

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCEL FRONTERA FABRO DIAS

REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

**CURITIBA
2008**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Economia, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Luiz Curado

**CURITIBA
2008**

TERMO DE APROVAÇÃO

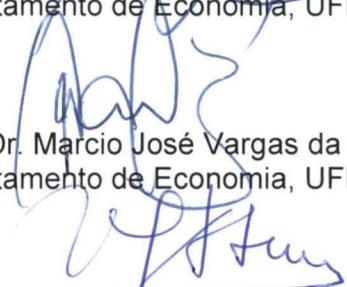
MARCEL FRONTERA FABRO DIAS

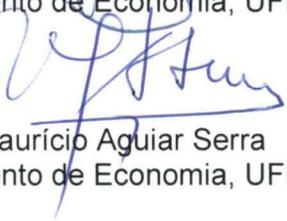
REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Economia, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:


Prof. Dr. Marcelo Luiz Curado
Departamento de Economia, UFPR


Prof. Dr. Marcio José Vargas da Cruz
Departamento de Economia, UFPR


Prof. Dr. Maurício Aguiar Serra
Departamento de Economia, UFPR

Curitiba, 17 de novembro de 2008.

DEDICATÓRIA

A minha família, por tudo que é e sempre será: minha mãe Clara, minha namorada Fernanda, meu pai Marcos e minha irmã Nayana.

AGRADECIMENTOS

Para todos aqueles que colaboraram de forma direta ou indireta na realização deste trabalho, na minha conturbada rotina acadêmica. Em especial ao meu orientador Marcelo Curado.

RESUMO

A função do Estado na economia sofreu grandes alterações durante a evolução do pensamento econômico. A atual conjuntura mundial está apontando a tendência de fortalecimento da sua atuação indireta, através da regulação econômica, utilizando-se do poder coercitivo do Estado para induzir os agentes econômicos a situações eficientes ou que melhor atendam ao interesse público. O trabalho aborda a específica regulação da concorrência no Brasil, abordando as questões econômicas e jurídicas que a fundamentam, como as desvantagens econômicas dos monopólios e os interesses envolvidos. O Sistema Brasileiro de Proteção da Concorrência tem como instituição principal o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), sendo de sua responsabilidade a aplicação da legislação antitruste brasileira. Todavia, a efetividade do sistema está comprometida por problemas teóricos e práticos. Os teóricos estão relacionados com a falta de uma adequada delimitação dos conceitos de mercado relevante e das justificativas para aprovação de atos de concentração que possam de alguma forma ofender a concorrência. Além disso, num aspecto mais prático, o CADE não vem dando uma resposta coerente para o sistema econômico, pela falta de padrão técnico de suas decisões.

Palavras-chave: Regulação econômica, Legislação antitruste, Concorrência, Problemas econômicos.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁFICO 1 - PORQUE A PRODUÇÃO DO MONOPÓLIO É INEFICIENTE.....	31
GRÁFICO 2 - MEDIDA DO CUSTO SOCIAL DO MONOPÓLIO	32
FIGURA 1 - ESQUEMA DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	46
FIGURA 2 - ASPECTOS ECONÔMICOS ANALISADOS	47

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - TIPOS DE BARREIRAS À ENTRADA	22
TABELA 2 - PRINCIPAIS LEIS ANTITRUSTE E SEUS EFEITOS PRÁTICOS.....	29
TABELA 3 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (RS, SC E PR)	70
TABELA 4 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (SP, RJ, MG, ES, GO E DF).....	70
TABELA 5 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (MT E MS).....	71
TABELA 6 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (AM, AC, RO E RR)	71
TABELA 7 - PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE DAS EMPRESAS	72
TABELA 8 - REFINARIAS EM OPERAÇÃO.....	75

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA ECONOMIA.....	13
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA	13
2.1.1	O Estado liberal.....	13
2.1.2	A visão socialista.....	14
2.1.3	O Estado keynesiano	15
2.1.4	O Estado de bem estar social	17
2.1.5	O Estado regulador	17
2.2	OS FUNDAMENTOS PARA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	18
2.2.1	Poder de mercado.....	19
2.2.2	Assimetria de informações	19
2.2.3	Externalidades	20
2.2.4	Bens públicos.....	21
2.2.5	Barreiras à entrada.....	21
2.3	AS ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA ECONOMIA	23
2.3.1	Ajustamento na alocação de recursos	23
2.3.2	Ajustamentos na distribuição de renda	24
2.3.3	Manutenção da estabilidade econômica	24
2.3.4	A regulação dentro das atribuições do governo	25
3	REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA, ASPECTOS ECONÔMICOS E LEGAIS	27
3.1	A REGULAÇÃO ECONÔMICA	27
3.2	INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO	27
3.3	A REGULAÇÃO DO PODER DE MERCADO	28
3.4	AS DESVANTAGENS DOS MONOPÓLIOS E DA CONCORRÊNCIA LIMITADA QUE FUNDAMENTAM A REGULAÇÃO	30
3.4.1	Produção restringida	30
3.4.2	Acomodação gerencial.....	32
3.4.3	Redução da pesquisa e do desenvolvimento	33
3.4.4	A busca de renda de monopólio.....	33
3.5	INTERESSES ENVOLVIDOS NA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA.....	34
3.5.1	Interesse dos produtores efetivos e potencias	34
3.5.2	Interesse dos consumidores	35
3.5.3	Interesse estatal.....	36
3.5.4	Desdobramento do interesse estatal: regulação da concorrência como forma de atração de investimentos	38
3.6	ESTRUTURA JURÍDICA DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL	39
3.6.1	Bases jurídicas e importância da regulação do poder de mercado	39
3.6.2	Estrutura jurídica concorrencial na constituição de 1988	40
3.6.3	Construção jurídica de repressão do abuso do poder de mercado no direito brasileiro	42
4	OS PROBLEMAS PARA APLICAÇÃO DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA	44
4.1	OS COMPORTAMENTOS ECONÔMICO SUBMETIDOS AO CADE	44
4.1.1	Repressivos	44
4.1.2	Preventivos	45

4.2 PROBLEMAS ECONÔMICOS PARA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE	48
4.2.1 Justificativas para aprovação dos atos de concentração que ofendem a concorrência	48
4.2.2 O problema do mercado relevante	52
4.2.2.1 ...Método para identificação do poder de mercado tendo por base o mercado relevante	54
4.2.2.2 A Dimensão do Produto	56
4.2.2.3 A Dimensão Geográfica	62
4.3 A FALTA DE PADRÃO NAS DECISÕES DO CADE	68
4.4 COMENTÁRIOS DE CASOS QUE APONTAM PARA UMA FALTA DE PADRÃO E RIGOR TÉCNICO NAS DECISÕES DO CADE	69
4.4.1 Comparativo entre o caso Ambev e Nestlé-Garoto: resultados diversos para situações semelhantes	70
4.4.2 Resultado da comparação entre os casos	73
4.5 AQUISIÇÃO DE ATIVOS DO GRUPO IPIRANGA PELA BRASKEM, PETROBRÁS E ULTRAPAR	73
4.5.1 Observações do caso Petrobras	76
5 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	81

1 INTRODUÇÃO

A real função do Estado na economia foi substancialmente alterada durante a história do pensamento econômico. Após um longo período de posições extremamente liberais e de sucessivos questionamentos acerca da eficiência e dos benefícios da atuação do Estado na economia, um novo momento econômico parece estar surgindo.

As recentes crises no sistema financeiro mundial comprovam a incapacidade do auto-ajustamento dos mercados em determinados setores econômicos. Por esse motivo, o Estado é chamado para intervir no sistema econômico, não de uma forma direta, em detrimento da iniciativa privada, e sim indiretamente através do seu poder de coerção legalmente conferido. Esse modelo acaba por alterar substancialmente o formato e o objetivo da atuação do Estado na Economia.

Uma das modalidades de intervenção indireta é a regulação econômica, que representa diretrizes que limitam a liberdade dos agentes econômicos e visam à eficiência econômica e a preservação do interesse público.

Esta nova concepção de Estado – regulador- foi aplicada também no Brasil, principalmente a partir da década de 90 com as privatizações e a criação das agências reguladoras independentes ou com a ampliação dos já existentes poderes regulatórios de determinadas autarquias (Bacen, CADE, etc). Entretanto, a literatura econômica nacional carece de estudos técnicos acerca do tema, o que acaba gerando uma inadequada utilização do poder regulatório e abuso na utilização dos instrumentos legalmente conferidos.

Dentro da vasta amplitude da regulação econômica o estudo se concentrou na regulação da concorrência. A escolha baseou-se na ampla proteção legal e constitucional desse valor e na sua importância econômica. Vale ainda ressaltar que se trata da primeira forma de regulação da atividade econômica moderna, uma resposta às altas concentrações econômicas americanas no século XVIII. Ou seja, entender esta modalidade de regulação importa em compreender as novas diretrizes das intervenções que estão por vir.

No capítulo I será traçado um histórico da evolução do pensamento econômico acerca do papel do Estado na economia até o formato atual, que tem

como uma de suas principais funções a regulação econômica. Após, a abordagem será sobre as justificativas econômicas para a regulação: as falhas de mercado, com uma atenção especial ao poder de mercado, que fundamenta toda a regulação da concorrência.

No capítulo II será abordada a regulação econômica propriamente dita, tanto nas razões econômicas que a fundamentam como nos instrumentos jurídicos para sua implementação. Assim, fica a constatação da importância e da necessidade da interdisciplinaridade; a economia embasa as razões e fundamentos para a regulação do poder de mercado, e o direito concede os instrumentos de indução e coerção para garantir o cumprimento dos objetivos traçados.

Ocorre que a aplicação da legislação antitruste (regulação do poder de mercado) possui alguns problemas, especialmente quanto à delimitação do mercado relevante e as justificativas (de eficiência e de interesse público) para aprovação de atos de concentração que ofendam de alguma forma a concorrência. Além disso, outro problema específico do Brasil é a falta de padrão técnico nas decisões do CADE (comentada em alguns julgados apresentados).

No capítulo III serão abordados os dois mencionados entraves técnicos para aplicação da legislação antitruste, buscando traçar alguns apontamentos para solucioná-los, bem como alguns comentários acerca de decisões da instituição reguladora brasileira. Para tanto, novamente se fará uso da interdisciplinaridade, correlacionando os conceitos apresentados pelos juristas do direito antitruste e pelos economistas microeconômicos.

Assim, o objetivo do trabalho consiste numa leitura do sistema brasileiro de proteção à concorrência, dentro dos aspectos econômicos e jurídicos envolvidos, bem como apontar os problemas relacionados à aplicação da legislação antitruste que comprometem a efetividade do sistema:

2 ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA ECONOMIA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA

A função do Estado com relação à economia sofreu grandes alterações com a evolução do pensamento econômico, entender essas alterações servirá de suporte para compreender o fundamento da regulação econômica e seus objetivos.

2.1.1 O Estado liberal

O estado liberal representou a teoria da completa liberdade humana, com base nos direitos naturais e na limitação do poder dos governantes e de sua ingerência na vida privada. Essa concepção pretendia proteger as liberdades individuais da ingerência estatal, pois o próprio interesse privado era o meio de assegurar o interesse geral.

O ícone da expressão liberal foi Adam Smith. Suas idéias influenciaram as doutrinas econômicas conservadoras que acreditavam que, numa economia concorrencial, “laissez-faire” e capitalista, o mercado livre coordenava os atos egoísticos, gananciosos e que visavam apenas o lucro para um “sistema óbvio e simples”, socialmente benéfico e harmonioso “de liberdade natural” (HUNT, 1989, p. 81).

Na concepção liberal qualquer tipo de regulação, concessão de monopólio e subsídios por parte do governo tendia a alocar mal o capital, gerando uma diminuição do bem-estar econômico. Os atos do governo acabavam por restringir os mercados, reduzindo a taxa de acumulação do capital e o grau de divisão do trabalho, conseqüentemente ocasionando diminuição do nível de produção.

Em um ambiente livre com sistema concorrencial perfeito, o capital seria empregado nos setores econômicos que fossem mais produtivos, por meio da “mão invisível” que dirigia a maximização egoística do lucro, para canais socialmente úteis, de forma a atender as necessidades econômicas da sociedade. A idéia está expressa na celebre frase de Adam Smith (1985, p. 49-50):

Não devemos esperar que nosso jantar venha da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro, mas, sim, da sua consideração para com seus próprios interesses. Nós não nos dirigimos ao seu humanitarismo, e sim ao seu amor-próprio, e nunca lhe falamos de nossas necessidades, mas de suas vantagens.

Na concepção liberal o Estado não deveria intervir na economia sua atuação deveria ser estritamente limitada; representada pela: a) proteção da sociedade da violência e da invasão de outros povos, b) dentro do possível, diminuir a injustiça e a opressão sofrida por qualquer dos membros da sociedade (representado pela administração da justiça) e c) conservar algumas obras públicas.

Ao Estado caberiam funções mínimas e garantidoras de um ambiente interno no qual os indivíduos pudessem exercer sua liberdade de forma plena.

Na economia o entendimento não era diferente. Em regime de liberdade o mercado se ajustaria naturalmente entre a oferta e a demanda, estipulando-se um determinado preço para equilibrar a equação. Nas relações econômicas inexistia espaço para a atuação estatal, o equilíbrio seria decorrente das livres trocas dos agentes.

2.1.2 A visão socialista

A primeira grande reação ao sistema liberal foi o socialismo, que julgava ser a propriedade privada um instituto jurídico do pensamento liberal, sendo ela a responsável pela falha na distribuição do produto da atividade econômica.

As doutrinas socialistas tinham como traço característico a igualdade na repartição do produto do trabalho. O meio para atingir a equidade de fato seria a limitação ou a supressão do direito da propriedade privada. Esta posição do socialismo em relação à propriedade privada constitui uma das suas essências: todos os sistemas socialistas se caracterizarão pelo fato de não admitirem senão um mínimo de propriedade privada (HUGON, 1989, p. 203).

Para todos os sistemas socialistas a expressão livre concorrência deve ser substituída por plano. Uma economia socialista significa uma economia planificada, onde as diretrizes e as tomadas de decisão ficam concentradas no Poder Público.

Além da crítica à propriedade privada, as doutrinas socialistas também criticam a livre concorrência, uma vez que ela não estaria em condição de assegurar

a melhor produção de bens nem a sua distribuição equitativa e, muito menos, a harmonia de interesses – individual e geral – tão convictamente afirmada pelos clássicos (HUGON, 1989, p. 203).

Segundo as precisas palavras de Paul Hugon (1959, p. 204): “A igualdade constitui o objeto colimado. A supressão – total ou parcial – da propriedade privada e da liberdade econômica serão os meios para a consecução daquele objetivo”.

A crítica socialista gerou uma grande influência sobre o sistema capitalista. Apesar de seus pilares principais se manterem inalterados (propriedade privada, livre iniciativa e concorrência) algumas questões foram mitigadas, visando melhorar e equilibrar o sistema econômico.

2.1.3 O Estado keynesiano

O sistema capitalista liberal foi novamente alvo de questionamentos a partir da crise de 1929, que apontou a existência de equívocos na concepção da plena auto-regulação do mercado.

Este período foi o ápice de um movimento que se iniciou por volta de 1880, quando começaram os questionamentos acerca da total liberdade dos agentes econômicos. Inicialmente a interferência estatal atingiu os serviços de infra-estrutura, fazendo com que a utilização das estradas de ferro fosse regulamentada visando a promoção do interesse público.¹

Em seguida as atenções se voltaram para as altas concentrações industriais, que reduziram qualquer grau de flexibilidade e capacidade de ajuste do mercado, pois esses trustes possuíam um enorme poder de monopólio, ocasionando uma ilimitada capacidade de interferência nos preços das mercadorias. Novamente o Estado foi chamado a intervir na economia para regulamentar a concorrência entre as empresas² e garantir o mínimo de equilíbrio dentro do sistema capitalista. Ou seja, a capacidade do mercado se auto-ajustar foi sendo contestada com base em

¹ Nos Estados Unidos a regulação do setor se deu através da Lei de Comércio Interestadual, de 1887.

² Nos Estados Unidos a resposta veio através da Lei Sherman, que tinha por objetivo conter o poder dos grandes trustes, que controlavam alguns setores estratégicos da Economia, como o petróleo e o aço.

dados empíricos que revelavam algumas falhas, que geravam ineficiências, por exemplo nos setores de infra-estrutura e do poder de mercado das empresas.

Com o resultado desastroso da crise de 1929, a concepção liberal estava definitivamente em cheque, pois, além disso, não conseguiu apresentar uma resposta para o que havia ocorrido, como aponta Hunt (1989, p. 429):

Mas a economia neoclássica, que dava ênfase ao automatismo do mercado, não oferecia cura alguma para a moléstia do capitalismo. De acordo com a teoria neoclássica, as depressões não ocorriam, de modo que não era preciso remediá-las. Se a economia neoclássica, com sua defesa bem elaborada do *status quo*, quisesse ter alguma utilidade para resolver a crise, teria que ser drasticamente modificada. A esta tarefa dedicou-se um dos mais brilhantes economistas conservadores deste século: John Maynard Keynes (1883-1946).

A obra de Keynes “Teoria geral do emprego do juro e da moeda” aponta uma visão nitidamente intervencionista de Estado. Para Paul Hugon (1959, p. 490), a política por ele preconizada consiste em permanente controle econômico por parte do Estado, implicando a organização e o funcionamento do setor público que teria principalmente as seguintes atribuições econômicas:

- 1) Controle da moeda e do crédito;
- 2) Aplicação de uma política tributária e de seguro social com fins econômicos (fomento da propensão a consumir);
- 3) Realização da política de grandes obras públicas (estímulo ao investimento privado).

Essa concepção intervencionista é também uma ruptura no pensamento plenamente liberal clássico, dada à existência de um agente externo (governo) influenciando nas relações econômicas. Sua atuação visa equilibrar as relações econômicas, corrigindo as falhas de mercado e coordenando a atividade econômica.

O objetivo de Keynes ao defender a intervenção do Estado na economia não é, em absoluto, acabar com o sistema capitalista de produção. Muito pelo contrário, segundo ele, o capitalismo é o sistema mais eficiente que a humanidade já conheceu (incluindo aí o socialismo). Sua crítica visa aperfeiçoar o sistema, combinando a atuação estatal com a livre iniciativa privada.

2.1.4 O Estado de bem-estar social

A intervenção estatal elaborada com base nas idéias de Keynes recebeu um novo contorno. O Estado foi novamente chamado, mas agora para prover outras necessidades da sociedade. Com as sucessivas calamidades causadas pelas duas guerras mundiais o mundo como um todo, em especial a Europa, passava por um momento econômico delicado.

A iniciativa privada não dispunha de recursos para a reconstrução dos países arrasados, então coube aos governos tomar as iniciativas de intervir na economia em determinados setores. O Estado agora ficaria responsável por fomentar e prestar determinados serviços e atividades econômicas consideradas essenciais. De uma abstenção total o governo passou a ter o papel de provedor de algumas necessidades da sociedade.

Neste novo contorno o Estado se agigantou para poder prover os serviços essenciais, o que causou um aumento significativo das despesas públicas.

Depois das duas crises do petróleo da década de 70, começa a ficar clara a ineficiência da máquina estatal, salvo algumas exceções, de gerir toda a estrutura burocrática de forma a maximizar a alocação dos recursos.

2.1.5 O Estado regulador

O Estado passa a priorizar a regulação em detrimento da função de empresário e provedor. Nas décadas anteriores (1950-1970) existia uma convergência de interesses sociais e econômicos que justificavam a atuação direta do Estado na economia, principalmente pela incapacidade da iniciativa privada, justificativas essas que começam a perder força nas décadas de 1970 e 1980.

As razões para a mudança da função provedora do Estado decorre da: a) ineficiência, b) incapacidade de novos investimentos pelo Estado e c) redução da dívida pública.

Assim, o papel do Estado passa a ser de uma intervenção indireta, induzindo e coagindo os agentes e não atuando diretamente. Por exemplo: O Estado não vai criar ou manter uma empresa para atuar nas telecomunicações, vai elaborar uma estrutura de administração e controle das empresas que atuam no setor. Ou seja, o

Estado continua intervindo na economia, mas de forma indireta: não provendo o bem ou serviço, mas controlando o mercado.

A idéia do Estado controlador é que fundamenta toda a moderna teoria da regulação econômica, sendo responsável pela criação de instituições com atribuições ligadas ao controle de determinados setores da economia.

2.2 OS FUNDAMENTOS PARA ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Neste ponto serão abordadas as justificativas econômicas para a atuação do Estado na economia, que se baseiam na incapacidade de auto-ajustamento do mercado em determinadas situações.

A doutrina econômica é praticamente unânime em reconhecer que existem determinados casos em que o mercado não é capaz de garantir uma alocação eficiente dos recursos econômicos. Essa incapacidade decorre das chamadas falhas de mercado.

Entender as falhas de mercado é fundamental para a compreensão da atuação do Estado na economia. A necessidade da ingerência estatal na atividade econômica se fundamenta justamente nelas ou em outros fatores de cunho social. As falhas de mercado normalmente levantadas pelos economistas são: a) poder de mercado, b) informações incompletas, c) externalidades, d) bens públicos e e) barreiras à entrada.

2.2.1 Poder de mercado

O Poder de mercado numa perspectiva restrita é toda a capacidade do vendedor ou do comprador de influir no preço de uma mercadoria (PINDYCK; RUBINFELD, 2005, p. 326). Representa a antítese da concepção liberal de mercado concorrencial puro. Sua configuração possibilita comportamentos econômicos distintos daquilo que decorreria do sistema de mercado, se nele vigorasse um sistema concorrencial puro.

Uma definição mais concreta pode ser elaborada segundo a teoria de Pitofsky (Columbia Law Review, 1990 tradução nossa), "New definitions of the relevant market and the assault on antitrust", citado em diversas passagens por

Salomão Filho (2002). Sua abordagem afirma que o poder de mercado não é apenas a possibilidade de aumentar os preços, mas sim de escolher entre duas alternativas: de grande participação do mercado e menor lucratividade ou de pequena participação no mercado e grande lucratividade.

Para Carvalhosa (1967, p. 2), o “Titular do poder econômico, portanto, é a empresa que pode tomar decisões econômicas apesar ou além das leis concorrenciais de mercado” afirma ainda que a liberdade não é absoluta “a capacidade de decisão e de escolha é comparativamente grande, porém não ilimitada”.

Logo, entendem-se como poder de mercado a capacidade de determinar ou influenciar comportamentos econômicos distintos dos decorrentes de condições puramente concorrências. Esta influência ou determinação não está restrita unicamente a capacidade de controle de preços, mas também a parcela de mercado que pretende ocupar.

Observa-se em ambas as definições que o conceito de poder de mercado está ligado muito mais à capacidade de escolha dos agentes produtivos; seja do nível produtivo, nível de preço ou da parcela de mercado que pretende ocupar, fazendo valer seus únicos e exclusivos interesses, muitas vezes em detrimento de todo o sistema produtivo.

2.2.2 Assimetria de informações

Caso os consumidores não tenham informações precisas a respeito dos preços e da qualidade do produto ou serviço adquirido, o sistema pode não operar de forma eficiente.

A realização de trocas tendo por base informações incompletas sobre os custos e benefícios decorrentes de uma transação é uma falha do mercado, que não maximiza o bem-estar social.

Segundo Pinheiro e Saddi (2006, p. 258), a assimetria de informações é mais uma regra do que a exceção, mas apesar disso nem sempre a regulação é necessária ou recomendável. Em diversas situações os próprios interesses dos vendedores de manter uma boa reputação e/ou a existência de garantias implica que essa assimetria não prejudique a parte menos informada.

Giambiagi e Além (2008, p. 8) apontam a razão da intervenção estatal na economia quando da presença de assimetria de informações:

Nos casos de falhas de informação, a intervenção do Estado justifica-se em razão do mercado por si só não fornecer dados suficientes para que os consumidores tomem suas decisões racionalmente. A forma de ação do Estado pode ser mediante a introdução de uma legislação que induza a uma maior transparência no mercado.

Porém, a intervenção não deve ficar restrita a proteção dos consumidores, pois a informação pode ser considerada um bem público. O grande objetivo deve ser contribuir para que o fluxo de informações seja o mais eficiente possível.

2.2.3 Externalidades

São os benefícios ou custos envolvidos em uma transação qualquer que não sejam reconhecidos pelos agentes nela diretamente interessados. A presença de externalidades positivas ou negativas justifica a criação de mecanismos de apoio e incentivo à operação de certo setor da economia, mesmo que agentes privados estejam envolvidos, porque se supõe que a sociedade como um todo e não apenas os operadores privados diretamente envolvidos na transação beneficiam-se ou arcam com os ônus de sua realização (CARVALHO, *et al.*, 2007, p. 271).

Diante de alguma externalidade o mercado não consegue prover os recursos de forma eficiente, assim entende Varian (2006, p. 720):

Se houver externalidades, o mercado não apresentará necessariamente uma provisão de recursos eficientes no sentido de Pareto. Há, no entanto, outras instituições sociais, como o sistema legal, ou a intervenção do governo, que podem "imitar" o mecanismo do mercado em algum grau e, portanto, obter eficiência de Pareto.

Ou seja, diante de uma situação de ineficiência econômica são necessários outros mecanismos na tentativa de alocar de forma eficiente os recursos econômicos. Dentre eles se situa a regulação econômica, como forma de induzir os agentes econômicos, mediante o poder coercivo do Estado, a terem comportamentos eficientes do ponto de vista alocativo.

2.2.4 Bens públicos

Os Bens públicos possuem duas características, a não rivalidade e a impossibilidade de exclusão de seu consumo. Segundo Rezende (2006, p. 27), essas características fazem com que eles sejam insuficientemente ofertados pelos mecanismos de mercado, visto que não há incentivo para uma empresa ofertar um bem que pode ser consumido por qualquer indivíduo sem nenhum tipo de contraprestação, dada a impossibilidade de excluir alguém do consumo.

Existem diversos exemplos de bens públicos, dentre os principais pode-se citar a segurança nacional, epidemiologia, o meio ambiente etc.

Como bem lembra Varian (2006, p. 720), os bens públicos são na verdade um tipo específico de externalidade de consumo, sendo que toda a pessoa é obrigada a consumir a mesma quantidade do bem em questão. Neste caso as soluções clássicas de equilíbrio entre preço e quantidade não são suficientes para alocar de forma eficiente os bens públicos.

2.2.5 Barreiras à entrada

As Barreiras à entrada são todas as restrições a livre entrada de novos concorrentes. Sua importância é fundamental, pois a concorrência dentro do mercado não depende apenas dos agentes que já estão operando de forma efetiva, mas também dos possíveis interessados ou concorrentes potenciais. Se a taxa de lucro obtida pelos ofertantes de determinado segmento for muito elevada, ela vai atrair a atenção de outros possíveis investidores que tem interesse de entrar no mercado.

As barreiras à entrada possuem uma grande ligação com o poder de mercado, sendo muitas vezes dele decorrente ou instrumento para sua manutenção. Conforme lição de Pindyck e Rubinfeld (2005 p. 344), sem mudança em outros fatores, o poder de mercado de cada um dos ofertantes diminuirá à medida que aumentar o número de empresas atuantes em determinado segmento do mercado. Quanto maior o número de empresas competindo entre si, maiores serão as dificuldades encontradas por elas para aumentar preços, pois não querem perder parcela do mercado para seus concorrentes. Essa situação é indesejada pelos

produtores em operação, eles estão dispostos a convencer os concorrentes potenciais que sua entrada não será lucrativa.

As barreiras podem ser classificadas em duas modalidades: naturais e artificiais. As naturais são decorrentes de um processo normal do próprio mercado. As artificiais derivam de ações induzidas de agentes que visam impedir os concorrentes potenciais, alterando de alguma forma a normalidade do segmento em estudo, seja através do preço, custo, quantidade etc.

O Estado tende a reprimir de maneira mais contundente as barreiras à entrada artificiais, pois são derivadas de atitudes arbitrárias e abusivas dos detentores do poder de mercado.

Apenas em caráter ilustrativo, segue tabela com os principais tipos de barreiras à entrada:

TABELA 1- TIPOS DE BARREIRAS À ENTRADA

Tipos	Exemplos
Tecnológicas	Economia de escala ou de escopo.
Legais	Patentes, proibição de entrada, regras e custos de licenciamentos, alvarás, tarifas e quotas sobre as importações.
Financeiras	Custos mínimos de capital elevados, dificuldades de acesso ao crédito em condições semelhantes às empresas já estabelecidas (maior risco).
Fidelidade à marca	Maior conhecimento e fidelidade dos consumidores às marcas já existentes, refletindo, em parte, gastos anteriores com propaganda.
<i>Suck-costs</i> (custos afundados), ou seja, investimentos irrecuperáveis.	Quando uma proporção elevada dos investimentos feitos para se lançar num novo mercado torna-se irrecuperável, se a empresa decidir depois dele sair, o risco do investimento aumenta e ela terá mais receio de entrar nele.
Vantagens absolutas de custos	Controle de fontes de matérias-primas próximas ao mercado ou de canais de distribuição economicamente impossíveis de serem replicados, ou eficiências obtidas com a experiência (curvas de aprendizagem).

FONTE: PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 369.

Em que pese ter sido abordado as mais importantes falhas de mercado existem diversas outras, que podem decorrer de motivos estruturais ou regionais.

2.3 AS ATRIBUIÇÕES DO ESTADO NA ECONOMIA

O papel destinado ao Estado sofreu grandes alterações no decorrer da história econômica, sendo objeto de diversos estudos e discussões. Um dos trabalhos mais influentes acerca do tema foi o realizado por Richard Musgrave³ (1959, citado por Rezende, 2006).

O autor americano classificou as atribuições estatais em três grandes categorias:

- a) Promover ajustamento na alocação de recursos;
- b) Promover ajustamento na distribuição da renda e;
- c) Manter a estabilidade econômica.

2.3.1 Ajustamento na alocação de recursos

Quando o mercado não tiver condição de alocar de forma eficiente os recursos econômicos o Estado é chamado para intervir na economia e, fazendo uso dos mecanismos legalmente conferidos, induzir os agentes a comportamentos economicamente eficientes.

A ineficiência na alocação dos recursos se aplica aos bens públicos, dos quais o benefício gerado está disponível para todos os membros da sociedade, sem a necessidade de qualquer contraprestação. Assim, segundo Giambiagi e Além (2008, p. 12), o Estado é obrigado a intervir na economia para: “a) determinar o tipo e a quantidade de bens públicos a serem ofertados e b) calcular o nível de contribuição de cada consumidor”.

No caso dos bens públicos, pela inaplicabilidade do sistema de equilíbrio tradicional de preços, o processo político substitui os mecanismos do mercado, revelando as preferências da sociedade. Por meio do processo político é possível observar não só os bens públicos prioritários, mas também quanto a sociedade estará disposta a contribuir para sua oferta, através do pagamento de tributos.

Ou seja, o governo observa as necessidades da população mediante o processo político e aloca os bens públicos da forma como a maioria da população supostamente entende mais adequada e eficiente.

³ MUSGRAVE, Richard. **The theory of public finance**. New York: McGraw-Hill, 1959.

Apesar da maior parte das atenções dos economistas estar concentrada apenas na função alocativa com relação aos bens públicos, existem outras situações nas quais o Estado deve contribuir para uma melhor alocação dos recursos econômicos. Elas são decorrentes principalmente das falhas de mercado, em especial do poder de mercado, gerando problemas estruturais que impossibilitam que o mercado utilize seus mecanismos para estabelecer uma situação de equilíbrio ótima ou que melhor atenda ao interesse público.

2.3.2 Ajustamentos na distribuição de renda

Em diversas situações a distribuição da renda produzida pelos habitantes de um determinado país não é socialmente aceitável, o que força o Estado a garantir uma distribuição mais equitativa.

Os instrumentos que o Poder Público dispõe para tentar adequar a distribuição da riqueza são: a) as transferências, b) os impostos e c) subsídios.

Giambiagi e Além (2008, p. 14) afirmam que por intermédio do esquema das transferências o governo pode redistribuir a renda, tributando em maior medida os indivíduos com maior renda, e subsidiando os de baixa renda.

Rezende (2006, p. 20) também aborda o tema de maneira similar:

De um lado, introduzindo maior progressividade nos tributos, de forma a impor um ônus relativamente maior sobre indivíduos de nível de renda elevada, e, de outro, ampliando despesas de transferência que beneficiam direta ou indiretamente (mediante manutenção de serviços gratuitos – Educação e Saúde por exemplo) as classes de renda mais baixa.

Ou seja, apesar de certo nível de desigualdade sempre existir, quando ela transpor determinado limite socialmente aceitável, o Poder Público é chamado para garantir o mínimo de equidade na distribuição das riquezas produzidas.

2.3.3 Manutenção da estabilidade econômica

A relevância da função estabilizadora do Estado ganhou importância após a publicação do livro *Teoria Geral do Juro, do Emprego e da Moeda* em 1936, de autoria de John Maynard Keynes. Antes disso, os economistas acreditavam no

poder de auto-regulação do mercado e na sua capacidade de se ajustar ao nível de emprego da economia.

O Estado deve garantir certa estabilidade econômica para que os agentes possam exercer suas atividades econômicas de forma segura e previsível. O Poder Público deve “suavizar” os distúrbios econômicos de crises de inflação ou depressão. Cita-se, por oportuno, Giambiagi e Além (2008, p. 15):

Sendo assim, a intervenção do governo pode ser importante no sentido de proteger a economia de flutuações bruscas, caracterizadas por alto nível de desemprego e/ou alto nível de inflação. Para isso, os principais instrumentos macroeconômicos à disposição do governo são as políticas fiscais e monetárias.

Normalmente os instrumentos utilizados para garantir a estabilidade econômica visam controlar a demanda agregada da nação; seja através do controle das despesas privadas e governamentais, de consumo e investimento, ou pelo seu incremento.

Nos países em grau de desenvolvimento inferior a questão ganha maior importância, uma vez que a manutenção de estabilidade econômica é pré-requisito fundamental para que a economia cresça de forma elevada e consistente.

2.3.4 A regulação dentro das atribuições do governo

A regulação se insere dentro da atribuição governamental de ajustamento na alocação de recursos. Ela consiste em um instrumento do poder público para induzir, ou mesmo coagir, os agentes econômicos a comportamentos economicamente eficientes ou que melhor atendam ao interesse público. Não existe dúvida que a regulação econômica pode gerar reflexos estabilizadores ou distributivos, mas isso não retira a característica fundamentalmente alocativa de suas induções/coerções.

A regulação é uma forma de intervenção indireta do Estado na economia para coordenar, condicionar e disciplinar a atividade econômica. Seu objetivo é garantir eficiência econômica e/ou satisfazer o interesse público.

O objeto do presente trabalho é uma modalidade específica de regulação econômica, a que visa regular o exercício abusivo do poder de mercado. Em quase todos os países capitalistas modernos existem algum tipo de controle das

concentrações econômicas, em graus variados, que procuram coibir os seus efeitos negativos para o sistema econômico.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

No presente capítulo foi abordada a evolução do papel do Estado na economia, dentro das principais linhas levantadas pela doutrina econômica. Todos os modelos apresentados ainda influenciam, seja em maior ou menor grau, a moderna visão do Estado. Nada na doutrina econômica se perde completamente, não existe uma ruptura total, as novas idéias e modelos sempre se amparam em fundamentos anteriores.

A regulação econômica, que se baseia na perspectiva do Estado regulador, possui claras influências do modelo liberal, socialista, keynesiano e de bem estar social, tentando utilizar-se delas para compreender e responder aos atuais anseios da sociedade.

O objetivo principal da regulação econômica é a correção das falhas de mercado, para que o sistema econômico possa operar da forma mais eficiente possível. Além disso, a regulação econômica também se apresenta como um instrumento de políticas públicas, visando a indução/coação dos mercados a uma situação ótima do ponto de vista do interesse público. Essa segunda função da regulação deve ser utilizada com cautela, e dentro dos limites legais, sob pena de representar uma possibilidade muito grande de ingerência do Estado nas relações econômicas.

Após descrever a evolução do Estado na economia e determinar os objetivos da regulação econômica, resta enquadrar o papel regulador do Estado dentro de uma de suas funções. Segundo as Finanças públicas a função do Estado na economia são: a) alocativa, b) distributiva e c) estabilizadora. A regulação econômica se insere na última, pois apesar de possivelmente gerar efeitos estabilizadores ou distributivos a sua indução/coerção tem como principal objetivo uma alocação ótima dos recursos econômicos, pretendendo eficiência econômica e/ou satisfação do interesse público.

3 REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA, ASPECTOS ECONÔMICOS E LEGAIS

3.1 A REGULAÇÃO ECONÔMICA

A regulação da atividade econômica está relacionada com a idéia de limitação da liberdade de ação dos agentes econômicos, sendo sua aplicação sustentada pelo poder de coerção que a sociedade concede ao Estado ou a quem lhe faça às vezes. (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 254).

O campo da regulação da atividade econômica é muito extenso e não envolve apenas a determinação de preço. Existe uma infinidade de possibilidades de limitar a liberdade dos agentes econômicos, dentre elas podemos citar: a regulação de quantidade (mediante limites mínimos de produção ou da limitação do número de empresas que podem atuar em determinado setor), regulação de qualidade (presença de características mínimas para a oferta dos produtos), regulação de segurança do trabalho (legislação e normativas que devem ser observados), entre outros.

Apesar da regulação se basear, basicamente em instrumentos jurídicos e padrões técnicos, alguns autores entendem que se trata na verdade de uma ferramenta de política econômica. Esse entendimento gera reflexos na aplicação da regulação do poder de mercado, e serão abordados adiante.

A regulação econômica é uma espécie de intervenção estatal, manifestada na ingerência do Estado em determinado seguimento da sociedade, que pode ter justificativas declaradamente econômicas ou diversas, mas independe da justificativa levantada os efeitos econômicos são inegáveis.

3.2 INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO

Visando atingir os objetivos econômicos traçados o Poder Público dispõe de instrumentos para induzir ou coagir os agentes econômicos a terem comportamentos ótimos, seja do ponto de vista da eficiência econômica ou adequados a política econômica do governo.

A importância do Direito para a regulação econômica se insere aqui. Os instrumentos de indução/coerção dos agentes econômicos são objetos de estudo das Ciências Jurídicas e compõe toda base para restrição da liberdade dos agentes. Ou seja, as Ciências Jurídicas conferem todo o instrumental da regulação econômica, para garantir o cumprimento dos objetivos econômicos traçados.

Os dois principais instrumentos de que dispõe o Estado para regular a atividade econômica são: a) o poder de polícia e b) os contratos de concessão de serviço público. Sem avançar demais no tema, segue um breve conceito dos dois institutos.

Segundo Di Pietro (2007, p. 104), o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público. Assim, regulamenta as leis e controla sua aplicação de forma preventiva (notificações, licenças, ou autorizações) ou repressiva (mediante imposição de medidas coercivas).

Já nos contratos de concessão e permissão o Estado acaba regulando a atividade econômica de forma reflexa. Ao celebrar contratos para a consecução de fins públicos, o Estado pode condicionar o objeto do contrato (prestação do serviço público) as diretrizes traçados pelo poder concedente (na busca por eficiência ou adequação as políticas públicas).

Utilizando os dois instrumentos é que o Estado materializa (põem em prática) os objetivos economicamente traçados. Ou seja, as Ciências Econômicas dão as falhas de mercado que devem ser corrigidas e as diretrizes públicas a serem alcançadas, e as Ciências Jurídicas conferem os instrumentos de indução ou coerção para que os fins econômicos sejam alcançados.

3.3 A REGULAÇÃO DO PODER DE MERCADO

Os fundamentos microeconômicos comprovam que a existência do poder de mercado importa em prejuízo para os potenciais compradores ou vendedores, pois eles poderiam adquirir os bens de consumo a preços competitivos. Além disso, ele reduz a produção, gerando perdas, e inibe a entrada de novos competidores no mercado, o que garante um excesso de lucro por parte dos produtores à custa da sociedade.

Dessa forma, cabe ao Estado, através das prerrogativas conferidas, criar uma estrutura regulatória que vise coibir o abuso e prevenir estruturas permissivas do abuso do poder de mercado. Pindyck e Rubinfeld (2005, p. 358):

Para monopólios naturais, como é o caso de empresas fornecedoras de energia elétrica, uma regulamentação direta de preços pode ser a resposta. Entretanto, de forma mais geral, a resposta encontra-se, em primeiro lugar, em evitar que as empresas adquiram poder excessivo e limitar o uso do poder quando adquirido. Nos Estados Unidos, isso é feito através da legislação antitruste: um conjunto de regras e normas destinadas à promoção de uma economia competitiva por meio de proibições de ações que limitem, ou tenham a possibilidade de limitar, a concorrência e por meio de restrições a estruturas de mercado que sejam permissivas.

Nos Estados Unidos a legislação antitruste é de extrema importância e já serviu de fundamento para decisões históricas. Segue a lista das principais leis antitruste e seus efeitos práticos:

TABELA 2: PRINCIPAIS LEIS ANTITRUSTE E SEUS EFEITOS PRÁTICOS

Principais leis antitruste dos Estados Unidos e decisões antitruste históricas	
Lei Sherman Antitruste, 1890	Tornou ilegais atos restringindo a atividade econômica.
Decisão sobre a Standard Oil e a American Tabacco, 1911	Desmembrou as duas firmas (cada uma das quais representava mais de 90% do respectivo setor) em companhias menores.
Lei Clayton, 1914	Tornou ilegais práticas comerciais restritivas. Restringiu fusões que reduzissem substancialmente a concorrência.
Estabelecimento da Comissão Federal de Comércio, 1914	Criada para investigar práticas desleais e emitir ordens de "suspensão e desistência".
Lei Robinson-Patman, 1936	Reforçou as provisões da Lei Clayton, tornando ilegal a discriminação de preços.
Caso Alcoa, 1945	Decisão judicial considerou que a Alcoa, que controlava 90% do mercado de alumínio nos Estados Unidos, violava a Lei Sherman.
Caso tabaco, 1946	A indústria do fumo, um oligopólio concentrado, foi considerada culpada de violar a Lei Sherman por promover colusão tácita.
Lei Antifusão Celler-Kefauver, 1950	Aprovou restrições adicionais a fusões que reduzissem a competição.
Caso da Du Pont Cellephone, 1956	Ampliou a definição de mercado. Julgou que 20% de participação de mercado eram insuficientes para determinar poder de mercado.

FONTE: STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 232.

No Brasil não foi diferente, em razão da experiência internacional e dos prejuízos econômicos decorrentes do exercício abusivo do poder de mercado, foi criada uma estrutura preventiva e repressiva aos comportamentos que ofendam a concorrência. As principais entidades envolvidas no controle da concorrência são: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Secretária de Acompanhamento Econômico (SEAE) e Secretaria de Direito Econômico (SDE).

3.4 AS DESVANTAGENS DOS MONOPÓLIOS E DA CONCORRÊNCIA LIMITADA QUE FUNDAMENTAM A REGULAÇÃO

As desvantagens decorrentes do poder de mercado foram abordadas com muita consistência por Stiglitz e Wash (2003, p. 223), e são elas que fundamentam a regulação do poder de mercado. Elas são: a) produção restringida, b) acomodação gerencial, c) menos pesquisa de desenvolvimento e d) busca de renda de monopólio.

3.4.1 Produção restringida

Os monopolistas e os detentores de certo grau de poder de mercado podem obter lucros através de formas não disponíveis para as firmas que atuam dentro de um mercado competitivo. Uma das possibilidades é elevar o nível de preços ou restringir o nível produzido, forçando os consumidores a pagar pelo bem um preço superior ao que ele custaria se fosse produzido em competição.

Ao igualar receita marginal com custo marginal o monopolista estará produzindo em um nível inferior ao de uma indústria correspondente atuando num mercado competitivo (indústria que possui a mesma curva de demanda, mas com muitos produtores competindo entre si).

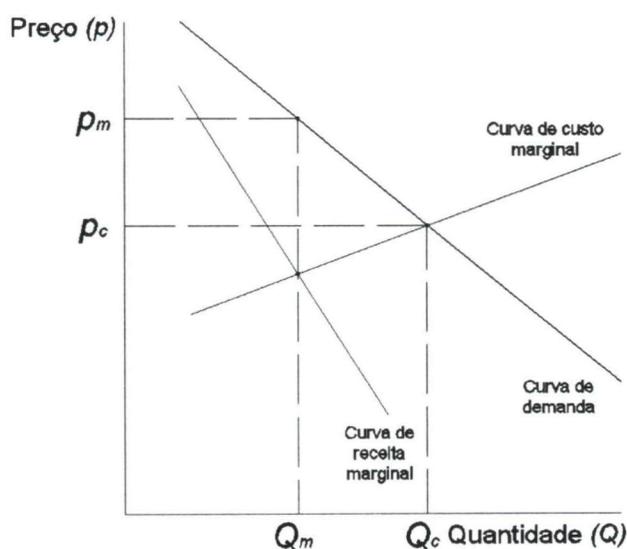
Num mercado competitivo o preço de um bem é definido por quanto um indivíduo está disposto a pagar por uma unidade adicional, indicando o benefício marginal para o comprador. O preço corresponde a uma igualdade com o custo marginal, sendo que o benefício marginal da aquisição da unidade adicional é igual ao custo marginal para a firma produzir esse bem.

Já num mercado onde existe poder de mercado, o benefício marginal de produzir uma unidade extra (ou seja, o preço que os indivíduos estão dispostos a pagar por uma unidade adicional) excede ao custo marginal. (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 224). Neste sentido Varian (2006, p. 720):

A indústria competitiva opera num ponto onde o preço se iguala ao custo marginal. Já a indústria monopolizada opera num ponto onde o preço é maior do que o custo marginal. Por esse motivo, o preço será em geral mais alto e a produção menor se uma empresa se comportar de modo monopolístico.

Portanto, numa indústria monopolística os consumidores se encontram em uma situação pior do que em uma indústria organizada de maneira competitiva. Isso decorre das distorções (ineficiências) das indústrias monopolísticas. A razão da ineficiência econômica e o custo social do monopólio estão explicitadas nos gráficos abaixo e nas respectivas explicações, ambas expostas por Stiglitz e Walsh:

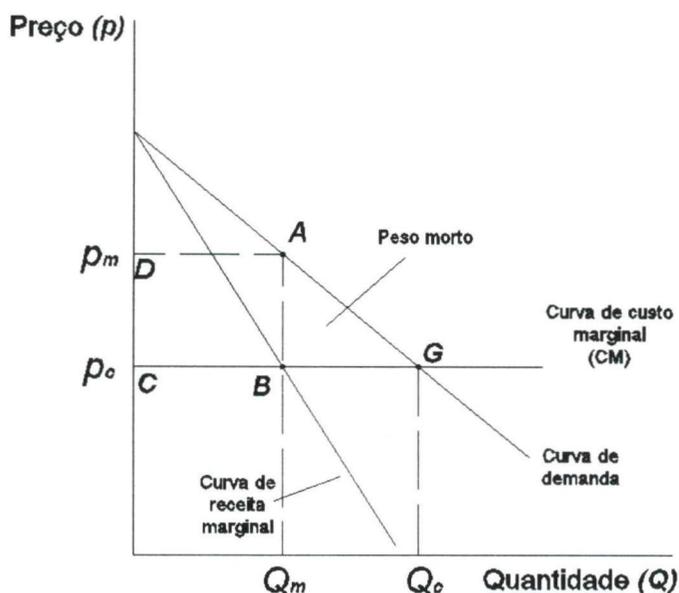
GRÁFICO 1 - PORQUE A PRODUÇÃO DO MONOPÓLIO É INEFICIENTE



FONTE: STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 224.

Em concorrência perfeita, o preço é igual ao custo marginal, resultando na quantidade Q_c ao preço p_c . Um monopolista igualará receita marginal e custo marginal e produzirá ao nível Q_m e ao preço p_m em que o preço em operação é superior ao custo marginal.

GRÁFICO 2 - MEDIDA DO CUSTO SOCIAL DO MONOPÓLIO



FONTE: STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 224.

O preço mais alto cobrado pelo monopólio retira uma parte do excedente do consumidor. Parte dessa perda (o retângulo ABCD) é mera transferência de renda do consumidor para o monopolista; o restante (o triângulo ABG) é chamado de peso morto do monopolista.

3.4.2 Acomodação gerencial

Em todas as firmas competitivas um dos principais objetivos é diminuir os custos, a fim de aumentar o seu percentual de lucro ou avançar sobre uma fatia maior de mercado.

Ocorre que nas firmas que detêm poder de mercado elevado os incentivos para diminuição dos custos é menor, pois as empresas já estão operando ganhos elevados sem muito esforço e preocupando-se muito pouco com os concorrentes.

Este cenário acaba por gerar uma acomodação gerencial da firma monopolista conforme comenta Stiglitz e Walsh (2003, p. 225):

Na prática, companhia que já estão ganhando bastante dinheiro sem muita competição muitas vezes não tem incentivo para manter os custos em nível o mais baixo possível. A falta de eficiência quando as firmas ficam protegidas da pressão da concorrência pode ser chamada de acomodação gerencial.

Portanto, num ambiente com algum grau de poder de mercado as firmas tendem a ser mais acomodadas sem as preocupações inerentes a um sistema competitivo.

3.4.3 Redução da pesquisa e do desenvolvimento

A competição força as empresas a inovarem, na tentativa de diminuir seus custos e/ou avançarem sobre uma nova parcela do mercado por meio de uma inovação. Num monopólio a firma não necessita de novos dispêndios e de inovações para manter as suas margens de lucro, na atual situação ela já consegue obter seus ganhos sem muito esforço ou necessidade de inovar.

Neste ponto fica clara a aplicação da idéia econômica que os agentes respondem a incentivos. Como a atual situação do monopolista é muito cômoda ele não possui qualquer incentivo para inovar no setor, pois os resultados das inovações são muito menores em comparação com os apresentados na indústria competitiva.

3.4.4 A busca de renda de monopólio

Em uma indústria monopolística podem existir situações muito particulares que corroboram para a ineficiência do setor com dispêndios totalmente improdutivos. Ao invés de traçar objetivos para diminuição de custos ou pesquisa e desenvolvimento, os monopolistas investem em instrumentos para manter a sua situação de poder de monopólio.

Os exemplos mais comuns de dispêndios improdutivos são: a) os destinados a manter ou aumentar as barreiras à entrada de outros concorrentes e b) lobby ou propina paga aos políticos para a concessão de favores legais ou restrições as

importações dos produtos substitutos ou concorrentes dos produzidos pelos monopolistas. Stiglitz e Walsh (2003, p. 225) mostram-se bastante preocupados com esses dispêndios improdutivos:

Recursos reais (inclusive tempo de trabalho) são usados para conseguir aprovação das leis favoráveis, e não para produzir bens e serviços. É legítima a preocupação com o fato de que a disposição de governos de restringir a competição estimulará as firmas a gastar dinheiro na busca de renda em lugar de gastá-lo para fabricar um produto melhor.

Quanto uma firma estaria disposta a gastar para conseguir e manter uma posição de monopólio? A firma gastaria o montante que recuperaria com lucros de monopólio. O desperdício com atividades de busca de renda pode ser bem maior que a perda por causa de redução do nível de produto.

A tendência dos monopolistas em gastar recursos para manter sua posição dominante gera uma grande ineficiência no sistema produtivo, muitas vezes não levada em consideração pelos economistas.

3.5 INTERESSES ENVOLVIDOS NA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Os agentes econômicos interessados na regulação da concorrência são justamente aqueles que podem ter a sua esfera de liberdades econômicas afetadas pelo exercício abusivo do poder de mercado.

A regulação da concorrência envolve uma pluralidade de interesses. Compreendê-los e analisá-los individualmente é ponto fundamental para estabelecer um equilíbrio, evitando tensões e privilégios para apenas uma das classes interessadas.

Para Pinheiro e Saddi (2006, p. 356), "O objetivo final da política da defesa da concorrência é promover a eficiência econômica e o bem estar social." Assim, para que esse fim seja atingido o primeiro passo é definir quais os interessados na elaboração de uma estrutura concorrencial.

3.5.1 Interesse dos produtores efetivos e potenciais

Num primeiro plano encontram-se os interesses dos produtores, ou seja, dos concorrentes que já operam dentro do mercado. O Direito Concorrencial busca uma igualdade de competição entre as empresas que atuam dentro de um segmento

específico e delimitado do mercado. Isso tem por objetivo evitar eventuais desigualdades e restrições à capacidade competitiva das empresas envolvidas, decorrentes de uma vantagem produtiva, uma posição dominante, exercida de maneira abusiva e irregular pelo agente.

Dentro do próprio interesse dos produtores encontra-se também a necessidade de minimizar as barreiras à entrada de novos interessados em atuar no segmento em estudo. Isso permite que a concorrência se dê entre as empresas atuantes e ainda possibilite que novas empresas possam entrar no mercado

A regulação da concorrência como um todo visa combater as barreiras criadas artificialmente, aquelas que visam convencer a qualquer potencial concorrente que sua entrada não será lucrativa. Para tanto, as empresas detentoras de poder de mercado utilizam-se de práticas predatórias de preços, muitas vezes operando no curtíssimo prazo com pequenas ou quase inexistente taxa de lucro, diminuindo assim o nível de preço em operação e desencorajando novos concorrentes.⁴

3.5.2 Interesse dos consumidores

Outro relevante interesse na regulação da concorrência, e por definição na noção de poder de mercado, são os dos consumidores. Num mercado competitivo, sem empresas detentoras de poder de mercado, o preço tende a se igualar ao custo marginal. Porém, num mercado concentrado os preços tendem a ser superiores e as quantidades ofertadas menores, causando prejuízos monetários à classe consumidora.

Outro ponto que merece ser protegido na esfera dos consumidores é a liberdade de escolha; num mercado concentrado o número de empresas é pequeno, portanto, a escolha dos produtos tende a ficar restrita pela pouca quantidade de marcas e modelos ofertados.

⁴ Essa prática é definida na doutrina como preço predatório, na Portaria 20/02 a SEAE definiu a prática da seguinte forma: "venda injustificada da mercadoria abaixo do preço de custo que produza efeitos ou tenha como objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante".

A invocação do interesse do consumidor é um ponto que merece uma maior reflexão. Muitos equívocos já foram estabelecidos em situações onde se observou única e exclusivamente os interesses dos consumidores. Como já foi citado existe uma pluralidade de interesses e todos devem ser observados. Neste sentido podemos citar Salomão Filho (2002, p. 84):

A utilização do interesse do consumidor como critério de resolução de impasse deve ser, no entanto, cuidadosa. O fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrências não o transforma em seu destinatário jurídico direto. Muitas vezes é através da proteção da "instituição" concorrência que o seu interesse será protegido.

Portanto, o interesse da classe consumidora é ponto fundamental a ser tutelado pelo Direito Concorrencial, porém, não é correto colocá-lo como único objetivo a ser protegido.

Sempre temos que ter em mente a pluralidade de interesses, não protegendo de forma desproporcional nenhum deles. Muitas vezes ao estimular a concorrência entre produtores efetivos e potenciais, protegemos a liberdade de escolha dos consumidores de maneira reflexa.

3.5.3 Interesse estatal

O interesse do estado também está presente, especialmente numa concepção moderna em que a função do Estado não é apenas de agente fiscalizador, sem qualquer tipo de instrumento de intervenção direta ou indireta no exercício da atividade econômica.

Na realidade brasileira o interesse estatal é uma realidade, pois a ordem constitucional de 1988 exige uma atuação regulatória ativa, efetiva e consistente, resultado das disposições da chamada "Constituição Econômica". A própria regulação da concorrência é fruto dessas exigências constitucionais, nasce como uma resposta, uma forma de controle, as grandes concentrações dos meios produtivos e aos problemas que eles acarretam na sociedade.

Em contra partida, a própria ordem jurídica que cobra uma intervenção mais efetiva criou severas restrições legais à capacidade do Estado de intervenção direta, sua atuação fica amarrada e restrita às diretrizes previamente definidas. Exemplo

disso são as vinculações orçamentárias em educação e saúde, a lei de responsabilidade fiscal etc. Com sua atuação já vinculada a setores preestabelecidos, restam poucos recursos para investimentos diretos e escassos meios de promoção de desenvolvimento econômico.

Além disso, o Estado moderno e globalizado, tem compromissos internacionais e restrições severas na capacidade de investimento que limitam a possibilidade da adoção de políticas monetária e fiscal expansionistas, restando poucas alternativas viáveis e juridicamente possíveis para o Estado promover o desenvolvimento econômico e social previstos constitucionalmente.

Diante desse cenário, a regulamentação e restrição do exercício abusivo do poder de mercado podem constituir importante instrumento para implementação de políticas públicas. A desconcentração econômica abre a oportunidade de entrada de novos ofertantes, podendo gerar a diminuição de preços para o consumidor e uma maior liberdade de escolha. Essa forma de atuação indireta gera um efeito reflexo no setor econômico em questão, podendo incentivar o desenvolvimento econômico e social.

Instrumento importante para reprimir o abuso do poder econômico e implementar políticas públicas é a lei antitruste, conforme aborda Paula Forgioni (2005, p. 87):

Para nós, entretanto, importa notar que muitas vezes a atuação do Estado sobre a economia ("intervenção") é efetuada mediante a utilização de uma norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma norma antitruste. Dentre as técnicas de organização dos mercados colocam-se, então, as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder de econômico.

Ora, vista sob esse novo ângulo, a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública.

Outra vantagem desse controle estatal, do exercício abusivo do poder de mercado, é a possibilidade de atuação específica em determinados setores considerados de relevância pelos gestores públicos. Essa atuação garante, em certa medida, efeitos setorizados, evitando maiores repercussões na economia como um todo e possibilitando a escolha do segmento, e muitas vezes da localidade a ser beneficiado pela política pública de desconcentração econômica.

3.5.4 Desdobramento do interesse estatal: regulação da concorrência como forma de atração de investimentos

Ainda dentro do interesse estatal existe um importante aspecto que vêm ganhando destaque no cenário nacional. Os investidores buscam situações de segurança para aplicarem seus capitais, sendo assim, um ambiente de tranquilidade e de segurança jurídica é fundamental para um país ou região que necessita de investimentos externos para gerar desenvolvimento econômico.

A regulação da concorrência tem por característica marcante a cautela com que trata as situações envolvendo alta concentração econômica, por sua própria razão de existir, e pelos diversos tipos de interesses e pressões políticas. Via de regra os mercados concentrados envolvem grandes somas de capitais, e pela necessidade de manter seu poder de mercado, são fundamentais os investimentos sistemáticos e substanciais.

As empresas com poder de mercado, ou que têm seus atos controlados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), tendem a ser cuidadosas com os investimentos que possam reverter numa maior concentração ou aquisição de uma parcela do mercado relevante. Este cuidado tem por fundamento a possibilidade de sanções a serem aplicadas, no caso de uma constatação de exercício abusivo do poder de mercado.

O grande problema é que muitas vezes as regras a serem aplicadas não são suficientemente claras, gerando margem para interpretações equivocadas. Este ambiente de insegurança pode inibir os investidores, gerando perdas no crescimento e desenvolvimento de algumas áreas.

Para evitar essa situação o governo brasileiro vem tentando aclarar os conceitos e regulamentar de forma satisfatória a concorrência no país. Isso deriva do fato da real necessidade de investimento privado, nacional ou estrangeiro, para a promoção de crescimento e desenvolvimento econômico.

Uma das medidas que visam à melhoria do ambiente de investimento é a reestruturação do sistema concorrencial brasileiro, centralizando as atividades de promoção da concorrência na Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE).

O plano prevê a consulta prévia de fusões e incorporações e rito simplificado para a análise de operações com o impacto concorrencial.

Observa-se nas medidas uma tentativa de definição do ambiente concorrencial brasileiro, visando atrair investimentos particulares, sejam eles nacionais ou internacionais. Se as medidas previstas forem eficazes, podem acarretar uma série de investimentos em setores do mercado onde o ambiente concorrencial é conturbado, como no das telecomunicações e na geração e transmissão de energia elétrica.

É grande o interesse estatal na regulação da concorrência, por conseguinte, na análise e estudo do poder de mercado, pois fica evidente a importância do tema para promoção de investimentos e crescimento econômico.

3.6 ESTRUTURA JURÍDICA DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

3.6.1 Bases jurídicas e importância da regulação do poder de mercado

A própria evolução histórica do processo econômico leva o Estado a regular o processo produtivo, em razão da inexistência empírica de um mercado concorrencial perfeito. As imperfeições da concorrência e a existência do poder de mercado levam a ineficiência de algumas relações produtivas, cabendo ao Estado regulador intervir indiretamente no sistema econômico para sanar as suas imperfeições.

O Estado passa a dirigir, organizar e administrar o mercado, com o objetivo de manter o equilíbrio da atividade econômica e atender os interesses dos envolvidos, (sempre dentro dos limites legalmente estabelecidos). Dentro da regulação da atividade econômica a Constituição enuncia a repressão ao abuso do poder econômico consistente na eliminação da concorrência.

A partir desse preceito, surge um ramo específico da ciência jurídica: O Direito Concorrencial (sinônimo de Direito Antitruste), conceituado por Oliveira e Rodas (2004, p. 29) como “conjunto de regras jurídicas destinadas a apurar, reprimir e prevenir as várias modalidades de abuso do poder econômico, com o intuito de impedir a monopolização de mercados e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade”.

Sua fundamentação teórica e seus objetivos estão intimamente ligados com o poder de mercado, muitas vezes com ele se confundindo:

Pode-se dizer sem medo de errar que a disciplina do poder econômico é a própria razão de ser do direito da concorrência. Este surge efetivamente como uma garantia do cidadão contra os grandes trustes em épocas nas quais o antitruste era o único instrumento de controle de forças de mercado. (SALOMÃO, 2002, p. 37).

O sistema econômico impôs ao Estado o dever de conter o poder de mercado abusivamente exercido, principalmente em alguns setores. A resposta jurídica brasileira para esse controle foi à legislação antitruste, com fundamento na “Constituição Econômica” da carta magna de 1988.

Esse fenômeno de proteção do mercado e da concorrência não é exclusivo do Brasil. Muitos outros países como Estados Unidos, França, Alemanha e Japão também possuem legislações semelhantes, sendo que em algumas situações as decisões internacionais geram grande influência nas questões internas⁵.

3.6.2 Estrutura jurídica concorrencial na constituição de 1988

A estrutura jurídica da atividade econômica no direito brasileiro contemporâneo é inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Em seu capítulo referente aos Princípios Gerais da Atividade Econômica deixa clara a opção pelo modo de produção capitalista, este fato é fundamental para a compreensão do sistema e das diretrizes econômicas definidas pela carta constitucional.

Conforme Silva (2004, p. 766), a estrutura capitalista é baseada na apropriação privada dos meios de produção, possibilitando em algumas situações excepcionais a exploração direta da atividade econômica pelo Estado e abrindo a possibilidade de monopolização de alguns setores da economia. Neste modelo a atuação do Estado seria apenas de ordenar, ou intervir na atividade econômica, quando do aparecimento de alguma imperfeição no auto-ajustamento do mercado.

⁵ Gesner Oliveira e João Grandino Rodas possuem um estudo da legislação e regulamentação da questão concorrencial no âmbito internacional na obra *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89-114. Nele os autores traçam um quadro comparativo entre os ilícitos concorrências em cada um dos países estudados.

A Constituição determina os princípios norteadores da atividade econômica e dentre eles está à livre concorrência (art. 170).

Observa-se que a livre concorrência está intimamente ligada a estrutura e ao funcionamento do sistema capitalista, modelo escolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro.⁶ A relevância do referido princípio e sua importância para a ordem econômica foi levantada pelo autor Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 372):

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores e consumidores ou prestadores de serviço. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado.

O princípio da livre concorrência, definido no art. 170 da Constituição, nada mais é do que a manifestação da liberdade de iniciativa, e o instrumento capaz de garanti-la é instituído pelo art. 173, § 4º da Constituição que prevê: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. A interligação entre os dois princípios é levantada por José Afonso da Silva (2004, p. 775):

Os dois dispositivos se completam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.

Ambos os dispositivos formam a pedra fundamental de todo o Direito Concorrencial brasileiro. Essa determinação constitucional é que abre a possibilidade de toda a estrutura jurídica que visa reprimir o exercício abusivo do poder econômico.

⁶ A adoção do sistema capitalista merece certa atenção, conjuntamente com os princípios da liberdade de iniciativa e da propriedade privada existem outros princípios que devem ser observados (presentes nos artigos 1º à 5º da Constituição Federal). Dessa forma, o sistema capitalista brasileiro possui algumas limitações, sendo necessária uma interpretação sistemática entre os artigos da ordem econômica e os demais, para se obter os seus verdadeiros objetivos.

Alicerçado no referido comando constitucional, o Poder Executivo criou em sua estrutura administrativa o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelos três órgãos encarregados da defesa da concorrência: a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, a Secretaria do Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, ambas com função investigativa e analítica, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com função judicante.

3.6.3 Construção jurídica de repressão do abuso do poder de mercado no direito brasileiro

Como já foi afirmado, a Constituição Federal de 1988 definiu como um dos princípios da atividade econômica a livre concorrência. Ele destaca que deverão ser reprimidas as condutas consistentes em abuso do poder econômico que tenham por objetivo o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A própria Carta Magna reconhece a existência do poder econômico de algumas empresas, a repressão se daria apenas no caso do poder exercido com o objetivo de deturpação das leis de mercado.

A Constituição apenas trouxe o tema para o ordenamento jurídico pátrio, cabendo a legislação infraconstitucional esclarecer em quais situações estaria caracterizado o abuso do poder econômico. Fica evidente aqui a importância do poder de mercado. Foi justamente em razão de seu exercício abusivo que se montou toda a estrutura jurídica de proteção ao sistema concorrencial.

Neste contexto foi editada a Lei nº 8.884, de 1994, que visa dar os contornos e garantir uma maior efetividade na proteção do sistema concorrencial brasileiro.

Porém, apesar de delinear mais a questão concorrencial, a legislação vigente não delimita dois fatores fundamentais: o mercado relevante e as justificativas de preponderante motivo da economia nacional e eficiência. Esses são considerados os dois maiores problemas para a aplicação da legislação antitruste, e serão abordados no próximo capítulo.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

Neste capítulo foi abordada a questão da regulação econômica, em especial a referente ao poder de mercado.

Inicialmente foi apresentado o conceito de regulação econômica, ligada a limitação da liberdade dos agentes visando eficiência econômica e/ou satisfação do interesse público, através do poder de coerção legalmente conferido ao Estado. Os instrumentos jurídicos de que dispõe o Estado para regular a economia são o poder de polícia e os contratos de concessão e permissão de serviços públicos, sendo através deles que se operacionaliza a materialização dos objetivos econômicos traçados.

Dentre as diversas modalidades de regulação econômica o objeto do trabalho é uma em especial: a do poder de mercado. Sua compreensão é de fundamental importância, pois se trata da primeira manifestação reguladora do Estado, numa tentativa de conter os negativos efeitos econômicos dos grandes trustes.

A regulação do poder de mercado pretende minimizar alguns efeitos econômicos nocivos decorrentes do abuso de uma posição dominante, são eles: a) produção restringida, b) acomodação gerencial, c) redução da pesquisa e desenvolvimento e d) busca de renda de monopólio. Estas distorções econômicas são os fundamentos materiais para a regulação do poder de mercado.

Determinado os motivos econômicos resta apontar os interesses envolvidos, são eles: a) consumidores, b) produtores e c) estatal. Ou seja, a regulação do poder de mercado deve observar todos os interesses, sob pena de beneficiar apenas um em detrimento dos demais.

Como anteriormente apontado, o tema necessita de uma intensa interdisciplinaridade o que resultou que ao final fosse descrita sucintamente a estrutura jurídica que garante legitimidade à regulação do poder de mercado, apontando-se os dispositivos legais e constitucionais aplicáveis.

4 OS PROBLEMAS PARA APLICAÇÃO DA REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA

4.1 OS COMPORTAMENTOS ECONÔMICO SUBMETIDOS AO CADE

No capítulo anterior foi abordada a questão da regulação do poder de mercado, objetivos, interesses e fundamentos legais. Já neste capítulo o estudo é dirigido aos problemas brasileiros para aplicação da regulação da concorrência. Antes porém, deve ser tratada algumas considerações sobre os comportamentos submetidos ao CADE.

A concorrência é um valor fundamental na realidade econômica brasileira, razão pela qual foi criada uma estrutura regulatória para a proteção desse valor. A instituição central desse modelo é o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), uma autarquia federal com jurisdição em todo o território nacional, cujo conselho é composto por um Presidente e seis conselheiros.

Cabe ao CADE (através de seu presidente e seus conselheiros) julgar em última instância, na esfera administrativa, os comportamentos que de alguma forma geram reflexos no ambiente concorrencial brasileiros.

Os comportamentos submetidos ao CADE são de duas ordens: repressivos (infrações econômicas) e preventivos (atos de concentração).

4.1.1 Repressivos

Os repressivos são os ilícitos concorrenciais, quando determinado comportamento se enquadra na descrição hipotética contida na norma, representado uma infração a ordem econômica.

Constituem infrações da ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados: I) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II) dominar mercado relevante de bens e serviços; III) aumentar arbitrariamente os lucros; IV) exercer de forma abusiva posição dominante. (art. 20 da Lei nº 8884/94).

A lei antitruste nacional prevê um rol exemplificativo de alguns ilícitos concorrenciais no artigo. 21. Configurada a infração será instaurado processo

administrativo, com amplo direito de defesa, para ao final ser aplicada ou não as sanções previstas.

As infrações a ordem econômica e a sua repressão possuem relação com aspectos estranhos às Ciências Econômicas, e estão muito mais ligados ao Direito Administrativo Sancionador. Assim, o objeto do trabalho serão os problemas para aplicação da regulação preventiva, esta sim de estreita relação com a Economia e totalmente depende do seu suporte teórico.

4.1.2 Preventivos

Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidas à apreciação do CADE. (art. 54 da Lei nº 8884/94).

Eles são os chamados de atos de concentração, muito bem definidos por Oliveira e Rodas (2004, p. 186):

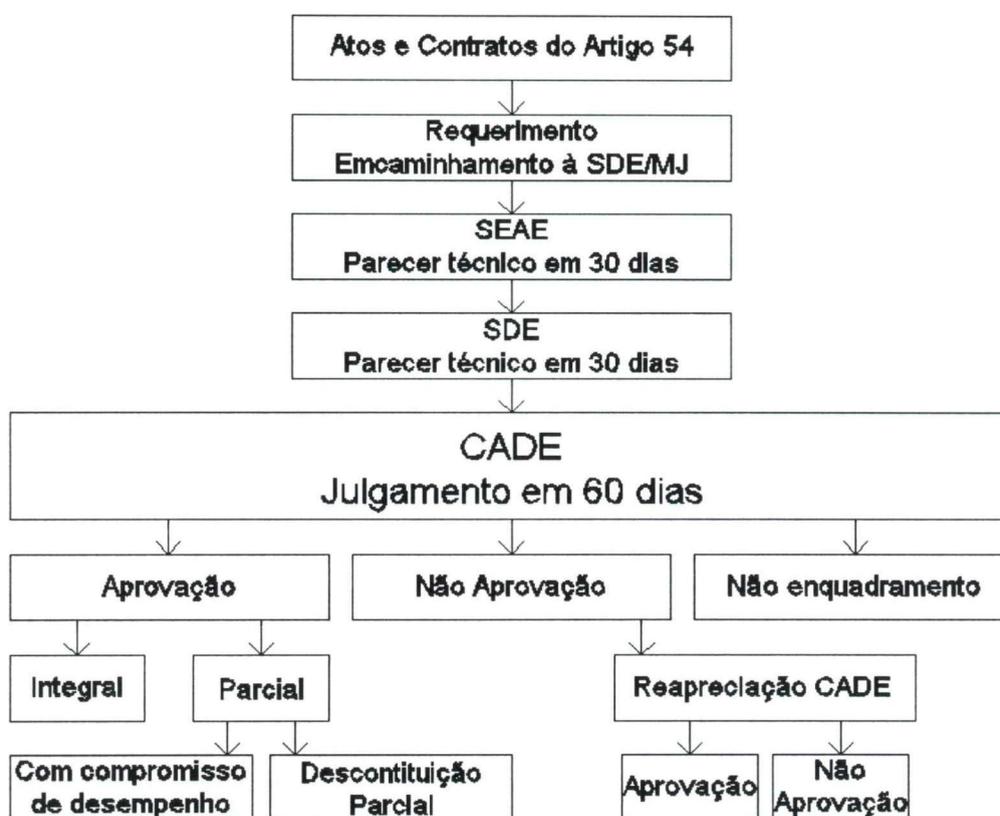
O poder econômico – capacidade de certa empresa em influir e determinado mercado – normalmente surge de maneira espontânea e paulatina, por crescimento interno, em virtude da qualidade de seus produtos ou serviços, de seu *marketing* e de sua administração, em suma, por um conjunto de meios eficientes acumulados por determinada empresa. Contudo, esse poder pode surgir mediante o ato jurídico de integração de empresas, por meio de um ato de concentração. Nesse caso, consoante lição de Dutra (1996, p.1), a concentração do poder econômico é “*soma de poder resultante de um ato jurídico de integração*”, não sendo, portanto, estritamente capitais que se somam.

Para não criar entraves às relações econômicas, a legislação criou ainda uma ficção legal. Assim, todos os atos que visem qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), devem ser automaticamente submetidos à apreciação do CADE (art. 54, § 3º da Lei nº 8884/94).

As análises dos atos de concentração pelo CADE respeitam uma seqüência lógica, previamente descrita em lei, que busca analisar os efeitos econômicos do pedido.

O pedido deve ser analisado pelas: a) Secretaria de Acompanhamento Econômico SEAE (vinculada ao Ministério da Fazenda) e b) Secretaria de Direito Econômico SDE (vinculada ao Ministério da Justiça). A primeira avalia os aspectos econômicos do ato e a segunda os jurídicos.

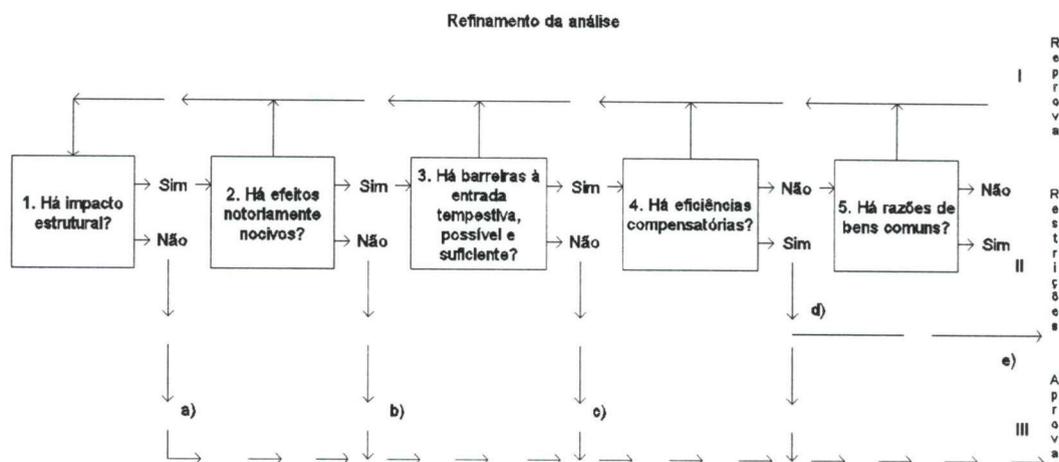
FIGURA 1 - ESQUEMA DO PROCEDIMENTO DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO



FONTE: OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 116.

Os aspectos econômicos analisados estão descritos no quadro abaixo, também elaborado por Oliveira e Rodas:

FIGURA 2 - ASPECTOS ECONÔMICOS ANALISADOS



FONTE: OLIVEIRA; RODAS, 2004. p. 116.

No esquema apresentado estão descritas as etapas necessárias para uma avaliação da regularidade dos atos de concentração e sua adequação aos parâmetros legais. As etapas levam em consideração os impactos econômicos do ato em questão e seus efeitos sobre o bem estar da sociedade.

Dentro do esquema apresentado ficam evidentes algumas dificuldades inerentes às etapas descritas. Para as etapas 1 e 2 fica clara a necessidade de uma delimitação precisa do mercado relevante em estudo, para observar os efeitos estruturais e notoriamente nocivos para o setor analisado. Quanto à etapa 3, corresponde às barreiras à entrada, já foi devidamente abordada.

Nas etapas 4 e 5 a aprovação ou não depende de um juízo de razoabilidades (regra da razão), que leva em questão aspectos externos a concorrência: a eficiência e as políticas públicas.

Os dois aspectos citados, mercado relevante e regra da razão, correspondem aos principais problemas econômicos da aplicação do direito antitruste, e necessitam de um estudo mais profundo, sendo objeto do próximo tópico.

4.2 PROBLEMAS ECONÔMICOS PARA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

Como abordado no capítulo anterior, existem alguns entraves econômicos para aplicação da legislação antitruste. Stiglitz e Wash (2003, p. 235) levantam como os dois maiores problemas relativos à aplicação da legislação antitruste: a) Definir o mercado afetado (mercado relevante) e b) As práticas que reduzem a concorrência, mas geram algum tipo de benefício econômico (eficiência ou política pública governamental).

Os dois problemas são as maiores fontes de discussão da aprovação ou não dos atos de concentração. A solução para o entrave é um estudo mais aprofundado dos dois pontos, visando garantir uma maior efetividade das regras antitruste.

4.2.1 Justificativas para aprovação dos atos de concentração que ofendem a concorrência

Nem sempre os atos de concentração que geram uma ofensa à concorrência são ilegais ou estão em desacordo com a política econômica governamental. Existem algumas situações em que mesmo o ato configurando uma restrição a concorrência seus efeitos para o sistema econômico como um todo são benéficos, o que retiraria a ilegalidade do comportamento. O instituto que garante à regularidade do ato de concentração que ofende de alguma forma a concorrência, mas que é benéfico para o sistema econômico como um todo é a regra da razão, ou regra do razoável⁷.

A regra da razão surgiu como um instrumento para viabilizar a aplicação do Direito Concorrencial. As sanções e as restrições impostas pela legislação antitruste deveriam incidir apenas nos atos que causassem uma desarrazoada restrição à concorrência.⁸

⁷ Terminologia utilizada por STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E., **Introdução à Microeconomia**.

⁸ A construção é proveniente do Sherman Act e teve sua construção marcada pela necessidade de uma maior efetividade ao direito concorrencial, aproximando a legislação das situações econômicas do mercado. A forma inicial de aplicação da regra da razão gerou uma série de questionamentos, pois possibilitaria a admissão de uma situação não prevista legalmente e que de alguma forma restringe a concorrência.

Para uma restrição ser classificada como desarrazoada deveria preencher dois aspectos. Primeiramente a restrição deve ser efetiva, tendo efeitos práticos de restrição à competição, e não apenas estabelecer regras ou parâmetros para ela (aspecto qualitativo). Um segundo aspecto é que a restrição deve ser substancial, ou seja, observadas as estruturas de cada mercado, gere uma substancial redução da competição. Violaria a legislação concorrencial os comportamentos ou estruturas que tenham a capacidade de gerar uma situação de restrição substancial e injustificada da concorrência.

A introdução do termo desarrazoada trás a possibilidade de incluir na discussão do Direito Antitruste, outros fatores distintos da preservação da concorrência. Neste sentido podemos citar dois tipos de inclusão: uma derivada do modelo neoclássico proveniente da doutrina e jurisprudência norte americana e outra mais intervencionista que incorporam questões como políticas públicas e sociais, proveniente do direito comunitário europeu.

Na doutrina neoclássica a justificativa para a inclusão desse novo fator “extra concorrencial” é a eficiência. Em busca de um sistema mais eficiente a legislação antitruste estaria disposta a suportar, em certa medida e dentro de situações específicas, uma flexibilização dos aspectos da competição entre os agentes.

A vertente mais intervencionista justifica a restrição da concorrência, tendo com base às políticas públicas e sociais. Essas políticas visam obter ganhos e redistribuição de benefícios para os consumidores ou incentivar o desenvolvimento econômico e tecnológico de determinado setor.

A) Justificativa neoclássica: Eficiência

A justificativa levantada pela teoria neoclássica para a possibilidade de restrição da concorrência é a eficiência. Neste sentido Pinheiro e Jairo Saddi (2006, p. 357) comentam:

Ocorre que nem sempre menos concentração ou mais independência entre empresas significa mais eficiência. Em um mundo em que há tecnologias com retornos crescentes de escala, em que o acesso à informação e a capacidade de processá-la são limitados e há oportunismo, duas ou mais empresas que se fundem em uma ou que trabalham de forma coordenada podem, às vezes, se tornar mais eficientes do que funcionando independentemente.

Essa justificativa tem destaque na legislação concorrencial brasileira, sendo citado em três oportunidades: no art. 20, § 1º e art. 54, § 1º, letras “a” e “c”. Porém, a eficiência não descaracteriza de forma absoluta a ilicitude do ato de concentração praticado pelo agente econômico, ela depende de outros fatores abordados adiante.

Eficiências são os eventuais ganhos de bem estar derivados do ato de concentração ou cooperação (exemplificados por: redução de custos, incremento na qualidade do bem ou serviço). Na Portaria conjunta nº. 50, (SEAE/SDE, 2001) é considerado eficiência:

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

No mesmo caminho, Gesner Oliveira e João Grandino Rodas (2004, p. 125), consideram ganhos de eficiências aqueles ganhos de bem estar que forem (i) específicos ao ato; (ii) prováveis de serem obtidos e (iii), em alguma forma, verificáveis.

Outro requisito legal para que a justificativa da eficiência seja levantada é o compartilhamento dos ganhos dela derivados com os consumidores.

Portanto, se um estudo econômico comprovar que o ato de concentração irá gerar eficiência econômica, dentro do moldes apresentados pela Portaria Conjunta nº. 50, e que os ganhos serão repartidos entre os consumidores, ele será autorizado. Ou seja, os ganhos econômicos globais é que irão determinar a aprovação do ato.

B) Justificativas intervencionistas

A legislação brasileira possibilita a utilização de duas justificativas de caráter intervencionista para a restrição da concorrência: motivo preponderantemente da economia nacional e bem estar, desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final. As justificativas intervencionistas estão intimamente ligadas às políticas públicas propostas pelo Estado.

A forma e os limites da atuação do Estado na definição e execução das políticas públicas estão definidos no art. 174, *caput*, da Constituição Federal. Porém, a amplitude de competência e a falta de clareza em relação ao planejamento, comprometem a capacidade do dispositivo estabelecer os limites da atuação do Estado na promoção das políticas públicas.

Maior clareza na definição de parâmetros e limites das políticas públicas pode ser encontrada no art. 170 da Constituição, nele estão descritos os princípios gerais da atuação do Estado na ordem econômica. Dentre esses princípios destacam-se os dispostos no *caput* do artigo: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca por justiça social.

Calixto Salomão (2002, p. 186) levanta a possibilidade do conflito entre os princípios: "É claro que mesmo entre esses princípios fundamentais é possível o conflito. Medidas objetivando a justiça social podem não ser totalmente compatíveis com a livre iniciativa, e vice versa." Estando diante de uma situação de conflito deve-se ponderar qual é o princípio mais afetado, buscando uma solução que ofenda em menor grau a ordem econômica como um todo.

Observa-se claramente outra restrição constitucional para as políticas públicas, bem como para toda a atuação do Estado na economia, à impossibilidade de condução de políticas que tenham por objetivo restringir o sistema concorrencial. Tal vedação pode ser fundamentada em dois dispositivos constitucionais; primeiramente ofenderia diretamente o princípio da livre concorrência, levantado no art. 170, inciso IV. Num segundo plano, e de maneira reflexa, a política pública que afeta negativamente a concorrência, ofenderia a livre iniciativa.

Numa última análise, uma política pública que ofenda moderadamente o sistema concorrencial pode ser considerada lícita, se promovesse de maneira substancial e concreta, os outros princípios constitucionais definidos para a atuação na ordem econômica. Essa é uma situação extrema e de difícil ponderação de valores, a solução de conflitos constitucionais deve ser marcada pela cautela e pela tentativa de ofensa mínima do sistema constitucional. Caso a ofensa à concorrência seja maior do que os benefícios trazidos para os outros princípios, a política pública está maculada pelo vício da ilegalidade.

A ofensa do ato de concentração ao sistema concorrencial, pode ser considerada legítima com fundamento no art. 54, Parágrafo 2º, que levanta o *motivo preponderante da economia nacional e do bem comum*.

Dessa forma, as operações que gerarem externalidades positivas para a economia como um todo, e não causando prejuízo ao interesse público e privado de terceiros, mesmo que acarretem certo grau tolerável de concentração, podem ser admitidas.

Essa possibilidade legal pode gerar um risco muito grande, caso seja utilizada indiscriminadamente, gerando uma ineficácia da lei antitruste. Neste sentido Oliveira e Rodas (2004, p. 125) recomendam:

Sua possível aplicação deveria ficar restrita a situações em que, no plano jurídico, envolva a defesa de princípio constitucional de valor equiparável ao princípio da livre concorrência; e no plano econômico, envolva providências no sentido de prevenir a ocorrência de falhas no mercado relevante ou mercados conexos.

As justificativas intervencionistas constituem instrumento importante para a condução estatal da economia, possibilitam a promoção de políticas públicas desenvolvimentistas e de planos de governo. Porém, sua utilização deve ser cautelosa, sob pena de ofensa aos demais princípios constitucionais gerando desestabilidade econômica.

4.2.2 O problema do mercado relevante

A definição do mercado relevante é um dos grandes entraves na análise dos atos de concentração e das infrações a ordem econômica. Todas as legislações antitrustes definem a existência do poder de monopólio com base na participação do mercado, mas que mercado é esse? Neste ponto é que entra a importância de uma definição precisa do que seja o mercado relevante para a análise da legalidade do ato, o que só é possível com base num estudo econômico consistente.

Apenas para ilustrar a importância do tema, a legislação antitruste brasileira (BRASIL, Lei 8.884 de 11 de junho de 1994), utiliza o termo mercado relevante em diversas passagens, como:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

(...)

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

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Apesar de amplamente utilizado o conceito do que é mercado relevante, não foi definido pela lei, sendo necessária uma complementação pelas Ciências Econômicas para adequada compreensão do tema. O entendimento do que é mercado relevante para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi abordada pela a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), Portaria conjunta do Ministério do Planejamento e Ministério da Justiça (SEAE/SDE, 2001), que constitui o guia para análise dos atos de concentração horizontal:

28. A definição de um mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação. Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites.

A delimitação do mercado relevante depende de uma análise conjunta de duas dimensões: A) do produto, B) geográfica. Cada uma dessas dimensões é responsável por estabelecer um limite para delinear um conceito tão grande como o mercado. A definição do mercado relevante é de fundamental importância para satisfazer dois dos principais elementos da legislação concorrencial; num primeiro plano é parte de um método para a observância da existência ou não do poder de mercado e posteriormente para constatar se existe ou não a possibilidade de abuso desse poder.

4.2.2.1 Método para identificação do poder de mercado tendo por base o mercado relevante

O mercado relevante é fundamental para toda a regulação da concorrência, pois é ponto chave para a própria definição do poder de mercado, através do teste do monopolista hipotético. Portanto, sua correta delimitação é imprescindível para a aplicação da legislação antitruste.

A definição do mercado relevante deve ser feita através de uma perspectiva dinâmica do mercado. Para tanto, devemos simular as eventuais conseqüências de um aumento nos preços, assim observando quais e de que forma cada uma das dimensões do mercado será afetada. A referida análise foi denominada como teste do “monopolista hipotético”, sendo que o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (publicação conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico e da Secretária de Direito Econômico), o define como método preferencial para a delimitação do mercado relevante pelas agências de defesa da concorrência no Brasil (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 363).

A Portaria Conjunta (SEAE/SDE, 2001) estabeleceu:

30. Procedimento. O teste do “monopolista hipotético” consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto

do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. 7 Em outras palavras, "o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado."

Além das alterações nas dimensões do mercado, deve-se ficar atento para as mudanças que podem ocorrer nos concorrentes e nos consumidores, um aumento de preços pode atrair a atenção de possíveis investidores e concorrentes potenciais. Nas palavras de Calixto Salomão Filho (2002, p. 98):

Deve-se, então, verificar (a partir da análise dos dados existentes de aumento de preços pretéritos) se é possível concluir que o consumidor substituirá o produto "X" por um concorrente próximo (substituição de demanda) ou se novos produtores entrarão no mercado, passando a fabricar o produto "X".

Assim restou definido, pela lei aplicável e Portaria Conjunta nº. 50, que o método para observação do mercado relevante é um hipotético aumento dos preços em operação no mercado: pequeno, significativo e não transitório.

Esse aumento hipotético de preços deve ser aplicado sobre o preço competitivo, ou seja, no preço derivado do equilíbrio do modelo hipotético concorrencial perfeito, independente de as empresas já estarem operando com preços acima dos concorrenciais. Com isso tem-se um patamar de preços único sobre os quais será aplicado o suposto aumento, acrescentando objetividade ao método e garantido que o preço utilizado não é viesado por um aumento de preços embutido.⁹

Após uma análise econômica detalhada, pode-se concluir que em razão de um aumento de preços (como o aplicado hipoteticamente), grande parte dos

⁹ Se fosse utilizado um outro nível de preço, acima do custo marginal, este já traria consigo alguma manifestação de poder de mercado. Como fica definido no glossário, qualquer nível de preços acima do custo marginal é derivado de uma posição dominante.

consumidores passará a consumir um produto distinto. Também é possível que um aumento de preços acarrete a entrada de novos concorrentes no mercado, atraídos pela possibilidade de altas taxas de lucro.

Em ambas as situações mesmo que o agente econômico detenha uma grande participação nas vendas, perderia grande parte de seu espaço se resolvesse aumentar os preços. “Nesse caso, não se pode dizer que existe poder de mercado, já que a forma principal de exercício desse poder – o aumento de preços – está bloqueada” (SALOMÃO, 2002, p. 100). Sem a possibilidade de modificar os níveis de preço no mercado, o poder de mercado estaria muito restrito, e seus efeitos nocivos mitigados.

Como o método apresentado parte do pressuposto de um aumento simulado dos preços para observar a existência ou não de poder de mercado, resta saber qual o percentual desse aumento.

A utilização de um percentual muito elevado implica em definir um mercado muito amplo, o que levaria a conclusão que nunca os agentes possuem poder de mercado. Por outro lado, um percentual muito pequeno acarretaria na percepção também equivocada que os agentes sempre possuem poder de mercado.

Os autores normalmente atribuem percentual de aumento entre 5% e 10%¹⁰. Apesar de ser um dado arbitrário é baseado em estudos realizados pelo Departamento de Justiça Norte Americano, que comprovaram sua eficácia a partir de situações reais analisadas.

4.2.2.2 A Dimensão do Produto

Para a aplicação do método definido para a identificação do poder de mercado, deve-se ficar atento para algumas considerações acerca dos conceitos de substitutos da demanda e da oferta.

A) Elasticidade da demanda e da oferta

¹⁰ STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. 3.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 234 e SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial as estruturas**. 2.ed. Sap Paulo: Malheiros, 2002, p. 100.

A delimitação de um mercado relevante depende primeiramente do conceito econômico de elasticidade, que mensura o quanto a demanda ou a oferta respondem substancialmente as variações de preços. Quanto mais baixos os níveis de elasticidade, maior a capacidade da empresa detentora de poder de monopólio de manipular o mercado.

Posner¹¹ (1976, citado Possas, 2008, p. 4), afirma a importância do estudo das elasticidades, em especial a elasticidade da demanda, para a aplicação da legislação antitruste:

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

Ocorre que as verdadeiras medidas das elasticidades da demanda e da oferta dependem também de outros fatores econômicos, em especial da capacidade de substituição.

B) Substitutos da demanda

Para uma análise da existência de poder de mercado é necessário um estudo, com projeções confiáveis, dos reais efeitos de um aumento de preços impostos pelo detentor de poder de mercado. No presente tópico levantam-se algumas situações que limitam a capacidade de influenciar no preço do bem em estudo, em decorrência da possibilidade de substituição por outro bem que possa satisfazer à mesma necessidade humana.

A capacidade de substituição do bem ou serviço em estudo é fundamental para o estudo da presença ou não de poder de mercado e para observar a maneira como pode ser exercido. A substituição está intimamente ligada à questão da

¹¹ POSNER, R. *Antitrust law. An Economic Perspective*. University of Chicago Press, 1976, p.126.

utilidade e da qualidade que o consumidor atribui ao produto. O bem ou serviço só será substituído no caso de um equilíbrio entre o seu preço e a sua qualidade. O consumidor só estará disposto a trocar o produto por um de qualidade inferior caso o preço a ele atribuído seja compensatório. Para ser substituído, o produto deve possuir um preço correspondente com a utilidade atribuído a ele pelo consumidor.

Os consumidores possuem uma renda limitada, por esta razão fazem escolhas acerca de quais bens e serviços devem adquirir. Dentre as mercadorias à disposição e de acordo com suas necessidades, os consumidores exercem suas preferências, e escolhem as mercadorias que melhor as satisfazem. Pindyck e Rubinfeld (2005, p. 62) afirmam, “Diante de suas preferências e da limitação de renda, os consumidores adquirirão as combinações de mercadorias que maximizam sua satisfação. Essas combinações dependerão dos preços dos vários bens e serviços disponíveis.”

Muitas vezes uma empresa pode deter um grande poder de influência em determinada mercadoria ou serviço, porém não ter capacidade de alterar o seu respectivo nível de preços no mercado. Isso ocorre pelo fato da existência de um substituto, e significa que um aumento arbitrário de preços pode significar uma substituição por outros bens ou serviços, que supram as suas necessidades de forma total ou parcial. Exemplo disso ocorreu no caso do julgamento do poder de mercado da Du Pont, citado por Stiglitz e Wash (2003, p. 234):

No início dos anos 50, o celofane Du Pont tinha praticamente o monopólio do papel para embalagem transparente. Em 1956, a companhia conseguiu se livrar de todas as acusações de monopólio ao alegar que esse mercado era parte de um mercado maior de “materiais para embalagens”. Argumentou que o papel *kraft* era um bom substituto do celofane, ainda que não fosse perfeito, e nesse mercado mais amplo a participação da Du Pont não era grande (aproximadamente 18%).

Em alguns setores a questão da substituição é bastante simples, pois existem poucos ou nenhum bem substituto. Em contra partida, em determinados segmentos existem diversas opções de bens que seriam capazes de satisfazer, mesmo que parcialmente, as necessidades do consumidor. Por esse motivo à questão da capacidade de substituição entre produtos, ou serviços, deve ser cuidadosamente observada.

Os bens substitutos são de grande importância para o estudo do poder de mercado. Eles são fundamentais para determinar a verdadeira capacidade de influência de um ofertante no mercado, e isso vai variar conforme o grau de substituição dos bens do segmento em estudo.

As Ciências Econômicas possuem ferramentas como a econometria, que tem a capacidade de medir a provável reação dos consumidores no caso de um aumento de preços, tanto para o bem em questão como para os prováveis substitutos. Para tanto, utiliza-se de dados coletados no passado, gerando uma série histórica, e medindo a capacidade de substituição do bem em estudo ao longo do tempo. Sem adentrar em detalhes da questão econométrica, foram estabelecidos alguns critérios determinantes para a capacidade de substituição do bem.

Primeiramente, leva-se em conta que os compradores trabalham com a hipótese de substituição do bem no caso de um aumento de preço significativo ou na alteração de outras variáveis competitivas (qualidade, promoções, logística, etc).

Analisando econometricamente a forma como o mercado reagiu a uma variação de preço no passado, e verificando a existência de um movimento paralelo entre bens similares, teremos fundamentos para presumir que os consumidores não vêem os bens como substitutos. Em contra partida, se um aumento de preço de um bem acarretar uma variação positiva de consumo de outro bem similar, existirão dados confiáveis para afirmar que os bens são vistos como substitutos pelo mercado.

C) O montante a ser incluído na substituição da demanda

Essa questão é a mais complicada das apresentadas, visa atribuir um grau de substituição para os produtos estudados, ou seja, em que grau o bem substituto será capaz de satisfazer a necessidade humana aberta pelo produto substituído.

Conforme Salomão (2002, p. 103) via de regra na substituição da demanda se trabalha com a capacidade total de substituição, o volume inteiro de vendas do produto substituído deve ser incluído. Com efeito, não existiriam limites para a expansão de demanda na direção do produto substituído.

Como já se afirmou a questão da possibilidade e forma como ocorre à substituição dos bens é algo muito peculiar a cada segmento do mercado. Existem setores onde a possibilidade de substituição é enorme, e outros onde ela é muito

complicada e restrita. O modelo apresentado traça linhas gerais e genéricas com o objetivo de abranger a maior gama de situações possíveis, porém deve-se lembrar que algumas situações específicas fogem a regra geral e uma análise correta será dependente de um estudo econômico consistente.

D) Substitutos da Oferta

A questão que move os substitutos do lado da oferta está menos sujeita as particularidades dos agentes e possui um critério mais objetivo para sua determinação: é a eterna busca dos produtores por maiores lucros.

Os movimentos e as iniciativas de substituição do lado da oferta só serão tomados se resultarem num montante de lucro proporcionalmente compensatório. Porém, assim como na demanda a substituição do lado da oferta possui uma série de determinantes que não são explícitos, a análise do mercado relevante nesse ponto deve ser cuidadosa.

No contexto apresentado, dois fatores serão fundamentais: a capacidade ociosa (ou excesso de capacidade instalada) e a possibilidade e rapidez de expansão dos competidores. Esses aspectos são relevantes do ponto de vista interno dos concorrentes que já estão operando no mercado. Assim também aponta Possas (2008, p. 7):

Ademais, se a capacidade produtiva instalada for utilizável de forma suficientemente ágil na produção desses produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial suficientemente elástica dos mesmos, ela deve ser computada no cálculo da oferta e na delimitação dos participantes do mercado relevante – inclusive a eventual capacidade ociosa das empresas que já atuam no mercado em questão.

Do ponto de vista externo, deve-se levar em conta a possibilidade de ocorrência de um influxo de produção externa, oriunda de outros mercados geográficos (importação). Esse influxo ocorre pela atração resultante de um aumento de preços que justifique os maiores custos de transporte e distribuição.

Nessa linha de raciocínio, para determinar a substituição dos produtos ofertados deve-se observar a capacidade ociosa e de ampliação do segmento em estudo. Numa eterna busca por uma fatia maior de mercado, as empresas de um

mercado concentrado tendem a operar com uma capacidade ociosa significativa.¹² Com isso, existindo qualquer problema com um concorrente, o ofertante tem a capacidade de absorver a parcela de mercado deixada em aberto, colocando a capacidade ociosa em funcionamento, e aumentando rapidamente a sua quantidade ofertada. Pode-se considerar que a primeira possibilidade de substituição da oferta se dá pelos próprios concorrentes, através da utilização da sua capacidade ociosa. Portanto, a capacidade ociosa deve ser integralmente considerada para a definição do mercado relevante, dado que os produtores sempre estão prontos para colocá-la em atividade, e assim ampliando a sua participação no mercado.

Outra questão relevante é a capacidade de ampliação. Se o concorrente apesar de não trabalhar com uma capacidade ociosa elevada, possuir uma forma rápida e eficaz de ampliar a sua produção estará numa situação de vantagem na substituição da oferta, frente aos outros produtores. A capacidade de ampliação deve ser levada em consideração para a determinação do mercado relevante, pois é uma determinante na capacidade de substituir a oferta de um outro concorrente.

Alguns setores da economia são muito próximos entre si, isso possibilita que uma determinada linha de produção possa ser redirecionada para outra em busca de lucros maiores, de forma rápida e eficaz. Exemplo: uma gráfica especializada na impressão de livros de literatura pode facilmente e com baixo custo, redirecionar sua produção para a impressão de apostilas preparatórias para concursos públicos, caso essa atividade seja economicamente mais lucrativa.

A questão da forma como esse redirecionamento é operacionalizado, e o grau a ser considerado no mercado relevante, é questão controversa na doutrina. Alguns entendem que a empresa estaria disposta a abrir mão de todo o seu mercado originário na busca por maiores de lucros, outros acreditam que o redirecionamento seria apenas parcial. A questão é bastante complexa, e ainda não se encontra pacificada, o apego das empresas por mercados já conquistados, os custos de redirecionamento e as barreiras à entrada são pontos fundamentais para a compreensão da questão.

¹² Essa capacidade ociosa é intencional e não decorrente de um problema de demanda do mercado, por esta característica é definida pela doutrina como capacidade ociosa desejada.

Adota-se a posição de que a capacidade produtiva dos fabricantes que pode ser redirecionada não deve ser incluída no mercado relevante. Neste caso, deve-se analisar apenas a possibilidade de entrada, e qual a disposição dos agentes em redirecionar a sua produção, observado a resposta do mercado a esses fatos.

Outro ponto importante é possibilidade de entrada de novos ofertantes. Nem sempre é possível ou economicamente viável, em razão das barreiras à entrada¹³. Neste aspecto cabe observar se essas barreiras são capazes de afastar os investidores ou não. Isso vai depender muito da capacidade de investimento do interessado, se por detrás dele existir um “pool de investimento” as barreiras podem não ser suficientes para impedir a entrada de um novo concorrente.

E) O montante a ser substituído na oferta

Na questão ligada à possibilidade da entrada de novos concorrentes, devemos ficar atento a questões como: 1) a capacidade ociosa das empresas em operação; 2) possibilidade de redirecionamento de produtos para o mercado internacional; 3) capacidade de ampliação da produção.

Essas variáveis são fundamentais para compreender as atitudes e ações dos produtores, para preencher uma possível parcela de mercado que surgir, bem como as suas estratégias para retirar uma parcela de outro concorrente.

Exemplo: No caso de uma capacidade ociosa elevada o produtor poderá atender de plano uma nova gama de consumidores. Se a capacidade de ampliação for satisfatória, o produtor poderá ampliar sua produção de maneira mais rápida do que os demais.

4.2.2.3 A Dimensão Geográfica

A dimensão geográfica do mercado relevante é, ordinariamente, questão ligada aos custos de transporte e distribuição. Para determinar o mercado relevante geograficamente, devemos delimitar quais os ofertantes tem a capacidade de oferecer seus produtos de forma competitiva em determinada região específica.

¹³ Que constituem uma importante falha de mercado e foi abordada em tópicos próprio.

Para que o preço operado pelo produtor seja competitivo ele deve ter uma boa estrutura de transporte e distribuição, que permita oferecer o produto de uma forma a conquistar uma parcela do mercado em estudo. Caso o produto não possa chegar ao consumidor, com um preço que permita uma participação do mercado, não existe sentido em englobá-lo no mercado relevante.

Além da questão dos custos de transporte e de distribuição podemos incorporar mais uma variável importantíssima para a definição geográfica do mercado: a tributação. A questão tributária é de fundamental importância, pois sua incidência ou não pode alterar significativamente os preços operados. Desta forma, os limites geográficos do mercado podem variar não apenas pela distância entre consumidor ou produtor e pelos custos de transporte e distribuição que eles acarretam, mas também pelos tributos incidentes na região, estado ou município em estudo.

Exemplo: estados brasileiros que possuem uma tributação diferenciada podem ofertar produtos com preços competitivos em todo território nacional; ou a alíquota do IPI pode ser capaz de determinar se o produto importado deve ou não fazer parte do mercado relevante.

Segue um exemplo da delimitação da dimensão geográfica a ser considerada no julgamento pelo CADE, do ato de concentração n.º 08012.009166/2004-04, que versa sobre o serviço de concretagem:

ATO DE CONCENTRAÇÃO n.º 08012.009166/2004-04

Requerentes: Supermix Concreto S/A e Holcim (Brasil) S/A.

Advogados: José Inácio Gonzaga Franceschini, Custódio da Piedade U. Miranda, Marcus Vinicius Gonçalves Canedo, Fernando Antonio Albino de Oliveira, Pedro Sérgio Costa Zanotta, Rabih Nasser e outros.

Relator: Conselheiro **Luiz Carlos Delorme Prado**

(...)

IV - Do Mercado Relevante.

Os produtos ofertados pelas requerentes são os seguintes:

Produtos	Grupo Votorantim	Negócio Adquirido
Cimento	X	
Brita	X	
Areia		
Serviços de concretagem	X	X

Fonte: Requerentes - Elaboração: SEAE/MF

Considerando as informações contidas no quadro acima, a operação acarretará em sobreposição horizontal nos serviços de concretagem. Ainda, observo a ocorrência de relação vertical entre as empresas na medida em que o Grupo Votorantim, que possui participação de 25%, através da Cia. Portland Itaú, na Supermix, produz também cimento e brita, insumos utilizados na fabricação de concreto.

Uma vez que o tempo de endurecimento do concreto (que se inicia em cerca de 2 horas) limita a região de atuação das empresas produtoras de concreto a um raio de 25 a 50 quilômetros e de acordo com definições já utilizadas em Atos de Concentração anteriores envolvendo este mercado, considero os limites municipais para a dimensão geográfica do mercado relevante de serviços de concretagem.

No mercado definido verifico que somente ocorrerá concentração horizontal nos municípios de Apucarana (PR), Caxias do Sul (RS) e Porto Alegre (RS), enquanto nos demais ocorrerão apenas substituições de agentes econômicos.

A dimensão geográfica é talvez o ponto mais controverso na doutrina, dada a dificuldade de mensuração de qual o montante de produção que deve ser incluído no mercado relevante. Esse problema deriva de outras situações já abordadas, como as preferências dos consumidores e a forma como cada consumidor substitui sua demanda em decorrência de uma variação de preço.

A) Mercado relevante interno

No tocante ao mercado interno cabe fazer algumas considerações. Se existe no mercado geográfico em estudo vendas significativas de produtos provenientes de outras regiões, conclui-se que o mercado geográfico relevante deve incluir a totalidade da produção dessas regiões. Essa conclusão é proveniente do fato de que se a empresa tem a capacidade de participar de forma competitiva do mercado em estudo, terá a capacidade de reverter toda a sua produção no caso de um aumento de preço naquela região. Porém, essa presunção não é absoluta.

Segundo Calixto Salomão (2002, p. 116), podem existir situações específicas onde os produtores locais não conseguem suprir a demanda da região. Nessa situação particular a inclusão de todo o volume produzido na região exportadora pode ser enganosa. Num caso de aumento da produção local os demais produtores de outras regiões estariam fora do mercado.

Outras possibilidades existem. Pode ocorrer que o concorrente de outra região faça discriminação de preço, trabalhando com preços distintos nas diversas regiões onde opera. A possibilidade de discriminação de preço já configura a

existência de um poder de mercado, caso a diferença de preço nas distintas localidades não corresponder a custos adicionais. Na presente situação o produtor pode possuir poder de mercado na região de origem ou em outra região onde atua, e se valer disso para discriminar preços com o objetivo de ampliar sua participação no mercado.

Neste caso a análise do mercado relevante para a observância da existência do poder de mercado estaria comprometida, pois uma das suas formas de manifestação (discriminação de preço) já estaria presente.

B) Mercado relevante externo

No caso do mercado interno parte-se do pressuposto da possibilidade de reversão total da produção para outra região mais lucrativa. Esse tipo de pressuposto não pode ser aplicado no caso do mercado internacional, dada as peculiaridades a seguir expostas.

Primeiramente está presente a já apresentada questão do apego dos produtores por seu mercado de origem. A questão fica muito mais evidente no âmbito internacional. Segundo Calixto Salomão (2002, p. 119), seria uma atitude irracional do produtor abandonar totalmente seu mercado de origem, para atender um mercado estrangeiro, principalmente quando sabe que pode ficar sujeito às incertezas decorrentes das mudanças da conjuntura internacional.

Fernando Rezende (2006, p. 43) afirma que cada Estado possui uma diretriz econômica distinta, gozando de soberania para alterá-las de acordo com a vontade política dos governantes. A estrutura macroeconômica de cada Estado influencia de maneira significativa à possibilidade de entrada de concorrentes estrangeiros e conseqüentemente na determinação do mercado relevante.¹⁴ Como exemplo pode-se citar a questão do câmbio¹⁵ e da tributação sobre produtos importados: ambas as

¹⁴ Fernando Rezende afirma que, as políticas macroeconômicas constituem instrumentos indiretos de intervenção do estado, interferindo no sistema produtivo e nas escolhas dos agentes econômicos. Dentre elas podemos citar a política fiscal, política monetária, política cambial e outras medidas. REZENDE, Fernando. *Finanças Públicas*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 43.

¹⁵ A questão do câmbio é abordada por Paula Forgioni: "(vi) Taxa de câmbio praticada pelos países, que inviabiliza a importação de produtos estrangeiros a preços competitivos." FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do Direito antitruste*. 2.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 241.

variáveis são de fundamental importância para a determinação da possibilidade ou não da entrada de um produto estrangeiro de maneira competitiva.

Continuando no exemplo do câmbio. Uma valorização da moeda local, frente ao dólar, pode alterar totalmente o mercado relevante de um determinado produto. Com um câmbio valorizado, muitos produtos internacionais ganham competitividade no mercado interno, podendo se tornar um substituto economicamente viável para um bem produzido internamente.

Além disso, existe a possibilidade de se estabelecer restrições à importação e exportação. Novamente isso poderia ter reflexos econômicos significativos, alterando o mercado relevante.

Não se vislumbra na prática uma atuação estática, por parte dos países que são invadidos por uma quantidade enorme de produtos importados. A atuação normal e legítima do Estado é proteger a indústria nacional, não permitindo uma competição desleal por parte de agentes estrangeiros. Dessa forma, o Estado sofre pressões dos agentes particulares ou de Estados estrangeiros, para facilitar ou dificultar a entrada de determinado produto, variando conforme os interesses envolvidos.

A pressão do particular tende a ser proporcional ao poder de mercado que ele possui. Quanto maior o poder de mercado da empresa, maior tende a ser sua capacidade de influência nas decisões políticas, derivada das grandes somas envolvidas num mercado concentrado. Essas empresas são as maiores pagadoras de impostos, as maiores empregadoras e algumas delas são fundamentais para o superávit primário; por estas razões tem poder de barganha para colocar seus interesses em discussão. Assim, tem a capacidade de influenciar nas variáveis da política econômica que determinam a capacidade de entrada de produtos estrangeiros.

Dentro desse cenário e da cultura conservadora e protecionista de alguns Estados, torna-se inviável a possibilidade de considerar o mercado relevante internacional em sua totalidade. A competição internacional deve ser levada em consideração no mercado relevante, até porque derivada de uma determinação legal (art. 58, §1º, da Lei n. 8.884), porém não é razoável considerar uma entrada ilimitada e irrestrita de produtos internacionais.

Não podendo excluir toda a produção dos países exportadores estrangeiros, e não sendo racional a previsão de uma entrada ilimitada de produtos, resta determinar um nível de importações para a delimitação do mercado relevante. Segundo Calixto Salomão Filho (2002, p. 121) têm-se duas alternativas: considerar apenas o nível atual de exportações ou, definir certo nível de aumento. O autor entende que ambas as alternativas são arbitrárias e imprecisas, porém tendo que optar por uma delas, deve-se escolher a que corresponde de forma mais adequada a realidade.

A proposta apresentada é presumir um aumento das importações exatamente na mesma proporção de que vinha ocorrendo até então, em função de aumentos de preços anteriores. (SALOMÃO, 2002, p. 121) A determinação do aumento de preços deve ser conservadora, dentro dos parâmetros e das restrições políticas e conjunturais do mercado internacional. Desta forma evitamos qualquer posição extrema, seja ela de fechamento total ou de liberdade total de entrada, tendendo para uma presunção de evolução constante do nível de importações para a determinação do mercado relevante.

A importância das importações também é levantada pela Portaria conjunta (SEAE/SDE, 2001), abordando também a questão da reposição das importações ao aumento de preço hipotético.

40. Importações. As importações e a possibilidade de importar são fatores que inibem o exercício do poder de mercado. 11 Quanto maior for a participação das importações e/ou a possibilidade de importar, menor será a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido. Note-se que um volume reduzido de importações não basta para se considerar provável o exercício do poder de mercado. Adicionalmente, deve-se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis, em resposta a um "pequeno, mas significativo e não transitório" aumento de preço.

Delimitado o montante das importações que devem ser considerados para a determinação do mercado relevante, resta tratar dos casos de integração comercial, que alteram significativamente o método apresentado.

B.1) Mercado comum

O mercado comum altera as restrições a entrada de produtos abordada anteriormente. Um dos objetivos dessa liberdade comercial é a adequação das políticas econômicas dos países membros, visando uma maior liberdade de circulação de mercadorias. Quanto mais convergentes as políticas econômicas, maior a facilidade de circulação e menores serão as barreiras à entrada de produtos estrangeiros.

A análise da influência do mercado comum na delimitação do mercado relevante depende de uma observação casuística. O tamanho do mercado a ser considerado irá depender do grau de integração do mercado comum, e do segmento em estudo. Tendo como exemplo o Mercosul, que se encontra num estágio de união aduaneira imperfeita. A liberdade de circulação de mercadorias dentro do referido bloco varia conforme o segmento econômico em estudo, em razão das políticas independentes de cada país.

Num outro extremo, temos a União Européia, onde a liberdade de circulação é mais evidente e via de regra independente de segmento. Neste caso o mercado relevante deve ser mais abrangente, em razão da pouca ou nula restrição à entrada de produtos provenientes de outros países membros.

O mercado comum realmente influencia de forma significativa na abrangência do mercado relevante. Porém, irá depender do grau de integração dos países membros e da convergência das políticas econômicas. Portanto, a análise deve ser feita casuisticamente, principalmente levando em consideração o caso brasileiro do Mercosul, onde a capacidade de circulação é distinta em cada segmento econômico.

4.3 A FALTA DE PADRÃO NAS DECISÕES DO CADE

Além dos já citados problemas teórico para a aplicação da legislação antitruste brasileira existe outro entrave prático para a efetividade do sistema: a falta de isonomia nas decisões do CADE, que vem tratando situações semelhantes de forma diversa.

Uma instituição criada para cumprir um importante papel na realidade econômica brasileira deve ter padrões técnicos claros em suas decisões, inclusive para garantir segurança nas relações econômicas. Infelizmente isso não vem ocorrendo.

A falta de rigor técnico na apreciação dos atos de concentração é fruto justamente dos entraves econômicos anteriormente abordados, principalmente das justificativas para aprovação dos atos de concentração. Elas garantem certa “abertura” aos conselheiros membros do CADE, possibilitando a modificação das decisões para enquadrá-las a interesses diversos do legalmente previstos.

Tanto do ponto de vista econômico como do jurídico tal comportamento é totalmente condenável, pois gera um ambiente de instabilidade e fere o princípio constitucional da isonomia. Se existe controle sobre a concorrência ele deve ser global e uniforme, caso contrário a regulação se torna um entrave para o desenvolvimento econômico.

As decisões sobre os atos de concentração devem ser tomadas num contexto temporal, levando em consideração os aspectos econômicos do momento, mas isso não pode significar uma “carta-branca” para decisões ilegais. Por exemplo: num ambiente de crise econômica as decisões devem ser ponderadas, sendo permitido certo grau de flexibilidade, mas sempre dentro dos parâmetros legais, não sendo possível se utilizar desse argumento para decisões que não guardam qualquer relação com os valores que o Sistema Brasileiro de Proteção de Concorrência visa proteger.

Ou seja, se existem regras para as concentrações econômicas elas devem ser respeitadas por todos os agentes econômicos, inclusive os públicos, e de forma isonômica. Caso contrário, o sistema não gozará de nenhuma efetividade e credibilidade.

4.4 COMENTÁRIOS DE CASOS QUE APONTAM PARA UMA FALTA DE PADRÃO E RIGOR TÉCNICO NAS DECISÕES DO CADE.

No decorrer dos últimos anos as restrições aos atos de concentração vêm se consolidando como uma medida extrema, apenas para situações em que a ofensa a concorrência é notória e os efeitos econômicos extremamente nocivos.

Essa posição parece estar em conformidade com o ordenamento jurídico, pois em condições normais o livre mercado garante um razoável equilíbrio às relações econômicas. Porém, diante dos citados casos extremos, a sua atuação deveria ser incisiva, eficaz e seguindo um padrão técnico para garantir a proteção dos valores econômicos e legais abordados.

Ocorre que isso não vem acontecendo, muitas decisões do CADE não observam um padrão técnico definido, como será abordado a seguir.

4.4.1 Comparativo entre o caso Ambev e Nestlé-Garoto: resultados diversos para situações semelhantes

Para ilustrar a falta de padrão técnico nas decisões do CADE basta um rápido comparativo entre dois importantes casos da economia brasileira dos últimos anos: AmBev (2000)¹⁶ e Nestlé – Garoto (2002).¹⁷

No caso Ambev o entendimento foi de que os ganhos de eficiência eram suficientes para compensar os potenciais efeitos anticompetitivos do ato de concentração que uniu as cervejarias Brahma e Antártica (detentoras das marcas, Antartica, Bavaria, Brahma e Skol) apesar de manifestamente representar a detenção de mais de 70% do mercado relevante de cerveja pela nova empresa criada (Ambev), conforme os dados constantes nas tabelas a seguir:

TABELA 3 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (RS, SC E PR)

Empresa	Participação de Mercado (em %)
Antarctica	23,8%
Brahma	19,1%
Skol	22,2%
AmBev	65,1%
Kaiser	21,4%
Schincariol	5,8 %
Outros	7,7 %

FONTE: CADE, 2000.

¹⁶ Ato de concentração nº. 08012.005846/99-12.

¹⁷ Ato de concentração nº. 08012.001697/2002-89.

TABELA 4 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (SP, RJ, MG, ES, GO E DF)

Empresa	Participação de Mercado (em %)
Antarctica	21,7%
Brahma	23,8%
Skol	28,3%
AmBev	73,8%
Kaiser	14,3%
Outros	11,9%

FONTE: CADE, 2000.

TABELA 5 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (MT E MS)

Empresa	Participação de Mercado (em %)
Antarctica	19,6%
Brahma	19,1%
Skol	37,0%
AmBev	75,7%
Kaiser	13,3%
Outros	11%

FONTE: CADE, 2000.

TABELA 6 - PARTICIPAÇÃO EM VOLUME DAS EMPRESAS NO MERCADO (AM, AC, RO E RR)

Empresa	Participação de Mercado (em %)
Antarctica	73,4%
Brahma	18,4%
AmBev	91,8%
Kaiser	8,2%

FONTE: CADE, 2000.

Assim, apesar da discussão acerca dos reais ganhos de eficiência e da notória e preocupante concentração do setor, o ato foi aprovado.

Contudo, era esperada uma atitude mais ativa do CADE no sentido de determinar algumas restrições operacionais para nova empresa, visando o

fortalecimento dos concorrentes da AmBev. Porém o resultado foi outro, como aponta Fernanda G. Cardoso (2007, p. 28):

No entanto, contrariamente às sugestões das secretarias de que deveria ser alienada uma das três grandes marcas do portfólio da AmBev – quais sejam, Brahma, Antártica ou Skol – a determinação final do CADE foi a venda da marca Bavária – que na época detinha 7% do mercado – e a venda de cinco unidades fabris, uma em cada mercado relevante geográfico. O que, conforme argumentaram Farina e Azevedo (2003), não foi suficiente para formar um concorrente à altura da Ambev.

Ou seja, mesmo com os evidentes efeitos de alta concentração econômica do setor, decorrentes da operação e da falta de um concorrente nacional efetivo, o ato foi aprovado e com apenas algumas restrições de efeitos questionáveis.

No caso Nestlé - Garoto a situação foi distinta. Também foram alegados ganhos de eficiência como justificativa para a aprovação do ato, que foram considerados insuficientes pelo CADE.

Apesar do caso em questão existir uma terceira empresa (Kraft, detentora da marca Lacta), que tinha reais condições de fazer frente à Nestlé – Garoto, a operação não foi aprovada, sendo que na decisão ficou determinado que a Garoto só poderia ser comprada por empresa com participação abaixo de 20% do mercado.

TABELA 7 - PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RELEVANTE DAS EMPRESAS

Mercado Relevante	Participação de Mercado da NESTLÉ Antes da Operação	Participação de Mercado da NESTLÉ Após a Operação
Cobertura de Chocolate Sólida	16,3%	88,5%
Cobertura de Chocolate Líquida	72,0%	100,0%
Chocolates de Consumo Imediato	34,0%	63,1%
Tabletes entre 101g a 400g e embalagens multipack	36,9%	52,9%
Tabletes entre 401g a 500g	23,5%	75,9%
Ovos de Páscoa	17,6%	34,2%
Caixas de Bombons	37,3%	66,0%

FONTE: CADE, 2003.

Em linhas gerais não se pode comparar de forma igual os dois casos, pois se tratam de setores econômicos diversos e momentos distintos. Contudo, isso não impede que seja traçado um paralelo entre os dois atos de concentração do ponto de vista das suas conseqüências para a concorrência do mercado em questão e da forma como utilizada a justificativas de eficiência, bem como da respectiva resposta da entidade reguladora.

Neste ponto de vista a contradição é evidente. No caso AmBev a concentração decorrente da operação foi enorme, e o ato foi aprovado sem nem mesmo terem sido tomadas medidas restritivas mais efetivas. Já no caso Nestlé – Garoto, a concentração foi inferior e poderia ter sido contornada com algumas restrições de ordem operacional, além de estar presente um concorrente efetivo (Lacta); porém o ato de concentração não foi aprovado e a operação teve que ser desfeita (decisão administrativa que está sendo discutido judicialmente e ainda não tem uma resposta definitiva).

4.4.2 Resultado da comparação entre os casos

O objetivo da análise comparativa desses dois casos não pretende questionar o mérito das decisões, se foram acertadas ou não, mas apenas apontar uma falta de padrão nas decisões tomadas pelo CADE.

A falta de padrão produz efeitos econômicos negativos, pois confere ao mercado uma sensação de instabilidade, além de comprometer a credibilidade da instituição reguladora. Não é benéfico, do ponto de vista de novos investimentos e rearranjo societário, que os agentes econômicos fiquem sujeitos a regras obscuras ou que os ganhos de eficiência não sejam mesurados de forma isonômica em todos os casos apreciados pela instituição.

A falta de rigor técnico nas decisões do agente regulador acaba gerando um ambiente econômico inseguro, do ponto de vista da concorrência. Como as empresas reguladas não sabem qual a diretriz seguida pelo agente regulador não conseguem maximizar suas ações de ordem concorrencial (aquisições, fusões). Ou seja, apesar de uma das funções da regulação econômica ser justamente a busca por eficiência econômica, a falta de padrão e rigor técnico nas decisões do CADE

acaba contribuindo para tomadas de decisão num ambiente de incertezas, o que ocasiona ineficiência econômica.

Para que o CADE realmente cumpra as atribuições legais suas decisões devem seguir um padrão técnico claro, para garantir que o sistema seja previsível e que os agentes econômicos possam realizar suas atividades de forma eficiente.

4.5 AQUISIÇÃO DE ATIVOS DO GRUPO IPIRANGA PELA BRASKEM, PETROBRÁS E ULTRAPAR.

No ano de 2007 o mercado petroquímico nacional sofreu uma intensa transformação estrutural. Os ativos do Grupo Ipiranga foram adquiridos pelas empresas: Braskem, Petrobrás e Ultrapar, e em razão dos valores envolvidos, a operação foi analisada pelo CADE.¹⁸

Os atos de concentração foram aprovados, com algumas ressalvas, o que representou uma mudança no panorama competitivo do setor petroquímico brasileiro. Antes da aquisição a Ipiranga Química e a Ipiranga Petroquímica eram controladas pelo Grupo Ipiranga. Após a Braskem passou a possuir 60% do capital votante e a Petrobrás 40%. No que se refere à empresa COPESUL (Companhia Petroquímica do Sul), ela passará a ser controlada pela Braskem, e o percentual da Petrobrás na empresa será aumentado.

A operação representou um avanço no poder de mercado das empresas envolvidas, em especial a Petrobrás. A estatal detém participação societária significativa na própria Braskem¹⁹, empresa também envolvida na operação e na em sua principal concorrente no mercado interno a Unipar (União das Indústrias Petroquímicas). Ou seja, a operação autorizada aumentou significativamente o poder de mercado da Petrobrás sobre o setor petroquímico nacional como um todo, sem mencionar o seu monopólio no fornecimento necessário da matéria prima.

¹⁸ Ato de concentração nº 08012.002813/2007-91, nº 08012.014599/2007-16, 08012.002818/2007-14 e 08012.002816/2007-25.

¹⁹ Além disso, no próprio ato de concentração 08012.014599/2007-16, numa reestruturação societária da Braskem, com acréscimo da participação da Petrobras. Assim, apesar do engenhoso processo, o objetivo foi muito simples, a Braskem serviu de instrumento para a Petrobras avançar ainda mais sobre o setor petroquímico nacional.

As ofensas ao ambiente competitivo são ainda maiores em razão de: i) os estudos elaborados pela Secretaria de Acompanhamento Econômico apontaram pela impossibilidade das importações representarem um remédio efetivo para reprimir os possíveis abusos de posição dominante; ii) os altos custos para entrada de novos concorrentes e iii) a já prévia concentração do setor.

Apesar do efetivo favorecimento a concentração econômica e os discutíveis resultados positivos sobre a eficiência do setor, o ato de concentração foi aprovado e apenas com pontuais restrições.

Na questão específica da aquisição da refinaria pertencente ao Grupo Ipiranga pela Petrobras, a concentração econômica decorrente ato de concentração se torna mais evidente. As refinarias em operação são as seguintes:

TABELA 8 – REFINARIAS EM OPERAÇÃO

Refinaria	Localização	Capacidade (mil barris/dia)
REMAN (Petrobras)	Amazonas	45,9
LUBNOR (Petrobras)	Ceará	6,3
RLAM (Petrobras)	Bahia	314,8
REGAP (Petrobras)	Minas Gerais	150,9
REDUC (Petrobras)	Rio de Janeiro	242,1
REVAP (Petrobras)	São Paulo	251,6
RPDM (Manguinhos)	Rio de Janeiro	14
RECAP (Petrobras)	São Paulo	53,5
REPLAN (Petrobras)	São Paulo	364,8
RPCB (Petrobras)	São Paulo	169,8
REPAR (Petrobras)	Paraná	188,7
REFAP (Petrobras)	Rio Grande do Sul	188,7
RPI (Ipiranga)	Rio Grande do Sul	17
UNIVEN	São Paulo	1,5

FONTE: CADE, 2007.

Da tabela exposta apenas as duas últimas refinarias não são de propriedade da estatal brasileira. Assim, após a concretização da operação apenas a refinaria UNIVEN, que possui uma capacidade de refino muito limitada, não é de domínio da Petrobras. Em termos práticos a operação significou a consolidação do Monopólio da Petrobrás no refino do petróleo no Brasil.

Outra consequência da aprovação do ato é que após a operação a Petrobras passou a deter mais de 50% do setor de distribuição de combustíveis, fora os percentuais que possui nas demais empresas que operam no setor ou que participaram da aquisição (Ultra e Braskem).²⁰ No setor de distribuição a Ipiranga detinha 19,6% do mercado e a Petrobrás 32%.

4.5.1 Observações do caso Petrobras

No caso apresentado ficou evidente que o poder de mercado da Petrobras aumentou significativamente, sendo que os ganhos de eficiência decorrentes da operação são questionáveis.

A utilização do motivo preponderante da economia nacional também não é razoável, pois antes mesmo da venda Ipiranga a Petrobrás já detinha amplo poder de mercado no setor, o que garantia ao Estado o controle sobre o setor estratégico. Ou seja, a aquisição da Ipiranga não pode ser fundamentada sob qualquer perspectiva, além de representar um claro favorecimento a uma empresa estatal em detrimento de uma das únicas empresas privadas que detinham condições de refino e boa capacidade de distribuição.

Como já abordado, não se pode discutir a importância do setor petroquímico para a economia nacional, ela é evidente é inquestionável. Ocorre que no caso, numa ponderação de valores, se perdeu muito do ponto de vista da competição por pequenos e discutíveis ganhos de eficiência. Ou seja, a justificativa de eficiência foi utilizada de maneira equivocada, pois ocorreu um grande impacto na concorrência, sem qualquer garantia de que os benefícios seriam repartidos com os consumidores.

Os efeitos concorrências são ainda maiores em decorrência da abrangente área de atuação do grupo Ipiranga, sendo um importante concorrente no setor petroquímico como um todo: refino, distribuição etc. Assim, a operação extravasou o setor relevante para a economia nacional (petroquímico), atingindo também o setor de distribuição.

²⁰ Em razão do desmembramento da aquisição em vários atos de concentração esta parte da operação ainda deve ser aprovada pelo CADE, as demais já foram aprovadas.

Mais uma vez fica evidenciada a falta de parâmetros objetivos nas decisões do CADE. Nenhuma das justificativas legais é adequada como fundamento para a aprovação do ato de concentração em questão, sendo inquestionáveis os efeitos concorrenciais nocivos dele decorrente.

SÍNTESE DO CAPÍTULO

A proteção da concorrência no Brasil tem como ponto central o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), órgão judicante que avalia os comportamentos que de alguma forma possam representar uma ofensa à concorrência. Os comportamentos submetidos ao CADE são de duas ordens: repressivos (infrações econômicas) e preventivos (atos de concentração), sendo o foco do presente trabalho o segundo.

Num segundo momento foi abordado os dois principais entraves econômicos relacionados à aplicação da legislação antitruste: as justificativas para aprovação de atos que possam limitar a livre concorrência e a correta definição do mercado relevante. O objetivo desse ponto foi uma tentativa de explorar os problemas, para que através de um estudo econômico consistente pudessem ser superados, garantindo uma maior efetividade ao sistema de proteção à concorrência.

Além dos dois citados entraves outro problema apresentado é a falta de padrão técnico nas decisões do CADE, como ficou evidenciado pelos casos apresentados.

Foi constatado que apesar de a legislação ser clara nas possibilidades de aprovação dos atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, as justificativas acabam sendo uma “brecha” legal para aprovação de atos cujos benefícios são discutíveis.

As justificativas são instrumentos fundamentais para adequar a legislação à realidade e aos anseios da sociedade, mas não pode servir de suporte para decisões tão diferentes entre si. O uso inadequado das justificativas acaba comprometendo a efetividade da legislação antitruste que depende de segurança e idoneidade da instituição e decisões adequadas, do ponto de vista legal e econômico.

Uma solução razoável seria uma definição clara e objetiva do que é considerado eficiência por parte das entidades reguladoras e das secretarias envolvidas.

5 CONCLUSÃO

A evolução do pensamento econômico aponta para necessidade da intervenção estatal na economia em determinadas situações específicas, onde o mercado é incapaz de se auto-ajustar. Essas situações são evidenciadas pelas falhas de mercado. Dentre todas essas falhas a capacidade de influenciar no preço em operação no mercado foi a primeira a ser constatada pelos economistas e em razão dos efeitos negativos dela decorrentes foi necessária uma resposta estatal incisiva, que culminou no direito antitruste.

O exercício abusivo do poder de mercado gera uma série de problemas ao sistema econômico e ao bem estar da sociedade, como ficou claro no decorrer do trabalho, pois nessas condições fica impossível o mercado alocar de forma eficiente os recursos econômicos. Assim, conclui-se pela necessidade de intervenção do Estado na concorrência, para através da regulação econômica tentar promover um ajustamento na alocação dos recursos.

A regulação da concorrência possui amplo suporte tanto na Constituição pátria como na legislação antitruste, conforme abordado no Capítulo II. A importância do direito para o estudo ficou evidenciada pelo fato das normas jurídicas garantirem os instrumentos de indução e coerção para se alcançar os objetivos que foram economicamente traçados. Ou seja, fica a lição da necessidade do estudo interdisciplinar do tema, apenas assim é possível compreender todos os efeitos regulatórios e garantir efetividade na aplicação da legislação antitruste.

No tocante aos interesses envolvidos na regulação da concorrência, acabaram surgindo mais grupos de interessados do que inicialmente se supunham existir, sendo impossível levantar como único valor relevante à proteção dos consumidores. Além dele devem ser levados em consideração os interesses dos produtores efetivos e potenciais bem como o interesse estatal, que através de políticas públicas pode utilizar a regulação da concorrência como instrumentos de atração de investimentos ou demais conseqüências econômicas desejadas.

A aplicação de toda estrutura de proteção da concorrência apresenta alguns problemas, principalmente relacionados às justificativas econômicas para concentração e pela exata definição do mercado relevante envolvido. Ambas as

noções são amplamente empregadas pela legislação nacional, mas não foram legalmente definidas, cabendo as Ciências Econômicas traçar os contornos e fornecer o suporte teórico que garanta uma solução para esses dois problemas levantados.

Numa perspectiva mais prática, foi constatada uma falta de padrão técnico nas decisões do CADE, em especial em três casos de grande repercussão nacional (AmBev, Garoto-Nestlé e Petrobras-Ipiranga). Essa falta de padrão técnico acabou comprometendo a segurança do sistema, gerando efeitos nocivos do ponto de vista da eficiência econômica.

Ou seja, o Sistema Brasileiro de Proteção a Concorrência possui um marco legal adequado, mas ao mesmo tempo sofre com alguns problemas relativos à aplicação da legislação antitruste, além de muitas vezes proferir decisões que não seguem um padrão técnico definido. Apenas com a superação desses problemas é que o Brasil poderá ter uma proteção à concorrência mais efetiva, garantindo eficiência econômica.

Como exposto no decorrer do trabalho, a atuação do CADE fica restrita aos casos extremos, em que a ofensa a concorrência gera efeitos econômicos globais. Entretanto, mesmo nestes casos a resposta da instituição não tem sido efetiva, gerando certa insegurança e dando margem a discussões judiciais intermináveis. Além disso, as decisões do CADE não tem sido isonômicas, pois trataram de forma distinta situações que geram graus de concentração semelhantes, o que compromete a credibilidade da instituição e a efetividade de suas decisões.

Para que o CADE possa efetivamente cumprir o seu papel legal e econômico, ele deve primar pela clareza e transparência, colaborando para formação de um ambiente onde os agentes econômicos possam realizar suas transações de forma eficiente.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Ed. Celso Bastos, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988, Brasília, DF.

BRASIL. Lei 8.884, de junho de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 de maio de 1994.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, de 17 de agosto de 2001. **Diário Oficial União**, Brasília, DF. 18 ago. de 2001.

CADE. **Ato de concentração nº. 08012.005846/99-12**: AmBev. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6>>. Acesso em: 12/08/2008.

CADE. **Ato de concentração nº. 08012.001697/2002-89**: Nestlé - Garoto. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dad8>>. Acesso em: 10/08/2008.

CADE. **Ato de concentração nº. 08012.014599/2007-16**: Petrobras - Ipiranga. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dad8>>. Acesso em: 12/08/2008.

CARDOSO, Fernanda G. **Análise de eficiências compensatórias**: lições dos casos AmBev e Nestlé-Garoto, setembro de 2007, informações FIPE. Disponível em: <<http://www.fipe.org.br/publicacoes>>. Acesso em: 13/10/08.

CARVALHO, Fernando Cardim de, et al. **Economia Monetária e Financeira: Teoria e Política**, 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder econômico e fenomenologia, seu disciplinamento jurídico**. Editora: Revista dos Tribunais, 1967.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo, Atlas, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do direito antitruste**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIAMBIAGI, Fábio e ALÉM, Ana Cláudia. **Finanças Públicas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

HUNT, E.K. **História do pensamento econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

HUGON, Paul. **História das Doutrinas Econômicas**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1959.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 5. ed. São Paulo: Pearson, 2005.

PINHEIRO C., Armando e SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

POSSAS, Mario L. **Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência**. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br>>. Acesso em: 10/08/2008.

REZENDE, Fernando. **Finanças públicas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. 2. ed. São Paulo, Nova cultural, 1985.

STIGLITZ, Joseph E. e WALSH, Carl E. **Introdução à Microeconomia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.