

II PAINEL - MODERADOR DR. JOSÉ DEL CHIARO

As palestras apresentadas nesse painel foram publicadas no número anterior desta revista. Transcrevemos a seguir o debate pertinente a este painel. (Nota do Editor)

DEBATE

DR. GUILHERME DUQUE ESTRADA

Sou da Associação Brasileira da Indústria Química. Queria perguntar ao Professor Possas: há uma coisa ligada a uma situação que tem sido pouco debatida. Segundo o Parágrafo 2º. do Artigo 20 da nossa lei, também ocorre posição dominante quando uma empresa controla parcela substancial do mercado relevante como adquirente de produtos, não como vendedora, mas como adquirente. Isso pode dar a esta empresa o poder de impor preços abaixo do custo aos seus fornecedores (e eu falo de casos concretos que estão de fato ocorrendo aqui no Brasil atualmente e que têm ocorrido em outros países também). Essa prática pode ter por objetivo, em primeiro lugar, simplesmente obter lucros - no caso arbitrários - através de um aumento da sua margem; comprando os seus insumos a preços mais baixos ela vai ter uma margem maior para conseguir vender ao consumidor final pelo preço que ela vendia antes, ou talvez ligeiramente menor. Entretanto, também pode ter um outro objeto comum: depreciar o valor das ações da empresa fornecedora para um futuro take-over, ou seja. para assumir o controle dessa empresa mais tarde através da compra dessas ações do mercado de forma direta ou indireta, o que também tem sido comum em alguns casos. Como é que nós caracterizaríamos o mercado relevante nessa situação? Porque a lei fala em mercado relevante como adquirente. Eu coloco a questão ao Professor. Obrigado.

PROF. MÁRIO LUIZ POSSAS

Eu acho que isso envolve técnica jurídica também. Do ponto de vista estritamente de conceituação de mercado relevante, como eu disse logo no começo, a conceituação dele independe de qual é a prática que se está considerando. Uma coisa é a definição, o conceito do mercado relevante em

geral, a sua delimitação concreta, inclusive, e outra coisa é a análise concreta das práticas que são realizadas naquele mercado. Então, o que se analisa na delimitação do mercado relevante é estritamente o potencial de exercício de poder econômico via preços (que é o mais simples) daquele mercado. Assim, é um processo inicial de definição do mercado. O mercado é sempre um conjunto de produtos em uma região, é sempre isso. Se eventuais práticas abusivas serão exercidas na relação vertical, por exemplo, isso é uma outra questão: é uma questão secundária. Pode-se até considerar que é necessário analisar os dois mercados, em geral será. Vai ter que analisar os dois mercados que se relacionam verticalmente. Mas, ainda assim, você vai ter sempre a obrigação de definir quais são os mercados relevantes do ponto de vista estrutural. Não importa do ponto de vista da definição do mercado relevante, qual é a prática que está sendo realizada ali. Isso é um problema da análise, digamos assim, do potencial naquele mercado concreto, dado que ele já é um mercado relevante. Não se pode nem falar demarcado enquanto não se define o mercado relevante, porque o ' mercado econômico é uma coisa, o mercado jurídico é outra e o mercado relevante é outra. Não se pode nem falar de mercado, pode-se falar em linguagem econômica e jornalística, mas juridicamente não se pode falar. Primeiro se delimita, então tem que ser um mercado no qual o poder de mercado possa ser exercido. São dois? Delimite os dois. Depois você discute quais são as práticas que podem ou estão sendo realizadas ali, OK? Quanto à questão de preços predatórios ou não, a Ora. Sônia poderia respondê-la melhor.

DR. JOSÉ DEL CHIARO

Eu não sei se a Ora. Sônia quer falar alguma coisa sobre a questão dos preços predatórios... Eu acho que o que foi colocado é realmente não só a posição dominante do fornecedor de produtos mas, ao contrário, do adquirente de produtos, e esse é um fenômeno que hoje vem ganhando corpo na medida em que certos grupos industriais, especificamente em razão de sua necessidade de produção, de sua necessidade de aquisição, têm hoje condição, inclusive, de sair no mercado comprando matéria prima em grande volume, distribuindo essa matéria prima aos seus fornecedores e então, neste momento, já substancialmente adquirindo uma condição de preço muito vantajosa na matéria prima. Há a necessidade também, há a condição também de se impor preço pela facilidade de importação, ou seja, oferta, demanda nacional, mas a capacidade de importar, esta capacidade de importar muitas vezes com condição favorável também atrapalha, também coloca um novo elemento a considerar. O que está - eu acho - de fato sendo colocado em questão é, na

evolução que nós vamos caminhando, na postura de competitividade global, na postura de um lado de escala de algumas indústrias sediadas no país e de poder de atuação destas indústrias, a nível de escala, competitividade e volume de preço e, por outro lado, a condição de grandes tomadores de mercadoria que têm condição de fazer compras até internacionais. Não sei se era isso que o Dr. Guilherme tinha colocado.

DR. GUILHERME DUQUE ESTRADA

(...) (Inaudível) por essa razão conseguem impor aos seus fornecedores, muitas vezes de muito menor porte, por preços que são compatíveis com os preços praticados internacionalmente e que levam esses fornecedores a uma situação de decidir entre vender abaixo do custo durante algum tempo, enquanto sobrevivem, ou ceder em alguns casos de outra forma, ou seja, ceder o seu controle acionário e assim por diante. Isso tem sido uma prática bastante freqüente, curiosamente ela não tem sido levada ainda para o plano da discussão na área de direito econômico ou mesmo na justiça, isso tem ficado muito no plano comercial (pelo menos aqui no Brasil, ao que a gente saiba), mas está se tornando bastante comum. E fiz a pergunta sobre mercado relevante porque senti a dificuldade de definir o que é mercado relevante nesta situação inversa, uma vez que a lei diz claramente que, para que haja a posição dominante, é preciso que haja controle da parcela substancial de mercado relevante, mesmo que seja como adquirente. Assim, qual é o mercado relevante para o adquirente? Essa era minha preocupação.

PROF. MÁRIO LUIZ POSSAS

Para ser um pouco mais específico, o problema é que a definição de mercado relevante utilizada amplamente é a definição horizontal (aliás, é Horizontal Merger Guidelines não por acaso) e está relacionada a fusões horizontais e, portanto, a definição é de monopólio e não monopsônio. Que eu saiba, não existe uma definição análoga para o caso de monopsônio, mas ainda assim você teria que definir poder de mercado dos dois lados; você pode inverter porque, em técnica de organização industrial ou de microeconomia, o raciocínio é simétrico. Assim, não é muito difícil fazer o raciocínio simétrico, seria feito apenas por extensão, por analogia. Acho que, no caso, caberia fazer.

DR. PEDRO DUTRA

Eu gostaria de esclarecer que essa definição está feita por simetria. A lei - quando fala adquirente de matéria prima, consumidor, comprador ou vendedor - se ela falar só vendedor, leia-se vendedor e ., comprador. O contrato é de compra e venda, não há venda sem que haja compra e vice-versa. Não há necessidade da lei esclarecer que são 20% do mercado relevante do adquirente ou do fornecedor; então não há esta dúvida, ela não se põe, não há necessidade da lei esclarecer se trata de comprador ou de vendedor de produtos, no caso adquirente ou fornecedor. Da mesma maneira, não há necessidade de se tratar de monopólio, de monopsônio, de oligopólio e oligopsônio, são simétricos. Como o Professor Possas esclareceu, quando a lei fala de oligopólio (aliás ela não fala), mas quando a doutrina fala de oligopólio, de monopólio, a doutrina americana, entenda-se a situação inversa, certo? Um exemplo bom é a doutrina americana que diz o seguinte: existe cartel, cartel de venda e cartel de compra. Esta questão semântica está superada no próprio espírito da lei. Agora, já há precedentes de oligopsônio no CADE, é bom que se diga isso. O outro aspecto importante é o seguinte: quando se fala em monopsônio e de matérias primas e na área petroquímica, é bom não esquecer-se que esta área é dominada por um monopólio impedido e resistente a qualquer flexibilização que detém a PETROBRÁS no caso da matéria básica petroquímica. Então, realmente a questão do monopsônio deve ser entendida e ela deve ser entendida dentro de um contexto de monopólio *latus sensus*. Era só este esclarecimento que eu queria fazer.

DRA. ELIZABETH FARINA

Eu queria fazer um comentário sobre a exposição da Dra. Sônia. Parece-me que faltou alguma coisa nos seus pontos condicionantes. Eu diria assim: para se caracterizar o preço predatório - portanto a intenção de alguém em monopolizar o mercado - acho que também tem que se mostrar que, além da capacidade de eliminar o concorrente, ele terá a capacidade de eliminar o concorrente para sempre ou por um período tão longo...

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

(...) (Inaudível) por um determinado período, certo?

DRA. ELIZABETH FARINA

Não, errado. O que eu quero dizer é outra coisa: manter o preço abaixo por um período relativamente longo é uma coisa. Eu estou dizendo ex post. Você eliminou o concorrente, certo? Ótimo! Aí, você pega e põe o seu preço 10% acima para seguir o critério do Professor Mário Possas. Aí, o cara volta e você perdeu 5 anos de lucro e não vai conseguir recuperá-lo, quer dizer, para você mostrar uma prática que é viável - é razoável uma prática de preço predatório - além do concorrente ter a capacidade de, mediante esta prática, eliminar o seu concorrente, você tem que mostrar que ele ex post vai conseguir usufruir dessa posição, exercendo o poder de monopólio, no mínimo para se ressarcir da perda que teve antes.

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Não, não, mas isto é claro. Inclusive, nestas decisões do CADE que eu tenho aqui isto fica bem claro. É tudo feito num determinado jogo para que ele, por um período de tempo, consiga baixar seus preços, mas o concorrente talvez não tenha posição ou barganha financeira para poder competir com ele. Quer dizer, ele sai totalmente do mercado e o outro sobe. E sobe definitivamente.
(...)

DRA. ELIZABETH FARINA

Veja: se você fechar a fábrica, apagar a luz, deixar só o guarda lá, e se você puder abrir a porta da fábrica, ligar a tomada que ela volta a funcionar e você consegue voltar ao mercado... Eu não tenho este poder. Mas, quando você elimina o rival, ele perde por exemplo, a rede de distribuição ou perde a reputação junto aos consumidores - isso é comum em produtos de prateleira de supermercado, por exemplo, onde você está ali, a presença, a marca constante, etc. faz diferença - então você vai ter que fazer um novo investimento para dizer "Olha, eu estou de volta!"

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Quando eu digo é para sempre, é porque é para sempre mesmo, ele sai realmente. Se ele puder retornar e sem prejuízos, ele volta então e não se caracterizou, quer dizer, então é periódico: ele baixa o preço por um período

determinado. afasta o outro para sempre e aí ele mantém a sua posição dominante ou passa a possuí-la. Obrigada.

Dr. JOSÉ DEL CHIARO

Acho que ficou registrada a colocação da Ora. Elizabeth no sentido de registrar que não adianta apenas o preço ou o preço continuado, é a razoabilidade, é a intenção de deixar evidenciado que o retorno daquela empresa à atividade econômica ficaria inviabilizado, quer dizer, um curto espaço de tempo, um período menor de preço até abaixo do custo não levaria a isso. Acho que o que está havendo é um distúrbio de comunicação na colocação...

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Não, eu acho que está claro. Penso exatamente isso. Está perfeito, quer dizer, o outro ele não tem... porque justamente você tem alguém que detém o poder econômico, você tem um desnivelamento. Se o outro puder competir também, ele também baixa seu preço e toca, mas não é por aí. Realmente, você tem um desnível. Obrigada.

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Eu acho que teríamos que lembrar que a lei fala "...ainda que os efeitos não sejam alcançados...", quer dizer, ainda que não sejam alcançados os efeitos, ainda que o fim almejado não seja alcançado (que é eliminar o concorrente e ficar para sempre), a infração já se caracteriza por si só por um período de tempo e sendo possível...

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

É, mas aí nós vamos entrar em um outro campo: saber se, pelo fato de você simplesmente ter a intenção mas não chegar ao fim, se realmente você cometeu a infração. Então eu acho que aí...

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Pois é, mas a letra da lei é clara neste sentido...

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Eu concordo.

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Ainda que não sejam alcançados os efeitos...

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Não, mas veja o seguinte: eu acho que aí nós vamos entrar em uma outra polêmica, porque justamente você tem que ter aquela conjugação toda de elementos. Se você conjugou tudo aquilo e atingiu o objetivo, quer dizer, acho que o preço tem realmente que... ele é tão predatório que acaba com o seu concorrente, a intenção é realmente acabar. Se você não chegou a este objetivo, eu tenho realmente as minhas dúvidas...quer dizer, aí você tem que ver no contexto geral da lei, quer dizer, se o efeito é culpa, dolo, tudo aquilo que eu acho que o Professor Tércio poderia...

DR. CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

Tem a teoria da infração impossível também, uma série de coisas em matéria de defesa, mas, em princípio, a lei fala isso.

DR. JOSÉ DEL CHIARO

A Ora. Sônia colocou as coisas a nível de levantar o assunto. Agora, em vinte minutos, de fato é difícil se esgotar um tema dessa complexidade. O Professor Fábio nos pediu a palavra, o Dr. Sayeg pediu a palavra, eu passaria ao Professor Fábio, depois ao Dr. Sayeg, pedindo brevidade aos dois. Professor Fábio por favor.

PROFESSOR FÁBIO NUSDEU

A observação é extremamente rápida. Dentro do princípio de maximização dos resultados aqui aludida, hoje de manhã, pelo Or. Pereira, vale dizer o

princípio hedonista; o pressuposto do mercado é que todos os agentes se baseiam no princípio hedonista. Se ele contraria o princípio hedonista, isto é, se por um lapso razoável de tempo ele resolve vender abaixo do custo, obviamente algo obviamente há uma intenção implícita de lesar os mecanismos de mercado, ainda que ele não consiga derrubar ou eliminar o seu concorrente, quer dizer, é o underpricing constante, que contraria um pressuposto de mercado.

DRA. SÔNIA MARQUES DOBLER

Dr. Fábio, acho que não. Acho que o fato dele... realmente denota algo, algo que precisa ser investigado. Por quê? Porque aí há conjugação de todos os elementos, porque se realmente ele faz um preço abaixo, mas por quê? Qual é o objetivo dele? Muitas vezes ele pode estar... é um fator promocional, pode ser... Então, eu acho que o fato de ele baixar seu preço abre margem à investigação. Por isso alguns casos foram levados ao CADE para investigação - é muito difícil caracterizá-los.

JOSÉ DEL CHIARO

Não havendo mais colocações damos dar por encerrado este painel.