

REVISTA DO IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

volume 3 nº 5 - maio 1996

CADERNO DE DOCTRINA

**TRABALHOS APRESENTADOS NO
II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA
CONCORRÊNCIA - MAIO DE 1996**

***TRABALHOS APRESENTADOS NO
II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO
DA CONCORRÊNCIA - MAIO DE 1996***

São Paulo
Maio de 1996

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748

Fax.: (011) 872 2609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, , Tércio Sampaio Ferraz, Werter Rotundo Faria, Ubiratan Mattos.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Catalogação

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.
--

CDU 339.19 / 343.53

Os debates havidos nas sessões do II Seminário Internacional de Direito da Concorrência nos dias 17 e 18 de maio serão reunidos em um próximo número, formando ambos os anais daquele Congresso.

O IBRAC renova solicitação a todos aqueles interessados na afirmação do Direito Econômico na cultura jurídica brasileira de enviarem ensaios sobre essa matéria que poderão ser publicadas em nossa revista, em cadernos de doutrina ao lado daqueles de jurisprudência e de legislação.

Pedro Dutra

Editor

ÍNDICE

EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION POLICY	7
THE IMPACT OF GLOBALIZATION	7
Jacques H.J. BOURGEOIS	7
INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA: PREÇO PREDATÓRIO	19
Sônia Maria Marques Döbler.....	19
1. INTRÓITO	19
2. Estados Unidos	20
3. COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA	21
4. JAPÃO.....	22
5. CONCLUSÃO.....	23
O ACESSO À JUSTIÇA E AMPLA DEFESA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	25
Pedro Dutra.....	25
UM MODELO DE PESQUISA SOBRE ESTRUTURAS DE MERCADO E PADRÕES DE CONCORRÊNCIA	36
Fernando Garcia	36
1. O projeto “Concentração Industrial e Defesa Econômica”	36
2. O modelo de pesquisa	38
O DIREITO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL	43
Mauro Grinberg	43
I. INTRODUÇÃO:	43
II. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO:	43
III. SANÇÃO:.....	45
IV. CONCLUSÃO:	48
COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS XXV RELATÓRIO SOBRE A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA (1995).....	49
Juan Antonio Rivière Marti	49
Introdução	49
PONTOS PARA UMA AGENDA ECONÔMICA PARA A AÇÃO ANTITRUSTE	61
Edgard Antonio Pereira	61
1. Introdução.....	61
2. A condição de entrada dos mercados.....	63
3. As reações dos competidores.....	67
4. O novo paradigma tecnológico e a atual fase da industrialização brasileira... 70	
5. O novo quadro de referência e o papel do sistema de defesa da concorrência72	
OS CONCEITOS DE MERCADO RELEVANTE E DE PODER DE MERCADO NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	75
Mario Luiz Possas	75

1. Introdução.....	75
2. Mercado relevante: definição.....	76
4. Dintinção analítica entre oferta potencial e entrada no mercado relevante	82
5. Poder de mercado e oligopólio na conceituação de mercado relevante.....	84
6. Conclusões.....	90
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA O MONOPÓLIO	95
Ricardo Hasson Sayeg	95
DA INADEQUAÇÃO DO DIREITO PRIVADO TRADICIONAL	95
DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR.....	96
DAS CONDIÇÕES MONOPOLÍSTICAS.....	97
DO MERCADO RELEVANTE	100
CONCLUSÃO	103
AS MEDIDAS PREVENTIVAS NO ART. 52 DA LEI 8.884/94.....	107
Luis Fernando Schuartz	107
I - Aspectos Gerais do Instituto	107
II - Requisitos Essenciais.....	109
CURRENT ANTITRUST ISSUES IN U.S. FEDERAL ENFORCEMENT	117
Mary Lou Steptoe	117
Remarks of Mary Lou Steptoe Before Brazilian Institute of Studies On Competition and Consumer Matters	117
I Resale Price Maintenance (RPM)	117
II Vertical Merger Enforcement	119
III The Quick Look Policy For Reviewing Premerger Filings	122

EUROPEAN COMMUNITY COMPETITION POLICY THE IMPACT OF GLOBALIZATION

*paper presented at
the seminar organized by IBRAC
at Campos do Jordao (Brazil)
16-18 May, 1996*

Jacques H.J. BOURGEOIS
Advocaat, Partner Baker & McKenzie (Brussels)
Professor, College of Europe (Bruges)

GLOBALIZATION AND ANTITRUST POLICY SOME GENERAL COMMENTS

1. As the concept of "globalization" is used in a variety of meanings, it would appear useful to define it for the purposes of this paper. It refers to the evolving pattern of cross-border inter-firm and intra-firm operations which involves all functional areas of firm's activities, including technology development, dispersion of different phases of design, production, sourcing and marketing ¹.

"Globalization" is thus something else than and at any rate short of "integration of the world economy". The European Community (hereinafter : the "EC") with its common institutions, its common foreign trade policy and common sectorial economic policies, having removed all tariff barriers and a great many of non-tariff barriers to intra-EC trade has created to a substantial degree the conditions necessary to integrate the markets of its Member States into a single market. Yet there still are areas in which distinct geographic markets continue to exist. This may be illustrated by the Procter & Gamble/Schickedanz merger, one of the cases referred to in this paper. One of the relevant product markets was the market for sanitary towels for ladies.

¹ A. Beviglia Zampetti and P. Sauvé, New Dimensions of market Access : An overview in OECD DOCUMENTS, NEW DIMENSIONS OF MARKET ACCESS IN A GLOBALIZING WORLD ECONOMY 13-22 (Paris, 1995)

The European Commission found that within the EC there were apart from other Member States two separate geographic markets : Germany and Spain. It found that parties to the merger were able to determine their competitive behaviour without significant competitive constraints from outside Germany and Spain. There were different consumer prices, different pricing patterns, supplier having home markets, different brand names were used, demand differed and there were market entry barriers.

One should also bear in mind that "globalization" is not a universal phenomenon. About 80 % of world trade is between 25 OECD countries. Foreign investments are made in a limited number of developing countries. Roughly 70 % of all investments are made by the five largest industrial countries ².

2. The renewed interest for competition policy beyond the confines of national jurisdictions is at least in part the result of globalization, which itself has contributed to the Uruguay Round agreements and will be further stimulated by their implementation.

This renewed interest for competition policy is reflected in clauses of the Europe agreements concluded by the EC with Central-European countries.

On world-level too there is a renewed interest for competition policy as evidenced by the Draft International Antitrust Code produced by a group of eminent scholars ³ and by work started to bring about convergence of competition laws among OECD countries ⁴. There have also been calls for including competition policy in the future work of the WTO and there already is a beginning of WTO competition rules in the Uruguay Round Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

3. These international efforts not only reflect the growing importance given to competition policy as such, which is linked to more stress being laid on the market economy. They also attempt to bring about an approximation of competition regulatory systems. The existence of differing systems is seen as a barrier to market access and as a multiplier of transaction costs for businesses that operate in the parts of the world involved in the globalization and that thus have to comply with the requirements of these differing systems.

² The extent to which countries benefited from what the World Bank calls "increased integration of world goods and capital markets" has been highly uneven in the past five years. 1996 World Bank, Global Economic Prospects and the Developing Countries at 3 (The World Bank, Washington D.C., 1996)

³ Published in 5 WORLD TRADE MATERIALS IL 7 (No 5, 1993)

⁴ Several contributions in the book cited supra n. 1

4. Globalization does not appear to have led to lesser enforcement of national competition policy. While globalization may in certain circumstances impair the effectiveness of national policies (see *infra* para 6), it has led to more forceful assertion of jurisdiction over foreign conduct affecting national markets⁵ or even over foreign conduct affecting national companies' interests on foreign markets. This now is the policy of the US Administration⁶.

5. One may wonder why globalization has not led to less enforcement of competition policy at the national level, albeit that the competition analysis may in appropriate cases take account of the competitive situation on the world market (see *infra* examples from the EC practice). Unilateral disarmament in competition policy may be a handicap if other countries do not do likewise : precisely in light of globalization the country that refrains from enforcing its competition policy runs the risk of being subjected to the effects within its territory of another country's competition policy.

6. As matters stand, the absence of multilateral competition rules may lead to conflicting decisions with respect to the same conduct.

A few examples may illustrate this point.

In 1989 following a complaint by Consolidated Goldfields against a takeover bid for its shares by Minorco, the Commission of the European Communities agreed to a settlement effectively allowing the takeover bid to go ahead subject to undertakings by Minorco. Minorco undertook to sell within a specified period of time the platinum interests of Consolidated Goldfields and to refrain from selling them to the Anglo-American Corporation of South Africa, De Beers or parties associated with them⁷.

However, a New York court had already issued a preliminary injunction preventing Minorco from continuing its takeover of Consolidated Gold Fields⁸. Subsequently that court refused to lift this injunction and Minorco felt constrained to allow its bid to lapse⁹.

⁵ The Court of Justice of the European Communities confirmed that EC competition rules apply to agreements of foreign companies entered into abroad as long as they are implemented within the EC. Ahlström Osakeyhtio v. Commission [1988] ECR 5193

⁶ BNA, Antitrust & Trade Regulation Report, Vol. 67, No 1685 (Oct. 20, 1994)

⁷ Commission of the European Communities, XIXth Report on Competition Policy para 68 (1990)

⁸ Consolidated Gold Fields PLC v. Anglo-American Corp. 1988-2 Trade Cas. (CCH) # 68.294

⁹ Minorco concedes defeat as US injunction remains, Financial Times 17 May 1989, p. 1

The acquisition by Gillette of a shareholding in Wilkinson Sword involved no less than eight competition authorities. In early 1990 US authorities filed for a consent decree with respect to American intellectual property and voting rights, while subsequently the UK authorities blocked the merger entirely¹⁰. The European Commission held that the complex arrangement between Gillette and Wilkinson Sword, involving an investment vehicle company, in which Gillette acquired a 22 % equity stake and to which it made an unsecured loan, and the geographical separation of ownership of the Wilkinson Sword trademarks, was contrary to Article 85 (1) EC Treaty on restrictive agreements. Moreover, it found that Gillette's acquisition of the interests in the investment vehicle company constituted an abuse of dominant position within the meaning of Article 86 EC Treaty¹¹.

In 1991 the European Commission prohibited the proposed acquisition of de Havilland by Aérospatiale/Alenia on the ground that this would create a dominant position on the world markets of commuter aircraft, which would not merely be temporary but would significantly impede effective competition¹². The Canadian Bureau of Competition Policy also investigated the proposed acquisition. It, however, found that the transaction was not likely to substantially lessen competition within Canada. These conflicting results can be explained not by a lack of consultations between the two competition authorities, which were held, but by the differing nature of Canadian and EC merger control legislation¹³. But this is precisely the point that has to be made.

On 8 June 1994, following a notification, the European Commission cleared the creation by Montecatini and Shell of a joint-venture, to which Montecatini would transfer all its polyolefins interests and Shell most of its activities in this sector, with the exception of its interests in the US and in its joint-venture with BASF for polypropylene production. The European Commission was able to clear this after the parties amended the operation as originally conceived and made certain undertakings¹⁴. Concurrently the parties filed this operation with the US FTC. The FTC managed to approve it

¹⁰ G.N. Addy, International Coordination of Competition Policies in KANTZENBACH, SCHARRER, WAVERMAN (eds) COMPETITION POLICY IN AN INTERDEPENDENT WORLD ECONOMY 33 (Nomos, Baden-Baden, 1993) at 293 and 297

¹¹ Decision of 10 November 1992, OJ L 116/93

¹² Decision of 2 October 1991, OJ L 334/91

¹³ G.N. Addy supra n. 10 at 298

¹⁴ European Commission Press Release IP/94/509

subject to the conditions that Shell divest its polypropylene assets and the Director of the FTC's bureau of competition indicated at the time that this case demonstrated the agency's ability to work with foreign antitrust agencies in devising effective relief.

II. GLOBALIZATION AND EC COMPETITION POLICY

7. Arguably merger control is the area of EC competition policy in which it should be the easiest to analyze the impact of globalization. The analysis will thus be limited to some cases under the Merger Control Regulation¹⁵.

Some general remarks

8. In a way the jurisdictional scope given to EC merger control takes account of globalization. It applies to mergers with a "[European] Community dimension", defined in terms of turnover thresholds (combined aggregate world-wide turnover of all undertakings concerned in excess of ECU 5,000 million, roughly USD 650 billion, and aggregate EC-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned in excess of ECU 250 million, roughly USD 330 million). Thus the sole condition on which EC jurisdiction depends under the Merger Control Regulation is a qualified turnover in the EC. Under this regulation whether or not parties to a merger are established in the EC is irrelevant¹⁶.

9. The Merger Control Regulation provides that

"[a] concentration which creates or strengthens a dominant position as a result of which effective competition would be significantly impeded in the common market or in a substantial part of it shall be declared incompatible with the common market" (Art. 2 (3)).

It directs the European Commission to effectively prohibit what one could call a "qualified dominant position" and provides for a double test.

¹⁵ Council Regulation (EEC) No 4064/89 of 21 December 1989 on the Control of Concentrations between Undertakings (Official Journal of the European Communities Nr. L 395 of 30 December 1989, p. 1)

¹⁶ For further reading J.H.J. Bourgeois, EEC Control over International Mergers (1990) YEARBOOK OF EUROPEAN LAW 103 (Clarendon Press, Oxford)

First, the merger must create or strengthen a "dominant position"; second, the result of the creation or strengthening of the "dominant position" must be that "effective competition would be significantly impeded".

Legal writers have questioned whether the test provided by the Merger Control Regulation is a double test. After initial hesitations the European Commission seems to interpret and apply this provision as requiring a double test.

10. An analysis of what constitutes a "dominant position" within the meaning of the Merger Control Regulation is beyond the scope of this paper.

Suffice it to make three remarks in this respect.

First, although in practice having a share of the market in excess of 50 % puts one in the danger zone, there is no presumption of dominance built on thresholds of supply concentration or any other parameter¹⁷. Second, a review of the European Commission decisions shows that much, if not everything, depends on an analysis in each case of the circumstances and conditions prevailing in the relevant market. Third, neither the EC Merger Control Regulation, nor the European Commission in its decisional practice rely on the Herfindahl-Hirschman Index¹⁸.

The relevant geographic market with respect to which the dominant position must be assessed is at most the whole of the EC. The European Commission is not mandated to control the creation or the strengthening of a "dominant position" in a market larger than the EC¹⁹.

11. Whether a "dominant position" would have the result of significantly impeding effective competition depends on a number of factors which are listed in the Merger Control Regulation (Art. 2 (1)) :

- the structure of all the markets concerned and the actual or potential competition from undertakings located either within or outside the EC;

- the economic and financial power of the undertakings concerned, the alternatives available to suppliers and users, their access to supplies or

¹⁷ J. Briones, Oligopolistic Dominance : Is there a Common Approach in Different Jurisdictions ? A Review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation, 6 ECLR 334 at 336 (1995)

¹⁸ One authoritative commentary considers that the HHI "as a meaningful indications of likely challenge under the Merger Regulation is at best unreliable" (Ch. Jones/E. González-Díaz, *The EEC Merger Regulation* 136 (Sweet & Maxwell, London, 1992)).

¹⁹ With the exception of the European Economic Area, at present an area comprising the EC and Iceland, Liechtenstein and Norway

markets, any legal or other barriers to entry, supply and demand trends for the relevant goods and services, the interests of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress provided that it is to consumers' advantage and does not form an obstacle to competition.

This list contains the factors which are used in most competition laws to determine whether there are "barriers to entry" in a given market in the usual meaning of these terms. The list also refers to actual or potential competition from undertakings located outside the EC as a factor to be assessed.

12. As of November 1995, 376 concentrations had been notified and 357 final decisions had been adopted under the Merger Control Regulation (31 decisions declaring that the operation falls outside of the scope of the Regulation; 303 decisions clearing the merger at the end of the first phase of investigation; 19 decisions clearing the merger at the end of the second phase of investigation; 4 decisions prohibiting the merger)²⁰. Since then one more merger has been prohibited : Holland Media Group and Gencor/Lonrho.

13. It may be interesting to speculate as to why so few mergers have been prohibited. There probably are several explanations. Many companies are not (yet) operating on a EC scale and those that do generally have no high market shares in the EC as a whole. Moreover, there are two features of the European Commission practice that tend to prevent a situation where mergers are bound to be prohibited. First, the European Commission encourages parties to have "pre-notification contacts" with its staff in which, pending the negotiations of a merger, parties can "test the waters" and, if they so wish, abandon a contemplated merger or change aspects which, according to the European Commission staff, are likely to stand in the way of clearance of such merger by the European Commission. Second, the European Commission prefers settlements over negative decisions : where parties are willing to make certain commitments, the European Commission will clear the merger subject to conditions or obligations to ensure compliance with such commitments. As the cases analyzed in this paper show, these commitments are designed to remove the negative effects which a merger would otherwise have on the structure of competition within the EC. These commitments are thus only of a structural nature and typically relate to divestiture of part of the business involved.

²⁰ European Commission, Community Merger Control. Green Paper on the Review of the Merger Regulation (31 January 1996) para 12 (COM (96) 19 final)

Some cases

14. The cases which are mentioned hereinafter have been selected on the basis of two criteria : first, they concern mergers leading to a "dominant position", second, competition from undertakings located outside the EC played a role in the assessment.

(a) Aérospatiale-Alenia / De Havilland ²¹ concerned a merger between Aérospatiale-Alenia, through their joint venture ATR the largest commuter aircraft manufacturer in the world and in the EC, and De Havilland, established in Canada, the second largest commuter aircraft manufacturer in the world (and in the EC through sales from Canada into the EC).

The merger was prohibited by the European Commission. The European Commission assessed among other factors the actual competition from undertakings located outside the EC (i.a. from Embraer) as well as potential competition from undertakings located outside the EC which are potential entrants in one of the relevant commuter aircraft markets. It concluded from its analysis that there was "no realistic significant potential competition in the commuter markets in the foreseeable future" (para 63).

(b) In Du Pont/ICI ²² concerning the proposed acquisition by Du Pont of the world-wide nylon operations of ICI, the European Commission found that Du Pont would increase its market share in the EC to 43 %. It also noted that du Pont is the lowest cost producer in the world and one of the world's largest chemical companies. It concluded effectively that du Pont would acquire a dominant position (para 47).

It also found that there was some import penetration from Allied Signal, which had less than 5 % of the market, but that there was no indication that other large US nylon producers intended to export production to the EC in the foreseeable future (para 40). The European Commission did not take the assessment of actual and potential competition from outside the EC further. It cleared the proposed merger in view of undertakings entered into by du Pont inter alia (a) to reserve a certain capacity annually to produce nylon staple fibre for the benefit of an independent supplier of nylon fibres; (b) for a period of five years to manufacture for a fee or specific amount annually of such nylon staple fibre as may be requested by the third party beneficiary; (c) to transfer to such third party a carpet research and production facility.

(c) The stainless tube joint venture in Mannesmann / Vallourec / Ilva ²³ was found by the European Commission to have a 36% share of the

²¹ EEC Merger Control Reporter, Vol. 1, p. 401

²² EEC Merger Control Reporter, Vol. 2, p. 915

²³ EEC Merger Control Reporter, Vol. 3, p. 1321

relevant product market in the EC while Sandvik, the other larger player, had 33% share of that market. The European Commission examined whether collective dominance would be created by the post-concentration market structure. It concluded that the structural market conditions created a strong incentive for the joint venture and Sandvik to engage in anti-competitive parallel behaviour.

As to actual competition within the EC and EFTA it was found that none of the remaining producers primarily active in Western Europe could realistically hope to increase their sales volume without exposing themselves to likely joint retaliation by the two leaders, i.e. Sandvik and the joint venture. The European Commission considered, however, that any price increase carried out in common by the joint venture and Sandvik was likely to provoke a significant entry onto the Western European market of Japanese suppliers and that, given the overall demand-price inelasticity, such entry would even with limited volumes quickly depress prices. As to potential competition, the European Commission thought that it was very likely that the Eastern European producers would have a more significant impact on the Western European market in the near future. The proposed joint venture was cleared.

The competition assessment made by the European Commission has met with strong criticism in the legal literature, while a majority of the Advisory Committee of Member States officials considered that the proposed joint venture would lead to a joint dominance which would significantly impede effective competition. The criticism is probably well founded. Without saying so in the decision, the European Commission cleared the operation for industrial policy reasons.

(d) The European Commission was also in a position to clear the Shell/Montecatini ²⁴ joint venture in the polyolefins sector in light of undertakings entered into by the parties.

It nonetheless examined in its decision whether the "dominant position", which the joint venture as originally contemplated would have created, would significantly impede effective competition. It noted that transport costs were sufficiently high that customers did not consider producers from outside Western Europe, e.g. the US or Japan, to be alternative sources of supply. It also noted that the current import duties "insulate the Western European market to some extent" (para 48).

(e) Procter & Gamble / VP Schickedanz ²⁵ concerned the acquisition by the former of the latter, a producer of household paper and sanitary

²⁴ EEC Merger Control Reporter, Vol. 3, p. 1467

²⁵ EEC Merger Control Reporter, Vol. 3, p. 1511

protection products. The European Commission found that the acquisition would create a dominant position for P & G for baby nappies and in the sanitary towel market. As far as the latter market is concerned it made an extensive investigation covering practically all barriers to entry by actual competitors, which had managed to acquire only minimal market shares. It also examined potential competitors located in Japan, Hong-Kong and the US. It concluded from this analysis :

"While there are thus several conceivable potential entrants, the question is whether any of them would be likely to enter the German or Spanish market within the next two to three years or as a timely response to excessive pricing in the market. As was discussed earlier with regard to Germany there have been several failed attempts at entry in the last 10 to 15 years which illustrate the difficulty of penetrating this market on any scale less than that undertaken by P & G with Always.

As explained earlier in the discussion of the barriers to entry in the towel market, successful entry is all or nothing and must combine a product which is perceived as innovative by the consumer with a huge advertising and promotion effort. This last point is necessary to build market share and distribution quickly. Competitors of P & G have estimated that the minimum viable market share is between 15 and 20 % if a supplier is to be able to generate the resources to fund the advertising necessary to obtain adequate weighted retail distribution (estimated by competitors for Germany to be at about 70 %) and retain market share once won. A minimum market share is also necessary to begin to be able to reap economies of scale, particularly in advertising. This requirement of a minimum viable market share limits further the potential for entry. A low-cost entry strategy based on undercutting the existing brands rather than out-promoting them would be unlikely to succeed, given not only the relatively low level of price sensitivity among consumers but also the need to fund the advertising necessary to persuade brand loyal consumers to switch brands and thus obtain retail distribution and any sales at all".

The European Commission cleared the acquisition in view of undertakings entered into by P & G.

(f) In its decision in Crown Cork & Seal / CarnaudMetalbox ²⁶, relating to the acquisition by the former of the latter company, the European Commission found that the operation would create a dominant position in two of the affected markets : aluminium bottle closers and tin-plate aerosol cans.

²⁶ Official Journal of the European Communities, No L 75 of 23 March 1996, p. 38

The new firm would have a 45 to 55 % share of the aluminium bottle closers market. However, the European Commission found that this market was a declining one due to a shift from glass to plastic bottles; moreover there was a strong competitor on the market also active in plastic closures (Alcoa). The European Commission concluded that these factors appeared sufficient to constrain a threat of dominance by the new firm.

On the market for tin-plate aerosol cans, Crown / CMB would acquire a 60 to 70 % market share. The European Commission then examined whether the remaining competitors would be able to constrain the new firm's exercise of market power on that market. It concluded that this would not be the case : the only remaining multi-plant competitor did not have adequate excess capacity nor the geographical flexibility to compete effectively against the parties throughout the market place. It also examined whether there was adequate potential competition to constrain possible anti-competitive behaviour by the new firm. It concluded that this was not the case in view of the important barriers to significant entry (reliability of supply, flexibility of production, advanced technology, R&D and know-how). In view of undertakings entered into by Crown relating to divestitures and not to compete with the purchaser of the divested business, the European Commission cleared the acquisition.

(g) As notified, the merger between Kimberley-Clark and Scott Paper would have created the largest manufacturer of tissue products not only in the world but also in the EC. It would have combined the marketing and technical strengths of Kimberley-Clark and Scott Paper as well as their brands Kleenex (EC), Scottex (the European continent) and Andrex (UK). Early 1996, the European Commission cleared the merger subject to substantial modifications to it. These involved the divestiture of all of Kimberley-Clark's existing branded consumer toilet tissue business sold under certain Kleenex brands, of certain Scott's brands and of a Kimberley-Clark's 80,000 ton-per-year tissue facility in the UK. The result was that Kimberley-Clark would not be able to combine its own Kleenex and Scott's Andrex branded consumer tissue businesses in the UK and Ireland where the parties had market shares in excess of 50 % ²⁷.

(h) The full text of the European Commission's prohibition of the merger of the platinum operations of Gencor and Lonrho is not yet available. The European Commission press release ²⁸ indicates that this merger would have given the parties a 28 % market share; this would have resulted in a

²⁷ European Commission Press Release, IP/96/48

²⁸ The Commission opposes the merger of the platinum operation of Gencor and Lonrho IP/96/346

duopoly with Anglo American Platinum Corporation (Amplats) which has a 35 % market share, both producer groups controlling 90 % of the world platinum reserves.

This decision is significant from at least two points of view. First, it illustrates the jurisdictional reach of EC merger control. Second, it shows that the European Commission is determined to protect the competitive structure on the EC market also in a situation where a merger operation would create a dominant position on the world market.

TENTATIVE CONCLUSIONS

The brief description of these few examples does not do justice to the usually careful analysis by the European Commission, particularly in the cases which are dealt with in the second phase of the investigation.

Findings of "dominant position" are based on, or qualified by, more factors than market share.

In addition, for the purposes of assessing whether a "dominant position" created or strengthened by a merger would significantly impede effective competition, the European Commission verifies whether there are significant barriers to entry resulting from various technical, industrial, economic and financial factors and other market features. It also verifies whether barriers to imports into the EC are likely to limit access of potential competitors from outside the EC to the EC market.

Also in cases where the relevant market in economic terms is the world and a merger has world-wide implications, the European Commission appears to be determined to step in to limit anti-competitive effects in the EC.

INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA: PREÇO PREDATÓRIO

Sônia Maria Marques Döbler

1. INTROÍTO

De acordo com o texto do artigo 20 da Lei 8884, de 11 de junho de 1994, constitui infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou que possam produzir os seguintes efeitos:

- lesão à livre concorrência ou à livre iniciativa;
- domínio de mercado relevante de bens ou serviços, desde que esse domínio não seja fundado na maior eficiência do agente econômico, em relação a seus competidores;
- aumento arbitrário de lucros;
- exercício abusivo de posição dominante.

Logo a seguir, o artigo 21, da já citada Lei, elenca as condutas tidas como caracterizadoras de infração à ordem econômica, desde que sejam elas praticadas com o intuito previsto no artigo 20 da referida Lei, antes citado. Dentre as condutas tidas como lesivas, destacamos a mencionada no inciso XVIII do mesmo artigo 21, ou seja, **“venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo”**. E é sobre essa infração que pretendo fazer algumas breves considerações.

Antes de mais nada, deve-se dizer que para que ocorra a infração descrita na lei brasileira, a conduta tida como lesiva à ordem econômica deverá ser **injustificada** e além do mais, deverá estar sempre conjugada com o **intuito de lesar a livre concorrência e a livre iniciativa, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer abusivamente posição dominante**. Se essas situações não existirem, o simples fato de se estabelecer preço inferior ao custo do produto ou do serviço não configura, por si só, infração contra a ordem econômica. Tem-se que, para que **efetivamente** ocorra a infração, deverá o preço ser **eminente e injusticadamente** predatório, lesando-se o bem jurídico protegido, ou seja, a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Em rápidas pinceladas, passaremos a observar, a forma de abordagem, que é dada por outros países e outras legislações, à infração que passaremos a denominar **prática de preço predatório**.

2. Estados Unidos

Pode-se dizer que, nos Estados Unidos, por exemplo, a fixação de preço predatório é uma manifestação nítida do monopolista ou daquele em vias de sê-lo.

Em princípio, o poder de monopólio, nos EUA, por si só, não caracteriza uma conduta ilegal. Ocorre, entretanto, que algumas empresas, para adquirirem o monopólio de um determinado setor de produção, ou quando já o detêm, mas querem preservá-lo, utilizam-se de meios que podem, muitas vezes violar a lei antitruste norte-americana. Um desses meios seria a fixação de preços predatórios sobre seus produtos.

A fixação de preços predatórios ocorre quando uma empresa, deliberadamente, reduz os preços abaixo do custo de produção, por um determinado período de tempo, de forma a excluir as empresas rivais do mercado. Uma vez conseguida a posição de monopólio, já que as outras empresas não estarão aptas a uma concorrência nivelada, a empresa monopolista estará, então, livre para aumentar os preços bem acima do nível competitivo, recuperando as perdas anteriores, bem como ganhando lucros decorrentes desse monopólio.

Note-se bem a combinação da intenção do agente com a conduta, de fato, exercida. Estes dois elementos combinados dão ensejo ao ato lesivo à concorrência, embora, muitas vezes, o elemento “intenção” nem sempre será considerado essencial.

No entanto, a redução de preços, simplesmente, não pode ser considerada uma conduta ilegal, visto que, muitas vezes, a empresa reduz os preços dos seus produtos com fins a atingir uma posição mais favorável no mercado, sem, contudo, dele eliminar as outras empresas concorrentes, ou prejudicá-las de forma drástica. A simples redução de preços, com o intuito de incrementar os negócios, não é ilegal, já que isto é a essência da competição.

Destaca-se, por outro lado, que as cortes americanas estão divididas quanto a definir se a intenção do agente deve ser efetivamente demonstrada para ser caracterizado o preço predatório abusivo. Algumas têm procurado evitar inquirições sobre a relação entre preço e custo, bem como sobre a intenção do agente ao estabelecer determinado preço, procurando ater-se à análise da estrutura do mercado, para verificar se esta permite que um agente

econômico possa se utilizar, com sucesso, do preço predatório, sem ferir a concorrência.

Mas, de um modo geral, a Suprema Corte americana tem entendido que, para ser predatório, o preço deve estar realmente abaixo de uma média de custo apropriada, com o objetivo primordial de excluir, no curto prazo, as empresas concorrentes do mercado, e no longo prazo, de reduzir a concorrência.

Por fim, podemos citar como exemplo um caso em que a Suprema Corte norte-americana acatou recurso de um fabricante de cigarros que, em 1ª instância, havia sido condenado a pagar uma alta multa pela fixação de preços predatórios. O recurso foi acolhido porque, mesmo que esse fabricante vendesse abaixo do preço do custo, não pareceria razoável que o mesmo conseguisse eliminar seus concorrentes do mercado de cigarros, e obter o monopólio, já que detinha apenas 12% do mercado e enfrentava duas outras grandes empresas rivais.

3. COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPÉIA

Já quanto à Comunidade Econômica Européia, tem-se que o principal objetivo da União Européia é eliminar as barreiras entre os seus Membros, de forma a facilitar as transações de todos os tipos, bem como assegurar a livre circulação de mercadorias, pessoas, capital e serviços num Mercado Comum.

É de se ressaltar que as regras relativas à concorrência, no plano econômico da União Européia, não se aplicam somente aos acordos e práticas realizadas entre os Estados Membros, mas também às empresas não européias, caso estas interfiram nos negócios dos Estados Membros da União Européia.

Dentro desse contexto, podemos dizer que uma empresa que possui um poder relevante dentro do mercado da União Européia, corre o risco de ser considerada detentora de “posição dominante” e, conseqüentemente, estar sujeita a um regime especial de normas. Por isso, o Art. 86, do Tratado de Roma, proíbe qualquer abuso, de uma ou mais empresas, que detenham posição dominante, sobre o mercado comum ou sobre parte substancial deste, desde que possam afetar o livre comércio entre os Estados Membros. O mesmo Art. 86, do Tratado de Roma, lista as atividades consideradas como abusivas de posição dominante, a saber:

- a) impor, direta ou indiretamente, preços de compra e venda injustos (“unfair”), ou outras condições de negócio também injustas;

- b) limitar a produção, os mercados, ou o desenvolvimento tecnológico em detrimento do consumidor;
- c) aplicar condições desiguais, em transações negociais semelhantes, com diferentes partes contratantes, colocando-as em uma situação concorrencial desvantajosa;
- e
- d) impor condições contratuais que, pela sua natureza ou de acordo com os costumes comerciais, não tenham relação justificada com o objeto da negociação.

Além disso, a Comissão das Comunidades Europeias tem frequentemente elencado outras condutas como violadoras do Art. 86, tal como, apenas exemplificativamente, a fixação de preços predatórios, tendo a mesma Comissão declarado que é abuso de posição dominante entrar na competição de preços, com o objetivo de eliminar do mercado um concorrente, que não tenha recursos financeiros suficientes para manter preços baixos em seus produtos, por considerável período de tempo, da mesma forma que o faz o seu concorrente.

O primeiro caso em que a Comissão Européia julgou uma empresa detentora de posição dominante, por ter fixado preços predatórios, violando o Art. 86, foi através da decisão de 1985, referente à uma grande empresa holandesa. A Comissão declarou que essa empresa teria usado fixação de preços predatórios no mercado, de “flour additivies”, do Reino Unido, para impedir outra empresa, uma pequena concorrente proveniente do próprio Reino Unido, de entrar no mercado de peróxidos orgânicos. Depois de decidir que a empresa infratora possuía posição dominante, a Comissão declarou que esta teria agido intencionalmente na fixação de preços predatórios. A Comissão deduziu o abuso a partir dos efeitos de exclusão que aqueles preços tinham sobre a pequena empresa britânica e da evidência da intenção anticompetitiva da infratora. A Comissão decidiu, então, que preços abaixo da média do custo variável, por si só, seriam considerados uma violação ao Art. 86.

Preços acima da média dos custos totais, mas abaixo da média dos custos variáveis, também seriam considerados abusivos, se fizessem parte de um plano para eliminação de um concorrente.

4. JAPÃO

Já no Japão, fixar preços muito baixos, **injustificadamente**, tendendo a excluir os concorrentes do mercado relevante, também, é geralmente considerado prática abusiva. A lei japonesa proíbe esse tipo de prática, definindo-a como **“vendas que estão excessivamente abaixo do custo do produto ou do serviço que está sendo vendido”**.

A *Japanese Fair Trade Comission* (“Japanese Enforcement Agency”), efetuou a publicação de Guias para a Aplicação da Lei Antitruste para Vendas Abaixo do Preço, em novembro de 1984. De acordo com esses guias, o termo **“excessivamente abaixo do custo”** geralmente significa, na indústria de varejo, um preço menor do que o preço de aquisição do produto. Por outro lado, para um fabricante, o mesmo termo diz respeito a um preço menor, do que o custo de produção de uma unidade, individualmente considerada. Além disso, a determinação de preço de aquisição e custo de produção leva em consideração os descontos, e os abatimentos concedidos, bem como outros elementos que possam influenciá-lo.

Ademais, para serem consideradas abusivas, as transações de preços muito baixos, sem motivo justificado, devem ter tamanha **continuidade e substancialidade**, que possam efetivamente conseguir afetar a concorrência. Se as vendas ou compras nessas condições tiverem outro objetivo ou se dirigirem apenas a uma limitada quantidade, ou tenham apenas curta duração, **elas não serão consideradas ilegais**.

Por fim, a fixação de preços baixos, injustificadamente, segundo os Guias da *Japanese Fair Trade Comission*, será considerada prática ilegal na medida em que tendam a impedir as atividades comerciais de outras empresas. O termo “outras empresas”, aqui, abrange não somente as empresas concorrentes, mas também todos aqueles que sejam afetados pelas transações em questão, inclusive os consumidores e os fornecedores.

Preços injustificadamente baixos são presumidamente ilegais e o possível infrator deverá, em sua defesa, justificar a razão dos mesmos, a qual deverá ser feita considerando as circunstâncias de cada caso. Justificativas geralmente aceitas incluem a busca do preço mais competitivo e vendas em promoção para produtos perecíveis ou mercadorias danificadas.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que, entre todas as legislações apontadas, há uma convergência para 3 elementos, quando da análise dos casos de fixação de preços predatórios:

- a) intenção do agente em causar o dano, ainda que nos Estados Unidos haja controvérsia entre as diversas Cortes, ao se definir se esta deverá ou não ser considerada na hora do julgamento;
- b) posição dominante do agente econômico;
- c) conduta injustificada do agente econômico;
- d) efeito lesivo da conduta à concorrência e ao mercado;
- e) certa continuidade da prática tida como lesiva.

De qualquer maneira, entendo que não é fácil aos Julgadores decidirem com clareza sobre se determinada prática de preço reduzido é ou não abusiva, sem que todos os elementos acima citados estejam perfeitamente conjugados, inclusive analisando-se com acuidade se a estrutura de mercado admite ou não tal prática, sem que se fira a ordem econômica.

A título ilustrativo, disponho em mãos de algumas decisões do CADE sobre a matéria abordada, uma delas, inclusive, tendo tido como Relator, o ilustre companheiro de mesa, Dr. Mauro Grinberg, à época, Conselheiro daquele órgão.

As decisões encontram-se com o secretário do IBRAC, caso seja do interesse de algum dos presentes obter cópias.

Isso é o que eu tinha a lhes apresentar, agradecendo a atenção de todos.

O ACESSO À JUSTIÇA E AMPLA DEFESA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Pedro Dutra**

1. O voluntarismo jurídico que serviu ao regime econômico liberal vigente no século passado viu-se vencido ao início deste com a crescente elevação social dos grandes estratos da população e a respectiva afirmação política de seus direitos. Uma das conseqüências mais significativas dessa transformação, a repercutir na ordem jurídica, é a evolução a que assistimos neste final de milênio, e que se traduz pela extensão do acesso à justiça a largas faixas da sociedade, em movimento que abriu expectativas à conformação de um sistema jurídico, “moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos”²⁹.

Entre nós, registrou a atual Constituição esse avanço, ordenando nesse sentido uma “constelação de garantias: as da independência e imparcialidade do juiz, a do juiz natural ou constitucional, a do direito de ação e de defesa.”³⁰. No plano do direito da concorrência, essa orientação está expressamente contida no artigo 30, da Lei 8.884/94, que confere a “qualquer interessado” o direito de exigir dos órgãos de defesa da concorrência a apuração de eventual infração.

Esse inquestionável avanço abre ao agente econômico de menor porte a possibilidade de medir-se com o de maior porte, em nível de igualdade, bastando para tanto dirigir “representação escrita e fundamentada” à Secretaria de Direito Econômico, a ser enformada por esta em averiguação preliminar, ou em processo administrativo, nos termos dos artigos 30 e 32, da citada Lei³¹.

Certa a filiação constitucional do amplo acesso à justiça, e inequívoca a aplicação desse princípio aos domínios do direito da

* Advogado e Diretor do IBRAC

²⁹ CAPPELLETTI & GARTH. *Acesso à justiça*. : 1988. p.12.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. : p. 410. 10ª. ed.

³¹ “artigo 30: a SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício, ou à vista de representação escrita e fundamentada, de qualquer interessado...”,
e

“artigo 32: O processo administrativo será instaurado em prazo não superior a oito dias, contado do conhecimento do fato, da representação, ou encerramento das averiguações preliminares, por despacho fundamentado do Secretário da SDE, que especificará os fatos a serem apurados.”.

concorrência, expressamente contido na Lei especial, não pode ele contudo vir a ser interpretado como a liberação absoluta, subitamente assegurada ao representante - “qualquer interessado”, ou à própria SDE, agindo de ofício - para que possam promover acusações descuidadas da prescrição contida na norma legal específica, a saber, o dever de fundamentar a representação que der causa à averiguação preliminar, ou ao processo administrativo.

Não enseja esse dever, explícito na norma jurídica, qualquer limitação ao acesso à justiça, à postulação do representante junto aos órgãos de defesa da concorrência. Visa, apenas, cumprir outro princípio, também constitucional, o de ampla defesa, que foi conciliado na ordem jurídica nacional ao de amplo acesso à justiça, ambos descendo ao plano do direito econômico.

O princípio da ampla defesa foi estendido ao processo administrativo - Carta Federal, art. 5., LV -, pondo termo à viva discussão sobre um dos viezes mais importantes da natureza dos poderes conferidos aos órgãos administrativos³². Esse princípio e o do acesso à justiça são complementares³³, e, atendendo a essa realidade, o legislador conciliou-os nos artigos 30 e 32, da Lei 8.884/94.

Assim, qualquer interessado poderá representar perante a SDE, mas não por meio de representação qualquer, senão por intermédio de representação fundamentada. Como se tem na Lei ora citada, a iniciativa em representar cabe a “qualquer interessado” - e também à própria Secretaria de Direito Econômico - decidindo essa como enformar a denúncia: em averiguação preliminar, se os “indícios de infração não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo” - artigo 30, antes referido.

O comando jurídico desse artigo, que prescreve como condição essencial à eficácia da representação ser ela fundamentada, destina-se, em um primeiro plano, ao representado, para que possa esse, conhecendo a denúncia que contra ele é feita, prestar os esclarecimentos a ele solicitados em

³² Na década de quarenta, escrevia Francisco CAMPOS: “É certo, entretanto, que apesar de conferido a algumas das citadas comissões o poder de tomar decisões finais e conclusivas quanto aos fatos, o Poder Judiciário nem por isso se julgou desautorizado a rever tais decisões, verificando: primeiro, se havia sido observado o processo prescrito em Lei para investigação dos fatos; segundo, se à parte se garantiu a faculdade de produzir testemunhos e evidências; terceiro, se o julgamento das comissões se conformava com as evidências produzidas ou era o resultado de um critério puramente pessoal e arbitrário”. *Exercício, pela administração, de funções de natureza judicial*. in: *Direito administrativo*. Rio de Janeiro. : 1943. p. 18.

³³ Ao referi-los - nota 1, acima - José Afonso da SILVA diz: “Todos ínsitos nas regras do artigo 5, XXXV, LIV e LV.” *ob. cit. idem*.

averiguação preliminar, ou apresentar sua defesa, em sede de processo administrativo. Em um segundo plano, destina-se à própria SDE: no caso de averiguação preliminar, para se ver habilitada a solicitar informações e esclarecimentos, os mais precisos possíveis, ao representado; o mesmo ocorrendo na hipótese de processo administrativo, para que, se o caso, possa a SDE instaurá-lo sem fazê-lo precedido de averiguação preliminar. Da mesma forma sendo a SDE a promotora, seja de averiguação preliminar, quando deverá obter informações e esclarecimentos os mais precisos do representado, seja ao instaurar processo administrativo, mediante “despacho fundamentado do Secretário da SDE que especificará os fatos a serem apurados”, para que se tenha, desde o início, assegurada a ampla defesa ao representado e o feito orientado no sentido de sua melhor instrução, como prescreve o artigo 40, da Lei 8.884/94: “as averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos...”.

2. É assegurado ao representado conhecer a acusação contra ele lançada na representação, e, para tanto, deverá ser ele notificado de todos os fatos supostamente infrativos cujo cometimento a ele foi imputado, conforme previsto no § 1, do artigo 33, da referida Lei³⁴. É-lhe assegurado, portanto, conhecer os fatos, que devem se achar expostos na denúncia, que nela não podem faltar. “O fato e os fundamentos jurídicos do pedido” são o elemento essencial da denúncia, refere o artigo 282, III, do Código de Processo Civil³⁵. Mas não simplesmente fatos, como observou PONTES DE MIRANDA, senão que:

"A narração há de ser clara e precisa; convém, outrossim que seja exaustiva, mas concisa; e subentende-se que há de conter as verdades dos fatos, expostos com probidade e encadeamento, tal como se passaram. São os requisitos que se podem e devem exigir a todos os enunciados de fato (...) No narrar, é inútil mencionar esses fatos que não o determinaram, ou não entram nos fatos jurídicos da causa.

³⁴ Art. 33 - O representado será notificado para apresentar defesa no prazo de quinze dias;

§1º - A notificação inicial conterá inteiro teor do despacho de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso.

³⁵ Diz o artigo 282, III, do Código de Processo Civil: “A petição inicial indicará: (.....)

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;”

As afirmações são julgamentos, comunicação de conhecimento, e não declaração de vontade." ³⁶

Ou seja, ao autor da representação incumbe fundamentá-la com os fatos todos disponíveis - que lhe sejam razoavelmente possível conhecer e ordenar - deles deduzindo a infração à ordem concorrencial cujo cometimento imputa ao representado.

O Código do Processo Penal, em linha com esse princípio geral do processo repete, no âmbito de sua competência, comando jurídico análogo ao do Civil ao prescrever em seu artigo 41:

"a denúncia ou queixa conterá exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias ...".

No direito administrativo norte-americano, o direito ao conhecimento integral dos fatos imputados ao acusado, para que esse possa deles amplamente defender-se, é assim resumido por SCHWARTZ:

"O devido processo (procedural due process) é essencialmente a prerrogativa de ser notificado e ser ouvido. Ser notificado e ter a oportunidade para se defender são elementos fundamentais do devido processo legal" ³⁷

Ora, representação fundamentada será a que expuser os fatos disponíveis, em seu contexto, ligados eles à infração que o denunciante imputa ao representado. Não só a legislação brasileira da concorrência isso requer. Por igual, as normas processuais respectivas ao direito da concorrência vigentes no âmbito da União Européia, o que levou um de seus maiores intérpretes, C.S. KERSE, a afirmar:

"O representante está obrigado a demonstrar o seu "legítimo interesse". A substância da denúncia deve ser colocada da maneira mais clara possível: cópias de toda a correspondência relevante ao caso e outros documentos que se façam necessários devem ser anexados". (...) A descrição de produtos ou serviços pertinentes ao caso deve ser feita principalmente no que se refere a dados técnicos ou produtos especializados: quando apropriado, devem ser anexadas fotografias, diagramas, catálogos, listas de preços. Outras indicações sobre a natureza, estrutura e posição da empresa no mercado também devem ser fornecidas através de cópias ou extratos, estatísticas ou

³⁶ *Comentários ao código de processo civil.* : p. 14. vol. IV.

³⁷ "Procedural due process is essentially a requirement of notice and hearing. Notice and opportunity to be heard are fundamental to due process of law." *Administrative law*. New York. : 1995. p. 225.

publicações de relatórios (...) O Representante deve indicar de maneira clara o que espera da Comissão para que possam ser tomadas as devidas medidas a seu favor"³⁸. (grifamos)

Inexistente na representação a exposição dos fatos disponíveis ao representante, não terá o representado conhecimento do que lhe é imputado, prejudicada assim a sua defesa. Por outras palavras, estará vulnerado, já ao início do feito, o seu direito à ampla defesa; a esse propósito, LORD DENNING, um dos mais notáveis magistrados britânicos deste século, afirmou em uma de suas memoráveis decisões:

"Se o direito de defesa (de fazer sua voz ser ouvida) é para ser considerado como um verdadeiro direito, deve ele assegurar o direito de o acusado conhecer a denúncia (a causa) que contra ele é feita"³⁹..

A influência do direito anglo-saxônico sobre o norte-americano faz-se sentir no "Federal Administrative Procedure Act", que em seu artigo 554 (b) estipula que

"a notificação deve informar ao notificado das matérias de fato e de direito",⁴⁰ e as cortes daquele país assim decidiram a respeito:

"O notificado deve ser informado dos assuntos relativos ao processo, de modo que lhe seja permitido preparar a sua defesa."⁴¹

³⁸ "The complainant should adduce evidence to show that he has a "legitimate interest"... The substance of the complaint should be set out as clearly as possible: copies of all relevant correspondence and other documents, if any, should be attached. (...) A description of the relevant products or services should be given, particularly if of a specialised or technical nature: where appropriate, photographs, diagrams, catalogues, price lists, etc., might be supplied. Some indication should be given of the nature and structure of the relevant market and position of the undertakings concerned in relation to it: any available statistical information and other published reports and materials might be referred to or copies or extracts supplied." (...) *E. C. antitrust procedure*. London. : 1993. p. 2.31.

³⁹ "If the right to be heard is to be a real right which is worth anything, it must carry with it a right in the accused man to know the case which is made against him." *Canda v. Government of Malaya*. 1962, A.C. 322, 337; cit. por CRAIG, P.P.. *Administrative law*. Oxford. : 1993. p. 217.

⁴⁰ "The notice must inform the individual of the matters of fact and law asserted.". SCHWARTZ. *ob. cit.*: p. 305.

⁴¹ "The individual must be given such notice of the issues involved at the hearing as

Deve, portanto, a representação ser clara e precisa, articulada de forma lógica e inteligível, para que se possa perceber o nexos indispensável entre os fatos, devidamente articulados, e a norma supostamente violada. Ou seja, deve a representação ser fundamentada, como se tem no artigo 30, da Lei ora citada.

3. A inafastabilidade da exigência de se ter uma representação assim fundamentada não pode, contudo, sugerir o desequilíbrio na conciliação dos princípios constitucionais do direito à ampla defesa e do amplo acesso à justiça, a qual, como vimos acima, se acha inscrita na Lei de Defesa da Concorrência.

É certo que o agente econômico, sobretudo o de menor porte, pode não dispor de meios para colher os elementos factuais suficientes para articular uma denúncia integralmente fundamentada; mas seu ofício, ainda assim, haverá de, ao menos, apontar-lhe os caminhos a indicar ao órgão instrutor para que esse busque a apuração dos fatos.

No âmbito do direito da concorrência, as relações dão-se entre agentes econômicos, que, ofertando ou demandando bens e serviços, entre si competem, todos formando os variados mercados relevantes que integram o mercado concorrencial. Ou, ainda, entre agentes econômicos que se relacionem em posição vertical, não competindo pela mesma forma, mas concorrendo também na oferta e demanda de bens e serviços. Nesses mercados, horizontais ou verticais, as relações entre os agentes econômicos ferem-se objetivamente, vale dizer, todos os agentes, ainda que variando em grau entre si - distinta participação nos mercados dados e em poderio econômico -, conhecem o seu mercado, as práticas deles peculiares e os agentes neles presentes⁴².

Portanto, a não ser excepcionalmente poder-se-á admitir que determinado agente, ou agentes não conheçam, pelo menos suficientemente, os mercados onde atuem, ignorem suas práticas e sua estrutura, e, portanto, se achem incapazes de prover, nas denúncias que ofereçam, os fatos respectivos à situação que vejam como infrativa na conduta do representado. Na maioria das vezes, poderão tais agentes, em suas denúncias prover suficientemente tais fatos, que serão bastantes a uma configuração inicial do quadro infrativo e assim permitam que a averiguação preliminar ou o processo administrativo iniciem-se equilibradamente, isto é, nele admitindo a representação de “qualquer interessado”, sem todavia cercear, já ao começo, o direito de ampla

will reasonably enable preparation of a case.”. SCHWARTZ. *ob. cit.*: p. 305.

⁴² cf. Jacquemim e G. Schrans, citados por: VOGEL, Louis. in *Droit de la concurrence economique. Paris. : 1988*. p. 135. nº. 3.

defesa assegurado ao representado, que, como vimos, começa pelo conhecimento deste dos fatos e da infração que a ele se imputa.

Assim é que, tanto em averiguação preliminar, quanto em processo administrativo, poderá a SDE requerer ao representante que melhor especifique os fatos de sua denúncia, se entender que a tanto seja possível ao representante proceder. Pode a SDE, se no autor da denúncia vir capacidade de prover em melhor forma e maior profundidade, dele requerer que lhe aperfeiçoe a descrição dos fatos. O bem jurídico protegido, no caso, como já assentou pacificamente a doutrina, é o mercado concorrencial e, por isso, a situação factual a ser descrita - e a seguir investigada - é a do mercado e não a específica dos agentes neles presentes. A situação do representante inscreve-se naquela própria do mercado, e não o inverso. Esse acha-se agravado porque antes foi atingido o mercado no qual ele está. Como visto acima, não pode o denunciante eximir-se de um mínimo conhecimento do mercado onde atua, mercado esse vulnerado pela conduta, supostamente infrativa, do ofensor. O denunciante, alcançado pelo agravo feito à ordem concorrencial do mercado, por certo o conhece; a admitir-se o oposto, como poderia o denunciante ver, em seqüência à ofensa feita ao mercado, o dano que terá sofrido?

Nesse contexto, poderá a SDE, ao identificar o mercado em questão e o denunciante que nele figura, a ele solicitar, se o entender capaz, melhor fundamentar sua denúncia, a ela trazendo fatos que razoavelmente não pode seu autor desconhecer, em razão direta de sua participação no mercado. A busca, legítima, de celeridade do processo, que o artigo 40, da Lei aqui referida, põe como um dos objetivos da instrução do processo administrativo, deve interessar a todos os operadores do direito, e em especial ao denunciante. Dele, portanto, deve ser cobrado - sempre nos limites de sua capacidade - o dever de bem fundamentar sua denúncia.

Exigindo a SDE, do denunciante, o cumprimento do dever de fundamentar sua representação, não estaria ela subtraindo-se ao seu dever, inafastável, de conduzir, exclusivamente, a instrução do processo, em busca do “esclarecimento dos fatos”. Ao contrário, reafirmá-lo-ia, recusando-se à função - que não é sua e não pode vir a ser - de mero veículo, isento e inerte, de acusações - de nuncio de qualquer representação. Deixando-se assumir esse papel converter-se-ia a SDE em instrumento de pressão indevida, sobre agentes econômicos, e afinal sobre a livre concorrência, que é seu papel fiscalizar e prover, em conjunto com os demais órgãos de defesa da concorrência.

CONDORELLI a partir desse ponto, amplia o dever da fundamentação:

“Pero, justamente para que, en la medida de lo posible, ese derecho a demandar no se convierta en vehículo de trastrueque de legítimas pretensiones o, dicho de otra manera, camino llano para finalidades inconfesables, es que el legislador se ha preocupado en instalar en la órbita del proceso una suma de ingredientes que ha de contener necesariamente el escrito de demanda y, eventualmente, el responde.”⁴³ (nossos grifos).

Numa palavra, pode a SDE entender não fundamentada a denúncia, e requerer-lhe do representante a fundamentação devida, sem que, com isso, se esquive de iniciar e conduzir a instrução a que está obrigado promover.

4. O ato administrativo de instauração do processo promovido diretamente pela SDE deverá necessariamente seguir pela mesma ordem. Nesse caso, os fatos antes terão se avolumado, publicamente, a ponto de atraírem a atenção do órgão, porque não se tratará de práticas veladas pela especificidade de determinado mercado relevante, mas de mercados de considerável dimensão econômica, no mais das vezes a compreender agentes de porte e cujos efeitos projetam-se sobre um largo contingente de consumidores.

Portanto, à SDE não haverá óbice maior em configurar os fatos disponíveis, em grau suficiente, para neles ver os indícios de infração, a qual também deverá estar indicada no despacho do Secretário da SDE que instaurar processo administrativo, como requer o artigo 32, da Lei aqui referida. Claro está, que os fatos serão os suficientes, naquele momento, para a instauração do processo, sem prejuízo de o dever de a SDE buscar outros, adicionais inclusive, ao longo da instrução do feito. Note-se, todavia, que, antes de instaurar processo administrativo, já terá tido oportunidade a SDE de promover averiguação preliminar, também por iniciativa sua, para, precisamente, obter esclarecimentos factuais que entenda necessários à instauração do processo administrativo.

A necessidade da correta descrição dos fatos, pela autoridade administrativa, está afirmada também na doutrina alemã:

“Todo ato administrativo, expresso ou ratificado formalmente, deverá conter razões por escrito. A declaração de razões deverá fornecer os fatos essenciais e

⁴³ CONDORELLI, Epifanio J.L.. *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*. Buenos Aires. : 1985. p.110.

bases legais que a autoridade administrativa tenha considerado para chegar à sua decisão.”(...) ⁴⁴

O despacho do Secretário da SDE, que instaura o processo administrativo, põe a andar, em sua plenitude, a máquina da administração pública voltada à defesa da concorrência. Vale dizer, movimenta o Estado para a proteção do bem jurídico supostamente agravado - o livre mercado concorrencial - e aí se acha o Administrador no exercício de seu dever, obrigado a observar-lhe os princípios específicos.

Nesse quadro, a fundamentação do ato administrativo põe-se como um dever para o órgão administrativo, como observou J.C. VIEIRA DE ANDRADE:

"No nosso entendimento, o dever da fundamentação expressa obriga a que o órgão administrativo indique as razões de facto e de direito que o determinaram a praticar aquele acto, exteriorizando, nos seus traços decisivos, o procedimento interno de formação da vontade decisória". ⁴⁵

Como se vê, a razão dos fatos liga-se à razão de direito, essa igualmente necessária ser apontada pelo Secretário da SDE em seu despacho instaurador do processo administrativo. A relação dos fatos verificados não será bastante se esses não indicarem uma hipótese de infração, cometida eventualmente pelo representado, pois, como se viu acima, não é a SDE mero veículo de imputações, ou mesmo motor de imputações deduzidas de um apanhado de fatos; não é ela um órgão isento, movimentada apenas pela ação de terceiros prejudicados, senão que um órgão ativo, que conta, dentre suas atribuições, o acompanhamento, permanente, do mercado concorrencial. Ora, está a SDE perfeitamente habilitada a ponderar os fatos que lhe são apresentados, ou que colha da realidade, e deles deduzir eventuais indícios de infração à ordem concorrencial.

VIRGA projeta a significação desse ponto, para ligá-lo à decisão final do processo:

⁴⁴ "Every administrative act expressed or confirmed in writing must contain written reasons. The statement of reasons must give the essential facts and legal grounds which the administrative authority has considered in arriving at its decision." SINGH, Mahendra P.. *German administrative law. Berlin.* : 1985. p. 37.

⁴⁵ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos.* Coimbra. : 1992. p. 13.

“Quanto mais conhecimento (rectius: quanto mais possibilidade de conhecimento) houver existido no curso do processo, maior será a probabilidade que seja proferida uma sentença aderente à situação fática e às normas previstas pelo ordenamento...”⁴⁶

O mesmo VIEIRA DE ANDRADE, cifra o dever de órgão da administração pública, nesse sentido :

"Depois, a fundamentação obrigatória aparece medularmente associada à responsabilidade pela realização de uma tarefa imputada à Administração. É a concepção de um poder-dever, de uma competência própria, orientada (e não apenas limitada) por normas jurídicas substâncias, que reúne os requisitos de autoridade e de função implícitos no acto de fundamentar. A indicação das razões da decisão implica uma actuação reflectida, sobretudo quando se manifesta como exigência de forma, expondo o grau de conformação do agente aos valores e interesses cuja realização lhe foi confiada".⁴⁷

Em verdade, verifica-se uma correlação incindível entre as "razões de fato e de direito" e a fundamentação obrigatória do ato administrativo, a prefigurar - desde o início do feito, como é o caso - um julgamento justo, pois, segundo ARAUJO CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO,

"O que efetivamente vincula o juiz, delimitando o campo de seu poder de decisão, não é o requerimento de condenação por uma determinada infração penal, mas a determinação do fato submetido à sua indagação. A qualificação a ser dada aos fatos constitui juízo de valor

⁴⁶ “Quanta più conoscenza (rectius: quanta più possibilità di conoscenza vi è stata nel corso del giudizio, quanta più probabilità vi sarà che sia emessa una sentenza aderente alla fattispecie ed alle norme previste dall’ordinamento...” VIRGA, Giovanni. *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*. : 1991. p. 24.

⁴⁷ *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra. : 1992. p. 18.

que pertence preponderantemente ao órgão jurisdicional."⁴⁸

A instrução do processo administrativo, feita pela SDE, tem por objetivo os “esclarecimentos dos fatos”, nos termos do artigo 40, da sempre citada Lei, para que o CADE, que necessariamente irá “decidir sobre os processos instaurados pela SDE, (e) sobre a existência de infração à ordem concorrencial”, possa fazê-lo com os melhores elementos de instrução processual possíveis, em busca da melhor decisão.

Nesse contexto, ganha especial relevo a instrução, pois a valoração a ser feita pelo julgador irá ele alcançá-la, como afirma WATANABE:

“... é no outro dado da equação - vale dizer, na reconstituição dos fatos através da avaliação eqüitativa das provas e demais elementos de convicção - que o juiz consegue, na maior parte das vezes, o que se costuma denominar de julgamento justo e equânime.”⁴⁹

Aí está, portanto, que a exigência da Lei 8.884/94, em seu artigo 30, de ser a representação fundamentada, vincula o ato que der causa ao processo administrativo, para que este possa visar - desde seu início - um julgamento justo, que só ocorrerá se não se registrar qualquer prejuízo à livre manifestação “de qualquer interessado”, e, igualmente, sem mácula ao direito à ampla defesa do representado.

Nesse caso, estarão devidamente conciliadas e asseguradas, também no plano do direito da concorrência, os princípios constitucionais do livre acesso à justiça e da ampla defesa.

⁴⁸ *Teoria geral do processo.* : p. 59.

⁴⁹ in *ob. cit.* : p. 44

UM MODELO DE PESQUISA SOBRE ESTRUTURAS DE MERCADO E PADRÕES DE CONCORRÊNCIA

*Fernando Garcia*⁵⁰

Antes de descrever e comentar o modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência, gostaria de disutir a finalidade e a importância de se adotar um padrão de pesquisa como o que propomos. Para abordar essa questão, é interessante recapitular um pouco da trajetória do projeto “Concentração Industrial e Defesa Econômica” do SinsuCon-SP que levou à formulação do referido modelo de pesquisa.

1. O projeto “Concentração Industrial e Defesa Econômica”

Por muitos anos prevaleceu no Brasil um ambiente institucional no qual a importação de materiais de construção esteve inviabilizada pela política comercial e as instituições de defesa da concorrência não dispunham de instrumentos efetivos para a consecução de seus objetivos. Nesse contexto, observou-se um gradativo e generalizado processo de concentração industrial e centralização do poder econômico, particularmente acentuado na indústria de materiais de construção.

Para se ter uma idéia do problema basta observar que apenas 7 famílias de produtos são responsáveis por aproximadamente 65% dos custos dos materiais utilizados em edificações residenciais. São eles: metais sanitários, cimento, cerâmicas e azulejos, perfis de alumínio, vidros, tintas e vernizes e vergalhão de aço. A maioria desses segmentos industriais são setores sabidamente concentrados e com potencial para exercer seu poder de mercado.

Por seu turno, a construção civil é um setor de baixa concentração industrial e cuja demanda por insumos é caracterizada por uma pequena sensibilidade a elevação de preços ou outras alterações nas condições de fornecimento. Isto ocorre porque a construção civil produz bens sobre encomenda que, uma vez contratados, condicionam a demanda futura por materiais de construção, independentemente do custo de aquisição. Esses

⁵⁰ Assessor econômico do SindusCon-SP, professor do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (Ibmec-SP) e do Programa de Pós-graduação em Economia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

fatores tornam a construção civil vulnerável ao poder de mercado que seus fornecedores detêm.

Contudo, o país vem passando por um momento especial em que as mudanças políticas, econômicas e institucionais possibilitam novas atitudes na defesa da concorrência. Entre essas mudanças devemos destacar a promulgação da Lei 8.884/94 que dispõe da repressão ao abuso do poder econômico e a elevação do CADE à categoria de autarquia. Essas mudanças fortaleceram substancialmente as instituições de defesa da concorrência e permitiram a obtenção de resultados significativos num período de tempo relativamente pequeno.

Em face desse novo cenário institucional, o SindusCon-SP vem empenhando esforços no sentido de proporcionar ao setor condições de interferir efetivamente na defesa da concorrência no mercado de materiais de construção. Com isto o sindicato espera alcançar uma situação na qual o setor da construção civil não esteja vulnerável a abusos do poder econômico.

Os esforços estão consubstanciados no projeto “Concentração Industrial e Defesa Econômica” que faz parte do planejamento estratégico do sindicato. Num primeiro momento, o SindusCon-SP buscou a aproximação com as instituições públicas e privadas de defesa da concorrência para aprofundar o conhecimento dos aspectos legais do problema. Nesta fase, o SindusCon-SP filiou-se ao Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (Ibrac) e promoveu, em julho de 1995, o seminário “Construção Civil: Defesa da Concorrência e Repressão ao Abuso do Poder Econômico”.

A segunda fase do projeto, iniciada em agosto de 1995, visava ampliar o conhecimento acerca dos setores industriais fornecedores de insumos para a construção civil. Para tal, buscou-se estabelecer um banco de informações sobre as indústrias de materiais de construção que permitisse o acompanhamento da evolução de preços, das tendências em termos de concentração industrial e das práticas comerciais empregadas por esses setores. Com esse esforço, o SindusCon-SP pretende criar uma base de informações setoriais para acompanhar as tendências gerais dessas indústrias e auxiliar as autoridades competentes na defesa da concorrência e no monitoramento de preços e das práticas comerciais.

A fim de obter resultados imparciais e com credibilidade junto à sociedade, o SindusCon-SP tomou a decisão estratégica de contratar, junto a renomados institutos de pesquisas, as análises econômicas sobre os principais setores que fornecem insumos à construção civil. Contudo, essa opção estratégica trouxe algumas dificuldades intrínsecas à terceirização de serviços com as quais tivemos que lidar.

Se não houvesse um modelo básico de pesquisa, que definisse princípios metodológicos e objetivos comuns, a terceirização poderia redundar em grande heterogeneidade de resultados, dado o variado espectro intelectual dos institutos de pesquisa com os quais se pretendia trabalhar. Por outro lado, a mesma indefinição quanto ao escopo e método poderia tornar os resultados pouco compromissados com o objetivo central desse esforço, o de fornecer ao sindicato e às autoridades competentes informações objetivas que permitissem: (i) identificar os fatores que conferem ou retiram poder de mercado; e (ii) emitir opiniões fundamentadas quanto à atos de concentração ou eventuais abusos do poder econômico.

Neste sentido, o modelo de pesquisa que apresentamos a seguir buscou padronizar a linguagem e a metodologia das pesquisas e adequar seus objetivos e enfoque aos limites e definições implícitos à legislação brasileira de defesa da concorrência.

2. O modelo de pesquisa

2.1. Objetivo

O objetivo de uma pesquisa sobre estrutura de mercado e padrões de concorrência é desenvolver um sistema de informações, composto de banco de dados e análises, sobre o setor industrial em foco.

Entre outros aspectos, a pesquisa deve gerar informações que permitam identificar os fatores que conferem ou retiram poder de mercado, tais como:

- ✓ o grau de concentração industrial
- ✓ os fatores que facilitam a coalizão entre empresas
- ✓ as barreiras ao ingresso no mercado (estratégicas e tecnológicas)
- ✓ o papel da competição internacional

2.2. Definição do mercado relevante

A fim de que a pesquisa efetivamente cumpra seus objetivos é de fundamental importância a definição clara e precisa do mercado relevante do setor industrial em análise. Tal definição requer:

- ✓ caracterizar o produto
- ✓ identificar os produtos substitutos
- ✓ definir a extensão geográfica do mercado

2.3. Caracterização do mercado em foco

Alguns aspectos gerais da indústria em que o bem é produzido são fundamentais para se estabelecer referenciais de comparação histórica e entre segmentos industriais. Entre esses aspectos destacamos:

- ✓ a evolução da capacidade instalada
- ✓ a evolução da produção
- ✓ a evolução do consumo
- ✓ o grau de atualização tecnológica (idade do parque industrial e grau de sucateamento)

2.4. Caracterização da cadeia produtiva

Além de caracterizar o mercado em que o produto (ou família de produtos) é transacionado, é necessária a caracterização dos principais aspectos relacionados à cadeia produtiva do produto em questão. Entre outros, essa caracterização requer pesquisar:

- ✓ os principais segmentos componentes da cadeia produtiva
- ✓ principais insumos empregados em sua produção (composição de custos)
- ✓ distribuição da demanda por tipo de consumidor (evolução)
- ✓ estrutura de distribuição e comercialização do produto
- ✓ principais formas de comercialização — contrato de encomenda, contrato de fornecimento, mercado à vista (spot) etc.

2.5. Análise dos indicadores de concentração industrial no mercado relevante

Um dos principais resultados esperados de uma pesquisa setorial é a obtenção de indicadores de concentração industrial. Além do cálculo dos indicadores — C_4 , C_8 e C_h (Herfindahl-Hirschman) — com base nas informações mais atualizadas, a pesquisa requer o comentário sobre:

- ✓ os índices obtidos
- ✓ as fontes de dados
- ✓ a evolução histórica dos indicadores de concentração
- ✓ a comparação com os indicadores de concentração em outros países

2.6. Caracterização das empresas do setor

À caracterização da cadeia produtiva vem se somar a descrição das principais características das empresas do mercado relevante. Entre outros aspectos, destacamos:

- ✓ as principais empresas ou grupos do setor e sua participação no mercado (líderes)
- ✓ seus principais clientes
- ✓ a composição da demanda (interna/externa, setor público/setor privado, etc)
- ✓ as fusões e incorporações recentes - principais tendências

2.7. Principais variáveis de concorrência entre as empresas

De forma complementar às informações acima, a análise do comportamento empresarial requer o aprofundamento nas questões relativas às estratégias de concorrência no mercado. As principais formas de concorrência são:

- ✓ concorrência via preço/condições de pagamento
- ✓ concorrência via diversificação de produto (inovativas ou não)
- ✓ concorrência via segmentação de mercado
- ✓ concorrência via qualidade (garantia de fornecimento)

2.8. Descrição das barreiras à entrada

A análise dos instrumentos de proteção à concorrência que as indústrias concentradas dispõem requer a pesquisa dos seguintes aspectos:

- ✓ a facilidade de importação do produto
- ✓ a facilidade de ingresso de novos produtores no mercado relevante
- ✓ o tamanho mínimo da planta (volume de investimentos necessários)
- ✓ a existência de licenças e patentes e
- ✓ a existência de normas técnicas e de produção

2.9. Comportamento de preços

A identificação de práticas abusivas de preços e a análise da evolução dos preços relativos requer informações referentes ao comportamento dos preços e custos das indústrias. Para tal, é necessário o levantamento e análise dos seguintes aspectos:

- ✓ a evolução histórica dos preços
- ✓ a estrutura analítica de custos do setor
- ✓ a evolução histórica dos principais custos
- ✓ comparação entre preço local, nacional e internacional
- ✓ identificação de práticas de diferenciação de preços

2.10. Mudança tecnológica

A pesquisa setorial também requer a análise do padrão de mudança tecnológica prevalecente no setor, isto é, se o processo produtivo ou o produto estão sofrendo rápida mudança tecnológica, ou se as inovações são marginais. É necessária a pesquisa de como se processa a mudança e quais são as principais tendências.

* * *

O DIREITO DAS LICITAÇÕES E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EMPRESARIAL

*Mauro Grinberg*⁵¹

I. INTRODUÇÃO:

1. Procura-se aqui traçar um ponto de contato entre o direito das licitações e o direito da concorrência empresarial, sem o intento de fazer doutrina mas com o único objetivo de lançar uma idéia para a discussão.

2. O Tribunal de Contas da União (TCU) tem emitido julgamentos a respeito de procedimentos para aquisições de bens e serviços, por parte de entes públicos sujeitos à sua jurisdição, sem licitação ou com a sua dispensa.

3. Exemplos são o acórdão proferido no processo nº 674.030/92-3 (“contratação irregular de firma para promoção de congresso sem licitação”) (Diário Oficial da União de 05.03.96, páginas 3.668 / 3.669) e o acórdão proferido no processo nº 525.072/95-0 (“dispensa de licitação ilegal”) (Diário Oficial da União de 18.03.96, páginas 4.535 a 4.537).

4. Não se tem por objetivo aqui comentar as decisões do TCU, de resto costumeiramente diligente na verificação do bom cumprimento dos procedimentos licitatórios.

5. O que se quer aqui é salientar que a existência de uma infração contra a lei das licitações - sobretudo pela ausência ou dispensa irregular de licitação - pode implicar igualmente na existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.

II. CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO:

6. Com efeito, estabelece o artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994, que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”: “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”.

⁵¹ MAURO GRINBERG é ex-Conselheiro do CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE.

7. O que se quer demonstrar é que a escolha de um único ofertante, sem a realização de processo licitatório e na dependência de determinadas circunstâncias, pode implicar na verificação de ato punível em decorrência da aplicação do disposto no artigo 20, inciso I, da Lei nº 8.884, de 1994.

8. É evidente que o exame das circunstâncias é fundamental para a caracterização da infração; todavia, é importante observar que se pode estar diante de caso típico de eliminação de concorrência por meio da escolha arbitrária de um único ofertante.

9. A hipótese fica mais clara ainda nos casos em que o único possível adquirente de um determinado bem, em quantidades que justifiquem a existência dos ofertantes, é o Poder Público; as hipóteses são várias, como se verifica nos exemplos dos medidores de água ou energia, grandes transformadores, asfalto e outros.

10. Nestes casos, o Poder Público é o grande comprador, sendo certo que a sua eventual escolha por um dos ofertantes, sem a realização da licitação exigida ou com a sua dispensa irregular, implica na eliminação da concorrência no setor em tela.

11. Entretanto, verificada em tese a possível existência de uma infração contra a ordem econômica, punível pelo Poder Público, como fazer para colocar o próprio Poder Público sob a égide da lei ferida?

12. De certa forma, o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, permite tal possibilidade ao arrolar pessoas jurídicas de direito público como sujeitas à aplicação da lei:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

13. É evidente que a redação do artigo 15 demonstra que a lei tem por objetivo atingir também o Poder Público, uma vez que, além de mencionar expressamente as pessoas jurídicas de direito público, trata dos casos de monopólio legal.

14. Tais casos de monopólio legal são previstos no artigo 177 da Constituição Federal; ora, como são outorgados à União Federal e como o artigo 15 da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece a sua sujeição à referida lei, obviamente o Poder Público também pode estar sob a mira do direito da

concorrência empresarial, inclusive e sobretudo por ajudar a causar a eliminação da concorrência.

III. SANÇÃO:

15. Tem-se aqui, porém, uma portentosa dificuldade, que se revela na aplicação das penalidades previstas na lei, até porque a aplicação da lei pressupõe a sanção.

16. Com efeito, o artigo 23 e respectivo inciso I da Lei nº 8.884, de 1994, estabelece que “a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas”: “no caso de empresa, multa de 1 a 30 por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

17. Resta evidente que o Poder Público não tem faturamento sobre o qual possa ser calculada determinada multa; quando este Poder Público é a União Federal, verifica-se ademais a confusão entre credor e devedor.

18. A hipótese de punição prevista no inciso II do artigo 23 - multa aplicada contra o “administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa” - igualmente não se revela de utilidade pois a multa aplicada contra o administrador é calculada através de uma porcentagem sobre aquela devida pela empresa.

19. Observa FÁBIO ULHOA COELHO que “da Administração Pública, somente se encontram sujeitas às penalidades da legislação antitruste as pessoas jurídicas de direito privado, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as fundações, federais, estaduais ou municipais” (“Direito Antitruste Brasileiro”, Editora Saraiva, São Paulo, 1995, página 41).

20. Existe, assim, uma aparente incompatibilidade entre a sujeição do Poder Público aos ditames da lei e a impossibilidade de aplicação da sanção contra esse mesmo Poder Público; como resolvê-la, permitindo que a SDE e o CADE possam aqui cumprir a sua obrigação de defender a concorrência contra os atos que visam a sua eliminação?

21. É o mesmo FÁBIO ULHOA COELHO que procura dar a resposta à contradição: “Assim, a referência às pessoas jurídicas de direito público não deve ser necessariamente entendida como a definição de um gênero de agente ativo de infração contra a ordem econômica, mas sim considerada no amplo universo das pessoas em relação às quais a lei se aplica, não necessariamente para submetê-las às sanções” (obra e página citadas).

22. Prossegue o mesmo autor: “Esse é o único entendimento possível, em face da isonomia constitucional dos entes públicos. O CADE, como autarquia federal, e a SDE, órgão do Ministério da Justiça, não têm poder hierárquico e sancionador sobre a União e seus desdobramentos de natureza pública (órgãos da Administração direta e autarquias); não têm igualmente ascendência hierárquica sobre os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios” (obra e página citadas).

23. Pode-se discutir a questão da isonomia constitucional, ou isonomia recíproca entre as pessoas jurídicas de Direito Público, uma vez que, de acordo com o artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição Federal, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” “instituir impostos sobre” “patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros”.

24. Ora, a multa decorrente de infração contra a ordem econômica não é imposto e nem é aplicável sobre patrimônio, renda ou serviço de quem quer que seja.

25. De qualquer forma, subsiste intransponível a dificuldade de ser aplicada a multa, porque esta deve ser calculada sobre o faturamento e as pessoas jurídicas de Direito Público obviamente não têm faturamento.

26. Persiste, se for o caso, a infração praticada na outra ponta, isto é, pelo contratante beneficiado pela aquisição irregular de bens ou serviços; entretanto, deve o Poder Público ficar livre de qualquer sanção se e quando violar a sua própria lei?

27. Observa JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES, comentando a responsabilidade do Estado no direito comunitário europeu, perante o Tratado de Roma: “(...) são possíveis duas situações: uma em que, apoiando-se nas legislações nacionais, as empresas privadas aproveitam para criar ou aumentar as restrições à concorrência. A outra situação é aquela em que as empresas privadas são constrangidas ou obrigadas pelo Estado a adotar determinado comportamento” (“Direito da Concorrência nas Comunidades Européias”, Coimbra Editora, 1992, página 83).

28. Inicia a resposta o mesmo autor: “Nem o art. 85 (nem o art. 86) nos elucidam sobre tais situações. No Acórdão da Indústria Européia do Açúcar, Suiker Unie, de 16/12/75, Processo nº 40/73 e outros, Colect. 1975, p. 1663, o TJCE admite que não é repreensível uma coligação entre empresas, desde que seja a consequência de uma medida adoptada pelo Estado, seja ela de natureza legislativa, administrativa ou regulamentar. Nessa medida, o comportamento restritivo da concorrência não poderá ser imputado às empresas, mas ao Estado” (obra e página citadas).

29. Apesar de reconhecer que o Tratado de Roma não prevê a punição expressa dos Estados-membros por infração concorrencial, observa

JORGE DE JESUS FERREIRA ALVES que “o Tratado impõe aos Estados que não adotem nem mantenham em vigor medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil daquelas disposições. Tal obrigação dos Estados resulta da interpretação do art. 3º, alínea `f`. art. 5º e arts. 85 e 86 do Tratado” (obra citada, página 84).

30. Trazendo a matéria para a legislação brasileira, estamos evidentemente trilhando o caminho óbvio: o Poder Público tem a obrigação de cumprir a lei, no caso a lei da concorrência empresarial, evitando o patrocínio de ações de eliminação da concorrência.

31. Por óbvia que seja, essa obrigação, sob outro ângulo, encontra-se no art. 36 da Lei nr. 8.884, de 1994: “As autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedades de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”.

32. De qualquer sorte, o Poder Público não pode estar imune à lei; com efeito, a execução das decisões do CADE não deve ser apenas a que se refira à cobrança de multa, já que existe também a execução específica.

33. Assim, dispõe o art. 46 da Lei nº 8.884, de 1994:

“A decisão do CADE, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração”.

34. Como se pode verificar, a condenação pela prática de infração contra a ordem econômica inclui quatro itens, dos quais dois apenas são relativos a multas, sendo os dois outros relativos a providências que devem ser tomadas pelos infratores; no que diz respeito às multas, o Poder Público está obviamente livre, mas, no que diz respeito às providências que devem ser tomadas, o Poder Público está a elas obrigado.

35. Mais ainda, o Poder Público está obrigado a cumprir as providências determinadas pelo CADE, sob pena de execução, que pode evidentemente ser a execução específica.

36. Aplica-se aqui o disposto no art. 48 da Lei nº 8.884, de 1994: “Descumprida a decisão, no todo ou em parte, será o fato comunicado ao

Presidente do CADE, que determinará ao Procurador Geral que providencie sua execução judicial”.

IV. CONCLUSÃO:

37. O que se pode concluir é que, verificando-se hipótese de inexistência ou dispensa irregular de licitação, quando é necessária a licitação, pode ocorrer, além da violação da legislação das licitações, a violação da legislação da concorrência empresarial.

38. Essa violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também e principalmente o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência.

39. Enquanto o concorrente beneficiado pode ser punido não apenas pela aplicação de multa como também pela determinação de cessação da prática, o Poder Público pode ser punido apenas pela determinação de cessação da prática, sob pena de execução judicial específica.

40. Como foi esclarecido acima, esta é apenas uma idéia, cujos contornos ainda não estão perfeitamente especificados, que é lançada com o objetivo de provocar o conveniente e salutar debate.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS XXV RELATÓRIO SOBRE A POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA (1995)

Bruxelas 10.04.1996

Juan Antonio Rivièrre Marti

Introdução

1. Um ambiente concorrencial: uma condição prévia para a competitividade

1. É incontestável que a política de concorrência desempenha um papel essencial para assegurar a competitividade da indústria da União Europeia.

A política da concorrência constitui um instrumento para alcançar uma afectação óptima dos recursos, o progresso técnico e a flexibilidade de adaptação a um ambiente em evolução. A este respeito, a concorrência e a competitividade são indissociáveis. A experiência revela que só as empresas habituadas a uma forte concorrência e que conseguem obter bons resultados em mercados abertos e dinâmicos serão também capazes de o fazer a um nível mais amplo - quer noutras áreas geográficas, quer, em geral, numa economia mais internacionalizada.

A política de concorrência e a política de competitividade não são, assim, políticas contraditórias, prosseguindo o mesmo objectivo, ou seja, a criação das condições indispensáveis para o desenvolvimento e a manutenção de uma indústria comunitária eficiente e competitiva, oferecendo melhores produtos e serviços aos cidadãos europeus e proporcionando um ambiente económico estável.

2. O mercado interno e a política de concorrência

2. O objectivo da Comunidade de criar um mercado interno é também revelador da complementaridade entre estas duas políticas. Por um lado, o mercado interno constitui uma condição fundamental para o desenvolvimento de uma indústria eficiente e competitiva. Por outro lado, a política de concorrência constitui um importante instrumento para alcançar o objectivo do mercado interno e para o manter, em especial através da aplicação de regras que garantam que as barreiras regulamentares ao comércio

que foram eliminadas não são substituídas por restrições privadas ou públicas com o mesmo efeito.

2.1 Factores que afectam a concorrência no mercado interno

3. Embora as acções legislativas definidas no Livro Branco da Comissão de 1985 sobre o mercado interno tenham sido, na sua quase totalidade, adoptadas e transpostas a nível nacional, existem indícios de que alguns mercados de produtos e serviços permanecem fragmentados⁵².

A integração do mercado interno, juntamente com a progressiva internacionalização dos mercados, deverá alargar os mercados geográficos (não necessariamente a nível comunitário, uma vez que os mercados relevantes podem incluir um conjunto distinto de mercados regionais ou nacionais). Poderá assim redefinir os parâmetros estruturais do mercado, no âmbito dos quais deverão ser avaliadas as implicações do comportamento dos operadores do sector público ou privado em matéria de concorrência. Na presente fase, é demasiado cedo para concluir, de forma definitiva, se o mercado interno produziu já um impacto a favor da concorrência. Existem indícios nalguns mercados que parecem revelar que, cada vez mais, a concorrência é definida a nível supranacional. Noutros mercados, poder-se-á concluir que permanecem segmentados em função de critérios nacionais. Esta última situação poderá ser explicada através de diversos factores que devem ser tomados em consideração na avaliação das consequências da integração do mercado interno em termos de expansão geográfica dos "mercados relevantes".

4. Um primeiro factor relaciona-se com a eficácia das acções legislativas (e medidas acessórias, tais como a normalização europeia) para o desmantelamento das barreiras jurídicas e administrativas às transacções transfronteiras. Nos casos em que o quadro legislativo se afigurar incompleto ou inadequado, a Comissão tenciona exercer pressões para que seja reforçado. Poderão também surgir situações em que não existem barreiras à entrada, mas em que as discrepâncias nas disposições nacionais têm como consequência diferenças a nível das condições económicas, susceptíveis de provocarem distorções sobre o comércio e a concorrência (por exemplo, fixação de preços dos produtos farmacêuticos, tributação, flutuações monetárias). Nas situações em que destes factores resultarem diferenças nas condições económicas entre

⁵² A Comissão pretende apresentar, durante 1996, as conclusões de uma análise global sobre o impacto e eficácia do programa de mercado interno, de acordo com a Resolução nº 92/1218 do Conselho, de 7 de Dezembro de 1992.

os mercados nacionais, que possam levar os operadores a efectuar distinções entre tais mercados, este facto poderá ter de ser tomado em consideração na definição do mercado relevante em matéria de concorrência. As "barreiras naturais" tais como a língua, o gosto e os hábitos, ou as características estruturais que reduzem as possibilidades de comércio de produtos ou serviços, poderão também levar a que os mercados nacionais sejam considerados como entidades separadas. Estas questões surgiram no contexto das investigações efectuadas pela Comissão de concentrações nos sectores da radiodifusão televisiva e dos meios de comunicação, nos quais os factores linguísticos e culturais exigem que o mercado da União Europeia seja considerado enquanto entidade formada por uma série de mercados nacionais distintos. Esta diversidade cultural contribui para a riqueza do nosso património europeu comum e a Comissão deve tomá-la em consideração na análise dos processos, mesmo que daí resulte um maior número de situações de posição dominante observadas (Nordic Satellite; RTL/Veronica/Endemol).

2.2 Papel da política da concorrência

5. Embora a integração do mercado interno defina o contexto económico em que se deve aplicar a política comunitária da concorrência, a aplicação desta política contribuirá também para reforçar o funcionamento do mercado único. Poderão ser identificadas três áreas principais de actividade: acordos e práticas anticoncorrenciais, os sectores regulamentados ou monopolísticos e os auxílios estatais. É essencial referir neste contexto que a Comissão dispõe de um conjunto de instrumentos interdependentes de política de concorrência. As regras aplicáveis em matéria de acordos e práticas concertadas entre empresas, o controlo das concentrações, o controlo dos auxílios estatais e as regras relativas à liberalização prosseguem o mesmo objectivo, ou seja assegurar que não se verificam distorções à concorrência no mercado interno.

6. A Comissão aplica as regras comunitárias da concorrência de forma vigilante, nos casos em que as empresas pretendem distorcer os efeitos pró-concorrência decorrentes da integração do mercado interno através de um comportamento anticoncorrencial destinado a favorecer a segmentação do mercado. Poderão citar-se como exemplos de comportamentos que suscitaram preocupações deste tipo as restrições sobre o comércio paralelo, certos tipos de acordos verticais e/ou sistemas de distribuição e a recusa injustificada de permitir o acesso (não discriminatório) a meios indispensáveis para que terceiros possam concorrer.

7. A liberalização de mercados tradicionalmente monopolísticos, como o sector de fornecimento de água, gás e electricidade, constitui um passo essencial para o estabelecimento de um mercado interno. É um facto quase incontestado que, sem uma base mais forte e competitiva nos domínios da energia, transportes públicos e telecomunicações, a economia europeia, incluindo os consumidores e as empresas de dimensão média, encontrar-se-á numa situação de desvantagem⁵³. O Conselho Europeu de Madrid de Dezembro de 1995 concluiu ser essencial introduzir uma maior concorrência em diversos sectores, por forma a promover a competitividade e a criar novos empregos. Assim, a Comissão prosseguiu os seus esforços no sentido de abrir estes mercados à concorrência e ao comércio intracomunitário, assegurando simultaneamente que as medidas propostas ou adoptadas são compatíveis com o exercício, pelos serviços públicos, da sua missão de interesse económico geral, tal como a prestação de um serviço universal a todos os cidadãos, a preços acessíveis.

8. O sector das telecomunicações é uma área estratégica de considerável interesse para a União Europeia⁵⁴. A liberalização em curso neste sector forçou os operadores de telecomunicações a lançarem novos serviços e a reduzirem os preços. Tanto a indústria como os consumidores beneficiam com a abertura dos mercados das telecomunicações. A introdução da concorrência neste sector é também vital, a fim de facilitar a transição para a sociedade da informação, garantindo a nossa capacidade de sobrevivência num mercado cada vez mais competitivo e internacional. Neste contexto, a diversidade cultural e a igualdade de acesso aos novos serviços constituem objectivos essenciais que deverão ser acautelados.

A nível comunitário, uma grande parte da legislação está já concluída ou numa fase adiantada, com vista a uma liberalização completa até 1998. Esta legislação deverá, evidentemente, ser transposta para a legislação nacional e ser efectivamente aplicada por forma a garantir a introdução de uma verdadeira concorrência. O papel da Comissão não será reduzido após a

⁵³ Grupo Consultivo sobre a Competitividade, "Promover a competitividade europeia", Segundo Relatório ao Presidente da Comissão Europeia, Primeiros-Ministros e Chefes de Estado, Dezembro de 1995 (Relatório Ciampi). No mesmo contexto é afirmado que o que é mais importante não é tanto que a propriedade - e gestão - dos serviços de utilidade pública seja transferida do Estado para o sector privado, mas sim que a concorrência seja introduzida e alargada sempre que possível.

⁵⁴ Livro Verde sobre a liberalização da infra-estrutura de telecomunicações e das redes de televisão por cabo: Primeira parte (COM(94)440 de 25.10.1994) e Segunda parte (COM(94)682 de 25.01.1995).

adopção dos actos legislativos. Pelo contrário, a Comissão deverá garantir que, uma vez suprimidas, as barreiras jurídicas não serão substituídas por acordos ou práticas de natureza semelhante, tais como concentrações anticoncorrenciais, acordos de partilha de mercados, comportamentos abusivos das empresas já presentes no mercado relativamente aos novos participantes - por exemplo, negando o acesso não discriminatório a equipamentos essenciais - ou através de auxílios estatais ilegais. Nos casos em que se mantêm os direitos exclusivos em áreas reservadas, deverá evitar-se a concessão, a esses operadores, de subvenções cruzadas a favor de áreas não reservadas.

Entretanto, a indústria continua a evoluir, antecipando-se aos novos mercados que vão surgindo. Foram apresentadas à Comissão, para exame, novas alianças com implicações a nível internacional. A avaliação destes casos efectuada pela Comissão demonstra que as actuais regras em matéria de concorrência, quando aplicadas de forma realista, têm capacidade para apreender as dinâmicas da inovação e da internacionalização. Mas o facto de se tratarem de mercados recentemente criados não constitui uma garantia de aprovação automática. Apesar de as alianças deverem ser autorizadas ou mesmo encorajadas quando favorecem a competitividade, não poderão ser aceites quando contrariam ou ameaçam o processo de eliminação dos monopólios. Sempre que as grandes empresas se associarem, a Comissão tentará evitar o encerramento dos mercados.

9. Ainda mais do que o sector das telecomunicações, o sector dos transportes aéreos, em que a liberalização completa estará legalmente concluída no final de 1997, demonstra que a legislação é necessária mas não suficiente para alcançar um ambiente plenamente competitivo. Neste sector, em que as companhias aéreas lutam para obter ou manter uma quota suficiente de um mercado que regista um fraco crescimento e que é muito competitivo, existe um perigo contínuo de que as empresas já presentes no mercado utilizem métodos desleais para protegerem os seus interesses. Assim, é absolutamente necessária uma aplicação estrita das regras de concorrência, principalmente no domínio dos auxílios estatais e do controlo dos comportamentos abusivos. Os auxílios estatais são, em especial, considerados como medidas contraproduativas, que tendem a proteger as empresas pouco eficientes em detrimento das eficientes, atrasando assim apenas uma reestruturação indispensável. Os auxílios estatais poderão mesmo ser utilizados para impedir a entrada de novos concorrentes através de preços abusivamente baixos e outras medidas. Apesar de a reestruturação ser necessária por forma a alcançar ganhos de produtividade e competitividade num mercado em expansão, a Comissão deverá assegurar-se de que uma

grande concentração não provoca dificuldades de acesso a rotas e faixas horárias, voltando assim a criar barreiras já suprimidas legalmente.

10. A energia é um outro factor-chave para a indústria e foi mencionada enquanto tal no Relatório Ciampi. Contudo, este sector não registou, durante este ano, progressos reais em termos de liberalização.

11. Segundo o quarto relatório relativo aos auxílios estatais na União Europeia, publicado em 1995, o montante total de auxílios nacionais no período compreendido entre 1990 e 1992 diminuiu, mas continua a ser - com uma média anual de cerca de 94 mil milhões de ecus para toda a Comunidade - demasiado elevado face aos objectivos que a Comissão se propõe alcançar, nomeadamente no que se refere aos Estados-membros mais prósperos. Não será através de elevados auxílios estatais que se alcançará a competitividade. Tal situação apenas atrasará reestruturações indispensáveis, provocará distorções de concorrência entre as empresas e regiões e constitui um pesado encargo para os orçamentos públicos.

Contudo, seria irrealista sugerir uma eliminação pura e simples de todos os auxílios estatais e esta opção nunca foi considerada pelos autores do Tratado nem pela Comissão. As forças de mercado só por si, num mercado que não é perfeito, não permitem a realização de certos objectivos fundamentais dos Estados-membros e da União Europeia, tais como a coesão económica e social, um nível suficiente de investigação e de desenvolvimento e a protecção do ambiente, o desenvolvimento das PME e um ajustamento estrutural necessariamente moroso, em especial por razões sociais. Para a Comissão, é fundamental garantir que, nos casos em que são permitidos auxílios estatais através de derrogações, os efeitos negativos sobre a concorrência e o comércio entre Estados-membros se limitam ao estritamente necessário e que são compensados pela realização de objectivos de interesse comunitário geral.

3. Cooperação internacional

12. A internacionalização crescente da economia mundial e a estrutura evolutiva do comércio moderno tornam inevitável a cooperação internacional entre as autoridades de concorrência.

Em primeiro lugar, as empresas que desenvolvem a sua actividade a nível mundial devem conhecer e cumprir diversas legislações e práticas em matéria de concorrência, em função das diversas jurisdições, o que implica necessariamente encargos. Além disso, quando as operações são abrangidas pela competência de diversas autoridades de concorrência, existe um maior

risco de imposição de medidas contraditórias. Por seu lado, as autoridades de concorrência poderão ter dificuldades em aceder às informações que determinam a existência de uma violação às regras de concorrência que ocorreu fora da sua jurisdição. Acresce ainda que as regras de concorrência que se destinam a manter uma concorrência efectiva no mercado nacional poderão ser menos efectivas para tratar os comportamentos anticoncorrenciais a nível mundial. Por último, é um facto que para que a liberalização do comércio seja efectiva, deverá ser acompanhada de uma maior aplicação das regras de concorrência - as barreiras privadas não deverão vir substituir as barreiras públicas suprimidas.

Por todas estas razões, uma maior cooperação a nível internacional é claramente do interesse da indústria e dos consumidores.

13. A nível bilateral, o Acordo com os Estados Unidos (confirmado em Abril de 1995 pelo Conselho) oferece já possibilidades de cooperação e as suas disposições relativas à coordenação das actividades de aplicação permitem que, em certa medida, as Partes trabalhem em conjunto sobre as situações anticoncorrenciais que afectam os mercados da União Europeia e dos Estados Unidos.

Num relatório sobre a política de concorrência na nova ordem comercial elaborado por um grupo de peritos independentes a pedido do Comissário Van Miert, o grupo recomenda como "prioridade" um aprofundamento do actual Acordo entre a Comunidade Europeia e os Estados Unidos. O relatório do grupo de peritos apresenta igualmente recomendações relativamente à cooperação multilateral, uma vez que o grupo está convicto de que os acordos bilaterais não podem, por si só, tratar de forma adequada todos os problemas susceptíveis de ocorrerem a nível internacional.

4. Papel da Comissão na aplicação das regras de concorrência

14. Pode afirmar-se que a fase de desenvolvimento da política de concorrência da Comunidade está concluída. Esta política e a respectiva legislação estão já bem estabelecidas através da prática administrativa da Comissão e dos princípios desenvolvidos pelos tribunais europeus. Em contrapartida, a Comissão apenas dispõe de recursos limitados para tratar um número cada vez maior de casos. Em especial, em 1995, o número de novos casos, principalmente auxílios estatais e processos nos termos dos artigos 85º e 86º, aumentou de forma significativa, na sequência da adesão de três novos Estados-membros.

15. Consequentemente, a Comissão tem vindo a analisar as possibilidades de se centrar nos acordos que produzem um efeito significativo sobre a concorrência e que são susceptíveis de afectar consideravelmente o comércio entre Estados-membros. Para o efeito, foram já criados diversos instrumentos e conceitos, estando em curso trabalhos preparatórios para os alargar e melhorar. Neste contexto, é particularmente relevante a aplicação da regra de minimis (tanto no domínio da concorrência como no domínio dos auxílios estatais), as isenções por categoria (que permitem que as empresas concluam acordos sem os notificar à Comissão por forma a obter segurança jurídica) e a noção de interesse comunitário no que se refere às denúncias.

16. Numa altura em que a Comissão tem, prioritariamente, de tratar casos que produzem um efeito significativo sobre a concorrência intracomunitária, o papel das autoridades e dos tribunais nacionais nos processos de concorrência torna-se mais importante. A aplicação descentralizada das regras de concorrência constitui frequentemente um modo mais rápido e mais eficaz de pôr termo às infracções. Uma aplicação mais frequente destas disposições, por parte dos tribunais e autoridades nacionais, recorda ao cidadão comunitário que estas regras fazem parte da "legislação vital" de cada Estado-membro e que se destinam a proteger os seus direitos.

17. Assim, a Comissão continuou a promover uma aplicação descentralizada das regras comunitárias em matéria de concorrência, principalmente no que se refere aos processos abrangidos pelos artigos 85º e 86º. O objectivo da Comissão consiste em estabelecer uma cooperação efectiva entre os tribunais e autoridades de concorrência nacionais e a Comissão. A este respeito, os trabalhos preparatórios relativos a uma nova comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência nacionais estão já bastante adiantados e virão complementar a comunicação existente relativa à cooperação com os tribunais nacionais.

Esta política de descentralização deverá, contudo, ser aplicada de forma gradual e cuidadosa. O processo de descentralização deverá ser acompanhado de um esforço persistente da Comissão no sentido de clarificar e simplificar as regras de fundo, por forma a que os Estados-membros utilizem os mesmos conceitos ao aplicarem as regras comunitárias em matéria de concorrência.

18. O princípio da subsidiariedade estabelece que as medidas deverão ser tomadas pela autoridade mais adequada. Consequentemente, alguns processos que são da competência simultânea de diversas autoridades nacionais, deveriam ser tratados pela Comissão. Assim, no caso das concentrações, é preferível que os projectos das empresas sejam analisados pela Comissão, não devendo ser apresentados a diversas autoridades

nacionais. Em 1995, a Comissão deu início a um novo exercício de revisão do Regulamento das concentrações, nomeadamente para determinar se continua a ser adequado o critério, baseado no volume de negócios, utilizado para a determinação dos casos que deverão ser submetidas à Comissão e dos casos que são da competência exclusiva dos Estados-membros.

19. No domínio dos auxílios estatais, o princípio da subsidiariedade estabelece que a Comunidade deverá ter competência exclusiva, dado que não se pode exigir que os Estados-membros controlem as suas próprias despesas em matéria de auxílios estatais de modo leal relativamente aos seus vizinhos. Contudo, um aspecto poderá ser tratado a nível nacional: os tribunais nacionais poderão actuar na sequência de denúncias apresentadas por concorrentes da empresa beneficiária do auxílio estatal e, em especial, poderão controlar em que medida o Estado-membro deu cumprimento aos procedimentos necessários de notificação e aprovação. A Comissão publicou uma nova comunicação neste domínio, que prossegue um objectivo triplo: reforçar e descentralizar a aplicação das regras em matéria de auxílios estatais, clarificar a situação jurídica em proveito de todas as partes interessadas e prestar assistência aos juízes.

5. Transparência

20. As regras em matéria de concorrência são muitas vezes complexas porque o contexto económico, jurídico e político em que são aplicadas é também complicado e está em constante evolução. Tal não significa que não existam possibilidades de uma maior transparência e simplificação. Com efeito, a Comissão encontrou diversos meios para aumentar a informação acerca da sua política e para simplificar o quadro legal. Entre eles poder-se-á citar: uma isenção por categoria recentemente adoptada no que se refere aos acordos de transferência de tecnologia, que virá substituir os dois regulamentos relativos à concessão de licenças de saber-fazer e de patente; a utilização de comunicações para fornecer orientações sobre a aplicação das regras de concorrência em determinados sectores (pagamentos transfronteiras, serviços postais); a utilização de livros verdes para efeitos de consulta do público (por exemplo os livros verdes que deverão ser publicados em 1996, relativos às restrições dos acordos verticais e à revisão do Regulamento das concentrações) e a publicação de brochuras explicativas (novo regulamento relativo à distribuição automóvel). No domínio dos auxílios estatais, a obrigação de notificar, prevista no Tratado, é fundamental para assegurar a transparência. A Comissão referiu numa comunicação que tenciona utilizar todas as competências que lhe são

conferidas pelo Tratado para forçar os Estados-membros a respeitar esta obrigação. A Comissão iniciou também os trabalhos sobre um enquadramento revisto e consolidado em matéria de auxílios regionais e adoptou um novo enquadramento dos auxílios à investigação e desenvolvimento. Por último, a Comissão tem prosseguido activamente a sua informação ao público relativamente a questões de política de concorrência: comunicados de imprensa e conferências, serviço de Informação da DG IV, publicações, boletim relativo à política de concorrência e principalmente o Relatório anual sobre a Política de Concorrência prosseguem os mesmos objectivos: melhorar a transparência, a segurança jurídica e a previsibilidade.

6. Responsabilidade democrática

21. A política de concorrência não pode limitar-se a um exercício meramente tecnocrático ou administrativo, tendo toda a vantagem em alcançar um amplo consenso democrático. Consequentemente, a Comissão consagra grande importância a um diálogo frutuoso com as restantes instituições da União Europeia relativamente a todos os aspectos da sua política de concorrência.

22. O Relatório anual sobre a Política da Concorrência constitui um elemento de base para a comunicação e informação às restantes instituições da União Europeia, especialmente ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social. O proveitoso intercâmbio de pontos de vista e os debates relativos ao anterior relatório contribuíram, inequivocamente, para o desempenho das tarefas da Comissão e para uma melhor informação e compreensão da política europeia de concorrência. Além disso, quando tal se afigura necessário, a Comissão toma a iniciativa de consultar as restantes instituições relativamente a disposições recentemente propostas ou relativamente a outros documentos em matéria de política da concorrência. Designadamente no contexto da adopção das directivas de liberalização no âmbito do artigo 90º, a Comissão tomou cuidadosamente em consideração as observações apresentadas pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho, pelo Comité Económico e Social e pelo Comité das Regiões.

23. A Comissão colaborou também estreitamente com o Conselho no que se refere a diversos aspectos da sua política, em especial no que se refere à relação entre a política de concorrência e a competitividade.

24. Os Estados-membros participam activamente no processo de tomada de decisões da Comissão através do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e posições dominantes, do Comité Consultivo em matéria de concentração de empresas e da Conferência dos

peritos dos governos nacionais. Além disso, os funcionários da Comissão estabelecem contactos informais, regulares e construtivos, com os seus colegas dos Estados-membros.

25. Em 3 e 4 de Abril de 1995, a Comissão organizou o Primeiro Fórum Europeu da Concorrência, em Bruxelas, dedicado ao tema das restrições dos acordos verticais⁵⁵, em que participaram mais de 260 representantes das autoridades de concorrência e juizes de 35 países europeus. O Fórum destinava-se a promover o intercâmbio de experiências e de ideias entre funcionários da Comunidade e dos Estados-membros responsáveis pela aplicação da legislação em matéria de concorrência e a encorajar a aplicação descentralizada do direito da concorrência. Está previsto um segundo Fórum para 1996.

26. O XXV Relatório anual sobre a Política de Concorrência da Comissão (1995) tem uma apresentação diferente dos anteriores relatórios anuais.

27. Nos últimos anos, o Relatório da Concorrência da Comissão tem aumentado continuamente de volume, tendo atingido mais de 600 páginas em 1994. Por outro lado, a brochura separada da Comissão "Política da concorrência da Comunidade Europeia - 1994", que resume a política e as decisões da Comissão num formato "acessível" contou com um acolhimento favorável. A Comissão foi instada, principalmente pelo Comité Económico e Social, a apresentar um documento mais reduzido e de mais fácil leitura.

Assim, a Comissão decidiu elaborar um relatório mais reduzido que os anteriores, centrando-se nos principais desenvolvimentos da sua política em matéria de concorrência, que são ilustrados, quando possível, pelas principais decisões da Comissão e pelas novas medidas legislativas.

Para além do actual Relatório anual, a Direcção-Geral da Concorrência (DG IV) da Comissão Europeia elaborou um "Relatório sobre a aplicação das regras de concorrência na União Europeia - 1995", onde se descrevem os processos individuais mais importantes decididos pela Comissão. Inclui igualmente listagens de referências das novas disposições legislativas e comunicações, das decisões da Comissão e comunicados de imprensa e decisões do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância. Apresenta ainda uma descrição da aplicação das regras de concorrência nos Estados-membros.

7. Estatísticas

⁵⁵ Competition Policy Newsletter, nº 5, volume 1, Verão de 1995, p. 7.

28. Verificou-se um grande aumento do número global de novos processos registados. O número total de novos processos (práticas anticoncorrenciais, concentrações, auxílios estatais) passou de 1 081 em 1994 para 1 472 em 1995 - um aumento de 36%. Os novos processos nos termos dos artigos 85º e 86º aumentaram mais de 42%, as notificações de operações de concentração cerca de 16% e o número de novos auxílios estatais aumentou 35%. Uma parte significativa destes aumentos, em especial no domínio das práticas anticoncorrenciais e dos auxílios estatais, deve-se à adesão de três novos Estados-membros à União Europeia em 1 de Janeiro de 1995.

29. O número total de processos encerrados em 1995 manteve-se praticamente ao nível de 1994: 1 210 contra 1 200.

PONTOS PARA UMA AGENDA ECONÔMICA PARA A AÇÃO ANTITRUSTE

Edgard Antonio Pereira⁵⁶

1. Introdução

A redefinição do padrão de funcionamento da economia brasileira nos anos 90 conferiu papel primordial à ação antitruste na reordenação dos mecanismos de atuação governamental no funcionamento dos mercados. Intervenção, para alguns, disciplinamento, para outros, o fato é que a ação antitruste constituiu-se em um elemento fundamental no redesenho do novo *modus operandi* da economia brasileira.

A indústria brasileira, até os anos 90, apresentava, em largos traços, as seguintes características: forte sistema de proteção, através de um rígido controle de importações e regulação da instalação de empresas nos principais setores industriais; exploração monopolizada por empresas estatais da extração e transformação de minérios, combustíveis e de setores de infraestrutura; predominância de indústrias nacionais na produção de alguns insumos básicos importantes, produtos intermediários de uso difundido e em setores produtores de bens de consumo final não sofisticados; e, finalmente, liderança de empresas multinacionais nos setores mais dinâmicos e de maior valor agregado da indústria. Constituído de forma a viabilizar a substituição de importações para o mercado interno por produção interna, o modelo foi revisto na virada da década de 70, início dos anos 80, passando a incorporar um componente exportado crescente, resultante da manipulação da taxa de câmbio e da concessão *ad hoc* de incentivos, como forma de ajustamento aos choques do petróleo e, principalmente, à crise do endividamento externo. A moldura deste quadro era um extenso e intenso aparato institucional de regulação estatal que estabelecia as condições de operação de cada mercado, através de um amplo conjunto de agências e regulamentações que, ao final, acabavam por definir a estruturação do mercado ao conceder autorizações para instalação de empresas e organizar suas práticas de mercado, forjando, no limite, as próprias lideranças em cada setor.

Um dos mecanismos fundamentais para a atuação do governo neste contexto foi o sistema de controle de preços. Sem entrar nos detalhes do seu

⁵⁶ Professor do Departamento de Teoria Econômica da UNICAMP, *ex-visiting scholar* da Universidade da Califórnia, Berkeley, e economista associado à Franceschini e Miranda Advogados.

funcionamento, este sistema era a síntese da concepção então prevalecente sobre a dinâmica dos mercados. Indústrias dispersas e com grande número de produtores seriam naturalmente competitivas; indústrias concentradas naturalmente exerceriam seu poder de mercado em benefício próprio, aumentando preços e controlando a oferta, de modo a maximizar seus lucros. Para as primeiras, as forças de mercado seriam suficientes para promover o bem estar. Para as outras, somente a ação estatal poderia fazer prevalecer o interesse coletivo sobre o interesse estreito das empresas. Uma vez que o modelo mais geral requeria o controle estrito das importações e a regulação governamental da entrada de novos produtores, somente a ação governamental de controle direto sobre os preços poderia suprir a ausência destes mecanismos típicos de pressão competitiva.

Como corolário, o sistema de controle de preços acabou por se transformar no principal instrumento de cartelização dos mercados. A definição de reajustes idênticos, setoriais, para todas as empresas de um mesmo mercado, a criação de interlocutores privilegiados junto ao governo, e várias outras práticas, acabaram por viabilizar e avalizar a concentração generalizada dos mercados industriais.

O novo modelo que se instalou a partir dos anos 90 assentou-se em bases radicalmente distintas destas. A abertura da economia às importações, a desregulamentação dos mercados e a privatização de empresas estatais redefiniram completamente o funcionamento da indústria brasileira e requerem um novo arranjo institucional, compatível com este novo quadro. O sistema de controle de preços era, obviamente, aquele que primeiro deveria ser reformulado. Sendo o mecanismo mais direto de atuação governamental no funcionamento dos mercados, a passagem do sistema de controle para o de defesa da concorrência era o movimento inicial crucial para fazer valer o novo modelo. Da mesma maneira, outras áreas do governo, em particular aquelas das quais emanam políticas gerais de estímulo ou restrições às decisões estratégicas das empresas, deveriam reformular-se quase que imediatamente, de forma a criar um novo conjunto institucional articulado. No entanto, passada mais de meia década da mudança do modelo, a maior parte destas áreas não se readaptou à nova realidade. Para citar alguns exemplos, é o caso do sistema de financiamento de longo prazo ao investimento, da política de comércio exterior, particularmente em seus mecanismos de estímulo às exportações e de proteção à concorrência desleal, e, o mais notório de todos, a política industrial.

De fato, a passagem do sistema de controle de preços para o de defesa da concorrência foi um exemplo de transição institucional bem sucedida. A burocracia adaptou-se ao seu novo papel, ocupando rapidamente

o espaço institucional a ela reservado. A consolidação da legislação sobre a matéria, a redefinição das atribuições dos antigos controladores de preços, a expressão mais organizada, ainda que tímida e difusa, do interesse do consumidor, entre outros, foram fatos importantes que levaram à afirmação do nova forma de atuação do governo.

No entanto, como seria de se esperar em um processo de transição, muitas das vicissitudes por que tem passado o sistema decorrem da incompreensão, em áreas do governo integradas ao sistema de defesa da concorrência, das características do novo modelo e do papel a elas reservado no novo contexto.

É provável, e esta é a esperança, que o tempo e a atuação dos vários atores na operação nesse novo contexto acabem por gerar os elementos necessários à consolidação do novo quadro institucional.

É nessa linha que se situa o presente artigo. Pretende ser uma contribuição a um inadiável debate sobre os fundamentos - econômicos, no que me diz respeito - da nova ação antitruste. Como forma de iniciar a discussão, proponho uma lista de conceitos econômicos que de alguma maneira podem ser funcionais na formação da opinião sobre atos econômicos típicos dos mercados que porventura possam ser objeto de análise por interessados no tema em geral ou por autoridades de defesa da concorrência. Entretanto, a mera listagem dos conceitos econômicos tradicionalmente utilizados na literatura afim não esgota os itens preliminares do debate. É imprescindível posicioná-los no contexto específico da economia brasileira, incorporando a reflexão sobre as suas características básicas, as peculiaridades do seu processo de desenvolvimento e da sua inserção no mercado internacional. Tal reflexão delineará o necessário contraponto entre a aplicação *tout court* das técnicas usuais de análise da dinâmica dos mercados em economias avançadas e o contexto de uma economia periférica, em desenvolvimento e em processo de redefinição radical das suas bases de operação.

2. A condição de entrada dos mercados

A condição de entrada do mercado é o indicador mais geral do grau de competição de um setor. Ela resulta da interação entre os vários atributos do mercado (possibilidades de diferenciação do produto, magnitude das economias de escala, etc.) sintetizando-os, e definindo, para um dado tamanho de mercado, o grau de concentração e a margens de lucro das empresas.

O precursor neste tema foi Bain (1956)⁵⁷ que, em trabalho pioneiro, estabeleceu as principais fontes de barreiras à entrada dos mercados e uma taxinomia para o comportamento das empresas já instaladas no mercado face às possibilidades de entrada de um novo concorrente

Para o autor, seriam as seguintes as fontes de barreiras à entrada:

a) *economias de escala*: se a escala mínima de produção é significativa em relação à demanda do mercado, só um número limitado de produtores é viável nesse mercado e estas empresas auferirão lucros maiores dos que aqueles obtidos em condições de perfeita competição, sem que isso atraia a entrada de novos produtores.

b) *vantagens absolutas de custo*: as firmas estabelecidas no mercado podem operar com custos menores do que uma eventual entrante em função de acesso privilegiado, diferenciado ou exclusivo, a insumos estratégicos, amparados por contratos ou relações informais com seus fornecedores. O aprendizado (*learning by doing*) e eventuais inovações secundárias, criadas a partir da operação cotidiana das rotinas de produção, criam vantagens adicionais para a firma já instalada.

c) *diferenciação dos produtos*: as especificidades, objetivas ou subjetivas, do produto da firma instalada podem sustentar a lealdade à marca e constituir-se em um custo adicional para a potencial entrante.

d) *requisitos de capital*: um fator adicional, não necessariamente com a mesma generalidade que os anteriores, também pode ser fonte de vantagens para a firma instalada: o acesso diferenciado a capitais de terceiros. A hipótese, neste caso, é que o risco de crédito é superior para as empresas que planejam entrar em um novo mercado em relação às já existentes. Logicamente, esta limitação, se efetiva, será diferente conforme a maneira pela qual a entrada se daria, por exemplo, a instalação de uma nova planta ou a aquisição de uma já em operação.

Bain ainda especifica três tipos de conduta das firmas instaladas face à ameaça de uma entrada:⁵⁸

⁵⁷ Bain, J. 1956. *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

⁵⁸ A ênfase na conduta para a definição da condição de entrada implica admitir que a avaliação sobre o grau de dificuldade da entrada em um mercado só pode ser objetivamente apreendido pela observação do comportamento das firmas instaladas. Qualquer critério de avaliação das eventuais dificuldades à entrada seria menos eficiente do que o simples acompanhamento das decisões tomadas pelas firmas já instaladas.

a) *entrada bloqueada*: as firmas já instaladas agem como se não houvesse possibilidade de entrada. Fixam preços e quantidades sem levar em consideração qualquer concorrência potencial.

b) *entrada impedida*: embora a entrada não seja naturalmente bloqueada, as firmas agem de forma a impedir a entrada. A possibilidade de entrada faz com que as empresas alterem seu comportamento fixando preços e quantidades que inviabilizem a entrada de possíveis concorrentes; como resultado, impede-se a entrada.

c) *entrada acomodada*: as empresas instaladas julgam mais lucrativo permitir a entrada de novos concorrentes do que a alternativa de tentar erigir custosas barreiras à entrada.

Centrada neste conceitos, a análise de Bain leva à conclusão - inusitada para a época - de que um mercado não monopolizado pode operar normalmente - ou em equilíbrio como diriam os mais ortodoxos - com lucros acima dos normais, sem que isso fosse eliminado pela entrada de novos produtores. Tal conclusão chocava-se frontalmente com o pensamento *mainstream* de então e deu origem a uma série de trabalhos sobre o tema, abrigados sob a denominação genérica de organização industrial. Em conjunto com as novas teorias sobre o comportamento da firma, críticas em relação à visão ortodoxa prevalecente, esta literatura de organização industrial reinou soberana por décadas, criando uma referência em separado, em grande medida desconectada dos demais temas da teoria econômica convencional, para a análise do funcionamento dos mercados, em particular os industriais.

Este reinado só veio a ser objetivamente contestado nos anos 80, com a teoria dos mercados contestáveis formulada por Baumol e outros - Baumol *et alli* (1982)⁵⁹. Estimulada pelas novas técnicas de produção, e seus reflexos sobre os custos e a alocação dos recursos produtivos, e pela ação da política antitruste americana, a teoria dos mercados contestáveis logrou unificar uma série de argumentos que permitiriam à teoria neoclássica convencional retornar ao debate sobre o funcionamento dos mercados, repondo seus conceitos mais caros, em particular o de ausência de lucro acima do normal em situação de equilíbrio. O grande achado era que, agora, este resultado, típico dos mercados concorrenciais, aplicava-se também a mercados concentrados. Em outras palavras, mesmo os mercados concentrados (monopólios e oligopólios), numa situação de contestabilidade, funcionariam como se concorrenciais fossem, na medida em que seu ponto ótimo de produção implicaria lucro de monopólio nulo.

⁵⁹ Baumol, W., E. Bailey, e R. Willig. 1982. *Contestable Markets and Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

Vejam, de forma não rigorosamente organizada, os principais conceitos desta teoria:

a) *firmas multiprodutoras*: as firmas, na maior parte das vezes, produzem uma gama de produtos e não apenas um único, como é usual nas análises convencionais. Estes produtos podem ser fabricados isoladamente ou em conjunto, dependendo das vantagens em termos de custos de produção em cada situação.

b) *subaditividade de custos*: uma função de custos é subaditiva se é menos custoso uma única firma produzir um bem do que mais firmas o fazerem de maneira independente.

b) *economias de escopo*: existem se o custo da produção em conjunto é menor do que o da produção independente.

c) *sunk costs*: são custos irrecuperáveis que uma empresa incorre para a produção a curto prazo. Diferem dos custos fixos na medida em que estes, embora fixos a curto e longo prazo, são recuperáveis no caso de cessação total da produção e encerramento de atividades da firma.

d) *contestabilidade*: um mercado é contestável quando não existem custos de saída, o que equivale dizer que, nestes mercados, os *sunk costs* são iguais a zero.

Em rápidas palavras, a teoria sustenta que se um mercado é contestável, a possibilidade de entrada de novos produtores obrigará as empresas instaladas a fixarem preços de mercados competitivos, sem lucro de monopólio. O mercado assim agiria por estar sujeito à uma entrada facilmente reversível (*hit and run*) de um competidor potencial.

Por outro lado, o número de empresas no mercado (uma, poucas ou infinito) dependeria exclusivamente das características técnicas do processo produtivo do bem em questão. A configuração do mercado seria aquela tecnicamente mais eficiente, sem nenhuma consequência sobre o grau de competição do mercado. Este seria dado pela concorrência potencial. Como resultado, a teoria dos mercados contestáveis permite sustentar a existência de monopólios ou oligopólios naturais. A produção se dá da maneira mais eficiente, ao menor custo possível, e o bem estar do consumidor, expresso em preços de mercados competitivos, é garantido pela contestabilidade do mercado.

A discussão acadêmica das hipóteses e definições desta teoria é vasta e controvertida. Algumas das idéias sugeridas pela teoria têm, entretanto, um apelo prático imediato. “Contestabilizar” ou favorecer a contestabilidade dos mercados, seria, sem dúvida, uma medida para torná-los mais competitivos e condicionar o comportamento das firmas já instaladas. Uma possível maneira de se fazer isso seria criar mecanismos que facilitassem

a liquidação de compromissos necessários de serem assumidos para a entrada em um mercado. Assim, a redução de eventuais custos de saída tornaria o mercado mais competitivo. Se isto faz sentido em mercados concretos, e, neste caso, quais seriam os mecanismos é uma questão em aberto.

Por outro lado, a discussão sobre contestabilidade dos mercados acaba, via de regra, introduzindo um elemento em princípio estranho a esta teoria, mas que, na prática, acaba se ligando às idéias por ela sugeridas. As importações, embora obviamente não se possam caracterizar como um entrada no mercado, visto que não há, de fato, nenhuma alteração na estrutura produtiva de um mercado, acabam por representar uma das formas de se “contestabilizar” os mercados. Talvez os próprios autores da teoria não chegassem a este ponto. No entanto, no contexto de globalização da produção atual, não se pode descartar o fato de que, ao definir seus planos de produção e vendas, as grandes empresas transnacionais veem o mundo como um grande mercado supridor de insumos, um espaço ampliado de organização dos fluxos e das etapas do processo produtivo e uma área em grande medida unificada de vendas. Sob esta perspectiva, o fluxo de importações (exportações *worldwide* das empresas transnacionais) nada mais é do que o resultado de opções alocativas destas empresas. Em um cenário de liberalidade nos fluxos de comércio internacional e liberdade de associação entre produtores e distribuidores internos com fornecedores internacionais, as importações são, de fato, uma forma de se penetrar nos diferentes mercados sem o ônus de se incorrer em custos de instalação em cada mercado local.

3. As reações dos competidores

A caracterização da condição de entrada dos mercados, tratada no item anterior, fornece o substrato básico para o comportamento das empresas face à dinâmica competitiva dos diferentes setores. Entretanto, o processo de decisão da firma obedece também a fatores relacionados à estratégia por ela adotada na tomada de decisões. Das opções adotadas pelas firmas resultará o vetor de preços e quantidades vigente no mercado.

Na ausência de comportamento colusivo, essas decisões da empresa quanto a preços e quantidades baseiam-se em hipóteses que a firma faz sobre as possíveis reações das concorrentes que a sua ação provocará.

A literatura econômica tradicional apresenta vários modelos para tratar as diferentes estratégias seguidas pelas firmas nas suas decisões e as hipóteses sobre o comportamento reativo da rival. Embora sejam modelos desenhados para situações de duopólio, o comportamento típico deles resultantes podem ser estendidos, na opinião de seus seguidores, a oligopólios

em geral. Os modelos podem ser agrupados basicamente em modelos sequenciais com liderança em quantidades ou liderança em preços e modelos simultâneos, também com liderança em preços e ou quantidades. Vejamos os principais:

a) *Modelo sequencial de liderança em quantidades (Modelo de Stackelberg)*: neste modelo a empresa líder é a introdutora dos novos produtos no mercado e é quem fixa a quantidade ofertada. A empresa seguidora adaptará a sua decisão de produzir a este dado volume, adequando-se à ação da empresa líder. A empresa líder, por seu turno, ao fixar seu volume de produção, leva em consideração esse comportamento da empresa concorrente. O modelo propõe que a empresa líder irá maximizar seus lucros com base na curva de demanda resultante da adição da sua própria demanda à curva de demanda da concorrente.

b) *Modelo sequencial de liderança em preços*: neste caso a empresa líder é uma *price maker*, fixando o preço do produto no mercado, e a outra empresa é uma *price taker*, ajustando-se ao preço fixado pela líder. A empresa líder, entretanto, considera ao tomar sua decisão o fato de que sua concorrente irá vender uma certa quantidade ao preço por ela estipulado. Assim, a demanda *residual* é, neste modelo, a função relevante para a maximização dos lucros da empresa líder.

c) *Modelo simultâneo de quantidades (Modelo de Cournot)*: ambas as empresas, por desconhcerem a quantidade que a concorrente irá colocar no mercado, procuram *estimar* esta quantidade e agem com base neste valor esperado. O ajustamento típico deste modelo usa como mecanismo básico a hipótese simplista de que a concorrente manteria, para o período seguinte de produção, o mesmo montante ofertado no presente, e com base nesta hipótese, ambas reavaliariam sua produção para o período subsequente.

d) *Modelo simultâneo de preços (Modelo de Bertrand)*: neste modelo, o equilíbrio só ocorreria quando os preços em vigor no oligopólio (duopólio, a rigor) fossem os mesmos que seriam praticados se o mercado fosse competitivo, vale dizer, sem lucro de monopólio. Isto ocorreria porque cada concorrente sabe que se os preços praticados não forem os equivalentes aos de mercados competitivos, a empresa que estiver praticando o menor preço receberá toda a demanda do mercado. Como isto vale para ambas, o único preço que impede que o concorrente domine o mercado é o preço competitivo.

Estes modelos, tradicionalmente utilizados para estilização do comportamento das firmas em mercados concentrados, são muito restritivos e valem-se de hipóteses bastante estreitas para a obtenção de seus resultados.

Uma vertente teórica mais recente, alternativa aos modelos tradicionais, propugna um tratamento mais realista do problema e oferece soluções que, embora menos elaboradas do ponto de vista formal, apresentam resultados mais próximos do que na realidade ocorre no cotidiano dos mercados.

Basicamente esta abordagem sustenta que as decisões empresariais são tomadas com base em *rotinas* operacionais fundamentalmente estáveis. Estas rotinas levariam as empresas a adotar um comportamento convencional, acreditando que a atual situação do mercado irá prevalecer até que algum fato relevante leve a empresa a mudar sua opinião. Este padrão de comportamento, adotado tacitamente por todos os concorrentes, daria certa estabilidade ao mercado, ao mesmo tempo em que capacitaria cada competidor a reconhecer e enfrentar mais adequadamente eventuais mudanças estruturais do mercado. Da mesma forma, as próprias iniciativas das empresas que levam a alterações significativas do mercado (lançamento de novos produtos, introdução de novos métodos produtivos, etc.) também seriam objeto de rotinas operacionais semelhantes às relacionadas à produção propriamente dita. Esta perspectiva apoia-se na separação analítica entre estratégias de introdução e difusão de inovações, que levam a transformações estruturais do mercado, e estratégias de curto prazo, afetas à definição dos preços e das quantidades ofertadas, tais como aparecem nos modelos tradicionais.

Estas últimas constituem-se apenas em momentos de ajustamento de uma estrutura de mercado estruturalmente estável. A dinâmica relevante para o mercado é aquela dada por suas *mudanças* estruturais, resultante do ritmo e das características do progresso técnico do setor. É destas que dependerá sua subsistência, dinamismo e a magnitude dos seus impactos sobre a economia como um todo.

Ademais, estas mudanças estruturais resultantes do progresso técnico não são processos que possam ser exclusivamente avaliados a partir das decisões e estratégias adotadas pelas firmas isoladamente. É um processo amplo que tem determinações que, em grande medida, ultrapassam os limites da própria empresa; ultrapassam mesmo os limites do próprio setor em questão. O *trend* tecnológico global, o ritmo de expansão da economia, o grau de pressão competitiva sobre as estruturas de mercado tais como se apresentem e, destacadamente, o arranjo institucional prevalecente são fatores essenciais para a configuração de um ambiente propício à criação e difusão de inovações e manutenção de um ritmo elevado de introdução de progresso técnico.

4. O novo paradigma tecnológico e a atual fase da industrialização brasileira

Como se disse na introdução deste artigo, a redefinição do padrão de funcionamento da economia brasileira alterou completamente as bases do nosso processo de industrialização. Internacionalização, eficiência e competitividade têm sido as palavras-símbolo destes novos tempos. Desindustrialização, sucateamento e estagnação as suas contrapartidas. Entre estes dois conjuntos de conceitos organiza-se o debate e polariza-se a ação política dos vários atores públicos e privados.

De fato, a abertura econômica é um forte estímulo ao aumento da eficiência da indústria nacional. A pressão competitiva das importações é decisiva para o comportamento da indústria local mesmo em países desenvolvidos. Caves e Barton (1989)⁶⁰ mostram, em estudo sobre a economia americana no período 1967-1985, o papel fundamental desempenhado pelo coeficiente de penetração das importações no crescimento da produtividade da maioria dos setores industriais americanos.

Entretanto, a simples abertura econômica não é garantia para o deslanchar de um ciclo virtuoso de crescimento da produtividade, progresso e bem estar. É certo que a pressão competitiva é uma consequência inexorável da abertura econômica. Os resultados desta pressão, no entanto, não estão dados *a priori*. Transformá-la em instrumento ativo para a reestruturação industrial requer um série de medidas adicionais direcionadas a readaptar a indústria brasileira ao novo quadro, assim como a criação de um ambiente institucional propício, compatível com o novo padrão de funcionamento da economia.

Mais ainda quando se tem em conta que essa abertura da economia está se dando em meio a um processo global de transição do paradigma tecnológico definidor das formas básicas de produção e organização industrial à escala internacional. Este é um fato extremamente importante que não pode ser desconsiderado na montagem de políticas, explícitas ou implícitas, de reestruturação industrial.

Vejamos, seguindo os passos de Perez (1988)⁶¹, as características deste novo paradigma e seus reflexos sobre o desenvolvimento de países periféricos.

⁶⁰ Caves, R. E. e Barton D. R. 1989. "Efficiency, Productivity Growth and International Trade" in Audestsch, D. B., Sleuwaegen, L. e Yamawaki, H. (ed.) *The Convergence of International and Domestic Markets*, Amsterdam: North Holland.

⁶¹ Perez, C. 1988. "New Technologies and Development", in Freeman, C. e Lundval,

As teorias tradicionais sobre progresso técnico tratam de maneira independente cada produto produzido e lançado no mercado. Cada novo produto seria, no limite, uma inovação radical. A autora, ao contrário, apoiando-se em Schumpeter (1939) ⁶², sustenta que, na verdade, os produtos são construídos *baseados* uns nos outros e interconectados em *sistemas tecnológicos*. Cada produto tem um ciclo de vida que se desenvolve dentro de uma família de produtos que, por seu turno, deriva-se tecnologicamente de um sistema mais amplo.

Estes sistemas tecnológicos são interdependentes e interconectados por um paradigma técnico-econômico mais geral. Nas palavras da autora, “O sistema tecnológico dos bens de consumo duráveis em seu conjunto é envolucrado por um paradigma técnico-econômico mais amplo, caracterizado por produção em massa, fluxo contínuo e intensivo em energia, que se formou principalmente nos anos 20 e 30, difundiu-se e generalizou-se a partir do esforço de guerra até os anos 50 e então entrou em sua fase madura.” ⁶³ Outros sistemas tecnológicos, utilizando-se de princípios semelhantes, desenvolveram-se e moldaram a produção industrial tal como ela se nos apresenta até recentemente.

Esse vasto conjunto de sistemas tecnológicos atingiu sua maturidade, ao mesmo tempo em que começou a se tornar hegemônico um novo paradigma tecnológico, baseado na microeletrônica, na intensidade de informação e na flexibilidade da produção. Neste contexto, “indústrias maduras são reconvertidas, produtos maduros são redesenhados, novos produtos e indústrias aparecem e crescem, sustentando o crescimento de novos sistemas tecnológicos baseados em outra sorte de conhecimento relevante e requerendo e gerando novas habilidades e externalidades” ⁶⁴.

Para os países em desenvolvimento, as implicações desta transição de paradigmas é ainda mais importante. De fato, se de um lado a transição tecnológica em curso amplia o *lag* entre países avançados e em desenvolvimento, também sucateia empresas e setores a nível internacional. Além disso, possibilita que o aprendizado dos novos conceitos se dê praticamente ao mesmo tempo em que vários outros estão aprendendo.

B. 1988. *Small Countries Facing the Technological Revolution*, London: Pinter Publishers.

⁶² Schumpeter, J. A. 1939. *Business Cycles: A Theoretical, Historical and Statistical Analysis of the Capitalist Progress*, New York: McGraw-Hill.

⁶³ Perez, C. 1988. Op. Cit., p. 92.

⁶⁴ idem, p. 93.

Ademais, muitos dos pioneiros podem estar se recuperando de erros cometidos pela inexperiência no novo paradigma. Tudo isso, aliado às condições preexistentes em termos do nível de capacidade produtiva, qualificação dos recursos humanos e complexidade da estrutura industrial, acaba por abrir, na definição da autora, uma *janela de oportunidade* para os países em desenvolvimento.

No entanto, as novas externalidades e capacitação requeridas pelo novo paradigma não são obtidas por geração espontânea. Resultam, antes de mais nada, de ações que favoreçam a readequação dos fatores existentes e potencializem aqueles que possam vir a se constituir em vantagens do país no novo desenho internacional.

Essas ações e a remontagem do aparato político-institucional que dê sustentação ao novo modelo são inadiáveis. O tempo conspira contra aqueles que se atrasarem na entrada no novo cenário. A janela de oportunidade está prestes a se fechar.

5. O novo quadro de referência e o papel do sistema de defesa da concorrência

As idéias expostas até aqui procuraram delinear o quadro de referência para a definição do papel do sistema de defesa da concorrência no novo quadro econômico montado a partir da abertura da economia brasileira e da mudança do paradigma tecnológico da produção a nível internacional.

Novos conceitos e novas idéias são necessários. Concepções teóricas convencionais devem ser revistas e atitudes tradicionais precisam ser reavaliadas.

A criação de um ambiente econômico interno competitivo é um instrumento essencial para a melhoria da competitividade da indústria local, como já anotou Porter (1990)⁶⁵, em seu livro clássico sobre a competitividade da nações. Assim é primordial que o sistema de defesa da concorrência atue de forma a garantir esse ambiente competitivo que leve a empresas a operarem com eficiência, reduzindo custos e repassando estes ganhos para o consumidor.

No entanto, essa ação em busca de um ambiente competitivo não pode ter por base concepções antigas e superadas sobre o que venha a ser a concorrência capitalista. De há muito que concorrência não é sinônimo de atomismo. A produção moderna, mesmo quando realizada em mercados

⁶⁵ Porter, M. E. 1990. *The Competitive Advantage of Nations*, New York: The Pree Press.

concentrados, depara-se com novas e poderosas formas de concorrência, especialmente aquelas proporcionadas pelo incessante fluxo de inovação e difusão tecnológica.

A correta definição do mercado relevante e da sua condição de entrada é essencial para que a análise do grau de competição do mercado seja feita adequadamente. E estes conceitos precisam ser revistos à luz das recentes transformações dos sistemas tecnológicos e dos novos produtos resultantes da expansão e da convergência tecnológica típica do novo paradigma. Substitubilidades antes inimagináveis são agora corriqueiras dada a flexibilidade tecnológica da nova produção industrial.

Escalas de produção relevantes, características do sistemas de distribuição, associações estratégicas e vários outros temas precisam ser reavaliados a partir das novas referências.

E neste novo cenário, a atuação do sistema de defesa da concorrência é decisiva. Ele é um instrumento de ação governamental que interfere diretamente em decisões cruciais de investimento e sua atuação pautará o processo de reestruturação da indústria brasileira. É uma grande responsabilidade. Tão grande que o governo deveria reparti-la com a sociedade. É inadiável um debate amplo sobre critérios objetivos para a atuação dos órgãos de defesa da concorrência.

OS CONCEITOS DE MERCADO RELEVANTE E DE PODER DE MERCADO NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Mario Luiz Possas (*)

1. Introdução

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe detentoras de poder de mercado, cujo exercício abusivo incumbe à legislação e às agências de defesa da concorrência (antitruste), como objetivos essenciais, prevenir e coibir, pois é nesse *locus* - devidamente delimitado - que se dá, efetiva ou potencialmente, tal exercício.

Como se pode perceber, as noções de poder de mercado e de mercado relevante - a um tempo econômicas e jurídicas - são logicamente relacionadas de forma muito estreita. Assim como um mercado só é “relevante” para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico (definido em termos geográficos e de produto) no qual algum “poder de mercado” tenha possibilidade *a priori* de ser exercido, este último, por sua vez, também pressupõe obviamente uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido. A única diferença, como se verá adiante, é que o mercado relevante para uma determinada análise concreta é o **menor** mercado - no sentido de menor espaço econômico - que permite esse exercício; com o que mercados mais agregados que o relevante, se existirem, poderão também ensejar o exercício (inclusive abusivo) de poder de mercado.

O objetivo deste breve artigo é discutir os principais aspectos conceituais dessas duas noções, enfatizando seu significado econômico, suas interrelações e sua importância central na análise antitruste - por estarem ambas situadas, por definição, na base mesma da análise e da avaliação dos efeitos prejudiciais à concorrência, tanto de fusões e demais atos de concentração, quanto de condutas que impliquem infração à ordem econômica.

(*) Professor titular do Instituto de Economia da UFRJ.

2. Mercado relevante: definição

Na legislação brasileira, e especificamente no que importa à presente análise, o conceito de mercado relevante é utilizado principalmente nos artigos 20 e 54 da Lei 8884/94, com os objetivos gerais acima indicados na Introdução. Pode-se considerar já incorporada à experiência e à jurisprudência brasileiras⁶⁶ nessa área a aplicação da definição empregada pelos *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos E.U.A., que exprime aquela noção de forma tecnicamente precisa e, dentro do possível, operacionalmente simples:

“Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”⁶⁷.

Esta definição envolve deliberadamente um exercício hipotético de avaliação de possível efeito anticompetitivo, expresso em termos de poder de mercado sobre preços, resultante quer de operações que acarretem aumento de concentração econômica, quer de condutas praticadas por empresas presumidamente detentoras de tal poder, em “mercados economicamente significativos - isto é, mercados que possam ser sujeitos ao exercício de poder de mercado” (*ibidem*). O que ela pretende é realizar “o simples exercício mental de determinar que tipo ou tipos de poder de mercado poderiam ser exercidos no contexto em questão”, por meio do qual “se determina que mercados precisam ser delineados”⁶⁸.

⁶⁶ Para um tratamento conciso das referências jurídicas internacionais e antecedentes nacionais do tema veja-se Ferreira da Rosa, J. Del Chiaro e Schuartz, L. F. “Mercado relevante e defesa da concorrência”. In: *Revista de Direito Econômico*, CADE, out./dez. 1995.

⁶⁷ *Horizontal Merger Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 1992, p. 4. Tradução minha, assim como nos demais trechos citados adiante.

⁶⁸ Werden, G. “Four suggestions on market delineation”. *The Antitrust Bulletin*. Spring 1992, p.108.

Em outras palavras, é intenção expressa dessa definição que o mercado relevante seja **definido** de forma tal que o suposto exercício (abusivo) de poder de mercado - que se busca prevenir, no caso de um ato de concentração, ou reprimir, no caso de uma conduta presumidamente infrativa - seja, antes de mais nada, **logicamente** possível. Para compreender melhor como essa intenção se traduz no texto acima, passemos a examiná-lo passo a passo.

Em primeiro lugar, destaque-se o mais evidente: o mercado é definido na dupla dimensão produto e geográfica. Note-se que “produto” é uma designação genérica, que pode abranger grupos de produtos; isto é, agregados de produtos não idênticos, mas “bons” substitutos - onde esse grau de substituíbilidade não é previamente determinado, mas deve ser objeto de identificação, por aproximação, pelo procedimento estabelecido na própria definição de mercado relevante.

Em segundo lugar, cabe enfatizar o objetivo central da definição mesma de mercado relevante enquanto exercício analítico. Trata-se de avaliar **preliminarmente** a possibilidade de que a atividade econômica (por exemplo, a indústria) em causa possa vir a dotar-se, em algum nível de agregação de produtos e em alguma área geográfica - que recebem então conjuntamente a designação de “**mercado**” -, de condições técnico-econômicas **estruturais** nas quais o exercício de poder de mercado em termos de preços (e quantidades) seja **logicamente possível**. No caso de uma infração essa estrutura de mercado é preexistente, enquanto no caso de um ato de concentração supõe-se que poderá resultar (pelo menos em parte) de uma operação submetida à agência antitruste. Por “estruturais” entendam-se aqui condições de tal modo enraizadas na natureza técnica, produtiva e de consumo dos produtos em questão, que a sua **simples presença possibilite, e sua ausência impossibilite de todo**, o exercício de poder econômico por meio de preços e quantidades oferecidas, independentemente de quais venham a ser as eventuais estratégias coordenadas ou os comportamentos colusivos (cartel) por parte das empresas envolvidas.

Para cumprir esse objetivo analítico estrutural, observe-se, em terceiro lugar, que se supõe uma firma hipotética - que nada tem a ver, em princípio, com a(s) firma(s) concreta(s) em causa -, maximizadora de lucros (hipótese tampouco necessariamente realista), que detenha um também hipotético monopólio da oferta - presente e futura - no mercado considerado (produto/área), em consequência do qual possa impor um aumento de preço “pequeno mas significativo e não transitório”, caracterizando assim um - mais uma vez - hipotético exercício de poder de mercado, mantidas as demais condições constantes. Como se vê, a possibilidade mesma de que tal

monopolista hipotético detenha poder de mercado em termos de preço, elevando-o para aumentar seus lucros, é **precondição** básica para que o próprio mercado possa vir a ser definido.

Finalmente, o **mercado relevante** é conceituado simplesmente como o **menor** mercado possível; isto é, o menor agregado de produtos, combinado com a menor área, que satisfazem o critério acima.

3. Fatores estruturais da definição: elasticidades da demanda e da oferta

Os requisitos econômicos para que as precondições estruturais acima indicadas estejam presentes, e um mercado relevante possa ser definido, de acordo com a teoria econômica, são claros: tanto a **demand**a pelo produto (ou grupo de produtos) quanto a sua **oferta** devem ter **elasticidades** suficientemente **baixas** de forma a assegurar que um **aumento do preço** resulte em **maiores lucros**, e não menores, a serem alcançados pela(s) empresa(s) que hipoteticamente exerce(m) poder de mercado. Na fórmula direta de H. Hovenkamp, “um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual (1) a elasticidade da demanda e (2) a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo”⁶⁹. Nas palavras mais elaboradas de R. Posner:

“(...) o conceito de elasticidade (é) indispensável para conferir significado ao conceito de mercado. Os ganhos potenciais de colusão serão quase certamente pequenos se um pequeno aumento acima do preço competitivo vier a ocasionar uma redução proporcionalmente muito maior na quantidade demandada do produto, resultando numa receita total acentuadamente inferior sob o preço mais elevado. Em tais circunstâncias é de qualquer modo improvável que os vendedores venham a formar alguma colusão, de forma que não é preciso preocupar-se muito com uma fusão ou conjunto de fusões que reduza o seu número, com isso reduzindo os custos de colusão”.⁷⁰

Trata-se aí, claramente, de elasticidade da **demand**a. De forma tecnicamente mais precisa, pode-se afirmar que o exercício de poder de mercado via preços pressupõe uma demanda com elasticidade suficientemente baixa, de início, para que um aumento do preço (e redução da quantidade)

⁶⁹ Hovenkamp, H. *Antitrust*. St. Paul, Minn., West Publ. Co., 2^aed.,1993.

⁷⁰ Posner, R. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. University of Chicago Press, 1976, p.126.

produza um **aumento** nos lucros - sem o que a estratégia de elevação do preço não faria sentido⁷¹.

A que se deve a elasticidade da demanda? Essencialmente a dois fatores, tratados na teoria microeconômica: os efeitos substituição e renda. Deixando de lado este último, que não é quase utilizado em análise antitruste, a resposta é que a elasticidade da demanda depende essencialmente da **substituibilidade do produto** (no seu consumo) por produtos alternativos acessíveis aos compradores. Assim, quanto maior a elasticidade da demanda, maior a possibilidade de substituição do produto em questão por parte dos consumidores, uma vez que estarão por hipótese disponíveis bons substitutos àquele preço; e vice-versa.

No entanto, o argumento acima refere-se apenas à demanda. O lado da oferta, que em análise econômica é tradicionalmente tratado de forma simétrica, embora em separado, não é diretamente incorporado. Mais que isso: na análise de Posner a possibilidade de substituição na produção, e por extensão a elasticidade da oferta, é curiosamente introduzida na própria curva de demanda. Ele se refere a dois fatores que explicariam uma alta elasticidade da demanda: o primeiro deles é o tradicional, acima descrito - a existência de bons substitutos no consumo; e o segundo é a possibilidade de que “os fabricantes de algum outro produto (que não precisa ser um bom substituto no consumo) possam prontamente voltar-se para a produção desse produto, e o fariam se o seu preço seguisse subindo, porque ao novo preço poderiam obter um retorno maior fabricando esse produto em lugar daquele que estivessem produzindo até então”⁷².

Tal forma paradoxal de apresentar a substituição entre produtos no âmbito da produção (e portanto da oferta) não está incorreta, uma vez que a

⁷¹ A explicação microeconômica convencional é a seguinte: supondo-se um comportamento monopolista - por exemplo, por cartelização ou acordo tácito de preços entre as empresas consideradas - com maximização (conjunta) de lucros, ocorrerá para tanto elevação do preço (e redução da quantidade) desde um nível, por hipótese, próximo do competitivo (pouco acima dos custos) até o monopolista. Estarão aumentando paralelamente tanto a receita marginal, até igualar o custo marginal, como a **elasticidade da demanda**. Esta última, portanto, deverá necessariamente partir de um nível **mais baixo** - possivelmente, mas não obrigatoriamente, menor que um (demanda inelástica) - até atingir o nível final correspondente à maximização dos lucros, que em monopólio é **sempre** maior que um (demanda **elástica**). Veja-se, por exemplo, Scherer, F. & Ross, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, H. Mifflin, 1990 (3ª ed), pp. 21 ss.

⁷² Posner, R., *op. cit.*, *ibidem*.

demanda a que se refere é aquela com que se defronta o nosso “monopolista hipotético”, e não a demanda total do mercado, que por hipótese poderá ter passado a ser em parte atendida por outros ofertantes do mesmo produto. Contudo, é evidente - e explícito - que se trata de **duas** possibilidades de **substituição** de naturezas distintas, ainda que ambas **igualmente importantes** para a definição do mercado relevante. Uma é definida no âmbito do **consumo** (demanda) - associada às decisões dos consumidores e às possibilidades físicas de que as mesmas necessidades possam ser de algum modo atendidas; e a outra no âmbito da **produção** (oferta) - associada às decisões dos produtores e às possibilidades técnicas de reconversão da produção.

Como o próprio autor salienta adiante, entretanto, a definição do mercado exigirá ainda a identificação daqueles grupos de compradores e de vendedores relevantes para a aplicação da lei de defesa da concorrência, e entre esses últimos deverão estar obrigatoriamente incluídos **todos** os produtores ou **ofertantes potenciais** de produtos que sejam “bons substitutos quer no consumo, quer na produção”, inclusive para efeito de cálculo de *market shares* no mercado assim definido (p. 127).

Da mesma forma, os *Merger Guidelines* privilegiam - só que ainda mais nitidamente - o lado da demanda, afirmando expressamente que “a definição de mercado focaliza somente os fatores de substituição pela demanda - isto é, possíveis respostas dos consumidores. Fatores de substituição pela oferta - isto é, possíveis respostas da produção - serão considerados em outra parte dos *Guidelines*, na identificação das firmas que participam do mercado relevante [neste ponto acompanhando a sugestão de Posner] e na análise da entrada”⁷³.

Se, como parece, ambos os “fatores de substituição” (pela oferta e pela demanda) acabam por ser considerados igualmente importantes - e, no caso da citação de Hovenkamp feita anteriormente, isso é claramente explícito -, torna-se algo intrigante o motivo para tal tratamento assimétrico no contexto específico da definição de mercado relevante por parte dos *Guidelines*.

Uma provável explicação seria a adoção, tradicional e incorporada nos *Guidelines*, do exercício hipotético de supor que todo o mercado em questão fosse ocupado por uma única firma, em conseqüência **monopolista**. Ocorre que em caso de monopólio, como explica a teoria microeconômica, é simplesmente **impossível** definir uma curva (ou função, como se queira) de oferta. A quantidade ofertada não é nesse caso uma função independente do

⁷³ *Horizontal Merger Guidelines*, op. cit., p. 4.

preço, mas determinada simultaneamente a este pelo princípio de maximização do lucro.

A situação de monopólio, por sua vez, é muito rara nas aplicações das leis antitruste, seja em casos de aumento de concentração econômica, seja em casos de infração, que geralmente se dão em estruturas de mercado de **oligopólio**. É bem verdade que a hipótese monopolista pode apenas estar assumindo um **comportamento oligopolista colusivo** voltado à maximização conjunta de lucros, isto é, um oligopólio cartelizado comportando-se como um monopólio, gerando com isso o efeito máximo de poder de mercado sobre preços. Ainda assim, essa hipótese permanece pouco realista, só parecendo justificar-se, do ponto de vista teórico, pela dificuldade substancialmente maior de lidar, na teoria econômica, com situações de oligopólio do que com monopólio, e pela busca de soluções analíticas determinadas e resultados operacionalmente manejáveis⁷⁴, condições consideradas especialmente relevantes no âmbito da teoria microeconômica tradicional (neoclássica).

Exatamente no mesmo sentido deve-se interpretar a (à primeira vista) enigmática cláusula, feita na definição de mercado relevante dos *Guidelines*, de que o hipotético monopolista seja “o único produtor ou vendedor presente ou **futuro**” no mercado (*ibidem*). Com isso pretende-se impedir por hipótese, na própria definição do mercado, que surja em seguida (“no futuro”) qualquer ofertante adicional no mercado, de modo a preservar a situação inicial hipotética de monopólio frente a possíveis novos ofertantes e assim poder ignorar o comportamento da função de oferta - já que ela não existe sob monopólio -, eliminando assim a problemática interdependência entre oferta e demanda e levando à obtenção de resultados analíticos mais simples e claros, ao focalizar exclusivamente a elasticidade da demanda.

A elasticidade da demanda, no caso dos *Guidelines* (e diferentemente do trecho citado de Posner) - e nesse aspecto acompanhando a definição microeconômica convencional - estará portanto refletindo unicamente a substituição no consumo, e não na produção. Esta última - a substituição de produtos via remanejamento da produção e ampliação da oferta frente a aumentos de preço; em poucas palavras, a elasticidade da oferta - só mais adiante será introduzida, quando da análise das condições competitivas do mercado - de forma, portanto, algo oblíqua - na caracterização dos ofertantes reais e potenciais do mesmo mercado relevante, incluindo respectivos *market shares*. É fundamental ressaltar que estes **ofertantes potenciais**, assim identificados, dos produtos que compõem o

⁷⁴ No mesmo sentido, com maior profundidade, veja-se Fisher, A.; Johnson, F. & Lande, R. “Price effects of horizontal mergers”. *California Law Review*, 77 (4), jul. 1989, pp. 797 ss.

mercado relevante, são eles próprios **também** constitutivos, por definição, do **mercado relevante**. Ademais, se a capacidade produtiva já instalada for utilizável de forma suficientemente ágil na produção desses produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial suficientemente elástica dos mesmos, ela deve ser computada no cálculo da **oferta** e na delimitação dos participantes do mercado relevante - **inclusive** a eventual **capacidade ociosa** das empresas que **já atuam** no mercado em questão⁷⁵.

4. Distinção analítica entre oferta potencial e entrada no mercado relevante

Em seções subseqüentes dos *Guidelines* é introduzida a análise das condições de **entrada** propriamente dita no mercado relevante, como ingrediente necessário para avaliar o risco potencial anticompetitivo de sua estrutura - mais uma vez, aplicável seja à estrutura preexistente (casos de conduta), seja à estrutura resultante de um ato de concentração. Contudo, é essencial enfatizar que esses elementos estruturais de análise relativos à maior ou menor facilidade de entrada ou à presença de barreiras à entrada, indispensáveis para caracterizar o potencial de exercício anticompetitivo de poder de mercado num dado mercado, **não fazem parte da definição** de mercado relevante, supondo-o - ao contrário da elasticidade da oferta - **já definido**.

Em toda a tradição de Organização Industrial, assim como na análise antitruste, o conceito de **entrada** num mercado refere-se especificamente à introdução de **nova capacidade** produtiva na indústria correspondente, mediante **investimento** (aquisição de ativos), por parte de um **novo concorrente**.⁷⁶ Tal não se verifica, evidentemente, pelo simples incremento da oferta de um produto mediante reaproveitamento de uma capacidade produtiva já existente, previamente instalada na indústria correspondente ou em outra indústria, mas que ainda não abastecia o mercado considerado, como se supôs na caracterização anterior de ofertantes potenciais do mercado.

Em outras palavras, enquanto **oferta potencial** (ou substituição na oferta) diz respeito à possibilidade de ampliar a oferta rapidamente e a baixos custos, sem necessidade de grandes investimentos, por parte de ofertantes potenciais que integram, por definição, o mercado relevante, **entrada** refere-

⁷⁵ Hovenkamp, H. *op. cit.*, p. 107.

⁷⁶ Bain, J., *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1956, cap. 1.

se à possibilidade de aumento da oferta mediante ampliação de capacidade, envolvendo portanto investimentos e prazos significativos, por parte de **concorrentes potenciais** que se encontram, por definição, **fora** do mercado relevante.

A análise da “entrada potencial” no mercado relevante é feita nos *Guidelines* em duas seções: a de nº 1.3 para os “entrantes” chamados “não comprometidos” (*uncommitted*), que por hipótese não necessitam de muito tempo para entrar no mercado nem de instalar nova capacidade produtiva que acarrete “custos irrecuperáveis” (*sunk costs*) - e por isso devem ser incluídos, por definição, no mercado relevante; e a de nº 3 para os entrantes potenciais no sentido habitual da literatura de organização industrial, isto é, que instalam nova capacidade e em geral apresentam algum nível de *sunk costs*, e que por isso são denominados “comprometidos” (*committed*) com a entrada.

Apesar de ambos os tipos serem denominados pelos *Guidelines* de “entradas” potenciais, o que pode dar margem a sérios mal-entendidos, está claro pelas considerações anteriores que apenas o segundo tipo (entrantes *committed*) corresponde a esta caracterização, enquanto o primeiro tipo (entrantes *uncommitted*) corresponde ao que antes denominamos “ofertantes potenciais”, que **já participam** do mercado relevante. Assim, a possibilidade de aumento de oferta por meio de novos “entrantes” de tipo *uncommitted* - geralmente derivado de reaproveitamento de ativos, redirecionamento de capacidade produtiva ou simples aquisição de ativos em condições de acesso fácil, imediato e pouco custoso - deve ser considerada **diretamente** na análise daquelas precondições lógicas e estruturais de que a concentração do mercado possa vir a ensejar exercício abusivo de poder econômico via preços, que como se viu é questão **preliminar** para o delineamento do mercado relevante; em lugar de incluí-las, enquanto entrantes potenciais, na categoria dos participantes “adicionais” de um mercado já previamente delineado.

A análise das condições de entrada proposta pelos *Guidelines*, em suma, apesar da ambigüidade acima apontada, é tecnicamente bem formulada, inclusive por essa distinção entre os entrantes potenciais “comprometidos” (*committed*) ou não (*uncommitted*) com a instalação de nova capacidade produtiva que implique *sunk costs*, isto é, custos de reaproveitamento ou realocação dos ativos quando de eventual saída do mercado, também chamados de “custos irrecuperáveis” ou “custos de saída”⁷⁷. Tal distinção, nem sempre feita em teoria da Organização Industrial, é um refinamento analítico muito útil para a análise antitruste por permitir graduar qualitativamente, em patamares diferentes, a avaliação do nível das barreiras à

⁷⁷ *Horizontal Merger Guidelines, op. cit., p.12.*

entrada no mercado. Coerentemente, os *Guidelines* tratam os dois tipos de condições de ampliação da oferta - sem ou com entrada propriamente dita - separadamente, em seções muito distantes entre si, como observado acima. É importante que as agências de defesa da concorrência que empregam os *Guidelines* como referência técnica o façam atentamente, evitando confundir esses diferentes níveis de análise.

5. Poder de mercado e oligopólio na conceituação de mercado relevante

Apesar da razoável precisão e operacionalidade da conceituação de mercado relevante adotada nos *Merger Guidelines*, comentários anteriores já nos deram elementos que evidenciam as dificuldades técnicas de operacionalizar pelo menos dois aspectos básicos dessa definição geral, que são ali tratados de modo simplificado: o problema complexo da existência e do exercício do **poder de mercado**, reduzido ao poder de um monopolista hipotético de elevar seus preços para maximizar lucros; e a grande dificuldade de tratamento analítico da configuração de mercado mais realista, o **oligopólio** - substituído então pela análise mais simples do monopólio, cuja interdependência entre demanda e oferta, no entanto, dificulta utilizar simultaneamente ambas as elasticidades - bem como as correspondentes possibilidades de substituição - no mesmo quadro de análise.

Vejamos brevemente, em primeiro lugar, a questão do **poder de mercado**. Tributária da noção ainda mais imprecisa de “poder econômico”, da qual é uma versão mais delimitada, ela compartilha com esta última a percepção, essencialmente correta e na tradição da Economia Política, de que as relações econômicas são permeadas de relações de poder entre diferentes agentes. Desnecessário lembrar que tal visão é enfatizada pela cultura técnica e jurídica antitruste, para a qual as assimetrias de poder econômico são tão freqüentes e “naturais” no mundo real e turbulento da concorrência nos mercados capitalistas (em contraste com a imagem pacífica e homogênea difundida pelos manuais de Microeconomia, que destilam a visão ortodoxa) quanto é indispensável o recurso a leis e agências reguladoras e disciplinadoras dessa mesma concorrência.

Em particular, do ponto de vista jurídico, por mais indeterminada que seja a noção de poder econômico e complexa a sua conceituação, trata-se de formar juízo sobre seu exercício supostamente abusivo, o que impõe inexoravelmente a fixação de critérios objetivos que o demarquem com a precisão necessária à aplicação da lei, a despeito dos prováveis

constrangimentos conceituais que venha a sofrer por isso no plano da análise econômica⁷⁸.

Em termos desta última, entretanto, são extremamente variadas as formas de manifestação de poder econômico, e uma simples tentativa de classificá-las aqui - antes mesmo de organizá-las analiticamente - seria descabida. Já a noção de poder de mercado é um pouco mais familiar e manejável na análise econômica, sendo ademais, claramente, a forma básica pela qual o poder econômico é exercido no âmbito dos mercados. Vejamos portanto, sucintamente, como tratá-la.

Na tradição da Organização Industrial, e por extensão na análise econômica antitruste, poder de mercado é simplesmente - e de forma algo simplista - definido como poder de fixação discricionária de **preços** num dado mercado. A título de exemplo, no mais conceituado livro-texto daquela disciplina, poder de mercado não é sequer discutido conceitualmente, sendo diretamente identificado a “poder de monopólio” e este, por sua vez, à capacidade de fixar preços acima do nível de custos, obtendo lucros acima do competitivo ou “normal”⁷⁹. Às vezes apenas se reconhece que essa opção é restritiva, sem contudo extrair daí consequências. Os *Guidelines*, especificamente, definem poder de mercado [de um ou mais vendedores num mercado] como “(...)a capacidade de manter lucrativamente os preços acima dos níveis competitivos por um período de tempo significativo”, admitindo a seguir em nota de rodapé que “vendedores com poder de mercado podem também restringir a concorrência em outras dimensões além do preço, tais como qualidade do produto, serviços ou inovações”⁸⁰.

A última referência dá uma indicação importante para um enquadramento conceitual mais rigoroso: o que se entende por restrições à concorrência, associadas intrinsecamente ao exercício anticompetitivo de poder de mercado, depende, obviamente, de como se conceitua a própria concorrência. Como o *mainstream* ortodoxo em teoria econômica sempre associou concorrência a concorrência **em preços** - viés do qual não escapou a literatura de Organização Industrial, bem pouco ortodoxa em suas origens -, nada mais natural que sua noção intuitiva de restrição à concorrência se reduza ao poder de fixar e manter preços acima do nível competitivo (em geral identificado com custos marginais, aqueles aos quais se igualariam os preços se vigorasse concorrência perfeita).

⁷⁸ Ver a respeito Schuartz, L. F. “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, nº 94, abril/junho 1994, p. 14.

⁷⁹ Scherer, F. & Ross, D., *op. cit.*, p.21.

⁸⁰ *Horizontal Merger Guidelines*, *op. cit.*, p.2.

À medida, porém, que se amplia o escopo da concorrência para admitir que ela possui normalmente outras formas de ação e instrumentos de disputa por espaço econômico - como particularmente no enfoque schumpeteriano, centrado na capacidade inovativa das empresas, entendida em sentido amplo⁸¹ - amplia-se paralelamente o alcance das práticas anticoncorrenciais potenciais. Ainda mais importante, no entanto, é que nesta última acepção dinâmica da concorrência, a schumpeteriana, não só se amplia o escopo da concorrência, como nela se introduz uma dimensão intrinsecamente desequilibradora, capaz de transformar as estruturas econômicas preexistentes nos mais variados graus e nos mais distintos mercados, na busca de oportunidades de ganhos privados monopolísticos, ainda que temporários, por meio do processo de **inovações** concebido por J. Schumpeter como intrínseco à concorrência no ambiente econômico capitalista⁸².

Em consequência, **concorrência e monopólio deixam de ser conceitos antagônicos**. Em particular, a possibilidade de auferir lucros monopolísticos - e com isso deter algum **poder de mercado** - passa a ser vista como um fenômeno **normal** no âmbito do processo competitivo, e não mais necessariamente como uma anomalia condenável por intrinsecamente oposta ao bem-estar social e ao interesse dos consumidores. Não só o poder de mercado passa a ser tolerável, a menos de seu exercício **abusivo** - como a jurisprudência de defesa da concorrência, bem mais que a ortodoxia econômica, está há muito preparada para admitir - como, mais que isso, torna-se até mesmo **desejável** em muitas situações, notadamente em atividades econômicas caracterizadas pelo dinamismo inovativo e tecnológico, nas quais é preciso assegurar alguma perspectiva de apropriação privada de lucros acima do “normal” para que os investimentos produtivos e em P&D, voltados a ativos específicos, de alto risco e incerteza quanto ao retorno esperado, possam ser realizados no nível e ritmo adequados⁸³. Aliás, a própria noção do que é lucro “normal”, tão cara à teoria microeconômica convencional, inclusive a usada em análise antitruste, perde muito de seu sentido e de sua força normativa.

⁸¹ Como capacidade de **diferenciar-se** dos concorrentes em uma ou mais dimensões, não só custos e preços, em que se conquistam espaços no mercado; ver a respeito Possas, M., Fagundes, J. e Pondé, J. “Política Antitruste: um enfoque schumpeteriano”. *Textos para Discussão* nº 347, IEI/UFRJ, set. 1995, pp. 16 ss.

⁸² Schumpeter, J. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres, Allen & Unwin, 1943, cap. 7.

⁸³ Esta é a essência do argumento de Schumpeter em *op. cit.*, cap.8.

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

Mas é este mesmo - **preliminar** - o papel da delimitação do mercado relevante enquanto espaço no qual poder de mercado **possa** ser exercido. A menos de indícios prévios de comportamento anticompetitivo por parte de uma empresa, mas que em nenhum caso bastam para formar juízo sobre sua conduta atual ou futura, nunca é possível inferir de uma posição estrutural indicativa de poder de mercado se este será empregado de forma pró-competitiva - neutra ou, em termos schumpeterianos, inovativa - ou de forma anticompetitiva - em termos jurídicos, abusiva. Poder de mercado é um instrumento de uso múltiplo, que não pode nem deve ser prejudicado em seu direcionamento potencial e, a partir disso, reprimido. A jurisprudência, nesse caso, foi sábia em acompanhar os economistas em sua simplificação desse complexo problema analítico, focalizando exclusivamente as precondições estruturais para que o poder de mercado emergja, e em sua dimensão mais simples, geral e facilmente operacionalizável: a de um poder discricionário de apropriar lucros ao fixar preços suficientemente acima dos custos.

Mesmo aceitando tais simplificações - especialmente que o poder de mercado se expresse na capacidade de elevar preços arbitrariamente - resta, para efeito de análise antitruste, uma questão conceitual importante, que tem sido objeto de controvérsia em direito antitruste nos E.U.A.: que efeito do eventual aumento de preços decorrente do exercício de poder de mercado se deseja reprimir ou prevenir? A transferência de renda dos consumidores para os produtores, resultante diretamente desse aumento de preços e concomitante redução das quantidades produzidas (no jargão microeconômico, apropriação pelos vendedores de parte do excedente do consumidor), ou a perda de eficiência econômica alocativa a ele associada (no jargão, a perda de bem-estar social “de peso morto” imputável - já que a rigor não é transferência efetiva de renda - à elevação dos preços em monopólio ou cartel)?

A relevância da questão prende-se essencialmente à avaliação econômica da magnitude do ganho de eficiência microeconômica (importando em última análise em redução dos custos marginais) que deve ser exigido, em casos de fusão ou operações semelhantes, em contrapartida do maior poder de mercado dela decorrente. Esse *trade off* é hoje universalmente aceito, ainda que com graus variados de sofisticação técnica, na jurisprudência e na análise econômica de defesa da concorrência; diverge-se apenas quanto ao critério a ser empregado⁸⁴. Enquanto a escola de Chicago tende a focalizar quase exclusivamente o critério de eficiência alocativa, a maior parte da tradição antitruste nos E.U.A., desde seus primórdios, parece apontar claramente na primeira direção⁸⁵. De fato, é razoável supor que a preocupação central dos legisladores com a monopolização e o maior poder de mercado tenha sido com o prejuízo direto à renda dos consumidores provocado pelos aumentos de preços, e não com o prejuízo indireto e genérico associado à ineficiência alocativa do ponto de vista paretiano, até porque esse é um tecnicismo econômico pouco compreensível fora do meio acadêmico e profissional especializado, só recentemente incorporado e difundido mais amplamente na cultura antitruste.

No que se refere à virtual ausência do **oligopólio** na análise antitruste⁸⁶, certamente devido à sua complexidade, convém observar que já surgem esforços para superá-la⁸⁷. A dificuldade mais evidente, que apenas começa a ser enfrentada, é a da **interação estratégica** entre os concorrentes, que torna os resultados dos modelos econômicos aí aplicados basicamente indeterminados e fortemente sensíveis às hipóteses comportamentais assumidas, freqüentemente *ad hoc*.

⁸⁴ O pressuposto de que o maior poder de mercado oriundo de atos de concentração deva ser objeto de precaução sistemática por parte dos órgãos de defesa da concorrência não é alvo de controvérsia alguma. Mesmo autores de extração tão liberal quanto os expoentes da escola de Chicago reconhecem que concentração de mercado gera sempre um potencial de conduta colusiva (não há exceções, só atenuantes) e por isso deve ser tratada preventivamente (isto é, estruturalmente, e não apenas frente a indícios de conduta anticompetitiva). Parece que só no debate brasileiro atual haja quem considere o oposto: são sempre inócuos a concentração e/ou o poder de mercado que ela incrementa, até prova em contrário.

⁸⁵ Ver a respeito Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 783 ss.

⁸⁶ Vale lembrar que o oligopólio só está presente de forma muito indireta, na medida em que a análise de um monopolista hipotético proposta nos *Guidelines* pode ser interpretada como um oligopólio cartelizado praticando maximização conjunta de lucros.

⁸⁷ Ver por exemplo, no contexto do *trade off* entre poder de mercado e eficiência, Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 795 ss.

Um exemplo de abordagem do problema, embora ainda muito incipiente, é um estudo que tenta formular modelos de avaliação quantitativa do *trade off* entre ganhos de eficiência e aumento de poder de mercado (preços) pós-concentração em mercados de oligopólio⁸⁸, no qual diferentes hipóteses sobre os comportamentos conjecturais dos oligopolistas, especificamente em relação à variável quantidade produzida, após uma suposta fusão, são tratadas num *continuum* que vai da hipótese “menos competitiva” do modelo de Cournot (cada concorrente supõe que os demais manterão constantes os seus níveis de produção frente à sua própria decisão de produção) até à “mais competitiva” (de que os rivais reagirão de forma compensatória quanto à produção).⁸⁹ Mesmo reconhecendo-se os méritos do pioneirismo, as limitações são ainda sérias: além de estático (não resta dúvida que a construção de modelos dinâmicos esbarra quase sempre na complexidade), supõe homogeneidade tanto nos produtos como nas características estratégicas dos concorrentes, além de limitar-se à produção como variável estratégica, como se oligopolistas fossem *price takers*.

Como as dificuldades teóricas e técnicas de tratar o oligopólio colocarão ainda por muito tempo obstáculos insuperáveis para obter resultados analíticos com um mínimo de confiabilidade, talvez seja recomendável aceitar esse fato e buscar maior dose de realismo no tratamento da questão do poder de mercado e da eficiência econômica no contexto antitruste, incorporando um enfoque dinâmico na análise das estratégias e dos efeitos da concorrência no âmbito de estruturas de mercado oligopolísticas, como nos moldes schumpeterianos acima esboçados, mesmo em detrimento de algum grau de precisão analítica que, no estado atual da arte, pode muito bem ser apenas ilusória.

Finalmente, uma última observação sobre as limitações da atual técnica de análise do poder de mercado para efeito da delimitação do mercado relevante. Trata-se da necessidade de reconhecer a **interdependência** entre os fatores estruturais envolvidos naquela delimitação - as elasticidades da demanda e da oferta - e a definição **quantitativa** do poder de mercado que se quer avaliar, para eventualmente prevenir ou punir seu abuso pela elevação do

⁸⁸ Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 795 ss.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 798 e Apêndice A. Os autores argumentam que seu modelo é “teoricamente neutro” por simular diferentes hipóteses de variação conjectural ao longo desse espectro, o que é facilitado pela sua formulação do problema do referido *trade off* entre eficiência e poder de mercado, ao postular como objetivo impedir que o preço que maximizaria os lucros individuais dos oligopolistas aumente. Nesse caso, argumentam, os resultados simulados são insensíveis às formas particulares das funções de reação, de demanda e de custos dos rivais.

preço, isto é, **quanto** se supõe que deva aumentar o preço para configurar o suposto exercício abusivo de poder de mercado. O tema é controvertido. Nos E.U.A. trabalha-se normalmente com a hipótese de que 10% de aumento a partir de uma posição hipoteticamente competitiva seria o limiar da conduta abusiva de poder de mercado, embora 5% seja também usual.

O problema é que essas cifras são essencialmente arbitrárias, ao passo que influenciam decisivamente **na própria delimitação** do mercado relevante: dependendo das elasticidades da demanda e da oferta, o próprio conteúdo do mercado relevante teria que ser redefinido para que um hipotético aumento de preço, a partir do nível competitivo, de um monopolista ou cartel maximizador de lucros (hipótese implícita dos *Guidelines*) superasse o limiar, de 5 ou 10%, considerado.

Concentrando-nos, para simplificar, na elasticidade da demanda, e supondo uma função de demanda linear e custos unitários constantes, pode-se demonstrar que quanto mais alto o limiar de aumento de preço tomado como referência, menor a elasticidade-preço da demanda adequada para que o “mercado relevante” considerado passe no teste. Do contrário, ele **não** poderia ser aceito como mercado relevante e teria que ser **redefinido**! No caso de uma **elasticidade** da demanda **alta** demais, deve-se concluir que o suposto cartel não conseguiria elevar o preço substancialmente porque o mercado foi definido de forma **muito restrita** e precisa incluir mais produtos; e vice-versa, se a elasticidade for muito **baixa** o mercado deve ser **ampliado** para que o suposto cartel não conseguisse aumentar o preço numa proporção acima do limiar estabelecido como aceitável⁹⁰.

De fato, seria incompatível com a definição de mercado relevante que sua estrutura impossibilitasse o abuso de poder de mercado no nível - seja qual for - que a jurisprudência considere minimamente indicativo dessa conduta abusiva.

6. Conclusões

Viu-se que o tratamento algo superficial dado pela análise econômica antitruste - e por compreensíveis razões operacionais, também nos *Horizontal Merger Guidelines* do Dep. de Justiça dos E.U.A. - para o tema crucial, no âmbito da defesa da concorrência, do exercício abusivo de **poder de mercado** em contexto de **oligopólio** acabou induzindo à separação artificial, nos *Guidelines*, entre a análise das condições de demanda, tratada na definição mesma, e as de oferta, tratadas a seguir no contexto das condições

⁹⁰ A respeito, ver Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, p. 801.

de “entrada” no mercado. Ela não teria maiores conseqüências - e em geral não as tem, dado que ambos os aspectos, embora separados, acabam sendo abordados por etapas -, não fosse a **importância estratégica** assumida pelo conceito de **mercado relevante** na aplicação da legislação antitruste.

O principal resultado potencialmente negativo está em que o foco colocado na demanda, isto é, na possibilidade de substituição do produto pelos consumidores ou usuários, na definição do mercado relevante, tende a **subestimar** o potencial competitivo e inibidor de práticas abusivas em preços nos mercados em que existem possibilidades efetivas de aumentar a oferta por substituição na produção. Duas distorções principais, provavelmente cumulativas, são possíveis:

1. A delimitação do mercado relevante, se acompanhar **estritamente** (ao “pé da letra”, mais que o espírito) a definição dos *Guidelines*, corre o risco de tornar-se muito restritiva, subestimando sua dimensão real e possivelmente **superestimando os market shares** das empresas;
2. Associações entre empresas potencialmente **inócuas** quanto a efeitos anticompetitivos em preços (ou mesmo em outras variáveis econômicas), devido a possível substituição na produção, correm o risco de ser **desnecessariamente** questionadas pela aplicação da lei.

Para além da definição em si, há ainda o risco evidente de sua **aplicação** inadequada ou equivocada. Nesse caso, não só podem ocorrer em tese delimitações de mercado muito restritivas, como acima, mas principalmente, de forma simétrica, delimitações excessivamente **abrangentes**, devido às freqüentes **dificuldades operacionais** em especificar precisamente os produtos, linhas de produtos e respectivos graus de substituição, no consumo e na produção, que eles permitem. Estas dificuldades, por maiores que sejam, devem necessariamente ser enfrentadas, devido à **importância central** do conceito de **mercado relevante** na metodologia econômica adotada para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais de associações de empresas, hoje amplamente disseminada a nível internacional, inclusive no Brasil, a partir da experiência norte-americana, nas agências e na comunidade de defesa da concorrência.

Dado que insuficiências de especificação dos produtos, ou sua classificação incorretamente agregada por falta de dados, tendem sistematicamente a delimitar **mercados demasiado amplos**, o risco sempre

presente é o de analisar linhas de produto excessivamente agregadas e heterogêneas, com **participações de mercado irreais**, muito pequenas ou às vezes grandes demais, dependendo das interseções efetivas de produtos ocasionadas em cada operação específica de concentração econômica. Como ressalta G. Werden, sendo o princípio metodológico adotado pelos *Guidelines* o do “menor mercado possível”, a presença de evidências no sentido de que duas firmas operam com produtos ou localizações suficientemente distintas para limitar a competição entre ambas pode estar indicando que elas na verdade **operam em distintos mercados relevantes**⁹¹. A ênfase nesse princípio pode reduzir, ainda que não elimine, o risco, apontado por Posner, de assumir “tanta flexibilidade na definição do mercado que um número surpreendente de fusões inócuas podem vir a parecer perigosamente monopolísticas”⁹².

Em suma, a correta definição e adequada delimitação de um ou mais mercados relevantes é **crítica** para a quase totalidade das aplicações da legislação antitruste. A definição proposta pelos *Merger Guidelines* do Dep. de Justiça dos E.U.A., além de ser a mais difundida e utilizada, fruto de muitos anos de aplicação prática e aperfeiçoamento, é conceitualmente bastante precisa, dentro dos limites operacionalmente viáveis que se propõe aplicar. Deve, portanto, continuar a ser a principal referência nesse campo. Não é, porém, perfeita, devido essencialmente à ênfase quase exclusiva na demanda, ou seja na substituição dos produtos no consumo, em detrimento da oferta, ou seja da possível substituição de produtos na produção (exceto pela inclusão de ofertantes potenciais entre os participantes do mercado, uma vez este já definido).

É fundamental ter em conta que essa ênfase **não é conceitual**, mas se deve à busca de maior simplicidade **operacional** da definição. Portanto, uma conceitualmente correta aplicação estrita dessa definição pode e deve delimitar o mercado relevante pelo critério de substituíbilidade dos produtos no consumo, mas não deve limitar-se a isto, qualificando nesse mesmo contexto, e não apenas a título de avaliação posterior de barreiras à entrada, o risco de suposto exercício de poder de mercado via preços, implícito na definição do mercado relevante, pela possibilidade de aumento potencial da oferta no mercado (“entrada fácil”, da modalidade *uncommitted*) mediante **substituição** de produtos **na produção** por reaproveitamento de capacidade já instalada. O efeito substantivo dessa providência é o de, buscando cumprir **mais fielmente o objetivo conceitual** contido naquela definição do que o próprio procedimento analítico que ela assume (a suposição de um

⁹¹ Werden, G., *op. cit.*, p. 117-118.

⁹² Posner, R., *op. cit.*, p. 125.

monopolista hipotético), evitar possível **subestimação** do tamanho do mercado relevante bem como do **potencial competitivo** em preços de que tal mercado - pelo próprio conceito de mercado relevante - deve ser considerado liminarmente possuidor.

Outras dificuldades analíticas aparentes na definição, conceituação e utilização do mercado relevante na defesa da concorrência - notadamente a superficialidade ou mesmo a omissão do tratamento das noções interligadas de poder de mercado e de oligopólio - devem-se com ainda maior nitidez à grande complexidade na formulação teórica destes temas em Economia, o que inclui, como de hábito, grandes divergências entre os economistas. Aqui, mais que em outros casos, a indeterminação econômica no plano conceitual conspira contra a premência jurídica por referências e parâmetros determinados, ainda que não rigorosos, mas somente razoáveis. Talvez um caminho prudente seja, no tradicional *trade off* entre precisão e realismo em Economia, optar por fazer pender a análise antitruste na direção do realismo, ser perda de rigor teórico, na suposição de que boa parte da precisão buscada pelos economistas do *mainstream* não significa necessariamente melhor qualidade técnica ou científica de análise.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA O MONOPÓLIO

*Ricardo Hasson Sayeg**

DA INADEQUAÇÃO DO DIREITO PRIVADO TRADICIONAL

O tradicional Direito Privado não atende a evolução econômica de nossa Sociedade. As regras de Direito Civil e de Direito Comercial impostas pelos respectivos códigos, são atreladas à idéia absoluta do *laissez faire*, garantindo de maneira excessiva a liberdade de iniciativa, a autonomia da vontade declarada, bem como, a obrigatoriedade da convenção, entretanto, protegendo de modo manifestamente insuficiente o equilíbrio contratual.

Não porque o princípio do equilíbrio contratual fosse desconhecido, vez que Santo Tomas de Aquino já o enunciava em sua Suma Teológica, mas sim por uma nítida tomada de posição política do Estado, que prestigiou os agentes econômicos em detrimento dos consumidores, fundamentando-se no pensamento juris-econômico de que o mercado face a livre concorrência se regularia por si só.

Observando a opção política do Direito Privado tradicional, jurisconsultos em todo mundo, inclusive, nativos vêm alertando a muito as decorrentes distorções havidas⁽⁹³⁾.

Com efeito, garantido a faculdade de contratar quando, com quem, e, sobre o que se deseja, atribuindo a este desejo declarado, autonomia e força de lei, o Direito Privado tradicional permitiu que na seara econômica os respectivos agentes conduzissem sua atividade com ampla e plena liberdade, sem restrições.

No entanto, os agentes econômicos encontram-se em notória situação de superioridade relativamente aos consumidores, uma vez que, a integração social produz o aparecimento de necessidades de aquisição de bens em sentido amplo, competindo a atividade comercial a função de suprir estas mesmas necessidades, colocando a disposição da comunidade os respectivos produtos e serviços⁽⁹⁴⁾.

De sorte que, diante destas necessidades, o agente econômico encarregado de supri-las impõe o regramento contratual com a massa de

⁽⁹³⁾ Cfe. JOSÉ AUGUSTO CESAR, *Actos Juridicos*, Campinas, 1913, p. 5;

⁽⁹⁴⁾ cfe. nosso, *Práticas Comerciais Abusivas*, SP, 1995, p. 44;

consumidores que o procuram, via de consequência, colocando-se em condição jurídica de evidente superioridade ⁽⁹⁵⁾.

Principalmente, quando o agente econômico encontra-se em condições monopolísticas⁽⁹⁶⁾, posto que, não há no setor que explora, competição séria que permita ao consumidor fonte alternativa de suprimento de suas necessidades.

Assim, tendo em vista o antagonismo que decorre naturalmente do sinalagma no contrato praticado na relação de consumo, visto que correspondem a centros de interesses conflitantes, quanto mais poderoso for o agente econômico, mais vulnerável será o consumidor.

Portanto, entre o agente econômico em condições monopolísticas e o consumidor verifica-se significativo comprometimento do equilíbrio contratual, que, todavia, não possui amparo adequado no Direito Privado tradicional.

DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Como é bem de ver, a situação do consumidor diante de um agente econômico em condições monopolísticas é especialíssima. Totalmente diferente de um contrato de compra e venda ou locação de serviços entre particulares, bem como, distinta da aquisição pelo consumidor de um bem econômico em um mercado competitivo.

A contratação com um agente econômico em condições monopolísticas pelo consumidor torna inequivocamente débil o equilíbrio contratual, de maneira que se impõe proteção especial, preenchendo a lacuna axiológica que se verifica no Direito Privado tradicional.

Atendendo a esta situação especialíssima, aliás, conforme os imperativos constitucionais do art. 5º, inc. XXXII, art. 170, inc. V, e, no § 3º do art. 174, foram introduzidas no sistema jurídico positivo normas de proteção do equilíbrio contratual, não só na defesa do consumidor em geral, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90 -, mas

⁽⁹⁵⁾ idem, p. 73 e seg.;

⁽⁹⁶⁾ extremamente esclarecedora a definição de condições monopolísticas da primeira Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 4.137, de 10.09.62), como se vê em seu art. 5º, que com muita propriedade dispunha, *in verbis*: "*Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.*";

também, especificamente, na defesa do consumidor contra o titular de condições monopolísticas, qual seja, a Lei Antitruste - Lei nº 8.884/94.

Legislações estas, que apesar de restringir a atividade econômica dos respectivos agentes no mercado, não objetiva afastar da ordem jurídica a liberdade de iniciativa, a autonomia da vontade declarada, e, a obrigatoriedade da convenção, porém sim, impedir que esta liberdade e princípios de Direito impliquem na supressão do equilíbrio contratual.

Logo, a regra é a liberdade de iniciativa, contudo com responsabilidade, ou seja sem abusos. Pois o direito de iniciativa cessa quando o abuso começa, autorizando, somente a partir de então, a intervenção estatal na atividade econômica, mediante a ordem jurídica, no sentido de restabelecer o direito e atender o imperativo constitucional e legal de defesa do consumidor.

DAS CONDIÇÕES MONOPOLÍSTICAS

Ipso facto, se assim é, quanto mais poderoso for o agente econômico relativamente ao fragilizado consumidor, mais rigorosa deverá ser a lei, em decorrência um maior número de restrições torna-se possível, como *e.g.* a intervenção judicial na empresa com afastamento dos administradores - art. 69 e segs. da Lei nº 8.884 -, ou a proibição de cessar atividade - art. 21, inc. XXI, da mesma *lex*.

Em razão deste rigor, a Lei nº 8.884 somente justifica sua aplicação ao titular de condições monopolísticas, que detém uma exagerada força de mercado, devendo ser contido, posto que este poder tende naturalmente a corromper-se⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾.

Inevitável, então, a necessidade da precisa noção do que seja condição monopolística, que em nosso entendimento consiste no controle em um setor econômico da comercialização de dado produto ou prestação de dado serviço, conseqüentemente implicando no poder de, isoladamente - monopólio - ou em grupo - cartel ou truste -, exercer influência preponderante

⁽⁹⁷⁾ cfe. MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, SP, 1992, p. 163, *in verbis*: “todo homem que tem poder é levado a abusar dele.”

⁽⁹⁸⁾ cfe. WALDIRIO BULGARELLI, *Direito Empresarial Moderno*, SP, 1992, p. 34, *in verbis*: “Como todo o poder, na observação dos estudiosos, tende a perverter-se, é normal que o poder empresarial não escape à regra, tendendo, no seu exercício, para o abuso.”

sobre os preços dos produtos ou serviços que mercancia⁽⁹⁹⁾, o que a legislação específica - Lei nº 8.884/94 - denominou de posição dominante.

No direito comparado, a propósito, a posição dominante é tratada pelo Direito Argentino, como sendo a situação empresarial na qual um agente econômico ou grupo de agentes econômicos detém a exclusividade na oferta ou demanda de determinado produto ou serviço no mercado, ou em relação a estas (oferta e demanda) não existe uma concorrência substancial⁽¹⁰⁰⁾.

Aliás, o Direito Comunitário Europeu, que não definiu posição dominante no Tratado de Roma⁽¹⁰¹⁾, deixando para a jurisprudência fazê-lo, através de sua Corte de Justiça, a conceituou, basicamente, como a situação de força desfrutada mediante comportamento que permite impedir a manutenção de efetiva competição sobre mercado relevante, pela proibição ou fixação de condutas, independentemente dos competidores, clientes e consumidores⁽¹⁰²⁾.

Já no Direito dos USA, posição dominante é usualmente denominada de "monopoly power", que acompanhando a tendência mundial, define-a como o poder de controle dos preços ou de exclusão da concorrência⁽¹⁰³⁾.

Enfim, posição dominante corresponde a titularidade de condições monopolísticas, as quais atribuem a seu titular poder suficiente para intervir nas relações normais de mercado e provocar distorções artificiais no rumo

⁽⁹⁹⁾ cfe. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, *Antitrust*, USA, 1992, p. 30, *in verbis*: "market power is the power of a firm to affect the price which will prevail on the market in which the firm trades.";

⁽¹⁰⁰⁾ cfe. art. 2º, Lei Antitruste Argentina - Ley 22.262 - Ley de Defensa de la Competencia;

⁽¹⁰¹⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 336, ao noticiar a experiência comunitária, *in verbis*: "The Treaty of Rome does not define a 'dominant position' but the meaning and scope of the concept has been classified by decisions of the Commission and judgments of the Court of Justice.";

⁽¹⁰²⁾ noticiando a experiência comunitária; EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 336, colaciona a definição jurisprudencial de posição dominante, *in verbis*: "The Court of Justice formulated a dominant position as consisting of: 'a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers'";

⁽¹⁰³⁾ cfe. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, *Antitrust*, USA, 1992, p. 33, *in verbis*: "Monopoly power has been defined as power to control price or to exclude competition.";

natural imposto pela lei econômica da oferta e da procura⁽¹⁰⁴⁾, alterando seus pressupostos fáticos⁽¹⁰⁵⁾⁽¹⁰⁶⁾, para, na medida do possível⁽¹⁰⁷⁾, sempre torná-los favoráveis à consecução de suas finalidades mercantis, como ocorre normalmente⁽¹⁰⁸⁾.

Salientando-se, ainda, que na determinação de posição dominante não se faz necessária a exclusividade absoluta no mercado, mas sim a mera constatação, de que em relação ao respectivo titular (agente econômico ou grupo de agentes econômicos), existe "restrito número de empresas que não tenham condições de lhe fazer concorrência"⁽¹⁰⁹⁾ no ramo de negócio de fornecimento de bens ou de prestação de serviços onde atua.

O monopólio absoluto é praticamente inexistente⁽¹¹⁰⁾, salvo naquelas situações onde este decorre da natureza, bem como dos termos da Constituição Federal ou da lei. A coexistência com outros agentes econômicos no mesmo setor, desde que inexistindo nestes capacidade competitiva de mercado, não afasta a condição monopolística do titular de posição dominante.

⁽¹⁰⁴⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 14, in verbis: "The monopolist has one power that the perfect competitor does not have."

⁽¹⁰⁵⁾ cfe. DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA, *Economia e Sociedade*, RJ, 1977, p. 113, in verbis: "Em princípio, o monopólio nenhuma ação exerce sobre a curva de procura. Esta, em sua consistência e perfil, é função dos desejos e dos recursos monetários dos consumidores. Tais elementos não mudarão pelo fato de haver concorrência ou monopólio. Um objeto não será mais ou menos desejável e o comprador eventual não consentirá em pagar mais ou menos, somente porque, no mercado, estão presentes muitos vendedores ou apenas um. A curva de oferta, porém, fica profundamente transformada. Podemos mesmo dizer que não existirá, no caso de monopólio, uma vez que o monopolista é livre de vender, ou não, esta ou aquela quantidade, a este ou aquele preço."

⁽¹⁰⁶⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 17, in verbis: "A monopolist's market power is a function of the elasticity of demand.";

⁽¹⁰⁷⁾ na medida do possível, porque até mesmo o preço fixado por um monopólio tem ponto de saturação; cfe. HOBSON, *A Evolução do Capitalismo Moderno*, SP, 1983, p. 172;

⁽¹⁰⁸⁾ cfe. HOBSON, obra citada, p. 169, in verbis: "O truste ou qualquer outra pessoa que tenha completo monopólio de qualquer tipo de mercadoria para a qual exista um mercado se empenhará em fixar o preço que lhe proporcione o máximo rendimento líquido de seus negócios.";

⁽¹⁰⁹⁾ cfe. art. 3º, da antiga Lei Antitruste - Lei nº 4137/62;

⁽¹¹⁰⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 18, in verbis: "The de facto monopolist most generally does not have 100% of its relevant market";

DO MERCADO RELEVANTE

Condições monopolísticas estas, que evidentemente são exercidas sobre o mercado, porém não a atividade econômica com um todo, e, sim um determinado setor econômico, isto é, um mercado específico, ou melhor um mercado em relevo, o que a legislação, doutrina e jurisprudência antitruste denominaram usualmente de mercado relevante.

A noção mercado relevante, pois, não tem nada haver com essencialidade ou seletividade dos produtos ou serviços que o compõem, mas sim com a idéia de delimitação precisa de um determinado setor econômico. Isto porque, é imprescindível à correta aplicação do direito antitruste na proteção do consumidor, a definição do palco econômico sobre o qual o respectivo agente atua, tendo em vista que somente desta forma o aplicador da lei poderá atender com precisão o imperativo de equilíbrio contratual na relação de consumo⁽¹¹¹⁾⁽¹¹²⁾.

Logo as condições monopolísticas podem ser exercidas sobre mercado relevante tanto de âmbito nacional, como regional⁽¹¹³⁾, desde que nas circunstâncias de seu exercício decorra a dificuldade ou impossibilidade do consumidor em contratar com outrem que efetivamente lhe faça concorrência, possibilitando a interferência artificial nos mandamentos da lei econômica da oferta e da procura, *i.e.* mesmo havendo outro fornecedor em condições de fazer concorrência com o agente econômico titular de posição dominante, esta não se descaracteriza pelo fato de inexistir a competição efetiva no mercado delimitado pelo território de sua atuação empresarial.

A primeira Lei Antitruste Brasileira - Lei nº 4.137, de 10.09.62 -, aliás, em seu art. 2º, considera abuso de poder econômico dominar "mercados nacionais". Ora, utilizando o termo "mercados nacionais", evidente que se considera, não somente o mercado brasileiro como um todo, mas sim, outros, ou seja, os regionais⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 337;

⁽¹¹²⁾ cfe. julgamento do processo administrativo nº 28, pelo CADE, 8.1.87, publicado na Revista do CADE - Nova Fase, n. 2, p. 8;

⁽¹¹³⁾ cfe. BENJAMIN M. SHIEBER, *Abusos do Poder Econômico*, SP., 1966, p. 44 e seguinte;

⁽¹¹⁴⁾ idem;

Esta mesma linha de raciocínio, também se impõe no tocante ao aspecto material, ou seja, ao exercício de posição dominante quanto ao gênero do produto ou do serviço negociado⁽¹¹⁵⁾.

A posição dominante sempre se verifica diante da inexistência de séria competição. Sendo suficiente para a caracterização de condições monopolísticas quanto ao gênero negociado, seu exercício relativamente ao um único item, não havendo necessidade da dominação sob o aspecto material da totalidade de um setor econômico em sentido amplo.

Porém, a competitividade não necessariamente é exercitada através da mercancia do mesmo bem econômico, porquanto basta que o concorrente tenha colocado, com identidade temporal, à disposição do consumidor outro produto ou serviço, equivalente na utilidade, preço, prazo, volume e qualidade, em decorrência suprimindo as necessidades dos consumidores, tal qual aquele produto ou serviço negociado pelo pretenso detentor de posição dominante⁽¹¹⁶⁾.

Se apesar de diferentes, houver mais de um produto ou serviço que satisfaça a mesma necessidade dos consumidores, com utilidade, preços, prazos, volume e qualidades compatíveis, estes bens econômicos participam de um único mercado, pois podem razoavelmente ser substituídos uns pelos outros, via de consequência, atendem a mesma necessidade dos consumidores.

Mercado este, sobre o qual incide, ainda, a aspecto temporal, visto que somente participam do mesmo setor econômico os produtos e serviços oferecidos ao mesmo tempo pelos concorrentes, i.e. não existe concorrência empresarial em dois momentos distintos.

Portanto, mercado relevante corresponde a delimitação espacial⁽¹¹⁷⁾, material⁽¹¹⁸⁾, e temporal⁽¹¹⁹⁾ do setor econômico onde a atividade empresarial

⁽¹¹⁵⁾ idem, p. 46;

⁽¹¹⁶⁾ cfe. HOBSON, *A Evolução do Capitalismo Moderno*, SP, 1983, p. 172: "O poder de uma companhia detentora de patentes de um tipo específico de saca-rolhas é reduzido em grande parte não só pela concorrência de outros tipos desse artigo, como também pela tampa de rosca e vários outros dispositivos destinados a assegurar o fechamento das garrafas.";

⁽¹¹⁷⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 338, in verbis: "The geographic distribution of producers and consumers may prevent effective competition from taking place between goods and services, which in other situations would be interchangeable. So the Court requires that the relevant geographical market should be defined.";

⁽¹¹⁸⁾ idem, p. 337, in verbis: "Market power can only exist in relation to the supply of a particular class of goods or service. It is therefore essential to ascertain the relevant market. Where goods or services can be regarded as interchangeable, they

está sendo exercida, cuja noção é universalmente apresentada, com base na experiência da jurisprudência dos Estados Unidos da América, consoante a regra⁽¹²⁰⁾: "mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando-se em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles".

Justamente por tais razões, que a atual Lei Antitruste (Lei nº 8.884, de 11.06.94), definiu no parágrafo segundo de seu art. 20, posição dominante como a situação de agente econômico, individualmente ou em grupo, que "controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa." (sic)

Além da definição, estabeleceu ainda, o art. 20, em seu parágrafo terceiro, da Lei nº 8.884, presunção legal da escala de participação no mercado relevante, na ordem de 30% (trinta por cento), para identificar posição dominante.

Todavia, a Medida Provisória nº 851/95, convertida na Lei nº 9.096/95, alterou a fixação deste percentual de 30% (trinta por cento) para reduzi-lo à 20% (vinte por cento), e, ainda deixou aberto espaço para nova redução atendendo situações específicas.

Esta presunção por decorrer da lei, impõe que: sempre se qualifique como condições monopolísticas, participação em mercado relevante na proporção de 20% (vinte por cento)⁽¹²¹⁾ ou maior dimensão, não admitindo prova em contrário, tendo pois a qualidade de *juris et de juris*.

Não significando, entretanto, que havendo participação menor aos 20% (trinta por cento), mas exercendo o poder de controle no mercado, determinando a fixação dos preços ou podendo eliminar a concorrência, seja

are within the same product market.";

⁽¹¹⁹⁾ idem, p. 338, *in verbis*: "A futher factor in determining the relevant market is the temporal quality of the market.";

⁽¹²⁰⁾ cfe. BENJAMIN M. SHIEBER, obra citada, p. 47;

⁽¹²¹⁾ no Direito Comunitário Europeu, pode-se caracterizar posição dominante com participação de mercado na ordem aproximada de 25% (vinte e cinco) por cento; cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 310, *in verbis*: "Broadly speaking a monopoly situation exists where at least one quarter of the market in the suply or export of goods of any description, or the suply of services of any description, is in the hands of a single firme or group of companies, or in the hands of several firms which, whether by agreement or not, prevent or restrict the operation of a free market in the goods or services in question ...";

impossível atribuir a um agente econômico a detenção de posição dominante. Mesmo a participação menor, desde que verificado o poder de determinismo no mercado, como é de rigor, deve ser qualificada a título de posição dominante⁽¹²²⁾.

CONCLUSÃO

Diante disto, podemos, em breve síntese, concluir que:

1) - O direito privado tradicional é inadequado, via de consequência, aplicável somente subsidiariamente na disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor, posto sua histórica despreocupação com o necessário e intransponível equilíbrio contratual.

2) - A disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor é tratada especificamente pela Lei Antitruste - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994 -, combinada com o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 -, cujo fim teleológico consiste na preservação do equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo.

3) - A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, é instrumento legal de defesa direta do consumidor contra o fornecedor titular de posição dominante.

3) - A disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor somente justifica sua aplicação para conter o respectivo exercício

⁽¹²²⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 339, *in verbis*: "An undertaking with a relatively small share of the market may still be dominant if none of the other participants is sufficiently large to constitute a serious threat to its independence."

pelo titular de posição dominante sobre determinado setor econômico, universalmente denominado de mercado relevante.

BIBLIOGRAFIA

- BULGARELLI, Waldirio, *Direito Empresarial Moderno*, SP, 1992;
CESAR, José Augusto, *Actos Juridicos*, Campinas, 1913;
HOBSON, John A., *A Evolução do Capitalismo Moderno*, tradução de Benedito de Carvalho, SP, 1983;
HOVENKAMP, Herbert, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985;
MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *O Espírito das Leis*, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, SP, 1992;
PEARSON, Edward S., *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994;
SAYEG, Ricardo Hasson, *Práticas Comerciais Abusivas*, SP, 1995;
SHIEBER, Benjamin M., *Abusos do Poder Econômico*, SP., 1966;
SULLIVAN, Lawrence Anthony, *Antitrust*, USA, 1992;
VIEIRA, Dorival Teixeira, *Economia e Sociedade*, RJ, 1977.

AS MEDIDAS PREVENTIVAS NO ART. 52 DA LEI 8.884/94

Luis Fernando Schuartz¹²³

I - Aspectos Gerais do Instituto

As medidas preventivas estão previstas no artigo 52 da Lei 8.884/94, que define os órgãos competentes para adotá-la (Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator do CADE, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do CADE), bem como os seus requisitos essenciais.

Entre estes últimos figuram, além de conceitos típicos de Direito Processual - especificamente de teoria da prova, quais sejam, os de “indício” e de “fundado receio”, uma expressão passível de ser classificada como *conceito jurídico indeterminado*, a saber: “lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, bem como um conceito jurídico implícito, consubstanciado na *necessidade* das medidas preventivas concretamente adotadas com respeito ao resultado desejado.

Antes de analisarmos cada um destes requisitos ou condições essenciais, é desde já válido ressaltar dois aspectos juridicamente relevantes inerentes à norma contida no artigo 52. *Em primeiro lugar*, o fato de termos que lidar com um conceito jurídico indeterminado evidentemente não altera o caráter *vinculado* do ato administrativo sob cuja forma a adoção das medidas preventivas se manifesta. Com efeito, o artigo 52 contém, em sua hipótese de incidência, condições *necessárias e suficientes* para que a consequência jurídica prevista (adoção das medidas pelas autoridades competentes) *deva ser*. Isto significa que nenhum outro elemento é exigido para que surja o poder-dever contido na norma; por outro lado, tal poder-dever está inexoravelmente ligado às condições nesta previstas. Isto decorre não apenas do sentido gramatical sob o qual repousa a estrutura da referida norma, mas também e sobretudo de sua natureza de norma que incide diretamente sobre a esfera de direitos subjetivos privados de uma determinada pessoa. A subordinação de tal incidência aos critérios sempre cambiantes de “conveniência e oportunidade” da Administração Pública em cada caso concreto seria dificilmente compatível com o posto hierárquico conferido no ordenamento jurídico nacional aos direitos e garantias fundamentais.

¹²³ Luis Fernando Schuartz é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Frankfurt am Main. É também consultor jurídico da Advocacia José Del Chiaro

Em segundo lugar, vale lembrar que, não obstante as medidas preventivas constantes do citado artigo 52 mantenham semelhanças estruturais importantes com aqueles institutos jurídicos necessários à prevenção ou interrupção imediata de danos ou ameaças de danos à esfera de direitos ou aos interesses de terceiros, decorrentes da *passagem do tempo associada ao processo judicial ordinário* (por exemplo, ações cautelares, liminares em mandados de segurança ou ações civis públicas, etc.), há diferenças específicas fundamentais.

A *primeira* delas reside no *status* da autoridade em cada caso; de fato, nos casos citados trata-se de medida imposta sempre por *órgão do Poder Judiciário*, idealmente neutro com respeito às partes, e portanto legítimo inclusive para sacrificar provisoriamente o contraditório em benefício da proteção - não de satisfação - bem fundada de direito (por exemplo, na concessão de liminares “*inaudita altera pars*”). No que diz respeito às medidas preventivas, ao contrário, está-se diante de decisão de *órgão do Poder Executivo e, em especial quando falamos do Secretário da SDE, do próprio órgão acusador*. Nesta última hipótese, a coincidência excepcional entre instância decisória e órgão acusador demanda cautela redobrada por parte da autoridade, cuja condição *sine qua non* é o respeito absoluto aos princípios gerais do processo, aos quais aliás já está vinculada por força de dispositivo constitucional (art. 5º, inciso LV, da C.F.: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

A *segunda diferença* é um corolário da primeira e decorre da *natureza jurídica do ato*: nos casos mencionados primeiramente acima sempre falamos de atos judiciais; nas medidas preventivas, de atos administrativos. Enquanto tais estão estes atos sujeitos aos princípios gerais do Direito Administrativo que governam os atos administrativos, previstos, sem exaustividade, no artigo 37 da C.F., entre os quais cabe destacar os princípios da isonomia (também presente na C.F. sob a forma de direito e garantia fundamental dos cidadãos) e da proporcionalidade, este último implícito no princípio da legalidade. No contexto das medidas preventivas, o princípio da *isonomia* significa, em um nível bem abstrato, que não poderão ser adotadas tais medidas para casos essencialmente dessemelhantes. Particularizando um pouco mais, ele implica o dever da autoridade de decidir os casos presentes semelhantes conforme os casos *passados* semelhantes e de modo congruente (em sentido negativo, a autoridade não poderá decidir um caso presente em desacordo com os critérios e procedimentos que presidiram uma decisão similar passada, nem casos presentes similares de forma assimétrica), salvo

quando as decisões presentes contiverem correções bem fundadas de erros passados.

Assim, por exemplo, se no passado teve sempre o Representado conhecimento prévio da intenção da autoridade de adotar as medidas e pôde posicionar-se eficazmente em relação a ela, inclusive no que diz respeito à proposta de um eventual compromisso de cessação, este procedimento não-escrito - cuja obrigatoriedade, como veremos mais adiante¹²⁴, pode ser derivada do próprio princípio da proporcionalidade - tornar-se-á vinculante para a autoridade relativamente aos casos presentes e futuros, cabendo ao Representado eventualmente preterido o recurso ao Judiciário, alegando tratamento desigual. O princípio da *proporcionalidade*, por sua vez, implica que se deve sempre preferir o meio menos grave ao Representado, seja na decisão entre adotar-se ou não as medidas, seja naquela referente ao seu conteúdo concreto¹²⁵.

Desnecessário dizer, como ato administrativo está a decisão que os adota sujeita aos seus elementos essenciais de validade, entre os quais cabe aqui mencionar a *motivação*, isto é, a existência de uma relação de adequação lógica entre as razões dadas pela autoridade para fundamentar a decisão e as “razões da lei”. Em outras palavras, é da essência do ato administrativo *válido* uma argumentação logicamente consistente e correspondente aos fatos mediante a qual a autoridade demonstra que as condições exigidas em lei estão presentes no caso concreto. Isto posto, podemos voltar agora a considerar as condições essenciais determinadas em Lei para a adoção de medidas preventivas.

II - Requisitos Essenciais

a) Os “Indícios” ou o “Fundado Receio”

Como antecipado acima, os conceitos de “indício” e “fundado receio” pertencem à teoria geral do processo, especificamente na sua parte

¹²⁴ Cf. abaixo pp. 9 e seguintes.

¹²⁵ Do ponto de vista do Direito Comparado, as medidas preventivas previstas no artigo 52 da Lei 8.884/94 assemelham-se, inobstante alguns aspectos diferentes importantes, às *einstweiliger Anordnungen* do Direito Alemão (§ 56 do G.W.B.), que são medidas administrativas cercadas de uma série de condições de validade. Conferir a respeito às disposições gerais contidas na legislação que regula os procedimentos administrativos na Alemanha (*Verwaltungsverfahrensgesetz*). Um remédio semelhante - do ponto de vista da natureza do ato - no plano nacional são as medidas provisórias nas ações antidumping.

atinente à teoria da prova. Nesse sentido, a suposta existência no plano dos fatos subjetivos de qualquer um destes conceitos *de modo algum substitui uma eventual ausência de prova objetiva; ao contrário, eles representam somente tipos diferentes de prova admitidas para fins de aplicação do artigo 52, o que implica que os indícios ou o fundado receio devem também, no caso concreto, ser objetivamente provados.*

Se a expressão-chave na hipótese de incidência normativa é a “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, então o implicado nas citadas expressões é apenas o seguinte: para que surja o poder-dever relativo à adoção das medidas preventivas, não é necessário a prova *direta da verdade* da proposição: “Houve lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado causada pela conduta do Representante”, mas basta ou a *prova (i) direta da probabilidade ou verossimilhança* da superveniência da referida lesão (fundado receio) ou a *prova (ii) indireta* da lesão a partir da *prova da verdade* de um outro fato que não a lesão, permitindo a autoridade a *inferir aquele deste*, seja por experiência, seja baseado no juízo de um perito técnico (indício).

Na medida em que as expressões “indício” e “fundado receio” referem-se à citada “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado”, é imprescindível - sob pena de abuso do poder - que a autoridade que conceder as medidas *prove* direta ou indiretamente, da maneira indicada, a tal lesão ou a sua possibilidade. Isto, entretanto, não é suficiente. Com efeito, é ademais necessário que também seja provado o *nexo de causalidade* existente entre o fato e a conduta do Representado objeto do processo administrativo em questão. De fato, a lesão ou possibilidade de lesão pode não estar causalmente associada à conduta do Representado, mas sim a evento que não possa ser-lhe imputado. Nestes casos, a adoção das medidas preventivas também redundará em abuso do poder administrativo.

Finalmente, é importante sublinhar que a expressão “indícios” aparece também no artigo 30 da Lei 8.884/94. Aqui é dito que a “SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada, das quais não se fará qualquer divulgação, quando os *indícios* de infração da ordem econômica não forem suficientes para instauração imediata de processo administrativo” (itálico é nosso).

Note-se que, nesse contexto, a expressão refere-se à “infração da ordem econômica”. Quando houver indícios de infração, diz o artigo 30 *a contrario sensu*, o Secretário da SDE deverá instaurar o processo administrativo de imediato. Ora, da leitura mesmo superficial deste dispositivo ficam evidentes duas consequências, uma processual e outra substantiva, importantíssimas.

Em primeiro lugar, do artigo 30 resulta que as decisões condenatórias do CADE com base nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94 não podem basear-se em meros indícios, mas sim em provas diretas da existência das hipóteses previstas nestes artigos. Raciocinando pelo absurdo: se assim não fosse, todo processo administrativo já estaria julgado de antemão (posto que a existência de indícios é pressuposto para sua instauração), e pois não teria sentido enquanto procedimento de instrução, limitando-se o CADE, ademais, à mera função de supervisionar o enquadramento jurídico em abstrato. Na verdade, o sentido do processo reside justamente na tentativa de transformação dos indícios em prova direta de infração, cabendo ao CADE não apenas a função estritamente jurídica, mas também o controle da consistência da fase instrutória levada a cabo pela SDE.

Em segundo lugar - e o que é muito mais importante para o caso concreto, a “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado” prevista no artigo 52 **não pode** ser equiparada sem mais à infração da ordem econômica. Raciocinando novamente pelo absurdo: se assim fosse, a adoção de medidas preventivas seria **obrigatória em todos os processos administrativos instaurados**, o que é irrazoável. Logo, é forçoso concluir que a expressão contida no artigo 52 exige, como condição necessária, a existência de indícios de infração da ordem econômica, mas vai além disto, na medida em que requer também a prova de um elemento adicional, não idêntico à prova dos indícios de infração. Tal elemento adicional é justamente a lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado.

b) A Lesão ou Possibilidade de Lesão Irreparável ou de Difícil Reparação ao Mercado

Conforme o exposto, o conteúdo legal da expressão “lesão ou possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ao mercado” não pode coincidir com o significado do termo técnico “infração da ordem econômica”, posto que o transcende. Do ponto de vista da legislação de defesa da concorrência, a relação entre ambos pode ser caracterizada como de inclusão, isto é, a prova dos indícios ou do fundado receio de lesão ou possibilidade de lesão *inclui* a prova dos indícios de infração, mas esta última não é condição *suficiente* da primeira.

Faz parte do conteúdo semântico da expressão do artigo 52, portanto, a existência de indícios de infração da ordem econômica. Para que se configure a hipótese normativa em sua plenitude, contudo, tal artigo exige a prova de indícios ou o fundado receio de que a conduta indiciariamente

qualificada como infração cause ou possa causar a mencionada lesão. Isto tem, se pensarmos em certas premissas adicionais encontradas na legislação, algumas implicações interessantes.

Em primeiro lugar e partindo de uma interpretação teleológica do dispositivo contido no artigo 52, existe uma relação geral pressuposta entre *tempo jurídico processual, momento ótimo de adoção das medidas preventivas e força dos indícios* (tanto da existência de infração como da lesão ou risco de lesão).

Tendo sempre presente que as medidas preventivas são *funcionalmente* equiparáveis às liminares em ações cautelares, ações civis públicas e mandados de segurança, ou seja, que lhes é a todas inerente o caráter de cautela em regime de urgência, pode-se seguramente dizer que - salvo no caso de surgirem *atos novos* no decorrer da fase de instrução - quanto maior a quantidade de tempo consumida desde a instauração do processo administrativo, mais fraca se torna a eventual suspeita de que aquela conduta sob investigação gere efeitos lesivos que demandam medidas preventivas. Com efeito e como regra geral, quanto mais o processo se aproxima de sua fase decisória no CADE, mais a decisão de adotar as medidas perde sentido - e, em consequência, justificação possível - em face da finalidade legal a elas imanente.

Por outro lado e nesse mesmo sentido, quanto maior o tempo jurídico processual, isto é, mais numerosas as etapas legalmente previstas decorridas, mais numerosas também as oportunidades que teve o Representado de se defender da acusação e, portanto, de invalidar como falsos ou inconsistentes os indícios de infração da ordem econômica inicialmente existentes para a instauração do referido processo *e necessários, como um de seus elementos, à adoção das medidas*.

É evidente e já foi dito que o processo administrativo serve para tentar transformar os indícios em provas diretas; ocorre que esta transformação não pode ser arbitrária ou *a priori*, mas deve necessariamente resultar de um confronto com os argumentos e dados trazidos pelo Representado, sob pena de nulidade. Logo, o fato de os indícios iniciais de infração poderem, ao longo do processo, *tanto* ser fortalecidos e transformados em prova direta *como* enfraquecidos e destruídos pela argumentação do Representado, pressupõe e exige o respeito ao contraditório, ou seja, que a autoridade recebeu, considerou e refutou justificadamente ou não - e logo aceitou - *cada uma das* teses propostas pelo Representado em sua defesa. Portanto, sem a *efetivação* no caso concreto desta pressuposição e exigência, eventuais medidas preventivas adotadas muito tempo após a instauração do processo administrativo não passam de puros atos de arbítrio.

Em segundo lugar, uma vez que o artigo 52 exige algo a mais do que os meros indícios de infração da ordem econômica, a “lesão ou possibilidade de lesão” de que fala a norma *também significam algo mais do que os danos ao mercado pressupostos em qualquer caso de infração da ordem econômica*. De fato, em um sentido amplo, *toda e qualquer* infração da ordem econômica, na medida em que implica eliminação da ou restrição à livre concorrência, domínio de mercado não resultante de maior eficiência e/ou aumento arbitrários dos lucros de empresa possuidora de posição dominante em detrimento dos consumidores, representa, *por definição*, uma lesão ao *locus* da concorrência, ao mercado. Já que a lei não pode ser redundante, estamos, ao falarmos de medidas preventivas, diante de uma lesão de outro tipo, cujo significado deve ser buscado na finalidade específica desse instituto.

A lesão de que fala o artigo 52 não é, deste modo, a lesão genérica pressuposta em todas e cada uma das infrações da ordem econômica definidas nos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94, mas sim uma lesão ao mercado com os atributos adicionais da *impossibilidade ou dificuldade de sua reparação*. A chave do significado desta expressão está no entendimento, de um lado, das modalidades de reparação contidas na Lei e, de outro, no caráter das medidas como instrumento de cautela em regime de urgência.

No que se refere ao primeiro aspecto, cabe dizer que a legislação de defesa da concorrência reconhece, basicamente, todas as modalidades de reparação de danos admitidas em Direito, desde a cessação da prática e reversão à situação anterior (previstas no próprio parágrafo primeiro do artigo 52), passando pela indenização do patrimônio público lesado (multas pecuniárias previstas nas Leis 8.884/94 e 7.347/85), até as indenizações por danos causados aos direitos privados de concorrentes ou agentes econômicos ligados ao Representado. A peculiaridade das medidas não pode, portanto - e ao contrário do que parece à primeira vista, residir em uma suposta irreparabilidade *tout court* do dano, uma vez que, em princípio, todo dano é passível de reparação.

Ora, admitindo que tal conclusão seja verdadeira, dela não decorre obviamente que todo dano - especialmente ao mercado - seja reparável de maneira *eficaz*, ou seja, de modo a garantir que o bem jurídico protegido pela legislação - a existência e a promoção de mercados relevantes competitivos - possa vir a ser reinstaurado. Um bom exemplo para aclarar este raciocínio seria um mercado em estrutura de oligopólio competitivo que compra insumos de um dado monopolista, no qual um agente mais poderoso integra verticalmente *upstream* e passa a cobrar preços maiores dos ou recusar a venda de produtos aos concorrentes, eliminando-os do mercado e passando a

monopolizar também este último, com o fim de passar a auferir, enquanto monopolista, lucros supra-competitivos. Neste caso, é claro que a multa não vai ser suficiente para reparar, de forma eficaz no sentido exposto, o dano causado ao mercado, uma vez que a antiga concorrência existente desapareceu juntamente com os concorrentes.

Há, no entanto, uma lição mais geral a se tirar deste exemplo. Se por “lesão ao mercado” deve-se entender todo efeito que reduz substancialmente a intensidade ou elimina a concorrência em um dado mercado relevante, então as medidas preventivas somente se justificam naqueles casos em que uma futura decisão do CADE que ordenar a cessação da prática seja ineficaz, isto é, não baste para reintroduzir a situação de competitividade anteriormente existente. Este é o único sentido em que a expressão “irreparável ou de difícil reparação” pode ser entendida, partindo-se de uma interpretação sistemática da Lei 8.884/94. *A contrario sensu*, toda vez que seja possível, por meio da decisão final do CADE, a referida reintrodução ou reinstauração, devem as autoridades, por respeito ao princípio da proporcionalidade, preferir a alternativa menos gravosa ao Representado.

Finalmente, é necessário chamar a atenção para um outro aspecto. Já foi visto que as medidas preventivas consistem numa ordem de cessação de determinadas práticas visando impedir que a decisão final do CADE possa ser ineficaz, entendendo-se por ineficazes aquelas medidas cujos efeitos não sejam suficientes para reinstaurar a situação de concorrência existente antes das tais práticas. No parágrafo anterior, concluiu-se, com base nisto, que as medidas são injustificáveis quando esta sua função reinstauradora puder ser igualmente cumprida pela decisão final do CADE. Ora, acontece que a Lei 8.884/94 prevê um outro instituto capaz de realizar a mesma função, só que de maneira muito mais benéfica ao Representado, a saber, o compromisso de cessação (art. 53).

Considerando o que foi dito no início do presente texto a respeito das diferenças estruturais entre as medidas preventivas e os demais instrumentos jurídicos de garantia cautelar de direitos e interesses, vale recordar que o fato de, no processo administrativo definido na Lei 8.884/94, coincidirem no mesmo órgão as funções decisória e acusatória, demanda seriedade redobrada no que toca ao respeito obrigatório aos princípios gerais do processo e do direito administrativo. Nesse sentido, é inadmissível, por desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a caracterização das medidas preventivas como “elemento-surpresa”, devendo o Representado, como já antecipado, ter ciência prévia da intenção da autoridade de adotá-las, inclusive para poder demonstrar a inexistência, num caso concreto, dos seus pressupostos essenciais. Pois bem, é corolário deste dever da autoridade o

direito do Representado de propor um compromisso de cessação da prática; e a este direito corresponde, em obediência ao princípio da proporcionalidade, o dever da autoridade de aceitá-lo, desde que atendidas as condições previstas no artigo 53.

CURRENT ANTITRUST ISSUES IN U.S. FEDERAL ENFORCEMENT

Mary Lou Steptoe

Remarks of Mary Lou Steptoe Before Brazilian Institute of Studies On Competition and Consumer Matters

May 16 - 18, 1996

It is a very great pleasure to address this noted body of international antitrust experts. In my time on the podium I will address three topics -- three areas of antitrust law where the U.S. antitrust agencies, the Federal Trade Commission ("FTC") and the Antitrust Division of the Department of Justice ("DOJ"), are breaking new ground. My first topic will be the agencies' resurgence of enforcement activity in the area of vertical price fixing. Then I will turn to the agencies' concern with a new type of merger; and finally I will describe a new type of review protocol, the "Quick Look", which is helping the agencies manage their resources in a time of increased caseload and shrinking budget.

I Resale Price Maintenance (RPM)

Since 1911 it has been and remains absolutely (per se) illegal for firms at different levels in the chain of distribution to enter into a vertical price fixing (resale price maintenance) agreement. On the other hand, it is permissible for the supplier to suggest a resale price to any distributor, and no violation will result if the distributor independently decides to observe specified resale prices. Similarly, no violation results if a supplier has a unilateral policy of announcing resale prices in advance and terminating any distributor which does not adhere to its suggested price.

RPM violates Section 1 of the Sherman Act and Section 5 of the FTC Act. Evidence of an agreement is essential to establishing the violation, and an illegal agreement need not be willing, but can be the result of coercion. However, what conduct will give rise to an inference of agreement, coerced or otherwise, is the subject of ongoing debate and much colorful and creative characterization. When RPM prosecution is in vogue, prosecutors are more willing to find an agreement in circumstantial evidence.

Both the FTC and DOJ, heeding the teaching of "Chicago School" theorists, subjected RPM to benign neglect in the 1980's and no companies

were prosecuted for RPM during that period. In the case of the DOJ, the neglect was not merely benign: the agency took the official position that RPM should be evaluated under the rule of reason, and thus had a good chance of being declared legal. Pursuant to this stance, the agency attempted to persuade the Supreme Court to reverse its repeated decisions holding vertical price fixing per se illegal. Congress retaliated by prohibiting the Department from using any appropriated funds "for any activity to alter the per se prohibition on resale price maintenance."

The FTC was the first agency to resume RPM enforcement in 1991 with *Kreepy Krauly, U.S.A., Inc.* In *Kreepy*, it took a flagrant violation (signed agreements) to break the non-enforcement logjam. Ultimately, the agency issued a consent order obligating the respondent to rescind the written agreements, to cease and desist from entering into future agreements, and to affirmatively notify its dealers that they are free to set their own prices.

Since *Kreepy* the FTC has brought three more cases and expectations are that Clinton-appointed Chairman Robert Pitofsky will step up this pace. Each matter, (*Nintendo of America, Inc.*, *Keds Corp.*, and *Reebok Int'l Ltd.*) involved the sale of consumer products and injunctive relief was one of the remedies awarded in all three. As each case was prosecuted, however, a clear pattern developed - the additional relief got tougher and tougher. As a result of this pattern, relief in future RPM cases is likely to go beyond mere cease and desist orders and may include suspension of a corporation's *Colgate* rights to announce resale prices in advance and unilaterally refuse to deal with those dealers who will not comply. *Reebok*, the latest case, also prohibits so-called "structural termination" or "three strikes you're out" programs under which a manufacturer announces it will impose shipping holds or other penalties upon dealers who deviate from suggested prices, followed by automatic cessation of the penalty when the dealer once again follows the suggested price. There is legal debate over whether such programs are purely unilateral, or give rise to the sort of agreement that supports a Sherman Act violation. Clearly the FTC has joined the second camp.

The DOJ has more recently, but equally vigorously, entered the fray with a series of cases, *Canstar Sports USA, Inc.*, *California Sun Care, Inc.*, and *Playmobile USA, Inc.*, in which the agency awarded relief similar to that in the FTC cases and in one of which concurrent state relief was ordered. The pattern of awarding tougher relief in these cases is evidence that the DOJ does not intend to be left behind by the FTC in this new era of RPM enforcement.

To add to corporate worries, many states conduct parallel investigations which often yield additional relief, monetary and otherwise.

Will the activity continue? Well, FTC Chairman Robert Pitofsky has written "[I]t has always struck me that nullification of enforcement against resale price maintenance, ... was the most indefensible prosecutorial decision in the last twelve years." Beyond this, it is important to recognize that RPM cases are a prosecutor's dream; easy to find, and easy to justify to the public. They are easy to find because distributors will always complain that they were cut off because they wished to discount (as opposed to being cut off for unclear premises or surly service). To their credit, the agencies know well that every discontented distributor does not present an antitrust violation. However, this is one area of the law where the cases come to the agency, instead of the agency having to spy out a hidden conspiracy.

My second point as to why the enforcement will continue is that these cases, unlike some more abstruse theories of antitrust law, are easily understood by the public. My eighty-five year old mother does not understand why tying is illegal, but she does object to practices which limit her opportunities to get goods at a discount. That is why the antitrust agencies, if they have a choice, will always bring RPM cases that affect consumer goods, such as shoes and electronics, over cases that concern obscure intermediary products.

The consumer goods cases as target-of-choice leads me to one final observation. To date the federal antitrust agencies have been content to merely stop RPM when they find it. The state antitrust agencies have been more creative in their remedies. They actively look for ways to reimburse their consumers for the amount they were overcharged by the price-fixing. They have required the defendant to issue coupons that gave money off consumers' next purchase, and they have calculated the overcharge and disbursed it to the public in various ways.

II Vertical Merger Enforcement

Vertical mergers have been receiving renewed attention from antitrust enforcers in recent years. Vertical mergers involve firms that operate at different but complementary levels in the chain of production and/or distribution. As with RPM, no vertical mergers were challenged in the 1980's, in accord with the Chicago School assumption that virtually all vertical relationships are either benign or efficient. In the 1990's, however, both antitrust enforcers and academics are displaying much more sensitivity to the potential anticompetitive effects of vertical mergers.

The FTC and the DOJ have, between them, challenged more than a dozen vertical mergers in the last three years.¹²⁶ This is small compared to the number of horizontal mergers reviewed and challenged, but it is highly significant given the total lack of activity in the previous decade. It is also significant because these mergers involve some very large transactions and complex theory, and thus are major drains on the agencies' resources. (How they deal with that issue is my third topic).

The agencies have not yet formally articulated their vertical merger analysis, as they have done for horizontal mergers in the 1992 Horizontal Merger Guidelines.¹²⁷ However, it is clear from speeches, cases brought, and the surviving portions of the 1984 Merger Guidelines¹²⁸ that there are three major theories of possible competitive harm which have general credence today with the FTC and the DOJ. So far, two of the theories have produced cases; the third is waiting in the wings.

The first theory is market foreclosure. Market foreclosure theory posits at least two situations in which competition can be injured by backward or forward integration. A firm with some market power can vertically

¹²⁶ For FTC cases, see, e.g., *Atlantic Richfield*, File No. C-3314 (1990); *TCI/Paramount*, File No. 941-0008 (1993); *Alliant Techsystems/Hercules*, File No. 941-0123 (1994); *Martin Marietta Corp./General Dynamics*, File No. C-3500 (1994); *Eli Lilly/McKesson*, File No. C-3594 (1995); *Martin Marietta/Lockheed*, File No. 951-0005 (1995); *Silicon Graphics/Alias & Wavefront*, File no. 9510064 (1995); *Lockheed Martin/Loral*, (1996); *Litton/PRC*, File No. 961-0002 (1996); *Hughes/Itek*, File No. 961-0018 (1996).

For DOJ cases, see, e.g., *United States v. AT&T*, Civ. Action No. 94-CV01555 (D.D.C. 1994); *United States v. MCI Communications Corp.*, Civ. Action No. 94-1317 (D.D.C. 1994); *United States v. British Telecommunications/MCI*, (1994); *United States v. Sprint/France Telecom/Deutsche Telecom*, (1995).

¹²⁷ U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines (1992), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) § 13,104.

¹²⁸ Although the 1992 Horizontal Merger Guidelines supersede the 1994 Merger Guidelines with respect to horizontal mergers, the provisions in the 1984 Merger Guidelines regarding non-horizontal mergers [§§ 4.1, 4.2] have not been modified.

For speeches by agency officials, see, e.g., Mary Lou Steptoe, "FTC Vertical Enforcement," American Bar Association (November 4, 1994); Stephen C. Sunshine, "Vertical Merger Enforcement Policy," American Bar Association Antitrust Division (April 5, 1995); William J. Baer, "Report from the Bureau of Competition," American Bar Association Antitrust Section, (March 28, 1996); 1996.

For an economic approach, see Michael Riordan and Steve Salop, Evaluating Vertical Mergers: A Post-Chicago Approach, 63 Antitrust L.J. 513 (1995).

integrate, backwards for instance, and increase barriers to entry in the upstream market. If a substantial portion of the downstream market is now foreclosed to all but the newly integrated upstream producer, upstream potential entrants face a smaller pool of potential customers. A smaller market make entry less likely.

In closely related argument, if vertical integration is prevalent in an industry, a new entrant could be forced to enter at both levels. It might be necessary for a would-be downstream entrant also to enter at the upstream level in order to assure a supply of a vital input. Conversely, a would-be upstream entrant may also be forced to enter downstream to assure a ready outlet for its products. Dual entry can be riskier, costlier, and more time-consuming, thus raising barriers to entry. This is a concern that prompted a 1990 consent agreement between the FTC and Arco. Arco had proposed to buy certain chemical business of a major customer, Union Carbide. The agency alleged that Arco's capture of such a large amount of demand market would make it unattractive for any company to enter upstream and compete with Arco. The consent decree in that matter freed up demand, and upstream entry is now occurring.

This theory also supported DOJ's challenge to AT&T's acquisition of McCaw Cellular, the United States' largest cellular telephone carrier. AT&T is both a long-distance telephone carrier and a major manufacturer of cellular telephone equipment. The consent decree provides both that long-distance rivals of AT&T would have access to McCaw systems equal to AT&T's access; and that cellular rivals of McCaw that use AT&T equipment would continue to have access to necessary products. As you can see, the consent (which has since been superseded by legislation) addressed foreclosure at two different levels of the telephony delivery system.

The second theory posits that some vertical mergers may decrease horizontal competition, either by making collusion easier, or by giving the vertically integrated firm an unfair advantage over its unintegrated rivals. This is the information exchange theory, which supports a number of actions brought by the antitrust agencies. The FTC's consent governing the merger of Lockheed and Martin Marietta is illustrative.

The merged aerospace firm makes both satellites and the rockets to launch them. Lockheed satellites might also, however, be launched on rockets made by the firm's competitors. In the course of arranging for such a launch, Lockheed's satellite division would necessarily learn a great deal about the technology and business practices of competing rocket manufacturers. If that information were then to find its way back to Lockheed's rocket division, it could harm competition, either by fostering collusion or giving Lockheed

Martin a competitive edge. It might make the Lockheed rocket division less aggressive in its bidding, and it might make the competing rocket makers less aggressive in devising free-rideable innovations.

To solve these kinds of problems, the Commission, as it has in several other vertical mergers, required the construction of a legal "firewall" to prevent the flow of information between the affected divisions of the merged firm. The Lockheed Martin consent prohibits the satellite division from disclosing to other divisions any non-public information received from competing suppliers of rockets. By the "firewall" solution, the agencies have attempted to permit the general efficiencies of vertical mergers while isolating and correcting any anticompetitive potential they may have.

The agencies are also on the watch for, but have not yet found, a case where vertical integration is used to evade regulation. Public utilities, for instance, can increase prices only with the approval of a regulatory commission. In theory, a utility is allowed to recover its costs, or rate base, plus a reasonable profit. In order to evade regulation and increase this allowable profit, however, a regulated utility might integrate backwards by acquiring a supplier in a competitive and unregulated market. The integrated entity could then increase its price of supplying inputs, such as coal or gas, to the regulated entity. In this matter, the regulated entity would pad its rate base and earn a regulated return on these higher costs. In addition, the upstream entity, the coal or gas company, would earn supranormal profits, paid for the customers of the regulated business.

Of course, many vertical mergers are not at all problematic from an antitrust viewpoint, and are procompetitive, undertaken for efficiency reasons. A vertical merger can reduce search and transactions costs by enabling the integrated company to buy some inputs from itself. Vertical integration may be technologically efficient if the production of upstream and downstream products together is less expensive than separate production. Vertical integration may also be important in securing a stable supply of vital input, making downstream production more predictable and less costly. The challenges for a reviewing antitrust agency are: first to distinguish the benign mergers from the anticompetitive ones; and, second, where a merger has mixed aspects, to craft a remedy which corrects the anticompetitive problem but allows the overall merger to proceed.

III The Quick Look Policy For Reviewing Premerger Filings

As if it were not enough that the agencies are adding new issues to their lexicon of antitrust violations, they are facing tidal wave of mergers and

acquisitions which must be reviewed before consummation, under the Hart-Scott-Rodino ("HSR") Premerger Notification procedures. Filings have increased by 77% since 1992, and stood at 2,816 transactions reported in fiscal year 1995. The pace for FY 1996 is increasing. Moreover, the transactions being reported are different from the financially driven deals of the 1980's. Deals today are very often strategic - competition looking to expand product lines, enhance R&D capabilities, and achieve integrative efficiencies. As a result, they are deals the antitrust enforcers are more likely to need to review.

At the same time, the antitrust authorities, like many other government agencies, are facing a budget-cutting Congress. If they are not actually shrinking, they are certainly not receiving appropriations that allow the agencies to grow at anywhere near the same rate as their merger review responsibilities.

Accordingly, the agencies are under enormous pressure to manage their resources efficiently. One way they have done so is to inaugurate a "Quick Look" approach to certain mergers. The FTC started using the Quick Look in 1990, at my instigation. It is now commonly used in one-third to one-half of the FTC's cases. This year, the DOJ also formally adopted the procedure. Here is how it works:

Parties to a proposed merger are given the option of furnishing information on one or more potentially dispositive antitrust issues and avoiding a response to a full "second request" (HSR inquiry) if the information resolves those issues in favor of allowing the transaction to proceed.

Appropriate use of the quick look allows the merging parties to reduce their compliance burdens and to consummate acquisitions more quickly. It also benefits the agency by allowing it to carry out its statutory merger review obligations more efficiently.

Typically, a quick look is most likely to be helpful if there are no more than one or two issues on which the outcome of the investigation is expected to turn. Staff will then propose a quick look to the parties at the time the second request is issued, and discuss its possible scope. If the parties agree to a quick look, the full second request remains outstanding, but the parties' response to the remainder of the second request is held in abeyance. Staff will continue to employ the usual investigative methods, including seeking information from third parties; but staff's investigation, and the parties' initial submission of information, will focus on the targeted issue.

Quick looks have focused on a wide range of issues, but some issues better lend themselves to the approach than others. Quick looks frequently

address product and geographic market definition issues. Product market definition can be the decisive issue in a merger investigation. Sometimes definitive evidence is elusive: for example, there may be little in the way of evidence of buyer reactions to relative price changes among potentially competing products. But even without econometric data, documents such as the parties' marketing plans can indicate the contours of the relevant product market.

Thus, if you see that manufacturers of liquid soap viewed bar soap as competition and would not raise prices for fear of losing sales to bar soaps - then you could authorize a merger of the only two liquid soap manufacturers. The market is "all soap" and in that market, competition continues. Note that this would be true even if some customers would never switch from liquid to bar soap. As long as other ones would, the liquid soap makers will fear to raise prices.

In some industries, geographic market definition data is easily obtained. For example, in the United States the health care industry is blessed (or cursed) with an enormous data base which shows, inter alia, where hospital patients and their admitting physicians reside. Therefore the agencies can usually quickly determine if two merging hospitals are the only competitors for these "customers", or whether they operate in geographic market where other hospitals provide meaningful competition.

The most common issue examined by quick look is ease of entry. This is for two reasons. First, as a matter of theory entry is a discrete issue that can end the competitive analysis: under the 1992 Horizontal Merger Guidelines, if entry into a market is easy, an acquisition in that market is unlikely to be anticompetitive. The second reason why entry lends itself to the quick look is practical: information on entry often is readily accessible.

Entry evidence can be as simple as giving government investigators the names (and telephone numbers) of firms which have come into the market in recent years. What is obvious to businessmen who sell "widgets" everyday may not be common knowledge to investigators who never heard of the product until they read the HSR filing.

Because the Merger Guidelines call upon the government to consider if entry would be timely, likely and sufficient, it is also possible to save a merger by a quick look at potential entry. Here the required information is a little more extensive, but still far from burdensome, either to produce or assess. The reviewing agency will want to know what companies are well-positioned to enter the market in question. Well-positioned goes beyond having financial resources (although that is important) and includes such factors as: do the parties identified as potential entrants have basic

production skills, complimentary products, access to customers. Also, does entry (assuming the merged firm raised prices) make business sense - in other words, will the sales opportunities repay the investment in entry. For example, entry is usually more likely in a growing market, but it is not entirely out of the question in a declining market. I have seen the quick look work several times in the defense industry, where one would not normally expect easy entry. The difficulties and disincentives to entry can be enormous, given the technological complexity of much weaponry, and the shrinking market. However, both can be overcome if the Department of Defense (usually the sole buyer) is willing to say it would (a) switch to an alternate product or (b) induce entry by sponsoring a new firm with its internally developed technology and (c) has no plans to discontinue purchases of the specific product in question. In such cases the prospect of winning a big defense contract - especially if it has a long-term prospects of roll-over into future requirements - can justify the cost of entry.

That is a high tech, one customer example. For something quite different, let me give you my experience last year with a proposed merger between two manufacturers of a generic (unbranded) personal care product. The ingredients were simple, so there was no issue of it being too costly or complex to make easily. We also thought consumers would try a new product because it would cost them only a few dollars to do so. Here the question was whether a new entrant could gain nationwide distribution, to get to those consumers. At the FTC we talked with several regional and national chain retailers (drugstores, grocery stores and discount stores). They all told us that, if the merged firm raised prices, they would gladly take on a new supplier. In fact, a couple of the retailers, who were backward integrated into manufacturing certain related consumer products, said they could and would make the item themselves.

The role of foreign producers and imports has been the focus of several quick looks, variously taking the form of entry, supply substitution, and geographic market definition issues.

In the majority of cases in which it has been used, the quick look has resulted in termination of the investigation without requiring the parties to comply with the full second request. Quick look investigations also tend to be significantly shorter than full investigations; roughly half of quick look cases are resolved within six weeks from issuance of the second request. One of the investigations discussed above was closed less than one month after the parties furnished the quick look material. The other investigations were closed shortly after the second requests were issued. Not all quick look investigations will be this swift, but these are not atypical examples.

