar a atuação do SBDC em setores regulados:

1. A Lei 9.478, que criou a ANP, determina a notificação para a SDE e para o CADE em casos de infração à Lei 8.884. Uma sanção imposta pelo CADE deve ser notificada à ANP, propiciando a esta a possibilidade de adoção de outras medidas complementares aplicáveis às empresas do setor por ela regulado¹⁸. A ANP, que faz o monitoramento de preços dos combustíveis, pode

¹⁸ Em 2000, como visto anteriormente, o CADE atuou no caso de postos de revenda de combustíveis.

acionar a SDE para a investigação de casos em que houver suspeita de violação da lei da defesa da concorrência. Em relação a operações de concentração, o CADE decide sobre transações envolvendo concessões. Observe-se, como exemplo, que em 2004 houve aprovação da concessão sobre distribuição de gás natural em São Paulo e outra em Goiás.

2. A Lei 9.472/97, que criou a ANATEL, permite à reguladora atuar sobre qualquer violação da ordem econômica, porém sem prejuízo da ação do CADE¹⁹. Por conseguinte, o SBDC ou a ANATEL podem analisar os casos previstos na lei da defesa da concorrência. Uma determinação normativa da ANATEL, importante de se destacar, exige a notificação de atos de concentração antes de sua consumação para as operações de empresas sob sua regulação. Ou seja, há um dispositivo na lei de criação da ANATEL que é objeto de reivindicação por parte da comunidade antitruste, pelo menos desde a primeira proposta para a reformulação do SBDC de 2001: a notificação *ex-ante* ao ato.
3. Tendo em vista a possível duplicação de trabalho, o CADE e a ANATEL possuem, desde 2000, um acordo de trabalho em que a ANATEL, em operações de concentração, substitui a SEAE e a SDE no papel de investigar e produzir pareceres técnicos, enquanto o CADE realiza o seu papel tradicional de julgar e decidir. Nos casos de conduta, a ANATEL soma-se à SEAE e SDE no papel de instruir o CADE. Alguns casos de empresas reguladas pela ANATEL foram objetos de exame do CADE. São exemplos: um caso de abuso da posição dominante contra o Grupo Rede Globo de Televisão, apresentado pela TVA Sistema de Televisão em 2001; e um ato de concentração de uma *joint venture* no caso Portugal Telecom e Telefônica Internacional, que gerou a empresa de telefonia celular Vivo, em 2002.
4. Sobre o ponto anterior, a ANEEL, criada cerca de seis meses antes da ANATEL, tem semelhante normatização sobre situações de defesa da concorrência. A ANEEL e os três órgãos do SBDC cooperam em troca de informações, experiências e análises conjuntas sobre as questões afetas às partes. De forma geral, a ANEEL apresenta ao SBDC relatórios e pareceres sobre casos previstos pela lei da defesa da concorrência. O relatório de 2005 afirma que, desde 2000, o SBDC tem debruçado seus trabalhos no setor de competência da ANEEL apenas nos casos de concentração envolvendo aquisições de pequenos produtores ou distribuidores regionais de energia elétrica e operações de consórcios para construção de usinas de geração de energia. Todos esses foram aprovados sem restrições.

¹⁹ Artigos 7 e 17 da Lei 9.472/97.

Como dito anteriormente, o setor bancário é, sem dúvida, o setor regulado onde a relação com o SBDC é a mais distante e conflituosa. O Banco Central, como Autoridade Monetária, exerce a competência legal de regular todas as empresas pertencentes ao sistema monetário; com efeito, tem executado no setor em que regula o controle das questões que estão contempladas na lei da defesa da concorrência. Segundo OECD (2005), operações de fusão entre bancos e outras instituições financeiras foram objeto de controle exclusivo do Banco Central, embora o CADE tenha reivindicado judicialmente a sua participação e o caso ainda se encontre em análise judicial. No entanto, um acordo, entre as duas instituições contempladas no novo projeto de lei, sinaliza um entendimento sobre a atuação do Banco Central e o CADE nessas questões. Esse acordo estabelece para o Banco Central o controle de fusões que envolvam riscos à estabilidade do sistema monetário. Para os outros casos, a responsabilidade de decisão será a do CADE. Para os casos de conduta, a atuação será dos órgãos do SBDC.

3.11 Advocacia da concorrência

A função de advocacia da concorrência diz respeito à tarefa de informar, auxiliar e promover; nas instituições públicas e privadas e demais setores da sociedade, os assuntos relacionados à defesa da concorrência. O SBDC tem servido como consultor do governo, das agências reguladoras e de empresas privadas em que afloram relações de defesa da concorrência. Em complemento, os órgãos antitrustes entendem ser importante aproximar o debate da concorrência com os mais diversos ramos representativos da sociedade; desse modo, realiza seminários, cursos e palestras, promove intercâmbio com universidades etc. Segundo a SEAE (BRASIL, 2005a), o propósito principal é o de arraigar a cultura da concorrência, evidenciando a importância de a sociedade reconhecê-la como mecanismo de geração de bem-estar econômico e social.

Em várias ocasiões, a SEAE e a SDE auxiliaram as agências reguladoras e o governo quando estes visavam ao instrumento do controle de preços²⁰. Como descrito no relatório do CADE de 2004 (BRASIL, 2005), o SBDC tem buscado a promoção da concorrência nos

²⁰ São exemplos uma tentativa em 2003 de estabelecer o controle de preços do gás liquefeito de petróleo e no setor de revenda de combustível, quando promotores procuraram medida judicial para impor preços máximos e mínimos de venda. Nesses casos, o SBDC argumentou que a aplicação da lei para condutas abusivas era mais eficaz do que o controle de preços.

mercados regulados através de análises sobre os critérios propostos para as empresas reguladas. Ainda que admitindo não ter sido de forma tão intensa como desejado, o SBDC tem produzido estudos de concorrência²¹ voltados para determinados setores regulados e realizado debates e seminários com integrantes de agências reguladoras.

Cumpra registrar a significativa atuação na função de advocacia da concorrência desempenhada pela SEAE e SDE no setor farmacêutico. Os produtos farmacêuticos²² têm seus preços máximos fixados pela Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED). A SEAE e a SDE prestam ajuda técnica para a metodologia de determinação da fixação dos preços máximos e realizam estudos de formação de preços para novos mercados. De forma semelhante, a SEAE e a SDE também auxiliam a regulação no mercado de planos de saúde.

A advocacia da concorrência tem ação instrutiva em situações de privatização de empresas. Apesar das leis 8.031/90²³ e 8.884/94, bem como do Decreto 1.024/94²⁴, que dão prerrogativas ao CADE para examinar operações de privatização visando assegurar a preservação do ambiente concorrencial nos mercados relevantes envolvidos, o SBDC tem seu papel na advocacia da concorrência quando auxilia a elaboração de leilões, buscando gerar efeitos pró-competitivos, ou seja, de maneira a impedir aquisições que levem a monopólios ou de outras formas de mercado de natureza claramente anticoncorrenciais. Conforme descreve o Relatório OECD (2005), o CADE auxiliou a transação envolvendo a privatização da Companhia Vale do Rio Doce, não tendo sido registrada a participação do SBDC nos vários processos de privatização entre 2000 e 2001²⁵.

3.12 A nova proposta de legislação antitruste

Até o último momento de produção desta pesquisa²⁶, havia três projetos de lei encaminhados ao Congresso Legislativo visando reformular o SBDC: proposta de alterações na Lei 8.884, remodelando as funções dos três órgãos de defesa da concorrência e modificações

²¹ Em 2001, a SEAE produziu diversos documentos técnicos defendendo a liberalização de linhas aéreas, cuja ação do Departamento de Aviação Civil (órgão regulador de linhas aéreas) era de não liberalização do mercado.

²² Esse é o único setor em que o governo ainda exerce o controle de preços.

²³ Lei que criou o Programa Nacional de Desestatização – PND.

²⁴ Criado em 29/7/94, visava regulamentar no PND a observância da aplicação da Lei 8.884 para os projetos de privatização.

²⁵ Não ocorreu qualquer privatização desde 2002.

²⁶ Dezembro de 2005.

processuais; um projeto de lei de emenda à Lei n. 3.337/2004, buscando, entre outras alterações, revisar e normatizar a relação entre as agências reguladoras de mercado e o regime de concorrência; e um terceiro projeto de lei dispendo sobre a delimitação de funções entre as agências de defesas da concorrência e as autoridades monetárias em casos de concentrações no setor bancário.

O projeto de lei de reforma da Lei 8.884 traz significativas alterações nas normas e nos procedimentos previstos para o exame de operações de concentração de mercado. Por exemplo, para as notificações de operações prevê-se: a) possivelmente por ser um critério de difícil medição, principalmente antes de se definir o mercado relevante, extingue-se o critério da participação de mercado das requerentes; e b) visando impedir a entrada no sistema de operações em que envolvem empresas de pouca expressão econômica, o que, notoriamente, pouco impacto traz ao ambiente concorrencial, o critério do faturamento bruto nacional passa a ser conjugado de forma que pelo menos uma das empresas participantes disponha de faturamento com valores a partir de R\$ 150 milhões e que pelo menos alguma outra participante tenha faturamento bruto nacional de R\$ 30 milhões.

Uma crítica consensual entre os estudiosos da legislação antitruste brasileira é de que a permissão de notificação após a realização da operação permite que os efeitos nocivos à concorrência possam ocorrer e se acumular, gerando também um custo maior de reversão quando a decisão for a desconstituição parcial ou total do ato. Pela proposta de alteração da lei, o sistema de notificação passa a ser anterior aos atos de concentração, e estes, restringidos aos casos de fusão, aquisição entre empresas por obtenção de ativos ou controle de ações, ou por intermédio de *joint venture* tradicional, em que se forma uma entidade econômica independente. Adicionalmente, o sistema de notificação prévia é acompanhado por normas determinando às empresas requerentes a obrigação de preservar o ambiente competitivo, ou seja, não consumir e não alterar as relações concorrenciais entre elas até que haja o julgamento pelo SBDC.

Há também um novo desenho institucional com novas funções para o CADE, SEAE e SDE, como a criação de uma Diretoria Geral – DG. Prevê-se que, após a notificação, a DG, no prazo de cinco dias, emita uma nota-resumo da operação onde a SEAE tome ciência. Esta terá a opção de efetuar a análise econômica do caso. Após a publicação da nota-resumo, a DG terá 20 dias para solicitar novas informações ou decidir pela aprovação. O plenário do CADE, que passa a atuar como um tribunal administrativo, pode intervir no caso após a aprovação pela DG no

prazo de 15 dias. Quando houver por parte da DG a solicitação de novas informações, o prazo para decisão estender-se-á por mais 60 dias, a contar do momento em que as informações são prestadas. Como no procedimento anterior, o plenário do CADE terá a opção de se pronunciar sobre a aprovação da DG. Quando a decisão da DG não for pela aprovação integral do Ato, ou seja, aprovação condicionada ou desaprovação, o CADE designará um conselheiro-relator para o caso. As requerentes terão o prazo de 30 dias para apresentar as defesas que julgarem relevantes. Após o recebimento da defesa, um novo prazo de 20 dias será concedido para decidir sobre a necessidade de mais informações, ou então o relatório será apresentado para o julgamento. Se houver o pedido de informações, 10 dias, contados a partir do recebimento das informações, serão permitidos para o envio de memoriais produzidos pelas partes, a fim de serem incorporados aos autos do processo. Expirado o prazo para os memoriais e tendo sido estes enviados, em até 20 dias o conselheiro-relator deverá apresentar o processo para o julgamento.

É facultado às empresas concorrentes, à SEAE ou às agências reguladoras poderem recorrer da decisão por aprovação efetuada pela DG. A apelação, que pode ser realizada em até 20 dias da decisão da DG, permite que esta reverta ou encaminhe o recurso ao Plenário. Se o recurso impetrado for rejeitado no final da decisão do Plenário, a parte que recorreu deve receber, por determinação do Plenário, uma multa na faixa de R\$ 5 mil a R\$ 5 milhões, o que será determinado por condições pouco objetivas, como a capacidade financeira, o seu papel e boa fé no processo e a implicação do recurso sobre a operação.

A repartição dos valores arrecadados com a taxa de notificação sofre uma nova alteração. Pela proposta, dois terços são destinados ao CADE e o restante à SEAE.

No que se refere aos institucionais, do atual mandato de dois anos, com direito a recondução, o projeto de lei estabelece o mandato dos conselheiros de até quatro anos, sem a recondução imediata. Busca-se, assim, maior independência de atuação, ainda mais pela implementação de sistema alternado para o término dos mandatos entre os conselheiros. Atualmente, a possibilidade de términos de mandatos em períodos muito próximos implica risco de perda de continuidade em casos dos processos em andamentos. A indicação para a presidência do CADE passa a ser indicação conjunta dos Ministros da Fazenda e da Justiça.

3.13 O novo papel do CADE, da SEAE e da SDE

O CADE transforma-se em uma espécie de tribunal administrativo associado a um Departamento de Estudos Econômicos, cujo principal cargo, o de Economista-Chefe, é de indicação do Presidente da República, depois de recomendação pelo Ministro da Fazenda. Extingue-se o Departamento de Proteção e Defesa Econômica da SDE. As atividades exercidas por este departamento são assumidas pela nova Diretoria Geral – DG, composta por um Diretor-Geral e outros cinco diretores. A DG é vinculada ao CADE. O Diretor-Geral obtém um mandato de dois anos, sujeito a uma recondução, e os cinco diretores são indicados pelo Presidente da República.

3.14 Outras propostas de alteração

a) Multas: Os dirigentes responsáveis por conduta ilegal passam a ser diretamente penalizados por multas com os mesmos níveis mínimos e máximos aplicáveis às empresas. Atualmente, a multa que lhes cabe varia de 10% a 50% da multa da empresa. Os valores de multa para as empresas tidas como infratoras são definidos, atualmente, na faixa entre 1% do faturamento bruto ou o ganho resultante da violação (o que for maior) e 30% do faturamento bruto anual do ano anterior. Pela proposta, a multa para as empresas pode chegar ao máximo de R\$ 200 milhões. Adicionou-se uma nova penalidade pela apresentação de documentos falsos ou falso testemunho, prevendo multa de R\$ 5 mil a R\$ 5 milhões. As receitas provenientes de multas deixarão de ser transferidas integralmente para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, permanecendo para este apenas 50%. Os outros 50% serão repartidos e alocados igualmente entre o CADE e a SEAE.

4 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE

A preocupação com o nível do bem-estar da sociedade, dada a ação e estratégia empresarial, consiste no objetivo final no âmbito da política antitruste. A partir daí, bases teóricas são construídas e adaptadas para fornecer uma base científica ao que se denomina política de defesa da concorrência ou política antitruste. Até o momento, a base teórico-normativa utilizada para tal são aquelas ligadas às proposições da teoria neoclássica sobre os mercados. Estas proclamam a condenação aos atos e condutas empresariais que possam enfraquecer a concorrência nos mercados. Admite-se que, tão mais intensa a competição, mais perto do nível máximo de bem-estar econômico estará a população. Essa é a base na qual tanto se defende a preservação da concorrência para todo e qualquer tipo de mercado. A prática de proteger a concorrência é tão comum nas políticas antitrustes que pode parecer um fim comum. Talvez assim possa-se justificar a política antitruste muitas vezes denominada política de defesa da concorrência, cuja ação é o combate às práticas anticompetitivas horizontais e verticais. No entanto, como será visto mais adiante, a ligação entre concorrência e ganhos de bem-estar não é direta ou mesmo garantida. Em primeiro lugar, a concorrência precisa gerar eficiência e os bons resultados dessa última serem distribuídos entre a sociedade.

Em situações em que se verificam falhas de mercado, as proposições de garantia de bem-estar dado à plena concorrência não são verificáveis. Conforme salienta Fagundes (2003, p. 12): “[...] nem sempre mais concorrência implica maior eficiência econômica”. E, por consequência, nem sempre mais concorrência gera maior bem-estar coletivo. Espera-se que a ação antitruste, sendo verdadeiro o propósito de manutenção ou elevação do bem-estar geral da sociedade, deva ao longo de sua experiência e amadurecimento se ocupar de relevar as diversas fundamentações teóricas que contribuem para evidenciar as questões relacionadas à eficiência nos mercados. As questões teóricas sobre tais pontos são os principais elementos que este capítulo pretende explicitar.

4.1 Conceitos e aspectos da concorrência

A visão do que é e como se dá a concorrência no sistema de mercado capitalista possui várias concepções. Em uma investigação por autores, pode-se verificar uma profusão de

variações sobre o significado do que seja exatamente concorrência²⁷. Alguns exemplos: interpretações afirmando (outras não admitindo) a concorrência como uma forma excludente ao monopólio; uma situação em que não ocorrem cooperação e comportamento competitivo; uma forma de mercado em que não há estratégias etc. Apesar da variada gama de interpretações, uma classificação como a de Possas (2002) permite sintetizar quatro correntes sobre o conceito e a amplitude da concorrência, as quais são descritas a seguir:

1. **Clássica.** Tendo como principais pensadores Adam Smith e David Ricardo, a livre mobilidade de fatores se constitui no elemento fundamental, no qual se dá a ausência de barreiras à entrada de novos capitalistas na produção. Os setores que apontassem as melhores taxas de lucros absorviam os recursos produtivos até o ponto em que se igualassem à taxa de lucro de outros setores. No final do processo – e o que era visto como o mais importante – as taxas de lucros entre os setores se igualavam pela concorrência entre os capitais. Com efeito, em longo prazo, as taxas de lucro e os preços de equilíbrio são alcançados, obtendo-se a estabilidade em virtude do processo da concorrência.
2. **Marxista.** A concorrência é um mecanismo auxiliar de condução das relações de produção e do capital. Os ganhos de produtividade acima das outras rivais permitem rendimentos extraordinários, podendo ocasionar a acumulação de capitais, a elevação da escala produtiva e o progresso nas formas de produção capitalista. Todavia, essas relações não se obtêm exclusivamente pela importância da concorrência. Qualquer outro mecanismo sobre a teoria do valor ou dos preços poderia levar a ganhos extraordinários e tais efeitos. A relevância da concorrência é secundária, como pressuposto para a teoria do valor de capital, ainda que se reconheça a causalidade entre livre entrada e tendência à geração da taxa de lucro uniforme.
3. **Neoclássica.** Apresenta maior grau de amplitude e precisão à fundamentação clássica. São os elementos constituídos do modelo de concorrência contidos nos livros-texto de Microeconomia. Tais hipóteses, como grande número de agentes *price takers*, apenas firmas pequenas nos mercados etc., implicam total ausência de poder de mercado. A posição de equilíbrio é alcançada com a igualdade entre preços e custo marginal. Daí gera-se o enfoque estático de eficiência alocativa, o que serve de base para a política da defesa da concorrência, em particular, e as políticas econômicas em geral.

²⁷ Possas (1999, p. 34), sobre a conceituação da concorrência, afirma: “aquilo que cada autor entende com esse termo varia muito e é difícil dar uma feição coerente e sistemática a um arrolamento de suas posições apesar da importância central desse conceito para a compreensão do funcionamento do sistema capitalista”.

4. **Schumpeteriana.** Com duas obras clássicas²⁸ na primeira metade do século XX, o austríaco Schumpeter faz surgir uma análise sobre a concorrência, colocando-a não mais como algo estático ou exógeno, como nas visões clássicas ou neoclássicas. A concorrência assume um caráter endógeno e ativo, no qual o papel das inovações propicia uma forma dinâmica (e evolucionária) até então não identificada ou destacada como relevante ao sistema econômico capitalista.

O aspecto dinâmico da concorrência schumpeteriana é compreendido pela inovação e sua difusão no mercado. Em um dado momento da forma da concorrência (estrutura), as firmas, visando auferir lucros extraordinários, procuram inovações (qualquer forma de mudança no espaço econômico). A inovação bem-sucedida leva ao ganho de mercado e lucro. Com efeito, posições monopolistas são alcançadas. À medida que haja difusão ou imitação da difusão, a estrutura vai se alternando novamente no sentido da maior concorrência. Assim, as inovações são importantes vantagens competitivas, posto que diferenciam umas empresas das outras, gerando a possibilidade de aquisições (as lucrativas comprando as que perderam mercado) e até posições de monopólio. No entanto, como há reação das rivais, as inovações podem ser difundidas, copiadas ou substituídas por outras inovações – estas últimas tornam as primeiras obsoletas. Adicionando-se outras estratégias e não apenas a inovativa, a estrutura de mercado se altera de maneira endógena ao longo do tempo, o que é denominado dinâmica industrial. Ou seja, a estrutura de mercado não é tratada como algo exógeno, como se faz nos modelos de concorrência neoclássica e mesmo nos estudos da Estrutura-Condução-Desempenho. Não se tem, portanto, a concorrência como o resultado de hipóteses quase axiomáticas, como faz a teoria neoclássica para alcançar o equilíbrio de longo prazo.

As inovações geram diversas formas de diferenciação, cujos resultados não são predeterminados em si. Eles dependem de uma complexidade de fatores em constante alteração, proporcionando o caráter ativo da concorrência.

Na concorrência pela ótica schumpeteriana, como se verá adiante, as dimensões da concorrência podem ocorrer por intermédio dos preços, mas também pela diferenciação do produto.

²⁸ A primeira (SCHUMPETER, 1988) apresenta os elementos básicos da teoria da concorrência; a segunda (SCHUMPETER, 1984) complementa com a incorporação da inovação e o desenvolvimento econômico como conceitos fundamentais para explicitar a dinâmica concorrencial.

4.2 As vantagens competitivas no processo concorrencial

Considerando o caráter dinâmico da concorrência teorizado por Schumpeter (1982), a competitividade pode se dar por qualquer forma de diferenciação. O êxito em alcançar a diferenciação dará o formato da vantagem competitiva. Esta permite o ganho de parcela de mercado, a obtenção de maiores lucros e a possibilidade de auferir poder de mercado.

A diferenciação consiste em qualquer alteração econômica ou técnica em relação aos demais. Gerando uma vantagem sobre as demais firmas, será dita como uma vantagem competitiva. Pode se dar por redução dos custos ou pela diferenciação do produto.

A percepção de que as diferenciações, quando não transferidas aos demais concorrentes, permitem a manutenção ao longo do tempo do adicional de lucro dá origem às vantagens não generalizadas, a que Bain (1956) denomina barreiras à entrada.

Quando se obtém uma vantagem sobre os custos, a expansão de mercados é alcançada através da redução dos preços. Segundo Steindl (1952 apud POSSAS, 2002), a diferenciação oriunda das vantagens sobre custos permite que as pequenas firmas acumulem capital e expandam suas participações no mercado. Ocorrendo economia de escala, o crescimento é ainda maior e maior também será a dificuldade das demais em reagir a tais vantagens.

Cumprir lembrar que vantagens sobre custos refletem, em muitos casos, diferenciais na qualidade do produto e vice-versa. Por conseguinte, a diferenciação pelos custos pode ou não ser acompanhada por mudanças na qualidade do produto. Os fatores que levam a vantagens sobre os custos podem, portanto, representar vantagens na diferenciação do produto.

As formas de vantagens competitivas pelos custos são: economia de escala e de escopo; acesso facilitado ao mercado de crédito; patentes; relações privilegiadas com fornecedores; ganhos de eficiência na organização da produção, eficiência administrativa etc.

No que tange as formas em que se dão as vantagens advindas da diferenciação de produtos, um lista de fatores pode ser citada, como:

- especificações ou descomoditização no produto;
- geração de confiabilidade na marca do produto;
- maior durabilidade;
- vantagens de ergonomia e *design*;
- menor custo na utilização do produto;

- desenvolvimento da marca;
- melhoria nas formas de comercialização;
- ganhos de assistência técnica;
- canais de financiamento à aquisição do produto; e
- disseminação nos canais de atendimento ao consumidor.

4.3 O papel das inovações na competitividade

Várias são as formas de definir inovação. Em Schumpeter (1984), as inovações são quaisquer mecanismos que modificam o espaço econômico. Quando o espaço econômico modificado²⁹ leva ao incremento no grau de monopólio, é provável que venha acompanhado de maiores lucros (lucros extraordinários). Desse modo, não necessariamente, inovar significa um rompimento abrupto com o processo produtivo em vigor. Ganhos em organização administrativa/comercial se constituem em inovações e podem valer ganhos de mercado para quem as promove ao longo de um processo lento, contínuo e quase imperceptível. Por sua vez, economias de escala e escopo oriundas do progresso técnico seriam formas de inovação cujo acompanhamento por parte dos demais concorrentes exige estratégias de maior profundidade, tendo, portanto, maior impacto nos mercados.

Como se verá adiante, são vários os estudos que buscaram construir um arcabouço teórico sobre o ambiente inovativo. Uma sedimentação sobre eles pode resumir em três fatores como os básicos ao comportamento das inovações ao longo do tempo.

Inicialmente, vale apontar o que se denomina trajetória natural das inovações. Considere que, em uma grande quantidade de casos, uma seqüência de pequenas inovações, possivelmente fruto da experiência na produção e utilização do produto ao longo do tempo, precede o surgimento de uma inovação de maior expressão. As primeiras vão modificando os processos de produção e o produto. Ou seja, verifica-se a Curva de Aprendizado, o que imprime certo ritmo às inovações. Eis, então, um exemplo do que Nelson e Winter (1982) denominam Trajetória Natural.

Quando as inovações ultrapassam a trajetória natural, o grau de incerteza é maior, surgindo um novo paradigma e uma nova trajetória tecnológica dentro do mercado. Nesses casos,

²⁹ Representado por novas formas de produção, processo, organização, comercialização etc.

três fatores básicos, denotados por apropriabilidade, cumulatividade e oportunidade tecnológica, se tornam mais evidentes como explicadores do ambiente inovativo.

A apropriabilidade consiste, de certa forma, na relação entre inovação e lucros extraordinários. Os lucros supranormais – ou a expectativa de obtê-los – são importantes para o surgimento de inovações, até porque a incerteza é inerente ao novo produto ou processo e, assim, precisa ser compensada. De todo modo, conforme enfatiza Dosi (1984), a curva de aprendizado que evidencia a diminuição de custos ao longo do tempo é elemento da apropriabilidade. Sendo o aperfeiçoamento do produto novo de conhecimento das outras firmas, estas se beneficiariam, de modo que haveria menor incentivo ao pioneirismo nas inovações (ROSENBERG, 1982, p. 110). Nesse contexto, justifica-se a implantação de patentes ou se verifica a importância do segredo industrial e da propriedade industrial³⁰. A apropriabilidade pode ser percebida quando o pioneirismo leva à economia de escala e esta gera barreiras às demais firmas do mercado.

A cumulatividade advém da constatação de que o progresso técnico é um processo ocasionado por sucessivos avanços técnicos. A utilização da nova tecnologia amplia a experiência e o conhecimento, intensificando a capacidade de aprimoramento delas próprias. Isso posto, percebe-se que a cumulatividade tecnológica está diretamente ligada à trajetória tecnológica.

Para Possas (2002, p. 91), ainda que possa ocorrer em qualquer inovação, a cumulatividade é de maior importância no âmbito do progresso tecnológico, pois no progresso tecnológico as inovações mostram-se as mais importantes e dinâmicas das vantagens competitivas. Dosi (1988) enfatiza que, à medida que a cumulatividade toma forma, as assimetrias de mercado vão se acentuando, isto é, a absorção da experiência revela-se através de mais inovações, e as diferenciações vão permitindo lucros e assimetrias ainda maiores no mercado.

Para fins de política antitruste, esse item de regularidade nas inovações registra evidência anticompetitiva. Steindl (1952 apud POSSAS, 2002) assevera que uma firma contemplada pela vantagem de economia de escala pode, pela hipótese de cumulatividade, perceber adicionais vantagens de custos, gerando assimetrias suficientes para incapacitar as demais de alcançá-las com base em seu próprio crescimento. Essas assimetrias advindas das sucessivas vantagens da

³⁰ O que, no contexto da legislação antitruste, justificaria os critérios de confidencialidade das informações recebidas pelas agências de defesa da concorrência junto aos agentes de mercado.

economia de escala são naturalmente acompanhadas de lucros extraordinários, que se perpetuam e permitem a concentração de mercado.

O terceiro elemento que responde pelo comportamento inovativo, a oportunidade tecnológica, ocorre no momento em que o mercado ou o ciclo do produto se encontra. Segundo Anderson e Lundvall (1988 apud POSSAS, 2002), o ciclo do produto apresenta-se como o principal fator que explica a oportunidade tecnológica. Em fase inicial do mercado, mais fácil se tornam as relações com fornecedores e clientes, bem como a fixação da marca.

Com o crescimento do mercado já consolidado, tais vantagens diminuem. Pode-se considerar, também, que no lançamento de produtos as oportunidades também se manifestam pela possibilidade de ganhos de escala. Na fase do ciclo maduro, o produto já está estandardizado e as difusões certamente já ocorreram; assim, as oportunidades tendem a exaurir-se.

De forma alguma essas considerações não permitem concluir que o princípio de defesa da concorrência é um dolo ao bem-estar do mercado e ao objetivo de um sistema econômico com mínimas explorações de mercado. A rivalidade entre firmas ainda assegura a busca pela melhor produção aos menores custos e preços. Todavia, também não se pode cometer a injustiça de não se atentar para situações especiais ou temporárias, em que ações empresariais com reflexos de queda na força competitiva possam estar assegurando inovações e ganhos em alguma das possíveis formas de eficiências.

4.4 As eficiências econômicas

Neste item a questão da eficiência econômica é estudada quanto às suas diversas concepções e ênfases sobre as políticas de Defesa da Concorrência. Existem outras conceituações que podem complementar ou de alguma maneira contribuir para suprir a eficiência de Pareto como base normativa para análise dos efeitos de ações empresariais sobre o bem-estar social. Os diversos tipos seriam: a eficiência de variedade de produtos, a eficiência dinâmica, a eficiência X e a eficiência de custos de transação.

A consideração desses conceitos como elementos do conjunto de eficiência econômica permite conclusões que podem caminhar tanto para aceitar que situações de redução de concorrência diminuem a eficiência (como preconiza o critério de Pareto), como o contrário. Com efeito, o reconhecimento de efeitos positivos e negativos em situações de modificações

estruturais na concentração da oferta impõe a necessidade de medir tais efeitos para a obtenção do efeito líquido final. Tendo em vista a impraticabilidade de tal mensuração, talvez o maior desafio das atuais políticas antitrustes, deve-se pelo menos considerá-las como mecanismo de uma análise qualitativa ou pragmática.

4.4.1 Eficiência alocativa de Pareto

Sob certas condições restritivas³¹, os mercados de um sistema econômico atingem uma posição de equilíbrio quando os consumidores maximizam utilidades e as empresas os lucros, não ocorrendo excesso de demanda em nenhum mercado. Considerando um equilíbrio competitivo, ou seja, todas as firmas estão em regime de concorrência perfeita, a situação é denominada como de eficiência alocativa de Pareto.

Sendo o mais famoso critério de eficiência econômica, esta será máxima no regime de concorrência perfeita, posto que, em equilíbrio, nenhum agente consegue aumentar sua satisfação sem que pelo menos algum outro a perca. Disso se extrai o Primeiro Teorema da Economia do Bem-Estar: o equilíbrio em um conjunto de mercados competitivos é eficiente de Pareto.

O Segundo Teorema da Economia do Bem-Estar postula que, garantida a convexidade das curvas de preferências, qualquer equilíbrio competitivo será alcançado para algum conjunto de sistema de preços. As imediatas implicações desses dois teoremas, tradicionalmente tratados nos livros-texto de microeconomia, são as de que, se o mercado operar de maneira a gerar preços competitivos, tem-se a garantia de um resultado eficiente. Nesse estágio, o sistema de preços proporciona ao mercado duas contribuições referentes à alocação e à distribuição. Na parte alocativa – supondo uma elevação de preços –, indica a escassez relativa de recursos, e na distributiva, quanto dos bens dispostos no mercado os consumidores podem adquirir.

O conceito de Ótimo de Pareto está, portanto, diretamente relacionado com as questões de eficiência. As eficiências, também denominadas condições marginais, devem estar presentes na posição de máximo bem-estar. Ressaltando a hipótese de ausência de falhas de mercado, demonstra-se analiticamente que o equilíbrio competitivo contempla as eficiências estáticas: a produtiva (ou técnica), a distributiva (ou nas trocas) e a eficiência *mix* de produção (condição de

³¹ Como as hipóteses acerca de racionalidade, escala de preferências dos consumidores, condições da tecnologia, incerteza etc.

alto nível). A eficiência produtiva (a mesma razão entre produtividades marginais de cada par de bens), entendida como o nível de produção com menor custo de produção possível³², admite uma vertente estática e outra dinâmica³³. A estática compreende a escolha da firma pelo processo produtivo de menor uso de recursos, considerando uma dada tecnologia. Por sua vez, a eficiência produtiva dinâmica ocorre quando o menor custo de produção é alcançado através de uma nova tecnologia e está por conta de inovações de processo.

A eficiência distributiva ou nas trocas (a razão entre as utilidades marginais é igual à razão entre seus respectivos preços) atesta o ponto em que a repartição do total de bens produzidos entre os membros de uma sociedade seja tal que proporcione a maior satisfação possível à sociedade. Por último, a eficiência *mix* de produção consiste na simultânea situação na qual a produção tecnicamente eficiente alcançada seja aquela que para cada um dos indivíduos permita a satisfação máxima. Com efeito, admite a presença de eficiência produtiva e distributiva.

Nesses termos, no equilíbrio competitivo ocorrem as três eficiências estáticas: a produtiva, a distributiva e a *mix* de produção. A consideração de outros tipos de eficiência não garante mais o teorema de que mercados de concorrência proporcionem o nível máximo de benefício social. Por exemplo, na presença de economia crescente de escala (conjunto de possibilidades de produção de formato não-convexo) não há o equilíbrio competitivo, pois, por serem os custos marginais e médios decrescentes, não há a determinação e a unicidade do equilíbrio.

Considerando o equilíbrio geral, tem-se a eficiência máxima alocativa quando os preços são iguais aos seus respectivos custos marginais. Assim, estar-se-á elevando o bem-estar da sociedade pelo estudo dos mercados quando se procura atingir ou aproximar preços de custos marginais. Se ocorrer o monopólio, os preços diferirão dos custos marginais. Isso implica a quebra da eficiência no *mix* de produção. Haverá espaço para que, realocando os recursos produtivos, um consumidor aumente sua satisfação sem que qualquer outro indivíduo perca utilidade. Qualquer estrutura de mercado em que os preços não são tomados pelas firmas teria a

³² Isto é, estando uma firma (ou indústria) no ponto de eficiência produtiva, a tentativa de aumentar a produção de um determinado bem só será possível se houver diminuição da produção de algum outro bem (ao longo da fronteira de produção).

³³ A característica dinâmica não está relacionada às condições de Ótimo de Pareto, posto que esta última é de natureza estática (tecnologia é tida como exógena).

quebra das eficiências verificadas na condição de Pareto. Com efeito, a concorrência perfeita configura-se como a única configuração de mercado em que se observam preços iguais aos custos marginais; seria, portanto, o regime a ser preservado ou perseguido. As características estruturais geradoras da concorrência levam a tal igualdade de valores. Entre estas, as livres condições de entrada e saída de recursos à produção, a fragmentação da oferta, a ausência de imposição de preços, a não diferenciação por marca seriam, assim, elementos essenciais a serem preservados no objetivo de garantir o máximo bem-estar possível em um sistema de mercados.

4.4.1.1 A condição de Pareto e o equilíbrio parcial

No contexto das leis antitrustes, as análises são sobre o equilíbrio parcial da condição de Pareto. Ou seja, a atenção sobre a verificação das eficiências estáticas é dada a um único mercado, sendo este o mercado relevante. Uma primeira limitação desse critério alocativo paretiano é que ele se revela inadequado para uma avaliação mais completa dos efeitos de uma ação sobre o bem-estar.

Partindo-se para o equilíbrio parcial, como base para a política de defesa da concorrência, o equilíbrio competitivo se dará na condição de Ótimo de Pareto no mercado de um determinado bem, não se observando os efeitos sobre os demais mercados. Isso retira toda a possibilidade de aferição do bem-estar geral da sociedade, o que representa o objetivo crucial da análise antitruste.

Em caso de eficiências estáticas, as condições de Pareto não exaurem o conjunto de eficiências possíveis que possam levar ao desenvolvimento dos mercados. O modelo de equilíbrio concorrencial neoclássico considera como exógenos e constantes a tecnologia e as preferências dos consumidores. No entanto, as empresas atuam de forma estratégica no sentido de alterar as preferências dos consumidores (marketing, investimento em marca etc.) e aprimorar a tecnologia de processo e de produto de forma a gerar as eficiências dinâmicas. Assim, as condições marginais de eficiência de Pareto mostram-se incompletas diante dos comportamentos estratégicos nos mercados.

Uma importante crítica do critério normativo da eficiência de Pareto é dada considerando a teoria do *second best*³⁴. Como praticamente torna-se impossível que todas as hipóteses (ausência de estruturas de mercado imperfeita, ausência de falhas de mercado etc.) necessárias à existência das condições de Pareto coexistam, a não-verificação de uma ou mais eficiências de Pareto não garante que situações com maior número de eficiências sejam superiores em bem-estar do que outras com menor número. Assim, a rigor, a aplicação das condições de Pareto como instrumental único ou mesmo válido para instrumento de análise antitruste perde o sentido ao se considerar a teoria do *second best*.

Por conseguinte, tanto para o equilíbrio geral como para o parcial, a redução ou eliminação da concorrência (atos de concentração que caminhem do sentido da concorrência para o oligopólio ou monopólio) não atesta a geração de mais ineficiência de Pareto. Ocorrendo falhas de mercado, o que é o caso mais real, estruturas de mercados diferentes da concorrência pura podem ser preferíveis. Ou seja, a existência das três eficiências econômicas dadas pelo critério de Pareto como exclusivos ícones do bem-estar perde força de validade à medida que os pressupostos do modelo de concorrência não vão sendo verificados no mundo real. Vários autores, como Fagundes (2003, cap. 2), abordam esse ponto.

Todavia, essas eficiências têm servido como base normativa às agências antitrustes nas intervenções em favor da defesa da concorrência. Segundo Schuartz (2002, p. 112), a grande vantagem em utilizá-las é que elas são as que melhor identificam os impactos de operações empresariais sobre o bem-estar social. Ainda segundo o referido autor, até o momento nenhuma alternativa conceitual foi oferecida com maior coerência e funcionalidade jurídica.

Rigor e limitações teóricas à parte, como dito anteriormente, a aplicação das condições de Pareto ainda é efetuada como critério normativo em diversas políticas econômicas (além da antitruste). De uma forma ou de outra, a precisão científica oriunda das análises advindas do emprego de tal critério normativo fica comprometida com o grau de existência dos pressupostos associados à concepção dos modelos de concorrência que sustentam as condições de Pareto. À medida que se relaxa tal critério, para também considerar outras formas de eficiências, recupera-se, pelo menos em parte, o sentido da análise antitruste como política que visa à regulação dos mercados em prol de uma maior eficiência destes.

³⁴ Teoria do *Second Best* demonstra que se a existência de uma restrição no equilíbrio geral impede a obtenção de uma das condições de Pareto; as outras condições de Pareto, ainda que perfeitamente possíveis, não implicam melhores posições do que qualquer outra.

Uma descrição dos outros tipos de eficiências e a discussão de incorporação destas como instrumental antitruste são feitas a seguir.

4.4.2 Outros tipos de eficiências

É imperativo mencionar outros tipos de eficiência que, associados aos de Pareto, permitem estabelecer um conjunto de elementos que, sendo verificados ou medidos, auxiliam a decisão da análise antitruste.

As demais eficiências encontradas na literatura são a eficiência de variedade de produtos, a eficiência X, a eficiência dinâmica e as eficiências advindas da teoria de custos de transação.

A incorporação dessas eficiências econômicas no corpo teórico e prático na análise de mercado destitui o princípio de que mais concorrência sempre implicará maior eficiência nos mercados. Com efeito, torna-se perfeitamente possível que atos concentradores de mercado sejam causa ou consequência de vários tipos de eficiência, com reflexos positivos sobre o bem-estar econômico. Por conseguinte, observam-se ações dos órgãos antitrustes envolvidos em investigações sobre os benefícios líquidos esperados em operações concentradoras de mercado. Essa tarefa, infelizmente, não é desprovida de enorme ambigüidade e controvérsias teóricas e práticas, com se verá adiante. A seguir, apresenta-se o elenco de eficiências já mencionadas.

4.4.2.1 Eficiência pela variedade de produtos

Admitindo-se que é significativa a produção por diferenciação e que, de certa forma, parte dessa diferenciação é dada pelo julgamento do consumidor, chega-se à percepção de que há uma preferência do consumidor por determinada firma dentro de uma indústria. Por essa razão, a firma terá condições de deter maior parcela de poder de mercado quanto mais elevado for o número de indivíduos e maior for a preferência destes na escolha do produto. Esse poder de mercado pode ser exercido através da imposição de um preço mais elevado. O exercício do poder de mercado não será contestado pelos consumidores quando o diferencial de preços for menor ou igual ao diferencial de ganhos de utilidade por aquele produto e não pelos produtos concorrentes.

O ato de o consumidor adquirir aquele produto com preço majorado representa o grau de inclinação da curva de demanda para a firma. Neste ponto, o equilíbrio ocorre com o preço acima

do custo marginal, isto é, não se está sob o lócus de pontos de eficiência de Pareto. Perde-se eficiência na produção, porém há um ganho de bem-estar em nível do consumidor, em virtude de existir satisfação pela diferenciação do produto. Está assim instituído um primeiro elemento ambíguo entre o critério de Pareto e o que deve ser considerado como efeito líquido final sobre a eficiência como um todo. Nesses casos, o que deve ser dimensionado é se os ganhos de utilidade derivados da diversidade são maiores ou menores do que as perdas de eficiência da produção.

Inserindo os efeitos da diversidade de produtos sobre o bem-estar do consumidor e na eficiência, Carlton e Perloff (1994) distinguem a geração de dois custos no momento da diferenciação. Um deles seria a perda de eficiência no *mix* de produção, uma vez que foi criado poder de mercado e, assim, uma ineficiência produtiva no conceito Paretiano. O segundo custo consistiria no não-aproveitamento de possíveis economias de escala. Deve-se considerar igualmente o custo diretamente relacionado à criação da diferenciação, ou seja, recursos que poderiam ser aproveitados para expandir os produtos se todos fossem homogêneos. Para fins da decisão normativa, a dificuldade é grande. Nesse ponto, Fagundes (2003, p. 72-73) salienta que, se por um lado a hipótese de diferenciação descaracteriza a concorrência perfeita, por outro, os modelos de competição imperfeita deparam-se com a dupla possibilidade sobre o comportamento das firmas (competição sobre preços ou sobre quantidades), em que qualquer das duas hipóteses gera conclusões de caráter pouco confiável. Portanto, ainda segundo o autor, as conclusões não são desprovidas de indeterminação quando se tenta relacionar a direção entre nível de concorrência, estrutura de mercado e eficiência em situação de diversidade de produtos.

Em suma, a importância da diversificação recai sobre a percepção de se tratar de mais uma possibilidade de eficiência econômica, possível de evidenciar efeitos possíveis em atos de concentração geradores de maior variedade de produtos. Isto é, se por um lado a concentração permite preços acima dos custos marginais (ineficiência paretiana), por outro, abre a possibilidade de geração de bem-estar aos consumidores em virtude de novos produtos.

4.4.2.2 A eficiência X

A eficiência X está associada à relação entre custos e pressão competitiva entre as empresas. Tal conceito enfatiza que os custos médios e marginais (com um pouco mais de abstração, qualquer tipo de custo) de firmas em regime de concorrência imperfeita tendem a uma

maior elevação se comparados ao ambiente de competição perfeita. Tendo certa folga competitiva, as firmas concentradoras de mercado tendem a relaxar no controle dos custos de produção. Daí a frase atribuída a Adam Smith, de que o monopólio é o inimigo do gerenciamento eficaz. Isso posto, Leibenstein (1966) atribui como ineficiência X a perda de redução de custos pelo fato de a firma não operar em um ambiente competitivo e, assim, de certa forma, descuidar-se da busca da minimização de custos. Essa situação não pode ser admitida em mercados perfeitamente competitivos. Nestes, a pressão sobre a margem de lucros é tal que, dada a inexistência de influência sobre os preços (*taker price*), tudo que resta é a minimização dos custos. Becker (2005) assinala que qualquer ineficiência voluntária sobre custos, como, por exemplo, o nepotismo, é constatação de que a firma não maximiza lucro³⁵. Assim, seria um exemplo de ineficiência X.

Considerando a curva de possibilidade de produção para ilustrar os ganhos de eficiência, nota-se, pela Figura 2, que os movimentos partindo de um ponto de dentro para qualquer um dos lócus dos pontos contido na fronteira de possibilidade de produção, dado o nível de emprego de recursos e da tecnologia, podem representar a obtenção de eficiência X, a qual é uma eficiência produtiva similar à eficiência produtiva de Pareto. A diferença é que a primeira se dá pela hipótese de pressões competitivas, enquanto a segunda se verifica pelo caráter mais geral de redução de custos médios. Os movimentos ao longo da superfície de produção podem indicar os efeitos da eficiência alocativa de Pareto.

³⁵ O argumento é de que, ao se empregar o critério do parentesco, abre-se mão da produtividade da mão-de-obra, o que seria permitir aumento de custos; logo, o empresário não estaria maximizando lucro.

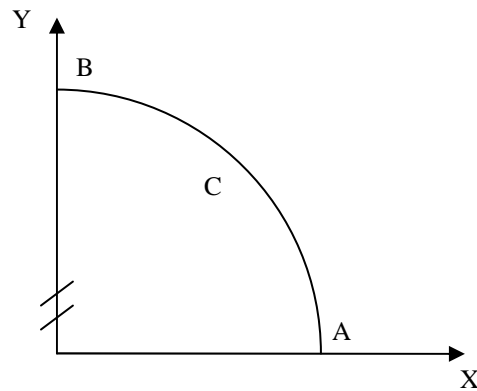


Figura 2 – Conjunto de possibilidades de produção

Nota: Movimento do ponto A para o B (ou vice-versa) pode expressar a eficiência alocativa de Pareto. O movimento de C em direção de A ou B pode representar a eficiência X.

Outro conceito de certa forma relacionado ao da eficiência X consiste na realização de dispêndios de recursos com o propósito de as empresas manterem suas posições de concentradoras de mercado. São exemplos os grupos de influência política das empresas junto ao governo (*lobby*) e o investimento em fixação da marca do produto. É denominado de *rent seeking*, o qual expressa os gastos adicionais em virtude do objetivo de manter-se em posições monopolísticas. Entendendo-se tais gastos como improdutivos, seriam assim socialmente indesejáveis inclusive por reduzir a margem de lucro da firma não-competitiva. Vale mencionar: em uma situação-limite pode-se observar a mitigação de toda a parcela de lucro extraordinária. Desse modo, quanto mais a parcela de lucro monopolístico for consumida pelo *rent seeking*, maior será a perda (além da ineficiência produtiva) em bem-estar, dado o não-aproveitamento da transferência de renda de consumidores para produtores. Com efeito, o tamanho do *rent seeking* influencia a área do peso morto dada pelos gráficos (excedente total agregado) que comparam a passagem da concorrência para o monopólio e o efeito sobre o bem-estar coletivo.

Admitindo a relação direta entre concentração de mercado e ineficiência X, há de se adicionar a relação também direta entre concentração de mercado e eficiência produtiva associada, por exemplo, a ganhos de escala e escopo. Isso posto, um ato de concentração pode gerar ganho ou perda de eficiência produtiva. Ou seja, há perspectiva de algum ganho na medida em que ocorra economia de escala ou escopo, ou de uma perda, dada a possibilidade da perda da eficiência X ou do surgimento ao longo do tempo de *rent seeking*. A rigor, de posse do

reconhecimento dessas vertentes, deve-se incorporar na prática das políticas de defesa da concorrência o confronto dessas eficiências nos exames dos atos de concentração.

4.4.2.3 Eficiência dinâmica

A eficiência dinâmica representa um conceito de eficiência que amplia a tradicional ligação com a redução de custos para também incorporar todas as possíveis formas de inovações no sistema econômico. Ou seja, consiste em qualquer forma de ampliação no ambiente econômico fruto de diversas formas de inovação, como as de geração de novos produtos, processos, acesso a novas fontes de matérias-primas, novos mercados e organizações industriais.

A base para a geração de eficiências dinâmicas se dá sobre a compreensão de que a tecnologia e a estrutura de mercado são endógenos no meio concorrencial. A descoberta de processos inovativos bem sucedidos permite a obtenção de posição monopolista³⁶ e alta lucratividade para aquela firma que mais intensa e rapidamente deter o processo inovativo. Os lucros extraordinários decorrentes do monopólio e, este último, do sucesso da inovação, tendem a ser temporários, dada a difusão do progresso tecnológico, que permite a adesão e criação de outras inovações. As eficiências ocasionadas pelo progresso tecnológico seriam as eficiências dinâmicas de Schumpeter (1984), as quais trazem ganhos de bem-estar social à medida que o desenvolvimento econômico por elas criado é distribuído entre a sociedade.

Possas (2002) categoriza três formas distintas de eficiência dinâmica: a eficiência alocativa de Pareto intertemporal; a eficiência qualitativa; e a eficiência sob condições de incerteza. A eficiência dinâmica intertemporal evidencia uma troca de bem-estar presente e futuro. Preços monopolísticos atuais³⁷ podem se transformar em preços competitivos no futuro, dada a redução de custos advinda dos efeitos tecnológicos. Especificamente, um processo de fusão ou cooperação entre firmas pode gerar recursos e maiores facilidades à inovação, propelindo redução de custos e preços no futuro. Se as eficiências futuras resultantes (preços competitivos) forem mais que compensadoras do que os problemas alocativos e produtivos gerados pelos monopolísticos no presente, pode-se justificar uma permissão à concentração da oferta.

³⁶ Dessa maneira, segundo diversos autores de influência schumpeteriana, concorrência e monopólio são como estágios cíclicos de regime de mercado, dados pelo processo de inovação e difusão tecnológicas.

³⁷ Ou seja, ineficiência alocativa atual.

Por sua vez, a eficiência qualitativa compreende os efeitos da eficiência não advindos da queda de preços e custos. A produção de bens com novos dimensionamentos, *designers* ou características seria um dos exemplos. Ainda que não haja redução de custos e preços, proporciona bem-estar à medida que possa proporcionar maior satisfação aos seus consumidores³⁸.

Por último, a eficiência dinâmica sob incerteza representa a parcela da eficiência dinâmica com baixo grau de previsão quanto aos resultados de ganhos de eficiência mediante a criação de inovações ou mudanças tecnológicas. Parte do princípio de que a aferição dos benefícios de um processo por busca de inovações torna-se extremamente difícil. Isso posto, há menor estímulo por parte dos empreendedores, dado o grau de incerteza contida nesse processo.

Como regra geral, não há na verdade garantias dos efeitos positivos de bem-estar advindos da eficiência dinâmica *vis-à-vis* os problemas e as ambigüidades a ela relacionados. Por exemplo, no caso da denominada eficiência dinâmica intertemporal, não se pode garantir que as inovações geradas por uma monopolização gerem benefícios de menores custos de produção ou distribuição.

A respeito do nível adequado de concorrência apto a maximizar o ritmo de inovações, Fagundes (2003, p. 93) afirma que não existe consenso teórico nem trabalhos empíricos determinantes apontando uma base normativa. O nível de incerteza e imprevisibilidade é tal que se torna mesmo difícil estabelecer em que direção as políticas de defesa da concorrência poderiam seguir ao considerar as eficiências dinâmicas. Segundo Scherer e Ross (1990 apud FAGUNDES, 2003), “os elos entre estrutura de mercado e inovação são fracos e cercados de muito ruído associado a outras influências medidas e não medidas”.

A variedade de direções resultantes da relação entre níveis de concorrência, inovações e benefícios sociais são teoricamente dados, por um lado, pela visão schumpeteriana, em que monopólios temporários são respostas aos investimentos em inovações, que geram o progresso técnico e, no final, o desenvolvimento econômico; e, por outro lado, pelo prisma de que, depois de um ritmo excessivo de competição, qualquer firma inovadora só conseguirá antecipar apenas uma pequena parcela dos benefícios gerados da inovação, desestimulando o incentivo à inovação (SCHERER, 1991 apud FAGUNDES, 2003).

³⁸ Possas (2002, p. 230) enfatiza que a não-consideração da eficiência qualitativa pode subestimar o tamanho do mercado relevante, ocasionando assim superestimativa na dimensão do grau de concentração da indústria sob a análise antitruste.

Ressaltadas as ambigüidades e as difíceis quantificações, a importância das eficiências dinâmicas como questão de base normativa à política antitruste esteja, talvez, na percepção de que não pode ser descartada. Dada a possibilidade de ocorrer as eficiências dinâmicas, e ainda que não se consiga identificá-las e medi-las com razoável precisão, pode-se assumir como base para uma ação antitruste a postura flexível de perceber que a dinâmica de competição pode ser a da mais variável forma quando há por trás um processo de inovação e eficiência. Com efeito, o desafio do julgador antitruste consiste em observar em igualdade de atenção os efeitos adversos de uma maior concentração, bem como os diversos tipos de eficiência que podem estar associados àquela operação entre empresas.

4.4.2.4 Eficiência organizacional

Considerando os trabalhos de Coase (1937), Williamson (1985) e outros acerca da economia dos custos de transação, a geração de eficiência pode advir também de estruturas organizacionais mais eficientes, isto é, problemas de especificidades de ativos, frequência das transações e presença de incerteza são fatores importantes na determinação de como uma firma irá se relacionar com o seu mercado de insumos e de venda de seus produtos.

Pela ótica da economia dos custos de transação, uma escolha inadequada de coordenação pode resultar em ineficiências. Pressuposições de racionalidade limitada e oportunismo, presentes nas ações dos agentes, são restrições que podem gerar inesperados custos nas transações de mercado, ainda que se estabeleçam contratos³⁹. Com efeito, buscando-se a minimização de custos com o objetivo de alcançar eficiências, a ênfase em obter a melhor forma organizacional (governança) também deve ser considerada. Quanto mais específico um ativo a ser adquirido, quanto mais intensa a frequência de compra deste e quanto maior a incerteza na transação, melhor seria para a firma internacionalizar a produção desse ativo ou estabelecer integração dessa transação com os fornecedores *vis-à-vis* a compra simples e pura pelo mercado tradicional. Isso posto, abre espaço para a justificativa de concentrações e restrições verticais que nada teriam com

³⁹ Contratos são sempre incompletos (não conseguem conter todo o leque de situações que podem ocorrer), dada a hipótese de racionalidade limitada dos agentes.

a busca anticompetitiva de gerar barreiras à concorrência⁴⁰. Tais ações teriam como base a propensão aos ganhos de eficiência.

Para fins de uma completa utilização na análise antitruste, repete-se a mesma problemática das já mencionadas eficiências alternativas: “... dada a ausência de mecanismos que permitam a mensuração das economias com custos de transação, sua incorporação à análise antitruste deve ocorrer em termos qualitativos” (FAGUNDES, 2003, p. 104).

Talvez, o grande mérito da eficiência organizacional seja o de ressaltar que, observadas determinadas condições, transações entre firmas em formas livres de mercado apresentarão ineficiências econômicas. Com efeito, em mercados com consideráveis custos de transação, as coordenações de mercado sob a forma de integração e restrição verticais podem apontar para a minimização de custos, visto que almejam a redução de custos de transação. Ainda que seja de difícil quantificação, fora os diversos problemas de concepção ainda não superados pela própria teoria, a consideração da eficiência organizacional, ao menos como um princípio compensatório aos possíveis efeitos anticompetitivos advindos de atos verticais, deve ser relevada. Uma moderna política de defesa da concorrência que queira estar fundamentada pela pluralidade dos conceitos econômicos não pode abrir mão desse enfoque.

4.4.2.5 O conjunto das eficiências econômicas

Dadas as descrições dos diversos tipos de eficiências econômicas encontradas na literatura econômica⁴¹, podem-se extrair várias reflexões sobre as questões ligadas à análise antitruste:

- As várias vertentes de eficiência têm efeitos conflitantes (*trade-off*) umas com as outras quando se parte de um grau para outro de força competitiva. Daí, há incerteza quanto à correta decisão antitruste, uma vez que a mensuração das eficiências ainda é objeto de difícil quantificação.
- As eficiências tradicionais de Pareto apresentam critério normativo preciso e quantificável, porém as hipóteses que as sustentam (ausência de falhas de mercado) são raramente verificáveis, principalmente em mercados industriais.

⁴⁰ Não se pode descartar a possibilidade de trocas de informações entre as firmas integradas ou imposição de restrição a negócios entre uma das partes com as rivais de outras, que levariam à diminuição da concorrência.

⁴¹ Repetindo: eficiência produtiva, alocativa, eficiência X, eficiência dinâmica, eficiência da diferenciação de produtos e eficiência organizacional.

- As eficiências dinâmicas e as organizacionais ainda carecem de instrumentos de medição, bem como do devido refinamento analítico.
- A aceitação das eficiências dinâmicas e das eficiências como economia de escala e escopo retiram a validade universal das eficiências de Pareto.

As eficiências dinâmicas podem admitir mercados concentrados, existência de poder de mercado e estratégias empresariais com efeitos de redução competitiva como resultados positivos em termos de eficiência econômica.

- Um ato de concentração de mercados pode estar gerando diversas eficiências positivas ou negativas. Mesmo sendo o efeito líquido positivo, este deve ser confrontado com os custos de elevação de poder de mercado advindo da concentração.
- Ainda há gargalos entre os preceitos teóricos e os instrumentos de mensuração para avaliar as eficiências econômicas de forma razoavelmente segura. Assim, o recomendável de uma ação antitruste seria considerá-las numa análise qualitativa. Adicionalmente, deve-se assumir sempre uma atitude mais cautelosa quanto ao uso exclusivo de suas bases normativas tradicionais neoclássicas.

4.5 As escolas americanas de políticas de defesa da concorrência

Até os dias de hoje, a base das políticas de defesa da concorrência se sustentam através de duas linhas de propostas e objetivos advindos das escolas de Harvard e Chicago. A distinção básica entre estas escolas está nos itens seguintes.

4.5.1 A política antitruste pela escola de Harvard

Influenciando fortemente a política americana desde a década de 1950 ao início da década de 1980, a escola de Harvard baseou-se principalmente no modelo de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D) para advogar que, independentemente de outras considerações, a tarefa central antitruste seria a de impedir concentrações de empresas que pudessem levar ou apontar para criação ou aumento de poder de mercado.

O modelo E-C-D preconiza a relação na qual atributos presentes na estrutura de mercado (estrutura de custos da produção, números de empresas e consumidores, tipos de barreiras à

entrada e outros) implicam determinados tipos de conduta empresarial (ações e estratégias sobre preços, vendas, diferenciação de produtos e outros), os quais determinam o desempenho no mercado (margens de lucro, grau de distribuição de renda, oferta do produto). Ou seja, a configuração da estrutura de um mercado gera determinados tipos de condutas, e estes propiciam o desempenho das empresas pertencentes àquele mercado.

Fundamentando-se no modelo de equilíbrio competitivo, a eficiência alocativa seria, portanto, obtida no ponto de igualdade entre preço e custo marginal, e a eficiência técnica, quando preço igual ao custo médio, ambas as situações em longo prazo.

As condições que geram o modelo competitivo com tais eficiências são as de ausência de influência sobre preços (grande número de agentes, o suficiente para que não sejam formadores de preços) e livre fluxo de empresas ao mercado.

Isso posto, a não-observação dessas duas pressuposições poderia levar à criação de poder de mercado com efeitos de imposição de preços acima de custos médios e marginais no longo prazo. Estaria, então, montada a principal base normativa advinda da escola de Harvard: a tarefa da política antitruste seria a de controle preventivo das estruturas de mercado no sentido de impedir a criação e o exercício do poder de mercado oriundo, notadamente, do aumento do grau de concentração das empresas no mercado.

Falhas de mercado como barreiras à entrada (estrutura) poderiam sustentar ou estimular o uso de poder de mercado. Assim, a política de defesa da concorrência deveria atuar preferencialmente nas condições estruturais de mercado. Com efeito, esse foi o enfoque de Harvard: a predominância do controle preventivo via contenção nas concentrações horizontais, em vez de se ater tanto às condutas anticompetitivas de empresas. Segundo Lima (1998, p. 17), a política antitruste de Harvard parecia considerar a desconcentração de mercados como uma finalidade em si mesma.

A base teórica dada pela formulação da E-C-D, na qual a concentração era a variável-chave a ser controlada, foi abrindo espaço para outras considerações, como as condutas empresariais que teriam efeitos sobre o incremento de barreiras à entrada. Denominada Nova Escola de Harvard, nas décadas de 1960 e 1970, a ênfase passou a abrigar também questões como os gastos com propaganda, o nível de capacidade ociosa, acordos de exclusividade e fixação de preços de revenda como práticas anticompetitivas entre mercados geradores de poder de mercado.

Em suma, quase uma posição dogmática, a recomendação de Harvard centrou-se na criação de poder de mercado (seja por atos e condutas empresariais) como elemento nocivo e determinante para gerar efeitos perversos à eficiência técnica e alocativa, bem como a distribuição de renda. Daí a ser combatida independentemente de outras considerações que poderiam contrabalançar.

4.5.2 A política antitruste pela escola de Chicago

Em contraposição aos estudos da própria escola, compreendidos entre 1920 e 1950, surge a Nova Escola de Chicago ou a *Efficiency School*. Essas novas denominações serviram para diferenciar a nova ênfase à política antitruste da Escola, bem como para destacar a importância no tratamento das eficiências econômicas na análise antitruste, o que era em grande parte negligenciado por Harvard.

O enfoque de Chicago teve maior força nos anos 80 junto ao governo americano, na presidência de Reagan. A vertente de Chicago, que é uma contestação ao receituário dominante de Harvard, apontava que a visão estruturalista não contava com respaldo suficientemente teórico ou empírico para estabelecer que concentrações de mercado reduzem bem-estar econômico por meio de geração de poder de mercado. Mais ainda, elevada concentração, além de não necessariamente gerar poder de mercado e perda de satisfação social, pode, em muitos casos, ser a conseqüência de desenvolvimento da indústria. Afinal, em um processo competitivo, as firmas mais eficientes acumulam recursos, dada a sua maior lucratividade, e absorvem mercados, enquanto as menos eficientes caminham de forma inversa.

Na *efficiency school*, em geral, a concentração de mercado é fruto de economias de escala, escopo e, ou, de algumas das várias formas de eficiência. Assim, simplesmente coibi-la poderia justamente gerar perda de bem-estar econômico e o castigo a quem se torna eficiente, pois o grau de monopolização mostra justamente os que foram eficientes e conseguiram, através de seu desempenho, adquirir parcela de mercado. Essa manutenção de *market share* (desconsiderando a hipótese de colusão) evidencia a eficiência daquelas empresas em nível superior ao das demais;

caso contrário, estas perderiam mercado com a competitividade das rivais⁴². Também criticavam o aspecto de que uma ação governamental no sentido da desconcentração do mercado poderia causar mais distorções do que benefícios à economia.

Segundo Fagundes (2003, p. 203), “... o mérito da escola de Chicago está no fato de que o trabalho de seus defensores evidenciou a importância de se incorporar às políticas antitruste os vários tipos de eficiências econômicas, ainda que às custas de uma maior complexidade analítica, em função dos inúmeros *trade-offs* existentes entre tais tipos”.

Pode-se entender que as duas escolas prestaram uma evolução à normatização da política antitruste. Enquanto Harvard, através da E-C-D, chama a atenção para questões estruturalistas que atentam para o perigo do poder de mercado gerado por atos de concentração ou condutas anticompetitivas, a *efficiency school* preconiza a necessidade de uma filtragem na análise, considerando os diversos tipos de eficiência econômica que podem justificar tais atos. Para corroborar esse ponto, observe o exposto a seguir.

Uma pergunta que se coloca é a razão de a escola de Chicago, quando assumiu o controle da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos EUA, não ter proposto uma alteração radical na política antitruste norte-americana no que se refere ao controle das estruturas de mercado, limitando-se a introduzir a questão dos ganhos compensatórios de eficiência, que, na execução prática da política, não foi capaz de superar a análise do grau de concentração (LIMA, 1998, p. 60).

O Quadro 3 apresenta os principais pontos em que as duas escolas se aproximam e diferenciam-se na política antitruste.

⁴² Para chegar a essas conclusões, a *Efficiency School* considerava certas condições de difícil verificação no mundo real. Entre essas: previsão perfeita, ausência de preferência ou fidelidade à marca no consumo, baixas barreiras à entrada, ou seja, modelos competitivos neoclássicos.

Itens	Escola de Harvard	Escola de Chicago (<i>Efficiency School</i> ou Nova Escola de Chicago)
Principais autores ⁴³	Mason (1939), Clark (1940), Bain (1956), Kaysen e Turner (1959) e Scherer (1976).	Stigler (1964), Bork (1978), Posner (1979), Shepherd (1988) e Demsetz (1973).
Base de pressuposição teórica	Modelo Estrutura, Conduta e Desempenho: elementos estruturais (principalmente concentração e barreiras à entrada) determinam a conduta e o desempenho das firmas. Combate a preços acima dos custos marginais.	Modelos neoclássicos.
Objetivo econômico da política antitruste	Combate à criação de poder de mercado; busca de eficiência alocativa (produção agregada) e a desconcentração do poder econômico.	Maximizar a eficiência econômica ou o excedente agregado de Marshall.
Paradigma	Concentração econômica causa perda de bem-estar econômico <i>per se</i> .	Concentração de mercado: resultado e gerador de eficiências de mercado.
Vertente da escola	Nova Escola de Harvard: condutas empresariais (propaganda, capacidade ociosa, acordos de exclusividade) geram poder de mercado.	Incorporou os vários tipos de eficiência econômica na questão antitruste. Três hipóteses sobre o mercado (SHEPHERD, 1988, p. 397): <ul style="list-style-type: none"> - monopólio pode ser resultado de maior eficiência; - colusão é a única forma de poder de mercado não geradora de eficiência; - lucros do monopólio são dissipados durante o processo de sua formação. Obtenção de eficiências justifica a concentração. Não há relação determinística entre elevada concentração econômica, geração de poder de mercado e perda de bem-estar.
Conceitos de barreiras à entrada	Qualquer custo que deve ser incorrido por qualquer firma entrante para ingressar no mercado. No longo prazo, os lucros extraordinários na indústria que não atraem novas entrantes são dados pela existência de Barreiras (BAIN, 1956).	Custo com que se deve defrontar uma firma entrante, mas que não ocorre para as firmas que já estão no mercado. São assimetrias de custos entre instaladas e entrantes (STIGLER, 1968). Economia de escala não será barreira à entrada se a entrante tem a mesma função de custos que as demais.
Pontos críticos	Rigor excessivo no tratamento de atos de concentração e condutas anticompetitivas. Controla mais parcela de mercado do que poder de mercado.	Ignora os critérios de bem-estar social.

Quadro 3 – Comparativo das escolas Harvard e Chicago sobre política antitruste

Fonte: Elaboração a partir de Lima (1998) e Fagundes (2003)

⁴³ Apud Lima (1998)

4.6 A teoria da organização industrial na defesa da concorrência

Uma parte significativa dos fundamentos teóricos referentes à aplicação da política de defesa da concorrência tem como base os estudos da Organização Industrial – OI.

O paradigma mais conhecido da OI, o arcabouço da Estrutura-Condução-Desempenho (E-C-D), na sua formulação clássica, afirma que a estrutura de mercado condiciona as condutas, o que, por sua vez, gerava os resultados em termos de desempenho. Com o passar do tempo, a fragilidade deste modelo foi se mostrando cada vez mais intensa. Desprovidos de uma base teórica analítica mais aprofundada, testes empíricos foram efetuados, apresentando resultados inconclusivos. Não se conseguia determinar através dos testes de causalidade que a seqüência proposta tinha as tais relações de causalidade $E \rightarrow C \rightarrow D$.

Novas vertentes foram ampliando o escopo da OI. Estudos com ênfase em interações estratégicas, informação assimétrica, barreiras à entrada de novas firmas, concorrência potencial e custos de transação, entre outros, foram dando novo formato à OI, ainda que grande parte dos problemas de base normativa e verificação empírica ainda persista. Apesar dessas limitações, muitos dos conceitos advindos de tais estudos têm se mostrado úteis à formação de um corpo analítico de ações voltadas à defesa da concorrência. Nos parágrafos seguintes faz-se uma breve descrição de boa parte deles.

4.6.1 A teoria da firma, as barreiras à entrada e o mercado contestável na defesa da concorrência

O conceito, o comportamento e a função da firma são questões de que a literatura econômica tem se ocupado, dada a importância da firma no funcionamento dos mercados. Por exemplo, antes mesmo de examinar os efeitos de uma concentração, torna-se aconselhável intuir sobre os motivos pelos quais as empresas são motivadas a empreender tais operações. Vários autores estudaram os diferentes objetivos e comportamentos das firmas, como mostrado a seguir. A teoria microeconômica clássica trata a firma como uma unidade produtiva que combina insumos (*inputs*) e os transforma em produtos (*outputs*) para transacioná-los nos mercados.

Coase (1937) desenvolve uma nova concepção, ampliando os limites de operação da firma. A natureza da firma envolve a atividade produtiva, mas também aspectos organizacionais

que geram custos. A ênfase do estudo da firma se dá na concepção de tomá-la como uma unidade que opera contratos. Os custos de transação abrangem não apenas a produção propriamente dita, mas todas as demais formas de transações econômicas envolvidas no processo de organização da produção.

Tirole (1990) apresenta três abordagens sobre a firma, que se complementam para a compreensão do papel desta. Em primeiro lugar, no funcionamento da firma obtém-se a apropriação dos ganhos de economia e escopo que possam existir na produção. Em seguida, através da firma promove-se uma existência estável e, possivelmente, duradoura com os agentes a ela relacionados, dada a existência de contratos implícitos ou explícitos. Por fim, a terceira abordagem enfatiza que a utilidade da firma estaria em razão de os contratos não serem sempre completos. Assim, o conhecimento e aprendizado sistêmico que a firma pode oferecer em tais situações tornam-se importantes.

Na ótica institucionalista e schumpeteriana, uma empresa é tida como um organismo em evolução, dada pela capacidade de geração de lucros e pela possibilidade de acumulação, obtidos, principalmente, por intermédio de investimentos produtivos. Faz parte de sua ação a necessidade de sempre crescer para sobreviver dentro do ambiente competitivo. Uma das maneiras para isso – se não a principal para a visão schumpeteriana – seria a estratégia inovativa.

Para Marris (1971 apud BRITO, 2002), a maximização do crescimento é o objetivo mais geral da empresa.

Penrose (1956 apud GONÇALVES, 2002) supõe que as empresas têm forte vocação para se expandir. Essa expansão se traduz em diversificação da produção e em busca de novos mercados, sejam esses internos ou externos. Munidas de capacidade gerencial, conhecimento tecnológico e ímpeto por inovações, as empresas possuirão condições gerais para sua expansão.

Os estudos em OI assumem, portanto, diversos objetivos e premissas para a firma. A maior parte faz uso da maximização dos lucros⁴⁴. Quando se admite o risco, a maximização de lucro assume a forma de maximizar o lucro esperado. Outros objetivos, como maximizar o faturamento e maximizar a parcela de mercado também, são considerados quando as pesquisas tratam a grande firma como empresa conglomerada, controladora ou há a distinção entre propriedade e controle da empresa.

⁴⁴ A despeito de inúmeras críticas a respeito da maximização de lucros, estudos de OI assumem tal hipótese.

De todas as formas, nenhuma delas exclui o comportamento da firma como o de agir com vistas à obtenção e ao exercício de poder de monopólio (ou poder de mercado).

Cumpre lembrar que a intensidade do comportamento competitivo pode ser observada pela distância entre o preço e o seu associado custo marginal. Quanto maior a diferença entre os valores dessas duas variáveis, maior será o grau (ou poder) de monopólio. Uma indicação do poder de monopólio é dada pela expressão:

$$\text{Grau de monopólio} = \frac{p - cmg}{p} = -\frac{1}{\varepsilon} \quad (1)$$

em que p é o preço do bem transacionado, cmg é o custo marginal e ε representa a elasticidade preço da demanda.

Em regime de alta concorrência, essa fração assume valor zero (concorrência perfeita). Quanto maior o valor dessa relação e maior a duração dessa situação, mais alto será considerado o poder de mercado. Afinal, a empresa está conseguindo receber lucros ao precificar preços acima dos custos. Isso posto, o poder de mercado de uma firma representa a capacidade de estabelecer ou elevar preços para o seu produto de maneira a não vigorar a eficiência de Pareto. Exatamente nessa situação, justifica-se a análise econômica antitruste: procurar investigar os fatores que possam levar à existência do poder de mercado e sua possibilidade de exercício.

Observe-se também que toda a possibilidade de lucros extraordinários, qualquer que seja o grau de concorrência, está inexoravelmente associada à possibilidade de acesso à produção por outras firmas, ou grande capacidade produtiva pelas já existentes. Lucro positivo atrai o interesse de todos os agentes econômicos em participar desse mercado para auferir tais rendimentos. Mercados de baixas barreiras à entrada são sinônimos de mercado de baixos lucros. Barreiras à entrada expressam os custos e riscos em que uma empresa entrante terá de incorrer para participar do mercado. Várias são as definições de barreiras à entrada dadas pela OI. Baumol e Willig (1981) entendem como qualquer imposição de dispêndio à entrante que não ocorra para as já estabelecidas⁴⁵.

⁴⁵ Duas concepções famosas sobre barreiras são conhecidas na literatura. Ver no quadro comparativo entre as escolas americanas de estudos em defesa da concorrência, na seção anterior.

As barreiras à entrada podem ser absolutas ou não. São classificadas em naturais ou artificiais. Podem ser impostas pelo Estado ou pelas firmas estabelecidas. Podem estar ligadas a questões tecnológicas, de tamanho de mercado ou aspectos mercadológicos em geral. Por fim, podem ser legais ou não dentro do contexto de uma ordem econômica estabelecida.

As barreiras naturais seriam aquelas dadas principalmente pelo tamanho de mercado em relação a uma estrutura de custos. Faz parte o monopólio natural, posto que, por definição, envolve tecnologia com custos fixos muito elevados, cuja escala mínima de eficiência só é possível atingir com uma única firma. Nesse caso, a demanda (tamanho de mercado) é relativamente pequena em relação à escala mínima de eficiência. Por consequência, o mercado não permite a presença de mais empresas, dada a tecnologia existente.

As barreiras artificiais são aquelas de iniciativa das empresas ou do Estado. A criação de patentes é um exemplo de barreira artificial imposta pelo Estado e de barreira absoluta. Esta última é conceituada como barreiras em que o acesso à entrada de outras empresas é totalmente impedido.

Uma firma pode criar barreira ao optar por uma capacidade produtiva tal que seu nível de eficiência não possa ser alcançado por entrantes. Práticas de colocação injustificada de preços abaixo do custo médio são objetos de análise e possível sanção pela legislação antitruste.

Salgado apresenta uma síntese sobre a dimensão das barreiras:

O nível e a taxa de crescimento da demanda, o tamanho de planta ótimo e o nível de preços vigentes no mercado são os fatores fundamentais que informam a possibilidade de entrada em um mercado e, por conseguinte, a dimensão das barreiras associadas à escala (SALGADO, 2003, p. 43).

Em termos de barreiras do tipo mercadológica, podem-se citar a diferenciação do produto através de marketing e fixação da marca do produto, a dificuldade da demanda em conhecer ou confiar no novo produto – o problema da reputação – e o custo da troca (*switching cost*), que guarda relação com a frequência de uso do produto e o seu valor unitário⁴⁶.

Vale registrar, para fins da ação antitruste, que a análise das barreiras deve ser empreendida em duas etapas. A primeira é a identificação e dimensão das barreiras existentes como elemento de viabilização do exercício de poder de mercado; a segunda, se justamente pelo fato de elas existirem estejam ocorrendo as condições para a geração de eficiências. Por essas

⁴⁶ No final deste capítulo encontram-se listados diversos itens de barreira à entrada de uso potencial ao Guia dos Atos de Concentração da SEAE.

razões, a simples constatação de significativas barreiras não implica *per se* o impedimento de operação concentradora de mercado.

Por último, cumpre mencionar o papel da teoria dos mercados contestáveis na questão da defesa da concorrência. Essa teoria admite que, sob determinadas pressuposições, pode-se alcançar um equilíbrio com resultado semelhante ao de concorrência perfeita mesmo que haja uma concentração de mercados. Para isso, basta que esse mercado (perfeitamente contestável) apresente uma configuração em que não haja diferenciação de produtos, incerteza, aprendizagem e, principalmente, ausência de custos irrecuperáveis (*sunk costs*) na entrada e saída de concorrentes potenciais. Essa configuração de mercado, cuja principal distinção com a concorrência perfeita seja o número reduzido de concorrentes e a firma com poder de fixar preços, assume a hipótese inovadora dos *sunk costs*. No limite, tal teoria advoga que mercado monopolista possa existir com lucros idênticos aos das firmas em concorrência perfeita. Colocando de lado os casos teóricos extremados, a utilidade deste modelo para fins antitruste repousa no entendimento da força que uma concorrência potencial possa exercer, seja através da produção de firmas de outros mercados com rápida capacidade de atender oportunamente a demanda, seja pelo acesso à criação ou expansão de importações para contestar o exercício da dominância de mercado.

4.7 A metodologia de análise da SEAE para atos de concentração horizontal⁴⁷

Na elaboração dos pareceres da SEAE, um conceito importante para o início dos trabalhos de investigações é o de Mercado Relevante, o qual é constituído pelo universo de consumidores e vendedores atuantes no mercado das firmas em análise. Para delimitação desse mercado, são estimados os produtos significativamente substitutos entre si e a área geográfica onde esses produtos são comercializados. Para isso, a SEAE efetua o teste do “monopolista hipotético”. Esse teste é realizado com a pressuposição de que há sempre uma área onde o hipotético monopolista possa ditar um aumento de preços (5, 10 ou 15%) que seja rentável por um período razoável de tempo (não inferior a um ano). O menor espaço geográfico onde isso possa ocorrer definirá o mercado relevante. Dessa forma, inicia-se o teste apenas com o produto objeto das firmas requerentes e os espaços territoriais onde elas atuam. Aplica-se o teste da rentabilidade de uma

⁴⁷ Esta seção é uma descrição resumida do que está mais detalhadamente estudado em capítulo posterior.

elevação de preços. Não sendo rentável, adiciona-se um outro produto (substituto) e à respectiva área geográfica de atuação deste. Repete-se esse procedimento até que o dado aumento de preços resulte em uma situação rentável. Aí estará definido o mercado relevante. Ou seja, a menor área geográfica em que uma empresa (ou um grupo delas) possa ditar preços de forma lucrativa.

Esse procedimento de elevação de preços, além de ser um critério *ad hoc*, gera tamanho de mercados dependentes de qual elevação de preços foi utilizada. Possas afirma que, se admitindo certas condições simplificadoras⁴⁸:

Pode-se demonstrar que quanto mais alto o limiar de aumento de preço tomado como referência, menor a elasticidade-preço da demanda adequada para que o “mercado relevante” considerado passe no teste. Do contrário, ele não poderia ser aceito como mercado relevante e teria que ser redefinido! (POSSAS, 1996, p. 17).

Erros de estimativa, por exemplo, no caso da dimensão do mercado relevante muito estreita (subestimada), implicará superestimativas para a participação de mercado das firmas envolvidas nas operações notificadas. Assim, podem ocorrer situações de investigação antitruste desnecessárias, posto que o grau de concentração foi superestimado. Exemplo desses casos é citado em Lima (1998), quando afirma que em várias notificações o mercado relevante foi demasiadamente superdimensionado, levando à desaprovação de associações entre empresas.

Vale observar que, na estimativa do mercado relevante, implicitamente é utilizado o conceito de competição potencial envolvida na Teoria dos Mercados Contestáveis. Empresas em atividades em outros mercados, porém com potenciais de produção para outras regiões, podem ser consideradas para efeito da dimensão do mercado relevante, devido à possibilidade de poderem participar lucrativamente do mercado relevante em uma situação de elevação de preço.

Como *proxy* para medir o poder de mercado resultante do ato de concentração, a SEAE faz uso do índice de Razão de Concentração – CR, adotando a medida para as quatro maiores firmas de acordo com a eq. (2):

$$C_N = \sum \left(\frac{Q_i}{\sum_{i=1}^M Q_i} \right) \quad (2)$$

⁴⁸ Como utilizar apenas a substituição dos produtos apenas pelo lado da demanda, uma função de demanda linear e custos unitários constantes.

em que Q_i é a produção da empresa i ; M é o total de empresas que atuam no mercado; e N representa o número das maiores firmas em ordem de produção (ou valor da produção) considerado no índice.

Como dito no parágrafo anterior, a razão de concentração aplicada pela SEAE determina $N = 4$ (CR4). Considera-se o nível de concentração com possibilidade de uso de poder de mercado quando simultaneamente $CR4 \geq 75\%$ e a participação da empresa resultante for $\geq 10\%$ do mercado relevante. Em alguns casos, observa-se que a SEAE utiliza o índice Herfindahl-Hirshman – HHI⁴⁹.

O conceito de elasticidade é bastante mencionado pela SEAE. Por exemplo, a oferta de importações precisa ser elástica para se admitir uma baixa probabilidade de exercício de poder de mercado. A argumentação é de que uma tentativa de subida de preços por força do uso do poder de mercado propiciaria uma entrada de produtos importados tanto maior quanto mais elástica for a oferta de importados.

4.7.1 Guia de análise de concentração horizontal

A partir de 1999, a SEAE adotou o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, que foi reformulado em 2001 como roteiro de trabalho em sua tarefa de instruir o CADE.

O guia apresentado na Figura 3 traz cinco etapas. O procedimento de análise baseia-se em seqüências cuja conclusão de cada uma delas pode ser a de continuar o processo ou decidir pelo arquivamento. Ocorrendo o último, emite-se um parecer de que não há evidências concretas para se admitir a existência de que o ato em exame possa causar dano ao mercado⁵⁰. Em caso contrário, continuam-se as etapas restantes.

A primeira etapa constitui-se da delimitação do *mercado relevante* afetado, ou seja, identificar o tamanho do mercado que está no contexto do ato da concentração. Faz-se uso do conceito de produtos relevantes (que concorrem no mercado com a mercadoria da firma

⁴⁹ Como no parecer do setor de alimentos número 0348/2001.

⁵⁰ Esse parecer não é conclusivo. Simplesmente é remetido ao SDE e depois ao CADE.

denunciada) e de dimensão geográfica. Esta etapa é apenas identificativa, de modo a não resultar em arquivamento.

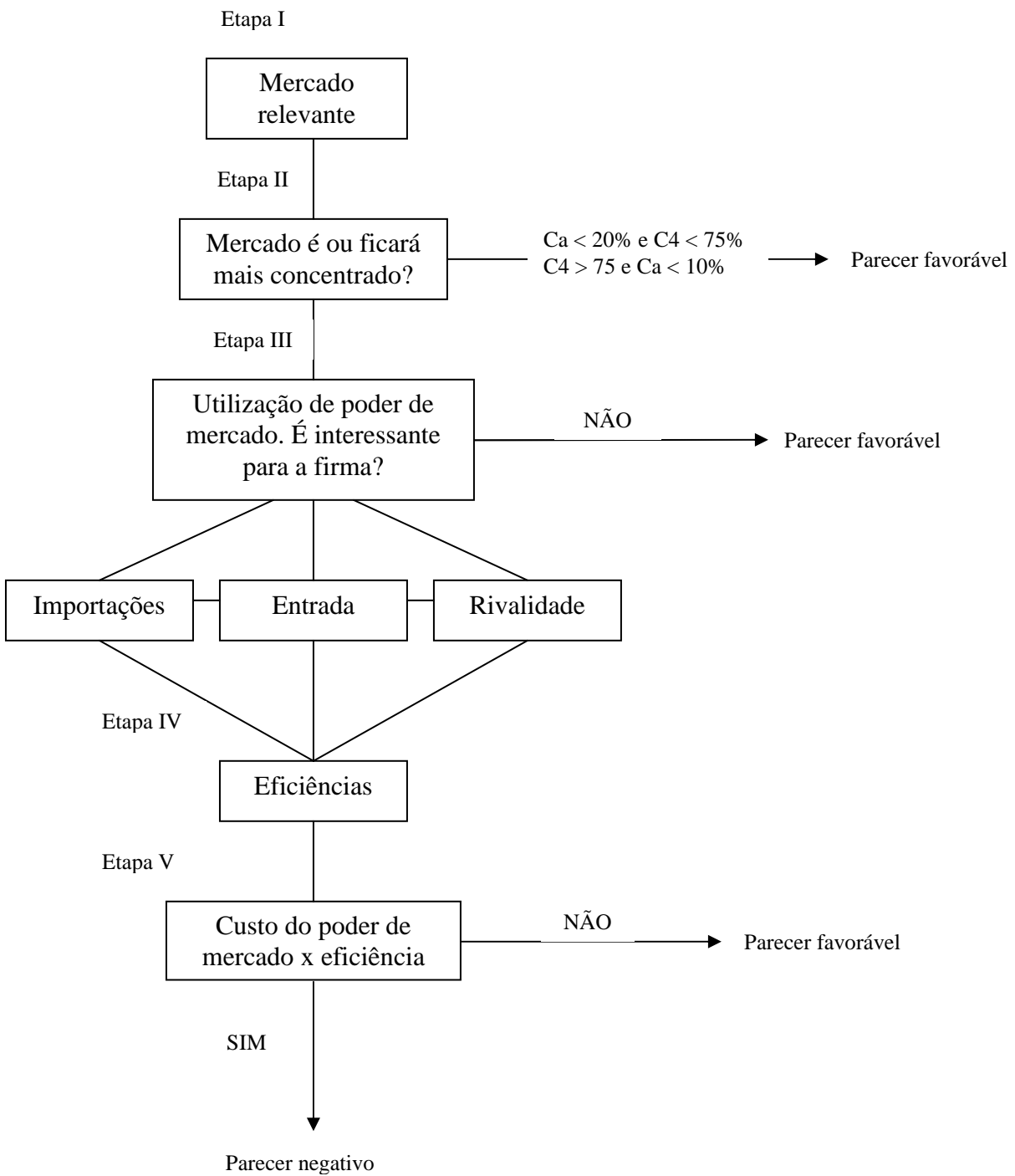


Figura 3 – Guia de análise para atos de concentração horizontal

A segunda etapa visa determinar se a concentração do mercado e o ato irão proporcionar uma concentração passível de exercício de poder de mercado.

Na terceira etapa verifica-se a viabilidade para o exercício do poder de mercado. Nesta, avalia-se, para uma hipotética situação de elevação injustificada de preços, se as importações efetivas ou potenciais são suficientes para atender ao mercado. Sendo viável economicamente, avalia-se se o nível de produção é suficiente e o tempo para que a entrada de novas firmas esteja em operação. Também é investigado se a rivalidade entre as firmas já existentes é favorável para que elas aproveitem o aumento de preços (da firma resultante da operação) para ganharem parcelas de mercado.

Ocorrendo a possibilidade de exercício de poder de mercado, vai-se para a quarta etapa. Nesta etapa, a SEAE procura avaliar, a despeito da existência de todas as possibilidades de poder de mercado descritas anteriormente, a geração de eficiências econômicas exclusivamente em decorrência do ato de concentração. Estas podem ocorrer por intermédio de economia de escala, escopo, investimento em P&D e obtenção de tecnologia mais apropriada que proporcione melhorias no bem-estar da sociedade. Levantadas as possíveis eficiências econômicas e específicas do ato, cruza-se com os custos decorrentes da operação, o que passa a constituir a quinta etapa. Com efeito, três recomendações podem ser estabelecidas: a aprovação, caso se presuma que o bem-estar do consumidor não venha a se reduzir com o ato; a aprovação com restrições, no sentido de impedir a queda de bem-estar do consumidor; ou reprovar, quando não há como resguardar a manutenção do bem-estar do consumidor.

4.8 Instrumentos utilizáveis no guia de atos de concentração horizontal

Como visto anteriormente, são cinco etapas dispostas no Guia. No âmbito de cada uma delas, vários instrumentos ou conceitos podem ser utilizados para cumprir o objetivo expresso em cada etapa. Ainda que o conjunto de todos os elementos possíveis não esteja elencado, a exposição de grande parte deles visa mostrar os instrumentos práticos da teoria econômica aplicáveis aos fins propostos de investigação dos atos de concentração. Uma listagem desses itens é apresentada a seguir.

4.8.1 Mercado relevante

A identificação do mercado relevante é realizada pelo teste do monopolista hipotético. Este utiliza a elasticidade-preço da demanda para estimar os produtos de razoável grau de substituição junto aos produtos envolvidos na concentração. A elasticidade da demanda deve ser suficiente baixa a ponto de revelar um resultado lucrativo para um hipotético aumento de preços.

A elasticidade-preço cruzada pode inferir a gama de bens substitutos que irão compor o conjunto de produtos do mercado relevante. A elasticidade cruzada é uma ferramenta importante em casos de mercados caracterizados por diferenciação por marcas. Nessa circunstância, os valores das elasticidades cruzadas apontam a escala de preferência da demanda dentro dos produtos relevantes. Valores mais elevados evidenciam que os consumidores substituem em maior intensidade um produto pelo outro, dada a mudança de preços relativos. Assim, dispondo-se das elasticidades cruzadas, podem-se ordenar as preferências pelos produtos. Para fins de análise de uma operação concentradora de mercado, se as elasticidades cruzadas entre os produtos das empresas fusionadas forem bastante elevadas e próximas entre si, enquanto significativamente diferentes para os demais produtos relevantes das concorrentes, haverá maior probabilidade de exercício de poder de mercado do que em caso contrário. Por exemplo, se nova empresa formada pela fusão aumentar o preço de um dos seus produtos, boa parte dos consumidores irá transferir suas compras para o produto relevante mais próximo que também pertence à nova firma. Ou seja, o exercício do poder de mercado tende a ser mais vitorioso e disfarçado se os produtos objetos das empresas forem suficientemente mais substituíveis entre si pela demanda ao mesmo tempo em que os demais sejam menos. As elasticidades cruzadas podem apontar essa questão.

Em geral, as elasticidades podem ser obtidas por estimação econométrica, estatística (como por pesquisa de mercado na amostra de consumidores) ou por *proxies* envolvendo outras estimativas de elasticidades utilizadas em estudos mais gerais ou em outras pesquisas.

O emprego de modelos de estimação de demanda, em tese, pode ser de elevada funcionalidade, pois estes geram matrizes de elasticidades-preço da demanda e cruzadas, indicando, portanto, o grau de substitutibilidade para a identificação dos produtos relevantes. No entanto, depois de discorrerem sobre extensas estimativas econométricas de demanda possivelmente aplicáveis à questão antitruste, Huse e Salvo afirmam:

Se, por um lado, os métodos abordados acima mostram sua adequação em inúmeros estudos acadêmicos, por outro lado, restrições de informações e tempo para análise impõem aos SDC a necessidade de dispor de métodos que não demandem muito em termos de dados, e que sejam de fácil e rápida implementação (HUSE; SALVO, 2005, p. 59).

As restrições ao emprego de estudos quantitativos são tema recorrente em artigos da literatura antitruste. Pioner e Canêdo-Pinheiro (2005, p. 22), em projeto de estudos de métodos quantitativos para aplicação no SBDC, afirmam: “[...] na maioria das vezes a estimação da curva de oferta requer tempo e informações que geralmente não estão disponíveis para as autoridades de defesa da concorrência”. Outra limitação verificada é que os dados necessários freqüentemente não estão na forma adequada e desagregada o suficiente para o seu emprego, sem contar os problemas do uso de hipóteses irrealistas ao mercado para a montagem dos modelos⁵¹.

4.8.2 Determinação da parcela de mercado

As medidas clássicas de determinação da parcela de mercado relevante são as Razões de Concentração e o índice de Herfindalh-Hirshman – HHI.

Algumas considerações podem ser realizadas em torno do critério da parcela de mercado tida como suscetível ao problema da defesa da concorrência.

O artigo 20 da Lei 8.884/94 determina como presunção de domínio de mercado que o grupo de empresas pode passar a controlar 20% do mercado. Embora esse percentual possa ser alterado, segundo OECD (2005), o CADE nunca alterou essa porcentagem para um mercado específico.

Uma lacuna ainda existente nos estudos acerca da defesa da concorrência seria a de determinar em que setor do mercado ou em que contexto econômico tal critério se mostraria mais adequado para ser abrandado ou mesmo mais restritivo. Em algumas legislações antitrustes, o critério é aplicado de maneira bastante pragmática. O Guia da Nova Zelândia é bem emblemático, pois, segundo assinala o relatório da ICN de 2004 (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK – ICN, 2004, cap. 4, p. 9): “The New Zealand Guidelines compare their safe harbour to the CR levels used by Austrália and intentionally choose a higher level in

⁵¹ Ver como exemplo os estudos apresentados no caso Nestlé-Garoto, objeto de análise nesta pesquisa.

recognition of New Zealand's smaller economy and generally more concentrated market"⁵² (trad. pelo autor).

A importação de patamares de outros países de maior experiência antitruste incorreria em desconsiderar várias diferenças entre os países maduros e os mercados emergentes. Oliveira (2001, p. 23) afirma que “[...] independentemente do indicador, a análise de impacto estrutural em economias em transição deve levar em conta o tamanho relativamente mais reduzido dos mercados dessas jurisdições”.

Vários são os fatores que podem levar níveis de concentração mais altos ou baixos como suficientemente perigosos ou não ao exercício de poder de mercado. Países com mercados relativamente maiores devem trabalhar com faixas de concentração menores, uma vez que há maiores oportunidades de vendas que permitam escala de produção para um maior número de empresas. Se há a perspectiva de crescimento de mercado, seja pela entrada de novos consumidores ou pela elevação da renda da população, um nível maior de concentração pode ser adotado. O mesmo se pode dizer quando o mercado desse produto é novo ou se a tecnologia está se disseminando, principalmente se há perspectiva de que ao longo do tempo haja redução no custo de sua incorporação.

Outra fonte de verificação da necessidade de uma ampliação no critério da parcela de determinação da concentração de mercado encontra-se em:

Uma medida de concentração, qualquer que seja, é sempre um indicador estático da estrutura concorrencial de um mercado. Uma informação adicional necessária para avaliar a dinâmica competitiva de um mercado é o comportamento desse índice ao longo do tempo, por exemplo, de uma década. Estruturas de mercado bastante concentradas podem esconder uma rivalidade competitiva intensa; a alternância de posições entre as maiores empresas revelaria tal dinâmica (SALGADO, 2003, p. 36).

4.8.3 Exercício do poder de mercado

Nesta etapa de análise, a contestabilidade dada pelas condições de ampliação de novas importações, os custos irrecuperáveis (*sunk costs*) e as barreiras à entrada de novas empresas e o grau de rivalidade entre as firmas existentes são os principais conceitos que precisam ser aplicados à verificação se o exercício do poder de mercado é viável.

⁵² O guia da Nova Zelândia compara sua faixa de notificação dos atos ao nível de concentração utilizado pela Austrália e intencionalmente escolhe um mais alto nível em reconhecimento de que a economia da Nova Zelândia é menor e geralmente com mercado mais concentrado.

O Quadro 4 resume os itens que podem ser aplicados a esta etapa.

a) Condições de entrada

- Acesso fácil às matérias-primas;
- Existência de patentes (barreiras absolutas);
- Barreiras legais e regulatórias (licenças comerciais, patentes);
- Diferenciação por marcas (“bens de experiência”; bens de baixo valor e, ou, baixa vida útil);
- Tempo de instalação da planta industrial;
- Custos de acesso ao mercado (rede de distribuição, serviços pós-venda);
- Nível de tecnologia (alto, baixo);
- Possibilidade de estabelecimento de preços-limite (preços suficientemente baixos para dificultar a entrada)/preços predatórios;
- Economias de escala (produção, distribuição, propaganda);
- Economias de escopo (produção, distribuição, propaganda);
- Gastos com propaganda (se extensão da marca, o custo marginal da propaganda e distribuição é baixo);
- Simulações de entrada (dados sobre custos, preços, requisitos de investimento e tamanho de mercado);
- Discriminação de preços. Verificar as elasticidades-renda por extrato de renda.

Os elementos necessários para a constituição de uma nova empresa podem ser examinados pelo SBDC através de estimativas dos custos em planejamento e desenvolvimento na linha de produção, na especificação do capital produtivo, o custo de treinamento da mão-de-obra, custo com propaganda e marketing.

Vale ressaltar que as entradas de natureza rápida e sem custos irrecuperáveis fazem parte da entrada potencial e, assim, devem fazer parte da estimativa do mercado relevante.

b) Rivalidade

- Nível de capacidade ociosa das rivais;
- Produtos da operação não são ‘primeira’ e ‘segunda escolha’ e se os restantes são poucos substitutos (elasticidades cruzadas entre os bens diferenciados);
- Importações. Elasticidade da oferta estrangeira. A magnitude de preço no qual a oferta torna-se elástica;
- Custos de internalização (transporte, distribuição) dos produtos importados;
- Existência de contratos de exclusividade;
- Tarifas de importações;
- Verificação da competitividade dos importados (produtos mais baratos ou caros, são nichos de mercados, podem ou não mudar sua diferenciação).

Quadro 4 – Lista de itens que podem ser verificados na etapa III do guia de ato de concentração horizontal

4.8.4 Eficiências econômicas do ato

Dada a reconhecida importância da Eficiência Econômica na moderna política antitruste, vale pormenorizar a ampla diversidade de situações em que esta pode ocorrer. Entretanto, como salienta o guia de análise de concentração (BRASIL, 2001): “os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações se referem a eventos futuros”; portanto, as tentativas de mensurá-las por intermédio de avaliações qualitativas e, ou, estimativas quantitativas são de natureza limitada. Soma-se a essa limitação a dificuldade de distinguir-se, *a priori*, o que seria uma eficiência exclusiva do ato e o que seria uma eficiência em virtude de qualquer outra situação de gestão ou estratégia da empresa. A despeito dessas limitações, os fatores que podem ser apontados como eficiência do ato estão dispostos de forma resumida no Quadro 5.

<p>Economia de escala e escopo. Estas podem ser derivadas da produtividade do trabalho e, ou, capital e da alta proporção dos custos fixos na composição do custo total. Os fatores que indicam a presença de economia/escopo são:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Área industrial – Introdução de uma nova tecnologia inovadora no produto final (diferenciação) ou no processo (mais produtivo); especialização do trabalho na linha de produção; sinergias entre o conhecimento técnico na linha de produção; racionalização da produção entre as fábricas; redução no Custo Fixo e redução da proporção entre Custo Fixo e Custo Total. • Área de distribuição – Otimização da frota através da redução de veículos que faziam a mesma rota em virtude de os produtos serem de diferentes empresas antes da fusão. • Área administrativa – Unificação de todos os setores ligados ao Departamento Administrativo, como o Departamento Jurídico, Informática, Contabilidade, Recursos Humanos. • Área de suprimentos – Obtenção dos preços dos insumos nos menores preços entre aqueles que eram adquiridos pelas firmas pré-fusão ou ainda mais baixo, dado o ganho de barganha. <p>De ordem mais geral, são também eficiências a obtenção de externalidades positivas e a geração de poder de mercado compensatório (fazer frente a poder de mercado existente em nível de fornecedor ou comprador).</p>

Quadro 5 – Lista de itens que podem ser verificados na etapa IV do guia de ato de concentração horizontal

4.8.5 Resultado líquido do ato

Considerando todas as etapas anteriores, principalmente as duas últimas, as agências SEAE e SDE procuram extrair se o conjunto de eficiências do ato compensa o risco do exercício do poder de mercado devido à concentração. Ou seja, estão cruzando os efeitos tanto negativos (prejuízo à livre concorrência, dominação de mercados) como os positivos (os diversos tipos de eficiência econômica prováveis de ocorrer) decorridos do ato de concentração.

Vale frisar, ao rigor do inciso II do primeiro parágrafo do artigo 54⁵³ da Lei 8.884/94, mesmo que o resultado seja em razão de ampla geração de eficiências econômicas, pode-se verificar, pelos itens elencados na etapa anterior, a não-garantia de benefícios aos consumidores.

As eficiências, para refletirem em elevação de bem-estar aos consumidores, precisam em primeiro lugar descartar a possibilidade de redistribuição de renda desfavorável aos consumidores (elevação do preço) e à sociedade em geral (por exemplo, desemprego ou redução salarial dos funcionários). Assim, um critério distributivo deveria ser avaliado também quando se faz o critério de eficiência. Na medida em que o guia de análise de atos de concentração não os considere, o objetivo maior da investigação antitruste não é plenamente alcançado. Talvez, um “esboço de solução” se encontre na opção dos Compromissos de Desempenho visando compensar os riscos ao consumidor. Com efeito, esses compromissos estariam em torno da manutenção ou queda dos preços reais, investimento em processos de melhoria do produto, garantias sobre o nível de emprego e salário, condições ambientais e ecológicas etc. Contudo, tal ação seria de difícil êxito na prática.

Se já se é subjetivo medir a perda de bem-estar dados os diversos grupos de consumidores com suas complexas escalas de preferências, tanto mais seria compensá-las através de seleção de quais variáveis poderiam compensá-las.

4.8.6 Os itens de análise das etapas do guia de atos de concentração

Do levantamento dos conceitos e instrumentos que visam à análise dos atos de concentração econômica discutidos neste capítulo, o Quadro 6 apresenta o resumo geral desses

⁵³ Diz o inciso II: “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”.

que podem servir de auxílio à aplicação do guia de atos de concentração horizontal elaborados pela SEAE/SDE.

ITENS DE ANÁLISE AOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	
1. ETAPA I (Mercado Relevante)	
1.1. Elasticidades: preço de demanda, preço-cruzada	
1.2. Dimensão internacional: porcentagem das importações	
2. ETAPA II (Market Share)	
2.1. Índices de razão de concentração: CR e HHI	
2.2. Evolução do índice CR	
3. ETAPA III (Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado)	
3.1. Importações	
3.1.1. Elasticidade da oferta de importações	
3.1.2. Custos de internalização do produto	
3.1.3. Contratos de exclusividade	
3.2. Entrada	
3.2.1. Condições de acesso à matéria-prima	
3.2.2. Patentes	
3.2.3. Barreiras regulatórias	
3.2.4. Diferenciação por marca	
3.2.5. Tempestividade da planta industrial	
3.2.6. Nível de tecnologia	
3.2.7. Possibilidade de preço-limite	
3.2.8. Economia de escala na produção	
3.2.9. Economia de escala na distribuição	
3.2.10. Economia de escopo na produção	
3.2.11. Economia de escopo na distribuição	
3.2.12. Necessidade de gastos com propaganda	
3.2.13. Simulação de entrada	
3.3. Rivalidade	
3.3.1. Nível de capacidade ociosa das rivais	
4. ETAPA IV (Geração de Eficiências)	
4.1. Área industrial	
4.1.1. Nova tecnologia	
4.1.2. Especialização no trabalho	
4.1.3. Sinergias e racionalização de produção	
4.1.4. Redução do custo fixo	
4.2. Área de distribuição	
4.2.1. Economia na frota	
4.3. Área administrativa	
4.3.1. Unificação nos departamentos	
4.3.2. Eliminação de funções duplicadas	
4.4. Área de suprimentos	
4.4.1. Redução nos preços dos insumos	
4.5. Externalidades	
Compromissos de Desempenho	
- Exportações	
- Emprego	
- Preços	
- Alienação de unidades fabris	
- Alienação da marca	
- Suspensão da marca	
- Investimento produtivo	

Quadro 6 – Resumo de instrumentos aplicáveis ao guia de atos de concentração horizontal

5 DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PLANO INTERNACIONAL

5.1 Introdução

O desenvolvimento do comércio internacional, a política de redução de barreiras tarifárias e o incremento do fluxo de atividades econômicas têm permitido a expansão do crescimento das empresas em atividades e repercussões para além de suas fronteiras nacionais. Em se intensificando os negócios empresariais na dimensão internacional, a busca pela eficiência dos mercados passa a ser enfocada sob a forma transnacional. Estratégias empresariais como fusões entre empresas de diferentes países podem afetar a concorrência em seus mercados de origem, como também em outros mercados. Em face do número de atos de concentração de âmbito e efeitos internacionais, a Política da Defesa da Concorrência – PDC tipicamente nacional encontra-se limitada para proteger eficientemente os seus próprios mercados nacionais. Com efeito, o avanço da PDC tem apresentado arranjos institucionais visando a uma estruturação internacional da Política da Defesa da Concorrência que possibilite o saudável funcionamento dos mercados em níveis nacional e internacional.

As formas internacionais da defesa da concorrência estão centradas em: aplicação do princípio da extraterritorialidade da lei; acordos bilaterais de cooperação; normas regionais; normas plurilaterais; e normas multilaterais de defesa da concorrência. Verifica-se, como elemento comum a esses acordos, o potencial de conflitos gerados pelos interesses contrastantes entre os países envolvidos quando da aplicação das regras estabelecidas, bem como a dificuldade prática de proibir e punir atos com efeitos anticompetitivos internacionais. Boa parte dessas questões é apresentada e discutida neste capítulo.

5.2 As razões para a existência de regras internacionais de DC

Basicamente, os crescentes fluxos internacionais de capitais, o aumento dos níveis de comércio e investimento internacionais, a consolidação e expansão de integração econômica têm viabilizado concentrações econômicas internacionais e diversas formas de concorrência, que têm exigido novas formas de negociações entre países.

Nesse contexto, as políticas nacionais de concorrência têm se mostrado limitadas para atuar eficientemente nos diversos casos de operações econômicas de sua área de competência, dada a interdependência com outras legislações estrangeiras. Segundo Castel (1983 apud RODAS 2001), há três restrições na aplicação da legislação nacional em operações de riscos anticoncorrenciais de efeitos internacionais: 1) se as informações relevantes para a investigação estão fora do território nacional, ocorre a natural dificuldade de obtê-las de forma adequada, suficiente e tempestiva; 2) se a decisão for a da punição e a empresa condenada não possuir bens no Estado lesado pelo ato; e 3) se as leis e políticas de um Estado acabarem por reprimir práticas que são permitidas ou até exigidas pela legislação de outro Estado.

Por outro lado, as empresas em planejamento de fusões de âmbito ou efeitos internacionais se defrontam com um grande número de regras e leis de defesa da concorrência que podem resultar em baixa previsibilidade sobre como se adequar aos preceitos de vários países, haja vista a diversidade e até mesmo as contraditórias decisões que podem tomar as autoridades de cada país envolvido. Assim, não deixa de ser admitido nesse contexto a reprovação – ou mesmo desistência da operação pelas partes – de uma fusão que poderia propiciar benefícios líquidos aos consumidores, o que seria uma situação contrária ao propósito de uma ação antitruste em qualquer sociedade. Em suma, as razões que justificam a criação das regras internacionais são reunidas em dois pontos: a necessidade de reduzir os conflitos gerados na aplicação de lei extraterritorial; e a baixa capacidade da aplicação extraterritorial de responder com eficácia a práticas anticompetitivas internacionais.

5.3 Os acordos internacionais abrangendo a defesa da concorrência

O Quadro 7 seleciona os principais tipos de acordos ou normas internacionais a partir de 1957. Deve-se observar que aquelas são marcadas pelas várias formas e conteúdos acerca das questões relacionadas à Política de Defesa da Concorrência. São acordos, normas, tratados firmados entre dois ou mais países, seja por iniciativa deles, seja por organizações multilaterais como a UNCTAD. Alguns abrangem tão somente a uma recomendação de procedimentos sem a obrigatoriedade de cumprimento; outros foram assinados e implementados há bastante tempo, como o Tratado da Comunidade Européia, e, de caráter mais geral, resultam em grande experiência e maturidade, o que proporciona grande influência à política internacional. Outros

ainda, como o acordo de Cooperação técnica Brasil-Argentina, assinado em 16 de outubro de 2003, não estão em operação até o momento, não passando, portanto, de mera iniciativa de intenção ao processo de harmonizar as condições de concorrência entre nações. Os principais tipos de normas internacionais que dão o formato básico da política de defesa internacional atual são discutidos a seguir.

Acordos, tratados ou normas internacionais	Países	Ano
Tratado de criação da Comunidade Européia	Europeus	1957
Cooperação mútua sobre práticas restritivas comerciais	USA/Alemanha	1976
Normas e princípios sobre práticas comerciais restritivas	UNCTAD ¹	1980
Cooperação sobre questões antitrustes	USA/Austrália	1982
Cooperação sobre práticas restritivas comerciais	Alemanha/França	1984
Acordo de relações econômicas e de harmonização de leis comerciais	Austrália/Nova Zelândia	1990
Acordo sobre aplicação de leis da concorrência	USA/Comunidade Européia	1991
Acordo de cooperação de práticas comerciais	Austrália/Nova Zelândia	1994
Aplicação de leis de concorrência e de práticas enganosas de marketing	USA/Canadá	1995
Cooperação sobre medidas anticompetitivas	China/Rússia	1996
Mútua regulação antitruste	USA/Austrália	1997
Aplicação da <i>Positive Comity</i> sobre leis concorrenciais	USA/Comunidade Européia	1998
Cooperação entre agências antitrustes sobre leis antitrustes	USA/Brasil	1999
Cooperação sobre atividades anticompetitivas	USA/Japão	1999
Cooperação sobre comércio desleal e antimonopólio	China/Kasaquistão	1999
Aplicação de leis da concorrência	Canadá/Comunidade Européia	1999
Aplicação de leis da concorrência	USA/Israel	1999
Aplicação de leis da concorrência	USA/México	2000
Aplicação de leis da concorrência	Canadá/Comunidade Européia	2000
Acordo de cooperação técnica	Brasil/Argentina	2003

Quadro 7 – Principais normas internacionais com conteúdo de defesa da concorrência

Fonte: Elaboração a partir de Montenegro (2001) e Brasil (2005b).

¹ Sigla em inglês da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento.

5.4 A extraterritorialidade da lei

De forma abstrata, a extraterritorialidade da lei é um princípio do estudo do Direito que visa proteger o território nacional de danos originados e transmitidos por qualquer outro território

estrangeiro. Em se sentindo afetado por ações externas, o Estado nacional pode tomar medidas previstas no seu conjunto de leis. Assim, a extraterritorialidade é o conjunto de artigos da lei nacional a respeito de atos ocorridos além de suas fronteiras, com repercussões internacionais. Dessa forma, há o uso extraterritorial no momento em que o Brasil aplica a lei antitruste em resposta às ações efetuadas no exterior, com efeitos anticoncorrenciais no território nacional. Quaisquer atos de concentração com possibilidade de produzir efeitos restritivos à concorrência recaem sob o disposto no artigo 2.º da Lei 8.884 e sob a ação de análise do SBDC, mesmo que sejam totalmente relacionados a operações exclusivamente externas⁵⁴.

5.4.1 A aplicação extraterritorial nos Estados Unidos

Dentro do conjunto de dispositivos legais que estruturam a lei antitruste norte-americana⁵⁵, em princípio, atos de concentração nacionais ou não, possíveis de gerar efeitos nos Estados Unidos, serão objeto de apuração por seus órgãos antitrustes. Em 1976, a Federal Trade Commission – FTC regulamentou valores mínimos para a notificação de concentrações ocorridas no exterior por empresas detentoras de bens nos Estados Unidos, incluindo-se as incorporações de empresas estrangeiras que exportem para este país. Para estes últimos, a obrigatoriedade de notificação baseou-se no volume de comércio exportado em valores acima de US\$ 50.000.000⁵⁶.

Os riscos de elevados conflitos internacionais gerados pela aplicação do *Sherman Act* em casos internacionais motivaram leis, regulamentos e formação de jurisprudência na aplicação da extraterritorialidade, visando aperfeiçoar o tratamento e as decisões sobre tais operações.

O primeiro ato de efeito internacional, notoriamente conhecido como o caso *American Banana*⁵⁷, resultou na compreensão e decisão de que os Estados Unidos não poderiam aplicar a lei antitruste em situações ocorridas no exterior. A abertura do caso foi realizada pela empresa americana *American Banana*, acusando a *United Fruit Co.* de monopolizar a produção e exportação de frutas para os Estados Unidos. A *American Banana* propôs recebimento de

⁵⁴ A Lei 8.884 explicita o princípio da extraterritorialidade em seu artigo 2.º: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.

⁵⁵ Leis antitrustes como o *Sherman Act*, *Clayton Act* e o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Act* codificados como título 15, seção 18 do *United States Code* (15 U.S.C., parágrafo 18).

⁵⁶ As notificações para fusões dispostas na lei Hart-Scott (15 U.S.C., parágrafo 18) envolvem uma profusão de valores para a quantidade adquirida de ‘*voting securities assets*’ dos agentes adquirentes.

⁵⁷ *American Banana v. United Fruit Co.*, *United States Reports*, Supreme Court, v. 213, p. 347, 1909.

indenização porque tal ação da *United Fruit* tê-la-ia impedido de produzir em países da América Central, violando princípios estabelecidos no Sherman Act, segundo a própria *American Banana*.

Interpretação diversa ao caso *American Banana* foi estabelecida no caso *Sisal Sales*⁵⁸, em 1927. Neste, as empresas americanas estabelecidas no México procuraram defender a tese da legislação local (a mexicana) para explorar a comercialização de sisal para os Estados Unidos. A decisão judicial entendeu que havia a prática anticoncorrencial no território americano e, portanto, fez-se uso da tese da extraterritorialidade. A partir daí, se constituiu uma jurisprudência mais sólida para a aplicação extraterritorial. O caso *Alcoa*⁵⁹, em 1945, marca a jurisprudência sobre a jurisdição extraterritorial quando se introduz o *effects tests* para determinar o alcance das leis antitrustes a acordos de empresas estrangeiras (FARIA, 2004, p. 23).

No Quadro 8 são apresentados os principais casos americanos em que se aplicou a lei extraterritorial e se formou a jurisprudência. Em face da verificação de impactos adversos às nações estrangeiras, a legislação adotou o princípio do *comity* (cortesia internacional)⁶⁰. O significado do *comity* pode ser visto em documento do Departamento de Justiça americano:

... even where conduct would affect U.S. consumers, as a matter of comity and in the exercise of its prosecutorial discretion, the Department considers the significant interest of the nations in every case in which they may be implicated. In fact, the Department is committed to consider the legitimate interest of the nations in accordance with recommendations of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and with bilateral agreements with several foreign governments⁶¹ (UNITED STATES, 1988, apud RODAS, 2001) trad. pelo autor.

⁵⁸ Caso *United States v. Sisal Sales Corporation*, 1927, *United States Reports*, v. 213, p. 347.

⁵⁹ Caso *United States v. Aluminum Co. of América*, 148 f. 2d 416 (2d Circ 1945), p. 248.

⁶⁰ Cortesia representa o princípio de que um Estado, ao aplicar suas leis nacionais diante de um caso de abrangência internacional, deve considerar os efeitos e interesses de outros estados.

⁶¹ ... mesmo onde a operação poderia afetar consumidores norte-americanos, como ponto da cortesia internacional e no exercício do procedimento judicial, o Departamento considera o relevante interesse das nações em cada caso em que elas possam estar afetadas. Realmente, o Departamento está comprometido a considerar o legítimo interesse das nações em sintonia com as recomendações da OECD e com acordos bilaterais com os governos de outros países.

Caso	Ano	Decisão: aplicar extraterritorialidade	Fundamento legal/alegação
American Banana Co v. United Fruit Co	1909	Rejeitou	Não pertence ao direito americano
USA v. Sisal Sales Corporation	1927	Aceitou	Sherman Act
USA v. Alcoa	1947	Aceitou	Effects test*
Continental Ore Co V. Union Carbide & Carbon Corp	1962	Aceitou	Effects test
Banco de Cuba v. Sabbatino	1964	Rejeitou	Acte of state doctrine**
Interamerican R. Corp v. Texaco M	1970	Rejeitou	Foreign sovereign doctrine
TimberlaneLumber v. Bank of America	1976	Rejeitou	Comity
Matsushita et al v. Zenith	1986	Rejeitou	FTAI***
Hartford Fire Co. v. California	1993	Aceitou	Effects doctrine

Quadro 8 – Principais casos de decisão extraterritorial nos Estados Unidos

* Interpretação da lei interna ampliando a competência internacional do Estado.

** Lei que impede julgamento sobre atos soberanos de outros Estados.

*** Foreign Trade Antitrust Improvement Act.

Isto é, o princípio de poder se abstrair da competência de condenar os casos em que o exercício da jurisdição possa produzir atritos em outros países.

O caso *Timberlane Lumber* ampliou o *comity* com a inclusão do *sufficiently large* (suficientemente relevante) para a aplicação extraterritorial. Ou seja, deveria se considerar o risco, o tamanho do conflito e, também, a magnitude em que os interesses dos Estados Unidos seriam afetados para justificar o julgamento nacional. Essa questão evoluiu para a lei denominada *Foreign Trade Antitrust Improvement Act*, de 1982. Esta última tornava sem efeito a lei *Sherman*, exceto nos casos em que o ato gerasse efeito direto, substancial e razoavelmente previsível no mercado americano⁶², no que restringiu a utilização do *Sherman Act* aos casos de efeitos significativos e claramente previsíveis sobre o comércio americano. Segundo Faria (2004, p. 27), a deflagração do exame da extraterritorialidade nos casos denunciados passou a depender da identificação de se os alegados danos restritivos à concorrência estivessem produzindo efeitos significativos e previsíveis no mercado americano, ao mesmo tempo que tais danos estivessem afetando a requerente, ou apenas sendo necessário que a requerente demonstrasse alguma causalidade entre os danos sofridos fora do território americano com possíveis efeitos sobre o mercado interno.

⁶² No original do United States Code (15 U.S.C., parágrafo 6): “This Act shall not apply to conduct involving trade or commerce (other than import trade or import commerce) with foreign nations unless – (1) such conduct has a direct, substantial, and reasonably foreseeable effect”.

O avanço mais recente e de grande relevância na aplicação extraterritorial americana consiste no *Guidelines for International Operations*. Estabelecido pelas agências antitrustes, esse guia dispõe sobre um conjunto de evidências que podem justificar a aplicação da lei americana em atos ocorridos extrafronteira. Segundo Oliveira e Rodas (2004, p. 379), a principal virtude do guia consistiu na orientação aos agentes econômicos em negociações internacionais e também a de contribuir para explicitar as regras comportamentais da análise antitruste estadunidense para os casos de efeitos internacionais. No texto do guia, transcrito em Oliveira e Rodas:

... the Department generally would consider the following six factors: (1) the relative significance, to the violation alleged, or conduct within the United States as compared to conduct abroad; (2) The nationality of the persons involved in or affected by the conduct; (3) The presence or absence of a purpose to affect United States consumers or competitors; (4) The relative significance and foreseeability of the effects of the conduct on the United States as compared to the effects abroad; (5) The existence of reasonable expectations that would be furthered or defeated by the action; and (6) The degree of conflict with foreign law or articulated foreign economic policies (53 Fed. Reg. 21.595)⁶³ trad. pelo autor.

Resumidamente, a questão da aplicação extraterritorial americana oscila e fundamenta-se entre duas bases. A primeira é dada pela *comity*, a qual é caracterizada pela prudência em causar conflitos a terceiros países na decisão sobre os atos, e na segunda, pela forma da *effects doctrine* (doutrina dos efeitos) marcados por vários aprimoramentos entre os quais, os dispostos no guia para operações internacionais.

5.4.2 A aplicação extraterritorial na União Européia

O amparo legal para o uso de medidas extraterritoriais tem base nos artigos 85 e 86 do Tratado de Roma⁶⁴. Os artigos dispõem sobre operações que possam afetar o comércio entre os países membros da então chamada Comunidade Européia (mais tarde passando a denominar-se União Européia) e restringir a concorrência. Segundo Faria (2004, p. 31), interpretações do artigo 85 do Tratado de Roma estenderam o alcance da dimensão comunitária a empresas estrangeiras,

⁶³ As agências devem considerar, em geral, os seis fatores a seguir: 1) o dano alegado no mercado interno, comparado ao dano causado no exterior; 2) a nacionalidade dos agentes envolvidos ou afetados pela operação; 3) a presença ou ausência de propósitos de afetar consumidores ou concorrentes americanos; 4) a relativa importância e previsibilidade dos efeitos da conduta sobre o mercado americano, comparado aos efeitos sobre as nações estrangeiras; 5) a existência de expectativas seguras de como seria afetado pelo ato; e 6) o grau de conflito com a lei ou política estrangeira.

⁶⁴ Tratado datado de 15 de março de 1957, estabelecendo a Comunidade Européia.

independentemente de sua localização ou nacionalidade. Disso resulta a ação legal de extraterritorialidade levada pela Comunidade ou União Européia ao longo de sua atuação na área da defesa da concorrência.

A experiência extraterritorial da União Européia – UE é marcada substancialmente em processos de conduta⁶⁵. A jurisprudência européia assemelha-se à da norte-americana ao adotar a *effects doctrine* para fixar os limites de sua jurisdição internacional (FIEBUG, 1999 apud FARIA, 2004).

Em geral, qualquer operação que possa restringir a concorrência em um ou mais países pertencente à UE está propensa à aplicação do direito comunitário da concorrência.

O potencial de geração de conflitos (entre as nações), em virtude da aplicação extraterritorial, propiciou medidas de forma a reduzir os atritos internacionais. A *comity* e a teoria dos efeitos que abrandam a ação do direito interno aos casos estrangeiros influenciaram outras nações como mecanismo de aplicação da extraterritorialidade e também a UE. Como mecanismo de evolução, a introdução de novos dispositivos às normas visando à redução de conflitos proporcionou um formato mais substancial aos acordos internacionais entre a UE e vários países.

São exemplos três acordos celebrados entre a UE e com cada um dos três países: os EUA, o Canadá e o Japão, disciplinando a possibilidade de uma nação solicitar a outra a abertura de investigações em seu próprio país (o estrangeiro), inclusive considerando as leis do primeiro país⁶⁶. Também prevê a suspensão da investigação em virtude da solicitação da outra parte (a parte requerida). O acordo com o Canadá (1999), ao admitir que uma nação pode ser significativamente prejudicada por aspectos anticoncorrenciais originados em outro território, dispõe sobre o pedido encaminhado por uma parte à outra, de que medidas sejam executadas em razão da violação do direito da concorrência da parte prejudicada⁶⁷. Por último, o acordo com o Japão, bem menos ousado na aplicação extraterritorial, advoga a importância de evitar conflitos legais entre nações, mantendo canais (ainda que não tão bem definido) para que a outra parte tome medidas de execução adequadas à existência do teor anticoncorrencial previsto.

Em comparação com a jurisprudência americana, a União Européia tem um histórico de considerar as fusões e aquisições como de efeitos anticoncorrenciais. Duas fases marcam a

⁶⁵ Casos: Imperial Chemical Industriesv. Dyestuffs (ECR 619); Ahlström v. Woodpulp, 1985; Viho v Commission, 1996. Maiores detalhes desses e outros casos de prática de acordos de preços, ver Oliveira e Rodas (2004).

⁶⁶ EUROPEAN UNION. Jornal Oficial, L173, 18/6/1998, p. 28-31. Artigo 3.

⁶⁷ EUROPEAN UNION. Jornal Oficial. L1.175, 10/07/1999, p. 50-60. Artigo 5.

atuação européia. Segundo Bertolini e Parisi (1996 apud FARIA, 2004), inicialmente a defesa da concorrência européia, seguindo os princípios do Tratado de Roma, centrou-se em prevenir abusos de posição dominante em vez de atuar no controle de concentrações de empresas. Vigorava à época a premissa de que o combate a fusões e aquisições poderia, em muitos casos, acarretar mais custos do que benefícios, considerando as vantagens da economia de escala. Com o decorrer dos anos, e principalmente nos anos pós-década de 1980, passou-se a uma atuação mais intensa no controle das estruturas de mercado, aspecto que de certa forma possui características da visão antitruste norte-americana, moldada ou influenciada pela escola de Harvard. Desde então, vários atos de concentração foram recusados total ou parcialmente pela Comunidade Européia⁶⁸. Vale mencionar que em várias delas os países de origem aprovaram o pedido, o que acabou gerando, como se deveria esperar, certo desconforto nas relações diplomáticas entre as agências e os estados envolvidos.

A evolução do enfoque antitruste europeu encontra na visão de Fox uma relação inversa com a dos Estados Unidos:

... a curious thing happened. Common Market law on abuse of a dominant position moved away from that narrow path that some had thought was laid out for it – regulating performance of firms with power. U.S. law, meanwhile, responding to fears that expensive applications of antitrust may impair efficiency, retrenched. The two lines of law may already have crossed, with Common Market law controlling conduct and structure more than performance, and protecting equity more than efficiency, and with U.S. law controlling conduct and structure less vigorously, and protecting efficiency more than equity⁶⁹ (FOX, 1986, p. 984) trad. pelo autor.

O resultado do enfoque estruturalista por meio de proibições de atos de concentração gerou, portanto, alguns conflitos internacionais de significativa repercussão. Em 1991, a negação à aquisição da ALenia-Aeeritalia e Selenia pela Aerospatale SNI e a fusão, em 1997, entre a

⁶⁸ Alguns exemplos são as solicitações de fusões internacionais: entre As empresas Lonrho PLC (Inglaterra) e Gencor (África do Sul); Vodafone e Manesmann; MCI Worldcom e Sprint.

⁶⁹ ...um fato curioso aconteceu. A Lei Comum de Mercado sobre o abuso de uma posição dominante se afastou daquele caminho estreito que alguns haviam pensado estavam dispostos para isto – a regulação do desempenho de empresas com poder de mercado. Enquanto isso, a lei americana respondia ao temor de que aplicações antitruste podem prejudicar eficiência, ou seja, a redução de custos. As duas leis já podem ter se cruzado com a lei comum de mercado, que controla mais a conduta e estrutura que o desempenho e que protege mais o patrimônio que a eficiência, com a lei norte-americana que controla com menos vigor a conduta e a estrutura e que protege a eficiência mais que o patrimônio (FOX, 1986, p. 984).

Boeing e McDonnell Douglas são dois exemplos de conflitos ocasionados em virtude de decisões restritivas da Comunidade Européia⁷⁰.

Pode-se observar que o potencial de conflitos contribuiu para, de alguma forma, evoluir e aperfeiçoar o julgamento extraterritorial, dando seqüência à celebração de acordos bilaterais.

Desconsiderando os casos de conduta, Hammer (2002, p. 392) afirma que, mesmo com condições de exercer julgamento com base em seu sistema de direito interno, os Estados Unidos são motivados a não proibir casos de grande fusão internacional. Tal prática deve-se, segundo esse autor, menos à prudência em evitar conflitos internacionais do que entender uma fusão como mecanismo de geração de eficiência de escala e eficiências produtivas. Essa predisposição de entender as fusões como um potencial de benefícios aos consumidores proporcionou baixo número de conflitos das agências americanas na área de concentração de empresas internacionais.

5.6 Acordos bilaterais

De certa forma, os atritos e as jurisprudências em torno da aplicação extraterritorial estimularam o crescimento e aperfeiçoamento de acordos de cooperação internacional na área da defesa da concorrência. Os acordos bilaterais, constituindo-se da forma mais simples e introdutória do conjunto de normas internacionais, possuem a prerrogativa básica de que uma eventual aplicação extraterritorial da legislação antitruste de um país membro permite à outra parte se manifestar e solicitar o previsto sobre as cláusulas do acordo firmado. Normalmente, as normas de cooperação são de cumprimento voluntário entre as partes. Por conseguinte, não descarta a possibilidade de que simplesmente nenhum item do acordo seja aplicado, o que representa o potencial de conflitos acerca da ação isolada da aplicação extraterritorial de qualquer signatário. Apesar disso, os acordos bilaterais acenam como pelo menos um ponto de partida para a redução de conflitos gerada pela ação unilateral da extraterritorialidade: através da intenção de ação conjunta e regulamentada entre os órgãos de defesa da concorrência envolvidos.

Nos anos de 1990, vários acordos bilaterais foram criados. A conjugação entre o amadurecimento da política da defesa da concorrência nas diversas legislações nacionais e a existência de bem-sucedidos acordos bilaterais pode propiciar a transformação dos acordos

⁷⁰ Uma descrição mais detalhada desses casos pode ser encontrada em Faria (2004) e Oliveira e Rodas (2004).

bilaterais em acordos multilaterais⁷¹, tendo em vista que muitas das cláusulas e princípios estão presentes em acordos regionais e multilaterais estabelecidos⁷² e a crescente formação de blocos econômicos regionais e organizações multilaterais.

Segundo Oliveira e Rodas (2004), os acordos bilaterais apresentam normas, dentre as quais:

1. Notificar as investigações de operações que possam afetar a outra parte.
2. Em situação de risco de ser afetado por operação realizada no outro país, requerer a abertura de investigações no outro país.
3. Receber assistência ou a participação de funcionário de agência antitruste do outro país.
4. Permitir o recolhimento de informações pertinentes ao processo de investigação do ato.
5. Intercâmbio de informações e experiências.

A maioria dos acordos bilaterais firmados não prevê a troca de informações confidenciais. Os acordos com acesso aos dados confidenciais⁷³ são ditos acordos de segunda geração, ainda que o grau de confidencialidade seja variado entre esses tipos de acordo. Os acordos entre os Estados Unidos e a Austrália e também com o Canadá em 1999 e em 1995, respectivamente, são exemplos de acordos com possibilidade de troca de informações confidenciais. Apesar do avanço da troca de informações confidenciais, tais acordos não são aplicados à instrução de atos de concentração de mercados, estando restritos aos casos de práticas comerciais anticompetitivas. Por conta dessa limitação, as agências dos países afetados por empresas estrangeiras continuam com o problema de não ter as informações suficientes para o exame e a aplicação de medidas visando reprimir atos anticompetitivos.

O acordo bilateral entre a Comunidade Européia (União Européia) e os Estados Unidos, em 1991, versando sobre a aplicação das leis da concorrência, destaca-se, segundo Oliveira e Rodas (2004), por influenciar a criação de diversos acordos entre os Estados Unidos e outros países, entre estes o Brasil.

⁷¹ Uma indicação disso são os dois acordos mais recentemente firmados, que seriam trilaterais de cooperação: o primeiro envolvendo Austrália, Canadá e Nova Zelândia; e o segundo, entre Dinamarca, Noruega e Islândia. Estes acordos possuem estrutura normativa bastante semelhante à dos acordos bilaterais tradicionais.

⁷² Pontos em comum como: a notificação mútua entre os Estados quando haja possibilidade de um ato afetar os interesses entre as partes; troca de informações não confidenciais etc.

⁷³ São dados de mercados considerados de direito para mantê-los em sigilo por conta da decisão da indústria. Envolvem informações de produção e comercialização, como custos de produção, lucratividade etc.

Os Estados Unidos são o país que mais utilizou os acordos bilaterais como forma de cooperação internacional na área da defesa da concorrência. São oito acordos firmados com os seguintes países: Austrália, Alemanha, Brasil, Canadá, Dinamarca, Islândia, Noruega e União Européia. Segundo Montenegro (2001), quatro elementos justificam a preferência norte-americana por acordos bilaterais: 1) não forçam os Estados Partes a alterar o conteúdo das suas políticas de defesa da concorrência; 2) os Estados Partes não são capazes, portanto, de combater práticas autorizadas, dados os interesses nacionais em jogo de qualquer signatário; 3) não contemplam mecanismos de solução de controvérsias; e 4) o cumprimento das normas é voluntário.

O Brasil realizou ao longo de sua experiência antitruste três acordos bilaterais cujas normas gerais contemplam os cinco itens comuns aos acordos bilaterais citados por Oliveira e Rodas (2004), descritas anteriormente⁷⁴. O mais conhecido, o Acordo Brasil-Estados Unidos, apesar de assinado em 26 de outubro de 1999, entrou em vigor⁷⁵ apenas em 25 de março de 2003. Este Acordo trata da cooperação técnica entre as autoridades da Defesa da Concorrência dos dois países. O segundo é o acordo sobre cooperação na Área da Política de concorrência, que está em vigor desde 12 de dezembro de 2001. Por último, o Acordo de Cooperação Técnica Brasil-Argentina para aplicação das leis de defesa da concorrência, assinado em 16 de outubro de 2003, visa, como objetivo geral, delinear um processo de harmonização das condições de concorrência dentro do bloco regional do Mercosul. Entre outros dispositivos, busca-se coibir condutas anticompetitivas que possam distorcer o processo de integração e troca de informações, de forma a possibilitar a condução de trabalho conjunto em ambos os países. Por dispositivo legal, o acordo não será operado enquanto Uruguai e Paraguai não apresentarem suas próprias legislações de Defesa da Concorrência.

⁷⁴ Ver no Apêndice B as normas contidas no artigo II do acordo entre Brasil e Estados Unidos, em 1999.

⁷⁵ Excluindo-se a realização de seminários, cursos e diversas situações que poderiam ser caracterizadas como trocas de experiência entre os membros das agências antitrustes dos países signatários, não se encontrou nos relatórios e demais registros pertinentes – no período de estudo desta pesquisa – a aplicação de cláusulas mais substanciais como as notificações e troca de informações sobre casos em análise.

5.7 Acordos multilaterais

Segundo Montenegro (2001), a primeira tentativa concreta da criação de um regime multilateral de defesa da concorrência teria ocorrido no Tratado que constituiria a Organização Internacional do Comércio, em 1948. As normas pertinentes à defesa da concorrência tratavam de práticas como a de fixação de preços e de alocação de mercados por cartéis, inclusive cartéis de exportação. Previam-se notificações obrigatórias entre Estados Membros, porém tal documento não foi aprovado pelos EUA, o que implicou o impedimento de um regime multilateral de defesa da concorrência.

Mais recentemente, a UNCTAD e a Organização Mundial do Comércio – OMC são duas instituições internacionais que estabeleceram normas que mais se aproximam de regras multilaterais de defesa da concorrência. Em 1980, a UNCTAD elaborou o Conjunto de Princípios e Regras Equitativos de Acordos Multilaterais para o Controle de Práticas de Negócios Restritivas, que é um dispositivo de cumprimento voluntário entre os países membros com a ênfase de ajuda aos países em desenvolvimento, para a constituição de legislação e aplicação da defesa da concorrência. Segundo Rodas (2001), as normas aplicadas pela OMC são normas esparsas que não se referem diretamente a métodos e termos relacionados à defesa da concorrência, mas que podem ser aplicáveis. Em geral, essas normas, ainda segundo esse autor, não vão além de recomendar que os países-sede cujas empresas estejam em operação de natureza anticoncorrencial procurem resolver seus conflitos através de acordos diretos e voluntários⁷⁶. Dessa forma, os trabalhos da UNCTAD e OMC configuram-se muito mais como simples recomendações emitidas em seus respectivos foros de atividade do que o estabelecimento de normas substanciais multilaterais de defesa da concorrência.

5.8 Acordos regionais

Estabelecidas no contexto de processos de integração regional, as normas regionais estão associadas aos blocos econômicos constituídos nas respectivas áreas regionais. São exemplos a União Européia, o NAFTA, a Comunidade Andina e o Mercosul. Destes, o da União Européia

⁷⁶ Para um estudo acerca das razões para a inexistência de acordos multilaterais de razoável densidade, ver Montenegro (2001).

constitui-se na norma regional de concorrência de maior implementação, aceitação e influência para a produção de legislações de Defesa da Concorrência em diversos países⁷⁷.

A Comunidade Andina, criada em 1960, é formada por Bolívia, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela; o principal documento legal na área da concorrência é constituído por Normas para Prevenção ou Correções de distorções na Concorrência causadas por práticas que restringem a livre concorrência⁷⁸. Essas normas de conteúdo semelhante são semelhantes ao Acordo de Defesa da Concorrência do Mercosul, com as duas diferenças de que já estão em vigor e de que é executada por um órgão supranacional.

As normas regionais previstas no Protocolo de Defesa do Mercosul⁷⁹ ainda não entraram em vigor em virtude do dispositivo legal que permite ao Mercosul exigir a presença de todos os Estados Partes nas decisões de seu bloco regional. Quando entrar em operação, o Protocolo estará sob a responsabilidade de órgãos intergovernamentais. Vale observar que qualquer Estado Parte possuirá a prerrogativa do veto, posto que, a exemplo de todas as deliberações do Mercosul, estas são realizadas por consenso. Dessa forma, a atuação da comissão regional torna-se mais limitada aos interesses de qualquer um dos seus países afiliados. A vantagem prática de atuar em um órgão supranacional é verificada com a experiência da União Européia. Possuindo jurisdição e capacidade executiva em todo o território regional, a legislação da União Européia não é afetada pela aplicação das legislações nacionais, como seria no caso de legislação intergovernamental. Adicionada a um mínimo de conflitos de jurisdição entre os seus Estados Membros, a atividade da Comissão Européia de DC é suficientemente capacitada para empreender ações de prevenção e repreensão de operações anticoncorrenciais nas fronteiras entre os países que a integram.

Para fins desta pesquisa, a importância do Protocolo de Fortaleza é afetada, tendo em vista não haver regras explícitas para os atos de concentrações horizontais, e sim menções à utilização do princípio da regra da razão (evitando o critério *per se*) e intenções para um futuro estabelecimento de controle para operações de fusões.

⁷⁷ Vários autores, como Rodas (2001), afirmam que artigos do Tratado de Roma inspiraram outras normas de DC, como a brasileira, e o Protocolo da DC no Mercosul.

⁷⁸ Documento do Acordo de Cartagena, Decisão n. 285, Norms for Prevention or Correction of Distortions in Competition in Competition Caused by Practices that Restrict Free Competition, 1991.

⁷⁹ Estabelecido na 11.^a Reunião do Conselho Mercosul em Fortaleza, em 1996.

6 RESULTADOS E DISCUSSÕES

6.1 Guias para análise de atos de concentração horizontal de países selecionados

A presente seção visa fornecer uma base comparativa entre os guias de três das principais legislações antitrustes com a do Brasil. Entre outras finalidades, o objetivo consiste em verificar o padrão de análise das agências e normas brasileiras em relação ao das mais avançadas. Vale dizer, a avaliação da política da Defesa da Concorrência – DC pode ser realizada basicamente por três formas: pela análise estrita de suas leis e regulamentos; pelos guias de orientação e procedimento de análise dos Atos de Concentração – AC; e por estudos de casos examinados e julgados. Em função da maior objetividade e disponibilidade das documentações, este trabalho centra-se na análise dos Guias. Assim, essa opção será enfocada como a referência de como as agências aplicam as leis e como indicador dos procedimentos e padrões de análise da DC. Por essa razão, este capítulo traz uma análise dos Guias de três legislações, além da brasileira. São eles:

1. Guia dos Estados Unidos intitulado Horizontal Merger Guidelines, 1997; United States Department of Justice and Federal Trade Commission.
2. Os guias do Reino Unido intitulados Merger References: competition commission guidelines, 2003; United Kingdom Competition; e o Mergers, substantive assessment, 2002; United Kingdom Office of Fair Trading.
3. Guia da Comunidade Européia intitulado Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertaking, 2004; European Commission.
4. Guia do Brasil intitulado Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, 2001; Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria do Direito Econômico.

As DCs dessas regiões têm se mostrado, segundo algumas organizações de estudos antitrustes⁸⁰, como as mais desenvolvidas e de maior eficiência da atualidade. Atualmente, segundo Internacional Competition National Network – ICN, através do ICN (2004), cerca de 26

⁸⁰ A revista *Global Competition Review*, por exemplo, no ano de 2003, através do *Rating Enforcement Survey*, avaliou os EUA, o RU e a UE, respectivamente em 1.º, 3.º e 4.º melhores regimes de concorrência no conjunto de 27 legislações examinadas.

jurisdições ao longo de pelo menos 90 países com legislação antitruste possuem Guias para Atos de Concentração.

Os guias são uma representação de como as autoridades antitrustes aplicam as leis e as consideram fundamentais à análise. Explicitando como pretendem operar a DC, geram a transparência, expondo a consistência e de certa forma, o padrão de sua análise. Com efeito, permitem que os agentes econômicos possam entender e prever como as autoridades tratam as operações com possíveis efeitos anticoncorrenciais. Assim, podem atuar com mais segurança e eficiência em seus negócios e estratégias empresariais em conformidade com a ordem econômica.

Nesta seção, optou-se por não incorporar casos analisados ou outras informações não constantes nos guias ou em seus anexos. Assim, os guias estarão representando o universo dos procedimentos adotados e os critérios aceitáveis pelas autoridades, ainda que se saiba que não são exaustivos na prática de exames dos casos. Nesse ponto, vale afirmar, todos os guias aqui estudados acompanham a ressalva disposta no guia americano (UNITED STATES, 1997. p. 1): “[...] the Agency will apply the standards of the Guidelines reasonably and flexibly to the particular facts and circumstances of each proposed merger”⁸¹ trad. pelo autor .

Os guias aqui estudados, bem como outros de 26 legislações antitrustes apontados pelo ICN (2004), apresentam estrutura de análises universais, como os que estão nas etapas do Guia brasileiro. A discussão sobre a forma e o conteúdo dos três principais guias internacionais tem o propósito, portanto, de comparar a base de ação metodológica composta no guia de análise de concentração utilizado atualmente pelo SBDC.

Assim, o estudo aqui desenvolvido segue cada um dos principais pontos de cada uma das etapas de investigação.

6.1.1 O mercado relevante

Em geral, o padrão de investigação da política antitruste busca, em maior ou menor grau, evidenciar se determinada fusão⁸² reduz substancialmente a concorrência ou se cria (ou reforça) a dominância de mercado. Seja em um ou outro enfoque, percebe-se que a identificação de

⁸¹ ... a Agência aplicará o receituário do Guia de forma razoável e flexível em razão dos fatos e circunstâncias específicas de cada fusão apresentada.

⁸² Daqui por diante, a utilização do termo fusão estará se referindo a toda a forma de concentração horizontal, como aquisição, incorporação, *joint venture*, além da própria designação de fusão entre empresas.

mercado é tema presente em todos os guias e esteve disposta como primeira etapa de investigação.

No Brasil, explicitamente se afirma que essa etapa não é conclusiva, enquanto, como se verá adiante, no Reino Unido, em determinadas instâncias, apenas a identificação do mercado pode resultar na recomendação pelo encerramento da análise.

Na identificação do mercado relevante, consta, em todos os quatro documentos estudados, que são considerados os fatores qualitativos como propriedades físicas dos produtos e demais características industriais. Visto que o mercado diz respeito a questões de oferta e demanda, pressupõe-se que critérios quantitativos⁸³ para estimativas da oferta e demanda seriam essenciais para identificá-lo. No entanto, em nenhum dos guias há suficiente detalhamento sobre o uso destes, exceto a descrição dos procedimentos para o Teste do Monopolista Hipotético – TMH. A dificuldade de levantar dados confiáveis e ajustados aos casos que se quer apurar, principalmente dentro de um horizonte de tempo de análise frequentemente exíguo, é um fator que pode dificultar as estimativas das curvas. A esse respeito, Posner (1976 apud ICN, 2004, cap. 2) afirma que “[...] we lack confidence in our ability to measure elasticities, or perhaps because we do not think of adopting so explicitly economic approach, that we have to define markets instead”⁸⁴ trad. pelo autor.

Segundo o ICN (2004), antes da década de 1950, a definição de mercado não era objeto de análise em investigações antitrustes. No início dos anos 60, já se estava consolidado o conceito de mercado relevante na dupla dimensão produto e geográfica, ainda que não houvesse uma metodologia razoavelmente precisa para tal. Apenas no guia americano de fusões de 1982⁸⁵ um maior rigor e formalismo foram dados a essa questão, com a aplicação do Teste do Monopolista Hipotético.

Os quatro guias abordados neste estudo comparativo adotam o TMH. Todavia, há variações em torno da metodologia de aplicação entre eles. A forma de calcular o TMH pode

⁸³ Como testes econométricos para a identificação das formas funcionais das curvas de oferta e demanda ou outras formas de identificação de mercado, como os testes de correlação de preços ao longo do tempo. Ver Huse e Salvo (2005).

⁸⁴ [...] carecemos de confiança em nossa capacidade de medir elasticidades ou talvez por conta de que não achamos que se deve adotar tão explicitamente indicações de variáveis econômicas temos que definir mercado de outra forma.

⁸⁵ O primeiro guia americano foi estabelecido em 1968 pela divisão antitruste do Departamento de Justiça – DOJ. Reformulações foram efetuadas em 1982 e 1984, atendendo ao princípio de atualização e remodelamento, com base em experiência adquirida no processo da execução da política de defesa da concorrência.

considerar a substitutibilidade de produtos apenas pelo lado da demanda ou, simultaneamente, pela demanda e oferta. Alguns países, como os Estados Unidos, identificam os produtos substitutos apenas pela demanda. A substitutibilidade pelo lado da demanda é tida como fundamental no teste do TMH. A esse respeito, o guia americano esclarece que o levantamento de produtos substitutos pela demanda é o mais importante fator para avaliar a capacidade de resposta da demanda a elevações do preço.

No entanto, outros países também utilizam a curva de oferta para delimitar o mercado relevante. O Brasil, o Reino Unido e a União Européia incorporam, além da demanda, o lado da oferta na definição do mercado relevante. Os dois primeiros países condicionam a inserção da oferta na determinação do mercado ao limite de um ano para a resposta da produção à elevação de preços. A União Européia não deixa claro o período exato, apenas se refere a um curto período. As firmas que ultrapassarem o período fixado (*short term*) são consideradas como empresas entrantes, o que é objeto de análise em etapa posterior. O guia britânico (UNITED KINGDOM, 2003, parag. 3.21) condiciona outro fator para a inserção da oferta na avaliação do mercado relevante: “[...] supply substitutes will be included in the relevant market only if the units of output are sufficiently homogeneous to be meaningfully brought into market share calculations”⁸⁶ trad. pelo autor.

Possas (1996) assinala que, do ponto de vista da avaliação antitruste, não há diferença no resultado final ao incluir o lado da oferta no mercado relevante ou na etapa subsequente, denominada Condições à Entrada. Uma vantagem de incluir a oferta no mercado relevante estaria em contribuir para atenuar problemas de congestionamento de processos nas agências ou quando se busca celeridade na investigação. Como argumenta o guia inglês (UNITED KINGDOM, 2002, p. 3.18), “defining markets on the supply-side can allow early determination that an undertaking has no market power, thus avoiding the need for further analysis”⁸⁷ trad. pelo autor.

Cumprе observar que o TMH envolve a observação de uma dada lucratividade não transitória diante de um dado aumento de preços. O menor mercado onde se observa o lucro do hipotético monopolista representa o mercado relevante geográfico e de produtos. No entanto,

⁸⁶ A substituição pelo lado da oferta será incluída no mercado relevante se os produtos forem suficientemente homogêneos para serem incorporados no cálculo das parcelas de mercado.

⁸⁷ ... definir mercados utilizando o lado da oferta pode levar ao rápido entendimento de não haver poder de mercado, evitando a necessidade de continuar a análise.

dependendo da base de preços e do seu respectivo percentual de aumento escolhido, a delimitação de mercado pode ser alterada. Esses elementos afetam a sensibilidade do consumidor em torno da substituição dos produtos (mudanças ao longo da curva de demanda resultam em diferentes elasticidades), de forma que a resposta ao aumento de preços afeta a delimitação do mercado relevante. A base de preço pode ser em três níveis: 1) no nível do que seria em um mercado competitivo; 2) no nível de preços vigentes no mercado; 3) algum nível de preços futuros. O guia americano determina que:

The Agency generally will use prevailing prices of the products of the merging firms and possible substitutes for such products, unless premerger circumstances are strongly suggestive of coordinated interaction, in which case the Agency will use a price more reflective of the competitive price (UNITED STATES, 1997, cap. 2)⁸⁸ trad. pelo autor.

O Guia do Reino Unido (UNITED KINGDOM, 2003) e o da União Européia (EUROPEAN UNION, 2004) estabelecem que, se o preço praticado estiver bem distante do que seria um preço competitivo, deve-se arbitrar um preço próximo ao último. O guia brasileiro não aborda essa questão.

O aumento hipotético de preços é teoricamente tratado com percentuais alternativos de 5%, 10% ou 15%. No Reino Unido e nos Estados Unidos, consideram-se em geral 5%. Neste último, menciona-se a possibilidade de que, dependendo da natureza da indústria em análise, esse percentual possa ser um pouco maior ou menor⁸⁹. No Brasil, há a possibilidade de utilizar os três percentuais, embora não haja qualquer procedimento ou argumentação sobre a escolha por qualquer um daqueles. Na União Européia consta que o TMH pode ser calculado com os aumentos de 5% ou 10%, embora não expresse quando seria o caso de se escolher um ou outro.

Em nenhum dos guias estudados há detalhes da operação pela qual o TMH é devidamente estimado. O que se pode deduzir ou supor é que dados das empresas em fusão, como as das demais no mercado, são utilizados como *proxy* dos dados para o levantamento do TMH. Uma evidência de que não há uma estimativa econométrica ou apuração estatística é mostrada no relatório ICN (2004, cap. 2, p. 16), ao comentar sobre o método dos guias em geral: [...] “customers are asked if they would look outside the hypothetical geographic market if prices

⁸⁸ A Agência utilizará, em geral, os preços praticados pelas requerentes e de seus possíveis produtos substitutos, a não ser que circunstâncias pré-fusão sejam sugestivas de ocorrer interação coordenada; nesse caso, a Agência utilizará preços que reflitam o nível competitivo.

⁸⁹ Segundo a ICN (2004), a agência americana, Comissão Federal de Comércio - FTC utilizou percentuais menores que 5% na determinação de mercado de gasolina e percentuais entre 1% e 2%, como no processo *United States v. Vail Reseort, Inc.*

within that market rose and suppliers outside of the market are asked if they would sell into it if prices rose”⁹⁰ (trad. pelo autor).

Exceto o Brasil, os outros três países prevêm diferir a análise em presença de discriminação de preços (mesmo produto com preços diferentes para diferentes consumidores). Admitem poder definir mercados em subconjuntos, conforme a separação de consumidores. O guia americano (UNITED STATES, 1997, p.8) informa que “the Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolistic would profitably and separately impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price”⁹¹ trad. pelo autor.

A agência, portanto, na evidência de discriminação de preços (dimensão produto ou geográfico) prevê a separação de mercados (ou por grupo de consumidores), o que pode contribuir para um aprimoramento na identificação de mercado. Se os preços dos produtos são discriminados para diferentes consumidores, a não-consideração disso por parte das autoridades antitrustes iria acarretar de imediato uma possibilidade de viés ao captar o preço prevalecente que serviria de base e super ou subestimar o percentual de aumento de preço.

Vale mencionar que os guias estudados admitem a possibilidade de considerar como mercado relevante não apenas o território nacional, como as regiões e os produtos pertencentes ao mercado internacional⁹².

O Quadro 9 adiante resume o exame comparativo entre os guias no que se refere à identificação de mercado.

⁹⁰ Os consumidores são perguntados se eles comprariam em outros mercados cna hipótese de que os preços em seus mercados se elevassem; aos produtores de outros mercados, se eles venderiam seus produtos no mercado relevante se os preços aumentassem neste último.

⁹¹ A Agência irá considerar mercado relevante adicional consistindo de um uso particular ou por grupo de consumidores do produto cujo hipotético monopolista poderia impor pelo menos um “pequeno, mas significante e não transitório aumento lucrativo e separadamente aumento de preços”.

⁹² Segundo ICN (2004, p. 25), no guia japonês, mesmo reconhecendo que os negócios se estendem a regiões estrangeiras, o mercado relevante será sempre o doméstico.

Guias	Teste do monopolista hipotético			Mercado relevante	
	Utiliza o teste?	↑ % preço	Lado da oferta?	Discriminação de preços?	Mercado internacional
Brasil	Sim	5;10;15	Sim	Não	Sim
USA	Sim	5	Não	Sim	Sim
EU	Sim	5 ou 10	Sim	Sim	Sim
UK	Sim	5	Sim	Sim	Sim

Quadro 9 – A identificação do mercado nos guias para análise de atos de concentração horizontal

6.1.2 Exercício de poder de mercado

Como se poderia esperar, os efeitos unilaterais de ação individual da empresa resultante da fusão são objeto de impugnação pelos guias estudados.

Há o efeito unilateral quando a nova empresa, mediante sua condição no mercado, pratica unilateralmente comportamento de poder de mercado (elevação de preços, diminuição da qualidade e no ritmo de inovações)⁹³.

A denominação “efeitos unilaterais” é evitada no guia inglês e no da Comissão Européia. A explicação para isso é elegantemente apresentada no guia:

The term “unilateral effects” is sometimes misunderstood as referring to action by a single firm, in particular the merged entity. In fact it refers more generally to independent or non-coordinated action by market participants. For the sake of clarity we therefore use the term “non-coordinated effects”. This unambiguously embraces not only the effect that a merger might have on (say) the pricing of the merging parties, but also possible effects on the pricing of other firms⁹⁴ (UNITED KINGDOM, 2003, parag. 4.12) trad. pelo autor.

Tem-se, assim, uma primeira diferença ainda que não tanto expressiva, entre os guias, que é a adoção não-universal do termo “efeitos unilaterais”. O princípio de recusar fusões que

⁹³ A exemplo de todos os guias estudados neste capítulo, por simplicidade argumentativa, será considerado apenas o aumento de preços injustificado como forma de utilização de poder de mercado.

⁹⁴ O termo “efeito unilateral” é algumas vezes mal entendido como se referindo à ação individual da firma, em particular a fusionada. Na verdade, se refere geralmente à independente e não-coordenada ação entre os participantes do mercado. Para clarear mais essa questão, usamos o termo “efeitos não-coordenados”.

provavelmente possam implicar efeitos unilaterais danosos ao mercado é verificado nos quatro guias. E nesse ponto é entendimento universal de que, quanto maior a elevação da concentração, maior a chance de ocorrer o dano anticompetitivo. Apesar disso, a agregação do mercado não é um elemento determinante para isso. Todos ressaltam que é necessário identificar se há ambiente lucrativo para que o poder de mercado seja exercido, o que se faz através de exames sobre várias considerações de mercado dispostas adiante.

O guia brasileiro e o americano destacam como preocupantes determinadas concentrações em mercados de produtos diferenciados. Na medida em que a empresa concentrada dispor de produtos de primeira e segunda escolha, na preferência do consumidor (e os demais produtos das concorrentes forem de graus menores de substituição), maior será a viabilidade para exercer o poder de mercado. Ou seja, ao elevar o preço de um de seus produtos, a parcela dos consumidores afetados poderá optar pelo segundo produto em diferenciação, o qual pertence à empresa concentrada, o que não resultará em redução da receita total da empresa. Nesse caso, apontam os guias, as medidas de concentração podem se mostrar limitadas como indicador de dano ao mercado. A orientação da Comissão Européia (EUROPEAN UNION, 2004, parag. 2) também atenta para a correlação positiva entre probabilidade de exercício do poder de mercado e grau de diferenciação entre as empresas em concentração: “The higher the degree of substitutability between the margins firm’s products, he more likely it is that the merging firms will raise prices significantly”⁹⁵ trad. pelo autor.

O guia da União Européia destaca a importância dos efeitos unilaterais em aquisições envolvendo um competidor, que seja apenas um concorrente potencial. O guia menciona que seriam efeitos anticompetitivos similares aos da fusão entre firmas com concorrência efetiva se o competidor potencial puder significativamente limitar o comportamento das firmas ativas no mercado, o que se torna mais evidente ainda se o concorrente em potencial não incorrer em *sunk costs* (custos irrecuperáveis de entrada e saída no mercado). Ou seja, havendo possibilidade de influenciar a oferta de mercado, a aquisição de uma significativa capacidade produtiva não presente no mercado relevante, porém com potencial produtivo e sem custos irrecuperáveis, mostra-se capaz de gerar o mesmo efeito do caso de uma empresa participante, mas com o

⁹⁵ Quanto mais alto o grau de substitutibilidade entre os produtos pertencentes às fusionadas, mais provável será a elevação significativa de preços.

agravante de ser menos detectado pelos indicadores de parcelas de mercado, podendo, portanto, em tese, passar por despercebido por uma análise superficial da ação antitruste.

6.1.3 Os índices de concentração de mercado

Os indicadores de parcelas de mercado são utilizados para, em uma primeira instância, dispensar de maiores análises ou mesmo desobrigar a notificação de atos de concentração. Em seguida, são úteis como referência à condição necessária, porém não suficiente, em que poderá ocorrer o exercício do poder de mercado.

Os guias mencionam os índices Herfindahl-Hirschman – HHI ou a razão de concentração – CR. No Brasil não se faz referência ao HHI, apenas o CR é sugerido e na forma de agregação das quatro maiores participações de mercado.

As parcelas e a concentração de mercado pré e pós-fusão são estimadas em todos os guias estudados. Como já se disse, quanto mais elevada a concentração e as parcelas de mercado das empresas fusionadas, maior será a evidência de criação ou reforço de mercado.

O guia da União Européia aponta que parcelas de mercados iguais ou superiores a 50% são fortes evidências para a prática lesiva de poder de mercado. Não obstante, reconhece que “a merger involving a firm whose market share will remain below 50% after the merger may also raise competition concerns in view of other factors such as the strenght and the number of competitors” (EUROPEAN UNION, 2004, parag.17)⁹⁶ trad. pelo autor. Em complemento, declara que concentrações cuja dimensionada parcela de mercado não seja presumível de prejudicar a concorrência podem ser admitidas como compatíveis com o mercado comum europeu. O patamar de parcela de mercado aceitável é o de não exceder 25% em qualquer parte do Mercado Comum (países membro da União Européia) ou em parte substancial dele.

Os Estados Unidos – EUA, a União Européia – UE e o Reino Unido – RU utilizam o índice HHI como normativo à defesa da concorrência. Os níveis absolutos do HHI e a mudança esperada nele (dada a fusão) são os instrumentos para indicar se há risco de que o ato de concentração horizontal possa prejudicar a concorrência. O padrão geral é o de três níveis de pontuação (intervalo de variação de 0 a 10.000):

⁹⁶ Uma fusão resultando em concentração abaixo de 50% pode também aumentar a preocupação com os efeitos competitivos do Ato em virtude de outros fatores, como o poder e o número de competidores.

- a) $0 \leq \text{HHI} < 1.000$: não há, para nenhum dos três guias, qualquer necessidade de requerer análise detalhada do ato.
- b) $1.000 \leq \text{HHI} \leq 1.800$ (EUA e RU) ou ≤ 2.000 (no caso do UE): existirá uma preocupação com a concentração se o delta⁹⁷ for superior a 50 (EUA e RU) ou a 250 (no caso da UE).
- c) $\text{HHI} > 1.800$ (EUA e RU) ou > 2.500 (no caso da UE): existirá uma preocupação com a fusão se o delta for superior a 100 (EUA e RU) ou a 150 (no caso da UE).

Percebe-se facilmente que o procedimento da União Européia considera patamares de concentração mais elevados do que os dos americanos e britânicos para requerer análises mais detalhadas. No entanto, o Guia da União Européia adiciona que tal classificação pode não ser considerada caso alguns fatores estejam presentes, como: 1) a fusão envolver um potencial entrante; 2) uma das empresas da fusão seja uma importante inovadora e isso não tiver sido refletido nas participações de mercado; 3) uma das partes em fusão tenha uma participação pré-fusão acima de 50%, entre outras.

O guia britânico admite utilizar outra medida de mercado caso não haja informações disponíveis para o HHI. O guia americano, a despeito da crítica que normalmente se faz de que em mercados com muitas firmas pequenas (“franja”) nem sempre se obtêm dados de todas as firmas, declara: “Although it is desirable to include all firms in the calculation, lack of information about small firms is not critical because such firms do not affect the HHI significantly” (UNITED STATES, 1997, p.15)⁹⁸ trad. pelo autor.

Como já mencionado, o guia brasileiro menciona apenas o índice Razão de Concentração CR4, considerando como suscetível para o exercício unilateral do poder de mercado a parcela da nova empresa fusionada que exceda 20% do mercado relevante. Para concentração que apresente CR4 maior que 75%, com a empresa recém-concentrada detendo mais de 10% do mercado relevante, a análise deve ser continuada como possível de gerar ação coordenada de poder de mercado⁹⁹.

O período dos dados para o cálculo das participações de mercado é o de um ano (imediatamente anterior ao da notificação do ato) para todas as legislações.

⁹⁷ Diferença do valor do HHI depois e antes da fusão.

⁹⁸ Ainda que seja desejável incluir todas as firmas no cálculo, a falta de informações sobre as pequenas firmas não é tão crítica porque tais firmas não afetam o HHI de forma significativa.

⁹⁹ Ainda que tal país não esteja no âmbito dessa análise comparativa, vale mencionar, pela inusitada diferença de classificação, que o guia da Alemanha (GERMANY, 2001) caracteriza um mercado como presumível de ser dominante se CR(3) for maior que 50% e o CR(5) exceder 66,7%.

Em suma, sobre os efeitos unilaterais, os guias apresentaram algumas diferenças ao tratarem do que seria efeito unilateral (ou efeito não-coordenado) de ações anticompetitivas entre a concentrada e as demais do mercado. A ênfase dada aos casos de mercados com graus diferenciados de produtos e sua conseqüente ameaça de exercício de poder de mercado, bem como a preocupação em verificar se fusões com uma potencial firma concorrente podem ter os mesmos efeitos unilaterais dos casos entre concorrentes efetivos, também são focalizados como questões que distanciam uns guias dos outros.

6.1.4 Efeitos coordenados

Entre os possíveis danos à concorrência originados em um Ato de Concentração – AC horizontal está a ação coordenada no mercado. É consensual, em qualquer fórum da defesa da concorrência, o entendimento de que a redução no número de firmas em um mercado é um fator que em maior ou menor grau eleva a possibilidade de coordenação entre as empresas restantes. O primeiro indicador básico de AC com efeitos de coordenação é a verificação da concentração da indústria. Algumas legislações, como a da União Européia, pressupõem um risco alto quando certo nível de concentração de mercado é atingido.

Dentre o leque de fatores que podem viabilizar a ação coordenada de um mercado oligopolizado, os guias tendem a enfatizar aqueles que, consoantes com sua legislação antitruste, serão objetos de verificação e análise.

O ambiente à coordenação em oligopólios envolve as condições de estabelecer os termos de coordenação e monitoramento sobre o cumprimento do acordado pelas partes; os mecanismos de punição ou desestímulo à burla por qualquer participante; e a perspectiva de que concorrentes potenciais (ou os efetivos que não aderiram à coordenação) não são capazes de por em risco os resultados esperados da coordenação. Os guias aqui estudados explicitam essa questão.

O primeiro ponto para caracterizar o ambiente favorável à coordenação, para todos os guias estudados, consiste na suficiência de certos parâmetros básicos. O guia americano admite que a coordenação já seria possível com “ [...] follow simple terms such as a common price, fixed price differentials, stable market shares, or customer or territorial restrictions. Terms of

coordination not need achieve the monopoly outcome in order to be harmful to consumers” (UNITED STATES, 1997, parag. 2.11)¹⁰⁰ trad. pelo autor.

Na mesma linha do guia americano, o guia da União Européia afirma que há mecanismos para atenuar a complexidade no ambiente de mercado para a prática da coordenação. Em se referindo à coordenação por divisão de mercado, as firmas podem estabelecer regras sobre preços que reduzam a complexidade em um amplo leque de preços. Um exemplo é dado como “ [...] a rule is establishing a small number of pricing point, thus reducing the coordination problem... is having a fixed relationship between certain base prices and a number of other prices, such that prices basically move in parallel”(EUROPEAN UNION, 2004, parágrafo 47)¹⁰¹ trad. pelo autor.

O guia britânico reforça a capacidade de monitoração da coordenação quando diz que

even when prices are not transparent, as is often the case in intermediate markets, any deviation from the prevailing behavior by a competitor may nonetheless be readily apparent, because the essence of interdependence is that price cuts by one firm will have a significant impact on others volumes (UNITED KINGDOM, 2003, parag. 3.37)¹⁰² trad. pelo autor.

Os guias apresentam consenso sobre o fato de que quanto mais complexo o ambiente de mercado, tanto mais se pode perseguir os mecanismos de superação dessa complexidade para uma concentração de mercado potencialmente factível à coordenação¹⁰³. Ainda segundo o guia da União Européia (EUROPEAN UNION, 2003, parag. 47): “The more complex the market situation is, the more transparency or communication is likely to be needed to reach a common understanding on the terms of coordination”¹⁰⁴ trad. pelo autor.

Os guias também se assemelham quando explicitam os fatores que podem aumentar a ação de coordenação de mercados:

1. Baixa rivalidade potencial (barreiras à entrada).

¹⁰⁰ A seqüência de itens como preços comuns, fixação de preços diferenciados, divisão de mercados estáveis, ou restrições de vendas aos consumidores ou territorial.

¹⁰¹ Uma regra é estabelecer um pequeno número de variações nos preços e desse modo reduzir o problema da coordenação... tendo um relacionamento determinado entre certa base de preços e um certo número de outros preços de modo que os preços se movam de forma paralela.

¹⁰² Mesmo quando os preços não são transparentes, como é freqüentemente o caso de mercados intermediários, qualquer desvio do comportamento por um competidor pode, entretanto, ser prontamente percebido, porque a essência da interdependência é que o preço rompido por uma empresa terá um significante impacto sobre a produção alheia.

¹⁰³ Mecanismos como troca de informações através de associações comerciais ou por meio de *joint ventures* são admitidos como instrumentos de coordenação oligopolística pelos guias.

¹⁰⁴ Quanto mais complexa a situação de mercado, mais transparência ou mais comunicação será necessária para atingir um entendimento comum sobre os termos de coordenação.

2. Aquisição de firma de competitividade mais agressiva.
3. Estruturas verticais sobre canais de distribuição facilitando a monitoração.
4. Experiência em fixação de preços na indústria.
5. Facilidade nas informações de mercado.

Os guias americano e britânico admitem que, mesmo em condições para uma coordenação tácita, o risco de ruptura de tal coordenação pode se dar por certas ameaças reais ou potenciais. Seriam os casos da ação da “franja” de pequenos rivais ou de uma *maverick firm* (firma independente)¹⁰⁵. O Guia britânico (UNITED KINGDOM 2002, parágrafo 4.16) afirma que “[...] a strong fringe of smaller competitors (or perhaps a single maverick firm) or a strong buyer (with buyer power) might be enough to destabilise the oligopoly and render tacit coordination impossible”¹⁰⁶ trad. pelo autor.

Observe-se que, além de servir de fator para indicar o risco de ruptura em caso de coordenação de mercado, a possibilidade de adquirir uma *maverick firm* em um ato de concentração pode representar o interesse de alcançar a estabilidade da conduta tácita no mercado em oligopólio. Tal atenção não é dada pelo guia brasileiro.

Em suma, na questão de ações não-coordenadas ou coordenadas de mercados, os guias destacam os seguintes pontos:

1. Mercados de produtos diferenciados facilitam o exercício unilateral, principalmente se houver diferença significativa (segundo as preferências dos consumidores) entre os graus de substituição dos produtos da nova firma recém-concentrada e as demais.
2. Se houver condições econômicas relacionadas a tempo, quantidade, custo e qualidade de produção suficientes para o restante do mercado repor a lacuna deixada por possíveis elevações de preços pós-fusão, a probabilidade de efeito unilateral (e também coordenado) diminui.

¹⁰⁵ Seguindo o guia norte-americano (UNITED STATES, 1997, parag. 2.12), uma *maverick firm* é aquela com maiores incentivos econômicos do que as demais rivais para desviar-se da conduta tácita; constitui-se de uma força possível para o rompimento da coordenação de mercado.

¹⁰⁶ Uma franja de pequenos competidores (ou talvez uma única firma *maverick*) ou um forte comprador (com poder de barganha) pode ser suficiente para desestabilizar o oligopólio e tornar a coordenação tácita impossível.

3. Havendo grandes compradores, haverá possibilidade de, em situação de efeitos unilaterais e coordenados, que os mesmos auxiliem os rivais efetivos ou potenciais em respostas ao exercício de poder de mercado.
4. Quanto maior a parcela de mercado mínima para uma firma entrante se estabelecer de forma lucrativa, maior será a preocupação com o exercício unilateral.
5. A homogeneidade do produto e a concorrência por preços são questões de grande interesse para a motivação ao exercício coordenado. Mercados caracterizados por produtos homogêneos e concorrência via preço tornam mais fáceis a tarefa de estabelecer e monitorar a coordenação.
6. A transparência nos preços (formas de divulgação dos preços, etc.) significa a facilidade de as firmas perceberem os preços praticados no mercado. Assim, podem monitorar com mais facilidade se há firmas descumprindo possíveis coordenações via preços.
7. A estabilidade da demanda dos produtos relevantes representa uma maior previsibilidade e facilidade sobre os acordos entre rivais.
8. Mercados com históricos de cartéis são tidos como mais suscetíveis a criar coordenações. O guia do Reino Unido destaca essa questão.
9. A atenção dada à assimetria na estrutura de custos entre as concorrentes assinala que, sendo custos diferentes, o incentivo à burla é o maior fruto de insatisfações sobre acordo de preços e quantidades produzidas.
10. Se a firma adquirida tiver sido uma empresa com características de não se alinhar a possíveis condutas estabelecidas, o objeto da fusão pode ter sido justamente o de aumentar a viabilidade de implementação de uma coordenação.

6.1.5 A questão das barreiras e a expansão da produção pela rivalidade

As barreiras à entrada são, em geral, as características de mercado que proporcionam às empresas em atividade um conjunto de vantagens sobre as potenciais entrantes tais que as primeiras possam, de maneira duradoura e lucrativa, exercer o poder de mercado (unilateral ou coordenado).

Há muitos pontos em comum e algumas variações em como os vários guias tratam a avaliação da entrada mediante a possibilidade de eventual exercício de poder de mercado por parte da empresa em ato de concentração.

De forma geral, dada uma ação de poder de mercado, a motivação econômica para o surgimento de novas empresas envolve a expectativa sobre se os custos de instalação, produção e vendas serão cobertos pelos respectivos preços de mercado de ocasião e dos riscos envolvidos, inclusive levando em conta a reação dos líderes desse mercado – a rivalidade. Ou seja, a análise de barreiras à entrada é o estudo em termos de custos e riscos da entrada de novas empresas em mercados com grandes concorrentes.

O guia brasileiro considera a entrada, as importações e a rivalidade¹⁰⁷ os três componentes que podem inviabilizar o exercício de poder de mercado de uma empresa recém-concentrada. Algumas pequenas variações à parte, os demais guias também examinam de forma simultânea a entrada por novos concorrentes, a expansão pela ação das firmas já existentes e possibilidade de acréscimos ou surgimento de novas importações como elementos de resposta ao exercício de poder de mercado.

No Guia do Reino Unido, as firmas rivais podem ser consideradas como de igual tratamento ao da “nova entrada” em caso de investimento em ampliação da capacidade produtiva (diferentemente do conceito de entrada dada pela tradicional corrente da Teoria Industrial)¹⁰⁸. Supostamente como mecanismo de redução da ambigüidade sobre o que seja entrada e o que seja ampliação da capacidade produtiva das empresas existentes, faz-se uso do termo “nova entrada” e “expansão” para designar, respectivamente, o que seja entrada no conceito tradicional e rivalidade. Nas palavras do guia britânico:

Entry by new competitors or expansion by existing competitors may be sufficient in time, scope, and likelihood to deter or defeat any attempt by the merging parties... (T)he ability of rival firms in the market to expand their capacity quickly can also act as an important competitive constraint on the merging parties' behavior. When considering the probability of such expansion as a response to price increases, the OFT will consider similar factors to those set out above for new market entry¹⁰⁹ (UNITED KINGDOM, 2002, parag. 4.17 e 4.26).

¹⁰⁷ Capacidade das firmas rivais de expandir rapidamente sua capacidade produtiva em razão das oportunidades de vendas devida ao exercício de poder de mercado.

¹⁰⁸ No conceito dado por Bain (1956), entrada representa a possibilidade de elevação na produção em virtude do aumento de capacidade produtiva (investimentos e em prazos não imediatos) por parte de concorrentes potenciais, o que exclui, por definição, as empresas que já atuam no mercado relevante.

¹⁰⁹ Entrada por novos concorrentes ou a expansão por conta dos que já estão no mercado precisam ser suficientes em tempo, alcance e probabilidade de deter ou frustrar qualquer ação danosa pela empresa concentrada... A habilidade da firma rival no mercado de expandir a capacidade rapidamente pode também representar uma

Todos os quatro guias estabelecem como características que darão relevância à entrada as qualidades de: provável, tempestiva e suficiente¹¹⁰. Para o Brasil e os Estados Unidos, o “ser provável” significa que a produção da entrante não acarrete, pelo seu adicional de produção, a redução de preços além do nível que vigorava antes da fusão. E, complementarmente, que seja lucrativa para a firma entrante a sua produção mínima com tais preços. Em outras palavras, que a escala mínima de produção da entrante seja menor que o nível de vendas que o mercado proporciona – o denominado Nível de Oportunidades de Vendas.

O Guia da União Européia e o do Reino Unido acompanham esse requisito, mas acrescentam como de significativa importância à história de empresas que entraram e as que saíram como referência do que seja uma entrada provável no mercado.

O Guia da União Européia destaca que exemplos históricos de entrada e saída na indústria podem prover a base para determinar o tamanho das barreiras à entrada. Nos EUA, de forma semelhante, apontam que a história é um ponto de partida para ajudar a identificar o tempo e as características que definirão o tamanho da entrada. No Brasil, as entradas ocorridas em até cinco anos serão consideradas como base para caracterizar as barreiras, isso se não comprovada alguma mudança na estrutura de mercado que as descaracterizem.

A tempestividade refere-se ao prazo mínimo necessário para iniciar-se a produção no nível da escala mínima viável – EMV. Os guias são unânimes em afirmar que o período relevante deve ser curto o suficiente para deter a exploração lucrativa dada pela ação do poder de mercado. O Brasil e os EUA determinam dois anos para a entrada tempestiva. Os outros dois guias não explicitam um tempo limite, apenas mencionam que a tempestividade será dependente das características e dinâmicas de mercado¹¹¹.

A suficiência, de certa forma, confunde-se com a entrada provável, pois também requer da produção da entrante um nível lucrativo aos preços pré-fusão e que a produção gerada pela nova(s) firma(s) não implique(m) a retirada de empresas já existentes por efeito da redução de

importante restrição à conduta da concentrada. Quando se considera a probabilidade de tal expansão em virtude do aumento de preço, a OFT considerará efeitos similares aqueles advindos pela nova entrada.

¹¹⁰ Vale mencionar que, segundo ICN (2004), o guia japonês não faz qualquer referência a esses três requisitos para entrada.

¹¹¹ O guia United Kingdom (2002, par. 4.23) assume posição dúbia quando diz que “entry within less than two years will generally be timely, but this must be assessed on a case by case basis” (entrada com menos de dois anos será geralmente tempestiva, porém isto deve ser avaliado sob o prisma da análise caso a caso).

preços (Guias do Brasil e EUA). Ou seja, após a entrada, os preços estabelecidos devem estar cobrindo os custos unitários em uma escala compatível com a demanda. O ponto que diferencia a suficiência da questão do provável é que a entrada suficiente anula o exercício de poder de mercado.

A União Européia destaca que produção de baixo volume, apenas setorialmente localizada ou que atenda apenas um nicho de produtos, não representa entrada suficiente, posto que não inibe o exercício de poder de mercado. Por conseguinte, a suficiência da entrada recomenda às novas firmas ocupar o espaço deixado pelas firmas que impuseram o poder de mercado. A União Européia e o Reino Unido enfatizam que, não raro, a reação das firmas existentes é um instrumento de quebra da suficiência da entrada. Elas utilizam mecanismos de acentuada redução de preços e investem na ampliação de capacidade, além de estabelecerem contratos de fidelização com clientes. A União Européia destaca que as firmas existentes podem oferecer descontos de preços (até mesmo em níveis predatórios) para os clientes cujas entrantes estejam tentando alcançar. Nos EUA não se considera como resposta das firmas existentes a redução de preços.

Em geral, a análise da entrada entre os guias estudados evidencia certa uniformidade de procedimentos. Abrangendo desde a identificação dos principais elementos que caracterizam barreiras à entrada como o tripé de itens do que bastaria para uma entrada inibir o exercício de poder de mercado (provável, tempestivo e suficiente), problemas como o de avaliar a real probabilidade da entrada ser provável, tempestiva e suficiente são fatores que os guias abordam de maneira comum. Os pontos que sumarizam a questão da entrada e expansão estão destacados no Quadro 10.

Itens	BR	EUA	UE	UK
Lado da substituição pela oferta (<i>short term</i>)	sim	sim	não	não
Entrada: provável, tempestiva, suficiente	sim	sim	sim	sim
Tempestividade definido em até dois anos	sim	sim	não	não
Barreiras (<i>sunk costs</i> , investimentos gerais...)	sim	sim	sim	sim
Emprego de Escala Mínima Variável	sim	sim	sim	sim
Importações como potencial entrada	sim	sim	sim	sim
Ênfase em história de sucesso e fracasso de entradas	não	não	sim	sim
Inclui resposta de acentuada redução de preços das existentes como resposta à entrada	não	não	sim	sim
Identifica as firmas em potencial de entrada	não	não	não	não

Quadro 10 – Itens de apuração na verificação de condições de entrada nos guias selecionados

6.1.6 As eficiências

A apuração das eficiências econômicas geradas pelo ato de concentração constitui-se, atualmente¹¹², de uma das etapas mais importantes, uma vez que possui a singularidade de poder compensar os efeitos anticompetitivos do ato, os quais, na ausência das eficiências, levariam à impugnação da fusão. Não obstante, como se verificará nas seções seguintes¹¹³, a investigação da eficiência não é de fácil identificação ou de fácil medição, inclusive quando visa constatar se o consumidor será beneficiado por ela.

Como visto no capítulo anterior, do ponto de vista teórico, a eficiência pode gerar efeitos pró ou anticompetitivos. Diz-se efeito anticompetitivo quando os ganhos resultantes, por exemplo, de economia de escala ou do aumento no poder de barganha na compra de insumos refletirem-se apenas em aumento de barreiras à entrada e, por isso, fortalece a posição de mercado da nova empresa em fusão.

O guia americano estabelece uma assertiva que, implicitamente, demonstra a influência da visão da escola de Chicago nas agências antitrustes americanas: “Indeed, the primary benefit

¹¹² Deve-se recordar que, nas primeiras décadas de lei antitruste americana (e de outras legislações como a do Brasil), a questão da eficiência era totalmente ignorada.

¹¹³ Como também se observa na discussão sobre inovações e eficiências no capítulo 4 desta pesquisa.

of mergers to the economy is their potencial to generate such efficiencies”¹¹⁴ (UNITED STATES, 1997, cap. 4). Isto é, sugere a eficiência como de resultado benéfico à sociedade e como de grande possibilidade de ocorrência em fusões.

As autoridades americanas aceitam como princípio universal a redução de preços no mercado, em virtude da geração de um mínimo de eficiências oriundo de um ato de concentração. Por conseguinte, a decisão por aprovação de fusões pode ocorrer mesmo em situações de redução na concorrência.

Do ponto de vista da estratégia empresarial, se as fusões servirem de meta para o alcance de eficiências necessárias à concorrência globalizada, tais eficiências podem resultar, também, em diversos dividendos à sociedade, ou seja, aprovação pelos órgãos antitrustes.

Os quatro guias, no entanto, destacam critérios que levem a separar as eficiências que podem ou não atenuar os aspectos adversos de uma concentração horizontal. São critérios como o de caracterizar e identificar as eficiências, os tipos e quais as eficiências marcadamente pró mercado. Dessa maneira, a prática das agências antitrustes na apuração das eficiências constitui-se na explicitação dos principais tipos de eficiências que devem ser identificados, medidos e ponderados para confrontá-los com o potencial de danos devidos à redução da concorrência ou do exercício do poder de mercado.

6.1.6.1 Eficiência sobre os mercados

Os ganhos de eficiência, como explicitamente afirma o guia do Reino Unido, podem elevar a rivalidade no mercado do produto abrangido pela fusão. O crescimento da rivalidade é mais provável quando as firmas em processo de fusão são relativamente as menores no mercado. A nova empresa concentrada, ao adquirir parcelas de mercado e ao gerar eficiências, passa a adquirir força, incrementando, assim, a disputa de mercado com as líderes.

O guia da União Européia argumenta que, em ambiente propício à coordenação de mercados, a geração de eficiências pós-fusão pode reduzir o risco da coordenação, possuindo a nova firma algum incentivo para aumentar a produção e reduzir preço. Levando ao limite, a geração de eficiências pode tornar a nova firma uma empresa *maverick* (de ações e posições de mercado independente), tornando-a menos sensível a apelos de ações coordenadas com as

¹¹⁴ Realmente, o benefício primário de fusões para a economia é o do potencial para gerar tais eficiências.

rivais¹¹⁵, o que seria objeto de atenção na questão da coordenação de mercado. Assim, pelo menos em tese, a eficiência deveria ser elemento também de avaliação ou pelo menos de menção na etapa investigativa dos riscos de coordenação.

6.1.6.2 Os tipos de eficiências

Os guias assumem posição consensual sobre como considerar as eficiências advindas da fusão e que podem ser avaliadas na análise. As agências de concorrência entendem que eficiências precisam: ser suficientemente evidentes de que ocorram; de que só seriam possíveis de ocorrência por motivo da fusão (específicas da fusão); e que sejam prováveis de gerar benefícios para os consumidores ou à sociedade.

Pelos guias, as eficiências precisam ser específicas ao ato de concentração. Isso quer dizer que não poderiam ser geradas por qualquer outra forma (menos danosa ao mercado) senão aquela em análise. Em se tratando de um ato de fusão, precisa-se verificar que as eficiências não poderiam ser obtidas, por exemplo, por uma *joint venture* ou outra forma de associação. Ademais, a eficiência não poderia ser possível por uma expansão de apenas uma das firmas em fusão¹¹⁶.

Os guias estabelecem para as partes interessadas (as empresas requerentes à aprovação do ato) a responsabilidade do levantamento de todas as informações necessárias à comprovação da especificidade da eficiência.

O guia brasileiro determina que as eficiências específicas só serão assim classificadas até o período-limite de dois anos. Ou seja, após esse prazo elas são consideradas alcançáveis por outras alternativas.

O guia americano exige que as eficiências sejam verificáveis. Entretanto, esse guia não define ou explicita um método específico para avaliar se as eficiências alegadas são verificáveis. Bockus, Northcut e Amijewski (2004) constatam a fragilidade no levantamento dessa verificação, posto que pode ser realizada por diferentes ramos de profissionais¹¹⁷, abrigando diferentes

¹¹⁵ Conforme apregoa o guia americano.

¹¹⁶ A expansão da capacidade por intermédio de uma única firma pode acarretar a perda de eficiências. Situações em que o acréscimo de custos para ampliar a produção seja mais oneroso do que na fusão ou que a produção adicional só seria possível a preços menores – dada a curva de demanda de mercado – são exemplos de ambientes nos quais a expansão por fusão é mais lucrativa do que por uma única empresa do mercado.

¹¹⁷ Contadores, acadêmicos, consultores, engenheiros e áreas do governo.

resultados e fontes, tornando mais complexa e difícil a verificação de como tais informações foram levantadas e possam ser checadas pelas autoridades antitrustes.

6.1.6.3 As eficiências mais consideradas

Inicialmente, os guias descartam a inclusão de ganhos pecuniários. Por exemplo, ganhos de barganha na compra de insumos não são considerados, pois são apenas mera transferência de renda entre agentes não proporcionando benefício líquido para a sociedade.

As eficiências sobre os custos podem se dar basicamente por redução dos custos fixos ou custos variáveis. O guia americano, britânico e o da União Européia distinguem a importância entre a redução de custos fixos e variáveis quando a eficiência visa à redução de preços. É bem mais frequente a aceitação da redução do custo variável (ou custo marginal) porque o custo variável incide mais diretamente sobre a redução dos preços, dada a verificação mais rápida da redução de custos e efeitos sobre os preços¹¹⁸. A transmissão da redução dos custos fixos para os preços não é sentida em curtos períodos de tempo, de forma que é considerada pelos três guias apenas em períodos de mais longo prazo (o que, teoricamente, eliminaria a existência de custo fixo).

O guia americano (UNITED STATES, 1997, p. 30) destaca que “the agency has found that certain types of efficiencies are more likely to be cognizable and substantial than others”¹¹⁹ trad. pelo autor. Admite que, dentro do conjunto de eficiências possíveis, aquelas geradoras de um modo de produção mais fácil e de menores custos marginais são mais fáceis de verificar e de se aceitar como de efeito pró-competitivo. Por sua vez, o guia classifica as eficiências relacionadas às atividades de P&D como pouco suscetíveis de verificação, podendo inclusive ser resultado de aspectos anticompetitivos¹²⁰. Outras eficiências, como as pertencentes a áreas de gerenciamento e do setor de compras, são tidas pelo guia americano como eficiências menos substanciais e menos prováveis de serem específicas à fusão. Embora o guia não mencione por

¹¹⁸ Lembrando pela microeconomia, a receita marginal é igualada ao custo marginal e que quanto maior o nível concorrencial mais provável que preços acompanhem os custos marginais.

¹¹⁹ A agência tem encontrado certos tipos de eficiência mais prováveis de reconhecimento e mais substancial do que outras.

¹²⁰ Talvez esteja implícita nesta questão parte do comportamento da teoria do monopolista inovador: ganhar mercado (a fusão), ter mais recursos e escalas para inovar e expulsar rivais do mercado.

quais razões essas últimas são pouco específicas ou substanciais, pode-se presumir que sejam em razão da dificuldade de medi-las (pouco tangíveis) e de não serem comprovadamente específicas.

O guia brasileiro apenas lista e conceitua determinados tipos de eficiência, isto é, não traz qualquer detalhamento que possa orientar os interessados sobre a forma de apresentá-las e o tipo de comprovação sobre a redução de custos. Ademais, não hierarquiza os tipos de eficiência com maior ou menor aceitação pelas autoridades antitrustes. Por conseguinte, tende a ser menos abrangente que os demais guias nessa questão.

6.1.6.4 A transferência dos benefícios da eficiência aos consumidores

A redução de custos por ocasião das eficiências pode ser ou não transferida aos preços. Um dos fatores que podem afetar essa transmissão é o nível de concorrência do mercado. Níveis baixos de concentração (maior concorrência) estimulam as firmas a repassar a redução dos custos aos preços no propósito de ganhar mercado. Quando a concentração é relativamente alta, esse estímulo tende a se reduzir. Os guias dos Estados Unidos, da União Européia e do Reino Unido assumem que raramente consideram os benefícios da eficiência em fusões onde os mercados são próximos ao do monopólio. O guia da União Européia afirma que “the greater the possible negative effects on competition, the more the Commission has to be sure that the claimed efficiencies are substantial, likely to be realised, and to be passed on to a sufficient degree, to the consumer”¹²¹ (EUROPEAN UNION, 2004, par. 84).

O guia britânico assevera que a sua agência deve estar segura de que os benefícios da eficiência passados para os consumidores devem ser contabilizados como suficientes para a aprovação de fusões que são prováveis de reduzir a concorrência. Somente em raras ocasiões, segundo aquele guia, essa possibilidade é realmente verificada¹²².

O guia brasileiro não traz qualquer ponderação para tal fato, apenas revelando que o exame é feito pelo critério do benefício líquido das eficiências para cada caso apresentado. Isto

¹²¹ Quanto maior a possibilidade de efeitos negativos sobre a concorrência, tanto mais a Comissão tem de estar segura de que as eficiências apresentadas são substanciais e prováveis de realização e transferida de forma razoavelmente suficiente para o consumidor.

¹²² O argumento da falência da firma (*‘failing firm’*) em caso da inviabilidade da fusão pode, em tese, justificar uma fusão altamente concentradora de mercado. Outra possibilidade seria a de que, supondo-se a mesma demanda e, por conseguinte, nenhuma alteração da curva de receita marginal, a redução de custos marginais implicará redução de preços mesmo se a firma for monopolista.

é, permite admitir que as eficiências sejam avaliadas no mérito de suas considerações, podendo ou não assumir relevância a natureza do mercado concentrador.

6.1.6.5 O critério de medida do benefício líquido

Como critério básico de decisão sobre como a eficiência se traduz em benefício para o consumidor, a avaliação da redução de preços está presente em todos os guias, isto é, das eficiências que resultam em redução de custos, valerão para a autorização de fusões aquelas propícias a causarem queda no preço dos produtos. Esse é o critério do preço com base no conceito do excedente do consumidor. No entanto, pela extensão de tantas outras eficiências, como por diversos mecanismos que podem beneficiar os consumidores, os guias também utilizam outros critérios de bem-estar além da diminuição de preços. Afinal, pelo conceito de eficiência dinâmica, o consumidor pode se beneficiar de uma fusão que tenha acarretado aumento de preços se tal situação estiver associada a uma relevante melhoria na qualidade dos produtos.

Não se verificou, nos quatro guias estudados, a consideração do critério de bem-estar do excedente total do consumidor. Vale dizer, a utilização do excedente total necessita de um critério de valor para a transferência de renda e bem-estar, posto que a utilidade marginal da renda para os diferentes agentes, de diferentes classes econômicas, certamente, não é a mesma e tampouco está livre de controvérsias ou ambigüidades. Mesmo no caso em que haja aumento de qualidade e preço do produto, a verificação de que o bem-estar aumentou ou caiu passa por tal dificuldade. Essas questões colocam a apuração das eficiências como de características limitadas, entre outros fatores, por conta também do intrínseco julgamento de valor a ela associada.

Os guias reconhecem, explicitamente, a dificuldade de quantificar e estimar as eficiências. Nas palavras do guia americano (UNITED STATES, 1997, cap. 4): “Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firm”¹²³. O guia brasileiro alega que parte dessa dificuldade advém do fato de que são eventos futuros e certamente, na confrontação com os custos da fusão, o problema é adicionado por conta da falta de critérios definidos e utilizáveis para medir o bem-estar.

¹²³ Eficiências são difíceis de verificar e quantificar, em parte devido ao fato de que muitas das informações são de posse das firmas em fusão.

Todos os guias, exceto o brasileiro, apontam que deve ser considerado como um fator favorável à aprovação da fusão se uma das partes estiver em iminência de sair do mercado. Nessas circunstâncias, os danos da fusão devem ser abrandados, dado o aproveitamento dos ativos daquela firma e outros possíveis danos ao mercado que poderiam ocorrer. Em geral, três pontos precisam ser observados para considerar o *failing firm*: a) que a possível falência seria por problemas financeiros insolúveis para aquela firma; b) não haveria alternativa menos anticompetitiva do que a operação de fusão; e c) os ativos da firma seriam inevitavelmente inutilizados no mercado.

6.1.6.6 Os guias em resumo

A despeito de diferentes graus de experiência, recursos ou orçamentos, pôde-se verificar que há mais semelhanças nos procedimentos e princípios de análise dos guias do que diversidades.

Basicamente, os pontos em comum referem-se a instrumentos como a utilização do teste do monopolista hipotético – TMH para a definição do mercado relevante, embora com algumas diferenças metodológicas, e questões ligadas à etapa de análise das Eficiências Econômicas.

Essas diferenças podem ser exemplificadas com a metodologia para o TMH, que no Reino Unido considera o lado da oferta, enquanto nos Estados Unidos apenas a substitutibilidade pelo lado da demanda é considerada. Essa diferença, entretanto, não causa grandes problemas nos resultados finais. Não há na literatura estudada, testes empíricos que respondam qual das duas alternativas metodológicas é mais eficaz na prática.

A grande vantagem de seguir a utilização do lado da oferta no TMH seria o que o guia do Reino Unido afirma, ou seja, a de o mercado relevante apontar mais rapidamente a pouca importância da fusão dado o baixo impacto na concentração. Essa celeridade na investigação proporciona alguma economia processual e redirecionaria a atenção das autoridades para os casos de maior complexidade, questão tão levantada atualmente.

Há certa distinção conceitual no que se refere ao grau de elementos que caracterizem a entrada como fácil. A União Européia e o Reino Unido referem-se a entrada como “nova entrada” para considerar a facilidade de realocação da produção como uma forma de efeitos

similares à entrada, a que chama “expansão”. Os demais guias seguem o conceito de entrada na linha tradicional da Teoria da Organização Industrial.

As limitações e vários pontos não claros aos guias também foram objeto de bastante semelhança. Não está claro o procedimento prático do teste TMH ou como se estimam os produtos e mercados relevantes. Nem ao menos se menciona, pelo menos de forma expressa, que as partes interessadas apresentam os dados de mercados¹²⁴ e são sugestivos à formação da conclusão sobre a definição de mercado. Atentando sobre alternativas do TMH, o guia brasileiro assinala “ [...] seja qual for o método utilizado, 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” (BRASIL,2001, p. 9).

Na etapa das eficiências, as limitações recaem sobre o problema de ser de difícil verificação e quantificação, seja por ser tratar de um evento futuro (conforme argumenta o guia brasileiro), seja por ser de responsabilidade das interessadas a apresentação e a prova de que elas são possíveis de ocorrer. Pelo fato de que as requerentes são as que naturalmente possuem o maior conhecimento sobre o conjunto de eficiências possíveis de serem geradas, e também as maiores interessadas em que elas sejam apresentadas como as mais altas possíveis, a sua precisa comprovação sempre será objeto de bastante investigação.

6.2 O padrão de investigação econômica da SEAE

Nesta seção examina-se uma amostra de 117 pareceres, do universo de 3.015 emitidos pela SEAE no período de 2000 a 2004. Os pareceres econômicos selecionados são os de versão pública referentes aos Atos de Concentração – AC – horizontal do setor de produtos agrícolas e agroindustriais analisados pela Coordenação Geral de Produtos Agrícolas e Agroindustriais – COGPA, da SEAE. Esses compreendem os subsetores de Sementes, Fertilizantes e Defensivos Agrícolas, Produtos Veterinários, Produtos Alimentícios e Outros.

¹²⁴ No Brasil, pelo que se deduz da amostra de casos apreciados na seção seguinte, nos casos comuns as apresentações de dados são informativos simples sobre características da demanda, produção e venda dos produtos e descrições acerca das condições de comercialização e venda nos mercados. Em casos de maior repercussão e de grande concentração, as partes interessadas apresentam estimativas de elasticidades, o que não raro, são objeto de contestação. Ver, por exemplo, os casos BR Participações-G. Barbosa e Nestlé-Garoto na seção 6.3.

A data de chegada do processo à SEAE foi o critério para enquadrar o parecer no ano estudado. Ou seja, se um parecer iniciado em um determinado ano foi concluído em ano subsequente, tal parecer foi classificado pelo ano de início. Os pareceres do ano de 2004 aqui examinados foram os que estiveram disponibilizados no portal da SEAE, com acesso em março de 2005.

6.2.1 Os pareceres econômicos

A Tabela 4 resume a interpretação desta pesquisa sobre o procedimento de investigação econômica da SEAE baseado na amostra de pareceres selecionados. Inicialmente deve-se ressaltar que a natureza da análise econômica antitruste é marcada pela controvérsia, dada a multiplicidade de interpretação que o conjunto de informações econômicas pode gerar. Portanto, trata-se de uma entre tantas outras possíveis interpretações sobre os procedimentos e resultados encontrados, em que se procura basear como linha argumentativa os conceitos e instrumentos econômicos utilizados pela Secretaria em consonância com os ditames legais e o que a literatura econômica oferece.

Tabela 4 – Pareceres referentes aos atos de concentração horizontal, no setor agroindústria, no período de 2000 a 2004

Itens	2000	2001	2002	2003	2004
Prazo médio (dias)	76	102	61	74	72
Prazo acima do legal (% do total)	44	75	50	36	36
Decisão com base no grau de concentração (% do total)	33	59	48	31	33
Outras decisões (% do total)	26	15	21	13	0
Regra <i>per se</i> (% do total)	23	17	18	0	17
Pragmatismo (% do total)	26	17	12	24	33
Utilização de estimativas (% do total)	3	0	0	5	0
Falhas de análise (% do total)	9	17	6	5	17
Transações globais (% do total)	3	22	11	29	44
Intercâmbio de informações (% do total)	0	5	11	0	33
Procedimento sumário ¹ (% do total)	15	29	69	57	50
Total de pareceres	39	27	19	23	9

Fonte: Brasil (2004)

¹ A Resolução n.15/98 consagrou a primeira versão do procedimento simplificado de análise, cuja última formalização foi dada pela Portaria SEAE n.72/2002.

A análise dos resultados gerou as seguintes conclusões:

1) Em todos os anos, o prazo médio da produção de pareceres superou o dobro do prazo legal de 30 dias. Em relação à proporção do número de casos acima do prazo, apenas em 2001, o número de processos foi significativamente superior ao da metade do total. De todo modo, a ultrapassagem do prazo de 30 dias não necessariamente atesta a lentidão da análise por conta da agência antitruste ou a violação do prazo legal. A legislação determina a paralisação dos dias contados sempre que se solicita nova informação às requerentes. Mesmo assim, tal indicador expressa na prática a rapidez com que os atos são julgados, o que representa um item na eficácia da política antitruste. Não há sinais claros de uma queda na duração do tempo médio de análise ao longo dos anos examinados.

Os melhores resultados iniciados em 2002 e mais intensos em 2003 e 2004 podem ser reflexos da adoção em 2002 do Procedimento Sumário para Análise de Atos de Concentração. Observa-se, pela Tabela 4, a elevação na proporção de casos analisados sob a forma de Procedimento Sumário. Possivelmente, essa redução no tempo de análise deve ser ainda maior para o ano de 2005 e para os anos que se seguirão, tendo em vista a criação do Rito Conjunto de Análise de Atos de Concentração¹²⁵, no primeiro semestre de 2004. Por esse documento, a análise de casos de AC passou a ser realizada da seguinte forma: casos simples são objetos de análise sucinta na SDE; para aqueles não tidos como simples, a SEAE e SDE analisam ao mesmo tempo para a recomendação conjunta. Portanto, a redução do tempo médio pode se consolidar com a prática desses dois ritos ao longo dos anos.

A relevância de procedimentos de análise sumária pode ser ilustrada por alguns pareceres cujo período despendido em análise mostrou-se notoriamente desnecessário. São exemplos:

- a) AC 08012.0772 – fevereiro/2001¹²⁶. Requerentes: Intervet S.A. e Distrivet. Operação: acordo de distribuição exclusiva de produtos. O ato não gerou qualquer concentração, mas sem qualquer motivo aparente demandou 83 dias para conclusão.
- b) AC 08012.3053 – maio/2001. Requerentes: Monsanto e Akagro. Operação: incorporação da Akagro pela Monsanto. O parecer despendeu 332 dias para finalizar na etapa II do Guia (índice de concentração) considerando três produtos relevantes, em que a parcela de mercado da Akagro em nenhum dos três mercados atingiu sequer 1% de concentração econômica.

¹²⁵ Criada através de portaria conjunta entre a SEAE e SDE.

¹²⁶ A forma de referência de cada caso representa: o número de entrada do processo do ato de concentração na SDE, o mês e o ano de entrada do processo. As requerentes são as empresas objeto do ato de concentração.

- c) AC 08012.5392 – outubro/2001. Requerentes: Coimex e Refinadora Óleo Brasil. Operação: aquisição de um armazém da Óleos Brasil pela Coimex. O critério do faturamento que aciona a investigação referiu-se ao faturamento do grupo controlador das requerentes (não seria se o faturamento fosse o das requerentes) e a concentração que o ato gerou em nenhum dos dois mercados relevantes identificados ultrapassou 2%. O tempo corrido do processo foi de 124 dias.
- d) AC 08012.7173 – novembro/2001. Requerentes: Cia. Cafeteira de Armazéns Gerais e Itaucard Administradora de Cartão de Crédito. Operação: aquisição de ativo da Itaucard. A conclusão foi de substituição de um agente econômico por outro sem qualquer concentração. O período do processo foi de 41 dias.
- e) AC 08012.0772 – maio/2002. Requerentes: Florestal Itajaí e Battistela Reflorestamento. Operação: aquisição de parte do negócio de reflorestamento. A concentração com o ato foi de apenas 2,8%. O tempo decorrido para este processo foi de 67 dias.

Para os casos visivelmente não ameaçadores à concorrência, como os supracitados, esperar-se-ia que estivessem enquadrados dentro da tempestividade disciplinada pela legislação. Mesmo que a extensão do tempo decorra da lentidão das requerentes em fornecer as informações exigidas, deve-se reconhecer que ações devem ser tomadas para encurtar o tempo gasto para análise econômica dos casos mais simples.

O tempo econômico de entrada e conclusão (não descontados os períodos de suspensão do prazo) do universo de pareceres referentes aos atos de concentração produzidos pela SEAE entre 2000 e 2004 é mostrado na Tabela 5. Desconsiderando-se o ano 2000 por força da indisponibilidade de dados, confirma-se o declínio do tempo médio de análise¹²⁷. De igual forma, em relação aos dados amostrais anteriores, a redução se mostrou mais acentuada nos anos de 2002 e 2003, possivelmente pelas possíveis conseqüências das medidas tomadas pelas Secretarias, como dito anteriormente.

¹²⁷ Em cada um desses três anos, o tempo médio de análise dos AC na SDE foi inferior ao prazo alcançado pela SEAE. Abstraindo-se de diferenças no número de processos analisados, o tempo médio de elaboração de parecer na SEAE tende a ser superior em virtude de ser a primeira agência do SBDC a realizar a análise. Portanto, a Secretaria, em grande parte das vezes, acaba elaborando a maior parte dos elementos contidos nos processos. Para consultar o fluxo de ACs protocolados e concluídos pela SDE, ver dados dessa agência, disponíveis em: <<http://www.mj.gov.br/SDE/dpde/Graficos.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2005.

Tabela 5 – Número de atos de concentração examinados pela SEAE e tempo médio de análise, no período de 2000 a 2004

Ano	Atos de concentração (AC)	Tempo em dias
2000	578	...
2001	588	123
2002	584	110
2003	422	80
2004	561 ¹	65

Fonte: Brasil (2005a)

¹ Número agregado de processos de AC e Condutas Anticoncorrenciais.

2) A terceira e a quarta linha da Tabela 4 mostram, respectivamente, a porcentagem dos casos cuja recomendação foi gerada na etapa de avaliação da concentração e os casos em que se prosseguiu com o guia além dessa etapa. Observe-se que a soma dessas duas linhas não exaure o total dos casos examinados, tendo em vista outros procedimentos, como o Rito Sumário, e alguns atos notificados de natureza extremamente simples¹²⁸ que sequer mereceram uma análise propriamente dita.

A porcentagem dos casos em que a análise prosseguiu além da segunda etapa do guia dá uma indicação de quanto se demandou por análises mais aprofundadas. Do total dos casos amostrais, 47 pareceres (cerca de 40% do total) foram conclusivos apenas ao determinar a parcela de concentração das requerentes. Outros 21 pareceres (cerca de 18%) estenderam a análise para além da etapa II. Destes, quatro obtiveram a recomendação por aprovação condicionada a alterações de cláusulas contratuais da operação. Em um quinto parecer, a SEAE recomendou a não-aprovação¹²⁹.

Na grande maioria dos casos em que se prosseguiu com a análise além da etapa de identificação da concentração, os pareceres recomendaram as operações por identificar baixa possibilidade de exercício de poder de mercado. Nesta etapa, predominaram os itens “Rivalidade” e “Condições à entrada”. Em poucos casos, os pareceres abordaram a geração de

¹²⁸ Operações como substituição de agentes econômicos e ingresso de empresa estrangeira iniciando pela primeira vez a atividade comercial em apreço.

¹²⁹ Caso Nestlé-Garoto, estudado na seção seguinte.

eficiências. Quando as fizeram, não se observou o emprego intensivo e acurado de estudos econométricos e estatísticos para a aceitação destas.

4) Considerou-se como forma pragmática de análise a interpretação da SEAE de desconsiderar como relevantes à criação de poder mercado as situações em que:

- a) os acréscimos de concentração com o ato fossem menores que 5%. Em alguns casos, como pode ser observado no parágrafo seguinte, o acréscimo foi ainda maior;
- b) o mercado já era concentrado antes da operação entre as empresas. Nesse caso, a SEAE justificava não haver nexos causal entre o ato e a criação de poder de mercado, posto que anteriormente à operação o potencial de poder de mercado já ocorria.

Cumprir observar que em alguns casos a elevação da concentração se mostrou realmente de pouca expressividade, o que leva a considerar acertada a argumentação da Secretaria. No entanto, em outras operações esse procedimento pode ser interpretado como inadequado, uma vez que em várias ocasiões o acréscimo da concentração foi acima de 5%, conforme mostra a Tabela 6. Observe-se que no parecer do caso Perdigão-Batávia, em um dos dois produtos relevantes, a concentração do ato esteve acima de 20% e o índice de concentração, CR4, acima de 75% (limites estipulados pela lei). Mesmo assim, o aumento de 6,3% de concentração gerado com a operação foi considerado irrelevante.

Observe-se também que acréscimos de concentração fortalecem e aumentam a possibilidade de uso do poder de mercado. Ao se consolidar a permissão de pequenos incrementos de concentração em mercados concentrados, estar-se-á viabilizando uma possível estratégia empresarial de aquisição de empresas com parcelas pequenas de mercado, de modo a evitar o rigor de uma análise mais contundente dos órgãos de defesa da concorrência.

Os pareceres cuja decisão de aumento de concentração foi considerada insignificante estão resumidos na Tabela 6.

Tabela 6 – Pareceres de atos de concentração do grupo COGPA da SEAE considerados como de aumento de concentração irrelevante, no período de 1999 a 2004

AC n. 08012	Data	Requerentes	Parcela de mercado (%)		C4 pós-ato (%)
			Requerente A	Requerente B	
3996	Abr./00	Basf/American Home*
1922	Fev./00	Perdigão/Batávia	23,01	2,37	...
1922	Fev./00	Perdigão/Batávia	23,4	6,3	77,42
	Jul./00	Dinamilho/EBS			
5510	Out./00	Pfizer/Phillip Brother	29,0	2,1	31,01
3053	Maio/01	Monsanto/Akagro	44	1	45,66
3053	Maio/01	Monsanto/Akagro	52	0,06	52,94
3053	Maio/01	Monsanto/Akagro	23	1	24,14
3275	Maio/01	Phármacia/Merial	24	9	54,00
4705	Ago./01	Effem/Royal Canin	16	3,39	47,00
4705	Ago./01	Effem/Royal Canin	32,76	0,75	68,09
6680	Out./01	Recall/TNC File	28,5	8	< 75
6805	Nov./01	Parmalat/Prod.Fleischmann	36,5	0,9	85,81
8375	Nov./02	Basf/Bayer	4,6	20,15	...
8375	Nov./02	Basf/Bayer	61	7,3	...
1091	Fev./04	Cargill/Nutricia	100
6055	Fev./04	Kremon/Nutricia	> 20%	< 1	> 75
1927	Mar./04	Valent/Cetis	27,92	4,8	84,76

Notas: ... Dados confidenciais.

* Determinados 35 produtos relevantes, 23 foram classificados como não considerados os mercados relevantes em que a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado já existia antes da operação.

3) Outro ponto tido, na melhor das hipóteses, como pragmático foi o de a SEAE somar os faturamentos brutos das requerentes e apresentá-los como se enquadrando na lei. O ato em questão foi o AC 6.102/00, referente à aquisição da Camil Alimentos S/A pela CHLLC Participações Ltda. Os faturamentos brutos das requerentes não alcançaram o mínimo para a entrada no sistema. Pelas palavras da SEAE no parecer (p. 3), “o referido ato de concentração foi submetido ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência pelo fato de as requerentes possuírem, juntas, faturamento superior a R\$ 400 milhões” (grifo nosso).

4) Como falha de análise foram computadas restrições à análise, como: insuficiência de dados para a análise do parecer; erro técnico na utilização de conceito ou instrumental econômico; investigação precoce, sem que questões relevantes tenham sido examinadas; e

inconsistência nos argumentos ou justificativas dos pareceres. Alguns exemplos são mencionados a seguir¹³⁰:

- a) AC 08012.6365 – outubro/2001 Requerentes: Bunge Alimentos e Moinhos trigo. Falha de análise: o parecer informou o acréscimo de participação de mercado como de 2,77%. Na verdade o acréscimo seria de 7,6%. A diferença entre esses patamares decorre do fato de o parecer ter utilizado o mercado com agregação de vários produtos, quando o correto seria o mercado segmentado pelo produto relevante. Por conseguinte, a concentração de mercado passaria de 16% para 24%, o que implicaria prosseguir a análise.
- b) AC 08012.9181 – novembro/2003. Requerentes: Du pont de Nemous and Company e Griffin Corporation of Valdosti, Geórgia. Falha: constituiu-se de operação realizada no exterior, onde as empresas não apresentaram faturamentos suficientes pelo critério do SBDC. Tampouco apresentou qualquer efeito à concentração dos mercados relevantes brasileiros. A análise se mostrou desnecessária até mesmo para o Procedimento Sumário.
- c) AC 08012.3915 – julho/2000. Requerentes: Sadia S.A. e Granja Rezende S.A. Falha: o parecer determina a parcela de mercado de 24% para uma das requerentes, porém, com base no parecer concluído meses atrás, a mesma requerente teria 25,38% no mesmo mercado relevante.

5) Os itens referentes a transações globais e intercâmbio de informações são diretamente relacionados. O primeiro aponta a porcentagem de operações com envolvimento de pelo menos uma empresa estrangeira no ato. A totalidade dos casos abrangeu operações sem impactos diretos no mercado nacional, outras que representaram mera entrada de empresa estrangeira no mercado nacional sem impacto sobre o nível de concorrência, e substituição de agente econômico nacional por empresa externa. Em nenhum dos casos registrados verificou-se uma situação que envolvesse uma necessidade de troca de informações ou experiência na dimensão de um acordo de cooperação entre agências. As trocas de informações entre agências limitaram-se à apresentação de dados gerais sobre o papel das empresas em seu mercado de origem.

6) Por fim, como já assinalado nesta pesquisa, a notificação da operação é obrigatória caso qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400 milhões de reais. Três interpretações acerca da abrangência do faturamento bruto são possíveis: o faturamento considerando apenas as empresas requerentes; o faturamento

¹³⁰ Em razão do expressivo volume de casos, encontra-se no Anexo A a descrição detalhada das questões de falhas de análise, pragmatismo e o que se considerou indicação do critério *per se* encontrado nos pareceres.

pela dimensão nacional; ou pela dimensão mundial do grupo controlador das empresas requerentes. O SBDC, até o ano de 2004, utilizou a dimensão pelo grupo mundial ou pelo grupo controlador da empresa participante da concentração.

Pode-se admitir que pelo menos em primeira instância, do ponto de vista econômico, o importante seria a expressão do faturamento da empresa na dimensão nacional, posto que capta mais objetivamente o peso da operação econômica no mercado relevante. Por sua vez, o critério do grupo mundial pode ser interpretado como o atendimento ao critério estrito da lei, posto que foram observados vários atos de efeito inócuo ao ambiente concorrencial cujo faturamento das requerentes estiveram bem abaixo do valor especificado pela legislação, mas que deram entrada no SBDC por intermédio do faturamento do grupo controlador. A determinação do CADE de considerar o critério nacional caminha no sentido de confirmar que a estrita exigência do faturamento mundial representa uma forma de aplicação *per se* da lei no critério do faturamento. De acordo com essa interpretação, foram contabilizados como regra *per se* os casos que não precisariam ser notificados se o critério do faturamento mundial não tivesse sido utilizado.

São exemplos de casos em que o faturamento nacional e o faturamento das requerentes apresentaram valores bastante abaixo do mínimo exigido, embora tenham sido geradas análises: AC 08012.6680 – novembro/2001, das requerentes Recall Corporation e Tncfile, com faturamento de R\$ 28 milhões e R\$ 7 milhões, respectivamente; e AC 08012.1852 – maio/2001, entre as requerentes Phamácia BR Ltda. e Merial Saúde Ltda., com faturamentos respectivos de R\$ 231 e R\$ 165 milhões.

No exame dos pareceres elaborados no COGPA, em nenhum dos casos em que a notificação seria dispensada pela adoção do critério do faturamento bruto pelo da empresa requerente (não o do grupo controlador) houve recomendação por aprovação com restrição ou por não-aprovação. Com efeito, teria se caminhado na direção de direcionar os recursos humanos e materiais aos casos de maior complexidade, gerando eficiência e eficácia ao sistema.

Indagações mais gerais puderam ser retiradas dos pareceres estudados:

1. Não está explícito se e como o teste do monopolista hipotético é realizado nos pareceres técnicos da SEAE. Em nenhum dos pareceres foi explicitado como o teste do monopolista hipotético foi aplicado. A leitura dos pareceres sugere que o mercado relevante é identificado com base em informações descritas das requerentes, rivais e demais agentes relacionados ao mercado, procurando seguir a lógica do TMH. Do ponto de vista técnico, a mais precisa

identificação do mercado relevante pelo uso do TMH envolveria estimativas de elasticidades preço e cruzada na curva de demanda, o que dependeria da escolha da correta forma funcional da demanda e da disponibilidade de dados. Conforme apontam vários autores, como Pioner e Canêdo-Pinheiro (2005), o natural tempo exíguo que cerca a investigação antitruste pode ser uma das razões para tal método tornar-se de difícil utilização na prática.

2. Não se observou o emprego do índice HHI como método de determinação da concentração de mercados.
3. A incidência de pareceres que desconsideram acúmulos de concentração inferiores a 10% dá indicações do padrão de atuação da SEAE nesse ponto. Foram observados casos em que a concentração do ato ultrapassou os 20%, mas, por conta de acréscimos inferiores a 5%, foram ditos insignificantes. Em outros, já existia concentração superior a 20%, bem como na razão da concentração das quatro maiores empresas, havia percentuais acima de 75%, mas, por conta de tais acréscimos serem inferiores a 5%¹³¹, não se continuou a análise. Nesses últimos, o que foi considerado como posição pragmática poderia estar no limite de se denominar uma falha de análise. Afinal, a criação do poder de mercado ou o acréscimo é o ofício da análise antitruste. Em situações em que tal poder surge ou se eleva, pelo menos uma análise mais acurada, em que pesem questões sobre possibilidade e eficiências, deve ser efetuada.
4. Não foram observadas divergências entre as recomendações da SEAE e as decisões do CADE nos pareceres estudados. Das quatro recomendações por aprovação do tipo restritivo, em duas delas o CADE não julgou por desistência das empresas na operação antes do julgamento; a terceira restrição imposta pelo CADE foi bastante semelhante à da SEAE; e a quarta não foi identificada dentro do relatório anual de atividades do CADE. O único parecer com recomendação por não-aprovação também foi objeto de recusa da operação pelo CADE.

6.3 Atos de concentração selecionados

Conforme mencionado no capítulo 3 desta pesquisa, a base legal para a avaliação e decisão sobre os atos de concentração do tipo horizontal é disciplinada pelo artigo 54, §1 e 2 da Lei 8.884/94. O Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, doravante

¹³¹ No caso Pharmácia-Merial (ver Tabela 6), o acréscimo de concentração alcançava cerca de 9%.

guia, representa, portanto, a execução e o atendimento do disposto neste artigo¹³², envolvido no conjunto de cinco etapas de análise econômica. Conforme assinala OECD (2005, p. 30), o CADE não reconhece oficialmente o guia, posto que não há qualquer Resolução daquele órgão que a ele faça referência. No entanto, desde que o guia foi elaborado o CADE tem se direcionado através daquelas diretrizes no julgamento dos casos, até porque os pareceres da SEAE e SDE que são legalmente encaminhados ao CADE seguem formalmente os procedimentos dispostos no guia.

Esta seção, através do exame de três relevantes operações de concentração horizontal apreciados no SBDC, objetiva, entre outras questões, avaliar como e em que grau o CADE e a SEAE desempenharam suas funções no campo da análise econômica, tendo como referência os procedimentos dispostos no guia. Basicamente, esta seção visa trazer elementos para as respostas das seguintes questões:

- a) As decisões do CADE têm seguido as recomendações da SEAE?
- b) As argumentações do CADE têm sentido metodológico e analítico compatíveis aos trabalhos da SEAE e aos procedimentos do guia?
- c) Como o guia tem sido utilizado na prática de análise da SEAE?

A Tabela 7 fornece alguns números sobre os atos de concentração apreciados pelo SBDC desde os anos de 2000 a 2005.

Tabela 7 – Casos de concentração horizontal julgados pelo SBDC, no período de 2000 a 2004

Ano	AC analisados	Aprovados	Aprovados com condições		Reprovado
			Estrutural	Comportamental	
2004	618	574	2	41	1
2003	491	484	1	6	0
2002	485	474	0	11	0
2001	571	559	0	12	0
2000	507	490	1	14	2
Total	2.672	2.581	4	84	3

Fonte: Brasil (2005b) e OECD (2005)

¹³² Há de se observar alguns parágrafos neste artigo que tratam de outras questões naturalmente não compostas no Guia, como os parágrafos 4.º e 5.º, que dispõem, respectivamente, sobre prazo de notificação do Ato e sobre aplicação de multas em situação de não-cumprimento de exigências por parte das requerentes.

Como se pode verificar, de 88 casos de aprovações com restrições, quatro caracterizaram-se por medidas estruturais, isto é, aquelas em que houve a determinação para a alienação dos ativos. Considerando como exame mais aprofundado os casos que resultam em decisões acompanhadas de condições estruturais, esta pesquisa selecionou dois desses três casos, além do único julgamento em que houve, até o presente momento, reprovação absoluta da operação¹³³.

Com isso exposto, os atos de concentração selecionados para o estudo são:

1. BR Participações e Empreendimentos S/A, G. Barbosa & Cia. Ltda. e Serigy participações e Empreendimentos Ltda. de 2003.
2. Gatorade da Pepsi Co;
3. Nestlé-Garoto.

Em cada um destes casos, será apresentada a partir de cada etapa do guia, a análise da SEAE e do CADE com a qual esses órgãos formaram suas posições (ou decisões), buscando também identificar o grau de utilização do receituário e dos procedimentos constantes no guia.

1.º Caso - BR Participações S/A, G. Barbosa e Serigy – AC 08012.006976/2001-58

Descrição resumida

Trata-se de um ato da aquisição pela BR Participações e Empreendimentos S.A. (BRPAR) de todos os ativos, estoques e direitos creditórios do cartão “Credi-Hiper” das empresas G. Barbosa & Cia. (G. Barbosa) e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., relacionadas ao comércio varejista. A operação ocorreu em 19 de outubro de 2001. O mercado relevante consiste da venda de bens duráveis e não-duráveis realizadas em supermercados e em hipermercados em várias cidades da região Nordeste, entre elas Aracaju, Sergipe e Feira de Santana.

A operação fora, por unanimidade, aprovada com restrições nos termos do voto Relator em dezembro de 2003.

*As requerentes*¹³⁴

¹³³ Também contribuiu para a escolha a disponibilidade de informações, acesso aos documentos, emprego de análises mais aprofundadas pelos agentes envolvidos (as agências e requerentes), permitindo, assim, maiores possibilidades de dados para atender aos objetivos acima descritos.

¹³⁴ Situação das empresas na época do julgamento da operação.

A BRPAR é uma empresa *holding* sediada na cidade de Recife-PE, pertencente ao grupo Royal Ahold (de origem holandesa, detém no mundo cerca de 9.000 estabelecimentos, entre supermercados e lojas de conveniências). É acionista majoritária da Bompreço S.A. Supermercados do Nordeste, que controla a empresa Bompreço Bahia S.A. – Bompreço.

A G. Barbosa consiste em uma sociedade por quotas de responsabilidade sediada no Estado de Sergipe. Atua no setor supermercadista nos estados de Sergipe e Bahia, com 32 estabelecimentos.

A Serigy é uma sociedade por quotas de responsabilidade que é controlada pelas mesmas pessoas físicas que detêm o controle da G. Barbosa.

As etapas do Guia

Foram identificadas concentrações de mercado nas cidades de Salvador-BA, Feira de Santana-BA e Aracaju-SE; as demais foram classificadas como operação de substituição de agente econômico, o que tornou desnecessário o prosseguimento de análise nesses mercados.

1. Definição do mercado relevante

– SEAE

Seguindo metodologia da Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS, o mercado relevante de produto foi definido por intermédio de raios de influência, denominados isocotas. Por conseguinte, o mercado de produto consistiu na cesta integrada de bens referentes aos produtos de super e hipermercados, excluindo-se os pequenos estabelecimentos varejistas, visto que, estes últimos, oferecem cesta de bens inferiores, o que confere pouca substitutibilidade aos consumidores.

– CADE

Acompanhou a argumentação e o mercado relevante definido pela SEAE. Citou jurisprudência internacional de casos julgados nos EUA, na União Européia e na Argentina para respaldar sua argumentação.

As requerentes apresentaram pesquisas realizadas por empresas de consultoria, fornecendo estimativas de elasticidades-preço cruzadas por categoria de produto. Os resultados destas recomendavam incorporar os estabelecimentos de auto-serviços e outros equipamentos do varejo tradicional como integrantes do mercado relevante. Com efeito, a parcela de concentração das requerentes tenderia a se reduzir. O CADE rejeitou essa argumentação principalmente por hipóteses fortemente irrealistas¹³⁵, que causariam, ainda segundo o CADE, um viés significativo às conclusões obtidas.

– O grau de utilização do Guia

Constata-se que o CADE e a SEAE identificaram o mercado relevante pelo conceito de substituição de produtos pelo lado da demanda, conforme determina o guia na elaboração do

¹³⁵ Segundo o conselheiro-relator do CADE, a pesquisa supõe informação perfeita sobre os preços do mercado pelo consumidor, não reproduz ambiente típico de compra do consumidor, tampouco considera a conveniência da compra numa única parada, e não considera a existência de restrição orçamentária dos consumidores.

TMH. A lógica operacional do TMH foi em parte utilizada, visto que o método da ABRAS que a SEAE considerou em sua análise contempla a delimitação da área onde o consumidor pode ou não reagir a um aumento não-transitório e significativo de preços. No entanto, não há qualquer sinal de demonstração mais concreta de uso do TMH através de simulação sob qualquer dimensão de aumento de preços (5%, 10% ou 15%) ou alguma base por qualquer outro instrumental direcionado ao teste.

Nos três mercados relevantes, a concentração de mercado, antes e pós-ato, apontou patamares superiores aos limites preocupantes à legislação antitruste, o que implicou o prosseguimento para as etapas seguintes do guia.

2. Possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado

– SEAE

Os três mercados relevantes obtiveram os mesmos diagnósticos sobre a possibilidade de uso de poder de mercado. Na parte referente ao exercício coordenado de poder de mercado, as três regiões apresentaram CR4 maior que 75%. Apesar de a operação aumentar ainda mais esse percentual (não divulgado pelo critério da confidencialidade) em cada um dos mercados, a SEAE interpretou como “que não se pode inferir que a concentração no presente mercado acarrete possível efeito negativo relacionado ao exercício coordenado do poder de mercado pelas quatro maiores empresas participantes do mesmo... pois antes da operação o C4 já era maior que 75%”¹³⁶. Por sua vez, no que tange ao exercício unilateral de poder de mercado, a participação da Bompreço, que era alta nos dois primeiros mercados, elevou-se substancialmente com o ato. No mercado de Aracaju a participação da G. Barbosa era alta e, com a aquisição desta pela Bompreço, tornou a concentração do ato bastante elevada. Com efeito, nos três mercados a SEAE caracterizou como preocupante no que tange à dominância de mercado, concluindo, assim, ser necessário o prosseguimento da análise.

No aspecto da probabilidade de exercício de poder de mercado, a efetividade da rivalidade foi o primeiro item analisado. No caso em estudo, a SEAE, com base em estudos específicos sobre o setor varejista de supermercados, abordou para cada um dos três mercados relevantes os seguintes aspectos: a concorrência via preços; a criação da reputação pela

¹³⁶ Parágrafo 39 do Parecer n. 128/COGSE/SEAE/MF.

publicidade e promoções; a diferenciação de produtos; o *mix* de produtos e os produtos com marca própria; e a localização das lojas.

Os dados e informações de mercado como fonte básica da análise foram fornecidos pelas requerentes e concorrentes, principalmente por intermédio de respostas aos ofícios da SEAE. Em alguns casos, a SEAE consultou os portais eletrônicos, os *sites*, das requerentes. Também foram acolhidas declarações de concorrentes.

No mercado relevante de Salvador constatou-se a presença de duas lojas de hipermercados pertencentes à maior empresa do ramo de supermercados (grupo Pão de Açúcar). A SEAE observou que esse concorrente apresentava condições favoráveis de concorrência via competição em preços, campanha publicitária intensa, vários produtos com marcas próprias, enfim, todos os quesitos caracterizadores da efetividade de rivalidade, exceto o relativo baixo volume de produção, em virtude de possuir apenas dois hipermercados, enquanto as requerentes em conjunto dispunham de 18 supermercados e dois hipermercados. Ou seja, a disputa poderia ser acirrada, porém passa a ser reduzida, tendo em vista a insuficiência de lojas para contrapor as requerentes.

Com relação aos demais concorrentes, em razão, principalmente, de apresentarem apenas pequenas parcelas de mercados, eles não se mostraram capazes de rivalizar com a Bompreço. A SEAE, considerando a insuficiência de quantidades de lojas das firmas rivais, concluiu que os competidores instalados não seriam capazes de responder a um eventual aumento injustificado (ou abusivo) de preços da Bompreço.

No mercado relevante de Feira de Santana havia apenas um único concorrente de peso. Este dispunha de apenas oito lojas (cinco pequenas e três médias) e sem centro de distribuição de produtos entre suas lojas (importante fator de competitividade nesse setor) para fazer frente à forte parcela de mercado e infra-estrutura da concentrada. Foram examinados os itens tidos como pertinentes à rivalidade, os quais não foram considerados suficientes para neutralizar possíveis elevações de preços da Bompreço. Examinados os demais concorrentes que detinham pequena parcela de mercado, concluiu-se que os competidores existentes também não eram competentes para inibir um exercício de poder unilateral por parte da nova empresa concentrada.

No terceiro mercado relevante (Aracaju), a empresa Bompreço, com cinco lojas de supermercado, e a G. Barbosa, com 13 lojas de supermercado e uma loja de hipermercado, se

deparavam apenas com quatro competidores de pequeno porte, o que levou à mesma conclusão dada aos dois mercados anteriormente assinalados.

Em razão dos resultados obtidos nos três mercados, a SEAE decidiu como necessário o prosseguimento de análise.

– *CADE*

Acatou a instrução da SEAE sobre a ausência denexo causal entre a operação e o risco de exercício coordenado do poder de mercado. A ação de poder de mercado unilateral foi considerada pelo CADE conforme apontou a SEAE. De igual maneira, no exame da rivalidade também foram admitidas em sua plenitude as argumentações, os estudos e as conclusões da SEAE, isto é, não há rivalidade capaz de inviabilizar possíveis exercícios de poder de mercado nos três mercados relevantes estudados.

– *O grau de utilização do Guia*

A prática interpretativa de não considerar o aumento de risco de exercício de coordenação os mercados já possuidores de CR4 acima de 75% demonstra no mínimo um abrandamento da análise nesse item. Em primeiro lugar, o cálculo das parcelas de mercado não produz resultados precisos, pois utiliza metodologias e algumas suposições que apenas permitem uma aproximação do que se quer medir. Por exemplo, no mercado relevante de Aracaju foram incluídas no cálculo de determinação das parcelas de mercado duas lojas não pertencentes ao mercado relevante¹³⁷. Com efeito, métodos de cálculo gerando imprecisão nos resultados reduzem a segurança em decisões que se utilizam deles. Ou seja, o mercado poderia ser menos concentrado e, com a operação, poderiam estar presentes as condições viáveis ao poder de mercado coordenado. Ademais, conforme consta no parecer da SEAE (parágrafo 89), a Câmara Municipal de Aracaju protocolou ofício apontando as requerentes em atos de cartelização em dezembro de 2002 (pós-ato de concentração), o que reforça a percepção de que pode ter havido a coordenação com o ato. De forma abstrata, o fato de elevar a concentração simplesmente representa a elevação nas condições e na possibilidade de exercício de poder de mercado, o que deve ser objeto de investigação.

¹³⁷ A justificativa (de difícil compreensão) da SEAE baseou-se no fato de que as referidas lojas apresentaram faturamento bastante significativo e que elas pertenciam a grupos que possuem lojas no mercado relevante.

3. Condições de entrada

– SEAE

Foram examinadas as condições para que a entrada fosse considerada capaz de inviabilizar a ação de poder de mercado, ou seja, a entrada caracterizar-se por ser tempestiva, provável e suficiente.

No levantamento de barreiras à entrada foram investigadas: existência de vantagens absolutas (grau do conhecimento do mercado, barreiras regulatórias ou legais ou inexistência de terrenos ou prédio para instalação de lojas); existência de economia de escala (centro de distribuição como fator de racionalização da logística); existência de *sunk costs* (gastos com publicidade, equipamentos usados); e percepção sobre a reação dos competidores instalados.

A SEAE não constatou barreiras significativas quanto às vantagens absolutas. Na questão de economia de escala, considerou-se principalmente a existência de centro de distribuição de produtos para abastecimento de lojas como importante fator de redução de custos, dada a informação recebida e apurada¹³⁸ de servir como uma melhor racionalização da estrutura logística. Nesse sentido, pequenas empresas teriam elevados custos médios em relação às grandes. Assim, conferiu às economias de escala o fator constituinte significativa barreira à entrada de empresas que não tenham capacidade para construir um centro de distribuição. Uma escala mínima em níveis semelhantes aos das firmas estabelecidas representou elemento básico para que a entrada fosse viável.

Os gastos com publicidade foram tidos como os *sunk costs* mais significativos que, associados com os recursos adicionais de marketing, serviriam para atrair o consumidor local a redirecionar suas compras para as entrantes.

A SEAE, com base em questionamento às próprias requerentes sobre possíveis reações à entrada, entendeu como não suficiente a ameaça das lojas instaladas de reação através de guerra de preços como fator de barreira à entrada. Todavia, concluiu por haver significativa barreira à entrada de novas firmas, o que implicou aprofundamento das questões mais específicas a respeito da entrada de novas empresas no mercado em virtude de exercício de poder de mercado.

¹³⁸ Informações obtidas por meio de ofícios às requerentes e leituras em jornais especializados em economia.

– CADE

Inicialmente referiu-se à fragilidade da redação da SEAE (parágrafo 104), onde se diz: “acredita-se que nas três cidades objeto da presente análise – Aracaju, Feira de Santana e Salvador – ainda existem terrenos adequados para a instalação de novos estabelecimentos; portanto, o fator de localização, nesse caso específico não constitui uma barreira à entrada”, para argumentar em sentido contrário, ou seja, afirmar que as requerentes possuem vários terrenos disponíveis em dois dos mercados relevantes analisados, o que poderia levar justamente a uma sinalização de barreira à entrada. Não obstante tal contestação, admite a ausência de informações mais precisas e aceita o parecer da SEAE neste e nos restantes itens anteriormente mencionados para as condições da entrada.

– O grau de utilização do Guia

A SEAE no seu parecer (parágrafo 108) afirma “que o maior volume de vendas permite que grandes redes, ao comprar os produtos para todas as suas lojas ao mesmo tempo, aumentem seu ‘poder de negociação’ junto aos fornecedores e, conseqüentemente, reduzam os preços”. Vale dizer, conforme atesta o guia, essa situação seria uma situação de economia pecuniária e, assim, a chance de se converter em menores preços não seria, ao contrário do que prevê a SEAE, automática. Não seria, portanto, objeto de economia de escala aplicável a ganhos de eficiência distribuíveis ao consumidor.

3.1. Entrada: tempestiva, provável e suficiente

– SEAE

Considerando como tempestiva a existência de alta probabilidade à entrada em um período de até dois anos, as requerentes e concorrentes foram consultadas sobre o período que um supermercado ou hipermercado necessitaria para sua instalação e funcionamento. As respostas giraram nos intervalos de períodos de tempo compatíveis com o da tempestividade. Por conseguinte, a entrada foi admitida como tempestiva.

Para verificação de a entrada ser provável, tal como recomenda o guia, a indagação centrou-se em verificar se a Escala Mínima Viável – EMV seria em nível inferior ao das Oportunidades de Vendas – OV, geradas por um possível exercício de poder de mercado.

A estimativa da EMV baseou-se em utilizar o menor faturamento que remunerere o capital empregado. Por intermédio de ofícios às requerentes, perguntou-se qual seria o faturamento mínimo anual necessário para que um supermercado com três *check-outs*, se mantivesse operando em cada um dos mercados estudados.

A estimativa das parcelas de mercado disponíveis para as entrantes, ou seja, as OV, foi obtida pela taxa de crescimento das cidades de cada um dos mercados que representaram, para cada um de seus mercados, a taxa de crescimento da demanda. Outro componente utilizado na composição das OV foi a hipótese de que a entrante produziria 5% do mercado sem que houvesse redução dos preços. Obtendo-se as estimativas, a SEAE verificou que em cada um dos três mercados a EMV foi menor do que os valores para as oportunidades de vendas. Desse modo, conclui-se que a entrada é provável em cada um dos três mercados.

– *A suficiência da entrada*

Utilizando-se as médias dos faturamentos reais das lojas existentes para cada um dos mercados, considerando-se os componentes relevantes as barreiras à entrada e simulações sobre possíveis formatos de entrada (um único proprietário formando uma rede, vários competidores sem ou com consórcio de compras ou publicidade) e tamanhos de lojas para cada mercado relevante, procurou-se estimar a quantidade possível de entrantes. Conclui-se que em cada um dos três mercados todas as possíveis formas de entrada não seriam suficientes.

– *CADE*

Os argumentos e decisões da SEAE foram integralmente considerados e cobriram exaustivamente os argumentos e as decisões do CADE nessas questões.

– *O grau de utilização do Guia*

O guia recomenda uma estimativa do retorno da aplicação financeira do valor do capital investido para atingir-se a EMV, como custo de oportunidade da EMV. Não foi explicitado no parecer se foram considerados os riscos e as taxas de juros para a medição da EMV pelas requerentes quando responderam aos ofícios e, ou, pela SEAE na elaboração da estimativa da EMV.

A determinação de um supermercado com três *check-outs* para a EMV pareceu conflitante com a identificação de barreiras à entrada dadas pela economia de escala. Como referência principal de economia de escala, a construção de um centro de distribuição exigiria pelo menos um supermercado de grande porte (mínimo de 20 *check-outs*)¹³⁹ para que a entrada fosse competitiva.

A estimativa das oportunidades de vendas considerou a taxa de crescimento populacional como uma *proxy* da taxa de crescimento do produto. Uma alternativa mais apurada dada pela microeconomia seria a de utilizar a elasticidade-renda da cesta de produtos e a taxa de crescimento da renda da cidade para se estimar a taxa de crescimento vegetativo do consumo, ou seja:

$$\eta_y \cdot y = q \quad (2)$$

em que η_y , y e q representam, respectivamente, a elasticidade-renda, a taxa de crescimento da renda da cidade e a taxa de crescimento da demanda dos produtos. Observe-se que o crescimento vegetativo pode existir (para qualquer taxa) sem que isso implique aumento proporcional do consumo em supermercados. Por outro lado, a elasticidade-renda define mais precisamente o crescimento do consumo que é originado do crescimento da renda. A *proxy* para o crescimento da renda seria o crescimento do PIB *per capita* das cidades, que são estatísticas tradicionalmente estimadas por diversos órgãos públicos.

¹³⁹ Segundo a classificação da ABRAS citada no parecer elaborado pela SEAE, supermercados na faixa de 20 a 39 *check-outs* são tidos como grandes; com número maior de *check-outs*, são classificados como hipermercados. Por fim, um supermercado pequeno possui de 3 a 19 *check-outs*.

4. As eficiências econômicas da operação

– SEAE

A apresentação dos benefícios econômicos específicos é de responsabilidade das requerentes. A SEAE as examinou, considerando as seguintes eficiências econômicas apresentadas:

- a) Economias de escala: redução dos custos médios em virtude da elevação da quantidade comercializada (não de redução dos preços dos insumos, o que seria economia pecuniária). Vale observar que essa redução dos custos médios pode ser resultado também da redução de custos fixos médios, daí proporcionar um benefício mais demorado e indireto ao consumidor do que na possibilidade de redução no custo variável médio. No entanto, a SEAE também considerou a possibilidade de ganhos de produtividade dos fatores de produção associados ao aumento das vendas.
- b) Economia de escopo: menores custos médios obtidos com o melhor aproveitamento dos insumos ou advindos de uma melhor distribuição e comercialização em virtude da concentração das duas empresas.
- c) Transferência de melhores práticas e de melhores tecnologias: as transferências ou expansão das melhores práticas e tecnologias de uma empresa para que reduzam os custos podem ser consideradas. A SEAE afirma validar esse item se houver comprovações suficientemente claras da possibilidade de sua ocorrência.
- d) Aumento do número de produtos comercializados: admitindo que as compras em super e hipermercados têm a utilidade do “todas as compras em um só lugar”, a SEAE declara ser necessária a apresentação de documentos comprobatórios dessa possibilidade, desde que também acompanhadas de justificativas da impossibilidade de tal aumento ocorrer pela ação interna da empresa adquirente.
- e) Benefícios pelo oferecimento de produtos do tipo “marcas próprias”: fazendo referências a artigo especializado¹⁴⁰, as requerentes afirmam que freqüentemente esses itens são comercializados com boa qualidade de fabricação e com preços inferiores aos das marcas tradicionais, pois o fabricante não incorre em despesas de publicidade, as embalagens são mais simples e há um aproveitamento de sua capacidade ociosa. Os itens de “marca própria” dos supermercados ou hipermercados podem causar maior concorrência na questão de menores

¹⁴⁰ Pereira (2001).

preços, como por meio da competição entre marcas. Para que a elevação de produtos “marca própria” seja caracterizada como uma eficiência específica, a SEAE adverte para a necessidade de se constatar que a rede adquirida antes do ato não tivesse, pelo menos em nível significativo, produtos “marca própria”; e que, em pelo menos até dois anos, a elevação ou criação de produtos “marca própria” alegada só seria possível com o ato de concentração.

- f) Melhoria da qualidade de produtos e serviços comercializados e geração de externalidades positivas: para serem aceitos como eficiências, a SEAE alerta que a mera alegação da ocorrência desses itens não é suficiente; destarte, a aceitação está condicionada à apresentação de estudos capazes de comprovar a especificidade da eficiência à operação.

O resultado da análise da geração de eficiências alegadas pelas requerentes teve a seguinte forma:

- a) Os fatores de economia de escala (confidencial) informados pela Bomprego não foram enquadrados como eficiências específicas da aquisição.
- b) Foram divulgados métodos logísticos e melhorias na informatização que, aplicados às lojas G. Barbosa, trariam benefícios em termos de redução de custos. A SEAE assinala, entretanto, que não recebeu estudos que comprovem tais alegações.
- c) Sobre a hipótese de aumento no número de produtos comercializados, a Secretaria declara que a argumentação apresentada não permite concluir que essa eficiência seja decorrente da operação.
- d) A alegação de elevação de produtos “marcas próprias”, melhoria da qualidade de produtos e serviços oferecidos, externalidade e economia de escopo através da administração conjunta de cartões de créditos próprios também careceram, segundo a SEAE, de dados que os comprovassem.

– CADE

Apontou, à semelhança do parecer da SEAE, que as eficiências alegadas não foram devidamente comprovadas como específicas ao ato, incluindo a qualidade das informações apresentadas como não suficientemente convincentes para aceitá-las.

As requerentes reapresentaram, tardiamente, novos documentos a respeito das eficiências. Ainda assim, o CADE decidiu apreciá-los.

As requerentes apresentaram relatório sobre os ganhos de eficiência em 11 pontos. A elaboração desse relatório fora realizada por duas empresas de consultorias independentes. A análise do CADE as distinguiu em três categorias:

- a) **Melhores condições de preços obtidos junto a fornecedores e prestadores de serviço** (ganhos com renegociação de taxas pagas aos cartões de crédito, débito e cupons de alimentação; ganho com isenção de aluguel de equipamento operacional de cartões de crédito; ganhos com alinhamento de preços na compra de mercadorias para a revenda e de materiais para consumo próprio; ganho com atualização de *softwares* pela rede G. Barbosa).
- b) **Eficiências na área administrativo-financeira** (ganho com renegociação da dívida da G. Barbosa; ganho com a antecipação a fornecedores; ganho com diminuição de perdas no cartão de crédito da rede G. Barbosa; ganho com a mudança de formato de algumas lojas da rede Bompreço direcionadas para classes de consumidores de menor poder aquisitivo para formato de lojas G. Barbosa).
- c) **Eficiências na área de transporte/logística** (ganho com o aumento da arrecadação por meio de acordos logísticos; ganho com a otimização da distribuição; ganhos com a utilização da transportadora da adquirente pela rede adquirida).

A análise dos itens levou o CADE às seguintes conclusões:

- Sobre a categoria **a**, os itens elencados e argumentados demonstraram não se tratar de economias reais de recursos. A maior parte foi entendida como economia pecuniária, ocasionada pelo aumento do poder de barganha da nova empresa formada, enquanto outros não seriam específicos, posto que a empresa adquirida poderia alcançá-la por meios próprios. No caso de outras alegações (como a diminuição das taxas pagas às administradoras de cartão de crédito etc.), apesar de possíveis, as justificativas apresentadas não foram consideradas, visto que “carecem de uma fundamentação mais precisa”¹⁴¹, além de estar relacionadas a questões pecuniárias. O CADE entendeu que, de certa forma, as economias pecuniárias derivadas de possíveis ganhos de barganha seriam especulativas. Isso porque não se teria a garantia de que a nova empresa receberia tal vantagem sobre os ganhos de menores preços, como estavam supondo, uma vez não ter sido explicitado qualquer compromisso e declarações de intenções com os agentes econômicos pertencentes aos ganhos pecuniários apresentados.

¹⁴¹ Voto do conselheiro-relator.

- Sobre a categoria **b**, melhores condições de taxas de juros de dívidas não seriam eficiências específicas do ato, dada a possibilidade (mencionada pelo CADE) de o BNDES oferecer taxas atraentes para linhas de crédito. Por sua vez, a alegação de melhores práticas comerciais adotadas pela adquirente e passáveis à adquirida não foi acompanhada de comprovação da impossibilidade de a referida melhor prática comercial só ser possível com a aquisição e não individualmente pela G. Barbosa. As demais questões não foram aceitas como eficiências específicas da operação.
- Na categoria de eficiências na área de transporte e logística, foram alegados ganhos de otimização da distribuição, através da utilização da transportadora de propriedade da Bompreço pela rede G. Barbosa, como também pelo aumento da arrecadação derivada de acordos logísticos. Seriam ganhos de compartilhamento dos centros de distribuição. A eficiência seria obtida pela redução do número de fretes no mercado de Salvador e Aracaju. Utilizando-se de observações do mercado nacional de supermercados, em que as grandes redes procuram funcionar com apenas um centro de distribuição, as requerentes afirmaram a intenção de construir novos centros de distribuição. O CADE, assinalando não ter encontrado “uma explicação mais razoável sobre a logística de distribuição nesse mercado”¹⁴², não pôde reconhecer como a estratégia de compartilhamento de Centros de Distribuição alegada seria realmente implementada pelas requerentes. No que se refere à redução de custos de compras por meio de acordos logísticos, o CADE entendeu que “não há nenhum detalhamento do plano de reordenamento logístico que justifique os valores apresentados”. Outras eficiências de menor expressão monetária também foram apresentadas, mas foram tidas por aquele órgão antitruste como não específica da operação.

Também foi reivindicado o reconhecimento de eficiências de dimensão qualitativas, descritas pelas requerentes como “sinergias qualitativas”. A primeira delas seriam os efeitos relacionados à expansão dos produtos ditos de marca própria. As embalagens mais simples do que a dos produtos tradicionais e as irrisórias despesas com propaganda acarretam preços mais reduzidos aos “marca própria” da loja. A especificidade estaria ligada ao fato de a Bompreço usufruir de larga experiência em programa de lançamentos de produtos “marca própria”, levando o *know how* para implementação para a G. Barbosa.

¹⁴² Voto do conselheiro-relator.

A seguir são apresentadas as demais sinergias destacadas pelas requerentes, tendo logo em seguida a interpretação e decisão do CADE sobre a aceitação ou não como possíveis ao propósito de compensar o risco de danos à concorrência.

As outras eficiências denominadas (pelas requerentes) como sinergias qualitativas foram:

1. Implementação de um plano de negócios na rede G. Barbosa de maneira a reduzir diversos custos operacionais, como os do sistema de informática, com a ajuda técnica da Bompreço. CADE: tendo em vista a não-comprovação da impossibilidade de a G. Barbosa alcançar sozinha tal efeito, não se aceitou o argumento da redução de custos operacionais.
2. Melhoria nas condições de trabalho dos funcionários da adquirida, oferecendo um sistema de remuneração estimulando a produtividade, um programa de benefícios e previdência privada e o acesso à Universidade Bompreço, que oferece cursos de qualificação do trabalho. CADE: destacando que o objetivo da Defesa da Concorrência deve estar voltado especificamente para os efeitos sobre a concorrência, o CADE apreciou apenas a questão alegada sobre o sistema de remuneração da Bompreço e o aumento da produtividade. Nesse ponto, afirma não ter havido comprovação por meio de dados ou estudos de que tal relação possa na prática existir. O pressuposto de melhoria da mão-de-obra por intermédio dos cursos oferecidos pela Universidade Bompreço não fora aceito como específica da operação, posto que possivelmente poderia ser alcançada por ação interna da adquirida.
3. Aproveitamento das estruturas das redes para a construção e as reformas de lojas. CADE: a difícil verificação de tal alegação acabou dificultando considerá-las como forte fator de geração de eficiência ou benefícios do ato.
4. Aproveitamento pela G. Barbosa de um sistema de informações de técnicas gerais de gestão de varejo supermercadista de uso da Bompreço. CADE: da mesma forma que a anterior, apesar de reconhecidas, seu peso fora minimizado pelo fato de não serem calculadas.
5. Implementação do projeto *triple low* (*low price, low cost, low investment*) nas lojas Bompreço voltadas para consumidores de renda baixa. CADE: o sistema *triple low* consiste, basicamente, no desenvolvimento de um padrão de lojas voltadas para os consumidores de baixa renda; não foi enquadrada pelo CADE como específico da operação.

A leitura do parecer da SEAE e da avaliação do CADE indica que as requerentes não apresentaram estudos suficientemente comprobatórios sobre as principais eficiências alegadas. A carência de estudos, informações, dados e estimativas que comprovassem satisfatoriamente a geração de eficiências, bem como a apresentação de economias de escala que representaram apenas economias pecuniárias, caracterizaram os motivos principais da não-aceitação das eficiências econômicas alegadas. O guia traz explícita menção a esses dois aspectos na análise das eficiências geradas na operação.

Vale observar que, em se considerando a pressuposição de quanto mais elevada a concentração, menos prováveis serão os benefícios da geração de eficiências à sociedade, a comprovação das eficiências como repassáveis aos consumidores exigiria um rigor ainda maior por parte das agências.

Dos 11 itens de eficiências apresentados, apenas em dois houve a aceitação do CADE de que seriam eficiências específicas da operação. De certa forma, parte da não aceitação dos outros nove itens pode estar vinculada a um aspecto da análise que poderia ser aperfeiçoado. Consta no guia que as agências apuram se as eficiências poderiam ser geradas por meio da ação individual de uma das requerentes e a possibilidade de serem obtidas por um período de até dois anos. A adoção de um critério que seria simétrico a esse período, contribuiria para aprimorar a interpretação sobre as eficiências específicas. Isto é, da mesma forma em que não são consideradas específicas as eficiências supostamente alcançáveis pela firma (adquirida) em até dois anos, a constatação de um período para trás, de que a firma – tendo os mesmos recursos que os dos momentos da análise para alcançá-las – não as alcançou, descartaria a suposição de que a eficiência alegada poderia ser alcançada pela firma adquirida. Assim, não seria negada a qualidade de específica às outras eficiências, como a da diminuição de perdas no cartão Credi-Hiperd da rede G. Barbosa, se a firma adquirida, podendo empreender um esforço interno para alcançar tais eficiências, em dois anos anteriores ao ato não o fez.

5. Recomendação e decisão das agências

– SEAE

Nos três mercados relevantes onde a participação da Bomprego elevou-se consideravelmente com a operação, a SEAE recomendou a aprovação sujeita a restrições na forma de alienação de ativos.

Objetivando proporcionar um pacote de ativos alienados, de forma a propiciar uma opção de compra eficiente e competitiva aos interessados, a SEAE recomendou a venda de um hipermercado em Salvador, dois supermercados em Feira de Santana e 14 supermercados em Aracaju.

As lojas deveriam ser vendidas em quatro blocos separados. Três destas poderiam ser vendidas para o mesmo comprador, desde que não contivessem no pacote, dois específicos blocos de lojas situadas em Aracaju. Incluiu-se o prazo máximo de três meses para a venda, visando restabelecer mais rapidamente a concorrência. Vencido esse prazo, sugere a venda por leilão. Por fim, solicita a opção de compra das marcas anteriormente pertencentes à G. Barbosa.

– CADE

Acompanhou integralmente todas as recomendações expressas nas restrições para aprovações sugeridas pela SEAE.

Vale observar que as requerentes contestaram a recomendação da SEAE, afirmando entender como cabíveis de medida estrutural alterações apenas na cidade de Aracaju. Com efeito, propuseram adquirir as 14 lojas da G. Barbosa e vender as cinco lojas da Bompreço localizadas naquela cidade. O CADE, no entanto, manteve a decisão anteriormente sugerida pela SEAE, argumentando que a concentração pós-venda das lojas de Aracaju para um novo grupo alcançaria o nível de concentração anterior ao ato.

2.º Caso: Nestlé e Garoto – AC 08012.001697/2002-89

Descrição resumida

Trata-se de um ato da aquisição pela Nestlé Brasil Ltda. da totalidade do capital social da empresa Chocolates Garoto S.A. através da compra de todas as ações desta última. O valor estipulado da operação foi de US\$ 230 milhões, com a taxa de câmbio da data do fechamento limitada ao intervalo de R\$ 2,46 a R\$ 2,50. O acordo entre as partes ocorreu em 28 de fevereiro de 2002. A decisão do CADE foi pela não-aprovação da operação, o que significa a desconstituição do ato.

Cronologia

Ato vinculativo da operação – Contrato de Subscrição – 22 de fevereiro de 2002

Notificação da operação – 15 de março de 2002

Parecer da SEAE – concluído em 7 de outubro de 2002

Voto do Conselheiro-Relator – 4 de fevereiro de 2004

As requerentes

A Nestlé Brasil Ltda. é uma empresa de nacionalidade brasileira pertencente ao grupo empresarial de origem suíça Nestlé S.A., que detém 99,9% do capital social da Nestlé Brasil. O restante do capital social pertence à Sociedade Comercial de Corretagem e Seguro e Participações Ltda. O faturamento do Grupo Nestlé, em 2001, foi de US\$ 50,75 bilhões, no mundo; no Brasil, totalizou R\$ 4,8 bilhões naquele mesmo ano.

A Chocolates Garoto S.A. é uma empresa nacional de estrutura familiar. O faturamento dela no ano de 2001 alcançou R\$ 547,15 milhões.

As etapas do Guia

1. Determinação do mercado relevante

– SEAE

Inicialmente destacaram-se os produtos que ambas as empresas produziam: cobertura de chocolate, chocolate de todas as formas, cacau em pó, chocolate em pó e balas e confeitos. Em seguida, com base em informações gerais a respeito das características do processo de produção daqueles produtos em sobreposição, procurou-se inferir o grau de possibilidade de substituição, pelo lado da oferta, à composição dos produtos relevantes. Nesse aspecto, a SEAE recebeu informações sobre o processo de fabricação dos produtos em sobreposição pelas requerentes. Com base nessas informações, concluiu que, pela capacidade de substituição da produção, os chocolates podem ser de três tipos: tabletes, *candy bars* e *snacks*. Ademais, há facilidade de alternativa de produção entre cacau em pó e chocolate em pó, o que gera a possibilidade de defini-los em um único produto, denominado chocolate em pó. Da mesma forma, cobertura de chocolate sólida e cobertura de chocolate líquida podem ser agregadas em cobertura de chocolate. Por fim, foram agrupados como confeitos: balas, pastilhas drageificadas e caramelos.

Por conseguinte, o primeiro produto relevante identificado foi o produto cobertura de chocolate, através de informações prestadas pelas requerentes a respeito de não haver por parte da

demanda distinção significativa entre cobertura sólida e líquida. Adicionalmente, seguindo os procedimentos do guia, a SEAE estudou, pelo lado da demanda, a substitutibilidade entre produtos para extrair o conjunto de produtos pertencentes ao mercado relevante. Para isso, foram expedidas dezenas de ofícios às empresas (requerentes e concorrentes) no sentido de obter dados e informações a respeito dessa questão. Recebeu, então, estudos comprovando alto grau de substituição pela demanda entre diversos tipos de chocolates, doces, caramelos, entre outros, determinando que tais produtos deveriam ser agregados em uma única categoria, a de guloseimas. A SEAE, por sua vez, apontou vários problemas metodológicos nos estudos apresentados, como deficiências na seleção das amostras, visto que as pesquisas que procuraram aferir a escolha do consumidor entre os vários produtos não incorporou as variáveis preços e restrição orçamentária.

Empresas concorrentes consultadas endossaram a proposta de não-agregação dos chocolates sob todas as formas como guloseimas. Por fim, citando uma pesquisa realizada pelo Instituto AC Nielsen, em que o mercado de chocolates é segmentado em várias categorias, a SEAE entendeu como imprópria a categorização do mercado de achocolatado em guloseimas. No entanto, não encontrando instrumentos mais precisos para medir a substitutibilidade, a Secretaria adotou dois cenários: chocolates sob todas as formas (agregando todos os chocolates como sendo um único produto), ou chocolates por segmento: bombons, caixa de bombons, *snacks*, ovos de páscoa *candy bars*.

Ainda sobre o mercado de chocolates, a SEAE não incluiu, ao contrário do que desejavam as requerentes, os fabricantes de chocolates artesanais no mercado relevante. Em se pautando no Guia, onde se estabelece como critério para definir a substituição (pelo lado da demanda) os fatores tempo e custo de consumo do produto substituto de outra área, a SEAE no seu parecer argumentou que:

Mesmo se for considerado que os preços de chocolates em supermercados fossem os mesmos praticados nas lojas dos fabricantes artesanais, um consumidor que decidisse substituir um chocolate vendido em uma padaria ou supermercado por um chocolate artesanal precisaria arcar com o custo de se locomover até a loja mais próxima. Isso, com exceção de algumas raras cidades Brasil (*sic*), é algo impraticável (BRASIL, 2004, p. 14).

Os demais produtos tidos como objetos de produção de ambas as requerentes foram agregados sob a denominação de confeitos.

Considerando a baixa participação de importados e utilizando o conceito de consumo aparente, a Dimensão Geográfica, para todos os produtos relevantes, foi definida como mercados nacionais, exceto o de balas e confeitos definidos como mercados mundiais.

– *CADE*

De forma semelhante à SEAE, o CADE identificou quatro mercados relevantes:

- balas e confeitos sem chocolates;
- mercado de achocolatados (cacau em pó e chocolate em pó);
- cobertura de chocolate; e
- mercado de chocolates sob todas as formas, exceto os chocolates artesanais (uma das duas opções de definição de produto relevante sugerida pela SEAE).

Apesar da alta semelhança na identificação dos mercados com a SEAE, a linha de argumentação do CADE acerca da definição dos mercados fora construída em bases diferentes. Ainda que reconhecendo as limitações técnicas, foram considerados vários estudos¹⁴³ que utilizaram várias metodologias para a obtenção de elasticidades preços e cruzadas, visando atender ao critério do TMH com testes para aumentos de 5% nos preços¹⁴⁴.

Na dimensão geográfica, todos os mercados foram delimitados como nacionais. Isso representa a exceção do cenário nos mercados de balas e confeito, as mesmas fronteiras determinadas pela SEAE. Os argumentos entre essas duas agências foram semelhantes à definição dos mercados geográficos.

– *Guia*

Uma interpretação mais rigorosa pode enfatizar como parcial o papel da SEAE de órgão instrutor do CADE ao não definir com exatidão um dos mercados relevantes de produtos. Declarando a impossibilidade de precisar o grau de substituição dos produtos pelo lado da demanda, a SEAE optou por apresentar dois cenários para os produtos chocolates, o que pode sinalizar certa tibiez no seu papel de instrutor de questões econômicas.

¹⁴³ Incorporados ao processo depois do parecer da SEAE, como se verá adiante.

¹⁴⁴ Uma das metodologias (da pesquisa Ipsos) consistiu em seleção de uma amostra de pessoas que respondiam suas preferências por intermédio de fotografias contendo imagens de diversos tipos de chocolates com as marcas das requerentes e de duas concorrentes e com diversas alternativas de variação de preços (5%, 10%, 15% e 20%). As respostas dos pesquisados comporiam a base para a estimativa da elasticidade-preço por produto e as elasticidades cruzadas.

Tampouco o TMH foi aplicado da forma como é exposto no guia. Prevaleceram as informações a respeito do uso, da qualidade, do tipo de consumidor e suas preferências gerais na decisão de consumir os produtos.

2. Possibilidade de exercício de poder de mercado

– SEAE

Utilizando-se dados disponibilizados pelas requerentes e por suas concorrentes, a SEAE construiu tabelas¹⁴⁵ com as participações de mercado dos produtos relevantes. Por conseguinte, para o ano de 2001, as requerentes, no mercado de cobertura de chocolate, alcançaram 82% da parcela de mercado, e o CR4, 95%; no mercado dito chocolate sob todas as formas¹⁴⁶, a concentração gerada mostrou-se excessiva (dados confidenciais); no mercado de chocolate em pó, a parcela de mercado das requerentes somadas totaliza 62% do mercado; e no mercado de confeitos, menos de 5% do total do mercado. Dessa forma, a SEAE apontou que, no mercado de cobertura de chocolates e de chocolates sob todas as formas, o ato seria possível de exercício de poder de mercado. No caso do mercado de chocolate em pó, interpretou não haver nexo causal, em virtude do pequeno acréscimo da participação de mercado da Garoto de 3,1% (em faturamento) em relação aos cerca de 58% da Nestlé. Por fim, no mercado de confeitos os valores das parcelas de mercado foram acentuadamente baixos para que se pudesse considerar preocupante para o exercício de poder de mercado.

3. Probabilidade de exercício de poder de mercado

– SEAE

Os dados para a elaboração da Escala Mínima Viável – EMV foram fornecidos pelas requerentes e concorrentes. Para o mercado de cobertura de chocolate, determinou-se a EMV (de 2,6 mil a 40 mil toneladas de produção/ano) com tempo mínimo para operacionalização (de 6 a 18 meses) e valor de despesa em investimento mínimo (de R\$ 1,5 milhão a R\$ 50 milhões). Constatando que a capacidade ociosa da principal concorrente correspondia a 38% do mercado e

¹⁴⁵ Quase todas as informações foram omitidas pelo dispositivo da confidencialidade de dados.

¹⁴⁶ Neste trabalho não se prossegue com o exame do segundo cenário alternativo para chocolates (produtos segmentados) determinado pela SEAE, posto que não foi utilizado pelo CADE e também porque adotou a mesma metodologia de apreciação empregada para o primeiro cenário.

que o produto seria do tipo bem homogêneo, a SEAE asseverou que a concorrente dispunha de condições suficientes para conter uma provável ação de poder de mercado pelas requerentes.

Na averiguação para o mercado de chocolate, as informações recebidas pelas requerentes e principais concorrentes levaram à indicação de ser “entrada difícil” para novas empresas. Para o produto chocolate, observou-se o peso da reputação, uma vez que as principais empresas ingressaram no mercado nas décadas de 1940 e 1950. Isso indica que as novas teriam de transcorrer um longo período de exposição de seu produto no mercado ou gastos intensivos em fixação de sua marca. Com efeito, a escala mínima viável se mostrou em nível de produção abaixo das oportunidades de venda. Em números, a EMV estimada apontou variação entre 4 e 30 mil toneladas/ano de produção de chocolate, o que representa cerca de 2,55% a 19% do mercado nacional de chocolates (ano de 2001). Por outro lado, as oportunidades de vendas, aqui representadas pela taxa de crescimento anual da demanda média de 1,5%, dos últimos três anos, levaram à conclusão de que a entrada no mercado de chocolate não seria provável. Com efeito, mesmo que as indústrias chocolateiras internacionais dispusessem de interesse para investir no volume da EMV, esta não seria provável nem seria suficiente para inviabilizar um exercício de poder de mercado por parte da firma, conforme concluiu a SEAE.

– CADE

A capacidade ociosa de 38% do mercado (correspondendo a apenas 11% da capacidade ociosa das requerentes) da principal concorrente representou para o CADE um expressivo poder de retaliação para neutralizar uma contestação de exercício de poder de mercado. No entanto, o CADE admitiu, ao contrário da SEAE, que há incentivos para ação coordenada entre as duas grandes concorrentes nesse mercado, de forma a possibilitar práticas abusivas de mercado.

No mercado de chocolates sob todas as formas, para estimar o volume de oportunidades de vendas, o CADE adotou uma hipótese mais otimista de crescimento anual de mercado, com a taxa de 2%, e adicionou a habitual consideração de ganho de 5% das vendas das empresas instaladas pelas entrantes. O total desses fatores representou apenas 49% da EMV. Pelas informações de uma concorrente, o percentual para o surgimento de ganhos de economia de escala permitindo a operação economicamente viável da planta seria de no mínimo 65% da EMV. Assim, o CADE chegou à mesma conclusão da SEAE: de que a entrada não seria provável e

suficiente, ainda que por considerações adicionais e ampliadas. Acompanhando a relação exposta pela SEAE, na qual a participação de mercado é diretamente correlacionada com o ano de lançamento da marca e também com o de ingresso da empresa no mercado, o CADE observou que, das 16 marcas mais vendidas, a mais recente destas comercializava há 11 anos (da data do julgamento da operação). Com isso, supõe que o tempo para que uma marca se consolide no mercado com significativas parcelas de vendas seja bem superior ao período da tempestividade estabelecido pelo guia (até 24 meses).

– *O grau de utilização do Guia*

O Guia estabelece que as oportunidades de vendas são estimadas considerando-se quatro fatores: a demanda derivada por antigos consumidores que deixam de adquirir o produto da empresa que exerce o poder de mercado; a redução da oferta das instaladas em virtude das novas; a capacidade da entrante de se apropriar de clientes das empresas instaladas; e a capacidade da entrante de capturar uma parcela significativa do crescimento de mercado. A SEAE empregou apenas o crescimento anual do mercado como oportunidades de vendas e a hipótese bastante favorável de que todo o crescimento do mercado seria destinado à entrante. Não houve qualquer menção ao porquê da não utilização dos outros elementos.

– *A rivalidade*

SEAE

Utilizando séries anuais dos últimos quatro anos para preços e quantidades de chocolates das três líderes de mercado, a saber, Nestlé, Garoto e Lacta, obtidas por ofícios encaminhados a essas empresas, a SEAE elaborou gráficos para essas séries. Verificando forte semelhança entre as séries, afirmou haver forte indício que as três firmas têm sido rivais efetivas nas atuais condições de mercado. Admitindo a rivalidade entre as três firmas, a Secretaria interessou-se em determinar a capacidade de a terceira firma (Lacta) manter a rivalidade após a concentração entre as outras duas firmas. Por meio das respostas aos ofícios encaminhados à Lacta, constatou-se que a capacidade ociosa dessa firma seria insuficiente para atender à demanda adicional que poderia surgir de um exercício de poder de mercado das requerentes. No entanto, haveria viabilidade e tempestividade em realizar novos investimentos visando ao aumento da capacidade produtiva para atender aos consumidores em virtude de um eventual exercício de poder de mercado.

Adicionalmente, no tocante à questão econômica, questionou-se se seria mais rentável à concorrente responder com mais investimentos e maior capacidade produtiva, aumentando conseqüentemente sua participação de mercado, ou acompanhar o aumento de preço das requerentes com a mesma produção e capacidade atual. Para verificar esse ponto, a Secretaria realizou uma breve revisão teórica sobre modelos de oligopólios¹⁴⁷ de produtos homogêneos/diferenciados, com hipóteses sobre se a firma teria potencial produtivo maior ou menor que o nível da demanda. Considerando uma pesquisa de opinião com amostra de consumidores, concluiu-se pela existência de alta substitutibilidade da demanda entre os produtos de chocolate das três firmas, o que serviu de evidência para considerar os produtos como homogêneos. Assim, entendeu-se que o modelo seria o de competição oligopolista por Bertrand, cuja variável de escolha seria o preço. Portanto, o resultado seria o de competição por preços, que resultaria em preços nos níveis pré-concentração. Não obstante a incorporação do modelo de Bertrand rejeitar o exercício de poder de mercado, a SEAE declara, no seu parecer técnico, ter optado por realizar o estudo das eficiências econômicas, isto é, prosseguir a análise.

¹⁴⁷ Modelos de Cournot e Bertrand e outros (diferenciando-se apenas pelo relaxamento de hipóteses dos dois primeiros).

CADE

Esta agência, diferentemente da SEAE, recebeu vários estudos que apontavam a ausência de danos à concorrência (no caso dos estudos enviados pelas requerentes) e outros afirmando o contrário (os apresentados pelas concorrentes). Esses estudos foram incorporados ao processo, os quais, juntamente com o parecer da SEAE, tiveram como objetivo subsidiar o julgamento do CADE. Possivelmente em virtude da maior profundidade técnica e também por ser tratar de estudos posteriores e quantitativos, o CADE apenas mencionou os estudos apresentados após o parecer da SEAE. A alta contestabilidade entre os documentos exigiu, certamente, do CADE um esforço adicional e singular perante os casos de menor repercussão. Em um total de 12 documentos dispostos como pareceres, adendos aos pareceres, críticas aos pareceres ou aos adendos, esses estudos foram objeto de consideração para aceitação ou não de suas recomendações na análise da rivalidade pelo CADE. O quadro 11 lista esses documentos. Como poderia se esperar, o objetivo dos trabalhos encomendados pelas requerentes consistia em evidenciar que a aquisição em nada prejudicaria a concorrência, seja pela alta rivalidade existente, seja pelos ganhos de eficiência que reduziriam suficientemente os custos para levar a redução de preços e a beneficiar os consumidores. Por sua vez, os trabalhos apresentados aos autos do processo pelas concorrentes visavam ao oposto.

No que se segue, há a síntese da análise do CADE contemplando as mútuas contestações entre os consultores contratados pelas partes e as realizadas pelo próprio CADE. Os pareceres e adendos de autoria de Elisabeth Farina constaram, segundo o conselheiro relator, procuram mostrar que as eficiências geradas seriam suficientes para mais do que compensar elevações de preço. Pelo cenário do “Dilema dos Prisioneiros” da Teoria dos Jogos entre a Nestlé/Garoto e a Lacta – com suposições de que o objetivo seria o de aumentar a receita – a conclusão seria de que a estratégia ótima seria a redução dos preços. Posteriormente, essa análise foi refeita, incorporando estimativas de elasticidades-preço da demanda e elasticidades cruzadas realizadas por Menezes Filho. A conclusão desse trabalho foi de que os resultados reforçavam ainda mais as conclusões do trabalho anterior. Em resposta às críticas metodológicas que estudos encomendados pelas empresas concorrentes fizeram ao trabalho de Farina, o Adendo ao Parecer de Farina utilizou outras especificações da demanda, obtendo efeitos de eficiências sobre preços ainda mais acentuados do que os alcançados anteriormente.

Documento/autor/Encomendado	Conclusão	Modelo/hipóteses
1. Parecer; Farina; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Eficiência reduz custo e preços; - Elevação de preços não é estratégia ótima; - Pelo “Dilema de Prisioneiros” estratégia ótima das Requerentes e Kraft seria a redução de preços. 	Modelo de Oliver Williamson; teoria dos jogos com equilíbrio não-cooperativo de Nash; função objetivo das firmas é o crescimento das vendas no curto prazo mesmo com sacrifício do lucro.
2. Estimativas; Menezes Filho; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Estimativas de elasticidades preços e cruzadas. 	
3. Adendo Parecer Farina (junho 2003); Farina; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Aumento de preços de 5%, 10% e 15% reduz faturamento no mercado de chocolates; - Reforça resultados anteriores. 	Refaz análise com elasticidades do Prof. Menezes.
4. Estudo econométrico; Denisard Alves; Lacta	<ul style="list-style-type: none"> - Diferenças não-significativas ao estudo 2. 	Outros resultados para estimativas de elasticidades.
5. Críticas ao Parecer Farina; Kanczuk e Fagundes; Lacta	<ul style="list-style-type: none"> - Há vantagens em elevação de preços. 	Modelo de simulação de rivalidade (Bertrand); função objetivo da firma é a maximização do lucro; custo marginal e elasticidade preço da demanda são constantes.
6. Comentários sobre críticas ao Parecer Farina; Farina; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Rebate as críticas ao parecer e adendo ao parecer. 	<i>Market share</i> como estratégia de negócios; modelo Yde e Vita*.
7. Parecer; LCA consultoria; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Rivalidade impede ação de poder de mercado. 	Hipóteses <i>ad hoc</i> de capacidade ociosa, preços relativos, aumento de preços e quantidades.
8. Parecer; Picchetti; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Críticas ao estudo 5; modelo de simulação é sensível às hipóteses adotadas. 	Modelo de simulação com demanda linear.
9. Acolhimento do Parecer Picchetti; Kanczuk; Lacta	<ul style="list-style-type: none"> - Expressivos aumentos de preços pós-fusão; reduções de custos marginais de 12% neutralizam aumento de preços quaisquer que seja a especificação da demanda. 	Formas funcionais da demanda utilizadas: AIDS, logit, log linear e linear.
10. Estimativas; Farina; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Redução de custo necessária para aprovação da aquisição seria entre 5,1% e 11,7%. 	Modelo de simulação; elasticidades da Nestlé e Indústria.
11. Comentários críticos aos pareceres da Lacta; L. Wu; Nestlé	<ul style="list-style-type: none"> - Críticas aos modelos de simulação utilizados. 	Experiências com modelos de simulação nos Estados Unidos.
12. Respondendo aos Comentários de Wu; Kanczuk et al.; Lacta	<ul style="list-style-type: none"> - Há aumento de preços pós-aquisição. 	Modelagem de Monte Carlo para variabilidade de parâmetros de simulações.

Quadro 11 – Estudos econômicos apresentados ao CADE no processo Nestlé-Garoto

Fonte: elaborado a partir de Brasil (2005c)

Nota: * Segundo consta na análise do CADE, o modelo encontra-se publicado no *Antitrust Law Journal* de 1996.

O CADE entendeu como demasiadamente simples para refletir a realidade de um amplo conjunto de estratégia de preços em ambiente concorrencial, a adoção pelos estudos de Farina de apenas duas estratégias para cada firma no modelo de teoria de jogos. O modelo por ela adotado, segundo o CADE, assume um jogo não-cooperativo quando, no presente caso, o mais provável seria o incentivo a ações de conluio. A utilização de *payoffs* de faturamento da firma como sendo o objetivo dos jogadores seria irreal, posto que crescimento do faturamento não garante lucro.

Os estudos encomendados pela Lacta, os quais contestavam os resultados das requerentes, baseavam-se no emprego de outras hipóteses, entre elas a maximização da função objetivo na simulação pela teoria dos jogos. Várias formas funcionais da demanda foram sendo adotadas conforme surgiam críticas metodológicas para cada um dos estudos apresentados. A crítica de Picchetti (ao trabalho de Kanczuk e Fagundes) assinalou três hipóteses irrealistas (emprego do modelo de Bertrand, custo marginal constante e demanda com elasticidade-preço constante) como causadoras de resultados superiores aos que seriam obtidos por hipóteses mais plausíveis, como a da elasticidade-preço variável. O emprego de hipóteses *ad hoc*, ou seja, sem qualquer fundamento sobre a realidade, também foi objeto de refutações.

Contratado pela Nestlé/Garoto, o economista norte-americano Lawrence Wu, segundo o CADE (p. 29)¹⁴⁸, assevera que modelos de simulações, para terem validade, precisam estar sob hipóteses apoiadas pela realidade do mercado. Adicionalmente, assinala que as experiências com modelo de simulação nos Estados Unidos têm explicitado três substanciais limitações: a obtenção de resultados tendenciosos de aumentos de preços, por não considerar o comportamento reativo dos concorrentes e varejistas; a frequência de dados que não incorporam um quadro preciso do ambiente concorrencial; e estimativas pouco precisas devido a erros de especificação do modelo e a informações fornecidas aos modelos.

Realizada a revista aos estudos incorporados ao processo, o CADE decidiu:

1. As partes (requerentes e impugnantes¹⁴⁹) com emprego das mesmas elasticidades e com a mesma base de dados chegaram a resultados controversos. A Nestlé/Garoto informou que poderia auferir maiores lucros sem elevações de preços devido a ganhos de eficiência, os quais reduziriam custos e preços e aumentariam lucros via aumento na quantidade vendida. Por sua vez, a Lacta conclui que os preços subirão pós-operação. Pelo CADE, a divergência de

¹⁴⁸ Voto do conselheiro-relator.

¹⁴⁹ Empresas concorrentes que incorporaram estudos aos autos do processo, visando comprovar os riscos anticoncorrenciais da operação.

resultados deve-se, sobretudo, ao modelo de simulação e suas hipóteses. Nesse sentido, entendeu que o modelo de jogo utilizado pelos estudos das requerentes fora estático, o que implicou não retratar satisfatoriamente a realidade; os estudos da Lacta se mostraram tecnicamente mais aceitáveis, visto que utilizaram hipóteses mais aceitáveis e mais completas sobre o lado da demanda. Assim, decidiu por considerar o risco de elevação de preços, ou seja, a rivalidade pós-aquisição não será suficiente para inibir aumentos de preços. Todavia, reconhecendo os resultados encontrados pelos estudos como sensíveis ao tipo de modelo e hipóteses empregados, o voto do conselheiro-relator explicitou o caráter não contundente de sua decisão pelos estudos da Lacta ao revelar: “em princípio julgo que oferecem menos insegurança na sua aceitação”.

2. Não desconsiderar por completo as informações das requerentes de que os ganhos de eficiência seriam de tal monta a impedir aumentos de preços. Os estudos encomendados pelas requerentes apontavam por estimativas da ordem de 12%. Entendeu o CADE que a análise desse ponto requer uma avaliação sobre como os custos são afetados. Portanto, a apreciação foi estendida analisando-se as eficiências da operação e seus efeitos em relação aos consumidores.

– *O grau de utilização do Guia*

A disponibilidade de dados para preços e quantidades poderia ser utilizada para testes de significância de correlação de preços, o que proporcionaria maior precisão à análise; contudo, não foi o caso, pois a SEAE apenas efetuou a mera observação gráfica a respeito da sobreposição e do comportamento entre as séries para atestar indícios de rivalidades entre as firmas. A simples verificação por visualização gráfica de os preços e as quantidades vendidas entre três empresas serem próximos não necessariamente atesta a alta rivalidade. Pode justamente significar o contrário, ou seja, a coordenação ou liderança de preços. Testes estatísticos e econométricos adequados poderiam fornecer uma conclusão mais robusta sobre a questão.

A rigor, pelos procedimentos sugeridos pelo guia, se a SEAE atestou não se sustentar a hipótese de exercício de poder de mercado, a análise não precisaria prosseguir para o levantamento das eficiências do ato. No entanto, nada impede à Secretaria de atuar de forma um pouco mais rigorosa do que seria um procedimento padrão. Ou seja, as etapas do guia são meramente sugestivas no sentido de apenas sugerir um método à ordem de análise e nos critérios a serem empregados. Por outro lado, a decisão de seguir a análise pode estar no próprio

reconhecimento da pouca consistência em se tomar, tão-somente pela condição de um modelo teórico de hipóteses fortes, uma decisão cuja consequência seria pouco observada e crível¹⁵⁰.

A introdução dos dois grupos de estudos que se contestavam mutuamente, mais do que relevar se a operação estimulava ou não o exercício de poder de mercado ou que o conjunto de eficiências esperado compensaria ou impediria possíveis aumentos de preços, evidenciou que modelos de simulação produzem resultados com forte dependência das hipóteses adotadas, bem como que erros nas fontes de dados e na especificação do modelo são a parte mais delicada para a aferição de estimativas econométricas com maior precisão. O emprego de um modelo retratando adequadamente a complexidade dos mercados relevantes, simulações que contemplem os jogos estratégicos de um ambiente concorrencial e o emprego realista da forma funcional da demanda e suas respectivas elasticidades abrigoando corretamente as informações de outras variáveis importantes (preços, renda etc.), constitui o grande desafio para que os resultados encontrados sejam o menos refutável possível.

Ainda sobre o parecer da SEAE utilizando o modelo de Bertrand, vale explicitar o caráter irrealista de se utilizá-lo para o caso em estudo ou mesmo em qualquer outro ato de concentração de grandes proporções. A síntese do modelo de competição por Bertrand consiste em um duopólio puro cuja estratégia adotada pelas firmas é a de competir, sempre e unicamente, via preços. No equilíbrio, os preços prevalecentes são os mesmos de uma indústria em regime de concorrência perfeita. Não obstante o irrealismo de supor que as firmas (ligadas a poderosos e experientes grupos internacionais) optariam por adotar a definitiva estratégia de competição via preços, ainda que observando os parcos lucros da competição perfeita, o que claramente não é o caso destas, resta o ceticismo sobre a hipótese de produtos homogêneos. Se fossem homogêneos, deveriam ser questionados os cuidados de fixação e preservação da marca pelo exemplo constatado pelas requerentes. Isto é, consta que o processo de mudança de nome do chocolate Milkbar para o nome Lollo levou três anos. A Nestlé justifica que a longa duração de mudança desse nome se deu em função de possível impacto negativo na imagem do chocolate. Sendo homogêneo (para os consumidores), nenhuma diferença faria o nome do chocolate para o consumidor.

¹⁵⁰ Em estruturas tão concentradas, como a que se analisa, os mais freqüentes são casos de atitudes de colusão tácita ou não, que sempre resultam em elevação de preços e baixa rivalidade, ao contrário do modelo Bertrand, que suscita alta rivalidade e preços competitivos.

– *Eficiências econômicas do ato*

SEAE

As requerentes, em resposta aos ofícios, encaminharam estimativas de economias de recursos, em quatro conjuntos de áreas:

1. Técnica e produção (embalagens, fórmulas e ingredientes, sobrepeso e perdas, complexidade programativa, estoques, outras).
2. Administrativa (conselho de administração, frota de veículos, serviços, níveis hierárquicos);
3. Comercial (mídia e pesquisa de mercado, SAC – Serviço de Atendimento ao Cliente).
4. Logística (insumos para embalagens, matéria-prima, distribuição).

Os valores estimados, as explicações e os cálculos foram omitidos devido ao critério da confidencialidade, o que gera uma limitação para a abordagem desse item. Todavia, a SEAE aceitou-as, utilizando-as para verificar se compensariam algumas simulações de elevações de preços.

Em conformidade com o guia, a SEAE procurou medir se os ganhos alegados e aceitos seriam superiores às perdas por aumento de preço. Assim, ter-se-ia uma indicação dos resultados líquidos da operação, ou seja, dos custos gerados em termos de aumento de preços e dos benefícios gerados à economia com os ganhos de economia. A simulação consistiu em supor aumentos de preços¹⁵¹ de 5%, 10% e 15% e, com o nível de quantidades vendidas do último ano, verificar a variação do faturamento ocorrida. Adotou-se a média de todos os produtos ofertados por cada uma das três firmas (as requerentes e a Lacta) como os representativos dos níveis de preços. A variação da receita é a *proxy* para a perda do excedente do consumidor. Outros dois cenários foram utilizados: um considerando apenas o aumento de preços pelas requerentes, o que seria o exercício unilateral de poder de mercado; e o outro com o aumento também da terceira firma, o que supõe a hipótese de a concorrente acompanhar o aumento de preço da rival.

Os resultados apontaram: a) para todos os cenários, com as hipóteses de aumento de preços para as três firmas, os benefícios econômicos apresentaram valores inferiores às perdas dos consumidores; e b) considerando apenas o aumento de preços das requerentes, os valores entre os benefícios e as perdas se aproximaram.

¹⁵¹ Presumivelmente em uma referência aos aumentos de preços supostos pelo TMH.

A SEAE fez a ressalva de que as estimativas de eficiências foram as de maior valor, uma vez que foram apresentadas pelas requerentes¹⁵². Apesar disso, apontou que no melhor cenário da simulação, isto é, o aumento de 5% apenas pelas requerentes, haveria uma variação positiva de bem-estar da ordem de R\$ 3,5 milhões anuais. Nos outros cenários, que para a SEAE são muito mais próximos da realidade, a operação reduz o bem-estar social.

CADE

A despeito da variedade de hipóteses *ad hoc* utilizadas, os estudos quantitativos apresentados pelas requerentes e impugnantes através de simulações apontavam a geração de eficiências na faixa de 11% a 12% dos custos variáveis. Para as requerentes, esse patamar seria suficiente para não propiciar aumento de preços, ou até mesmo reduzir o nível de preços de momentos pré-aquisição. O CADE, citando os guias norte-americano e europeu, enfatiza a necessidade de exigir altos patamares de ganhos de eficiências para que estas possam ser aceitas como compensadoras de atos geradores de altas concentrações de mercado, como o caso em exame. Adiciona que os julgamentos norte-americanos e europeus têm gerado jurisprudência, no sentido de classificar fusões com elevações de concentração acima de 50% do mercado como aquelas em que dificilmente as eficiências poderiam ser aceitas como justificativas à aprovação dos atos. Daí se enquadraria o caso em apreço, posto que implicou concentrações bem acima desse patamar nos mercados de achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Também foi observado pelo CADE que, em grandes fusões internacionais, as eficiências alcançam reduções de custos de 3 a 4%, isto é, as eficiências estimadas pela Nestlé estariam em um patamar bem mais elevado do que em média ocorre nas operações internacionais.

O CADE, visando avaliar se as eficiências seriam mais que suficientes para impedir perda de bem-estar econômico considerou, além do preço, outros atributos que poderiam beneficiar o consumidor, como melhoria na qualidade e distribuição do produto etc. Desconsiderou-se eficiência por redução no custo fixo, pois, segundo o CADE, as firmas, no curto prazo, tomam suas decisões sobre preços através dos custos variáveis. Uma interpretação importante até então não explicitada ou observada nas amostras de casos examinados (pelo presente estudo) foi adotada no exame do benefício líquido das economias de escala de produção. Para se aceitar a

¹⁵² Supondo que as requerentes, obviamente, são as que possuem os maiores incentivos para considerar o mais favorável possível qualquer possibilidade de eficiência e, assim, apresentar as estimativas mais elevadas.

redução do custo variável como benefício à economia, seria preciso que a geração da vantagem auferida pela empresa não tenha surtido uma correspondente desvantagem para qualquer outro agente econômico. Nas palavras do CADE:

As economias de escala podem ocorrer, por exemplo, pela simples transferência da quantidade demandada de um bem, antes orientada para um dado produtor (produtor A) e agora dirigida para outro produtor (produtor B), como resultado de algum Ato de Concentração. No caso do produtor B, este terá oportunidade de produzir uma maior quantidade, possibilitando-o a gozar de economias de escala (se elas existirem), ou seja, a gerar uma eficiência produtiva, um benefício para a empresa. No caso do produtor A, a menor quantidade produzida gerará o não-aproveitamento de economias de escala (se elas existiam), aumentando o seu custo. Eventualmente, o benefício líquido apurado neste caso é zero, porque o que foi positivo para uma empresa foi negativo para a outra [BRASIL, 2005c, p. 39].

Adicionalmente, no procedimento de aceitação ou não do conjunto de elementos apresentados como eficiências, o CADE alegando recomendações de estudos internacionais descarta eficiências geradas por economias gerenciais e administrativas, uma vez que elas poderiam ser obtidas sem que tivesse sido efetuado um ato de concentração entre empresas.

As eficiências examinadas pelo CADE não partiram do conjunto de eficiências apresentadas a SEAE. O prosseguimento de outros estudos posteriormente àqueles inicialmente apresentados ao SBDC suscitou um novo conjunto de eficiências endereçado diretamente ao CADE. Essas eficiências, alteradas em relação às primeiras, foram realizadas por uma consultoria independente. De um total de 22 tipos de eficiências anteriormente apresentadas, as requerentes confirmaram apenas 13, sob o entendimento de que as restantes¹⁵³ não seriam de efeitos sobre os custos variáveis. O Quadro 12 destaca os 13 tipos de eficiências alegadas. Desse total, apenas três foram aceitas após o exame do CADE.

¹⁵³ As excluídas pelas requerentes foram: renegociação da dívida da Garoto e redução de tarifas bancárias; eliminação e renegociação de serviços; redução de custos com mídias e pesquisas de mercado; ganho com eliminação de consultorias; ganho com eliminação de necessidade de investimentos da Nestlé; ganho com eliminação do Conselho de Administração da Garoto; eliminação de promotoras para a Páscoa; eliminação de repositores e promotoras; ganho com transferência de serviços administrativos da Garoto pela Nestlé.

Eficiências alegadas	Decisão	Principal interpretação do CADE
1. Redução de custos com fechamento de depósitos	Sim	Aceitou apesar de ponderar que outra empresa sem posição dominante poderia alcançar esse benefício e seria redução de custo fixo
2. Ganho com redução de locação de armazéns	Não	Gera economias fora do mercado relevante
3. Redução de custos com embalagens	Sim	Aceitou sem fazer referências
4. Redução de custos com alterações em fórmulas e ingredientes	Especulativo	Alterações com potencial para prejudicar consumidores da Garoto
5. Aproveitamento da fórmula da Garoto em coberturas de chocolates na Nestlé	NE	Qualquer empresa compradora da Garoto poderia se utilizar da fórmula
6. Ganho com diminuição de sobrepeso	NE	Poderia ser alcançada por consultoria
7. Alinhamento de preços de matéria-prima e insumos	EP	Mera transferência de renda na cadeia produtiva
8. Transferência da produção de achocolatados e confeitos à Nestlé	EP	Transferência de lucros da empresa terceirizada para a empresa fusionada
9. Absorção da produção de ovos de Páscoa da Nestlé pela Garoto	EP	Transferência de lucros da empresa terceirizada para a empresa fusionada
10. Ganho com otimização da distribuição	Sim	Redução de custos variáveis de distribuição
11. Ganho com compras de derivados de cacau	NE	Não depende da operação
12. Ganho com renegociação de itens de embalagens	EP	Transferência de renda dentro da cadeia produtiva
13. Ganho com compras de derivados de cacau	EP	Transferência de renda dentro da cadeia produtiva

Quadro 12 – Tipos de eficiências alegadas no caso Nestlé-Garoto

Nota: NE – eficiência não específica ao ato; EP – economia pecuniária

O somatório dos valores dos três tipos de eficiências aceitos pelo CADE correspondeu a tão-somente 1,47% do custo variável total alegado pela Nestlé. Ou seja, bastante inferior ao percentual de 12% estimado pelos estudos apresentados. Com efeito, o CADE entendeu que as eficiências não seriam suficientes para impedir aumentos de preços aos consumidores, de maneira que haveria perda de bem-estar social com a operação.

– *Grau de utilização do Guia*

No cálculo do efeito líquido do ato, a SEAE adotou a hipótese de “manter constante” a quantidade vendida para cada um dos cenários diante das três suposições de elevações de preços; com efeito, seria supor para o chocolate, valor zero para sua elasticidade-preço da demanda, o que certamente não é a realidade. Essa hipótese implica automaticamente uma estimativa baixa, que poderia, talvez, compensar a presunção de uma superestimativa das estimativas de eficiências pelas requerentes, como a própria SEAE aventou. Uma alternativa seria adotar as elasticidades apresentadas anteriormente e parcialmente aceitas ou simular qual conjunto de elasticidades poderia gerar efeito líquido positivo. Considerando o exercício unilateral de poder de mercado haveria uma redução da quantidade vendida. Esta redução seria desviada para as concorrentes, principalmente se considerar a verificação da SEAE de que para vários chocolates, como bombons, tabletes etc., esses produtos seriam homogêneos. Outro ponto que chama a atenção é a semelhança entre os percentuais escolhidos para a hipótese de aumento de preços e os do Teste do Monopolista Hipotético – TMH. Vale dizer, são momentos completamente distintos da análise, de forma que a escolha desses percentuais não contempla qualquer consistência teórica ou está em conformidade com o guia. Afinal, o TMH é um modelo teórico utilizado para determinar o mercado relevante de produtos e geográfico. O que se acaba de estimar busca estabelecer qual magnitude de poder de mercado pode ser efetuada por uma empresa circunstanciada por um novo ambiente concorrencial. Com efeito, a escolha dos percentuais deve, preferencialmente, estar voltada ao conjunto pouco evidente de estratégias possíveis de preços adotadas pelos agentes econômicos.

– *Recomendação e decisão das agências*

SEAE

No cenário de diferenciação de produtos, a SEAE verificou que não seria ótimo para a rival contestar o exercício de poder de mercado. Assim, seria factível alcançar um novo equilíbrio com preços mais elevados. Como os ganhos de eficiência apurados não foram suficientes para compensar os presumíveis danos anticompetitivos, não seria recomendável a aprovação. No entanto, considerando as pesquisas de opinião e o exame de série de preços e quantidades para os diversos tipos de chocolate, a interpretação seria a de produtos homogêneos. Desse modo, o emprego do modelo de competição por Bertrand adotado pela SEAE fez com essa Secretaria

concluísse de que a probabilidade de exercício de poder de mercado seria nula, o que implicaria recomendar o ato. Dada a inexistência até aquele momento de informações ou estudos mais robustos, a SEAE assinala que o CADE deveria decidir com base nos fatos por ela expostos e com outros a serem incorporados ao processo.

CADE

O CADE decidiu pela não-aprovação do ato, adotando a solução estrutural por desconstituição integral do ato. Por conseguinte, a Nestlé deveria alienar todos os ativos relacionados à empresa Garoto no prazo máximo de 90 dias, a partir da apresentação da avaliação do preço e das condições de venda. Uma empresa idônea especializada deveria avaliar os preços e as alternativas de pagamento. O futuro comprador não poderia ter participação no mercado superior a 20% no mercado relevante e deveria se mostrar capaz de sustentar a marca.

– Grau de utilização do Guia

Não sendo inteiramente conclusiva, a SEAE cumpre apenas parcialmente sua função instrucional. O problema já teria se iniciado com a imprecisão na identificação do mercado relevante quando se optou por apresentar dois cenários.

Como já observado no capítulo anterior, quando se decide pela aprovação parcial ou não-aprovação, o guia prevê a adoção de medidas estruturais ou comportamentais. O CADE, em sua decisão, destaca que a solução estrutural tem sido crescentemente escolhida como a mais eficaz para impedir os efeitos anticoncorrenciais advindos de um ato de concentração.

3.º Caso – PepsiCo e CBB – AC 08012.000212/2002-30

Descrição resumida

Operação em que a PepsiCo, Inc. – PepsiCo licencia à Companhia de Brasileira de Bebidas – CBB os direitos de produção, comercialização e distribuição do produto Gatorade em todo o território nacional, por um período de 15 anos, renováveis por séries de períodos de 10 anos. Operação ocorrida em 20 de dezembro de 2001. Voto do conselheiro-relator: 5 de novembro de 2003.

O parecer técnico da SEAE recomendou a aprovação com restrições, em 11 de outubro de 2002.

As requerentes

A PepsiCo consiste em um grupo empresarial norte-americano atuante no segmento de bebidas e alimentos. O faturamento no Brasil, no ano de 2000, foi de R\$ 309 milhões; no mundo, de R\$ 40,12 bilhões.

A Companhia de Bebidas – CBB é uma empresa brasileira subsidiária da Companhia de Bebidas das Américas – AmBev. O faturamento do grupo AmBev, respectivamente, no Brasil e no mundo foi de R\$ 10,95 bilhões e R\$ 11,28 bilhões. Anteriormente à operação, a CBB já industrializava e comercializava sete marcas de bebidas da PepsiCo e produzia o Marathon, produto de características semelhantes na produção e na forma de consumo com o produto Gatorade.

As etapas do Guia

1. Definição do mercado relevante

– SEAE¹⁵⁴

A SEAE, com base em informações técnicas, comerciais e sobre a composição do produto, bem como em informações sobre o perfil de consumidores, consultas aos *sites* das requerentes e institutos de pesquisa de mercado, definiu o mercado relevante como o de bebidas isotônicas. São incluídas nesta categoria, as bebidas prontas que não contêm álcool, gás ou grande quantidade de açúcar e são direcionadas ao uso durante e após a prática de atividades esportivas. Desse modo, buscou-se levantar os produtos substitutos pelo lado da demanda. Foram utilizadas informações a respeito do tipo e das preferências de consumidores típicos por meio de declaração dos *players* do mercado. Por conseguinte, presume-se não ter sido aplicado formalmente o TMH por meio de estimativas da demanda ou das elasticidades como sugere a sua descrição metodológica.

Contestando a afirmação das requerentes de que o mercado relevante deveria ser definido como de *soft drinks*¹⁵⁵, a SEAE utilizou, entre outras considerações, a relação de preços entre

¹⁵⁴ Em virtude de não ter sido localizado, o parecer técnico da SEAE foi examinado com base em citações desse parecer dado pelo parecer técnico da SDE e pelo voto do conselheiro relator do CADE. Com efeito, o nível de detalhamento do exame da SEAE tende a ser um pouco menor do que nos dois casos anteriormente estudados, ainda que não haja prejuízo significativo quanto ao objetivo de comparação de resultados entre os dois órgãos de defesa da concorrência.

¹⁵⁵ Entendidas por bebidas não-alcoólicas: os refrigerantes, sucos, isotônicos, bebidas esportivas, chás gelados, águas de coco, águas industrializadas, refrescos em pó, entre outros.

alguns desses produtos (chá gelado, sucos de frutas, águas de coco industrializadas, águas industrializadas e refrescos em pó), comparando com os preços dos isotônicos. Concluiu que estes correspondiam à faixa delimitada por 6,7% dos preços dos refrescos em pó até o limite de 64,1% dos preços dos chás prontos. Sendo tão significativa a diferença de preços, já se teria, entre outros elementos, a evidência de que não seria razoável admitir a substitutibilidade entre estes. Afinal, não há consistência econômica entre produtos substitutos com preços tão diferentes.

Na dimensão geográfica, considerando que todas as plantas industriais referentes às bebidas isotônicas situam-se na região Sudeste e a distribuição estende-se por todo o país, o mercado foi caracterizado como nacional.

– *CADE*

Como a SEAE, o CADE teceu sua análise com base nas informações das requerentes e demais empresas do mercado disponíveis no processo, sem deixar de considerar as instruções da SEAE e SDE para formar a decisão sobre o mercado relevante de produto.

O CADE assinala que as requerentes, no seu objetivo de contestar a definição de produto relevante como de isotônico dada pela SEAE, asseveraram o mercado relevante como de *soft drinks* baseando-se em resultados de várias pesquisas de mercado por elas encomendadas. Após análise das informações apresentadas, o CADE acompanhou a definição de mercado relevante de produto como o de bebidas isotônicas no mercado geográfico do território nacional, conforme definição da SEAE.

– *Possibilidade e probabilidade de exercício de poder de mercado*

SEAE

Na análise sobre importações, a SEAE baseou-se em informações das requerentes, as quais afirmaram que as importações de bebidas isotônicas não poderiam ser estimadas com precisão, sendo elas inexpressivas em função do reduzido valor agregado do produto *vis-à-vis* seu custo de transporte e alíquota de 19% para importação. Assim, as importações não se constituíam de um mecanismo para impedir eventuais ações de poder de mercado por parte das requerentes.

Empregando dados fornecidos por institutos de pesquisa de mercados e informações das requerentes e demais agentes relacionados ao mercado, a SEAE analisou a estrutura e a evolução

do mercado brasileiro de isotônicos (Tabela 8). Concluiu que a concentração entre as requerentes teria o efeito de gerar uma concentração horizontal acima de 90% do mercado relevante. Os outros concorrentes deteriam participação inferior a 10%, o que poderia ser um ambiente favorável ao exercício unilateral de poder de mercado.

Tabela 8 – Participação de mercado de isotônicos, no período de 1997 a 2001

Produtos e fabricantes	Participação de mercado (%)				
	1997	1998	1999	2000	2001
Gatorade	77,38	79,11	76,83	72,70	76,83
Marathon	7,97	10,46	11,87	16,94	17,42
Energil C	1,99	1,93	4,49	5,55	3,08
Santal Active	0,90	2,04	2,29	1,65	1,08
Sportade	5,22	3,78	1,86	0,45	0,20
Frutorade	4,49	2,06	0,81	0,29	0,22
Carborade líquido	0,01	0,02	0,01	0,00	0,00
Bliss Sport	1,47	0,00	0,30	1,32	0,10
Outros	0,57	0,61	1,55	1,10	1,06

Fonte: Brasil (2004)

Utilizando-se a razão de concentração para as quatro maiores empresas do mercado – CR4, a SEAE assinalou que antes e após a operação o CR4 totalizou, respectivamente, 98,41 e 98,61, sinalizando um aumento insignificante de risco de exercício coordenado de poder de mercado. Prossegue-se a análise, portanto, pela investigação da viabilidade de exercício unilateral de poder de mercado.

– *Condições de Entrada*

SEAE

Exemplos de entradas bem-sucedidas de novas marcas, apresentados pelas requerentes, foram entendidos pela SEAE como de mercados de *soft drinks*. Com base em informações

prestadas por outras empresas, a SEAE considerou a alegação de alta fidelização¹⁵⁶ dos consumidores à marca Gatorade e as difíceis condições de distribuição dos produtos em pequenos equipamentos varejistas para o diagnóstico de alta barreira à entrada.

Pelas informações de empresas concorrentes e admitidas pelas requerentes, a escala mínima viável – EMV, representou 40%¹⁵⁷ do mercado, mostrando-se significativamente superior ao nível de oportunidades de vendas. Assim, evidenciou-se a baixa probabilidade de entrada de novas empresas no mercado.

A SEAE aponta, a partir de dados que constam na tabela 9, o expressivo valor de gastos em propaganda com a marca Gatorade, principalmente, levando-se em consideração as despesas de propaganda com a marca Marathon, nos anos de 1999 a 2003. A verificação de elevados gastos com publicidade constituiu-se para a SEAE em uma indicação de fortalecimento da marca, o que contribui para considerar elevadas as barreiras à entrada.

Na questão da rivalidade, pelas informações da tabela 8, a SEAE argumentou que a evolução da participação de mercado das principais marcas, mostra a expressiva liderança da marca Gatorade, cerca de quatro vezes o tamanho de mercado da segunda marca. Adicionando a observação de que as outras marcas ao longo dos anos obtiveram reduções de participação, a SEAE classificou o mercado de isotônicos como de baixa rivalidade.

Tabela 9 – Gastos totais com publicidade (em mil reais)

Produtos	1999	2000	2001	2002	2003
Gatorade	6.613	6.594	8.955	9.435	8.200
Marathon	1.503	1.477	8.722	111	200

Fonte: Brasil (2005c)

¹⁵⁶ Com base em informações recebidas, observou-se que o preço do Gatorade foi superior a quase 20% do preço do Marathon e superior em 37,2% do preço do produto concorrente Energil C, pelo que se evidenciou forte preferência pelo Gatorade, uma vez que é o mais caro e o líder isolado de vendas no segmento de isotônico, ou seja, indicação de forte influência da marca na demanda.

¹⁵⁷ Essa informação foi denominada como confidencial nos dois órgãos instrutores, porém foi observada no voto do conselheiro-relator, versão pública.

Na sua argumentação, a SEAE informa que nos Estados Unidos a empresa Coca-Cola, tendo lançado o produto isotônico de marca Powerade há quase 10 anos, não conseguiu se aproximar da parcela de mercado da Gatorade naquele mercado. A SEAE, portanto, admitiu como de ausência de significativa rivalidade o mercado brasileiro de bebida isotônica.

CADE

O CADE seguiu explicitamente a instrução da SEAE, concluindo pela ausência de rivalidade em virtude da forte posição de mercado ao longo dos anos, dos altos investimentos em publicidade necessários para fortalecer a marca e pela forte importância da marca Gatorade no mercado relevante examinado.

– As eficiências econômicas do Ato

SEAE

As requerentes alegaram eficiências advindas de economia de escala e escopo, as quais a SEAE entendeu não terem sido devidamente quantificadas, tampouco suficientes para propiciar redução de preços dos isotônicos. Por exemplo, foi alegada vantagem com a possibilidade de a CBB ampliar a venda através de novos investimentos em *marketing* e capacidade de distribuição. A SEAE ponderou que, antes da operação, os investimentos em *marketing* e propaganda da Pepsi com o Gatorade já eram bem superiores aos da CBB com o Marathon e que os concorrentes teriam condições para realizar tais investimentos e suprir aumentos de demanda. Portanto, no mínimo, não seriam eficiências específicas. A SEAE não reconheceu a geração de eficiências na utilização dos distribuidores independentes da CBB, posto ser pouco crível que uma produção folgadoamente líder do mercado tivesse significativa deficiência no sistema de distribuição e que essa deficiência seria aprimorada por outra não líder.

CADE

Utilizando-se da mesma linha argumentativa da SEAE, o voto do conselheiro-relator considerou “descartadas todas as eficiências alegadas pelas Requerentes, uma vez que não foi verificado qualquer benefício concreto ao consumidor final” (CADE, 2005c, p. 17).

– *Decisão*

SEAE

A SEAE recomenda a aprovação da operação, condicionando-a à alienação de uma das duas marcas de isotônicos envolvidas na operação. Em caso de se optar pela alienação da marca Marathon, determinou que sejam observadas a alienação por leilão em no máximo três meses; compartilhamento da rede de distribuição da CBB, em caso de interesse do adquirente, por quatro anos, renováveis por mais dois anos; e que a marca seja adquirida por empresa independente com capacidade de competir nesse mercado.

CADE

Determinou a alienação da marca Marathon e de todos os seus ativos por intermédio de leilão público no prazo de três meses. Também foi determinado o compartilhamento da rede de distribuição das requerentes com o adquirente da marca Marathon por um período de dois anos, prorrogáveis por um ano.

– *Grau de utilização do Guia*

Muito embora a observação das características físicas do produto represente um importante fator de determinação do mercado relevante, o teste do monopolista hipotético não se mostrou aplicado da forma descrita no guia.

A alta concentração gerada pela operação de mais de 94% demonstra por si só a gravidade da operação em decorrência do quase monopólio gerado. Por conseguinte, uma aprovação do ato seria praticamente descartável, segundo alguns guias, como o norte-americano e o da União Européia. A situação se mostra mais evidente ao observar a evolução do *market share*, indicando tratar-se de uma operação entre as duas empresas líderes, enquanto as demais concorrentes não apresentam qualquer capacidade de responder a ações abusivas das requerentes. Segundo o voto do conselheiro-relator neste ato de concentração, mesmo que haja eficiências, a teoria e a experiência internacional assinalam que elas não são compartilhadas com os consumidores, sendo assimiladas totalmente pelas empresas.

Por fim, há de se surpreender com a avaliação da EMV em 40% do total do mercado de isotônicos revelado pelas empresas daquele segmento. Assim, a produção de Marathon, que nos anos de 1997 a 2001 esteve sempre abaixo da metade dessa porcentagem, teria a perspectiva de descontinuar sua produção, isso, para não falar das demais concorrentes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal objetivo da política de defesa da concorrência consiste em contribuir para o desenvolvimento econômico através da preservação das condições de concorrência nos mercados. As principais atividades exercidas por ela são centradas na repressão de práticas anticompetitivas e no controle preventivo de operações de mercado que possam causar problemas ao ambiente concorrencial.

O atual sistema brasileiro de defesa da concorrência é recente. Ele é formado pela Lei 8.884, de junho de 1994, o que representa pouco mais de 11 anos de experiência no trato das questões antitrustes.

Nos últimos cinco anos, o CADE realizou 2.672 julgamentos sobre atos de concentração horizontal, resultando em 2.581 casos aprovados integralmente, 88 aprovados com restrições e três em que se decidiu pela reprovação da operação.

Procurando identificar como a investigação econômica é realizada na prática pelas autoridades antitrustes brasileiras, o presente trabalho estudou o controle de concentrações horizontais. Paralelamente, descreveu os problemas que marcam a elaboração de uma ação de defesa da concorrência de amplitude internacional, estudando também os procedimentos de análise da defesa da concorrência em atos de concentração horizontal adotados pelos Estados Unidos, pelo Reino Unido e pela União Européia, comparando-os aos do Brasil. Por fim, foram levantadas questões mais gerais sobre as atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Os resultados e discussões efetuados no presente estudo permitiram que se chegasse às considerações e às proposições descritas a seguir.

7.1 Guias de outros países comparados com o do Brasil e os acordos de cooperação internacionais

A despeito das diferenças que se possam notar entre as experiências antitrustes do Brasil em relação às dos Estados Unidos, do Reino Unido e da União Européia, há mais semelhanças do que diversidades nos procedimentos e princípios metodológicos de análise contidos nos seus respectivos guias.

O Teste do Monopolista Hipotético, embora contenha algumas diferenças metodológicas ligadas ao uso ou não da substituição dos produtos pelo lado da oferta, é adotado na sua lógica de identificação dos mercados geográficos e de produtos sem que explicitamente mencione o emprego de técnicas quantitativas e econométricas. Como já foi mencionado no presente estudo, Posner (1976), a esse respeito, supõe não haver suficiente confiança (pela comunidade antitruste) em utilizar estimativas de elasticidades na identificação de mercado, preferindo definir o mercado de outra forma.

Há distinção conceitual quanto aos elementos que caracterizam como fácil a entrada de novas firmas. A União Européia admite a facilidade de realocação da produção (ou dos meios de produção) por firmas já existentes como uma forma de entrada (denominada por eles como “nova expansão”), enquanto os demais guias seguem o conceito de entrada na linha tradicional, da Teoria da Organização Industrial.

Na etapa das eficiências, todos os guias apresentam as mesmas limitações quanto ao problema de ser de difícil verificação e quantificação, seja por se tratar de um evento futuro (conforme argumenta o guia brasileiro), seja por se tratar de responsabilidade das interessadas a apresentação e a comprovação de que as eficiências são prováveis de ocorrer (guia norte-americano).

O guia brasileiro é o único a não fazer referência ao quesito de averiguar se uma das firmas partes do ato de concentração estaria em processo falimentar (*failing firm*) no período pré-fusão. Sob determinadas condições – como não havendo uma terceira firma de fora do mercado interessada na aquisição –, os demais guias consideram essa situação como um fator favorável à aprovação da operação. Como se trata de um ponto importante, seria recomendável a incorporação desse critério ao guia. Vale observar que há registros de que o SBDC já considerou esse fator no julgamento de operações.

De igual forma, notou-se no guia brasileiro a ausência de um tratamento a ser dado àquilo que no guia norte-americano é denominado *maverick firm* (empresa que teria um grande incentivo a não seguir os rivais em momento de ação coordenada). Guias destacam que uma *maverick firm* é capaz de inviabilizar a ação coordenada das rivais. Com efeito, seria objeto de uma ação estratégica de uma empresa interessada em garantir o exercício de poder de mercado adquiri-la.

Não se encontra no guia brasileiro ênfase no exercício do poder de mercado sob a forma monopsonica. O guia apenas se refere ao poder de mercado na compra de insumos como forma de eficiência se for do tipo compensatório (contesta o poder de mercado exercido na venda dos insumos). A esse respeito, Pioner e Canêdo-Pinheiro (2005, p.19) demonstram analiticamente que “[...] o poder de compra compensatório tem um alcance limitado como um mecanismo que garante preços mais baixos ao consumidor final”. Esses autores sugerem a incorporação de instrumentos de análise sobre o poder de monopólio dentro das etapas II e III do guia.

Futuras atualizações do guia, que provavelmente ocorrerão, poderiam acolher essas questões.

No plano da defesa da concorrência internacional, os conflitos de interesses em virtude da relação custo-benefício gerada por fusões internacionais ser distribuída de forma assimétrica entre países são fator de atrito entre países no julgamento antitruste extraterritorial. Isso tem suscitado a cooperação entre agências de defesa da concorrência de diferentes legislações. Não resta dúvida de que os acordos celebrados representam um avanço em relação à aplicação do princípio extraterritorial da lei. Todavia, os critérios de cumprimento das cláusulas como de natureza voluntária, o impedimento de troca de informações confidenciais, o tímido tratamento dado para o caso de fusões e a verificação da reduzida utilização de tais acordos na prática os caracterizam, por enquanto, como apenas um início de esforços no sentido de preparar as autoridades antitrustes para a implementação de uma política internacional de defesa da concorrência.

7.2 A investigação econômica pela SEAE

Como características relacionadas ao padrão de análise da SEAE, foram identificadas questões de ordem pragmática e outras que podem ser consideradas falhas de análise econômica nos pareceres elaborados.

Do conjunto dos 117 pareceres econômicos examinados, a maior parte das operações observadas foi recomendada apenas pelo grau de concentração de oferta (etapa II do guia).

Nos demais casos, em que a análise prosseguiu além da etapa do grau de concentração da oferta, os demais atributos da estrutura do mercado não obtiveram profundidade analítica comparável com os casos ditos de maior relevância.

Esse fato poderia aventar que, no segmento de pareceres sobre operações consideradas mais simples, os resultados encontrados apontam para a conclusão de Lima (1998), na qual a política antitruste nacional entre 1994 e 1996 fazia da variável grau de concentração da oferta a variável-chave de decisão para o julgamento de operações de concentração.

Em alguns dos casos em que o índice de concentração apontou necessidade de continuar a análise (segundo a metodologia do guia), a SEAE decidiu encerrá-la, entendendo que a operação apenas gerava acréscimo insignificante de concentração. Em uma parcela desses casos, a concentração do ato entrava no limite definido pelo guia como preocupante; em outros, uma das empresas já tinha sua parcela de mercado acima do nível definido pelo guia. Nestes últimos, a argumentação utilizada era a de que não se constatava nexos causal entre a operação e o risco de exercício de poder de mercado, posto que já existia. Em alguns desses casos, tais acréscimos foram superiores a 5%. Note-se que, ao considerar a conclusão de Baker (2002 apud ICN, 2004), que assevera que a aquisição de uma *maverick firm* pode aumentar substancialmente a probabilidade da ação de coordenação (anticompetitiva) mesmo se o aumento da concentração gerada for modesta, a verificação de que a firma adquirida tenha essa característica põe como falha de análise os casos recomendados sob tal lógica.

Ainda assim, o presente estudo interpretou a desconsideração de acréscimos menores do que 5% como uma decisão pragmática aceitável. Para as situações de mais de 5%, a situação foi classificada como falha de mercado. Mesmo que se use o argumento de que o risco já existia, acréscimos mais elevados do que 5% caracterizam um aumento da concentração preocupante. O caráter da crítica que se faz a esse critério se acentua ao notar a imprecisão que cerca os índices de concentração, tanto por sua própria metodologia de cálculo como porque dependem da identificação do mercado relevante, este sempre sujeito a obter resultado superestimado ou subestimado, o que implica respectivamente atribuir menores ou maiores parcelas de mercado às requerentes.

Outra questão observada refere-se à demora na conclusão dos exames dos casos. O prazo médio dos pareceres da amostra como um todo atingiu 77 dias, o que representa mais do que o dobro do prazo legal, de 30 dias. Se, por um lado, deve ser concedido um desconto a esse indicador, posto que se refere ao tempo corrido (não exclui o número de dias em que o processo fica parado, aguardando o recebimento de informações das requerentes), por outro pesou o fato de que a maioria dos casos foi decidida na etapa II de análise, e vários deles apresentavam nítidas

características de não afetar o nível estrutural de seus mercados relevantes (casos de mera substituição de agente econômico etc.), o que representa um fator de rapidez na análise.

A recente implementação do método de análise conjunta entre a SEAE e a SDE (não utilizados no período dos pareceres aqui estudados) certamente irá reduzir o prazo de realização dos trabalhos de ambas as secretarias e, por conseqüência, do SBDC como um todo.

Nas questões mais específicas, não foi identificado o uso do Teste do Monopolista Hipotético da maneira que a metodologia do guia apregoa. A lógica do teste é aplicada, mas por intermédio de informações recebidas pelas requerentes e, ou, demais organizações externas.

A utilização do índice HHI não foi verificada nos pareceres econômicos amostrais investigados (em conformidade com o guia, que não o cita em seu conteúdo), possivelmente pelo fato de o cálculo desse índice se tornar proibitivo em mercados com uma “franja” bastante significativa de empresas. No entanto, em algumas ocasiões, o mercado relevante abrangeu poucos concorrentes e os dados de parcela de mercado de todos constavam nos pareceres. Em relação ao índice CR, esse indicador possui a vantagem de melhor captar a concentração de mercado. Assim, a exemplo dos guias norte-americano, britânico e da União Européia, poderia ser utilizado complementarmente à razão de concentração, inclusive nos casos em que foram desconsiderados os acréscimos de concentração dados como insignificantes. Vale registrar, no entanto, que a OECD (2005b) informa que o SBDC já o utilizou. Nesse caso, outro ponto deve ser levantado: não há sentido em mensurá-lo se não houver estudos que fundamentem a determinação dos parâmetros para definir o que seria concentração inócua e o que seria considerado concentração preocupante de mercado.

7.3 O papel da SEAE como instrutor econômico do CADE

Uma primeira consideração deve ser feita: o papel da SEAE como órgão instrutor econômico é prejudicado quando estudos de outras partes são encaminhados para o CADE após a conclusão dos pareceres daquela secretaria. Em alguns casos, estudos que contestam os pareceres da SEAE não retornam a ela para sua apreciação. Observe-se também que, por ser o primeiro órgão a realizar a investigação, as demais partes tendem a se beneficiar desses resultados e métodos aplicados, conseguindo aperfeiçoamentos com que a SEAE não pôde contar. Apesar disso, em nenhum parecer examinado pelo presente estudo a recomendação final da SEAE diferiu

do julgamento do CADE (exceto em alguns itens de restrições impostas em aprovações). Grande parte da análise empregada foi considerada pelo CADE, ainda que as requerentes contestassem. Com efeito, é facilmente verificado o papel da SEAE como instrutor econômico do julgamento antitruste.

7.4 Os casos relevantes selecionados: a questão da apuração das eficiências e os métodos quantitativos

A dificuldade de obtenção de estudos, informações e estimativas que comprovassem satisfatoriamente a possibilidade de geração de eficiências foi percebida nos três casos.

Chama a atenção a frequência com que as eficiências alegadas foram rejeitadas e sucessivos novos relatórios que apresentavam novas formulações de eficiências obtiveram semelhante recusa por parte do SBDC. O guia (BRASIL, 2001, p.16) afirma que as “[...]eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis”. Contudo, não traz qualquer outra informação sobre quais seriam os critérios que definiriam ou não esses atributos. Não se verifica no guia qual o padrão de comprovação das eficiências deve-se procurar alcançar, qual o peso a ser considerado nos diversos tipos de eficiências (reduzoras de custo fixo, custo variável, diferenciação de produtos etc.). Uma recomendação com o propósito de aumentar a eficácia da investigação seria a criação de um manual ou um anexo ao guia, detalhando essas questões e exemplificando eficiências consideradas em julgamentos passados, apontando os casos mais comuns de equívocos de eficiências alegadas. Decerto não existe uma regra objetiva e única para identificar e medir as eficiências econômicas. A subjetividade é fator presente na apuração das eficiências, até porque algumas delas envolvem variáveis qualitativas. No entanto, é por essa razão que o presente estudo advoga a elaboração de um arrazoado de procedimentos sobre tais questões.

Não se verificou, por parte da SEAE, o uso de análise quantitativa, como modelos de estimação de demanda (e elasticidades) e testes econométricos nos exames efetuados pela SEAE. Em alguns casos, como o da Nestlé-Garoto e o da Gatorade, a secretaria dispunha de dados em que poderiam ser aplicados esses testes, mas ela optou pela mera observação gráfica da evolução das variáveis.

Os próximos desafios para a execução da política de defesa da concorrência, segundo vários estudiosos da área antitruste, são a inserção de métodos quantitativos e econométricos como técnica predominante da análise dos casos de concentração. Para essa questão, o processo sobre o caso Nestlé-Garoto tem muito a contribuir: uma profusão de estudos com modelos de natureza econométrica foi trazida ao CADE tanto pelas requerentes como pelas empresas concorrentes. Visando responder se haveria ou não a previsão de danos à concorrência e ao consumidor, os estudos, elaborados por renomados especialistas, apontaram conclusões conflitantes entre si. Novos estudos eram apresentados quando os anteriores eram devidamente contestados. Lawrence Wu, especialista norte-americano contratado pelas requerentes, resumiu o problema da aplicação de métodos quantitativos em estudo incorporado ao processo. Segundo ele, para terem validade, os modelos de simulações precisam estar sob hipóteses apoiadas pela realidade do mercado. Acrescentou que as experiências com modelo de simulação nos Estados Unidos têm explicitado três substanciais limitações: a obtenção de resultados tendenciosos de aumentos de preços, por não considerar o comportamento reativo dos concorrentes e varejistas; a frequência de dados que não incorporam um quadro preciso do ambiente concorrencial; e estimativas pouco precisas devido a erros de especificação do modelo e em informações fornecidas aos modelos.

Outros autores, como Huse e Salvo (2005), estudando o uso de métodos quantitativos aplicáveis à análise antitruste, concluíram que, além da necessidade de mecanismos que garantam a obtenção de dados de qualidade, os maiores problemas estariam relacionados à obtenção das informações em tempo compatível com as exigências de uma execução antitruste tempestiva. Pioner e Canêdo-Pinheiro (2005), também empenhados em estudar a inserção de métodos quantitativos aplicados à defesa da concorrência, chegaram a conclusões semelhantes.

Ainda que haja progresso na inserção de métodos quantitativos e instrumentos econométricos – certamente ocorrerá –, a ampliação de critérios objetivos não retirará a natureza de subjetividade que cerca toda a análise antitruste. A complexidade que envolve a mensuração do poder de mercado e das eficiências geradas sempre será sujeita a ambigüidades e manipulações de quem as aplica. Afinal, trata-se de um exercício de avaliação sobre trajetórias de variáveis no futuro; portanto, sujeito sempre a incertezas e sensível às hipóteses que se queira adotar.

Apesar das dificuldades, alguns avanços já se fazem notar nas atividades executadas pelo SBDC. A SDE, recentemente, criou um centro de métodos quantitativos em seu departamento. Além de montar uma base de dados, essa secretaria passou a produzir e empregar técnicas quantitativas por meios próprios, o que reduz a necessidade e proporciona mais independência à análise. Nesse contexto, a OECD (2005) registra que pela primeira vez foram utilizadas simulações realizadas pela SDE e SEAE e aceitas pelo CADE, em vez das apresentadas pelas requerentes em um caso julgado em abril de 2005.

As novas reformulações da política da defesa da concorrência, que virão com a aprovação dos projetos de lei alterando o desenho do SBDC, sinalizam ganhos de eficácia ao sistema e novos aparatos de investigação antitruste.

REFERÊNCIAS

BAIN, J. **Barriers to new competition**. Cambridge: Harvard University Press, 1956. 329 p.

BAUMOL, W.E.; WILLIG, R. **Contestable markets and the theory of industrial structure**. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1981. 632 p.

BECKER, G. **Economic theory**. Disponível em: <<http://www.economyprofessor.com/theorists/garybecker.php>>. Acesso em: 21 jun. 2005.

BOCKUS, K.A.; NORTH CUT, W.D.; AMIJEWSKI. **Criteria for cognizable efficiencies in antitrust litigation: lessons form United States v. oracle corporation**. Disponível em: <<http://www.chipar.com/papers.htm>>. Acesso em: 22 dez. 2004.

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 13 jun. 1994. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE; Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. **Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal**. 2001. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/PortConjSeae-SDE.PDF>>. Acesso em: 21 maio 2003.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. **Pareceres**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae/littera/exec/controle.asb>>. Acesso em: 21 abr. 2004.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. **Relatório anual de atividades: 2000 a 2004**. Brasília, 2005a.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Relatório anual: 2000 a 2004**. Brasília, 2005b.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Relatório do conselheiro-relator e voto do conselheiro-relator**. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/a.asp>>. Acesso em: 10 out. 2005c.

BRITO, J. Cooperação interindustrial e redes de empresas. In: KUPFFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 345-388.

CARLTON, D.; PERLOFF, J. **Modern industrial organization**. New York: Harper Collins, 1994. 973 p.

COASE, R.H. The nature of the firm. **Economica**, London, v. 4 n. 4, p. 386-405, 1937.

DOSI, G. **Technical change and industrial transformation**. New York: ST Martin's Press, 1984. 338 p.

DOSI, G. Institutions and markets in a dynamic world. **The Manchester School**, Manchester, v. 65, n. 2, p. 35- 49, June 1988.

EUROPEAN UNION. Comissão Europeia. Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the council regulation on the control of concentrations between undertakings. **Jornal Oficial da União Europeia**, 5 fev. 2004. Seção C31/5. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/international>>. Acesso em: 12 set. 2005.

FAGUNDES, J. **Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência**. São Paulo: Singular, 2003. 242 p.

FARIA, J.A.E. O controle de concentrações de empresas estrangeiras e a lei n. 8.884: a extraterritorialidade revisitada. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, v. 1, n. 2, p. 13-65, abr./jun. 2004.

FOX, E.M. Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity and fairness. **Notre Dame Law Review**, Indianapolis, v. 61,n.5, p. 981-1020, 1986.

GERMANY. Bundeskartellamt. **Principles of interpretation**. Disponível em: <<http://www.bundeskartellamt.de/Checkliste-E02.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2005.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. **The international journal of competition policy and regulation**. Disponível em: <<http://www.globalcompetitionreview.com>>. Acesso em: 10 mar. 2005.

GONÇALVES, R. A empresa transnacional. In: KUPFFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 389-414.

HAMMER, K.J. International merger control and competition law in the United States, the European Union, Latin America and China. **Journal of Transnational Law and Policy**, Hamilton, v. 11 n. 3, p. 385-395, Spring 2002.

HUSE, C.; SALVO, A. Estimacão de demanda: relatório final de projeto IPEA/SDE/ANPEC. In: SEMINÁRIO SOBRE ESTUDOS EM MÉTODOS QUANTITATIVOS APLICADOS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA E À REGULAÇÃO ECONÔMICA, 2005, Brasília. **Anais ...** Brasília: IPEA/ANPEC/SDE, 2005. p. 99.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK - ICN. **Report on merger guidelines**. 2004. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/icn>>. Acesso em: 28 dez. 2004.

LEIBENSTEIN, H. Allocative efficiency vs. "X-efficiency". **The American Economic Review**, Menasha, v. 56, n.3, p. 392-415, 1966.

- LIMA, R.A.S. **Prevenção antitruste no Brasil**: 1991/1996. 1998. 291 p. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1998.
- MONTENEGRO, P.S. **A estruturação internacional da política de defesa da concorrência**: da externalização unilateral à organização mundial do comércio (1948-2000). 2001. 150 p. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2001.
- NELSON, R.; WINTER, S. **An evolutionary theory of economic change**. Cambridge: Harvard University Press, 1982. 354 p.
- OLIVEIRA, G. **Concorrência**: panorama no Brasil e no mundo. São Paulo: Saraiva, 2001. 218 p.
- OLIVEIRA, G.; RODAS, J.G. **Direito e concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 592 p.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. Competition Law and policy developments in Brazil. **Journal of Competition Law and Policy**, Washington, v.2, n.2, p. 111-115, Oct. 2000 a.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Report on positive comity**. Paris, 2000b. Disponível em:
<<http://www.oecd.org/daf/clp/CLPreports/positive.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2005.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Lei e política de concorrência no Brasil**: uma revisão pelos pares. 2005. 143 p. Disponível em:
<<http://www.fazenda.gov.br/seae>>. Acesso em: 2 nov. 2005.
- PEREIRA, I. Marcas de supermercado. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 41, n. 1, p.23-32, jan./mar. 2001.
- PIONER, H.M.; CANÊDO-PINHEIRO, M.C. Concentrações horizontais e poder de compra: relatório final de projeto IPEA/SDE/ANPEC. In: SEMINÁRIO SOBRE ESTUDOS EM MÉTODOS QUANTITATIVOS APLICADOS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA E À REGULAÇÃO ECONÔMICA, 2005, Brasília. **Anais...** Brasília: IPEA/ANPEC/SDE, 2005. p.42.
- POSNER, R. The Chicago school of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Pittsburgh, v. 2, n. 1, p. 52-67, 1976.
- POSSAS, M.L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 1, n. 2, p. 14-30, 1996.
- POSSAS, S. **Concorrência e competitividade**: notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista. São Paulo: Hucitec, 1999. 178 p.
- POSSAS, M.L. Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste. In: POSSAS, M.L.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J.L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p. 238.

- RODAS, J.G. Regras internacionais de defesa da concorrência. **Revista de Direito Econômico**, Brasília, v. 32, p. 239-262, jul./dez. 2001.
- ROSENBERG, N. **Inside the black box**: technology and economics. Cambridge: Cambridge University Press, 1982. 358 p.
- SALGADO, L.H. **A economia política da ação antitruste**. São Paulo: Singular, 1997. 205 p.
- SALGADO, L.H. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, C. **A revolução antitruste no Brasil**: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003. p. 29-66.
- SCHERER, F.M.; ROSS, D. **Industrial market structure and economic performance**. New York: Houghton Mifflin Company, 1990. 713 p.
- SCHUARTZ, L. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, M.L. (Org.). **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002. p. 97-134.
- SCHUMPETER, J.A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Zahar, 1984. 534 p.
- SCHUMPETER, J.A. **Teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1988. 169 p. (Os Economistas).
- TIROLE, J. **The theory of industrial organization**. Cambridge: MIT Press, 1990. 479 p.
- UNITED KINGDOM. Office of Fair Trading. **Merger**: substantive assessment – a consultation paper. Oct. 2002. Disponível em: <<http://www.oft.gov.uk/enterpriseact.htm>>. Acesso em: 10 set. 2005a.
- UNITED KINGDOM. Office of Fair Trading. **Merger references**: competition commission guidelines. June 2003. Disponível em: <<http://www.oft.gov.uk/enterpriseact.htm>>. Acesso em: 11 set. 2005b.
- UNITED STATES. Department of Justice. Antitrust Division. Guidelines for International Operations. **Federal Register**, New York, v. 53, n.1, p. 21595, June 1988.
- UNITED STATES. Department of Justice. Federal Trade Commission. **Horizontal merger guidelines**. 1997. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/uscod-cgi>>. Acesso em: 4 set. 2005a.
- WILLIAMSOM, O.E. **The mechanisms of governance**. New York: Oxford University Press, 1985. 450 p.

APÊNDICES

APÊNDICE A – Estudos e pareceres produzidos para o caso Nestlé-Garoto*Estudos anexados ao processo*

1. Requerentes. Comentários sobre concorrência e rivalidade no mercado relevante de chocolates; LCA Consultores; 14 de março de 2003. “O exercício de poder de mercado é altamente improvável, dadas as características da demanda – muito sensível à mudança de preços – e a força das marcas concorrentes – principalmente dos produtos Lacta. Utilizou elasticidades-preços obtidas em outros estudos.
2. Requerentes. Eficiências no caso Nestlé-Garoto. Consultoria Trevisan. 14/03/2003. Lista as oportunidades de geração de eficiências com o Ato.
3. Requerentes. Análise das eficiências associadas ao Ato. Parecer de Farina, E.; Postali, F. 25 de março de 2003.
4. Requerentes. Parecer de Sérgio Ferraz. Sobre a conceituação de mercado relevante e a variabilidade de critérios administrativos na fixação dos seus entendimentos. 15 de maio de 2003.
5. Requerentes. Estimando a demanda por chocolates no Brasil. Menezes Filho, N.A. 16 de março de 2003.
6. Requerentes. Documento: Adendo ao Parecer. Farina, E. 16 de março de 2003. Reavalia parecer anterior utilizando as elasticidades do estudo de Menezes Filho.
7. Impugnante. Nota Técnica. Avaliação da rivalidade e das possíveis eficiências geradas a partir da operação de compra da Garoto pela Nestlé. Tendências Consultoria Integrada. 12 de agosto de 2003.
8. Impugnante. Pareceres de Fagundes, J.: críticas ao parecer da Trevisan; críticas ao parecer da professora Elizabeth Farina; críticas ao parecer da LCA; análise das eficiências alegadas pela Nestlé Brasil Limitada, associadas ao ato de concentração decorrente da aquisição da Chocolates Garoto S/A submetido à apreciação do CADE com base na lei n. 8.884/94. 12 de agosto de 2003.
9. Impugnante. Críticas ao adendo ao parecer elaborado pela professora Elizabeth Farina. 15 de agosto de 2003.

10. Impugnante. Crítica ao documento “Adendo à análise da rivalidade entre Nestlé/Garoto e Kraft Foods”. 15 de agosto de 2003.
11. Impugnante. Críticas ao documento “Revisão da análise da rivalidade a luz dos resultados do estudo econométrico do professor Naércio Menezes Filho”. 15 de agosto de 2003.
12. Impugnante. Parecer. Possas, M.L.; Ponde, J.L. Obs.: Analisando a possibilidade de exercício de poder de mercado no contexto da teoria microeconômica. 17 de agosto de 2003.
13. Impugnante. Estudo econométrico sobre as elasticidades de chocolates no Brasil. Alves, D.; Belluzzo, W.; Bueno, R.L.S. 22 de agosto de 2003.
14. Impugnante. Simulação dos efeitos decorrentes da aquisição da Garoto pela Nestlé sobre o bem-estar social: aumentos lucrativos de preços e de reduções de custos marginais compensatórias. Alves, D.; Kanzuc, F.; Oliveira, G.; Fagundes, J.L.; Belluzzo, W. 27 de agosto de 2003.
15. Impugnante. Adendo ao Parecer. Fagundes, J.L. Obs.: Faz uma análise das eficiências alegadas pelas requerentes. 13 de outubro de 2003.
16. Impugnante. Efeitos concorrenciais da operação envolvendo a compra da Chocolates Garoto pela Nestlé. Tendências Consultoria Integrada. 15 de outubro de 2003.
17. Impugnante. Parecer. Possas, M.L.; Ponde, J.L. Obs.: Analisando a possibilidade de exercício de poder de mercado no contexto da teoria microeconômica. 17 de outubro de 2003.
18. Requerentes. Análise das críticas sobre as eficiências associadas ao Ato de Concentração. Farina, E. 29 de outubro de 2003.
19. Requerentes. Estimando a demanda por chocolates no Brasil: resposta aos comentários de Alves, Belluzzo e Bueno. Aquino, N. 29 de outubro de 2003.
20. Requerentes. Simulações assumindo especificação linear para a função demanda. Picchetti, P. 29 de outubro de 2003.
21. Requerentes. Resposta às críticas e novas simulações relativas ao parecer LCA. LCA Consultores. 29 de outubro de 2003.

22. Impugnante. Comentários ao documento “Análise crítica ao parecer sobre as eficiências associadas ao ato de concentração”, de autoria dos professores Farina e Fernando Postali. Fagundes, J. 1.º de dezembro de 2003.
23. Requerentes. Respostas ao adendo do doutor Jorge Luiz Sarabanda da Silva Fagundes. Farina, E. 2 de dezembro de 2003.
24. Requerentes. Comentários sobre o parecer referente às eficiências no caso Nestlé-Garoto. Trevisan Consultores. 02 de dezembro de 2003.
25. Requerentes. Comentários aos pareceres da Tendências e do professor Mário Possas. LCA Consultores. 02 de dezembro de 2003.
26. Requerentes. Parecer. Wu, L. Obs.: Sobre os cuidados em utilizar modelos de simulação de efeitos de fusão. 4 de dezembro de 2003.
27. Requerentes. Resposta ao adendo ao parecer do doutor Jorge Luiz Sarabanda da Silva Fagundes. Farina, E. 4 de dezembro de 2003.
28. Impugnante (Masterfoods Brasil Alimentos Ltda.). Nota técnica. Salgado, L.H. 9 de dezembro de 2003.
29. Impugnante (Cadbury). Comentários sobre os pareceres Nestlé-Garoto. Edgard Pereira & Associados. 10 de dezembro de 2003.

APÊNDICE B – Acordo de cooperação bilateral entre o Brasil e os Estados Unidos

Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América Relativo à cooperação entre suas Autoridades de Defesa da Concorrência na Aplicação de suas leis de Concorrência.

1. As Partes concordam que é de interesse recíproco assegurar o funcionamento eficiente de seus mercados pela aplicação de suas respectivas Leis de Concorrência, com o intuito de proteger seus mercados de Práticas Anticompetitivas. As Partes concordam ainda ser de seu interesse Y uma parte e que, além de violar as Leis de Concorrência daquela Parte, afetem adversamente o interesse da outra Parte em assegurar o funcionamento eficiente dos mercados daquela outra Parte.
2. Se uma Parte acreditar que Práticas Anticompetitivas realizadas no território da outra Parte afetam adversamente seus interesses, a primeira Parte poderá, após consulta prévia à outra Parte, solicitar que as Autoridades de Defesa da Concorrência daquela outra Parte iniciem Atividades de Aplicação apropriadas. O pedido deverá ser o mais específico possível acerca da natureza das Práticas Anticompetitivas e de seu efeito nos importantes interesses da Parte solicitante, e deverá incluir oferta de informação e cooperação adicionais que as Autoridades de Defesa da Concorrência da parte solicitante forem capazes de fornecer.
3. As Autoridades de Defesa da Concorrência da Parte solicitada consideram, cuidadosamente, se iniciam ou ampliam Atividades de Aplicação com respeito às Práticas Anticompetitivas identificadas no pedido, e deverão prontamente informar a Parte solicitante de sua decisão. Se Atividades de Aplicação forem iniciadas ou ampliadas, as Autoridades de Defesa da Concorrência da Parte solicitada deverão comunicar à Parte solicitante os seus resultados e, na medida do possível, seus progressos parciais, quando significativos.
4. Nada neste Artigo limitará a discricionariedade das Autoridades de Defesa da Concorrência da Parte solicitada ao amparo de suas Leis de Concorrência e políticas de aplicação das mesmas, no sentido de determinar a condução de suas Atividades de Aplicação, com respeito às Práticas Anticompetitivas identificadas no pedido, nem impedirá as autoridades da Parte solicitante de conduzir Atividades de Aplicação com respeito a tais Práticas Anticompetitivas.

Normas selecionadas do acordo de cooperação firmado entre Brasil e Estados Unidos em 1999

Artigo II – Notificações

1. Cada Parte deverá, com as ressalvas do Artigo IX, notificar a outra Parte, na forma prevista por este Artigo e pelo Artigo XI, com respeito às Atividades de Aplicação especificadas neste Artigo. As notificações deverão identificar a natureza das práticas sob investigação e os dispositivos legais pertinentes e deverão, normalmente, ser efetuadas tão logo possível, após as Autoridades de Defesa da Concorrência da Parte notificante tomarem ciência da existência de circunstâncias que requeiram a notificação.
2. As atividades de Aplicação a serem notificadas em conformidade com este artigo são aquelas que: (a) forem relevantes para as atividades da outra Parte na aplicação de suas leis; (b) envolvam Práticas Anticompetitivas, que não fusões ou aquisições, realizadas no todo ou em parte substancial no território da outra Parte; (c) envolvam fusões ou aquisições nas quais uma ou mais das partes da transação, ou uma empresa que controle uma ou mais das partes da transação, for uma empresa constituída ou organizada sob as leis da outra Parte, ou de um de seus estados; (d) envolvam condutas supostamente requeridas, encorajadas ou aprovadas pela outra Parte; (e) envolvam medidas legais que explicitamente exijam ou proíbam determinada conduta no território da outra Parte ou forem, de outra maneira, aplicadas a conduta no território da outra Parte; ou (f) envolvam a busca de informações localizadas no território da outra Parte.

Artigo IV – Prevenção de conflitos; Consultas

1. Cada Parte deverá, ao amparo de suas leis e na medida em que for compatível com seus próprios importantes interesses, assegurar cuidadosa consideração aos importantes interesses de outra Parte, em todas as fases das Atividades de Aplicação, incluindo decisões relacionadas à iniciação de uma investigação ou procedimento, à amplitude de uma investigação ou procedimento e à natureza das medidas legais ou penalidades propostas em cada caso.
2. Qualquer Parte poderá solicitar consultas a respeito de qualquer matéria relacionada a este Acordo. A solicitação de consultas deverá indicar as razões para o requerimento e se qualquer limite de tempo processual ou outras considerações requerem que as consultas tenham

procedimento acelerado. Cada Parte oferecerá consultas prontamente quando solicitada, com vistas a alcançar conclusão consistente com o objetivo deste Acordo.

ANEXOS

ANEXO A – Casos de concentração horizontal em que os pareceres do CGOPA apresentam indícios de questões de ordem pragmática e, ou, com falhas de análise econômica

Pareceres

Ano de 1999

1 – Requerentes: BANCO BBA e BANCO SUL AMERICA – abril

Pragmatismo

O parecer dá indicação de que não utilizou o procedimento do teste do monopolista hipotético – TMH, pois no seu parágrafo 21 revela: “**definem-se os mercados geográficos relevantes segundo informações do Sindicato das Indústrias...**”. Ou seja, não se estima o TMH como sugere o Guia, seguindo informações de dados oferecidos exclusivamente pelas requerentes ou entidades do mercado.

2 – Requerentes: AGREVO; FARTURA e HOESCHT – junho

Falha de análise

Como se declara no parágrafo 32 do parecer, não se conseguiram dados para calcular o índice de concentração das quatro maiores empresas do mercado relevante (CR4). Ainda assim, o parecer para o produto relevante “semente de feijão” afirma de forma imprecisa que “... **no entanto sabe-se que este mercado é menos concentrado**” (parágrafo 19).

Além do caso da semente de feijão, os dados foram insuficientes para calcular o CR4 de outros dois produtos relevantes: sorgo forrageiro e sementes de milho híbrido.

3 – Requerentes: HOESCHT AG e RHÔNEPOLUENC – junho

Falha de análise

Dados não-disponíveis para quatro produtos relevantes, causando imprecisão para as estimativas das parcelas de mercado e grau de concentração econômica de tais produtos.

Não se obtiveram dados desagregados por culturas, o que causou viés aos índices de concentração.

Ano de 2000**4 – Requerentes: SUMITOMO e ABOTT – janeiro***Falhas de análise*

Problemas de insuficiência de dados para a identificação do mercado relevante, o que levou a adotar o método da coincidência na produção entre as requerentes como fator determinante para o mercado relevante.

5 – Requerentes: PERDIGÃO E BATÁVIA – fevereiro*Falha de análise*

Problema de obtenção de dados desagregados dentro dos produtos relevantes.

Pragmatismo

A parcela de mercado de 23% para a Perdigão e de 2,37% para a Batávia foi dita não alterar significativamente a possibilidade de exercício de poder de mercado.

6 – Requerentes: BASF e AMERICAN HOME – abril*Pragmatismo*

Com 35 produtos relevantes, desconsideraram-se 23 destes pela interpretação na qual a concentração anterior ao ato já indicava a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado já existir antes da operação. Isto é, o fato de a possibilidade do exercício coordenado aumentar ainda mais parece não ser na prática objeto de preocupação ou veto da política antitruste.

7 – Requerentes: ADM EXPORTADORA, REZENDE ÓLEO e GRANJA REZENDE – abril*Falha de análise*

Não apresentou o índice CR4 e não analisou a possibilidade de poder de mercado coordenado de um dos três mercados relevantes, cuja concentração do ato foi de 29%.

8 – Requerentes: CHLLC e CAMIL – maio*Pragmatismo*

O parecer não demonstra explicitamente ter aplicado o TMH. A identificação do mercado relevante parece ter sido extraída apenas pela observação da coincidência de produção entre as requerentes. O parágrafo 9, citando as empresas em análise, afirma “... atuam ambas em dois mercados: arroz beneficiado ensacado e feijão beneficiado ensacado. Assim, estes serão os produtos relevantes considerados”.

9 – Requerentes: CAMIL e IRAPAR – maio

Falha de análise

Os faturamentos das duas requerentes foram, cada uma, de R\$ 332 milhões e R\$ 373 milhões, ou seja, abaixo do valor mínimo para entrada no SBDC. O parecer afirma que as requerentes, juntas, possuem faturamento acima dos 400 milhões de reais e que por essa razão foi apresentada ao SBDC. Esta justificativa não está de acordo com o disposto no artigo 54, parágrafo 3, da Lei 8.884/94. Além disso, a participação das empresas juntas ou separadas no mercado dos produtos é menor que 20%.

10 – Requerentes: CAFÉ DO PONTO e COMPANHIA UNIÃO – maio

Pragmatismo

Desconsidera o risco de aumento na possibilidade de exercício de poder de mercado coordenado, posto que, antes do Ato, o CR4 era superior a 90%. Vale observar, o Ato envolve a compra da parcela de 8% do produto relevante em questão pela empresa que já detinha 16% e era a segunda maior do mercado. Assim, houve uma concentração do Ato em mais de 20%, o que, associado ao CR4 acima de 75%, resultaria na necessidade de se prosseguir a análise.

11 – Requerentes: CARGILL e FERTIZA – junho

Falha de análise

Para o produto fertilizante fosfatado, o mercado geográfico relevante abrangeu 15 estados. No entanto, este produto é tido como uma *commodity* e o seu preço é formado a partir do preço internacional. Tal situação indicaria uma limitação a um possível exercício de poder de mercado. Essa questão não foi abordada.

Pragmatismo

A existência anterior de um contrato de descontos em razão de volume de compras e a menção de um contrato anticompetitivo de fertilizantes que restringe as importações de uma das requerentes levaram a SEAE recomendar ao CADE um estudo mais detalhado desses contratos. Portanto, de uma ação de análise de ato de concentração surge uma sugestão no formato de uma denúncia para abertura de investigação de uma ação anticompetitiva.

12 – Requerentes: DINAMILHO e EBS – julho

Pragmatismo

A razão de concentração das quatro maiores empresas passou de 90,9% para 96,4%. Desconsiderou esse aumento na probabilidade de poder de mercado coordenado, alegando que o risco de ocorrer tal ilícito já existia.

13 – Requerentes: ASTRAZENECA e NOVARTIS – julho

Pragmatismo

Tratando-se do negócio de defensivos agrícolas, o critério de identificar os mercados relevantes foi o de considerar como mercado relevante apenas os defensivos agrícolas cujas participações nas vendas tivessem porcentagens superiores a 10%. Assim, o TMH não foi adotado como descrito no método antitruste exposto no Guia.

14 – Requerentes: SADIA e GRANJA REZENDE – julho

Falha de análise

Constatou-se insuficiência de dados para a determinação da parcela de mercado para carne bovina.

15 – Requerentes: FERTIBRAS e AGROFERTIL – agosto

Falha de análise

As duas requerentes apresentaram faturamento bruto anual de R\$ 343 milhões e R\$ 48 milhões, respectivamente. Nesse sentido, não haveria a exigência legal da notificação e tampouco a realização de parecer econômico. Vale registrar a não-existência de áreas de atuação econômica comum entre as requerentes. Mesmo assim, sem qualquer justificativa aparente (descontando a

“parada no relógio”¹⁵⁸), o período entre a entrada no sistema e a recomendação do parecer final levou 68 dias.

16 – Requerentes: FIZER INC. e PHILIPP BROTHERS CHEMICALS INC. – outubro

Pragmatismo

As parcelas de mercado das requerentes eram de 29% e 2%, respectivamente. A operação, portanto, levava a um acréscimo de 2% na empresa pós-ato. A SEAE entendeu que isso seria um aumento não significativo sobre a probabilidade de uso de poder de mercado.

17 – Requerentes: COOPERATIVA CENTRAL DE LATICÍNIOS DE SP e PROSPECT PARTICIPAÇÕES LTDA. – dezembro

Falha de análise

Em um dos mercados relevantes não houve disponibilidade de dados confiáveis, e, assim, não se apurou o CR4.

Para os outros dois produtos, observou-se CR4 de 89,9% e 79,8%. A concentração das requerentes após o ato seria de 46,3% e 45,5%. A SEAE considerou que uma eventual tentativa de exercício de poder de mercado poderia ser contestada pelos concorrentes já estabelecidos no mercado. No entanto, dados os altos índices de CR4 e considerando o fato de as requerentes serem as líderes do mercado, deveria ser considerada a possibilidade de ambiente para a ação coordenada entre os concorrentes.

Ano de 2001

18 – Requerentes: Intervet S.A. e Distrivet. S.A. – fevereiro

Comentários gerais

A operação não gerou qualquer concentração, porém o parecer demandou 83 dias para ser concluído.

19 – Requerentes: Boise Cascade do Brasil e Klabin Riocell S.A. – março

Falhas de análise

¹⁵⁸ É a expressão utilizada no SBDC para referenciar a paralisação do prazo legal quando a agência antitruste solicita informações adicionais às requerentes para a instrução do processo.

Foram identificados produtos com alta elasticidade preço-cruzada, porém sem razão econômica justificada, não incorporados como pertencentes ao mercado relevante.

20 – Requerentes: Pharmácia Brasil Ltda. e Merial Saúde Animal Ltda. – maio

Pragmatismo

Em um produto relevante, denominado antimicrobiano, as participações das requerentes eram de 24% e 9%. Com a operação, a concentração do Ato passaria, portanto, para 33%, enquanto o CR4 totalizava 54%. Apesar disso, considerou que já existia o poder de mercado unilateral, findando o parecer na etapa II do Guia. O significativo aumento de 9% não foi considerado como elemento de aumento do poder de mercado.

21 – Requerentes: Effem Brasil e Royal Canin do Brasil – agosto

Pragmatismo

Em um dos produtos relevantes, a estimativa determinava a concentração após o ato em 19,43%. Em outro produto, a concentração final seria de 33,51%, embora a contribuição da empresa adquirida tenha sido para a elevação da concentração de apenas 0,75%. A SEAE não entendeu ser necessário continuar a análise mesmo que, de um lado, o nível da parcela de mercado estivesse bastante próximo do limite considerado como suscetível ao poder de mercado, enquanto no outro relevava o aumento da concentração, por ser de baixa porcentagem, como também por já estar existindo a possibilidade de poder de mercado. Por ser a forma padrão de análise da SEAE, pode-se concluir que esta Secretaria desconsidera diferenças pequenas entre os limites legais quando tais diferenças são em favor da recomendação.

22 – Requerentes: Bunge Alimentos e Moinhos Trigo Indígena Motrisa – outubro

Comentário

Esta operação trata de acordo de produção (e outros contratos) entre as empresas Bunge e Motrisa. Segundo o Relatório da Comissão Européia¹⁵⁹ citado no parecer, quando se celebram *joint ventures* de produção acordos como esse o risco de coordenação de comportamento concorrencial como consta de relatório da Comissão Européia é considerável (inclusive a SEAE cita tal documento).

¹⁵⁹ Com base no artigo 81 do Tratado de Formação da Comissão Européia.

Determinado o produto relevante, verificou-se que a Motrisa detinha várias marcas e uma destas proporcionava concentração preocupante ao ambiente concorrencial. As parcelas de mercado entre a marca pertencente à Bunge, a marca principal da Motrisa e outras marcas da Motrisa geravam a concentração de, respectivamente, 16,72%, 4,88% e 2,77%.

Com efeito, o ato geraria a probabilidade de poder de mercado unilateral, e a concentração gerada pelo ato seria de 24,37%. Mesmo se não considerasse o risco de ação coordenada, a elevada concentração com o Ato ultrapassava o limite de 20% do poder de mercado unilateral – seria de 21,6%, superior ao patamar determinado pelo Guia de Análise. Não foram estudadas de forma profunda as questões de rivalidade e capacidade produtiva que pudessem tornar pouco provável o exercício do poder de mercado gerado.

23 – Requerentes: Recall Corporation e TNCFILE – outubro

Pragmatismo

Os dados mostraram que a concentração com o ato seria de 36,5%, sendo o acréscimo de 8% devido à aquisição. Considerou que já existia o potencial de poder de mercado unilateral antes do ato e que, portanto, o acréscimo não seria uma agravante.

24 – Requerentes: Parmalat Administração e Produtos Fleischmann e Royal Ltda. – novembro

Falha de instrução

Não se obtiveram dados suficientes para a identificação de um produto relevante, o que resultou na não-determinação no grau de concentração pelo CR4. Foram considerados apenas os dados apresentados pelas requerentes para as suas próprias participações.

Pragmatismo

Em outro produto relevante a concentração com o ato foi de 37,45%, com o CR4 em 85,81%. Como a participação da empresa adquirida era de cerca de 1%, considerou-se tal aumento insignificante e não se prosseguiu com a análise.

Ano de 2002

25 – Requerentes: Hydro Fertilizantes, SQM Brasil Ltda. – abril

Comentário

O faturamento das requerentes no Brasil era inferior ao valor mínimo exigido. Deu entrada no sistema por apresentar faturamento significativo no âmbito mundial ou no do grupo da Hydro Fertilizantes.

26 – Requerentes: Bunge Alimentos S/A e Bertol S/A – setembro*Falha de análise*

Não obtiveram dados para um produto relevante (óleo de soja bruto). No parágrafo 24: “... não dispõe de estimativa do volume total comercializado”. Em parágrafos seguintes, a SEAE admitiu, sem base de dados para tal, que o volume produzido pelas requerentes seria pouco significativo.

27 – Requerentes: Sumitomo Chemical e Tokeda Chemical*Comentário*

A operação consistiu na aquisição pela Sumitomo da maior parte dos ativos referentes a defensivos agrícolas da Takeda localizados no Japão. O parecer na SEAE utilizou-se de informações da Defesa da Concorrência da Comissão Europeia, o que sinaliza uma forma de cooperação internacional na análise do parecer.

*Ano de 2003***28 – Requerentes: Valent Biosciences Corporation e Certis USA – março***Pragmatismo*

As requerentes apresentavam parcelas de mercado de 27,92% e 4,8%, respectivamente. O acréscimo de 4,8% foi desconsiderado como importante para proporcionar o exercício de poder de mercado.

Falha de análise

O CR4, após a aquisição, apontou por 84,75%. Nesse caso, o procedimento seria o prosseguimento da análise para a verificação da possibilidade do exercício coordenado do poder de mercado, o que não ocorreu.

29 – Requerentes: Bunge Alimentos S.A. e Martin-Brower Brasil Ltda. – abril*Pragmatismo*

No parágrafo 23 do parecer, verifica-se que a determinação do mercado relevante foi realizada exclusivamente por informações e dados das requerentes e não pelo teste do monopolista hipotético.

30 – Requerentes: Kremon do Brasil S/A e Nutricia Internacional – maio*Pragmatismo*

O mercado relevante não foi extraído pelo TMH. Parágrafo 3, item 1: “... não definindo mercados e nem sendo fruto de uma análise mais profunda sobre substitutibilidade dos mesmos, pois os efeitos pouco significativos da operação, como serão demonstrados mais à frente, não compensam os custos de uma análise mais aprofundada de detalhada”. A operação de concentração consistiu na aquisição pela Kremon da empresa Mococa, pertencente à Nutricia.

O acréscimo da operação na concentração da requerente foi de menos de 1%. Não se considerou como lesivo à concorrência mesmo que já envolvesse uma concentração de mais de 20% e o CR4 estivesse com mais de 75% nos dois mercados de produtos relevantes. Observe-se que, se o teste para a definição não for determinado de forma mais precisa, comprometem-se os valores das parcelas de mercado, que podem se apresentar super ou subestimados.

31 – Requerentes: Siol Alimentos Ltda. e Unilever Bestfoods Brasil Ltda. – dezembro*Falha de análise*

Pelo parágrafo 21: “... não se dispunha de dados suficientes para definir precisamente o grau de substitutibilidade entre gordura vegetal hidrogenada e os demais produtos”. Diante disso, não se aplicou o TMH como recomenda o Guia.

*Ano de 2004***32 – Requerentes: Nufarm B.V. e Basf S/A – fevereiro***Comentário*

A operação envolveu a aquisição pela Nufarm de ingredientes ativos para herbicidas.

A operação foi de âmbito mundial apenas com reflexos no Brasil, em virtude da produção inicial desta requerente no país a partir do segundo semestre de 2003. O faturamento da Nufarm

foi bem inferior ao mínimo exigido pela lei, conforme atesta parágrafo 11 do parecer SEAE. A Nufarm exportava matérias-primas para o Brasil até aquela data. Portanto, o exame do ato mostrou-se desnecessário.

33 – Requerentes: Cargill Incorporated e IMC Global Inc. – fevereiro

Pragmatismo

Na análise do mercado nacional, repete-se o argumento de que a concentração com riscos de poder de mercado já existia antes do ato e que o acréscimo seria pouco significativo, o que dispensa maiores investigações.

Comentário

Parecer mostra claramente que foram utilizadas informações econométricas como testes de co-integração para identificação de mercado geográfico relevante.

Falha de análise

No parágrafo 50 do parecer, quando se refere aos dados em termos mundiais: “... não se dispõe de informações precisas sobre o grau de concentração (C4 e HHI). Certamente a Cargill deve ter alcançado uma melhor posição no ranking das empresas atuantes neste mercado”. Dessa forma, o parecer revela-se de pouca precisão e conclusão.

34 – Requerentes: Sygenta CP, Fox P. e Advanta B.V. – junho

Comentário

Operação que envolveu análise em cinco países com agências de defesa da concorrência. Foram utilizadas informações como a aprovação da agência da União Européia.

Pragmatismo

A identificação do mercado relevante foi gerada com informações das requerentes, indicando não ter havido o TMH. O parágrafo 22 dá outras indicações de que não houve também o TMH para o mercado geográfico relevante. Diz o aludido parágrafo que “... o reduzido impacto da presente operação no mercado brasileiro dispensa maiores investigações com vistas a obter uma definição mais precisa da dimensão do mercado geográfico relevante. Diante disso, adota-se aqui a definição mais comum, que é a de mercado nacional”.