



A PRÁTICA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO CADE

*Marina Moreira da Gama**

1. Introdução

No Brasil, a defesa da concorrência ganhou força somente nos últimos dez anos, com a aprovação da Lei 8.884/94 e a criação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Por isso, para determinar a prática da defesa da concorrência no Brasil é necessário avaliar as decisões dos órgãos antitruste nacionais que, no caso brasileiro, são proferidas pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Avaliar as decisões do CADE é, portanto, avaliar a defesa da concorrência no Brasil. Um modo de avaliar a prática da defesa da concorrência brasileira consiste em observar se as decisões do CADE estão de acordo com as convencionais teorias utilizadas na análise antitruste. O objetivo deste trabalho é, portanto, analisar a consistência teórica dos casos julgados do CADE no período de vigência da Lei 8.884/94, ou entre 1994 e 2004, pois é a partir daí que se define a prática política desta autarquia e sua relevância como instituição que se propõe reguladora da estrutura produtiva. Do ponto de vista econômico, avaliar a consistência teórica das decisões do CADE significa verificar se a teoria econômica utilizada como referência – aqui denominada de teoria antitruste – está sendo rigorosamente utilizada por esta instituição.

Para tanto, este trabalho se divide em seis seções, incluindo esta introdução. A segunda seção traz as referências teóricas da política antitruste. A terceira descreve esta teoria e seus procedimentos para avaliação de atos de concentração e práticas restritivas, tais como a delimitação do mercado relevante, a possibilidade de exercício de poder de mercado e a avaliação das eficiências econômicas líquidas. A quarta seção trata da metodologia de avaliação dos casos julgados pelo CADE. A quinta apresenta os resultados consolidados da análise sobre esta autarquia federal. E a última parte faz as considerações gerais sobre a prática antitruste no Brasil.

2. Referências teóricas da política antitruste

Como muitas das legislações positivas, as leis sobre a defesa da concorrência, ou antitruste, como preferem alguns especialistas, antecederam a teoria

* Economista (UNICAMP), advogada (PUCCAMP), doutoranda em economia pelo CEDEPLAR (UFMG).

econômica que lhes conferem sustentação. Isto é, a lei antecipou a teoria econômica acerca da matéria antitruste. Historicamente, a legislação antitruste, na sua forma mais moderna, é uma “invenção” da América do Norte. O Canadá aprovou um estatuto antitruste em 1889; o Estados Unidos adotou o *Sherman Act* em 1890. Estas leis representaram uma reação política à turbulenta mudança econômica do final do século XIX que produziu indústrias extremamente concentradas e, muitas vezes, cartelizadas (GAMA, 2005b).

Já considerando a evolução teórica da política antitruste, é possível dizer que a defesa da concorrência foi baseada nas teorias de Organização Industrial que constituíram o chamado modelo Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), tal como foi desenvolvido a partir dos anos 50 pela chamada “Escola de Harvard”. Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura. As políticas antitrustes elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada.

O Modelo ECD

Condições Básicas

Oferta: disponibilidade de insumos, tecnologia, aspectos institucionais, características do produto

Demanda: elasticidade-preço, presença de substitutos, sistema financeiro, distribuição de renda

Estrutura

número de produtores e compradores, diferenciação de produtos, estruturas de custos, integração vertical e diversificação

Condução

políticas de preços, estratégias de produto e vendas, pesquisa e desenvolvimento, investimentos em capacidade produtiva

Desempenho

Alocação eficiente dos recursos, atendimento das demandas dos consumidores, progresso técnico, contribuição para a viabilização do pleno emprego dos recursos, contribuição para uma distribuição equitativa da renda, grau de restrição monopolística da produção e margens de lucro

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

Considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), no qual as empresas têm poder de decidir o preço cobrado, este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta). Isto é, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Ainda para esta análise estruturalista, quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade. Consoante BAIN (1956), o principal fator estrutural que afeta a conduta colusiva das empresas já estabelecidas é a concentração, já que a coordenação entre firmas ocorre mais facilmente quando seu número é reduzido no mercado em análise. Este entendimento estruturalista, segundo POSSAS (1985: 95), consiste em “tomar a concentração econômica como elemento básico da estrutura [de mercado] e a intensidade das barreiras à entrada como indicador chave do poder de mercado das empresas oligopolistas...”.

O problema desta visão, salientado por seus principais críticos, os teóricos da dita “Escola de Chicago”, é que a concentração não deve ser a variável principal e decisiva a ser considerada na análise antitruste. Isto porque, por um lado, concentração reflete apenas o número de concorrentes em um mercado e a desigualdade de tamanho entre eles, não havendo razão para supor que os comportamentos dos agentes serão simétricos e colusivos. Quanto a avaliação empírica, os testes econométricos realizados entre concentração e variáveis que refletem o desempenho da firma, como lucratividade, margem de lucro e *markup*, são inconclusivos, inclusive quando tratam da direção da causalidade¹.

Assim, não mais se sustenta que a concentração seja uma indicação segura para a conduta dos competidores e por isso a justificativa para intervenção governamental via aplicação de legislação antitruste. Em poucas palavras, “a concentração industrial é uma condição necessária para a acumulação assimétrica de poder de mercado, e por conseqüência para a possibilidade de seu exercício de forma anti-competitiva; mas de modo algum é condição suficiente.” (POSSAS *et al*, 1996: 21).

A “Escola de Chicago” rompe, assim, com a tradição essencialmente estruturalista da teoria antitruste ao considerar que a concentração em si não é um mal, desde que seja vista em termos da eficiência econômica (produção ao menor custo). Estruturas concentradas, se resultarem em uma economia de recursos que compense seus efeitos anticompetitivos, não podem ser consideradas ineficientes. Esta visão propõe a análise do efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis ou reais perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos (SALGADO, 1997).

¹ Ver a resenha de GEROSKI (1988)

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

3. A teoria antitruste e o roteiro de avaliação

A análise antitruste parte da possibilidade de exercício de poder de mercado. Um ato de concentração ou uma conduta de uma firma só será considerado anticompetitivo se resultar em criação ou aumento de poder de mercado, compreendido como a capacidade da empresa em manter preços acima do nível competitivo por um determinado período de tempo.

Para que seja constatado que houve exercício de poder de mercado, a teoria antitruste faz a análise do caso seguindo um roteiro de avaliação que padroniza e, desta forma, agiliza o trâmite dos processos (OLIVEIRA & RODAS, 2004). Assim, ela se vale de três passos básicos seqüenciais: (i) a conceituação de mercado relevante; (ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; (iii) o exame das eficiências geradas pela operação. A partir destas considerações, o ato ou a conduta será aprovado ou condenado. Este roteiro tem como base a teoria antitruste convencional e é utilizado pelos órgãos de defesa da concorrência para avaliar atos de concentração e práticas restritivas. Por isso, ele será a referência para a análise da prática da defesa da concorrência no Brasil.

3.1. O conceito de mercado relevante

O mercado relevante, conceito rotineiramente utilizado na análise antitruste, é definido como o menor espaço econômico, em termos de produto e geográfico, no qual o poder de mercado é possível de ser exercido por uma firma atuando de forma isolada ou grupo de empresas agindo de forma coordenada, durante um certo período de tempo (HOVENKAMP, 1994; SCHERER & ROSS, 1990; CARLTON & PERLOFF, 2000). Portanto, a delimitação do mercado relevante deve ser feita con-

siderando-se a substituíbilidade da demanda nas suas três dimensões: a do produto, a geográfica e a temporal, além da substituíbilidade da oferta.

3.1.1 A substituíbilidade da demanda

A substituíbilidade da demanda considera a permuta entre produtos do ponto de vista do consumidor e possui três dimensões. Na dimensão do produto, a questão essencial é saber como muda o consumo de um produto a partir de mudanças no seu preço relativo. Por exemplo, se o preço do produto A aumentar em um percentual pequeno e significativo e, como resultado, os consumidores substituírem o produto A pelo produto B em quantidades relevantes, então A e B são bons substitutos e poderão, segundo esta dimensão, ser incluídos no mesmo mercado. Para determinar a extensão do mercado relevante em termos do produto, três testes (métodos) têm sido utilizados de forma recorrente (SCHERER & ROSS, 1990).

O primeiro teste consiste em se estimar as elasticidades cruzadas da demanda, que medem o percentual de mudança na quantidade demandada de um bem em resposta ao aumento de um ponto percentual no preço de outro bem. O segundo teste está baseado na suposição de que se dois produtos estão no mesmo mercado, então a variação de seus preços ao longo do tempo deverá ocorrer na mesma direção e em percentuais muito próximos (*Price Correlation Over Time*). Se o coeficiente de correlação calculado entre os preços de dois produtos for relativamente alto, presume-se que estes produtos estejam no mesmo mercado. Por fim, o terceiro teste é o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) proposto pelo Guia de Fusões Horizontais Norte-Americano (*GUIDELINES*, 1997)², que analisa a possível resposta dos consumidores diante de um aumento de preços de um certo produto, normalmente convencionado em 5%, mas ampliável para 10% ou 15%, durante um ano, realizado por um monopolista hipotético naquele mercado³. Aqui também é fundamental o conceito de elasticidade-preço da demanda, sobretudo quando não houver produtos substitutos para delimitar o mercado relevante.

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

² *Horizontal Merger Guidelines* (1997), do EUA.

³ Para melhor definição dos testes ver GAMA (2005a).



A terceira dimensão a ser destacada na definição de mercado relevante é a dimensão temporal da substituição, que incide sobre as outras duas dimensões, a de produtos e a geográfica. Quanto maior for o lapso de tempo considerado para avaliar a reação da oferta e da procura, maior será a amplitude do mercado delimitado, e vice e versa. Cabe notar, no entanto, que, se por um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal impede que se incorpore ofertantes potenciais, por outro, a sua ampliação desmesurada limita a capacidade de intervenção da agência reguladora. Convencionalmente, o período de tempo é próximo a um ano, podendo ser ampliado ou reduzido de acordo com as especificações do mercado.

3.1.2. A substituíbilidade da oferta

Completada a delimitação do mercado relevante pelo lado da demanda, a substituíbilidade do produto pelo lado da oferta também deve ser considerada para efeito de identificação dos participantes deste mercado. Isto é feito pela inclusão, no mercado relevante já definido em termos de produto, geográfico e temporal, dos ofertantes potenciais desse produto que podem fazê-lo com relativa facilidade, isto é, a baixo custo adicional e prazo relativamente curto, por já disporem de capacidade produtiva instalada, que pode ser remanejada para a produção do produto em questão.

Segundo SALGADO (1997: 53), “a flexibilidade na oferta é importante para identificar os produtores que podem vir a ofertar para um determinado mercado previamente delimitado, diante de oportunidades de realização de lucro extraordinário”. Isto é, a capacidade produtiva já instalada, que poderá ser utilizável de forma suficientemente ágil na produção dos produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial suficientemente elástica dos mesmos, deve ser computada no cálculo da oferta e na delimitação dos participantes do mercado relevante (POSSAS *et al*, 1996). São os chamados *uncommitted entrants*, na terminologia do *GUIDELINES* (1997), porque sua entrada no mercado não requer investimentos significativos em custos irre recuperáveis (*sunk costs*).

3.2. As condições de exercício de poder de mercado

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

3.2.1. Índices de concentração de mercado

Seguindo as proposições do enfoque estruturalista de Organização Industrial, a crença de que uma operação de concentração gera poder de mercado. Há dois tipos de índices mais comumente utilizados⁴: os índices de participação das maiores empresas do mercado (C_i), e o índice de *Herfindahl Hirschman* (HHI)⁵.

Os critérios para identificar se a concentração gera um controle sobre parcela relevante do mercado são diferentes entre os países. O SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) considera uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante como um ponto crítico (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94). Para o GUIA Brasileiro (GUIA, 2001⁶), uma concentração gera o controle de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que: (i) a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75%, e (ii) a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 20% do mercado relevante. Quanto ao HHI, o critério utilizado é o *GUIDELINES* (1997). O Quadro 1 sumariza esses convencionais procedimentos.

Quadro 1: Variações no Índice de Concentração HH

	<i>Variações de Pontos do HH - X</i>		
	$X < 50$	$50 < X < 100$	$X > 100$
HHI > 1800	Região Segura	Região de Alerta	Região de Alerta
1000 < HHI < 1800	Região Segura	Região Segura	Região de Alerta
HHI < 1000	Região Segura	Região Segura	Região Segura

Fonte: VISCUSI *et al*, 1995. Elaboração própria.

⁴ Existem outros índices para medir concentração de mercado. Ver KUPFER & HASENCLEVER (2002).

⁵ Os índices “ C_i ” medem a participação percentual das “ i ” maiores empresas no mercado relevante, e o HHI corresponde ao somatório dos quadrados das participações de todas as empresas no mercado ou $HHI = \sum S_i^2$.

⁶ Ver Guia Para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (2001) das secretarias SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico) e SDE (Secretaria de Direito Econômico).

3.2.2. Viabilidade da competição externa

A possibilidade de aquisição de um bem através da importação, mesmo que ainda não esteja efetivamente ocorrendo, é um dos determinantes da concorrência no mercado doméstico e, conseqüentemente, um fator capaz de inibir o exercício do poder de mercado (GUIA, 2001). Sendo assim, se a concentração ocorrer em um mercado cujas importações podem ser efetivadas, é pouco provável que um ato de concentração e/ ou uma conduta anticompetitiva gerem problemas concorrenciais (GUIA, 2001).

3.2.3. Condições de entrada de novas firmas

Uma análise das condições de entrada no mercado, em princípio independentemente do grau de concentração vigente, é fundamental, uma vez que uma entrada livre reduziria a necessidade de ação antitruste (GEROSKI, 1988). Em outras palavras, uma operação que aumente a concentração pode não criar nem reforçar poder de mercado se a concorrência potencial for vigorosa (BONNER & KRUEGER, 1991). Dessa maneira, pode-se dizer que a concorrência potencial tem a mesma relevância que a concorrência efetiva (HOVENKAMP, 1994).

Para o *GUIDELINES* (1997) e o GUIA (2001), a entrada deve ser realizada (ou possível de ser realizada, quando da ameaça crível de entrada) por agentes comprometidos com a estratégia de entrada no mercado (os chamados *committed entrants*), ou seja, os potenciais entrantes devem ser capazes de enfrentar eventuais barreiras existentes, incorrendo inclusive em custos irre recuperáveis. Além disso, a entrada (ou sua ameaça crível) deve satisfazer as três condições descritas a seguir:

1º Condição: A entrada deve se realizar em um período de tempo de aproximadamente, dois anos (*timeliness of entry*);

2º Condição: A entrada deve ser altamente provável, isto é, economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. (*likelihood of entry*);

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

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

Há um longo debate na teoria econômica sobre a natureza das barreiras à entrada. BAIN (1956) considera as barreiras à entrada como um atributo da estrutura do mercado. Barreiras à entrada, ou as vantagens que as firmas estabelecidas têm sobre competidores potenciais e que se refletem na capacidade das mesmas em elevar persistentemente os preços acima dos níveis competitivos sem atrair novas firmas para o mercado em questão, são, assim, estruturais, estáveis e se modificam lentamente no tempo (FAGUNDES & PONDÉ, 1997). Segundo esta visão estruturalista do mercado, existem quatro tipos básicos de barreiras à entrada: Diferenciação de Produto, Vantagens Absolutas de Custo, Economias de Escala, Investimentos Iniciais Elevados.

As definições de Bain sobre barreiras à entrada foram criticadas, como toda a visão estruturalista da economia, pela “Escola de Chicago”. Neste contexto, STIGLER (1968) argumentou que somente existem barreiras à entrada na presença de assimetrias entre as firmas, ou seja, quando custos devem ser incorridos pelas entrantes, mas não pelas firmas instaladas. Para este autor, economias de escala e elevados requisitos de capital, por exemplo, não devem ser considerados barreiras, na medida em que as firmas entrantes e as incumbentes têm acesso às mesmas tecnologias e dispõem do mesmo mercado de capital para financiar seus investimentos. De um modo geral, a reavaliação das barreiras estruturais propostas por Bain foi feita à luz da noção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*), custos que a empresa deve necessariamente arcar na hipótese de saída rápida do mercado (VISCUSI *et al*, 1995). São, portanto, investimentos plenamente comprometidos (*committed investments*) com a entrada, cujos valores seriam inteiramente perdidos se não utilizados no mercado para o qual foram inicialmente destinados, ativos específicos na teoria dos custos de transação.

3.3. A avaliação das eficiências econômicas

O principal benefício propiciado por atos de concentração e/ou condutas anticompetitivas é o seu potencial de gerar ganhos de eficiência (melhoria da qualidade e menores preços). Assim, deve ser avaliado qual será o efeito líquido resultante da comparação entre os ganhos de eficiência gerados e as possíveis perdas decorrentes de efeitos anticompetitivos da operação (SCHERER & ROSS, 1990; VISCUSI *et al*, 1995; CARLTON & PERLOFF, 2000).

As eficiências consideradas pela análise antitruste são as produtivas e as relacionadas a reduções dos custos de transação. Eficiências produtivas são aquelas que resultam de economias reais de recursos que permanecem no longo prazo e permitem à firma aumentar a produção ou melhorar a qualidade dos produtos. A vantagem destas eficiências é que podem ser comprovadas por documentos técnicos e contábeis (requisito legal). Já de acordo com a interpreta-



ção da teoria dos custos de transação⁷, a especificidade de ativos e o oportunismo podem gerar ineficiências econômicas, assim o estabelecimento de vínculos de reciprocidade, restrições contratuais a condutas das partes e iniciativas de integração ou quase-integração ao longo das cadeias produtivas constituiriam, muitas vezes, formas organizacionais que geram ganhos de eficiência.

Para avaliar o efeito líquido resultante de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva, WILLIANSON (1968)⁸ propôs analisar o *trade off* existente entre os ganhos de eficiência alocativa e os efeitos anticompetitivos do aumento de poder de mercado. Um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente do produtor em decorrência à redução de custos superar a perda de excedente do consumidor trazida pelo aumento de preços.⁹

O problema desta abordagem é que ela desconsidera os efeitos sobre a distribuição de renda derivados do exercício do poder de mercado. Ao desconsiderar o efeito distributivo, o modelo de Willianson acaba por tornar indiferentes situações de concorrência perfeita e de monopólio com discriminação de preços perfeita, dado que em ambos os casos o excedente total é máximo, sendo apropriado inteiramente pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo caso (POSSAS, 2002).

Em consonância com um critério distributivo, a outra abordagem de mensuração das eficiências é denominada na literatura como “Padrão de Preço” (FISHER *et al*, 1989). Nesta, a aprovação de atos ou condutas depende, no mínimo, da manutenção do excedente do consumidor, ou seja, não pode haver aumento do preço do produto (uma alocação ótima de Pareto). Para este critério, as eficiências decorrentes de uma fusão, aquisição, associação, ou conduta devem ser de tal magnitude que tornem suplante o poder de mercado implícito na operação.

A lei brasileira de defesa da concorrência prevê, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os “benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Desse modo, deveriam ser considerados na análise de casos brasileiros não apenas os efeitos da operação sobre o total do excedente econômico (“custo social do monopólio”), mas também os efeitos sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo padrão de preço se aproximaria mais do objetivo traçado pela Lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empre-

⁷ Sobre esta teoria e sua relação com a defesa da concorrência ver POSSAS *et al* (1997).

⁸ O artigo original de Willianson foi publicado em 1968, na *American Economic Review*, sendo posteriormente republicado algumas vezes com pequenas mudanças.

⁹ Ver CARLTON & PERLOFF (2000) para maiores detalhes sobre o tema.

sas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços. O GUIA (2001), por sua vez, exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, como requer o modelo de Williamson.

4. Análise da atuação do CADE entre 1994 e 2004

A teoria antitruste apresentada acima será utilizada para a avaliação dos casos julgados do CADE. Como observado, a preocupação estruturalista relacionada com a concentração de mercado foi combinada com a análise das eficiências econômicas, que busca contrabalançar os efeitos negativos à concorrência de atos e condutas com seus possíveis benefícios de redução de custos.

4.1. Metodologia

Segundo WILLING (1991), até 1982, o procedimento das autoridades antitruste em todo o mundo era bastante discricionário, valendo-se basicamente de valores de participação de mercado antes do ato ou da conduta e muito pouco preciso na forma de delimitação do mercado relevante. Somente com a publicação do GUIDELINES (1982) é que um conjunto de procedimentos destinados a medir o aumento de poder de mercado começou a ser utilizado de forma generalizada pelas cortes dos EUA. E mais, foi somente a partir da década de noventa que instrumentais econômicos passaram a ser usados para facilitar a aplicação, por intermédio do roteiro de análise, da teoria antitruste (OLIVEIRA & RODAS, 2004). É nesse contexto que se coloca a questão se a teoria antitruste está sendo consistentemente aplicada pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro. Aliás, não existe trabalho publicado de nosso conhecimento que tente analisar, da forma como propomos aqui, a relação entre teoria e prática antitruste no mundo e, particularmente, no Brasil.

Para tanto, é preciso avaliar como o CADE julgou, por meio do roteiro de análise antitruste, os atos e as condutas que deram ensejo a processos no período de julho de 1994 a dezembro de 2004. As decisões do CADE são proferidas por um Colegiado composto por um Presidente e seis Conselheiros. Para cada processo um Conselheiro é escolhido para fazer o relatório sobre o caso. Este relatório utiliza como referência, total ou parcialmente, aos pareceres da SEAE, SDE, da Procuradoria do CADE e do Ministério Público, quando existentes, e demais pareceres externos, quando contratados pelas partes. O Conselheiro-Relator justifica argumentativamente o seu voto, que poderá ser acatado ou não pelos outros conselheiros. É este voto que usamos como referência para o estudo a ser apresentado.

Os votos escolhidos foram retirados dos relatórios anuais do CADE de 1996 a 2003, que contêm todos os processos referentes a atos de concentração e condutas competitivas julgados no ano de referência. Os votos de 1994, 1995 e 2004 foram recolhidos na própria autarquia, ou, quando possível, no *site* do CADE na internet¹⁰.

Este trabalho restringiu-se também aos casos que tiveram julgamento de mérito e utilização parcial ou total do roteiro de avaliação de atos de concentração ou condutas anticompetitivas. O julgamento de mérito é um filtro que permite a análise dos casos que realmente poderiam acarretar em impacto(s) no(s) mercado(s) relevante(s), gerando possíveis efeitos econômicos. Desta forma excluíram-se os processos e as consultas arquivados e/ou extintos sem julgamento de mérito, e aqueles extintos e/ou arquivados por despacho referendado, entre outros (embargos à declaração, recursos e consultas). Além disso, cabe salientar que o ano considerado é o do julgamento e não da instauração do processo. Já a necessidade de julgados com análise segundo o roteiro básico proposto pela teoria antitruste foi outro importante filtro para este trabalho, pois somente é possível avaliar a consistência teórica e empírica do CADE estudando aqueles casos que sigam, mesmo que sem uma seqüência rígida, as etapas básicas da análise antitruste. Excluem-se, assim, todos os julgados que não geram a necessidade de delimitação do mercado relevante e, por conseguinte, avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado e cômputo das eficiências líquidas, como as reorganizações societárias¹¹.

4.2. Casos selecionados

O CADE, ao longo de sua história julgou 3230 atos de concentração e 1058 processos administrativos referentes a práticas anticompetitivas, como mostra a tabela abaixo (GAMA, 2005b).

¹⁰ Endereço do sítio: www.cade.gov.br

¹¹ A reorganização societária é a transferência de controle entre os detentores que, por sua vez, mantém inalterada sua relação de controle com um único grupo a que todos pertençam, situação que, necessariamente, afastaria qualquer efeito anticoncorrencial.

Casos Julgados pelo CADE

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

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

* De janeiro a junho de 1994.

** De julho a dezembro de 1994.

Entre os anos de 1994 e 2004, o CADE julgou 4.130 casos, sendo 3.200 atos de concentração e 930 processos administrativos referentes às condutas anticompetitivas (GAMA, 2005b).

Casos Julgados pelo CADE entre 1944 e 2004

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

Fonte: CADE. Elaboração própria

* de julho a dezembro de 1994

Neste trabalho, no entanto, seguindo a metodologia exposta acima, foram analisados 330 casos.

Casos analisados

<i>Tipos</i>	<i>Nº Casos</i>	<i>%</i>
Atos de Concentração	242	73.3
Processos Administrativos	88	26.7
<i>Total</i>	330	100

Os resultados obtidos com a análise dos casos julgados escolhidos serão distribuídos de acordo com o roteiro de avaliação exposto no item anterior. Como visto, a estrutura recomendada pela teoria antitruste (roteiro de avaliação) implica os seguintes passos na análise de um ato de concentração ou de uma conduta anticompetitiva: (i) a delimitação do mercado relevante; (ii) a análise das condições de exercício de poder de mercado; (iii) o exame das eficiências geradas pela operação.

5. Análise econômica do CADE entre 1994 e 2004

Da análise feita sobre a consistência teórica dos julgados do CADE, a primeira impressão é, sem dúvida, a heterogeneidade da aplicação da teoria antitruste. Os casos analisados são muito díspares quanto à aplicação da teoria antitruste e procedimentos de análise padrão, pois, apenas alguns casos esta análise abrange todos os pontos propostos pela teoria.

Para ilustrar esse argumento, observou-se que o emprego de teste para a determinação da substituíbilidade da demanda foi feito em apenas 14% dos casos em que a substituíbilidade foi analisada, e o emprego de método quantitativo para o cálculo da eficiência econômica líquida, em apenas 5% dos julgados com alegação de eficiência econômica.. A tabela abaixo mostra o panorama dos resultados encontrados.

	<i>Nº Casos</i>	<i>%</i>
1. Analisados	330	100
1.1 Substituibilidade da Demanda	205	62 (de 330)
1.1.1 Emprego de Teste na Dimensão Produto	29	14 (de 205)
1.2 Substituibilidade da Oferta	154	47 (de 330)
2. Concentração do Mercado	189	57 (de 330) e 100
2.2 Análise da Viabilidade da Importação	63	33 (de 189)
2.3 Análise das Barreiras à Entrada	114	60 (de 189)
2.4 Eficiências Alegadas	98	52 (de 189)
2.4.1 Emprego de Método Quantitativo	5	5 (de 98)

Fonte: elaboração própria.

Dos 330 casos analisados, na delimitação de mercado relevante, somente em 62% destes foi analisada a substituibilidade da demanda e em 47% a da oferta. E dentre os casos que analisaram a substituibilidade da demanda para delimitar o mercado relevante do ponto de vista do consumo (dimensão do produto e geográfica), somente em 16% houve o emprego de algum dos testes indicados pela teoria antitruste. Já em relação à concentração de mercado, 189 casos (57% dos 330 casos) geraram a possibilidade de exercício de poder de mercado. Considerando agora estes 189 casos como o total, a análise da viabilidade da importação foi feita em 33% dos casos e a análise das barreiras à entrada em 60%. As eficiências foram argüidas em 98 julgados (52%), mas somente em 5% destes houve o emprego de método quantitativo para cômputo da eficiência econômica líquida.

A tabela acima mostra que em 62% dos casos houve a análise da substituibilidade da demanda nas dimensões produto e geográfica, não importando se outros produtos ou regiões foram ou não incorporados no mercado relevante. Isto é, em 205 casos houve uma análise desta substituibilidade. A substituibilidade da demanda é condição indispensável para definir o(s) produto(s) e a(s) região (s) relevante(s). Seu cálculo, através de algum instrumental econômico, é imprescindível.

Também a elasticidade da oferta foi analisada em apenas 47% dos casos, sendo que em nenhum deles houve o exercício de se definir potenciais ofertantes que não incorreriam em custos irrecuperáveis para iniciar a produção.

O número de casos que tiveram seu mercado concentrado ou que ocorreram em mercados previamente concentrados é significativo (57% dos casos). No entanto, mesmo não havendo mudança nas participações de mercado entre as empresas, devido à entrada via aquisição, fusão ou associação pode haver mudança considerável na dinâmica concorrencial. Para verificar como a concentração de mercado é mensurada pelo CADE, foram analisados todos os casos em que houve concentração efetiva (189 casos ou 58% do total), que necessariamente teriam que referenciar algum índice de concentração ou, no mínimo, a participação de mercado. A análise mostra o emprego regular da participação de mercado em detrimento dos índices HH e Ci, que carregam maiores informações sobre a estrutura de mercado.

A importação é um importante fator de contestabilidade, isto é, é inibidor do abuso de poder de mercado. Deve-se considerar a possibilidade de que as importações aumentem, em quantidade e prazo razoáveis. Segundo este estudo, no entanto, a análise da importação é relegada a um segundo plano pelo CADE, sendo realizada em apenas 33% dos casos em que houve concentração (189 julgados). Estes geralmente são casos que notoriamente a importação seria relevante pelo fluxo comercial internacional mais intenso.

As suposições feitas pelos Relatores nos casos em que a importação foi analisada, com raras exceções, não tiveram como contrapartida uma avaliação de preços FOB e dos custos de internação do produto (frete marítimo, seguro, imposto de importação e despesas de desembarço aduaneiro), recomendada pela análise antitruste. Na sua maioria, o parâmetro de comparação utilizado entre preços interno e externo foi apenas a alíquota de importação, procedimento superficial para avaliação do comércio exterior neste contexto.

Quanto às barreiras à entrada, é imprescindível incluir na definição de mercado relevante os ofertantes potenciais (*uncommitted entrants*), para que na etapa de avaliação da entrada sejam consideradas apenas aquelas firmas que agregarão (ou terão capacidade de agregar) capacidade produtiva ao mercado (*committed entrants*). Uma rigorosa avaliação das barreiras é necessária para se concluir sobre a efetividade do exercício de poder de mercado, pois nenhum ato ou conduta realizado em mercados relevantes onde as barreiras à entrada são baixas deve gerar maiores preocupações das autoridades antitruste. No entanto, para que uma entrada seja considerada possível e, portanto, o mercado seja considerado contestável, é necessária a satisfação conjunta das condições de temporalidade, de probabilidade e de suficiência de entrada. Muito frequentemente a entrada é considerada livre ou não sem que estas condições para entrada sejam verificadas conjuntamente.

O resultado dessa pesquisa mostra que a análise das barreiras à entrada foi feita em somente 60% dos casos em que era necessária (189 casos com con-

centração). Foram considerados como analisados aqueles casos em que apenas houve menção à existência ou não das barreiras. De fato, dos 330 casos analisados, somente o ato de concentração envolvendo a Abbott (AC de nº 08012.000210/02-41) trouxe aos autos a análise conjunta das três condições de entrada.

As eficiências foram alegadas em 98 casos ou 52% daqueles 189 com possibilidade de exercício de poder de mercado. A alegação da eficiência, entretanto, não significa que elas foram aceitas. Geralmente o CADE considera como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam especificados. Das eficiências alegadas, as produtivas compõem o maior grupo. Isto talvez seja decorrência de uma facilidade relativamente maior em se verificar e quantificar os ganhos de produtividade, em parte porque as informações necessárias são de conhecimento das empresas envolvidas. O que propõe a teoria antitruste é considerar um ganho de eficiência como um ganho de produtividade, resultando na redução de custos unitários. Por isso a aceitação das eficiências resultantes da economia de custos de transação foram restringidas a casos específicos, sobretudo àqueles que envolvem atos ou condutas de empresas verticalizadas.

As eficiências econômicas alegadas podem ser submetidas, se quantificáveis e aceitas, a um dos dois modelos (o padrão de preço e o critério de Williamson) que buscam mensurar o efeito líquido da operação ou conduta. No entanto, estes modelos foram empregados em apenas cinco casos.

6. A prática da defesa da concorrência no Brasil

A teoria de Organização Industrial gerou instrumentos analíticos capazes de fornecer uma orientação para o exame antitruste de atos de concentração e práticas restritivas por parte das autoridades responsáveis pela defesa da concorrência. No entanto, este exame se depara com diversas dificuldades analíticas, sobretudo as referentes à operacionalidade de certos aspectos da teoria, tais como a definição do mercado relevante via utilização dos testes econômicos para inferir a substituíbilidade da demanda, e a aferição quantitativa do *trade-off* entre eficiência e poder de mercado. Estas dificuldades originam-se da formulação teórica destes temas em economia. Aqui, mais que em outros casos, a indeterminação econômica no plano conceitual conspira contra a premência jurídica por referências e parâmetros determinados. Assim, é preciso admitir que não se dispõe, na análise antitruste, de um critério normativo único e inteiramente satisfatório para avaliar e ponderar benefícios e custos sociais de atos de concentração e condutas anticompetitivas.

6.1. Delimitação mercado relevante

Quanto à delimitação do mercado relevante na substituíbilidade do consumo, o que o resultado do trabalho mostrou foi, sobretudo, uma dificuldade em realizar os testes indicados pela teoria antitruste. O problema provavelmente consiste na falta de praticidade da aplicação destes testes diante da frágil base informacional (ausência de dados setoriais consistentes, séries de tempo para preços de produtos e estudos setoriais defasados) e da dificuldade em se obter estimativas do comportamento dos consumidores diante de uma elevação nos preços do produto em questão (cálculo das elasticidades).

Já em relação à substituíbilidade da oferta, de modo geral o que se pôde perceber foi a existência de uma separação entre a análise das condições de demanda, tratadas na definição de mercado relevante, e as de oferta, tratadas no contexto das condições de entrada no mercado. Esta separação não teria maiores conseqüências não fosse a importância estratégica assumida pelo conceito de mercado relevante na aplicação da teoria antitruste.

6.2. Possibilidade de exercício de poder de mercado

A avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado tem início com uma análise da concentração de mercado, inclusive com sua mensuração. No entanto, como já enfatizado, a concentração não é pressuposta para o exercício de poder de mercado e, por isso, não deveria ser um ponto focal na análise antitruste como o é atualmente. O grau de concentração de um mercado, por si só, não deveria ser considerado pelo CADE como condição necessária e/ou suficiente para que uma determinada operação ou conduta anticompetitiva seja considerada danosa à concorrência. A concentração, medida através dos índices HH, Ci ou pela simples participação de mercado, serve apenas como um indicativo para a análise antitruste ao lado de outros elementos utilizados.

Outra questão importante a ser ressaltada é que não devem ser utilizados, *a priori*, parâmetros para concentração importados de outros países, como os 1800 pontos do HHI, ou o 75% do C4, dadas as peculiaridades da economia brasileira. Independente do indicador, a análise de impacto estrutural em economias como a brasileira deve levar em conta o tamanho mais reduzido de seus mercados, sobretudo quando se busca transplantar as faixas de referência do HHI utilizadas pelos órgãos dos EUA, ou do C4 utilizadas pela União Européia, economias maiores e estruturalmente diferentes da brasileira. Seria prudente, portanto, o estabelecimento de critérios próprios para definição dos parâmetros críticos de concentração no mercado brasileiro.

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

A avaliação do exercício do poder de mercado deveria não se prender a uma análise quase que fundamental da concentração, mas considerar mais rigorosamente outros fatores de contestabilidade de mercado, como a importação e a probabilidade de entrada (e.g. as três condições de entrada), mesmo que estas sejam relativamente menos favoráveis do que em economias mais desenvolvidas, em virtude da restrição do comércio exterior, imperfeição dos mercados de capitais e limitações de infra-estrutura, entre outros fatores. Ainda é importante ressaltar as dificuldades para mensurar o nível das barreiras à entrada. Não existe um instrumental econômico ou informações que classifiquem o grau de bloqueio à entrada. Dessa maneira, é sempre exigido algum exercício de juízo por parte do investigador.

6.3. *Análise das eficiências econômicas*

Quanto à análise das eficiências, o que fica claro é a dificuldade encontrada para se quantificar o efeito líquido de um ato de concentração ou prática restritiva. Como a estimativa das reduções de custos é de inteira responsabilidade das partes envolvidas, e os dados sobre os preços podem ser de difícil obtenção, a aplicação dos modelos, devido sobretudo à necessidade de se estimar resultados de mercado pós-fusão (redução de custo e aumento de preços), não é imediata. Uma solução parcial para esse problema seria a criação de equipes de técnicos e especializadas capazes de averiguar com maior conhecimento as informações técnicas enviadas pelas empresas. Tal dificuldade não passou despercebido por Williamson, que sugeriu o reconhecimento, *a priori*, de métodos de obtenção das economias de recursos (VISCUSI *et al*, 1995).

6.4. *Considerações finais*

Uma das maiores dificuldades imposta ao SBDC está relacionada à disponibilidade da informação. Por não possuir uma fonte de dados própria ou de outro órgão federal coligado, o SBDC fica impossibilitado de utilizar instrumentais econômicos próprios para inferir considerações sobre o mercado em análise.

se. Diante deste fato, a solução encontrada, sobretudo pelo CADE, foi a de utilizar, para diversos fins, dados provenientes de empresas privadas contratadas geralmente pela(s) empresa(s) envolvida(s) no ato ou prática restritiva e/ ou realizar avaliações dos trabalhos econômicos levados aos autos. O problema desse procedimento é a dúvida permanente sobre a imparcialidade das informações. Assim, apesar da necessidade da aplicação da teoria antitruste na tomada de decisão pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, é notória alguma dificuldade no emprego de certos instrumentos econômicos.

A falta de informação, aliada à falta de operacionalidade de alguns conceitos econômicos chaves para a análise antitruste, levam à adoção de uma prática de defesa da concorrência muitas vezes afastada da teoria econômica, mesmo dos seus procedimentos mais convencionais e menos complexos. Em suma, essa prática significa uma aplicação da teoria antitruste pelos órgãos de defesa econômica de forma heterogênea e fragilizada.

A aplicação heterogênea e pouco rigorosa da teoria antitruste pelo órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil tem uma conseqüência importante: a criação de uma jurisprudência antitruste nacional. A consolidação de uma jurisprudência é resultado de uma prática antitruste, uma política específica que visa prevenir colusões entre firmas e abusos de poder econômico. Assim, é necessário que a política antitruste se consolide no Brasil através da aplicação pelo SBDC, sobretudo pelo CADE, da teoria econômica e seus preceitos para avaliação de atos de concentração e práticas restritivas, a fim de se construir uma jurisprudência nacional e inserir o Brasil no rol de países industrializados capazes de promover a competição.

7. Referências

- BAIN, J. S. Barriers to new competition, their character and consequences in manufacturing industries. Cambridge (Mass): Harvard University, 1956. 329p.
- BONNER, R. A., KRUEGER, R. The basics of antitrust policy: a review of ten nations and the European Communities. Washington, D.C.: World Bank, 1991. 127p. (World Bank technical paper, n.160)
- CARLTON, D. W., PERLOFF, J. M. Modern industrial organization. 3rd ed. Reading, Mass: Addison-Wesley, 2000. 780p.
- FAGUNDES, J., PONDÉ, J. Barreiras à entrada e defesa da concorrência. Revista de Economia Contemporânea, v.1, n.2, p.61-89, jul/dez, 1997.
- FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. Price effects of horizontal mergers. California Law Review, v.77, n.4, p.777-827, July 1989.
- GAMA, M. Teoria e Práxis da Defesa da Concorrência no Brasil. Dissertação

(Mestrado em Economia) – Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional, Universidade Federal de Minas Gerais. Minas Gerais. 2005.

GAMA, M. Teoria Antitruste: Fundamentos e Estado da Arte. In: X ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA POLÍTICA. (Texto para Discussão nº 258 CEDEPLAR/ UFMG). Campinas. Anais: SEP, 2005.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

POSSAS, M. L. Estruturas de Mercado em Oligopólio. São Paulo: Hucitec. 1985.

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

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

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

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



135, Jul.-dez. 1997.

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

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

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

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

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

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