
PORTARIA CONJUNTA (SEAE – SDE) Nº 50, DE 1º DE AGOSTO DE 2001

O Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições decorrentes, respectivamente, dos arts. 18 c.c. 39, "caput", do Anexo I do Decreto nº 3.698, de 21 de dezembro de 2000 e dos arts. 10, II, "a", e 33, "caput", do Anexo I, do Decreto nº 3.782, de 5 de abril de 2001 e considerando o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994; e a necessidade de serem estabelecidos princípios comuns, para a sistematização e o aprofundamento da análise de atos de concentração econômica horizontal, de forma a proporcionar maior segurança jurídica aos agentes privados, bem como transparência e celeridade aos respectivos procedimentos administrativos, resolvem:

Art. 1º Expedir o GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, anexo a esta Portaria.

Art. 2º Revoga-se a Portaria SEAE nº 39, de 29 de junho de 1999.

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor após decorridos quinze dias de sua publicação oficial.

CLAUDIO MONTEIRO CONSIDERA
Secretário de Acompanhamento Econômico
PAULO DE TARSO RAMOS RIBEIRO
Secretário de Direito Econômico

ANEXO

Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração horizontal

PARTE I: INTRODUÇÃO

1. O Direito brasileiro consagra um sistema de controle de atos de concentração econômica por meio da Lei nº 8.884/94 (lei de defesa da concorrência). Segundo o §4º do art. 54 desta Lei, tais atos deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo de máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante o encaminhamento da documentação pertinente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Conforme o §6º desse mesmo artigo, cabe à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministé-

rio da Fazenda (SEAE), inicialmente, emitir um Parecer Técnico sobre os Atos de Concentração (Parecer) em até trinta dias. Após o recebimento do Parecer da SEAE, a SDE deve manifestar-se em igual prazo, e em seguida encaminhar o processo devidamente instruído ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que decidirá no prazo de sessenta dias.

2. O §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 estabelece o princípio da razoabilidade, ou a regra da razão, como princípio fundamental de controle dos atos de concentração.

3. O objetivo do presente Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Guia) é apresentar os procedimentos e os princípios que a SEAE e a SDE adotam na análise desses atos. Estes procedimentos e princípios articulam as principais etapas da análise antitruste e procuram ser, na prática, um instrumento de aplicação da regra da razão.

4. O Guia refere-se exclusivamente a atos de concentração horizontal, não se aplicando a outros atos ou contratos que tenham enquadramento no caput do art. 54 da Lei nº 8.884/94, como, por exemplo:

- Acordos explícitos ou tácitos, entre concorrentes do mesmo mercado, referentes a preços, quotas de produção e distribuição, distribuição geográfica de mercado ou à uniformização das condições de concorrência;

- Joint-ventures (que não impliquem a constituição de sociedade sob controle comum);

- Acordos ou contratos de distribuição exclusiva; restrição territorial ou fixação de preços de revenda;

- Outros acordos ou contratos horizontais que não se classifiquem como concentração econômica, no sentido da definição apresentada adiante neste Guia.

- as reestruturações societárias efetuadas dentro de um mesmo grupo econômico, de fato ou de direito, não se verificando alteração do controle acionário; e

- as situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participavam, antes do ato, do mercado relevante definido, dos mercados acima ou abaixo daquele na cadeia produtiva e, tampouco, de outros mercados no qual atuavam a adquirida ou seu grupo.

5. O procedimento apresentado neste documento tem por finalidade servir de mecanismo de transparência administrativa, constituindo mera descrição dos

critérios e etapas das análises efetuadas pela SEAE e SDE no desempenho de suas respectivas atribuições derivadas da lei de defesa da concorrência. Por ser orientação para a análise, o procedimento aqui apresentado não possui caráter vinculante. Por questão de economia processual, as Secretarias poderão não aplicar o Guia nas operações que, a critério das mesmas, não tragam impacto real sobre a concorrência, aplicando-se nesses casos um rito sumário de análise.

6. Os procedimentos apresentados neste documento são aplicáveis às integrações horizontais de empresas, isto é, concentrações que envolvam provedores de bens ou serviços que sejam competidores entre si. Não obstante, os princípios lógicos reunidos nesses Procedimentos podem ser utilizados, com a devida adaptação, também em casos de concentração que envolvem agentes econômicos consumidores de um mesmo bem ou serviço. Nestes casos, os quatro cenários, uma vez devidamente adaptados, deverão continuar a ser utilizados como referência básica para as conclusões do parecer.

PARTE II: PROCEDIMENTOS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

7. Nesta segunda parte, estão resumidos 4 cenários básicos em termos dos efeitos de um ato de concentração sobre o bem-estar econômico. Três deles são cenários em que os atos de concentração não reduzem o bem-estar e devem, por isso, obter um parecer favorável da SEAE e da SDE. No quarto cenário, o ato de concentração reduz o bem-estar econômico e deve obter das Secretarias um parecer desfavorável à sua aprovação ou favorável com algum condicionante.

8. À medida que seja possível, os pareceres emitidos pela SEAE e SDE deverão apresentar uma conclusão correspondente a algum destes quatro cenários. Em particular, os pareceres desfavoráveis deverão indicar que os efeitos sobre o bem-estar econômico do ato de concentração analisado não encontram correspondência com nenhum dos outros três cenários considerados. Quando a conclusão apresentada não corresponder a nenhum dos quatro cenários, os pareceres explicitarão as razões para tal especificidade.

9. A próxima seção apresenta uma Visão Geral do procedimento de análise dos atos de concentração horizontal, sendo descritas as cinco etapas principais: Etapa I - Definição do Mercado Relevante; Etapa II Determinação da Parcela de Mercado; Etapa III - Exame da Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado; Etapa IV - Exame das Eficiências Econômicas Geradas pelo Ato; Etapa V - Avaliação dos Efeitos Líquidos do Ato.

Visão Geral

10. A defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico.

11. Os atos de concentração entre empresas podem produzir efeitos positivos e negativos sobre o bem-estar econômico. As concentrações podem, ao diminuir o número de participantes no mercado, facilitar a adoção de condutas anticompetitivas (aumento de preços, redução da qualidade, diminuição da variedade ou redução das inovações). Entretanto, os atos de concentração, na medida em que proporcionem vantagens competitivas para as empresas participantes (economias de escala, economias de escopo e redução dos custos de transação, entre outros), podem também aumentar o bem-estar econômico.

12. Nesse contexto, não é possível definir, em princípio, se concentrações econômicas afetam positiva ou negativamente o bem-estar econômico. Para se saber qual o efeito de um ato de concentração, é necessária a análise específica de cada caso. A compreensão de que os atos de concentração envolvem potencialmente efeitos negativos e positivos e que, por isso, não podem ser per se aprovados ou reprovados, encontra-se consagrada na lei de defesa da concorrência, pela exigência da ponderação das eficiências de cada ato vis-à-vis seus efeitos negativos, nos termos dos §§1º e 2º do art. 54.

13. Critério Geral. Se, por um lado, o exercício de poder de mercado reduz o bem-estar econômico, os eventuais incrementos de produtividade, melhorias na qualidade, maior diversidade de produtos, entre outros possíveis efeitos da concentração, representam um aumento do bem-estar econômico. A SEAE e a SDE estabelecerão como critério básico para a emissão de um parecer favorável à operação, os atos que tenham um efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico.

14. Efeito Líquido Não-Negativo. Não reduzem o bem-estar econômico, isto é, geram um efeito líquido não-negativo, as concentrações:

(a) que não gerarem o controle de uma parcela substancial de mercado; ou

(b) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja improvável o exercício do poder de mercado; ou

(c) que gerarem o controle de parcela substancial de mercado em um mercado em que seja provável o exercício do poder de mercado, mas cujos potenciais efeitos negativos, derivados da possibilidade de exercício do poder de mercado, não sejam superiores aos potenciais incrementos de bem-estar gerados pela concentração.

15. Exercício do Poder de Mercado. O exercício do poder de mercado consiste no ato de uma empresa unilateralmente, ou de um grupo de empresas coordenadamente, aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo, com a finalidade de aumentar seus lucros.

16. Parcela Substancial de Mercado. Uma vez definido o mercado relevante, pressupõe-se que uma empresa controla uma parcela substancial desse mercado quando for capaz de, ao restringir as quantidades que oferta, provocar variações nos preços vigentes por um período razoável de tempo. Em outras palavras: são empresas que detêm poder de mercado.

17. Decisão de Exercer o Poder de Mercado. O controle de uma parcela substancial de mercado é uma condição necessária, mas não suficiente, para que a nova empresa formada exerça o poder de mercado de que desfruta. Adicionalmente, é necessário que existam, no mercado, elementos que tornem lucrativa a restrição das quantidades ofertadas. Se não for verificada essa condição, a adoção de tais condutas não será economicamente atrativa e a empresa, ainda que possa desviar suas condutas de seus níveis competitivos, decidirá não fazê-lo.

18. Variáveis que Afetam a Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado. Para determinar se existem condições suficientes para que o poder de mercado seja exercido unilateralmente pela empresa, ou coordenadamente por um grupo de empresas, a SEAE e a SDE procederão à análise de quatro variáveis principais:

(a) Importações;

(b) Entrada;

(c) Efetividade da rivalidade; e

(d) Outros fatores que favorecem a coordenação de decisões.

19. Condições Negativas. A SEAE e a SDE deduzirão que não existe a probabilidade do exercício unilateral do poder de mercado, quando pelo menos uma das seguintes condições estiver presente:

(a) as importações forem um remédio efetivo contra o exercício do poder de mercado;

(b) a entrada for "provável, tempestiva e suficiente"; ou

(c) a rivalidade entre as empresas existentes no mercado for efetiva.

20. Ao contrário, havendo elevada concentração de mercado, quando nenhuma dessas condições estiver presente, concluir-se-á que existe a probabilidade de que o poder de mercado seja exercido unilateralmente.

21. Condição Negativa Adicional. Para que seja provável o exercício coordenado do poder de mercado, é necessário que nenhuma das condições expressas no item 22 seja cumprida e que, adicionalmente, existam no mercado "outros fatores que favoreçam a coordenação de decisões".

22. Nexo Causal. A SEAE e a SDE buscarão um "nexo causal" entre a operação e o controle de parcela substancial de mercado ou entre a operação e a existência de condições que favoreçam o exercício de poder de mercado. Apenas nos casos em que se verificar a presença desse nexos, a concentração poderá implicar um efeito líquido negativo para o bem-estar econômico.

23. Efeitos sobre toda a economia. Para avaliar os efeitos líquidos da concentração, além do mercado em que o ato ocorre, a SEAE e a SDE poderão considerar os efeitos sobre os demais mercados da economia. É possível, portanto, que as Secretarias concluam que os efeitos líquidos de uma concentração sejam negativos para a economia como um todo, ainda que nulos ou positivos no âmbito do mercado em que efetivamente ocorre.

24. Eficiências Econômicas. São eficiências econômicas da concentração as melhorias nas condições de produção, distribuição e consumo de bens e serviços gerados pelo ato, que não possam ser obtidos de outra maneira ("eficiências específicas" do ato) e que sejam persistentes a longo prazo.

25. O procedimento adotado pela SEAE e SDE para a análise das concentrações constará, de cinco etapas principais:

- Etapa I : Definição de mercado relevante.

- Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subseqüentes.

- Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV.

- Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato.

- Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias.

26. A Figura A ilustra o procedimento completo adotado pelas Secretarias. A Figura B ilustra, em maior detalhe, a Etapa III.

27. O procedimento para se delimitar o mercado relevante está explicado nos itens 28 a 33. Os critérios para definir se um ato de concentração gera parcela substancial de mercado estão definidos no item 36. Já o procedimento para determinar as condições de exercício de poder de mercado está detalhado nos itens 39 a 69. Por último, o procedimento para se determinar as eficiências econômicas de uma concentração está detalhado no itens 74 a 88.

(As Figuras mencionadas nos itens acima não foram publicadas neste Diário Oficial da União)

Etapa I: Definição do Mercado Relevante

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

zado para se aferir o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços e, como tal, para a definição do mercado relevante.

29. Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do "monopolista hipotético", o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preços.

30. Procedimento. O teste do "monopolista hipotético" consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado. Em outras palavras, "o mercado relevante se constituirá do menor espaço econômico no qual seja factível a uma empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado."

31. Um suposto monopolista está em condições de impor um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preço quando os consumidores não puderem desviar uma parcela significativa da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. Os conjuntos de produtos e áreas geográficas que um hipotético monopolista deve controlar para que possa impor um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" dos preços de-

terminam, respectivamente, a dimensão do produto e a dimensão geográfica do mercado relevante.

32. O efeito de um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" de preços para o monopolista hipotético depende da reação dos consumidores. Esta reação, por sua vez, é dada em função da propensão com que os consumidores estejam dispostos a desviar sua demanda para um produto substituto ou a para produto idêntico oriundo de outra área, como resposta a um "pequeno porém significativo e não transitório" aumento de preço. Para examinar a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda a produtos substitutos de uma mesma região e para produtos idênticos porém de uma área distinta, a SEAE e a SDE considerarão os seguintes fatores:

- características físicas dos produtos;
- características dos processos produtivos;
- propriedades comerciais dos produtos;
- evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos substitutos;
- tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos idênticos provenientes de outras áreas; e
- evidências de que os consumidores desviarão sua demanda ou levarão em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos ou em outras variáveis de competição (comportamento passado dos consumidores).

33. Em casos específicos poderão ser considerados como participantes do mercado os produtores potenciais de curto prazo, isto é, empresas que não produzem atualmente, mas que podem passar a produzir em resposta a um "pequeno porém significativo e não transitório aumento" dos preços, em um período não superior a um ano e sem a necessidade de incorrer em custos significativos de entrada ou de saída. Serão considerados significativos os custos de entrada ou de saída que não puderem ser cobertos em um período igual ou inferior a um ano, a contar do início da oferta do produto.

Etapa II: Determinação da Parcela de Mercado

34. Uma condição necessária, embora não suficiente, para que uma operação tenha impactos negativos sobre o bem-estar do consumidor e sobre a concorrência é que a empresa resultante controle uma parcela substancial do mercado relevante. Em mercados em que a oferta de cada empresa, ou de um grupo de empresas, é muito pequena em relação à oferta total da indústria, nenhuma empresa ou grupo de empresas tem, unilateral ou coordenadamente, capacidade de mudar suas condutas (alterar preços, quantidades, qualidade, variedade ou inovação), ou seja, exercer o poder de mercado. Isto ocorre porque os consumidores responderão a tal tentativa desviando a totalidade de suas compras para as empresas rivais.

35. Quando a oferta de uma empresa, ou de um grupo de empresas, for suficientemente alta em relação à oferta total no mercado relevante, estas terão, unilateral ou coordenadamente, a capacidade de mudar suas condutas em relação às que prevaleceriam sob condições de concorrência irrestrita, dado que as empresas rivais não serão capazes de atender parte substantiva da demanda. Nesses casos, a empresa ou o grupo terão parcela suficientemente alta do mercado relevante para exercer poder de mercado.

36. Critérios. Os critérios para identificar se a concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta são os seguintes:

(a) A SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício unilateral do poder de mercado sempre que resultar em uma participação igual ou superior a 20% do mercado relevante (art. 20, §2º, da Lei nº 8.884/94);

(b) A SEAE e a SDE considerarão que uma concentração gera o controle de parcela de mercado suficientemente alta para viabilizar o exercício coordenado de poder de mercado sempre que:

- a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75% ; e

- a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante.

37. Procedimento. A participação de mercado será calculada com base em todas as firmas que fazem parte do mercado relevante definido na Etapa I. Serão consideradas empresas participantes do mercado os produtores atuais, isto é, empresas que efetivamente produzem ou vendem no mercado relevante. Os dados podem ser referentes à capacidade produtiva, ao volume de ven-

das ou ao valor das vendas, de acordo com o que seja mais adequado para indicar as condições de competição no mercado relevante.

38. Nos casos de produtos homogêneos, em que a capacidade produtiva é uma variável chave de competição, serão utilizados indicadores baseados na capacidade de produção. Já os indicadores baseados no valor das vendas tendem a ser mais adequados para mercados de produtos diferenciados, uma vez que refletem melhor a fidelidade dos consumidores à marca da empresa e o acesso da empresa à rede de distribuidores, que são bons indicadores da competição nesses mercados.¹⁰

Etapa III: Exame da Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

39. O fato de uma concentração envolver uma parcela de mercado suficientemente alta não implica necessariamente que a nova empresa formada exercerá de forma unilateral seu poder de mercado, ou que as empresas coordenarão suas decisões. Nesta seção são apresentados os fatores que determinam se o exercício de poder de mercado é provável.

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

41. Nesse ponto, é importante considerar a que preço a oferta de importados se torna elástica. Se este preço for significativamente superior ao preço vigente em um mercado competitivo, haverá espaço para que a nova empresa formada eleve seu preço até o equivalente ao preço de importação, que pode, por exemplo, estar incorporando o custo de transporte e a tarifa de importação. Neste caso, ainda que a possibilidade de importar seja substantiva, haverá espaço para que a empresa resultante da operação exerça o poder de mercado adquirido.

42. Para se verificar a elasticidade das importações, serão consideradas as barreiras à entrada na atividade de importação, tais como: os custos de distribuição; o grau de dependência da importação em relação aos produtores locais; a existência de contratos de exclusividade entre importadores locais e empresas estrangeiras; e a capacidade dos importadores para acomodar incre-

mentos nas importações sem a necessidade de investir em novos ativos físicos.

43. Em princípio, será considerado o período de um ano e importações equivalentes a pelo menos 30% do valor de consumo aparente¹² como razoáveis indícios de que a disciplina imposta pelas importações é suficiente para evitar o exercício de poder substancial de mercado.

44. A possibilidade de importar pode ser inferida com base em:

- informações de que os produtos importados tenham exercido uma disciplina efetiva nos preços domésticos;
- as tarifas de importação;
- os custos de internalização dos produtos importados (de transporte etc.);
- a existência de barreiras não-tarifárias;
- as preferências dos consumidores;
- os preços internacionais.

45. Entrada. A possibilidade de entrada de novos competidores no mercado é outro fator que inibe o exercício de poder de mercado. O exercício do poder de mercado será considerado improvável quando a entrada for "provável", "tempestiva" e "suficiente". Para a análise das condições de entrada, a SEAE e a SDE levarão em conta as atitudes que uma empresa hipotética que deseje entrar no mercado deverá adotar. Nesta etapa, não é necessário que seja identificada uma empresa que tenha intenção real de entrar no mercado. Entretanto, as Secretarias não se basearão em uma empresa hipotética que não guarde similaridade com os potenciais entrantes. Exemplos de novas empresas entrando no mercado nos últimos 5 anos podem ser utilizados como evidência sobre as condições de entrada, desde que não existam indícios de que o exemplo já não seja representativo das condições de entrada no momento em que a análise esteja sendo realizada.

46. Entrada Provável. A SEAE e a SDE considerarão a entrada provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. Os preços não poderão ser assegurados pelo possível entrante quando o incremento mínimo da oferta provocado pela empresa entrante for suficiente para causar uma redução dos preços do mercado. Em outras palavras, a entrada é provável quan-

do as escalas mínimas viáveis são inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços pré-concentração.

47. Entrada Tempestiva. A SEAE e a SDE considerarão, em geral, como prazo socialmente aceitável para entrada o período de 2 (dois) anos. Neste prazo, incluem-se todas as etapas necessárias à entrada no mercado, tais como, planejamento, desenho do produto, estudo de mercado, obtenção de licenças e permissões, construção e operação da planta, promoção e distribuição do produto.

48. Entrada suficiente. A entrada será considerada suficiente quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial.

49. Oportunidades de Vendas. Oportunidades de vendas são parcelas de mercado potencialmente disponíveis aos entrantes. Na identificação das oportunidades de vendas devem ser incluídas:

- a restrição da produção, derivada do exercício de poder de mercado pelas empresas estabelecidas;
- a redução da oferta das empresas instaladas como reação à entrada;
- a capacidade da empresa entrante de apropriar-se de parte do mercado das empresas instaladas; e
- a capacidade do entrante de capturar uma parcela significativa de crescimento de mercado.

50. EMV. Escalas Mínimas Viáveis (EMV) são o menor nível de vendas anuais que o entrante potencial deve obter para que seu capital seja adequadamente remunerado. A remuneração adequada de capital equivale à rentabilidade que o volume de recursos investidos na entrada poderia obter em uma aplicação correspondente no mercado financeiro, ajustada ao risco do setor em que se vislumbra a entrada. O capital investido no setor equivale ao total de gastos que uma empresa deve realizar para se instalar no mercado, realizar um ciclo de produção e estar em condições de vender seu produto.

51. Barreiras à Entrada. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada, maiores são as EMV necessárias para viabilizar a entrada e menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido.¹³

52. Definições. Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que ponha um potencial competidor eficiente em desvanta-

gem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Os seguintes fatores constituem importantes barreiras à entrada:

- (a) custos irrecuperáveis;
- (b) barreiras legais ou regulatórias;
- (c) recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas;
- (d) economias de escala e/ou de escopo;
- (e) o grau de integração da cadeia produtiva;
- (f) a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e
- (g) a ameaça de reação dos competidores instalados.

53. Custos irrecuperáveis (sunk costs) são custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado. A extensão dos sunk-costs depende principalmente:

- do grau de especificidade do uso do capital;
- da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados;
- da existência de mercado para o aluguel de bens de capital;
- de volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).

54. As barreiras legais e regulatórias são exigências criadas pelo governo ou por agências reguladoras para a instalação e funcionamento de uma empresa, tais como as licenças comerciais, permissões, autorizações, alvarás, dentre outros. As barreiras legais podem representar, na prática, um incremento nos custos irrecuperáveis, quando sua superação implicar custos elevados ou mesmo excluir a possibilidade de entrada.

55. Os recursos de propriedade das empresas instaladas podem ser insumos de produção, exclusividade de uso da rede de distribuidores ou patentes.

56. As economias de escala são economias físicas de insumos derivadas do aumento do volume de produção final. As economias de escopo são economias derivadas da produção conjunta de dois ou mais bens.¹⁴ Os efeitos das

economias de escala e escopo sobre as condições de entrada dependem, entre outros:

- das escalas mínimas eficientes;
- do aumento nos custos associados a escalas sub-ótimas; e
- do crescimento do mercado.

57. O grau de integração da cadeia produtiva pode ser uma barreira à entrada na medida em que aumenta os custos irrecuperáveis das entrantes potenciais ou exija que a entrada ocorra em dois mercados ao mesmo tempo.

58. A fidelidade dos consumidores a marcas estabelecidas tende a ser maior em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são uma das principais variáveis de competição. Para gerar fidelidade a seus produtos, a empresa entrante deve realizar gastos em publicidade que se convertem em custos irrecuperáveis do investimento.

59. A ameaça de reação por parte das empresas instaladas é uma barreira à entrada na medida em que estas empresas sejam capazes de baixar seus preços, e mantê-los por no mínimo um ano, a níveis inferiores aos vigentes antes da concentração.

60. Efetividade da rivalidade. Ainda que as importações não sejam expressivas e a entrada não seja provável, tempestiva e suficiente, a efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais) pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido. Esta situação é provável em contextos em que empresas estabelecidas tenderiam a adotar condutas agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado pela empresa resultante da operação. Os parágrafos seguintes identificam três das maneiras por meio das quais uma concentração pode reduzir a efetividade da rivalidade entre empresas instaladas em um mercado.

61. Em mercados de produtos homogêneos, a probabilidade de o poder de mercado ser exercido unilateralmente aumenta à medida que uma parcela significativa de seus consumidores não possa desviar suas compras para provedores concorrentes. Isso ocorrerá, por exemplo, quando as empresas remanescentes no mercado não puderem aumentar suficientemente as quantidades ofertadas em um prazo de tempo razoável. A SEAE e a SDE considerarão que as empresas remanescentes não poderão expandir suficientemente a oferta, em um prazo de tempo razoável, quando (a) operarem a plena capacidade e não

for economicamente viável expandir a produção em um prazo não superior a dois anos ou (b) quando a operação da capacidade ociosa existente implicar custos maiores que a operação do nível de ocupação existente.

62. Em mercados de produtos diferenciados, a probabilidade de o poder de mercado ser exercido unilateralmente aumenta à medida que uma parcela significativa de seus consumidores não possam desviar suas compras para os provedores de produtos substitutos. Isto ocorrerá quando parcela expressiva dos consumidores considerar os produtos ofertados pelas empresas concentradas como primeira e segunda escolhas e quando as opções seguintes não forem substitutos próximos. O grau de substituição é menor quando as características técnicas dos produtos são bastante rígidas, quando a marca do produto é o principal fator de decisão do consumidor, ou quando as informações sobre as distintas combinações de preço e qualidade disponíveis no mercado são de difícil compreensão.¹⁵

63. Outras condições para o exercício coordenado do poder de mercado. Além dos aspectos mencionados nos itens 45 a 62, existem outros fatores que afetam a probabilidade de que as empresas exerçam coordenadamente o poder de mercado. Estes fatores melhoram as condições de coordenação de condutas e de supervisão de regras, favorecendo a imposição de sanções para os que se desviarem dos acordos estabelecidos entre as empresas.

64. As condições para a coordenação de decisões entre agentes participantes são maiores quando:

(a) existem poucas empresas no mercado;

(b) os produtos e/ou as empresas são homogêneos;

(c) informações relevantes sobre os competidores estão disponíveis;

(d) existem condutas empresariais que, ainda que embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade das empresas.

65. As condições para a coordenação explícita de decisões são maiores em casos em que as empresas já se envolveram nesta classe de conduta ou já estiveram subordinadas a políticas públicas no passado recente que incentivem este tipo de comportamento como, por exemplo, o controle de preços.¹⁶ A aquisição de um competidor que anteriormente adotava condutas agressivas de competição pelos seus rivais também facilita a coordenação de decisões.

66. A possibilidade de supervisão das condutas convencionadas por um grupo de empresas é maior quando as condições de demanda e de produção são es-

táveis, quando informações sobre as práticas comerciais entre competidores estão disponíveis e quando as empresas envolvidas têm pouco incentivo para desviar-se do acordo estabelecido. A estabilidade das condições da oferta e da demanda tornam mais visíveis os desvios de conduta dos membros do acordo, enquanto a disponibilidade de informações torna menos viável a realização de transações secretas que se desviem do acordo convencionado. As empresas têm pouco incentivo para desviar-se do acordo estabelecido quando os custos marginais são relativamente inelásticos, os custos fixos são relativamente baixos e as transações mais freqüentes da empresa são na forma de pequenas quantidades.

67. Estruturas verticalizadas, especialmente quando envolvem o controle de canais de distribuição e a simplificação do monitoramento dos preços de venda, podem facilitar a supervisão do cumprimento do acordo por parte das empresas produtoras.

68. As condições de sanção dos participantes que não cumprem o acordo dependem das mesmas variáveis expressas no item 63.

69. O agrupamento societário, na medida em que facilita o intercâmbio de informações, aumenta as condições de supervisão da colusão.

Etapa IV: Eficiências Econômicas

70. O fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser "praticamente nula" não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira. Para avaliar o efeito líquido da concentração sobre a economia é necessário comparar os custos econômicos com as possíveis eficiências econômicas derivadas do ato. Nesta seção apresentam-se os fatores que podem ser consideradas eficiências econômicas derivadas do ato de concentração.

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

72. Verificação. Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com

razoável boa fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas 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 razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

73. Exclusão. Não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos.

74. As eficiências específicas à concentração econômica horizontal podem se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de uma tecnologia mais produtiva, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório.

75. Economias de Escala. As economias de escala são reduções nos custos médios derivadas da expansão da quantidade produzida, dados os preços dos insumos. Os custos médios podem diminuir, entre outros fatores, porque:

- (a) os custos fixos são uma parcela substantiva dos custos totais;
- (b) a produtividade do trabalho aumenta;
- (c) a produtividade do capital aumenta; e
- (d) as propriedades físicas do equipamento ou propriedades dos processos produtivos podem gerar economias.

76. Custos fixos são custos que não dependem da quantidade produzida, tais como custos de inicialização (start up costs). Quando a produção aumenta, os custos fixos médios diminuem, reduzindo os custos médios de produção. Quando os custos fixos são uma parte significativa dos custos médios, a concentração da produção pode proporcionar importantes reduções nos custos fixos médios da empresa resultante da operação.

77. A produtividade do trabalho é a relação entre a quantidade final de produto gerada e a quantidade de trabalho necessária para gerá-la. A produtividade do trabalho pode aumentar, por exemplo, quando o aumento da produção numa empresa permitir a especialização de uma linha de produção ou a ocorrência de economias de aprendizagem (learning economies).

78. Economias de Escopo. As economias de escopo são reduções nos custos médios derivadas da produção conjunta de bens distintos, dados os preços dos insumos. Os custos médios podem diminuir, entre outros fatores, porque:

(a) insumos comuns aos distintos bens são melhor aproveitados por uma só empresa do que por várias;

(b) recursos de distribuição e comercialização (venda e mercado) são melhor aproveitados por uma só empresa que por várias.

79. Introdução de uma nova tecnologia. A introdução de uma nova tecnologia pode implicar diferentes formas de geração de eficiências. Por exemplo, tornar viável o lançamento de um novo produto (introdução de uma nova tecnologia de produto) pode ser considerado um incremento de eficiência específico da concentração. Igualmente, tornar viável a introdução de tecnologias de produção com maiores níveis de produtividade, e que requerem escalas mínimas mais elevadas, pode ser considerado um incremento de eficiência econômica específico da concentração.

80. Também pode ser considerada melhoria tecnológica específica à concentração, a aquisição de uma empresa que envolva a substituição de uma equipe de administradores ineficazes por outra capaz de viabilizar o aumento da produtividade nesta empresa.

81. Externalidades. As externalidades são efeitos sobre uma terceira parte, derivadas de uma transação econômica, sobre a qual essa terceira parte não tem controle. As externalidades positivas aumentam o bem-estar dessa terceira parte (por exemplo, reduzindo os custos de produção), enquanto externalidades negativas reduzem o bem-estar (por exemplo, aumentando os custos de produção). A geração de externalidades positivas, a eliminação de externalidades negativas e a apropriação de externalidades podem ser consideradas eficiências específicas da concentração.

82. A apropriação de externalidades positivas aumenta a eficiência dos mercados. São exemplos de efeitos deste tipo:

(a) a apropriação de spill-overs tecnológicos;

(b) a racionalização da oferta em setores caracterizados por problemas de excesso de capacidade instalada; e

(c) a disponibilização de mais e melhores informações para os consumidores, de modo a subsidiar o processo de tomada de decisões.

83. Ainda que as externalidades negativas sejam bastante freqüentes, é importante considerar que diferentes opções de políticas públicas estão disponíveis para tratar do tema e que, portanto, a autorização de uma fusão não necessariamente é a melhor forma de eliminá-las do ponto de vista do bem-estar econômico. Por isso, ao considerar o argumento de que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específica da concentração, a SEAE e a SDE estarão particularmente atentas à possibilidade de obter o mesmo efeito por meio de outras políticas públicas. Somente nos casos em que não existam medidas de políticas públicas alternativas para tratar o tema se considerará que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específico da concentração.

84. Poder de mercado compensatório. Se o aumento da capacidade de exercício de poder de mercado da empresa concentrada contribuir para reduzir a capacidade de exercício de poder de mercado no mercado de insumos (deslocando, por exemplo, os preços dos insumos, que antes da concentração estivessem distorcidos, até seus níveis competitivos), a SEAE e a SDE considerarão este evento uma eficiência específica do ato.

Etapa V: Avaliação do Efeito do Ato sobre a Eficiência Econômica

85. Para que um ato que implique controle de parcela substancial de mercado (Etapa II) em um mercado em que existam condições de exercício de poder de mercado (Etapa III) seja aprovado com base nas eficiências que gera (Etapa IV), é necessário que o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade seja não-negativo, e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (art. 54, §1º, IV).

86. A SEAE e a SDE procurarão basear sua avaliação sobre os efeitos líquidos do ato de concentração em estimações quantitativas, quando estas forem disponíveis ou factíveis, dentro dos limites de recursos próprios à execução de suas atribuições legais. Quando estimações quantitativas não forem disponíveis ou não forem factíveis, as Secretarias apresentarão suas conclusões com base em uma avaliação qualitativa desses efeitos.

87. A lei de defesa da concorrência estabelece como requisito formal de aprovação dos atos de concentração que os benefícios decorrentes sejam "distribuídos eqüitativamente" entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro (art. 54, §1º, II). Mesmo nos casos em que os órgãos de defesa da concorrência reputarem a operação "necessária por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum", veda o legislador a aprovação do ato caso se verifique a possibilidade de "prejuízo" ao consumidor ou usuário final (art. 54, §2º). Portanto, nesses casos em particular, as

Secretarias procurarão analisar se os efeitos da operação se reverterem em benefício do consumidor em período de tempo razoável.

88. **Recomendações.** Tendo em vista que o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos e que o papel do controle de concentrações é avaliar os efeitos econômicos da operação, impedindo a consecução dos atos que gerem prejuízos à eficiência econômica e/ou ao bem-estar social, a SEAE e a SDE poderão fazer três tipos de recomendações:

- a) aprovar um ato, quando este não diminuir o bem-estar do consumidor e a eficiência econômica;
- b) aprovar um ato com restrições, impedindo que este diminua o bem-estar do consumidor ou a eficiência econômica e
- c) reprovar um ato, quando a alternativa anterior não for possível;

89. **Medidas Estruturais.** Nos casos em que seja sugerida a aprovação do ato com restrições (alternativa "b"), as recomendações da SEAE e da SDE buscarão "preferencialmente", criando condições para a consolidação de um ambiente competitivo, adotar medidas estruturais nos mercados envolvidos.

90. Medidas estruturais são aquelas que visam restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros. São exemplos deste tipo de medida a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes.

91. Quando as restrições envolverem a alienação de ativos das empresas, as recomendações da SEAE e da SDE, a fim de surtirem o efeito desejado, devem conter, entre outras, as seguintes características:

- a) envolver a alienação de todos os ativos relacionados a um determinado negócio, de sorte a garantir sua viabilidade econômica;
- b) estabelecer o menor prazo possível para que as requerentes cumpram com a obrigação de alienação; e
- c) evitar que a aquisição seja feita por empresas (ou pessoas) que não sejam (ou que não tenham condições de se tornarem) competidores efetivos nos mercados relevantes onde houve a redução da concorrência.

92. Na elaboração e aplicação de recomendações de cunho não-estrutural, deve-se buscar que as cláusulas propostas gerem efetivamente ganhos de eficiência que não seriam obtidos caso as cláusulas não fossem estipuladas. Ademais, é importante atentar para alguns cuidados fundamentais:

a) a análise antitruste se baseia nas condições de concorrência efetivamente vigentes e não em hipóteses sobre padrões futuros de competição. Neste sentido, é importante evitar alusão a condutas anticompetitivas, cuja condenação já esteja estipulada em lei e;

b) as cláusulas de compromisso implicam custos de monitoramento a serem considerados. Portanto, devem ser elaboradas de forma clara e pontual, evitando-se custos excessivos para a autoridade e interferências desnecessárias nas estratégias das empresas

FIM