

FABRÍCIO GONÇALVES BORGES

**ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL:
O ESTUDO DO CASO NESTLÉ-GAROTO**

**Monografia apresentada à disciplina de
Monografia como requisito parcial à
conclusão do Curso de Ciências
Econômicas, Setor de Ciências Sociais
Aplicadas da Universidade Federal do
Paraná.**

**Orientador: Prof. Dr. Walter Tadahiro
Shima**

CURITIBA

2008

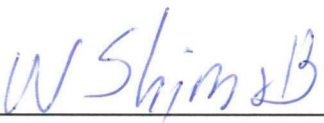
TERMO DE APROVAÇÃO

FABRÍCIO GONÇALVES BORGES

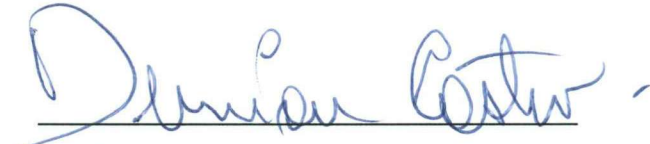
ANÁLISE DOS INSTRUMENTOS DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE NO BRASIL: O ESTUDO DO CASO NESTLÉ-GAROTO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Ciências Econômicas, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

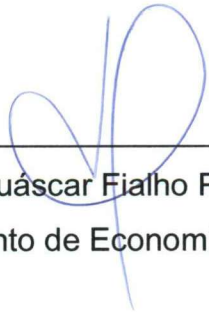
Orientador:



Prof.º Dr. Walter Tadahiro Shima
Departamento de Economia, UFPR



Prof.º Dr. Demian Castro
Departamento de Economia, UFPR



Prof.º Dr. Huáscar Fialho Pessali
Departamento de Economia, UFPR

Curitiba, 11 de novembro de 2008

Aos meus irmãos, Felipe e Fábio.

Aos meus pais, Dalvo e Benedita.
Por toda a dedicação, por quem eu sou e
por tudo o que alcancei.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, saúde, proteção e sabedoria nos momentos difíceis.

Aos meus pais, Dalvo e Benedita, pela orientação, apoio e paciência que tiveram comigo nesses anos dedicados a Faculdade de Economia.

Ao Professor Walter Tadahiro Shima pela orientação dessa monografia, pelo apoio e pelo incentivo na busca constante no aperfeiçoamento e término deste trabalho.

Aos Professores Demian Castro e Huáscar Fialho Pessali, por terem participado da banca examinadora dessa monografia e pelas sugestões feitas a mesma.

Aos Professores que ao longo deste curso proporcionaram o contato com novos temas e solucionaram muitas dúvidas, possibilitando o meu aprendizado sobre economia.

Aos meus colegas, ou melhor dizendo, amigos da Turma D. Agradeço por esses quatro anos de amizade, companherismo e apoio nos momentos difíceis passados durante o curso. Espero de coração que a nossa amizade dure para o resto da vida.

“Se você quer ser bem sucedido, precisa ter dedicação total,
buscar seu último limite e dar o melhor de si mesmo.”

Ayrton Senna

RESUMO

A existência de muitos casos de fusões e aquisições entre grandes empresas nos mercados nacionais, são objetos de análises econômicas pelo fato de ocasionarem grandes prejuízos à concorrência. A partir desse fenômeno o trabalho tem como proposta a análise dos instrumentos de regulação antitruste existentes no Brasil, em relação ao tratamento dado aos atos de concentração econômica que ocorrem nos mercados. Para alcançar esse objetivo foi priorizado a abordagem do comportamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão mais importante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). A preferência por esse órgão se deve ao fato de ele ser responsável pelo julgamento de todos os atos de concentração considerados nocivos aos mercados. Diante do objetivo traçado foi realizada uma revisão bibliográfica sobre o assunto e numa fase posterior foi apresentado um estudo de caso, que foi o caso Nestlé-Garoto. De início foi apresentada uma breve evolução da política antitruste nos EUA, com a intenção de iniciar a discussão teórica do antitruste. A dita evolução compreendeu desde a promulgação da Lei Sherman (em 1890) pelo Congresso estadunidense até a discussão teórica da Escola de Harvard e de Chicago e a proposta neo-schumpeteriana para a defesa da concorrência. A seguir foram apresentados os principais conceitos teóricos existentes e que também são utilizados pelo CADE para a análise dos atos de concentração. Os conceitos de poder de mercado e mercado relevante, assim como o de barreiras à entrada e de eficiência econômica foram apresentados sobre os principais enfoques teóricos. Depois de realizada a revisão teórica, foi realizada a análise da questão antitruste no país. Foi apresentado um breve histórico sobre a defesa da concorrência no país assim como a descrição das principais funções e procedimentos de todos os órgãos que compõe o SBDC. Na última parte tratamos da análise antitruste realizada pelo CADE do caso Nestlé-Garoto. Esse ato de concentração envolvendo essas duas grandes empresas, gerou enorme concentração e prejuízos à concorrência no mercado de chocolates nacional. Na interpretação do CADE os prejuízos gerados à concorrência e por consequência à sociedade seriam muito grandes e inquestionáveis. E esses prejuízos não poderiam ser compensados pelas eficiências geradas pela fusão. A partir desse entendimento o ato foi vetado e a Nestlé foi obrigada a vender a Garoto. A decisão do CADE sobre esse caso de grande relevância demonstrou a necessidade de um estudo sério da questão antitruste. Afinal os efeitos de uma decisão sobre um ato lesivo à concorrência podem ser sentidas por toda a sociedade.

Palavras-Chave: Política Antitruste. Defesa da concorrência. Ato de concentração. Mercado Relevante. Barreiras à Entrada. Eficiências.

ABSTRACT

The existence of many cases of mergers and acquisitions among large companies in national markets, are objects of analysis of the Economic Science because of the possible cause of great damage to competition. From this phenomenon, the work has proposed a review of existing instruments of antitrust regulation in Brazil, compared with the treatment given to acts of economic concentration that occur in the markets. To achieve this goal was prioritized the approach to the conduct of the Administrative Council of Economic Defense (CADE), an agency of the most important Brazilian System of Protection of Competition (SBDC). The preference for that body is due to the fact that he is responsible for prosecution of all acts of concentration considered harmful to markets. In front of the goal mapped out a literature review was conducted on the subject and later was presented a study of an specific case, the case Nestle-Garoto. At first it was presented with a brief evolution of antitrust policy in the U.S., with the intention of starting a discussion of theoretical Antitrust. The actual evolution understood since the enactment of Law Sherman (in 1890) by the U.S. Congress to the theoretical discussion of the School of Harvard and Chicago and neo-Schumpeterian proposal for the protection of competition. The following were presented the main theoretical concepts in existence and are also used by CADE for the analysis of acts of concentration. The concepts of market power and market as well as the barriers to entry and economic efficiency were presented on the main theoretical approaches. After a review conducted theoretically, was presented a review of the antitrust issue in the country. It presented a brief history on the defense of competition in Brazil, as well as a description of the main functions and procedures of all organs that make up the SBDC. In the last part of the deal antitrust analysis conducted by CADE in the case of Nestle-Garoto case. This act of concentration involving these two great companies, has generated enormous concentration and damage competition in the domestic market of chocolates. In CADE's interpretation, the losses generated in competition terms and consequently the society itself would be very large and unquestionable. And those losses could not be offset by the efficiencies generated by the merger. Based on this understanding the act was vetoed and Nestlé was forced to sell Garoto. The decision by CADE on the case of great importance demonstrated the need for a serious study of the antitrust issue. After all the effects of a decision on an act harmful to competition can be felt throughout society.

Key Words: Antitrust Policy. Protection of Competition. Act of concentration. Market Information. Barriers to entry. Efficiencies.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1 – ESQUEMA DO MODELO ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO	...18
--	--------------

LISTA DE SIGLAS

AMBEV – Companhia de Bebidas da América

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CR(4) - Índice de razão de concentração para quatro empresas

CR(8) - Índice de razão de concentração para oito empresas

CIP - Comissão Interministerial de Preços

DPDC - Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor

DPDE - Departamento de Proteção e Defesa Econômica

E-C-D - Estrutura-Conduta-Desempenho

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OI - Organização Industrial

HH - Índice Hirschman-Herfindahl

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE - Secretaria de Direito Econômico

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

TMH - Teste do Monopolista Hipotético

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE	15
2.1 OS PRIMEIROS PASSOS: A CRIAÇÃO DA LEI SHERMAN	15
2.2 A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DE HARVARD	17
2.3 A CRÍTICA DA ESCOLA DE CHICAGO	20
2.4 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DEBATE ANTITRUSTE	22
2.5 O ENFOQUE NEO-SCHUMPETERIANO	23
2.5.1 As críticas ao modelo tradicional	23
2.5.2 A concorrência do ponto de vista neo-schumpeteriano	26
3 PRINCIPAIS CONCEITOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE	28
3.1 MERCADO RELEVANTE E PODER DE MERCADO	28
3.1.1 Definição de mercado relevante	29
3.1.2 Elasticidade da oferta e da demanda	30
3.1.3 O conceito de poder de mercado na conceituação de mercado relevante	32
3.2 BARREIRAS À ENTRADA	34
3.3 DISTINÇÃO ENTRE OFERTANTES E CONCORRENTES POTENCIAIS	37
3.4 MEDIDAS DE CONCENTRAÇÃO	38
3.5 EFICIÊNCIA ECONÔMICA	40
3.6 A REGRA DA RAZOABILIDADE E A REGRA PER SE	42
3.7 ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS	44
4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	46
4.1 O HISTÓRICO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PAÍS	47
4.2 O SBDC E SEUS ÓRGÃOS COMPONENTES	49
4.2.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	49
4.2.2 A Secretaria de Direito Econômico (SDE)	51
4.2.3 A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)	52
4.3 ROTEIRO DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO	52
5 ESTUDO DE CASO: O CASO NESTLÉ-GAROTO	56
5.1 IDENTIFICAÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES	57
5.2 A VERIFICAÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA	58
5.3 A ANÁLISE DA RIVALIDADE COMPETITIVA	62

5.4 A ANÁLISE DAS EFICIÊNCIAS GERADAS PELA FUSÃO	64
5.5 DO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO APRESENTADO PELA NESTLÉ	66
6 CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS	75

1 INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência vem se tornando um instrumento cada vez mais importante de política econômica nas economias capitalistas modernas. A preocupação com atos que prejudicassem de alguma forma o processo de concorrência nos mercados sempre causou preocupação, graças aos seus efeitos nocivos sobre a sociedade. Essa preocupação aumenta e se materializa no primeiro instrumento de defesa da concorrência de grande relevância, que foi a Lei Sherman, elaborada pelo Congresso dos EUA em 1890. A partir desse momento atos que restringissem a concorrência nos mercados seriam passíveis de punição pelo governo dos EUA.

No Brasil a criação de um instrumento efetivo de defesa da concorrência nos mercados surge somente durante a década de 1990, com a promulgação da Lei 8.884/94. A partir desse momento é engendrado um Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), tendo como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) seu principal órgão. O CADE comporta-se como um tribunal, julgando os atos considerados lesivos à concorrência. Atos como fusões e aquisições entre empresas e combinação de preços (cartéis) entre concorrentes, são algumas das condutas que são levadas a julgamento aos membros do CADE.

Os julgamentos dos órgãos de defesa da concorrência (ou antitruste) compreendem o uso de dispositivos legais (jurídicos) para motivarem as suas decisões. Mas o uso desses dispositivos dependem de conceitos econômicos, afinal os atos a serem normatizados são de natureza essencialmente econômica. Como esses atos econômicos são empreendidos pelas firmas, a teoria econômica utilizada (logicamente) foi a teoria microeconômica.

Essa teoria (a microeconômica) está embasada essencialmente no complexo teórico da teoria neoclássica, e apresentou evoluções significativas com o advento da Teoria da Organização Industrial introduzida pela Escola de Harvard. Mas deve-se destacar as importantes críticas da Escola de Chicago, e contribuições teóricas como a teoria dos custos de transação e dos mercados contestáveis, que também foram incluídas na jurisprudências dos órgãos antitruste. Outra crítica importante e que também começa a ser utilizada nos julgamentos das condutas lesivas à concorrência são os conceitos de eficiência dinâmica e eficiência seletiva. Esses dois conceitos são baseados nos aspectos de inovação, que são postulados pelo

enfoque neo-schumpeteriano sobre a dinâmica da concorrência capitalista. Nesse trabalho será apresentada toda essa evolução teórica descrita, assim como os principais conceitos teórico-econômicos utilizados nas análises antitruste.

A importância da compreensão da análise antitruste compreende a motivação da realização desse trabalho. A notoriedade de julgamentos de casos de condutas que prejudicavam a concorrência, como foi o caso da aquisição da Kolynos pela Colgate no mercado de saúde bucal; da fusão entre a Antarctica e Brahma (que gerou a AMBEV) no mercado de bebidas; e a incorporação da Garoto pela Nestlé no mercado de Chocolates, chamaram a atenção para importância da análise antitruste para a ciência econômica no Brasil.

Em todos esses casos, os mercados eram bem concentrados, caracterizados por oligopólios, e os atos geraram um aumento considerável dessa concentração. Mas nos casos Kolynos-Colgate e AMBEV, o CADE acabou aprovando os atos de concentração, com algumas restrições. Desse resultado surge a seguinte indagação: se o objetivo do CADE é defender a concorrência nos mercados, então por que ele aprovou esses atos? A resposta dessa indagação é complexa, mas podemos começar a responder com o argumento de que o objetivo dos órgãos antitrustes não é defender a concorrência, exatamente aos modos concebidos pelo modelo de concorrência perfeita. Afinal tal modelo não é encontrado na realidade econômica das modernas economias capitalistas, onde é comum a presença de enorme concentração industrial e estruturas de mercado semelhantes ao oligopólio e monopólio. O objetivo dos órgãos antitruste está em garantir que a dinâmica concorrencial funcione da maneira mais eficiente possível, gerando bem-estar social, mesmo que em alguns casos parte da concorrência seja suprimida.

É objetivo deste trabalho analisar o comportamento dos instrumentos antitruste disponíveis no Brasil na análise de atos de concentração (fusões e aquisições entre empresas), com especial enfoque nas ações do CADE. Para tal será realizada uma revisão bibliográfica visando apontar os principais conceitos teóricos utilizados nas análises. E também serão apontados os principais procedimentos administrativos e jurídicos utilizados nos julgamentos de atos de concentração. E por último, para concretizar o objetivo do trabalho, será realizada a análise dos aspectos que foram levados em consideração na decisão do CADE sobre o ato de concentração no caso Nestlé - Garoto.

Em relação à organização, o trabalho tem seis capítulos a saber.

O primeiro capítulo corresponde a esta introdução.

No segundo capítulo será apresentada uma evolução teórica da política antitruste, com enfoque nos EUA. Esse enfoque é necessário, pois nesse país surgiu o primeiro sistema de defesa da concorrência, e ainda hoje influi sobre os demais encontrados no mundo, inclusive o brasileiro.

No terceiro capítulo faremos uma revisão teórica, apontando os principais conceitos usualmente utilizados na análise antitruste. Essa discussão teórica é importante para entendermos o funcionamento das análises antitruste, mesmo que muitos conceitos não estejam presentes de forma explícita no estudo de caso que será abordado nesse trabalho.

No quarto capítulo teremos uma referência aos principais procedimentos administrativos e jurídicos utilizados nas análises de atos de concentração pelos órgãos do SBDC.

O quinto capítulo compreende a importante análise do julgamento do caso Nestlé-Garoto realizada pelo CADE, destacando o relatório realizado pelo conselheiro relator do caso.

E por último no sexto capítulo, teremos uma conclusão sobre o que foi assimilado neste trabalho.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA POLÍTICA ANTITRUSTE

Os EUA são os pioneiros em se preocupar com a ação cada vez mais atuante das grandes firmas no âmbito concorrencial. As autoridades desse país temiam que as firmas líderes de mercado através de aquisições, fusões e até acordos tácitos entre concorrentes, prejudicassem a dinâmica concorrencial nos mercados, lesando não somente os demais concorrentes, mas também a sociedade (consumidores) como um todo. A partir do final do século XIX, os chamados trustes, tornaram-se uma preocupação geral das autoridades e pensadores envolvidos no assunto, fazendo com que uma força política contrária se mobilizasse, criando o primeiro instrumento legal de grande importância na área antitruste, o Sherman Act (de 1890).

Para melhor entendimento do assunto que será exposto, este capítulo que compreende a evolução histórica e teórica da política de defesa da concorrência será dividido em cinco partes. A primeira tratará da elaboração da Lei Sherman, apontando as suas principais motivações e críticas à mesma. Na segunda parte teremos a exposição das principais influências da Escola de Harvard sobre a política de defesa da concorrência. Na terceira parte teremos a abordagem das principais críticas realizadas pela Escola de Chicago ao modelo preconizado pela Escola de Harvard. Já na quarta parte serão apresentadas de forma sucinta, outras grandes contribuições teóricas para a discussão antitruste tais como: a teoria dos custos de transação e a dos mercados contestáveis. Na quinta, e última parte, apresentaremos a importante contribuição à discussão teórica sobre a política antitruste, proporcionada pelo enfoque neo-schumpeteriano.

2.1 OS PRIMEIROS PASSOS: A CRIAÇÃO DA LEI SHERMAN

Na aprovação do Sherman Act, que foi realizada com intensa participação popular, se estabelece um compromisso com a economia de livre mercado. Este é fundamentado nos costumes e tradições americanas que se consolidam na direção de punir práticas monopolistas e condenar as restrições ao comércio. (SALGADO, 1997). Casos como o da Standard Oil Trust, na qual a formação de um monopólio era visível, e o número gigantesco de empresas desaparecendo (estima-se que cerca de 1800 firmas desapareceram nesse período) devido ao aumento da

concentração, constituem motivos mais do que suficientes para a criação de um aparato legal que tratasse desse problema. (SALGADO, 1997).

Sobre as verdadeiras motivações da criação da Lei Sherman são apresentadas diversas hipóteses. Existe a hipótese que a motivação do governo ao elaborar essa lei, foi o temor em relação às pressões políticas exercidas pelas grandes corporações. Nessa mesma linha de raciocínio, existia o temor que essas pressões poderiam colocar em risco as instituições democráticas. Outro enfoque entende que a decisão de elaborar a Lei Sherman por parte do governo surge da intenção de promover a igualdade entre os indivíduos e as firmas no processo competitivo. E ainda existia a hipótese que o verdadeiro objetivo do legislador ao elaborar a lei fosse o de não permitir que a renda do consumidor fosse apropriada indevidamente pelo aumento de preços por parte de um produtor que deteria um poder de mercado demasiado grande. (SALGADO, 1997).

Outras leituras levantam a suspeita que a intenção da lei era o de proteger os interesses de grandes fazendeiros, produtores de matérias primas de toda ordem (como, por exemplo, o caso do petróleo), de pequenas e médias empresas, que poderiam ser prejudicadas pela ação dos grandes trustes e cartéis ao ponto de serem extintas. Sobre a real intenção do Sherman Act (1890) nos esclarece Salgado (1997) que:

É muito pobre e conspiratória a leitura que vê um programa claro, definido a partir de interesses de grupos específicos, na criação da Sherman Act em 1890. Parece mais razoável supor que a lei respondeu a um temor difuso com relação à concentração do poder econômico, fato inaceitável dentro do conjunto de crenças e valores norte-americanos. (SALGADO, 1997, p. 15).

Em relação à legislação antitruste em si, existem muitas críticas. Areeda¹ (1981, apud Salgado, 1997) é um dos primeiros a utilizar uma interpretação econômica mais desenvolvida para efetuar suas críticas à legislação antitruste. Esse autor argumenta que os mercados são competitivos onde não há concentração nas mãos de poucos e permita oportunidades para produtores e consumidores. Mesmo assim os tribunais não tendem a priorizar as suas ações com base nesse entendimento descrito por Areeda (1981), pois seria muito dispendioso manter a dispersão das riquezas e empresas pequenas em nome da competitividade e

¹ AREEDA, Phillip. **Antitrust Analysis – Problems, Text, Cases**. Little, Brown and Company, 1981.

também por não haver um critério legal apropriado para julgar essas decisões. (SALGADO, 1997).

Outro autor que também critica a legislação antitruste, mas abordando outros aspectos é Bork² (1978, apud Salgado, 1997). Segundo esse autor os pressupostos básicos da legislação antitruste estão em conflito consigo mesma, pois há doutrinas que aprovam a concorrência e em contrapartida há outras que suprimem a concorrência. A Suprema Corte e o Judiciário, segundo a perspectiva elaborada por Bork (1978), estariam mais preocupados em restringir o tamanho da firma do que com a eficiência que esse poderia gerar ao mercado. Deveria haver mais enfoque ao conceito de eficiência econômica. Essa eficiência beneficiaria os consumidores, independentemente se promovida por uma empresa monopolista ou competitiva. (SALGADO, 1997).

2.2 A INFLUÊNCIA DA ESCOLA DE HARVARD

A legislação antitruste nos EUA criada pelo Sherman Act (1890) já estava consolidada, e também já possuía uma jurisprudência desenvolvida, o que a tornava um importante instrumento de política econômica nesse país. Mas ela ainda não contava com o apoio de uma teoria econômica organizada e consolidada para permear as análises de condutas lesivas à concorrência, a serem realizadas pelos órgãos competentes. A política antitruste estadunidense teve pela primeira vez uma corrente econômica que desse embasamento a suas ações durante as décadas de 50 e 60, por economistas da conhecida “Escola de Harvard”. (SALGADO, 1997).

Essa escola é responsável pelo uso de conceitos como barreiras à entrada e estrutura-conduta-desempenho, na análise antitruste em consonância com o desenvolvimento das teorias em organização industrial. Mas o conceito mais importante foi o de estrutura-conduta-desempenho (E-C-D) elaborado pela Escola de Harvard. Esse modelo é resultado de uma série de trabalhos como o de Joe Bain (1956), Carl Kaysen e Donald Turner (1959) e principalmente Edward S. e Mason (1939 e 1949). (SALGADO, 1997).

O Modelo estrutura-conduta-desempenho se encontra descrito em forma de esquema na figura abaixo:

² BORK, Robert. **The Antitrust Paradox – A Policy in War with Itself**. University of Chicago Press, 1978.

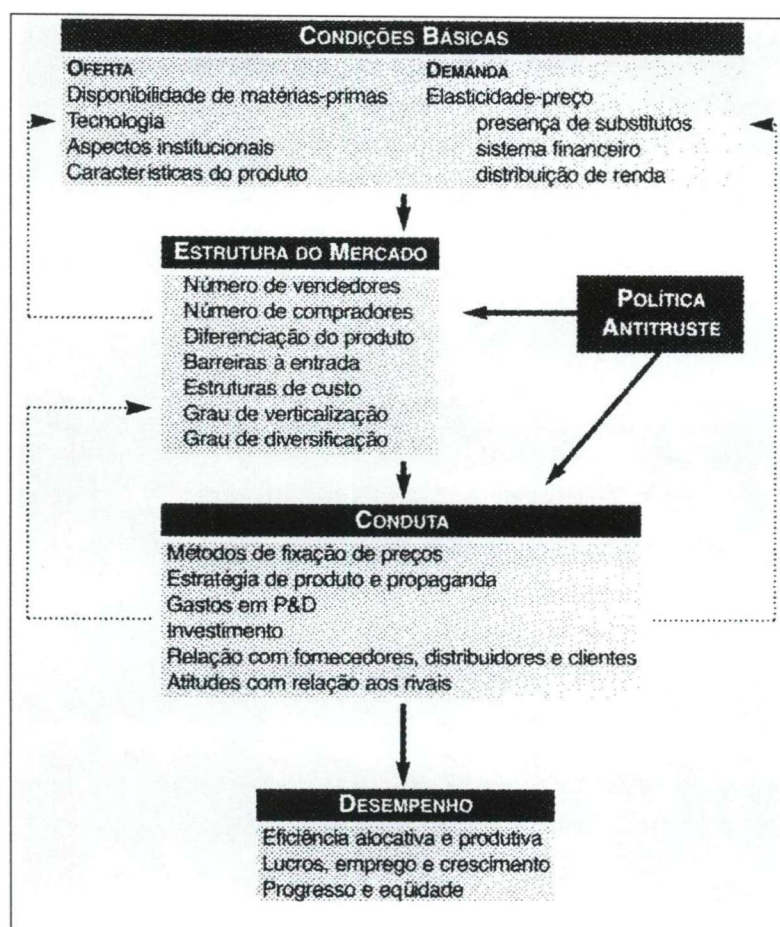


Figura 1 – Esquema do Modelo Estrutura-Condução-Desempenho (Segundo Salgado, p. 29, 1997)

Esse modelo concebe que **condições básicas de oferta** (tais como disponibilidade de matérias prima, tecnologia, aspectos institucionais e características do produto) e **condições de demanda** (tais como elasticidade preço, elasticidade de produtos substitutos, sistema financeiro e distribuição de renda) afetam a **estrutura de mercado**. Esta pode ser caracterizada por elementos como o número e tamanho das empresas e barreiras à entrada. A estrutura por sua vez sofre a influência das **condutas das firmas** que podem ser expressas na prática por estratégias de produto e propaganda, gastos em P e D, investimento, atitudes com relação aos rivais, entre outros tipos de condutas. Como resultado das condutas temos o **desempenho no mercado**, que pode ser mensurado através da de melhorias ou não na eficiência alocativa e produtiva, na elevação dos lucros, aumento do nível de emprego, crescimento e progresso econômico, entre outros indicadores. (SALGADO, 1997).

A política antitruste, a partir desse modelo, procura agir sobre a estrutura de mercado e sobre a conduta das firmas de forma a minimizar a concentração do poder de mercado. Assim, atos que gerem enorme concentração, modificando a estrutura do mercado, são impedidos pelos órgãos antitrustes. Por exemplo, uma fusão entre as duas únicas empresas de um mercado pode transformar a sua estrutura de mercado em monopólio, gerando vários efeitos nocivos à concorrência. E por isso tal prática seria vetada pelos órgãos antitruste.

Mas alguns fenômenos necessitavam de uma atenção especial, tais como a elevação das barreiras de entrada através da diferenciação dos produtos e com a cobrança de preços muito baixos. Outro fenômeno especial que era considerado nocivo era o da “verticalização para trás”. Em poucas palavras é um tipo de fusão vertical, entre duas firmas de mercados distintos, mas conexos (como por exemplo, quando uma firma produtora compra uma firma distribuidora do produto final). Esse tipo de conduta foi objeto da conhecida teoria do bloqueio de mercado (que também está inserido no modelo de E-C-D). Essa teoria enuncia que a competição é prejudicada toda vez que uma firma verticaliza para trás, dado que as vendas da firma integrada tendem a ser “bloqueadas” para competidoras. Com isso mesmo fusões e aquisições podem ser impedidas caso haja a suspeita de que isso possa implicar verticalização posterior. (SALGADO, 1997).

Salgado (1997) cita um exemplo clássico da aplicação dessa idéia, que foi chamada de teoria do bloqueio de mercado. É o caso da fusão entre as empresas de sapato, Brown Shoe e Kinney, em 1962. A Kinney detinha menos de 1% do mercado interno da venda de sapatos, enquanto que a empresa adquirente, Brown Shoe, detinha 5% da produção interna de sapatos. A proibição da fusão foi embasada numa análise que constatava a tendência de verticalização na produção de sapatos. A decisão da Suprema Corte fundamentava-se no fato de que pequenas firmas seriam prejudicadas. Portanto, conforme argumenta Salgado (1997) de forma irônica, pode-se dizer que a teoria do bloqueio de mercado possui esse nome porque protege os competidores, e não a competição.

Essa visão (a da teoria de bloqueio de mercado) foi parcialmente abandonada no final dos anos 70, sendo adotada somente quando envolvia firmas de pequenas participações de mercado. Em 1982, essa teoria foi substituída pela ênfase na colusão tácita e nas condições de entrada, a partir de uma análise estrutural de mercado para frente e para trás. Assim as fusões verticais seriam questionadas pelo

governo somente se houvesse concentração horizontal muito alta e, se a fusão aumentasse os custos de entrada ou expansão de concorrentes (SALGADO, 1997).

2.3 A CRÍTICA DA ESCOLA DE CHICAGO

No final dos anos 60 aumenta o interesse das grandes corporações em relação à política antitruste vigente. Esse interesse se deve principalmente à preocupação com a evolução da influência do debate acadêmico no meio dos interesses políticos e econômicos que levaram à aplicação por parte das agências antitruste de práticas restritivas quanto a fusões e aquisições. Na época, no meio antitruste, apoiado pelo modelo E-C-D, tinha-se a idéia de desconcentrar a indústria nos EUA. Então como reação a essa idéia (afinal estavam sendo ameaçadas de extinção pelo movimento de desconcentração industrial), as grandes firmas começam a demonstrar sério interesse em acabar com o modelo de estrutura-conduta-desempenho, financiando algum novo fundamento ou modelo que caminhasse numa direção alternativa. (SALGADO, 1997). Houve também um aumento da competição internacional nos anos 70, que acabou por amenizar as preocupações do Estado quanto ao tamanho e à conduta predatória das empresas (SALGADO, 1997).

A partir desse cenário surge a Escola de Chicago com grandes críticas ao modelo E-C-D dizendo que se tratava de um modelo não-teórico, descritivo, institucional e metafórico, e que seus elementos (preços administrados, barreiras à entrada e venda casada) não são consistentes com o comportamento racional-maximizador pressuposto. A partir de tudo o que foi exposto sobre o modelo E-C-D, era possível, segundo a crítica de Chicago, afirmar que nesse há incertezas e limitações quanto à análise econômica aplicada na política antitruste. Por exemplo, não é possível afirmar de maneira categórica quais serão os efeitos de uma fusão em termos de bem-estar, sendo necessário, então, uma análise caso a caso. (SALGADO, 1997).

Em suma, conforme as críticas da Escola de Chicago, quanto à aplicação dos pressupostos enunciados pela escola de Harvard, a política antitruste ficou limitada a punir atos que elevassem a concentração de mercado de forma arbitrária, sem no entanto se preocupar com os possíveis efeitos compensatórios (como eficiências

alocativas, produtivas ou tecnológicas) que uma fusão ou incorporação entre firmas pudesse apresentar.

Sobre os ideais preconizados pela Escola de Chicago, pode-se dizer, de forma resumida, que essa corrente ideológica se preocupa com o bem-estar do consumidor, não se importando muito com a questão da concorrência, pois acreditam que a concentração de mercados poderia ocasionar efeitos benéficos de ordem alocativa e produtiva. Para a escola de Chicago a única preocupação deve ser com a colusão entre oligopolistas, sendo desnecessária a punição legal de atos que prejudiquem a livre concorrência, já que essa aspiração baseada na idéia de concorrência perfeita derivada da teoria Neoclássica tradicional não encontra respaldo na realidade dos mercados competitivos. (SALGADO, 1997).

Dentre os fundamentos da Escola de Chicago, podemos destacar: crença no livre mercado; o poder de mercado advém da superioridade em eficiência; só se deve preocupar com o poder de mercado quando houver colusão; as firmas que buscam o poder de mercado e não a eficiência não obtêm lucros de monopólio porque gastam muito tempo em busca de renda. Os grandes teóricos expoentes dessa escola foram: Stigler, Posner, Demsetz, Peltzman, Broosen, McGee e Bork.

A Escola de Chicago faz também severas críticas à legislação antitruste vigente, sob a influência econômica da Escola de Harvard. Apesar da legislação antitruste se preocupar com o bem estar dos consumidores o problema estaria na dificuldade dos tribunais em compreender o processo competitivo e a forma de maximização de bem estar. Caso os tribunais deixassem de lado a idéia de concorrência perfeita e considerassem, por exemplo, custos de transação e informação, tornaria muito mais fácil a percepção de que o bem-estar do consumidor é elevado com práticas, muitas vezes, condenadas pela lei. (SALGADO, 1997). Essa leitura (aquela embasada no modelo ECD) tem influenciado de forma decisiva os tribunais nos últimos tempos e não aplica princípios da teoria econômica e também não é compatível com o pressuposto básico do comportamento racional-maximizador. A legislação antitruste deve, segundo a Escola de Chicago, se preocupar com cartéis e fusões horizontais que sejam grandes o suficiente para criar monopólios ou que venham a facilitar a formação de cartéis, ao reduzir de forma significativa o número de vendedores no mercado. (SALGADO, 1997).

2.4 OUTRAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DEBATE ANTITRUSTE

Outras contribuições para essa discussão sobre a política antitruste mais adequada para a realidade capitalista vigente no país surgiram ainda na década de 70. Uma delas talvez a mais relevante, foi a teoria dos custos de transação desenvolvida principalmente a partir de um trabalho de Oliver Williamson³. Como explica Salgado (1997) essa teoria enuncia basicamente que:

A idéia básica da economia dos custos de transação é que o que move a decisão dos agentes entre arranjos contratuais alternativos é o desejo de economizar no custo total de produzir bens e serviços, o que incorpora aspectos tecnológicos – produtivos – e transacionais (...). (SALGADO, 1997, p. 51).

De forma mais detalhada podemos dizer que a teoria dos custos de transação apresenta que a busca na redução de custo de transação pode implicar em fusões e aquisições. Esse fenômeno tem motivações em melhorias tecnológicas, produtivas e transacionais. Os mecanismos de condução das relações contratuais supõem ambiente institucional que define as “regras do jogo”. Se há mudanças institucionais (direito de propriedade, leis contratuais, normas e costumes) que induzem mudanças nos custos, então uma reorganização econômica se faz necessária daí a crítica ao controle de fusões. (SALGADO, 1997).

Outra teoria importante que contribuiu para engrossar o vasto conteúdo teórico já à disposição das autoridades antitruste foi a teoria dos mercados contestáveis. Essa teoria em suma diz que mesmo num mercado caracterizado pelo monopólio, haveria comportamento eficiente do monopolista em deixar o preço a um nível satisfatório socialmente, devido ao temor da entrada de um novo competidor. Entendiam os economistas defensores dessa teoria que o comportamento dos competidores em concorrência perfeita (apesar dessa estrutura ser considerada pelos mesmos como um caso particular) poderia ser encontrado em mercados mais concentrados como o oligopólio e até o monopólio. Esse comportamento seria encontrado nas demais estruturas, devido ao temor constante que as firmas apresentariam a entrada de novos competidores nos mercados em que exerciam sua dominância. Para que a entrada de um competidor potencial fosse possível, não

³ WILLIAMSON, Oliver. **Market and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. New York: Free Press, 1975.

poderia haver no mercado aborçado barreiras à entrada e nem custos irrecuperáveis (sunk costs). Uma vez que se garanta a contestabilidade de um mercado a intervenção de um regulador é desnecessária. (SALGADO, 1997).

Conforme o entendimento de Salgado (1997) as influências da teoria dos mercados contestáveis é nítida sobre a política antitruste no Merger Guidelines⁴. Por exemplo, o poder de mercado é visto apenas como a capacidade da empresa de estabelecer preços acima do nível competitivo, não fazendo qualquer referência à concentração de mercado. Assim firmas que são atraídas por isso buscam contestar as práticas estabelecidas. Portanto o guia estabelece que não serão questionadas as fusões que afetem mercados sujeitos à competição potencial suficientemente forte. A concentração de mercado só é levada em consideração se a concorrência potencial não se faz presente ou é considerada insuficiente. (SALGADO, 1997).

2.5 O ENFOQUE NEO-SCHUMPETERIANO

O enfoque neo-schumpeteriano propõe uma visão alternativa para as autoridades ligadas à defesa da concorrência, que em vez de basearem as suas análises em uma visão estática, poderiam ter como alternativa um aparato teórico mais dinâmico do processo concorrencial proporcionado pelas empresas. Essa visão deriva da teoria de Joseph Schumpeter. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002). Essa discussão sobre o enfoque neo-schumpeteriano sobre a defesa da concorrência será dividida em duas partes: na primeira serão expostas as principais críticas realizadas pelos neo-schumpeterianos à teoria neoclássica, na qual a política antitruste está amparada; na segunda parte será apresentado conceito que os neo-schumpeterianos possuem sobre a concorrência.

2.5.1 As críticas ao modelo tradicional

A política antitruste na maioria dos países tem utilizado a teoria neoclássica dos mercados nas suas análises. Ao adotar essa teoria tenta-se coibir condutas que aproveitam determinado poder mercado para atrapalhar a livre ação das forças concorrentes no mercado. Essas condutas danosas que prejudicam a alocação dos

⁴ O Merger Guidelines é o Guia de Análise antitruste referente à Lei de Defesa da Concorrência dos EUA.

recursos, e por conseqüência a manutenção do bem-estar da população, têm sido objetivo das entidades de defesa da concorrência. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002)

A teoria tradicional concebe a concorrência como um processo comandado por uma mão invisível, onde os agentes competirão de forma livre, proporcionando assim, benefícios à coletividade. Mas o processo concorrencial pode apresentar alguns efeitos não desejáveis, como o acúmulo assimétrico de poder de mercado. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Esses efeitos, segundo a teoria, têm origem no próprio sistema capitalista, onde o desejo de lucro de alguns indivíduos poderá gerar grande concentração de mercado, possibilitando que haja manipulação das condições concorrenciais a seu favor. Sobre isso já avisara Adam Smith, que a sede de lucro de alguns poderia provocar distorções que causassem sérios danos ao consumidor. Um exemplo clássico utilizado por Adam Smith sobre esse assunto, é a possibilidade de que competidores de um mesmo mercado venham a conspirar contra a coletividade, aumentando os preços de forma abusiva. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

A visão antitruste predominante adota o conceito de concorrência de cunho neoclássico que por sua vez passou a adotar nos últimos anos alguns elementos da organização industrial da linha estrutura-conduta-desempenho (da Escola de Harvard), limitando a conceber a competição:

(....)como um mecanismo de ajuste que, dentro dos limites estabelecidos por possíveis obstáculos à livre entrada de recursos no mercado e pelo grau de rigidez/flexibilidade de preços, elimina os lucros extraordinários e conduz o nível de produção de cada bem àquele indicado pelas preferências dos consumidores, aos preços de equilíbrio (....) e como um estado hipotético onde tal mecanismo está estabelecido com base nos ditames da concorrência perfeita. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002, p.13).

A partir dessa concepção o conceito de concorrência neoclássico acaba por se distanciar da noção de rivalidade entre firmas, ao conceber uma estrutura de mercado atomizada, noção de conhecimento perfeito, produtos homogêneos, número elevado de demandantes, e livre mobilidade dos fatores. Trata-se de uma teoria meramente estática da concorrência na qual se pressupõe uma alocação ótima dos recursos, máxima eficiência e a presença de concorrência perfeita. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Essa visão exclui a interação estratégica entre as empresas e a transformação que as estruturas sofrem ao longo do tempo com a ação constante da dinâmica capitalista. A “teoria neoclássica do equilíbrio estático” ao não tratar das ações estratégicas das empresas, o que é chamado do “princípio da estratégia excluída” acaba por se tornar antítese da própria concorrência, ou seja, nesse modelo não há concorrência. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Para atingir o seu objetivo (o de proteger a concorrência nos mercados) as autoridades antitruste procuram combater as condutas, já que são essas que acabam deslocando o modelo do ideal estabelecido pela teoria tradicional. Usualmente as condutas são classificadas em dois tipos: práticas restritivas horizontais que reduzem a concorrência entre empresas no mesmo mercado; e práticas restritivas verticais que reduzem a concorrência entre empresas compradoras e vendedoras, ou seja, que pertençam uma determinada cadeia produtiva. Outro ponto que se pretende atacar é aquele onde determinada ação altera a estrutura, como fusões e aquisições, na qual há transformação de um determinado mercado em um monopólio. Por isso se tem proibido compras e uniões entre empresas e exigido o desmantelamento de inúmeros casos de monopólios. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002)

Em suma, conclui Possas, Fagundes e Ponde (2002), o arcabouço teórico em que se baseia as políticas antitruste erra por se basear numa idéia estática da concorrência. Quando essa teoria desconsidera os aspectos dinâmicos do processo competitivo, como a introdução e a difusão de inovações, acabam por debilitar de uma forma muito séria, as proposições políticas a serem elaboradas. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

A partir do que foi exposto aqui, com base nas leituras de Possas; Fagundes e Pondé (2002), podemos sintetizar a crítica neo-schumpeteriana aos modelos tradicionais sobre a concorrência nos mercados da seguinte forma: a tradição antitruste tem se apoiado na teoria estruturalista (E-C-D) para análise dos mercados e proposições de intervenção. Segundo essa teoria, a estrutura de mercado acaba determinando a conduta do agente. A contribuição neo-schumpeteriana não concorda com a oposição entre monopólio e concorrência, além de não aceitar o paradigma atomístico da concorrência perfeita, por apresentar um caráter estático e por ser inaplicável ao sistema capitalista contemporâneo.

2.5.2 A concorrência do ponto de vista neo-schumpeteriano

Como dito anteriormente, a concorrência não é um aglomerado de condições pré-estabelecidas tais como: o atomismo do mercado, racionalidade otimizadora dos agentes, informação completa para que se obtenha um equilíbrio competitivo, como nos apresenta a ortodoxia axiomática da teoria neoclássica; nem mesmo um processo de ajustamento a posições de equilíbrio, com eliminação de lucros anormais e desvios fortuitos, como nos enfoques clássico e neoclássico tradicional. Por exemplo, o equilíbrio entre lucros nos mercados, que é aceito entre os neoclássicos acaba não sendo levado em conta para os teóricos neo-schumpeterianos. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Segundo os adeptos de Schumpeter o que é encontrado na realidade é uma competição acirrada, onde há interesse na apropriação de lucros, que podem ser obtidos através de diferenciação e criação de vantagens competitivas que forcem a retê-las em forma de ganhos monopolistas, mesmo que temporários e restritos a um segmento de mercado. Nesse sentido não há uma tendência ao equilíbrio estático, mas sim a rendas ou quase-rendas marshallianas, quando se fala sobre a natureza dos lucros. Assim o monopólio por ser um objetivo em si mesmo e não pode ser considerado sempre anticompetitivo, dado o seu caráter de temporalidade. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

A defesa da concorrência, seja ela feita por proteção ou por estímulo, não pode ser vista sempre como antagônica à presença de posições monopolistas, oligopolistas, ou ainda poder de mercado diferenciado. A criação e ampliação de assimetrias constituem aspectos indissociáveis e intrínsecos do processo concorrencial. Isso porque transformam as estruturas de mercado mediante inovações e através da reprodução das desigualdades de poder econômico entre os agentes. Em suma, nem o equilíbrio, nem a equalização das assimetrias, nem a supressão do poder econômico são atributos constitutivos do processo concorrencial. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002)

A análise do comportamento da empresa deve ser priorizada quando se aborda o estudo do processo concorrencial. Afinal é a empresa que interage e decide a forma como o faz, enquanto o mercado é o lócus (local) dessa interação com as outras empresas, onde a sua rivalidade e orientação estratégica ocorrem de forma dinâmica. Nesse sentido as estruturas de mercado seriam importantes para o

entendimento geral, mas possuiriam o caráter de mobilidade e evolução, e não permaneceriam estáticas. Elas seriam elementos endógenos de um processo competitivo interagindo diretamente com a postura estratégica adotada pelas empresas concorrentes no mercado. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

A partir disso podemos entender que as estruturas de mercados podem condicionar as condutas e estratégias empresariais como também podem ser modificadas por elas, ou seja, a interação competitiva altera a estrutura assim como a estrutura condiciona o comportamento das firmas. A evolução das estruturas de mercado só pode ser analisada ao longo do tempo no contexto da sua interação com as estratégias empresariais. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

3 PRINCIPAIS CONCEITOS TEÓRICOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE

Na política de defesa da concorrência são utilizados alguns conceitos importantes para a análise antitruste dos atos de concentração lesivos à concorrência. Dentre os principais conceitos e que serão abordados em partes distintas estão: o conceito de mercado relevante e o de poder de mercado; o conceito de concentração econômica e os principais índices utilizados; o de barreiras à entrada; o de ofertante potencial e competidor potencial; e o de eficiência econômica. Neste capítulo também será apresentada uma breve discussão teórica envolvendo a regra da razoabilidade e a regra per se. E por último serão abordados de forma resumida os principais tipos de atos de concentração e outras condutas lesivas existentes e que também são consideradas pelo nosso sistema de defesa da concorrência.

3.1 MERCADO RELEVANTE E PODER DE MERCADO

O conceito de mercado relevante é importante para análise de efeitos danosos à concorrência na qual se pressupõe que determinada empresa possua um poder de mercado, inserido num “locus” específico de atuação. É nesse espaço que deve ocorrer a análise do mercado relevante. (POSSAS, 2002).

As noções de poder de mercado e mercado relevante obedecem a critérios econômicos e jurídicos na qual há um relacionamento estreito entre os mesmos. Só é um mercado relevante para uma determinada análise se for um espaço econômico, definido esse por critérios geográficos e de produto, e esse espaço possua uma empresa capaz de se utilizar de tal poder para determinar, por exemplo, preços e quantidades ofertadas. Nos casos concretos percebe-se que as análises de mercado relevante se atêm ao menor espaço econômico (menor mercado) que permite o exercício de poder de mercado (podendo ser considerado abusivo) (POSSAS, 2002).

3.1.1 Definição de mercado relevante

Conforme já foi dito, o mercado é definido na sua dupla dimensão, a geográfica e a do produto. Por produto entende-se um grupo de produtos, que não são idênticos, mas que devem apresentar um bom grau de substituíbilidade entre si, embora esse mesmo grau não seja definível a priori.

Segundo Possas (2002), o objetivo central da definição de mercado relevante enquanto exercício analítico é uma avaliação de uma atividade econômica.

Para facilitar o entendimento de como ocorreria essa avaliação da atividade econômica dentro do exercício analítico que a definição de mercado relevante proporciona a análise antitruste vamos citar um exemplo. Vamos considerar uma atividade econômica, como por exemplo, a de uma indústria. Nessa indústria há agregação, em certo nível de produtos, e, em uma determinada área geográfica, que por sua vez seria denominado de mercado. Esse mercado, dadas as condições econômicas e técnicas, poderia sofrer um exercício de poder de mercado em termos de preços e de quantidade. (POSSAS, 2002). Entenda-se por “condições técnicas” ou também estruturais, como elementos ligados à natureza técnica, produtiva ou de consumo relacionadas ao produto. Essas condições podem, se presentes, determinar se tal empresa detém poder de mercado sobre o mercado analisado, independente da estratégia empregada pela mesma empresa. (POSSAS, 2002).

Para melhor entendimento da análise estrutural vamos imaginar que uma firma exerça controle sobre a demanda e oferta de um produto num determinado mercado e que essa por um período nada desprezível possa manter o preço um pouco a cima do nível competitivo, caracterizando o exercício do poder de mercado (dadas as demais condições constantes).

Possas (2002) conclui que o mercado relevante é o menor mercado possível, composto pelo menor agregado de produtos possível e pela menor área geográfica possível.

3.1.2 Elasticidade da oferta e da demanda

Um mercado relevante para que possa ser definido tem que possuir algumas condições estruturais que estão inseridos dentro da teoria econômica. Essas condições ou requisitos devem estar relacionados com a elasticidade da demanda e elasticidade da oferta de um produto.

Segundo POSSAS (2002) deve uma firma produzir um produto em que a elasticidade de demanda e de oferta sejam baixas, para que quando exerça seu poder de mercado, ao aumentar deliberadamente o nível de preços acima do competitivo ou reduzir a produção, os lucros não venham a diminuir.

Quando as elasticidades da demanda como o da oferta apresentam um nível baixo, é entendido que ambas apresentam a característica da inelasticidade. A partir dessas condições é possível afirmar que a oferta e a demanda em relação a esse produto não vão ser modificadas de forma drástica caso a firma se utilize de práticas benéficas para a maximização de seus lucros, com um possível aumento de preços. Essas condições aqui expostas são elementos necessários para que haja a existência de poder de mercado. (POSSAS, 2002).

Mas caso uma determinada firma decida aumentar o preço de seus produtos e esse aumento venha acompanhado de uma redução da quantidade de produto demanda por parte do público consumidor, essa reação por parte dos consumidores sinaliza que a elasticidade de demanda e da oferta desse produto são elevadas e, portanto não é sábio que a firma venha a elevar os preços de seus produtos, já que não detém poder de mercado sobre esse mercado analisado. (POSSAS, 2002).

Sobre a elasticidade da demanda pode-se dizer que essa obedece a dois critérios, o da substituíbilidade do produto e o da renda do consumidor. Este último critério não é considerado nas análises antitruste, portanto a elasticidade da demanda é determinada pelo grau de substituíbilidade do produto, ou seja, a demanda por produto vai depender do quanto ele possa ser substituível por outro, a partir de uma mudança de preços. (POSSAS, 2002).

Sobre a elasticidade da oferta temos a definição de Posner⁵ (1976, apud Possas, 2002) que contempla dois fatores na sua composição:

⁵ POSNER, R. Antitrust Law. **An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

“Ele se refere a dois fatores (...): o primeiro deles (...) a existência de bons substitutos no consumo; e o segundo é a possibilidade de que os fabricantes de algum outro produto (que não precisa ser um bom substituto no consumo) possam prontamente voltar-se para a produção desse produto, e o fariam se o seu preço seguisse subindo porque ao novo preço poderiam obter um retorno maior fabricando esse produto em lugar daquele que estivessem produzindo até então”. (POSNER (1976) apud POSSAS (2002, p. 79))

Segundo Possas (2002) as duas perspectivas apresentadas por Posner⁶(1976, apud Possas, 2002) são importantes para a análise antitruste. Uma é definida no âmbito da demanda e está ligada à idéia do consumidor reconsiderar a idéia de consumir tal produto por não atender as necessidades próprias (dado que houve aumento de preço). A outra é definida no âmbito da oferta, onde as demais firmas (de produtos que possuam um processo de produção parecido) poderão reconsiderar a idéia de produzir novos produtos (dada a oportunidade de ganhos maiores com a produção desse novo produto propiciada pelo aumento de seu preço).

Possas (2002) ainda argumenta que Posner⁷ (1976, apud Possas, 2002) destaca que as análises das autoridades de defesa da concorrência deverão conter a identificação de todos os compradores e ofertantes. Nestes últimos deverão estar incluídos todos os produtores ou ofertantes potenciais de produtos que sejam “bons substitutos quer no consumo, quer na produção”, para que haja também a elaboração dos market shares (participação de mercado) no mercado assim definido.

Possas (2002) nos conta que os Merger Guidelines dão mais ênfase à substituição pela demanda, ou seja, a resposta dos consumidores. Acabam deixando a análise da substituição da produção (elasticidade da oferta) para quando for realizada a análise da influência das demais firmas presentes no mercado e das potenciais entrantes (esse tipo de análise ocorre quando é analisada a presença de barreiras à entrada nos mercados relevantes analisados).

Segundo Possas (2002) uma explicação para esse tipo de comportamento, seria que o Merger Guidelines se utiliza da idéia de que haja apenas uma firma hipotética num mercado. E como se sabe no monopólio não é possível definir a

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem.

curva de oferta do produto, já que essa não é determinada pelos preços, mas sim pelo princípio da maximização dos lucros.

Conforme a crítica de Possas (2002), essa postura do Merger Guidelines seria inadequada. Afinal, como explica Possas (2002), a existência de monopólios na realidade é bem pequena, predominando mercados que possuam estruturas de mercado caracterizadas pelos oligopólios.

3.1.3 O conceito de poder de mercado na conceituação de mercado relevante

O poder de mercado, na análise econômica antitruste, é descrito como poder de fixar os preços num dado mercado. Os Merger Guidelines apresentam o poder de mercado como sendo aquele que consegue manter os preços acima dos níveis competitivos por um período de tempo significativo obtendo para si um aumento nos lucros. Esse mesmo considera, que às vezes esse poder pode ser expresso em perspectivas além do preço, tais como a qualidade do produto, do serviço ou ainda inovações. (POSSAS, 2002).

Possas (2002) argumenta que essa predileção pela dimensão dos preços, ocorre devido à concepção de que a concorrência só ocorre através dos preços. E portanto a definição de poder de mercado só aborda a questão dos preços. Mas com o passar do tempo, novas idéias acabam sendo captadas, tais como aquelas enunciadas por um enfoque mais dinâmico do processo concorrencial, proposto por Schumpeter. Sob essa nova perspectiva a concorrência não se limita apenas aos preços, mas também às inovações, na qual as empresas se utilizam de estratégias para adquirir e proteger suas inovações com intuito de obter uma apropriação de lucros monopolísticos, mesmo que essa apropriação ocorra por um pequeno espaço de tempo.

Outro fator a ser adicionado é que a competição dinâmica inerente ao capitalismo é capaz de alterar as estruturas de mercado pelas às interações estratégicas e inovadoras dos agentes competidores. Com isso, concorrência e monopólios deixam de ser considerados essencialmente antagônicos, e o poder de mercado deixa de ter o caráter de anomalia e passa a ser um fenômeno normal do próprio processo concorrencial⁸. Assim, aquela idéia de que o poder de mercado

⁸ Esse conteúdo já foi tratado no item que trata do enfoque neo-schumpeteriano da concorrência.

não desejável pois vai contra a livre concorrência e ao bem estar social é deixada de lado, tornando-se até desejável que haja concentração de poder em setores onde a dinâmica imposta exige uma grande capacidade de investimentos em P e D, para que haja assim eficiência nesses determinados mercados. (POSSAS, 2002).

Apesar das críticas, não se deve considerar que os pressupostos da teoria tradicional sobre o conceito de poder de mercado estejam errados ou não sejam mais úteis para análises. Possas (2002) faz essa ressalva:

“Daí não se segue que as definições tradicionais sejam erradas ou mesmo inócuas. Concorrência ainda é em boa medida (embora, ao longo do século XX, seja cada vez menos) capacidade de concorrer em custos e preços. O fundamental a ressaltar, porém, é que essa conceituação tradicional permite identificar, senão as múltiplas formas de concorrer ou de obstruir a concorrência, a existência de um potencial de exercer o poder de mercado em qualquer uma de suas formas, e tanto de modo inovativo quanto abusivo. Trata-se simplesmente de tomar a possibilidade de exercer poder de mercado em preços num dado mercado como indício de poder de mercado *tout court*, ainda que seja impossível estabelecer *ex ante* a natureza - inovativa ou abusiva; a forma específica - em preços ou outra variável; e a extensão em que será exercido.” (POSSAS, 2002, p. 86)

Sobre a ausência do tratamento dos oligopólios nas análises antitrustes (em específico na abordagem de poder de mercado e mercado relevante), Possas (2002) apresenta uma justificativa. Essa busca pela idealização de um monopolista hipotético (realizada por exemplo pelos Merger Guidelines), se deve ao fato que nas estruturas caracterizadas pelos oligopólios a interação estratégica entre os concorrentes torna-se um elemento de difícil análise. Esse fato acaba impedindo que os modelos propostos em relação a oligopólios cheguem a resultados satisfatórios, dada as hipóteses comportamentais assumidas. (POSSAS, 2002).

Apesar das dificuldades existentes, há abordagens pioneiras que tratam do oligopólio, como aquelas que tentam formular um modelo em que consta um trade off entre ganhos de eficiência e aumento de poder mercado pós concentração. Nesse tipo de modelo são realizadas conjecturas sobre o comportamento dos agentes oligopolistas concorrentes após a fusão, se manterão a produção constante (como no caso do modelo de Cournot) ou se vão responder a essa fusão com uma produção maior (a adoção de uma postura mais competitiva). Mas modelos como esse acabam pecando em muitos aspectos por apresentar uma concepção estática da concorrência, produtos homogêneos e limitação das interações estratégicas.

Afinal modelos mais dinâmicos e mais detalhados com um número maior de possibilidades estratégicas são de difícil elaboração. (POSSAS, 2002).

Possas (2002) aconselha que se abordem enfoques mais dinâmicos nos conceitos de poder de mercado e mercado relevante dentro de um oligopólio como é proposto pelo enfoque schumpeteriano, inserindo elementos como a interação estratégica entre os oligopolistas. Afinal, mesmo que tal modelo não satisfaça uma precisão elevada (pois afinal tratar sobre oligopólio é uma tarefa mais complexa e a análise antitruste carece de instrumentos técnicos e teóricos para tal) ainda abordaria aspectos que estão mais próximos da realidade, possibilitando análises sobre os casos mais justas e coerentes.

3.2 BARREIRAS À ENTRADA

Uma condição necessária para avaliar se uma empresa possui poder de mercado ou não, é perceber se no mercado em que ela atua existem barreiras à entrada.

Na definição de Joe S. Bain, barreiras à entrada são condições estruturais que permitam que uma empresa que já esteja estabelecida em uma indústria, possa aumentar os seus preços acima dos níveis competitivos, sem, no entanto atrair novos capitais (KUPFER, 2002). Ainda sob a orientação de Bain, pode-se afirmar que as barreiras à entrada têm enorme influência sobre alguns fatores tais como: número de empresas ativas; estrutura de mercado; produção agregada; e preço praticado. (SCHYMURA, 2003).

Kupfer (2002) ainda nos apresenta mais dois enfoques importantes em relação à definição do conceito de barreiras à entrada. O primeiro enfoque é o de J. Stigler que entende que “ existe barreira à entrada em uma indústria se há custos incorridos pelas empresas entrantes que não foram desembolsados pelas empresas estabelecidas quando iniciaram a operação” (KUPFER, 2002, p.113). Essa diferença de custos impede que empresas entrantes tenham o mesmo lucro que as empresas estabelecidas. O segundo enfoque é o de R. Gilbert que entende que “somente há barreiras à entrada se é possível configurar vantagens competitivas atribuíveis exclusivamente à existência da empresa” (KUPFER, 2002, p.113). A partir dessa concepção entende-se que existe vantagem para empresa a que se moveu primeiro, ou seja, que foi precursora na atuação em um determinado mercado do que para

aquela que não se moveu ainda, ou seja, que ainda não existe naquele momento no mundo real, constituindo apenas uma possibilidade de existência (quanto à atuação no mercado analisado).

As barreiras à entrada podem ser classificadas em quatro tipos: barreiras à entrada resultantes de diferenciação de produto; de barreiras que decorrem da presença de vantagens absolutas de custo; de barreiras à entrada que são causadas por economias de escala; e por último barreiras à entrada que existem pelo fato da exigência investimentos iniciais elevados. (FAGUNDES E PONDÉ, 1998).

Abaixo seguem descritos de forma resumida os quatro tipos de barreiras à entrada retiradas do trabalho de Fagundes e Pondé (1998, p. 5-10):

1 – Barreiras que decorrem de diferenciação no produto: decorrem da preferência do consumidor pelos produtos de empresas já existentes em detrimento de similares produzidos pelas empresas recém chegadas nesses mercados. Esse tipo de barreira pode ser intensificado conforme alguns fatores: o controle da tecnologia para a confecção do produto, que pode ser manifestada pela presença de segredos industriais, mecanismos de controle da propriedade intelectual, entre outros; o montante de gastos com propaganda, para que um produto tenha a garantia de fidelidade dos consumidores, o que torna a entrada de uma nova firma complicada quando se exige um montante elevado na elaboração de propagandas para que o público conheça o novo produto; a complexidade e durabilidade do produto, que muitas vezes se torna complicada de ser provada pela nova firma aos consumidores; a presença de canais de distribuição que limitem o acesso de novos concorrentes ao consumidor, como por exemplo, contratos de exclusividade com revendedores; e presença de consumo conspícuo, que valoriza o prestígio de um certo produto e torna a marca um elemento importante nas decisões de compra dos consumidores.

2 – Barreiras que decorrem de vantagens absolutas de custos: são aquelas barreiras que são originadas pelo acesso exclusivo por parte das empresas já existentes a ativos ou recursos, permitindo que essas possam produzir o mesmo produto na mesma escala do que uma empresa recém chegada, só que com custos mais baixos. Essas vantagens podem advir: de capacitação de trabalhadores qualificados, obrigando com que a firma entrante tenha dificuldades de obter pessoal qualificado,

tendo que pagar salários mais elevados; de tecnologias que não estão disponíveis para empresas recém chegadas, seja por mecanismos que protejam a propriedade intelectual (como patentes) ou de dificuldades de imitação que se devem a complexidade tecnológica; controle da disposição de matérias-primas aos concorrentes, através de integração vertical, obrigando a firma entrante a pagar mais caro pelos insumos, ou então a recorrer a matérias-primas alternativas, que muitas vezes não são as mais recomendáveis para o processo produtivo em questão; compra de matérias primas mais baratas pelas empresas já estabelecidas, que podem ser originados por contratos que combinam exclusividade ou compra em grandes volumes; menor custo para a obtenção de capital para as empresas já estabelecidas, que pode ser ocasionada pela facilidade maior ao financiamento e também a disposição maior de fundos próprios para custear investimentos; menores custos que se originam de integração vertical, elevando uma série de requerimentos e capital para uma empresa que deseja entrar nesse mercado, culminando na criação de barreiras “absolutas” à entrada.

3 – Barreiras à entrada decorrentes de economias de escala: essas barreiras resultam da presença de economias de escala, que podem ser reais (que são derivadas de redução de custo, que para ser obtido exige aumento do tamanho da planta ou da firma) ou pecuniárias (que são originadas do pagamento de preços menores por insumos como transportes, propagandas, entre outros).

4 – Barreiras à entrada decorrentes de exigência de investimentos iniciais elevados: investimentos elevados para a constituição de uma nova empresa, também é fonte de barreiras à entrada. Esses custos são elevados pelo fato de ser a criação de uma nova capacidade, e da necessidade de volumosos recursos financeiros que dependem de variáveis relacionadas a tecnologias. Uma empresa que deseja entrar num novo mercado terá muitas dificuldades caso não possua negócios com uma base considerável em outros setores, pois existe enorme dificuldade dos bancos em realizar empréstimos ou mesmo de cobrarem juros altíssimos e também pela dificuldade obter investimentos advindos de mercados de capitais, quando se é uma empresa desconhecida do público.

Para a análise antitruste a avaliação da existência ou não de barreiras a entrada num determinado mercado é importante, para se certificar se uma empresa poderá se utilizar de uma elevada concentração de mercado existente, para o uso de práticas anticompetitivas, que possibilitem o aumento do nível de lucro dessa

empresa. O que se está tentando explicar é que se num mercado que não exista barreiras a entrada, há a possibilidade de que concorrentes potenciais adentrem nesse mercado, almejando uma taxa de lucro elevada. Essa possibilidade, inviabilizaria o uso do poder de mercado, da firma que possuía elevada concentração de mercado, e mesmo que ela viesse a incorporar uma empresa concorrente no mesmo mercado relevante (podendo até a constituir um monopólio). A inexistência de barreiras a entrada, continuaria a inviabilizar a utilização de práticas anticompetitivas com base no seu poder de mercado. (FAGUNDES E PONDÉ, 1998).

3.3 DISTINÇÃO ENTRE OFERTANTES E CONCORRENTES POTENCIAIS

A análise de condições de entrada num determinado mercado relevante com o intuito de avaliar os riscos de efeitos anticompetitivos que uma conduta (considerada como infração ou um ato de concentração) poderia acarretar, acaba se tornando um instrumento importante de análise.

Na tradição de Organização Industrial o conceito de entrada de um concorrente potencial num mercado refere-se a criação de uma nova capacidade produtiva numa determinada indústria mediante o investimento de um novo concorrente. (POSSAS, 2002). Esse conceito pertence a análise de barreiras à entrada. (realizada no item anterior).

O que não pode ser creditado ao conceito de concorrente potencial é o fato do aproveitamento de capacidades produtivas já existentes, que antes eram direcionadas a outra indústria e que agora passam para a produção de novos produtos que antes não eram produzidos. (POSSAS, 2002). Esse último conceito corresponde ao de ofertantes potenciais do mercado, que já foram estudados anteriormente quando abordamos o tema de substituição de oferta (no item de análise de mercado relevante).

Enquanto a oferta potencial (ou substituição na oferta) se resume a hipótese de ampliar a oferta de forma rápida e com custos mais baixos, sem necessidade de grandes investimentos; os de entrada potencial pressupõe um aumento da oferta mediante a instalação de uma nova capacidade produtiva, com investimentos maciços e prazos longos por parte dos concorrentes potenciais, que ao contrário dos ofertantes potenciais estão fora do mercado relevante (POSSAS, 2002).

Os Merger Guidelines conceituam ambos tipos como entrantes, onde os ofertantes potenciais são chamados de “não comprometidos” (uncommitted) por não apresentar “custos irrecuperáveis” (sunk costs), já que apresentam custos mínimos por apresentar uma planta industrial já instalada. Enquanto o que se chamava antes de concorrentes potenciais, agora é chamado de “comprometidos” (committed) com a entrada, já que apresentam um algum nível de custos irrecuperáveis. (POSSAS, 2002).

Os entrantes “não comprometidos” que eram denominados de ofertantes potenciais, como já foi visto anteriormente, devem integrar a análise de mercado relevante e de poder de mercado de uma outra firma que esteja sendo investigada. Afinal a facilidade de reorganização da capacidade produtiva, a exigência de poucos investimentos e os baixos custos que as firmas consideradas como uncommitted possuem, influi diretamente na análise de qualquer market share que uma outra firma dita monopolista tenha sobre um mercado específico. (POSSAS, 2002).

A análise de entrante dos Guidelines, segundo Possas (2002), apesar de ambígua apresenta uma precisão técnica apurada e refinamento teórico necessário da Teoria da Organização Industrial (OI). Embora nem sempre empregados pelas análises teóricas da OI e dos membros de defesa de concorrência na sua práxis, conceitos como custos irrecuperáveis, custos de saída e outros relacionados a esses como é o conceito de barreiras a entrada, são de suma importância para uma análise mais séria e precisa.

3.4 MEDIDAS DA CONCENTRAÇÃO

Para se ter noção do grau de concentração num mercado se utiliza alguns índices que auxiliam nessa mensuração. Os principais são o índice de razão de concentração para quatro empresas CR (4), que mede o grau de concentração das quatro maiores empresas do mercado em questão; e o índice de razão de concentração para oito empresas CR (8) que faz a mesma avaliação de concentração, só que com oito empresas. O mais utilizado atualmente no mundo e no Brasil, é o índice Hirschman-Herfindahl (HH).

O índice Hirschman-Herfindahl (HH) tem obtido mais credibilidade desde o início da década de 80 sendo utilizado pela instituição dedicada ao combate das praticas lesivas à concorrência, o Federal Trade Commission. Esse índice é mais

eficiente que os demais por ser mais sensível às fusões horizontais, entre duas ou mais empresas. (RESENDE e BOFF, 2002).

Ainda ensinam Resende e Boff (2002) como são os critérios de avaliação desse índice (lembrando que é utilizada a base 100, pois está em percentuais):

- 1 - $0 < HH < 1000$: sinaliza que não é preciso que haja preocupação por parte do órgão regulador.
- 2 - $1000 < HH < 1800$: poderá existir preocupação em relação a concorrência se o aumento do índice for equivalente ou superior a 100 pontos.
- 3 - $HH > 1800$: a preocupação existirá se o aumento for equivalente ou exceder a grandeza de 50 pontos, considerando-se a situação inicial (pré-fusão).

Para melhor entendimento da forma como funciona o índice HH utilizaremos um exemplo prático usado também por Rezende e Boff (2002):

Vamos supor uma indústria que seja composta por quatro empresas com as participações de mercado em percentuais de 40, 30, 20 e 10. Se elevarmos suas participações (market shares) ao quadrado e efetuarmos a soma das referidas participações, teremos o número de 3000, que corresponde ao índice HH antes da fusão, se enquadrando na terceira faixa, demonstrada a pouco. Vamos supor que as empresas 3 e 4 (que detêm respectivamente os valores de 20% e 10% em participação do mercado) resolvam praticar uma fusão, elevando a participação no mercado para 30%. Com a fusão, o novo cálculo do índice HH deverá considerar os valores 40, 30, e 30 como market shares. Quando fazemos o cálculo ao elevar os market shares ao quadrado e efetuar o somatório, obtemos o valor de 3400 para o índice HH pós fusão, que possui uma diferença de 400 com o valor do índice HH (3000) obtido antes da fusão. Como o valor de 400 supera o valor de 50, estipulado para mercados que possuem um índice HH maior que 1800 (terceira faixa), podemos dizer que o órgão regulador responsável pela defesa da concorrência deverá acionar o sinal de alerta contra a fusão. (RESENDE e BOFF, 2002).

3.5 EFICIÊNCIA ECONÔMICA

O conceito de eficiência econômica deve ser explicado pelo fato de as políticas de defesa da concorrência terem como escopo garantir eficiências a esses mercados concentrados.

A avaliação de eficiência é fundamental na análise antitruste, principalmente na análise de atos de concentração. Caso seja comprovado que determinado ato seja nocivo ao processo competitivo, gerando enorme concentração e probabilidade do uso dessa concentração na forma de poder de mercado, o ato só poderá ser aprovado caso gere eficiências que compensem os esses efeitos nocivos. Do contrário, caso o ato não gere eficiências líquidas positivas ou essas não sejam suficientes (conforme for o critério do órgão antitruste), o ato não será aprovado.

Na literatura econômica tradicional encontram-se inicialmente três tipos de eficiência: produtiva, distributiva e alocativa.

A eficiência produtiva significa operar a técnica produtiva num nível próximo o bastante do rendimento máximo permitido teoricamente por uma unidade de tecnologia. (POSSAS, FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

O conceito de eficiência alocativa está mais ligado a noção de que o equilíbrio geral competitivo e configurações de consumo possuem uma relação biunívoca, o que chamamos de teorema de bem-estar. Elaborado pelo economista Pareto, geralmente ligado ao conceito de ótimo de Pareto. Esse conceito também é passível de crítica, pois concebe um mercado de competição perfeita, atomista, com o objetivo de equilíbrio perfeito, e não pode ser aplicado nas indústrias do mundo real, onde há concorrência imperfeita, externalidades e rendimentos crescentes. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

O conceito de eficiência distributiva enuncia que o processo competitivo conseguiria aplainar diferenças, assimetrias entre concorrentes (poderes de mercado), proporcionando benefícios ao consumidor por meio distributivo. Por exemplo, as diferenças entre competidores poderiam ser reduzidas, ocorrendo nivelamento de preços, tornando a concorrência potencialmente eficaz, obtendo características semelhantes à de um mercado de concorrência perfeita como a livre entrada e saída dos mercados. Na visão Schumpeteriana a eficiência social não está no ajustamento e na obtenção de equilíbrios, mas sim na criação de novos espaços

econômicos, a partir de implantações dos novos processos e produtos. Em suma a partir de inovações. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Outro conceito é o de eficiência dinâmica, que aborda o trade off alocativo entre bem-estar presente e futuro e que por sua vez acaba gerando polêmica entre as autoridades antitruste, pois não é garantia que um sacrifício atual pela adoção de preços a cima do nível de competição serão de fato compensados por um efeito gerado por uma inovação incrementada. Apesar do desenvolvimento teórico o conceito de eficiência dinâmica ser mais aprimorado, ainda é ele baseado no conceito paretiano, pois é identificado como um efeito alocativo intertemporal. Para os Neo-schumpeterianos o conceito de eficiência dinâmica deve ser revisto por uma abordagem dinâmica da concorrência e não somente pelos seus efeitos alocativos. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Para melhor estudo é necessário utilizar o conceito de eficiência seletiva onde através de um ambiente altamente competitivo se selecionaria as inovações mais eficientes a serem utilizadas. Assim o bem-estar social propiciado pelas inovações seriam superiores as apropriações obtidas pelas grandes firmas. Para que isso aconteça as empresas não devem se utilizar apenas de recursos próprios, mas também de financiamentos que seriam obtidos pelo fácil acesso ao crédito. Apesar do apoio a ação das grandes firmas inovadoras no mercado competitivo, os autores ressaltam que o trade off entre inovações e poder de mercado individual não deve ser deixado de lado no momento da análise. (POSSAS; FAGUNDES e PONDÉ, 2002).

Sobre o conceito de eficiência podemos apresentar uma argumentação, como conclusão, de Schumpeter que entende que a margem de lucro nos mercados concentrados pode estar acima dos preços de competição, devendo-se não só tolerar essa situação, mas até desejá-la, pois poderia engendrar um ambiente de investimentos maciços em pesquisa e desenvolvimento, e também em outros ativos de maior ou menor risco (SCHUMPETER⁹, 1987, apud POSSAS, PONDÉ e FAGUNDES, 1997).

⁹ SCHUMPETER, J. Capitalism, Socialism and Democracy. Londres: Unwin Hyman, 1987.

3.6 A REGRA DA RAZOABILIDADE E A REGRA PER SE

Desde o surgimento da Lei Sherman houve pressão para o abrandamento das suas regras, principalmente aquelas que proibiam qualquer restrição ao comércio. O próprio Congresso dos EUA começa a julgar casos de empresas em que as condutas anticompetitivas não eram tão restritivas a concorrência e em alguns casos as condutas eram até necessárias para que houvesse concorrência (MELLO e POSSAS, 2002).

A partir desse momento se estabeleceu um debate na jurisprudência antitruste estadunidense, entre aqueles que eram favoráveis a aplicação irrestrita a todos os casos dos preceitos elencados na Lei Sherman (regra per se); e entre os indivíduos que pregavam a análise caso a caso, com uma aplicação mais razoável da Lei em alguns casos (regra da razoabilidade). Este último grupo entendia que com uma análise caso a caso, poderia haver a averiguação se tal ato prejudicaria de fato a concorrência. Se os efeitos do ato fossem razoáveis o ato poderia ser permitido, do contrário, se o ato gerasse efeitos não razoáveis, o mesmo seria proibido e punido (MELLO e POSSAS, 2002).

Sobre a definição dos conceitos das duas regras podemos fazer as seguintes considerações. A regra per se procura se pautar pela aplicação irrestrita da Lei Antitruste sobre as condutas nocivas a concorrência. Em outros termos ela pune qualquer caso que esteja enumerado na lei, não se atendo a realizar qualquer análise mais profunda sobre determinada conduta (se a mesma pode gerar efeitos líquidos positivos). Já a regra da razoabilidade enuncia que os atos ou condutas lesivas a concorrência sejam analisados caso a caso. Essa análise caso a caso verificaria a existência de efeitos positivos e se esses seriam superiores aos efeitos negativos causados a concorrência. Se os efeitos positivos forem superiores, seria requisitado que a conduta lesiva fosse não fosse punida, através de um entendimento mais flexível da Lei Antitruste.

Com o passar do tempo começou a se adotar a regra da razoabilidade (rule of reason) nos casos em que era necessária uma avaliação mais profunda, procurando investigar se as condutas gerariam ou não efeitos razoáveis. Enquanto outras condutas em que por si só já eram lesivas a concorrência, passaram a ser aplicadas a regra per se. Assim, através da regra per se, não se buscava investigar os efeitos

das práticas analisadas, basta que estejam provadas a sua ocorrência, para que sejam consideradas ilícitas (MELLO e POSSAS, 2002).

Apesar do número de casos atendidos pela regra de razoabilidade nos EUA ter se elevado com o passar dos anos, existe ainda um número grandes casos que são tratados pela regra per se. Esta última tem sido cada vez mais aplicada e também vem evoluindo a sua forma de aplicação. A jurisprudência dos EUA tem utilizado a regra per se não somente para casos em que são condenáveis pela simples comprovação do fato, mas também casos que normalmente gerem muito mais efeitos negativos do que positivos. (MELLO e POSSAS, 2002). Com essa medida, é assumido um certo risco, haja vista que o ato pode gerar efeitos positivos e esses podem ser mensurados de forma equivocada. Sobre esse fato comentam Mello e Possas (2002):

“ Como se vê, a Corte admite uma margem de erro, compensada com uma solução mais rápida que evita os custos do sistema judicial e das partes litigantes necessários a uma discussão do caso com base na rule reason” (MELLO e POSSAS, 2002, p. 143).

Mello e Possas (2002) ainda comentam que a regra per se, se entendida como um caso especial da própria rule reason (regra da razoabilidade), não ocasionará injustiças. Afinal existem práticas que sempre vão ocasionar mais efeitos negativos do que positivos, e portanto a aplicação nesses casos em específico não ocasionaram problemas. O que fica entendido sobre o que esses autores defendem, é que a regra per se deve ser aplicada não só nos casos em que o fato por si só já é prejudicial a concorrência, mas também nos casos em que quase sempre os efeitos negativos irão prevalecer. O que os autores defendem é que a regra per se seja utilizada somente nesses casos, e que não seja estendida aos casos em que os efeitos, do ponto de vista da razoabilidade, devem ser analisados. Ao se utilizar demasiadamente da regra per se com o objetivo de se economizar recursos econômicos e políticos, haveria a possibilidade de estar se cometendo uma injustiça do ponto de vista concorrencial e social.

É entendido a partir de leituras de Mello e Possas (2002) que é bem tênue o saber em relação a quais atos devem ser analisados com base na regra da razoabilidade ou da regra per se, gerando enorme divisão na jurisprudência estadunidense.

3.7 ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS

Num mercado em que uma empresa possui demasiado poder de mercado, pode-se dizer que há uma forte concentração nesse mercado. A concentração já existente pode ser aumentada pelos chamados atos de concentração. Esses atos se dividem em dois tipos: verticais e horizontais. Os verticais acontecem entre empresas da mesma cadeia produtiva enquanto as horizontais ocorrem entre competidores. Os exemplos mais comuns de atos de concentração são as aquisições e fusões, que podem correr tanto entre empresas da mesma cadeia (concentração vertical), ou entre competidores num determinado mercado (concentração horizontal)¹⁰.

Além dos atos de concentração, as autoridades antitrustes enumeram condutas anticompetitivas que também obedecem ao critério de vertical e horizontal.

Segue a baixo as principais condutas anticompetitivas de acordo com a classificação realizada por Mello (2002):

Condutas anticompetitivas do tipo horizontal:

- 1 - Cartéis: é um acordo entre concorrentes de um mesmo mercado que pode ser explícito ou tácito, com intuito de estabelecer preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, considerando-se que não gerem quaisquer benefícios à sociedade.
- 2 - Outros acordos entre empresas: existem quando há esforços conjuntos entre empresas competidoras com o objetivo de obter maior eficiência em esferas como produtividade e inovações tecnológicas, que ao contrário dos cartéis esse tipo de conduta tem uma durabilidade menor e possui efeitos nocivos menores a sociedade.
- 3 - Acordos de associações de profissionais: práticas que limitam a concorrência de profissionais, através do tabelamento de preços.

¹⁰ No presente trabalho, nos trataremos apenas da análise dos atos de concentração, do tipo horizontal, que ocorrem entre empresas que competem no mesmo mercado.

Condutas anticompetitivas do tipo vertical:

- 1 - Fixação dos preços de revenda: nesse tipo de prática o produtor fixa os preços de revenda a serem praticados pelos distribuidores, ameaçando-os para que cumpram a exigência.
- 2 - Restrições territoriais e bases de clientes: aqui os produtores estabelecem limites de áreas de atuação dos distribuidores com o intuito de restringir a concorrência e a entrada em regiões do mercado-alvo.
- 3 - Acordos de exclusividade: os produtores estabelecem exclusividade de venda de seus produtos aos distribuidores.
- 4 - Recusa de venda/negociação (ou boicote): é uma espécie de retaliação que pode acontecer por parte do produtor ou dos distribuidores (vai depender de quem tiver mais poder de mercado em sua esfera), em relação a relutância de se aderir aos acordos de fixação de preço ou exclusividade.
- 5 - Venda casada: aqui uma empresa se utiliza do poder de mercado considerado subordinante para aumentar o seu poder de mercado no produto subordinado. Isso ocorre através da venda de um produto ou serviço mediante a uma aquisição obrigatória de outro produto ou serviço.
- 6 - Discriminação de preços: é quando se fixa preços diferentes de vendas para compradores diferentes, essa prática em si não é anticompetitivas, pode ser associada a eficiências.

4 O SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi criado pela Lei 8.884/94 (Lei Antitruste), constituindo um marco importante na defesa da concorrência no país. Esse novo sistema é resultado de um longo e demorado processo histórico, que tem sua origem no início do processo de industrialização do país.

O SBDC é composto por três órgãos: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) vinculado ao Ministério da Justiça, a Secretária de Direito Econômico (SDE) também vinculada ao Ministério da Justiça, e a Secretária de Acompanhamento Econômico (SEAE) está ligada ao Ministério da Fazenda. A partir dessa configuração o CADE é o órgão mais importante do sistema, responsável pelo julgamento em última instância dos atos de concentração e das condutas anticoncorrenciais. As SDE e as SEAE ficam responsáveis pela elaboração dos pareceres jurídicos e econômicos que serviram de base para as análises final do CADE.

Como o CADE é o principal órgão desse sistema, a compreensão do seu funcionamento legal e dos procedimentos adotados por esses nas análises econômicas dos atos lesivos a concorrência com base nos conceitos difundidos na literatura da defesa da concorrência, é de extrema importância para entender como a questão antitruste é tratada na prática no Brasil.

Com o objetivo de atender essa análise dos atos e procedimentos do CADE, assim como dos demais órgãos do SBDC e também apresentar um breve histórico da defesa da concorrência no país, é necessário que haja uma divisão em subseções de forma esquemática, para que haja melhor entendimento do que se está tentando explicar nesse capítulo. Então esse capítulo será dividido em três subseções. A primeira corresponde a apresentação do histórico antitruste no país de uma forma mais detalhada do que já foi feita aqui, analisando toda a evolução legal na área, complementando com uma abordagem do cenário econômico-político que estava presente nesses momentos. Na segunda subseção teremos uma abordagem das principais características e funções dos três órgãos. E por último na terceira será apresentado os procedimentos de análises econômicas usualmente utilizados pelos membros do CADE nos julgamentos dos atos de concentração.

4.1 O HISTÓRICO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO PAÍS

A história brasileira na defesa da concorrência nos mercados é bem mais recente que a americana, por exemplo, tendo o seu início em 1945, com a intensificação do processo de industrialização. Apesar de já existirem leis que tratassem do assunto como o Decreto-Lei 4.407 (de 07-10-42) que criava a Comissão de Defesa Econômica e a Lei Malaya (Decreto-Lei nº7.666) de autoria de Agamemnon Magalhães, todas essas ainda durante a última fase do governo ditatorial de Vargas (1930-1945), não surtiram o devido efeito no governo liberalizante de Dutra, sendo o referido decreto, revogado. A industrialização nesse período priorizou os interesses das grandes multinacionais e também teve como outra característica importante a excessiva intervenção do Estado nos mais diversos mercados. (CONSIDERA, 2002). Esse panorama inibia uma dinâmica concorrencial mais desenvolvida ao país, já que a inserção de pequenas e médias empresas (principalmente de capital privado nacional) ficava inviabilizada pelo predomínio do capital estrangeiro e do intervencionismo estatal.

A preocupação com a questão antitruste aos poucos foi aumentando no país e um resultado positivo dessa preocupação foi a inclusão na Constituição Federal de 1946 de um artigo que tratava do assunto. O artigo 148 dispunha da seguinte maneira “ a lei reprimirá todo e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais de qualquer natureza, que tenham a finalidade de dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. (CONSIDERA, 2002). Mas o grande passo para a defesa da concorrência no país, desde então, foi a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), por meio do Decreto-Lei 4.137 de 1962. O CADE possuía vinculação à Presidência da República e tinha como principal função o combate ao abuso econômico via repressão. Apesar dos objetivos serem nobres, na prática o CADE não atuou de forma efetiva na punição dos atos contrastantes com liberdade de concorrência nos mercados. (CONSIDERA, 2002). Para reforçar essa informação, Salgado (1997) nos relata:

(...) em sua primeira fase, de 1963 até 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Destes, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recurso das partes inconformadas. (SALGADO, 1997, p. 176).

Com o golpe de 1964, e a instauração da ditadura militar no país, o Estado brasileiro, quando não intervinha diretamente na economia através da atuação de empresas estatais, ora se utilizava de meios burocráticos para exercer um rígido controle sobre a atuação das grandes empresas. O controle do Estado se fazia presente principalmente sobre os preços com o intuito de combater o elevado processo inflacionário que na época se desenvolvia de uma forma bastante acelerada. (CONSIDERA, 2002). Para tal tarefa foram organizados diversos órgãos, mas o que teve mais destaque em relação a atuação, foi a CIP (Comissão Interministerial de Preços). Esse órgão passou a administrar e implementar reajustes nos preços a partir de resultados encontrados no próprio mercado através do um exame minucioso sobre as planilhas de custos das grandes empresas (sem garantia que essas não fossem mostradas aos seus concorrentes). A partir da análise da planilha de custos e dos preços cobrados das grandes empresas, o governo estipulava o preço médio (a partir do que era estabelecido pelas empresas líderes) do mercado, que deveriam ser seguidos por todas firmas que atuassem no mesmo segmento de mercado. (CONSIDERA, 2002).

De acordo com Considera (2002) a CIP com intuito de controlar os preços do mercado, numa tentativa consertada do governo de controlar a inflação, acabou por cartelizar diversos setores presentes na economia brasileira. Essa cartelização ocorreria sob duas formas.

A primeira forma ocorreria através das reuniões das classes setoriais empresariais promovidas pela CIP com o intuito de planejar a política de preços de determinado mercado, essas reuniões acabaram, indiretamente por organizar de uma forma bem estruturada diversos setores, que anos mais tarde veriam a formar alguns cartéis.

Na segunda forma a cartelização ocorreria através da indicação do líder de mercado. Essa indicação se dava através de um procedimento da CIP na qual ela se baseava na planilha de custo das empresas líderes para definir o preço a ser cobrado pelo produto produzido num determinado setor. Essa prática acabava por prejudicar pequenas e médias empresas, pois essas não conseguiam manter esses preços estipulados pela CIP, afinal não possuíam a mesma estrutura produtiva das empresas grandes. Como consequência dessa prática adotada pela CIP, houve

muitas falências dessas pequenas e médias empresas, que corroborava para a elevação da concentração nesses mercados.

Considera (2002), de forma concisa, mas ampla, interpreta o panorama da economia nacional nesse período:

A política de industrialização seguida, baseada na transferência de tecnologia altamente intensiva em capital, um recurso escasso no Brasil, num mercado pequeno comparativamente àquele de sua origem (os países desenvolvidos), e fechado à contestação de importações (tarifas altas para proteger a indústria nascente) não poderia dar muita atenção à questão da concorrência. (CONSIDERA, 2002, p. 14).

Com o fim da ditadura na metade da década de 80, e a liberalização da economia no início dos anos 90, houve a abertura dos mercados a concorrência de empresas estrangeiras e início do processo de desestatização, era preciso de uma nova lei de defesa da concorrência compatível com as necessidades atuais do país. É então promulgada em 11 de junho de 1994 a Lei 8884/94 que pretende coibir atos lesivos a concorrência nos mercados do sistema econômico nacional.

4.2 O SBDC E SEUS ÓRGÃOS COMPONENTES

Como já fora dito anteriormente os órgãos componentes do SBDC eram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), a Secretária de Direito Econômico (SDE), e a Secretária de Acompanhamento Econômico (SEAE). Nesta subseção será dedicada ao estudo das principais características e funções desses três órgãos, para tal, então, dividiremos o estudo em três itens, cada um correspondendo a um órgão do SBDC.

4.2.1 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela lei 4137/62 e foi reformulado pela Lei 8884/94, quando passou a ser uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. O CADE é composto por um presidente e seis membros conselheiros que compõem o plenário, além do Procurador do CADE e também de um representante do Ministério Público. Os conselheiros e o presidente são nomeados pelo presidente da República após aprovação do Senado

Federal. Os conselheiros devem ter no mínimo trinta anos de idade e ter profundo conhecimento em economia ou direito, sendo o mandato dos mesmos de duração de dois anos, podendo ser reconduzidos por mais dois anos nos referidos cargos. Em relação ao Procurador do CADE os requisitos referentes a nomeação, aprovação, qualificação, duração de mandato e recondução no cargo são os mesmos que o do presidente e os conselheiros, o que difere é que a nomeação em vez de ser feita pelo Presidente da República é realizada pelo Ministro da Justiça. Em relação ao representante do Ministério Público, a sua nomeação se dará pelo Procurador Geral da República. (BARBOSA, 2006).

Em relação às funções de cada cargo, os conselheiros são responsáveis pela análise e julgamento dos atos de concentração e condutas anticompetitivas que chegam da SDE. Quando chega um caso para ser analisado, é escolhido por sorteio um conselheiro para realizar a análise do caso e proferir o primeiro voto (ele deve também justificar o seu voto). Esse conselheiro é denominado de conselheiro relator.

Depois da análise do conselheiro relator finalmente o caso vai para o plenário, onde é julgado, sendo a decisão baseada por maioria simples. Essa decisão proferida em plenário não pode ser contestada em nenhuma instância administrativa, somente no judiciário. Eventualmente pode surgir o pedido de reconsideração da decisão, que pode ser aceito quando há o aparecimento de novas informações que sejam consideradas relevantes ao caso analisado, ou que esse pedido seja considerado razoável ao caso, conforme for o entendimento do Conselheiro Relator (BARBOSA, 2006). Quando é proferida a decisão no plenário, ela deve ter a segurança por meios legais de que irá ser cumprida na prática. Essa é a função do Procurador do CADE, que é de assegurar o cumprimento legal das decisões do plenário do CADE, sobre os casos analisados e julgados. Quanto ao membro do Ministério Público a sua função estaria restrita a apresentação de trabalhos de defesa aos casos em que poderão ser afetados interesses difusos da sociedade e também na averiguação das ações legais nos procedimentos do CADE. (BARBOSA, 2006).

4.2.2 A Secretaria de Direito Econômico (SDE)

A Secretaria de Direito Econômico (SDE) é vinculada ao Ministério da Justiça e tem a função de elaborar um parecer de Direito da Concorrência que juntamente com o parecer econômico da SEAE vai ser analisado pelos conselheiros do CADE. É também de competência da SDE acolher denúncias sobre questões envolvendo práticas lesivas a defesa da concorrência, elaborando investigações e relatórios sobre essas possíveis práticas objeto das denúncias. A partir da verificação da SDE o processo caminha para a SEAE e posteriormente para o CADE. A SDE é composta por dois departamentos: o Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE); e o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. O primeiro trata da defesa da concorrência enquanto que o segundo trata de assuntos relativos ao direito do consumidor.

A SDE a partir do seu departamento de defesa econômica – DPDE criou um centro onde se tem a elaboração de técnicas quantitativas e econométricas com o objetivo de auxiliar na análise de condutas e atos de concentração. Apesar dessa função de elaborar análises econômicas mais aprofundadas, ser mais da competência da SEAE, esse fato tem demonstrado que as duas Secretarias estão se relacionando bem, em perfeitamente sintonia, redesenhando atribuições entre elas. Isso é ainda mais perceptível com a decisão de elaborar conjuntamente um parecer único contendo a análise jurídica e econômica do caso, que deverá ser enviado ao CADE para uma análise posterior. (BARBOSA, 2006).

Outro fato importante que deve ser mencionado e que está relacionado à atuação dessa secretaria, é o programa de leniência proposto pela Lei 10.149/00. Em suma, essa lei prescreve que os infratores que colaborarem com a disposição de provas sobre os atos impróprios cometidos, poderão ter as suas punições amenizadas. Apesar da iniciativa da SDE ser interessante, ainda não houve nenhuma regulamentação mais detalhada do programa, o que praticamente inviabiliza a sua existência na esfera prática. (BARBOSA, 2006).

4.2.3 A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) está vinculada ao Ministério da Fazenda e tem a função dentro do SBDC de realizar pareceres econômicos que posteriormente seriam enviados para o CADE. Em relação aos procedimentos, geralmente é a SEAE por meio de investigações econômicas através de análises minuciosas do funcionamento dos mercados (focando principalmente nos preços) é que inicia o processo fornecendo o seu parecer econômico, para um posterior parecer jurídico da SDE. Mas esse procedimento tem mudado nos últimos anos, pois a SDE também poderia iniciar os processos por meio de denúncias. E também as duas Secretarias mencionadas decidiram fazer pareceres conjuntos, aumentando a eficiência nos procedimentos administrativos dessas duas secretarias. Em suma sobre os pareceres da SEAE, podemos entender conforme nos diz Barbosa (2006, p. 23) “a elaboração desses pareceres não adquire caráter vinculante, apenas auxilia a instrução da análise nas questões econômicas pertinentes aos processos objetos de julgamento pelo CADE”.

4.3 ROTEIRO DE ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Segue agora alguns estudos sobre a forma em que se encadeiam os procedimentos de análise realizados pelos conselheiros relatores na composição de seu relatório. Temos dois estudos que procuram compor, a partir de pesquisas dos relatórios dos julgamentos, uma espécie de roteiro de análise do que é normalmente seguido pelos conselheiros do CADE. Os dois trabalhos, a saber, são de Mello (2002) e Gama e Ruiz (2006).

Conforme nos ensina Mello (2002) o julgamento de um ato de concentração está dividido em quatro fases: na primeira há a abordagem do mercado relevante e do poder de mercado; na segunda fase há a identificação dos efeitos anticompetitivos; na terceira fase são identificadas as eficiências geradas pela conduta; e por último na quarta fase se faz a conclusão sobre a presença de efeitos líquidos que compensem ou não os efeitos negativos gerados pela fusão.

1 - Na primeira fase, esta é a mais detalhada pela autora, temos três procedimentos que serão descritos a abaixo:

- i. O primeiro procedimento consistiria na determinação do mercado relevante. Para tal seria necessário que se identificasse o mercado relevante que poderia ser afetado pelo ato, ou seja, aquele onde as empresas envolvidas têm as suas atividades.
- ii. O segundo procedimento estaria relacionado na análise da posição das empresas envolvidas no mercado relevante em questão, o que seria obtido com os cálculos dos market-share pós-fusão e depois com um estudo comparativo com os indicadores dos mesmos market-share pré-fusão.
- iii. O terceiro procedimento consistiria na análise do exercício de poder de mercado que só poderia ser encontrado com o exame das formas de concorrência e grau de rivalidade nos mercados em questão, não se esquecendo da avaliação das barreiras à entrada e da possibilidade de concorrência por importações.
- iv. Realizado estes três procedimentos é feito o juízo de valor, se a fusão apresenta nenhum dano a concorrência ela é aprovada pelo CADE e o processo termina por aqui. Caso o ato de concentração seja considerado danoso à concorrência o julgamento passa então para a segunda fase, que é dedicada à averiguação da existência de eficiências compensatórias.

2- Na segunda fase, já sabendo que o ato causa efeitos danosos à concorrência, é iniciada uma avaliação minuciosa dos efeitos anticompetitivos, com a mensuração da intensidade dos seus efeitos, que dependem do grau de concentração de poder de mercado resultante da fusão em relação à situação anterior.

3- A terceira fase identifica as possíveis eficiências geradas pelo ato de fusão. Estas eficiências corresponderiam na prática a economias de escala e de escopo, economias do custos de transação e melhorias tecnológicas. Além de analisar as eficiências que poderiam ser geradas pela fusão também é verificado se as mesmas eficiências poderiam ser alcançadas por um meio alternativo.

4 - E por último na quarta fase, depois de toda essa análise, se os efeitos forem positivos o ato deve ser aprovado; caso contrário, se os efeitos compensatórios forem negativos, o ato deve ser vetado, ou então devem ser impostas certas condições para a aprovação do ato lesivo, o que é muito comum nos julgamentos do CADE. (Mello , 2002).

Esse roteiro descrito por Mello (2002) está próximo daquele em que é normalmente seguido pelo CADE, o que não deve se entender que é utilizado em todos os casos de atos de concentração. Até porque essa série de procedimentos não é definida por lei e consiste apenas em procedimentos concernentes a prática processual dos julgamentos de atos de concentração realizados pelos membros dessa autarquia. Outra ressalva é que Mello (2002) classificou os procedimentos de uma forma que ela entendera, ou seja, a partir do estudo de vários julgamentos de atos de concentração foi concluído que os relatores dos processos dessa autarquia seguiam um ritual de análise parecido na elaboração de seus relatórios.

O que se pretende dizer aqui, é que existem outras formas de entender e ordenar em forma de esquemas ou roteiros os procedimentos de análise usados nos relatórios dos atos de concentração dentro de fases distintas às apresentadas até o presente momento. Por exemplo, Gama e Ruiz (2006) apresentam de uma forma um pouco diferente de como é construído o roteiro de análise usado pelos conselheiros do CADE nos julgamentos dos atos de concentração.

Gama e Ruiz (2006) esquematizam o roteiro de análise em três fases: na primeira fase se aborda o conceito de mercado relevante, na segunda fase as condições de exercício de poder de mercado e por último na terceira fase é realizada a avaliação das eficiências.

1 - A primeira fase se dedica ao conceito de mercado relevante. Esse por sua vez, de forma concisa e superficial é o espaço econômico em que as empresas atuam para isso tem-se o auxílio do estudo da substituíbilidade da demanda e substituíbilidade da oferta. Na primeira se observa sobre a ótica do consumidor e considera três dimensões: a do produto (utiliza-se aqui o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) e o Price Correlation Over Time); a geográfica (onde também se utiliza o TMH) e dimensão temporal da substituição. Na segunda considera-se aqueles entrantes que já possuem a capacidade instalada para dar início ao processo produtivo e portanto não seriam vítimas dos custos irrecuperáveis.

2 - Na segunda fase tem-se o exame das condições de exercício de poder de mercado. Nesta se faz do uso de índices de concentração (onde o mais usado é Herfindahl Hirschman (HHI), da observação de viabilidade da competição externa (é necessário investigar se as importações poderiam influir significativamente de forma positiva no processo competitivo) e por último na análise das condições de entrada

de novas firmas (aqui se faz um exercício hipotético se há possibilidade de entrada de uma nova firma competitiva num determinado período de tempo e com significativa capacidade produtiva). Em relação ao ultimo vale destacar é que nesse momento em que ocorre a abordagem das barreiras a entrada que seria necessário ao exercício realizado sobre a possibilidade de um entrante potencialmente competitivo.

3 - A última fase é dedicada à análise das eficiências compensatórias ou líquidas. O que vale destacar aqui é que acima das eficiências produtivas, distributivas e alocativas, o desejo em mente do julgador está se os benefícios que a fusão poderia ocasionar vão ser distribuídos de forma a pelo menos não prejudicar o consumidor. Em outros termos o excedente do consumidor se não tiver apresentado melhora na situação, que pelo menos não a tenha deteriorada com os efeitos da fusão. Essa postura de análise é denominada de Padrão Preço. (GAMA e RUIZ, 2006, p. 3-7).

A partir do que foi descrito até o presente momento, merecem ser destacadas algumas diferenças dos dois esquemas apresentados. No esquema utilizado por Gama e Ruiz (2006) percebemos que os aspectos envolvendo os conceitos de mercado relevante e poder de mercado são tratados em fases específicas. Já no esquema apresentado por Mello (2002) a análise das variáveis relacionadas a esses dois conceitos são tratados em uma única fase (na primeira fase). E também em relação à abordagem das eficiências percebemos diferenças em relação a esquematização. Mello divide os procedimentos em três fases específicas enquanto Gama e Ruiz (2006) englobam todos os procedimentos em uma única fase.

Apesar das diferenças entre os dois esquemas apresentados sobre o roteiro de análise utilizado pelos membros do CADE na realização dos relatórios dos atos de concentração julgados, elas não prejudicam a percepção e o entendimento dos procedimentos demonstrados. O que se percebe é que as diferenças estão na esquematização dos procedimentos do roteiro de análise e não na realização dos próprios procedimentos.

5 ESTUDO DE CASO

Em 2002, a Nestlé Brasil Ltda (Nestlé) comprou a Chocolates Garoto S.A. (Garoto). A operação foi devidamente formalizada em 22 de fevereiro de 2002 e só foi avisada aos órgãos de defesa da concorrência em 15 de março de 2002. A operação ainda sofreu a impugnação de terceiros interessados, como a Kraft Foods (Lacta). Na época as duas empresas envolvidas no ato de concentração (Nestlé e Garoto) e a impugnante (Lacta) dominavam cerca de 90% do mercado, enquanto outras empresas rivais como a Mars e a Arcor dominavam individualmente não mais do que 3,5% do mercado de chocolates no país. (FAGUNDES, 2008).

A fusão entre essas duas grandes empresas do ramo alimentício gerou enorme concentração na participação de mercado. Estima-se que o HH tenha passado de 2.748 para 4.164 pontos no mercado de chocolates industrializados. Houve também a constatação da existência de elevadas barreiras de entrada e de um nível baixo de rivalidade entre as empresas participantes desse mercado. (FAGUNDES, 2008).

O caso ganha enorme notoriedade e importância para o SBDC, inúmeros pareceres são anexados ao processo. No início de 2004 o caso é finalmente julgado, e por maioria de votos, é decidida a desconstituição do ato de concentração. As requerentes recorrem ao CADE, com um pedido de reapreciação, mas encontram nova derrota. Depois de esgotarem todas as suas chances na esfera administrativa, as requerentes decidem recorrer à Justiça. E em 16 de março de 2007 a Justiça profere decisão favorável as requerentes. Agora depois de pedido de recurso pelo CADE, a decisão deve ser proferida pelos tribunais superiores nos próximos meses. (ANDRADE, 2008).

Como o resultado do julgamento desse ato de concentração pelo CADE foi pela desconstituição do ato, resta agora saber os critérios utilizados na análise do referido ato. Para atingir esse objetivo será utilizado o artigo de autoria do Prof. Thompson Almeida Andrade¹¹ (2008) que foi o conselheiro-relator do caso Nestlé-Garoto. Ele analisa nesse artigo o próprio relatório apresentado na época, desde a

¹¹ ANDRADE, T. A. Uso da solução estrutural na defesa da concorrência: o caso Nestlé/Garoto. In (Coord.). MATTOS, C.. **A Revolução Antitruste no Brasil 2** : teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2008.p.119-138.

apresentação das justificativas iniciais até as justificativas utilizadas para julgar os recursos solicitados pela Nestlé.

5.1 IDENTIFICAÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

Na análise de mercado relevante foram determinados quatro mercados relevantes em que as duas empresas participantes atuariam. São os seguintes: balas e confeitos de chocolate; coberturas de chocolates; mercado de achocolatados; e chocolates sob todas as formas (como bombons, tabletes, caixa de bombons, barras recheadas, ovos de páscoa e formatos variados). Houve ainda a exclusão do mercado relevante de chocolates artesanais, pois os produtores desse mercado não seriam capazes de oferecer perigo à política comercial dessas empresas (ANDRADE, 2008).

Desses quatro mercados analisados apenas os mercados de coberturas de chocolates e o de chocolates sob todas as formas foram considerados como propícios para ação de políticas anticoncorrenciais. No mercado de coberturas de chocolates, a fusão elevaria o poder da Nestlé de 66,1% para 88,5% (em 2001), e, além disso, só existia uma empresa rival, a Arcor, que havia ingressado nesse mercado apenas em 1999. Quanto ao mercado de chocolates sob todas as formas, o poder da Nestlé em conjunto com a Garoto seria de 58,41%. A Lacta, maior concorrente, deteria em torno de 33,15% da participação de mercado e a Arcor teria apenas 3,4% do mesmo mercado. (ANDRADE, 2008) .

Os outros dois mercados rejeitados para análises posteriores foram deixados de lado, pois a fusão não oferecia perigo à dinâmica vigente nos mesmos. No mercado de balas e confeitos a participação conjunta dessas duas grandes empresas (Nestlé-Garoto) não superava a marca dos 4%, portanto sendo incapaz de se utilizar de qualquer poder de mercado. No mercado de achocolatados a situação era um pouco diferente, havia grande concentração, a Nestlé detinha 58,1% do mercado e a Garoto possui 3,1%, somando após a fusão o nível de 61,2% . As demais concorrentes Quaker e Arisco, possuíam respectivamente as parcelas de 16,9% e 5% do mercado. Nesse mercado não houve alteração em relação à dinâmica concorrencial vigente e por isso também foi descartado das análises posteriores. (ANDRADE, 2008) .

Na análise de mercado relevante, realizada até então, percebe-se que apenas dois mercados foram considerados como objetos de prejuízos em relação à competitividade existente, o de cobertura de chocolates e o de chocolates sob todas as formas. Esse fato fez com que houvesse sugestões para soluções alternativas em relação à decisão do julgamento. Sobre essa questão Andrade (2008):

Esta análise dos níveis de concentração, ao mostrar elevadas concentrações apenas para os mercados de cobertura de chocolate e para chocolates sob todas as formas, levaria os críticos da decisão do CADE a pensar que se o problema era com esses mercados, bastaria reduzir a concentração neles que o problema estaria solucionado do ponto de vista da defesa da concentração. As características desses mercados, entretanto, não permitiam a sua consideração parcial e a solução apresentada não podia ser considerada. (ANDRADE, 2008, p. 121-122).

5.2 A VERIFICAÇÃO DE BARREIRAS À ENTRADA

A análise da existência de barreiras à entrada é importante para se ter a noção se há a possibilidade de entrada de um novo competidor potencial. Em caso afirmativo, a entrada de um novo competidor que ameace a situação das empresas líderes, poderia inibir práticas que manipulassem os preços ou outras condições de mercado a partir da utilização de um poder de mercado. Em outros termos “as barreiras à entrada mostram as condições que permitiriam às firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante auferirem lucros extraordinários sem induzir à entrada de novos concorrentes” (ANDRADE, 2008, p. 122). Essa avaliação deve verificar a condição de novas firmas virem a se instalar no mercado num período de 12 a 24 meses e com uma capacidade de produção grande, que seja capaz de contestar as firmas estabelecidas. (ANDRADE, 2008).

No mercado de cobertura de chocolates a quantidade de investimentos a serem realizados dependeria da estratégia a ser adotada pela firma. Segundo ANDRADE (2008) seriam três tipos de estratégias que poderiam ser utilizadas pelas novas firma entrantes: 1) poderia implementar uma firma que fornecesse cobertura de chocolate (chocolate industrial) para fabricantes de chocolates de consumo massivo ou outras indústrias que fossem consumidoras de chocolate industrial; 2) ela poderia em vez de ser fornecedora de chocolate massivo, ser produtora do mesmo, vendendo o excedente do chocolate para fabricantes de chocolates; 3) poderia ainda ser um pequeno produtor de chocolate industrial.

Foi estimado, que para um pequeno produtor que produza 3.600 toneladas anuais pudesse viabilizar a sua planta, deveria importar produtos no valor de R\$ 2 milhões, realizados no período de 12 meses. Se o objetivo for o ingresso como fornecedor de cobertura de chocolates para fabricantes industriais para consumo massivo, teria que haver um investimento de R\$ 50 milhões numa planta que possua a capacidade de produzir 40 mil toneladas anuais. (ANDRADE, 2008).

Mas mesmo que uma firma desse porte se instalasse nesse mercado, seria difícil para se estabelecer, haja vista a capacidade que a Nestlé possuía para impedir essa entrada. Essa afirmativa estava baseada no dado relacionado à capacidade ociosa. A Nestlé/Garoto possuía 90% da capacidade ociosa existente no mercado e por isso poderia se utilizar quando lhe fosse necessário de práticas comerciais defensivas. (ANDRADE, 2008).

A outra ofertante, a Arcor, possuía uma capacidade ociosa que corresponderia em 2001 a 38% do mercado, o que para os agentes antitruste seria um valor razoável para enfrentar uma empresa que resolvesse se utilizar do seu poder de mercado através de políticas comerciais lesivas ao mercado em questão. Mas apesar da capacidade ociosa da Arcor estar em um nível razoável, ela correspondia a apenas 11% da capacidade ociosa da Nestlé/Garoto. (ANDRADE, 2008). O que daria ainda forte poder de retaliação para uma tentativa de contestação da liderança de mercado das empresas requerentes (Nestlé/Garoto). Essa dinâmica, após a fusão, poderia incentivar políticas de combinação de preços de forma tácita, afinal o nível de competitividade nesse mercado após a fusão seria baixo. (ANDRADE, 2008).

No mercado de chocolates sob todas as formas são levadas em consideração inúmeras barreiras à entrada. As principais barreiras à entrada estariam associadas a requerimentos de capital mínimo na esfera produtiva e de distribuição; a oportunidades de vendas; segredos industriais, lealdade do consumidor à marca e elevados custos irrecuperáveis (sunk costs).

Os requerimentos de capital que seriam os investimentos necessários para a implementação de uma planta industrial variam de acordo com a fonte consultada. De acordo com a Lacta e a Cadbury o nível mínimo de produção seria de 30 mil toneladas por ano, enquanto que a Nestlé apontava o mínimo de 15 mil toneladas por ano como necessário para uma firma se estabelecer. O montante necessário para o investimento seria de US\$ 50 milhões segundo dados das empresas

consultadas e em torno de US\$ 31,5 milhões segundo dados fornecidos pela Nestlé. O tempo mínimo de entrada seria em torno de dois ou três anos. Em relação aos investimentos relacionados à construção de uma rede de distribuição que atendesse todo o mercado nacional, segundo a Nestlé, a perspectiva de investimento seria em torno de R\$ 10 milhões (ANDRADE, 2008).

Em relação às oportunidades de vendas, conforme Andrade (2008) foi realizada uma simulação com uma opção de uma escala mínima de produção de 30 mil toneladas por ano, correspondente a 19% do mercado nacional, com a perspectiva de crescimento nas vendas do mercado de 1,5% ao ano (cerca de 2.400 toneladas). E como havia a tendência de redução nas oportunidades de vendas, com a fusão, pode-se concluir que essa condição inviabilizaria a entrada nesse mercado relevante. (ANDRADE, 2008). Mesmo quando se realiza uma simulação mais favorável as possibilidades de entradas, com crescimento de 2% ao ano que corresponderia à quantidade de 6.400 toneladas, e que essa quantidade adicional fosse tomada somente pela empresa, ainda corresponderia a 32% da capacidade produtiva da empresa entrante. Segundo dados enviados pela Kraft para que uma firma atuasse de forma eficiente, a capacidade ocupada deveria ser de no mínimo de 65% da capacidade total produtiva. Essa escala mínima de produção seria inviável diante da redução das oportunidades de vendas. (ANDRADE, 2008).

No mercado relevante analisado os segredos industriais corresponderiam às fórmulas para a obtenção de sabores, texturas e outras características dos chocolates adaptadas aos gostos dos consumidores brasileiros. A dificuldade em relação a essa barreira está no desenvolvimento de pesquisas para a obtenção dessas fórmulas e no risco que estariam correndo caso houvesse uma reprovação por parte dos consumidores. Esses tipos de custos seriam irrecuperáveis e portanto seriam uma barreira importante para inibir a entrada de um novo competidor nesse mercado relevante. (ANDRADE, 2008).

A questão da marca, segundo Andrade (2008), constitui uma barreira importante à entrada no mercado de chocolate. Um exemplo, que pode ser citado é o caso da mudança de nome do chocolate “Lollo” para “Milkybar” que demorou cerca de três anos (1989 a 1992). Segundo a própria detentora da marca, a Nestlé, a demora se deu no próprio receio de que uma mudança abrupta poderia causar um impacto negativo à imagem do chocolate. (ANDRADE, 2008).

Para reforçar a importância da marca, Andrade (2008) apresenta uma pesquisa encomendada pela Nestlé, em que se comprova que 52% dos consumidores já têm a marca definida em mente quando vão comprar aqueles tabletes de chocolate (de 160g e 200g), e que apenas 6% escolhem esses chocolates baseados apenas no preço, sem nenhuma marca definida.

Em relação aos gastos com marketing, eram comprovadamente grandes. A Nestlé gastava cerca de 22% do seu faturamento, enquanto que a Kraft, detentora da marca Lacta gastava entre 6 a 10% do seu faturamento com as propagandas de suas marcas. Segundo dados apresentados pela Kraft, os investimentos mínimos necessários para o lançamento de uma nova marca seria de cerca de R\$ 10 milhões de reais, somente no primeiro ano. Para se ter noção da importância da marca, estima-se que as marcas mais rentáveis possuam um tempo de exposição no mercado de mais de duas décadas. (ANDRADE, 2008).

A demora para se entrar nesses mercados e fazer pressões competitivas era bem perceptível pelo histórico das empresas que ingressaram nesse mercado há pouco tempo. “A Parmalat entrou no mercado em 1998; a Arcor iniciou suas operações com planta própria local em 1996; a Mars entrou em 1996; e a Ferrero ingressou em 1994 com importações, inicialmente” (ANDRADE, 2008).

Apesar dessas empresas constituírem grandes corporações com larga experiência no mercado de chocolates de outros países, não houve ameaça às empresas líderes que juntas detinham 91,6 % do mercado (Nestlé com 33,9%, Garoto com 24,5%, e Lacta com 33,2% do mercado) em 2001, contra 8,4 % restantes para essas empresas a pouco citadas (Parmalat, Hershey's, Arcor, Mars e Ferrero). (ANDRADE, 2008). Isso demonstra que as marcas líderes, já consolidadas, conseguiram obter tal situação de liderança, através da manutenção da fidelidade dos consumidores às suas marcas, que foram obtidas através de vultuosos investimentos ao longo dos anos.

Outro fator importante em relação à marca era a necessidade de se manter um portfólio conhecido de marcas, para que esses ganhassem a confiança do comerciante quanto à exposição de novos produtos nos pontos de venda. Mas engendrar tal situação não seria nada fácil, haja vista um número grande de pontos e espaços de vendas que as duas empresas requerentes possuíam, devido a um portfólio bem amplo de produtos conhecidos pelo consumidor. (ANDRADE, 2008).

Com a aquisição da Garoto pela Nestlé, houve um grande incremento na variedade de marcas nas mais variadas formas, tais como tabletes, bombons avulsos, candy bars, o que poderia colocar mais obstáculos às possíveis empresas entrantes e a empresas recém instaladas no mercado nacional. A dificuldade de empresas como a Hershey's, Mars, Arcor, Parmalat e Ferrero consistia na pouca diversidade de seus produtos e também ao pouco tempo de exposição de seus produtos no mercado consumidor, o que tornava bem reduzido o reconhecimento de seus produtos pelos mesmos. (ANDRADE, 2008).

A necessidade de uma rede de distribuição poderia ser uma barreira importante à entrada de novos competidores no mercado analisado. Embora boa parte da distribuição se faça através de supermercados e hipermercados e esses sejam abastecidos diretamente pelos fabricantes, e também que os investimentos para a construção de uma rede de distribuição não sejam tão onerosos e portanto impeditivos à entrada de novos competidores de grande porte, alguns outros fatores podem tornar esse fator uma barreira considerável a entrada de um novo competidor. (ANDRADE, 2008).

A implantação de uma rede pode se tornar um problema principalmente se a firma recém instalada não possuir um portfólio considerável de produtos. Afinal a implantação de uma rede de distribuição própria, só pode ser implantada se o problema da obtenção de um portfólio de produtos diversificados e conhecidos perante ao público for resolvido. Esse tipo de barreira tem impedido a entrada de empresas suficientemente grandes e no tempo adequado, nas últimas décadas no mercado nacional. (ANDRADE, 2008).

5.3 A ANÁLISE DA RIVALIDADE COMPETITIVA

A análise de rivalidade competitiva deve ser realizada pois a enorme concentração proporcionada pela fusão entre a Nestlé e a Garoto, poderia incentivar a implementação de condutas cartelizadas. (ANDRADE, 2008).

Segundo Andrade (2008), foram apresentados vários estudos pela Nestlé, através da utilização do Modelo de Williamson (1968)¹². A partir do uso desse modelo, a Nestlé argumentava que haveria muitas eficiências geradas pelos atos de

¹² Williamson, O. **Economies as na Antitrust Defense; the Welfare tradeoffs**. American Economic Review, v. 58, March 1968.

concentração, como reduções de custo, que eram mais do que suficientes para compensar a elevação dos preços. Não haveria também motivos para a elevação de preços, pois essa não seria uma estratégia ótima a ser utilizada pelas empresas e também o ganho de eficiência seria compartilhado com o consumidor. (ANDRADE, 2008).

Conforme Andrade (2008) a Nestlé ainda apresentou o jogo conhecido na Teoria dos Jogos como o “Dilema do Prisioneiro”, onde se tirava a conclusão que a estratégia ótima tanto para Nestlé/Garoto como para a Kraft seria a redução de preços. Ainda o estudo mostrava que um aumento de preços na ordem de 5, 10 e 15% provocaria uma redução de 3,37, 14,92 e 32,33%, respectivamente, o que ajudaria no argumento de que qualquer aumento no nível de preços não proporcionaria ganhos às empresas líderes, mas muito pelo contrário, levaria a prejuízos no seu faturamento.

E por fim os estudos concluíam mostrando o pior dos cenários, onde mesmo que houvesse a presença de Mark-up de 20% e aumentos de 15% nos preços, as reduções de custo, eficiências, necessárias para que não houvesse perdas no bem-estar social estariam no nível de 9%. Isso estaria bem a baixo do nível de eficiências prometidas pelas requerentes que gravitava em torno de 12% (ANDRADE, 2008).

A impugnante, Kraft, também apresentou estudos sobre o caso, questionando a metodologia empregada nos pareceres apresentados pela Nestlé. Segundo a impugnante os modelos corretos para se utilizar como simulação era o modelo de Bertrand com produtos diferenciados e o equilíbrio de mercado não-cooperativo de Nash. (ANDRADE, 2008). Esses modelos eram mais adequados pois a estrutura competitiva dos mercados de chocolates se caracterizam como o de concorrência monopolística, pois os bens ofertados pelas empresas integrantes desse mercado eram diferenciados. O que se conclui sobre esses estudos é que as eficiências mínimas necessárias para que se compensem a concentração promovida pela fusão sem que haja perdas de bem-estar deveriam ser na ordem de 12% (ANDRADE, 2008). E não de 9% como foi apresentado nos estudos da Nestlé.

5.4 ANÁLISE DAS EFICIÊNCIAS GERADAS PELA FUSÃO

Os atos de concentração que gerem efeitos positivos, ou seja, que compensem as restrições à concorrência podem ser aprovados pelo CADE. Mas essas eficiências devem advir da própria fusão em si, ou seja, as eficiências geradas pela fusão para serem consideradas pelos julgadores do CADE devem ser restritas aos atos de concentração. O que se tenta explicar é que as eficiências geradas pela fusão só poderiam ser alcançadas por meio dela. As eficiências que poderiam ser obtidas por outros meios que não o da fusão, não devem ser consideradas. Sobre o assunto Andrade (2008) apresenta um estudo realizado pela OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 2003 e tece seu comentário sobre ele:

Segundo aquele estudo, eficiências derivadas de economias de escala ou de escopo, ou ainda decorrentes da racionalização do uso das plantas produtivas, por exemplo, devem ser aceitas. Já aquelas decorrentes de economias gerenciais e administrativas não podem ser aceitas, principalmente porque se considera desnecessária uma fusão para que as economias sejam alcançadas. Conclui o estudo da OCDE, taxativamente, que a aceitação das eficiências para aprovar uma fusão deve ser restringida, sendo estas consideradas apenas nos casos em que são extraordinariamente elevadas. (ANDRADE, 2008, p. 130).

Andrade (2008) por meio desse comentário demonstra que a aceitação de eficiências compensatórias em atos onde a concentração seja muito grande, deve ser considerada apenas em casos onde as eficiências comprovadas sejam suficientemente grandes. Para corroborar com a argumentação, Andrade (2008) cita o Guia Norte- Americano para Análise de Concentrações Horizontais, em que a análise das eficiências só são consideradas em casos em que os efeitos anticompetitivos não são muitos elevados. E Andrade (2008) também cita a Comissão Européia, afirmando que essa instituição só se dedica a averiguar as eficiências compensatórias dos atos de concentração, em situações nas quais o grau de concentração gerado não ultrapasse o nível de 50%. Em suma o que se procura defender, é que análise de efeitos compensatórios deve ser feita em atos de concentração que não gerem efeitos competitivos tão graves.

Andrade (2008) ainda argumenta que segundo a OCDE as eficiências compensatórias poderiam ser aceitas com mais facilidades em mercados em declínio ou saturados, onde as fusões racionalizam os recursos existentes nos

referidos mercados. Mas essa não é a situação característica do mercado de chocolates, onde as oportunidades de crescimento são elevadíssimas, devido ao baixo crescimento do consumo per capita do produto pelos consumidores brasileiros. (ANDRADE, 2008).

E para completar a argumentação diante das eficiência compensatórias deve-se fazer menção ao aspecto que envolve o conceito de assimetria de informação. Afinal as informações disponíveis para os agentes antitruste e os membros das empresas são geralmente bem diferentes. As eficiências poderiam ser mais bem avaliadas somente com informações mais exclusivas às empresas e interessados. Com isso existe sempre a possibilidade das empresas avaliarem incorretamente as eficiências, superestimando os níveis obtidos pela fusão. Para concluir essa argumentação Andrade (2008) comenta:

Em razão dessas dificuldades, países como Reino Unido e Estados Unidos, com mais experiência na aplicação das leis de defesa da concorrência, vêm com ceticismo as alegações relativas a ganhos de eficiências quando as operações acarretam redução substancial da concorrência. (ANDRADE, 2008, p. 131).

No Brasil, o artigo 54, p. 1º, inciso III da Lei 8884/94 também segue a tendência internacional e dispõe que atos que eliminem parte substancial da concorrência não devem ser aprovados. (ANDRADE, 2008).

A Nestlé apresentou uma lista dos dados relativos a eficiências que gravitavam em torno de 13%. Desta lista de eficiências muitas foram descartadas pelo CADE e os níveis de eficiências apuradas foram de 1,47 ou 2,16, o que seria um valor muito abaixo do valor recomendado de eficiências necessárias, estimado em torno de 12%. (ANDRADE, 2008). Esses percentuais estariam muito abaixo dos recomendados, e não compensariam o aumento de preços decorrentes da operação. Somado a isso haveria as fortes barreiras à entrada (que foram elencadas em itens anteriores dessa seção) existentes nesses mercados abordados, que se intensificariam ainda mais com a fusão. Além do mais foi verificado que não existiria um nível de rivalidade necessário entre as empresas participantes desses mercados, o nível de eficiências não compensaria a falta de rivalidade existente. A partir de toda essa análise, o CADE julgou improcedente o ato de concentração, obrigando a desconstituição completa da fusão, visando eliminar na totalidade o seus efeitos nocivos (ANDRADE, 2008).

5.5 DO PEDIDO DE REAPRECIAÇÃO APRESENTADO PELA NESTLÉ

A Nestlé ficou inconformada com a decisão, e entrou com um Pedido de Reapreciação junto ao CADE. No pedido a Nestlé fazia uma “reengenharia” no ato de concentração, propondo a criação de uma nova empresa do mercado de chocolates, com parte de produtos da Nestlé e parte dos produtos da Garoto. (ANDRADE, 2008). A proposta continha o comprometimento em disponibilizar um conjunto de ativos produtivos e também ativos comerciais, marcas e propriedade intelectual, da Garoto e da Nestlé, com o intuito de proporcionar a criação de uma empresa que detivesse 10% do mercado de chocolates sob todas as formas. Essa empresa, segundo a Nestlé, teria todas as condições de operar de forma saudável do ponto de vista financeiro e também teria uma boa capacidade de crescimento. Esse pacote se transformaria em uma empresa, caso algum comprador de fora ou pertencente ao mercado realizasse a compra do mesmo (ANDRADE, 2008).

Andrade (2008) questiona se seria melhor para o mercado e para os consumidores a existência de uma nova empresa no mercado, com parte dos ativos da Nestlé e da Garoto, ou se era melhor a existência da Garoto, na sua forma integral? Segundo, o mesmo autor, a condição competitiva da Garoto, era “prova provada”, ou seja, era uma empresa altamente competitiva, que possuía marcas altamente conhecidas e reconhecidas junto aos consumidores. (ANDRADE, 2008, p. 134). Já a criação de uma nova empresa estava baseada em previsões, conjecturas, palpites, que poderiam muito bem não serem factíveis num futuro real próximo.

Um exemplo interessante, que auxilia no entendimento do que foi exposto na análise do Pedido de Reapreciação (análise realizada pelo relator do CADE, Thompson Andrade), é aquele utilizado pelo Professor David M. Kreps¹³ (2004, apud Andrade, 2008) em relação ao mercado de fraldas estadunidense na década de 70. O mercado de fraldas dos EUA era dominado pela Procter and Gamble e também era composto por outras grandes empresas: a Kimberly-Clark e a Johnson e Johnson. Na interpretação do Prof. Kreps a Kimberly-Clark e a Johnson e Johnson, eram boas rivais a Procter Gamble, pois não desejavam ameaçar a sua liderança incontestável no mercado de fraldas. A primeira citada estava contente com o segundo lugar e outra estava contente em manter o seu excelente desempenho na

¹³ KREPS, David M. **Microeconomics for managers**. New York and London: W. W. Norton e Company, 2004.

venda de produtos de alta qualidade na linha infantil. Mas a Union Carbide podia constituir uma má rival para a Procter Gamble, pois através de vultuosos investimentos, dada que era uma empresa de grande porte, desejava não só entrar nesse mercado, mas conquistar parcelas de mercado, chegando até a enfrentar a empresa líder de mercado. Não foi à toa que a Procter Gamble utilizou seus recursos criando barreiras à entrada, que impediram a entrada da Union Carbide no mercado de fraldas.

Segundo Andrade (2008) o exemplo do Prof. Kreps serve para explicar que essa nova empresa criada a partir de partes dos ativos da Nestlé e da Garoto, não se comportaria como uma má rival a Nestlé. Afinal mesmo que essa nova empresa fosse lucrativa e detivesse grande parcela de mercado, como a apresentava a Nestlé no seu pedido de reapreciação, não existia nenhuma prova concreta de que ela seria uma rival capaz de contestar a liderança da Nestlé. E também deve-se admitir que não seria a intenção da Nestlé, e com certeza de nenhuma empresa neste mundo, criar uma rival que pudesse realmente competir e contestar a sua liderança. Andrade (2008) conclui, defendendo que seria muito melhor que a Garoto se mantivesse no mercado, da forma como estava antes da fusão, pois esta seria e teria condições de ser uma má rival para a Nestlé.

“Por essas razões o CADE rejeitou o pedido de reapreciação da decisão original, mantendo a determinação de que a Garoto seja vendida”. (ANDRADE, 2008, p. 136).

A Nestlé não se contentou com o resultado negativo da decisão do pedido de reapreciação e recorreu à Justiça. A Nestlé alegou no seu pedido à Justiça que questões processuais como demora nos prazos do julgamento com análises de fatos que a mesma não considerava importante, não foram respeitadas; e também que houve cerceamento da defesa; e também alegou que a decisão do CADE inibia a livre iniciativa (art. 1º, IV, da C.F./88).

Sobre a decisão da justiça em primeira instância, Andrade (2008) repudiou completamente e comentou: “aparentemente não houve preocupação na decisão de primeira instância da Justiça, a qual priorizou outros aspectos processualísticos, considerados mais relevantes”. (ANDRADE, 2008, p.137).

O caso Nestlé promete proporcionar muita discussão dada a sua complexidade de análise, com a utilização de recursos técnicos apurados, que muitas vezes são objetos de críticas, por muitos teóricos do mundo acadêmico

especializado no antitruste. E também pela decisão do CADE, que contrariou os interesses de uma grande e poderosa multinacional do ramo alimentício, que visa dominar o mercado nacional de chocolates. Para terminar a análise do caso Nestlé-Garoto, iremos utilizar uma frase do Prof. Thompson Andrade, do seu artigo: “É de se desejar que em um novo julgamento, em instância superior, o princípio constitucional de livre concorrência [art. 170, IV, da C.F./88] seja também lembrado e que o papel e a força do CADE sejam restaurados” (ANDRADE, 2008, p. 137-138).

6 CONCLUSÃO

A partir do que foi exposto nesse trabalho podemos tecer algumas considerações sobre a política antitruste no Brasil, em especial sobre o comportamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Essas considerações podem ser tecidas principalmente após a apresentação do caso Nestlé-Garoto, que possibilitou a complementação com a teoria apresentada anteriormente. O que demonstra que o objetivo traçado no início do trabalho foi alcançado ao seu termino.

No segundo capítulo foi realizada uma breve exposição da evolução teórica antitruste nos EUA. Foi realizada uma breve exposição discutindo os motivos da promulgação da Lei Sherman , e se entendeu que elaboração dessa Lei teve ensejo na preocupação do governo e da população com a ação cada vez mais prejudicial sobre a economia do país dos trustes e outras grandes corporações empresariais.

Em seguida foram apresentados os principais pressupostos das Escolas de Harvard e Chicago. A primeira inspirada no modelo estrutura-conduta-desempenho entendia que deveria ser proibido qualquer ato que gerasse grande concentração no mercado. Enquanto que a segunda propunha que não se desse muita atenção ao aumento da concentração, mas sim as eficiências que determinado ato pudesse proporcionar a economia. E depois tivemos a apresentação de outras contribuições teóricas como a dos custos de transação e dos mercados contestáveis, e também a do enfoque neo-schumpeteriano sobre a concorrência.

Dessas contribuições teóricas vale destacar o enfoque neo-schumpeteriano sobre a concorrência, que entende que a concorrência se daria por uma competição dinâmica através de inovações tecnológicas, entre as firmas. E propõe que algumas fusões proporcionariam eficiências (de ordem tecnológica, por exemplo) mesmo que gerasse grande concentração nos mercados. Essa visão tem origem no entendimento de que mesmo que houvesse grande concentração, as firmas não iriam exercer práticas anticompetitivas, pois as estruturas de mercado são muito maleáveis (devido a dinâmica do processo de concorrência capitalista) e possibilidade de uma outra firma venha a contestar a firma dominante seria bem significativa.

No terceiro capítulo houve uma breve exposição dos principais conceitos teóricos utilizados nas análises antitrustes. O que vale destacar é a importância do

conceito de poder de mercado e mercado relevante, que poderia comprometer a análise correta de um ato concentração. A identificação do mercado relevante (obedecendo ao critério do produto e do geográfico), bem como a análise das elasticidades do produto e da oferta, para verificar a possibilidade do consumidor trocar de produto ou de uma entrada imediata de um novo ofertante (ofertante potencial), é essencial para saber se determinado ato gera efeitos nocivos ou não ao mercado identificado.

A abordagem de poder de mercado, apesar das críticas, principalmente por conceber a competição por preços, ainda é importante para análise. Essa afirmativa é verdadeira, pois é a possibilidade do exercício de poder mercado que é evitada pelos órgãos antitruste. Esse poder de mercado pode ser medido por índices de concentração, como índice Hirschman-Herfindahl (HH). Afinal se os índices acusarem grande concentração de mercado, ela por si só já seria passível de ser punida.

O outro conceito abordado que merece ser destacado é o conceito de barreiras à entrada. Ele é importante para sabermos se há a possibilidade de entrada de novas firmas nos mercados. Em caso de não haver grandes barreiras à entrada, e por consequência houver grande facilidade de entrada por um novo competidor (chamado de competidor potencial) o ato poderá ser aprovado mesmo que haja a comprovação de grande poder de mercado nos mercados relevantes avaliados. Afinal o poder de mercado seria ineficaz se não houvesse grandes barreiras à entrada.

Também merece destaque aqui a abordagem da idéia de eficiência econômica. Afinal a busca por eficiência econômica nos mercados é objetivo dos governos. E na esfera antitruste a eficiência almejada seria a eficiência compensatória. A presença dela em níveis que compensassem as perdas ocasionadas à concorrência é decisiva para a aprovação ou não do ato de concentração.

E como último comentário a esse capítulo, não poderia ser deixado de lado a discussão envolvendo a regra da razoabilidade e a regra per se. A importância se deve ao fato que conforme for a regra utilizada para a análise de um ato lesivo a concorrência, as conclusões sobre o mesmo podem ser bem díspares. Geralmente a regra da razoabilidade pode ser bem interessante para casos em que apesar da grande concentração gerada pelo ato, há a presença de efeitos compensatórios que

tomaria razoável a aprovação do ato, através de uma aplicação menos rígida da lei. Já o uso da regra per se também seria interessante nos casos em que costumeiramente as perdas geradas à concorrência sejam comprovadamente altas. Conclui-se que o uso dessas duas regras deve ser dosado e direcionado aos casos que seriam mais compatíveis.

No quarto capítulo temos o estudo sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Vimos que ele é integrado pela SEAE, SDE e o CADE. A SEAE é responsável pelos pareceres econômicos e a SDE pelos pareceres jurídicos. Muitas vezes as duas secretarias atuam conjuntamente na elaboração de pareceres melhorando a combinação de conceitos jurídicos e econômicos, facilitando a análise posterior dos membros do CADE. O CADE por sua vez julga os atos de concentração e outras condutas. As decisões do CADE são as últimas em âmbito administrativo, podendo ser contestáveis somente no Judiciário. Os critérios utilizados na elaboração dos relatórios do CADE são baseados em sua maioria nos conceitos teóricos tratados nesse trabalho.

No quinto capítulo foi realizada a análise do julgamento do caso Nestlé-Garoto realizado pelo CADE. No julgamento do caso, o CADE demonstrou estar bem preparado para a realização de análises bem complexas, como as que exigiam o tratamento desse caso.

Quando verificamos os procedimentos de análise, percebemos que a análise do mercado relevante é bem complexa e segue o que foi exposto sobre o conceito, no Capítulo 3. Ao que diz respeito à análise do mercado relevante, percebemos a divisão desse em quatro mercados relevantes, haja vista que as duas empresas possuíam um tamanho elevado e o rol de produtos bem diversificado. Desses quatro mercados, dois foram deixados de lado para análises futuras: o de mercado de balas e confeitos onde a participação das duas empresas fusionadas em 2001 era inferior a 4% do respectivo mercado, não existindo qualquer possibilidade de utilização de poder de mercado; e também o mercado de achocolatados onde a fusão não alteraria a estrutura de mercado vigente (onde com a fusão a participação da Nestlé aumentaria de 58,1% para 61,2% do respectivo mercado).

E os outros dois mercados relevantes mereceram interesse especial para análises futuras: o de cobertura de chocolates e o de mercado de chocolates sob todas as formas. No primeiro a fusão geraria grande poder de mercado, além da possibilidade bem grande de haver condutas de combinação de estratégias com a

Arcor (a outra empresa desse mercado). Afinal a participação de mercado da Nestlé era seria elevada com a fusão de 66,1% para 88,5% do mercado de cobertura de chocolates e restaria somente uma grande concorrente nesse mercado, que era a Arcor (com um poder de mercado bem mais reduzido, se comparado com a empresa líder). No segundo, a grande concentração de mercado, proporcionaria grande poder de mercado e liderança incontestável do mesmo a Nestlé. Nesse mercado a Nestlé com a fusão alcançaria (com dados de 2001) o percentual de 58,41% do mercado, possibilitando a criação de uma liderança incontestável em relação a Lacta (33,15%), Ferrero (3,4%) e da Arcor (3,4%).

Na análise de barreiras à entrada, Andrade (2008) expôs de forma bem didática e detalhada as barreiras estruturais presentes. É entendido que os mercados exigem enorme capacidade para uma produção que gere economias de escala e essa só poderia ser obtida através de vultuosos investimentos. Apesar de elementos tecnológicos não serem tão importantes no mercado de cobertura de chocolate, no mercado de chocolates sobre todas as formas esses elementos eram imprescindíveis. Nesses mercados, o investimento e o tempo necessário para a elaboração de um novo produto (nesse mercado as empresas buscam a diferenciação dos produtos para obter lucro) eram enormes. E o problema aumentava devido à extrema dificuldade de o consumidor aceitar um novo produto (novos sabores e texturas) no curto prazo e mesmo no longo prazo (ou seja, pode ser que o produto nunca seja bem aceito pelos consumidores). Em outros termos, os investimentos constituíam custos irrecuperáveis e o risco quanto ao seu retorno era altíssimo, o que contribuía muito para dificultar a entrada de um novo competidor.

Outra barreira (que está associada a esta última descrita) que talvez seja a mais importante, é a respeitabilidade da marca junto aos consumidores. A marca conforme exposto na análise do julgamento, era de extrema importância para a competitividade nesse mercado. Empresas de grande porte como Parmalat e Arcor, mesmo fazendo grandes investimentos em pesquisas (com sabores e texturas dos seus produtos) e também com propagandas (elemento necessário para a fixação e manutenção da marca junto ao público) não obtiveram bons resultados nas vendas de suas marcas. O que demonstra que a respeitabilidade e preferência do público, demanda, além de grandes investimentos constantes em propaganda e pesquisas, a perspectiva de muito tempo (talvez décadas) para atingir bons resultados junto a preferência do público. E o portfólio de marcas detidos pela Nestlé-Garoto era

consideravelmente grande, o que proporcionaria não só grande poder de mercado e liderança do mesmo, mas também a possibilidade de evitar a entrada de um novo competidor.

Toda essa análise sobre as barreiras de entrada foi importantíssima para a decisão do caso. E também demonstra como o tratamento das barreiras de entrada é importante para a análise dos atos de concentração, e assume importância vital em muitos deles.

Aqui nessa conclusão vale destacar que a questão de rivalidade competitiva foi abordada nesse caso, apesar de não ter sido tratada no Capítulo 3 (referente à apresentação dos principais conceitos teóricos da análise antitruste). Nem todos os processos de atos de concentração abordam esse item (o de rivalidade competitiva). Mas dada as especificidades e a complexidade presente, houve a necessidade de tal análise. Percebemos que nos dois mercados mais afetados com a elevação da concentração e supressão da concorrência, a dinâmica da competitividade entre as empresas, dada a grande diferença entre market shares (participação de mercado), seria bem prejudicada. Não só a possibilidade de um novo competidor estaria descartada, mas também a possibilidade das principais concorrentes tentarem ameaçar a liderança da Nestlé também estariam inviabilizadas. Tanto a Arcor, no mercado de coberturas de chocolate, como a Kraft, no mercado de chocolates sob todas as formas, estariam mais condicionadas a adotarem estratégias em consonância (acordos tácitos) com a líder Nestlé do que enfrentá-la diretamente (por meio de políticas comerciais agressivas), haja vista o temor da possibilidade de uso de represarias comerciais por parte da empresa líder

Na sequência, é realizada a análise das eficiências compensatórias, já que foi concluído que o ato de concentração gerava enorme prejuízos à concorrência. As eficiências alegadas pelas requerentes (Nestlé-Garoto) seriam da ordem de 13%. Mas como essas eficiências são difíceis de serem provadas e só algumas foram aceitas pelo CADE, o nível de eficiências gravitou entre 1,47% e 2,16%. Esse número é bem a baixo do que foi declarado pela Nestlé, pois conforme foi exposto por Andrade (2008) só foram consideradas eficiências geradas diretamente pela fusão e não foram computadas outras eficiências: como a mera transferência de renda entre agentes econômicos, sem qualquer benefício ou ganho social.

Em virtude das eficiências não serem tão elevadas quanto o necessário e também graças à enorme concentração que muito provavelmente não seria

compensada por qualquer tipo de eficiência, além da presença de elevadas barreiras de entrada e por consequência da rivalidade nos mercados não ser tão elevada como o desejado, o ato de concentração foi vetado.

A requerente (Nestlé) tentou recorrer através do pedido de reapreciação, junto ao plenário do CADE, propondo até a constituição de uma nova empresa (com parte de ativos da Nestlé e da Garoto). Sobre essa proposta o CADE entendeu que uma empresa com parte de ativos da Nestlé e com parte de ativos da Garoto, não seria do ponto de vista econômico, um competidor capaz de enfrentar a Nestlé diretamente. E também, segundo argumentos do relator do processo, seria muito mais benéfico para o mercado que a Garoto voltasse a ser uma empresa independente da Nestlé, pois a sua potencialidade e a sua marca nos mercados analisados eram respeitáveis e inquestionáveis. A criação de uma nova empresa a partir de alguns ativos da Nestlé e da Garoto (mesmo que essas apresentassem grande participação de mercado como defendiam as requerentes), em relação ao seu futuro no mercado de chocolates, pertencia ao campo das conjecturas e possibilidades, e não das certezas e da realidade.

A partir desses argumentos o pedido de reapreciação da decisão do CADE realizado pela Nestlé não foi aceito. Então a Nestlé recorre à Justiça e tem seu pedido aceito em primeira instância. Apesar de a primeira decisão ter sido favorável a requerente, há ainda a possibilidade de que a Justiça reconsidere a decisão do CADE (e priorize o princípio da liberdade de concorrência), em julgamentos em instancias superiores.

Podemos dizer que a decisão do CADE foi de extrema importância para a questão antitruste no país, abrindo precedentes positivos em torno da preservação da livre concorrência e bem-estar social contra o poderio econômico que deseja dominar um mercado de forma hegemônica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, T. A. Uso da solução estrutural na defesa da concorrência: o caso Nestlé/Garoto. In (Coord.). MATTOS, C.. **A Revolução Antitruste no Brasil 2 : teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2008.p.119-138.

BARBOSA, C. **Investigação econômica sobre o sistema brasileiro de defesa da concorrência, 2000 a 2004**. 206 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) - Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (ESALQ), Universidade de São Paulo. Piracicaba, 2006. Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/11/11132/tde-16052006-162919/>>. Acesso em: 04/11/2007.

CONSIDERA, C. M. **Uma breve história da economia política da defesa da concorrência**. Documento de Trabalho, 22 – da Secretária da Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, Brasília, 2002. Disponível em: < www.seae.fazenda.gov.br/central_documento/documento_trabalho/2002-1/doctrab_22.pdf>. Acesso em: 11/09/2007.

FAGUNDES, J. Análise antitruste do caso Nestlé-Garoto: bem-estar social e simulação de fusões. In (Coord.). MATTOS, C. **A Revolução Antitruste no Brasil 2 : teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2008. p. 139-161.

FAGUNDES, J.; PONDE, J. **Barreiras à entrada e defesa da concorrência: notas introdutórias**. 21 f. Textos para discussão – Instituto de Economia – UFRJ, Rio de Janeiro, 1998. Disponível em: < http://www2.ie.ufrj.br/grc/pdfs/barreiras_a_entrada_e_defesa_da_concorrenca.pdf>. Acesso em: 17/07/2007.

GAMA, M. M. da; RUIZ, R. M. A práxis antitruste no Brasil: uma análise do CADE no período de 1994-2004. In: XXXIII Encontro Nacional de Economia da AMPEC, 2005, Natal. **Artigos eletrônicos**. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro_2005/artigos/A05A109.pdf>. Acesso em: 12 out. 2007.

KUPFER, D. Barreiras estruturais à entrada. In: (Org.). KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus 2002.p.109-128.

MELLO, M. T. L. Defesa da concorrência. In: (Org.). KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus 2002. p.485-514.

MELLO, M. T. L.; POSSAS, M. L. Direito e Economia na análise de condutas anticompetitivas. In: (Org.). Possas, M. L. **Ensaio sobre a Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular 2002.p.135-159.

PONDE, J. L.; FAGUNDES, J.; POSSAS, M. L. Regulação da concorrência nos setores de infraestrutura no Brasil: elementos para um quadro conceitual. **Relatório de Pesquisa/IPEA**, 1997, 40 págs. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/publicacoes/relatorio_pesquisa/relatorio_pesquisa_1997_40_pags.pdf>.

2.ie.ufrj.br/grc/pdfs/regulacao_da_concorrenca_nos_setores_de_infraestrutura_no_brasil.pdf>. Acesso em: 6 set. 2007.

POSSAS, M. L. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. In: (Org.). Possas, M. L. **Ensaio sobre a Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular 2002.p.75-95.

POSSAS, M. L.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. L. Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: (Org.). Possas, M. L. **Ensaio sobre a Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular 2002.p.11-31.

REZENDE, M.; BOFF, H. Concentração industrial. In: (Org.). KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. Rio de Janeiro: Campus 2002. p.73-90.

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

SCHYMURA, L. G. Barreiras à entrada: o caso do setor de creme dental brasileiro. In (Coord.). MATTOS, C. **A Revolução Antitruste no Brasil: teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003.p.67-81.