

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RENATA LAIS CREMA

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURAS DE MERCADO

**Curitiba
2010**

RENATA LAIS CREMA

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURAS DE MERCADO

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná – UFPR -, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Egon Bockmann Moreira

**Curitiba
2010**

Dedico esse trabalho à minha família e aos meus amigos, pelo incentivo e pela paciência.

Agradeço ao Professor Doutor Egon, por todo o apoio no desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

Esta monografia objetiva o estudo da concentração econômica e das estruturas de mercado por ela formadas. Estas estruturas, por um lado, trazem benefícios ao mercado, no sentido de promover o aumento de investimentos em tecnologias, permitindo também a realocação de recursos em setores mais produtivos. Por outro lado, podem trazer prejuízos à livre concorrência e ao consumidor, com o estabelecimento de barreiras à entrada de novos competidores ou com a prática de preços abusivos. Diante dessa dualidade de efeitos, cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência promover a análise econômica e jurídica dessas operações de concentração, de modo a estabelecer um equilíbrio entre livre iniciativa e livre concorrência. O estudo das estruturas de mercado permite compreender os mecanismos utilizados no controle dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Palavras-chave: concentração econômica; estruturas de mercado; poder econômico; defesa da concorrência; Direito Concorrencial; controle dos atos de concentração; CADE; paradigma estrutura-conduta-desempenho.

ABSTRACT

This paper conducts a study on the economic concentration and market structures formed by it. These structures bring benefits to the market, by promoting increased investment in technologies, allowing the reallocation of resources into more productive sectors. But it also may bring damages to competition and consumers, with the establishment of barriers of entry for new competitors or the practice of overpricing. Given this duality of effects, the promotion of economic and legal analysis of these concentrations it is an assignment of Brazilian System for Protection of Competition, in order to establish a balance between free enterprise and free competition. The study of market structures allows us to understand the mechanisms used in the control of merger by the Administrative Council for Economic Defense.

Keywords: economic concentration, market structures, economic power, antitrust, Antitrust Law, control of mergers, CADE; paradigm of structure-conduct-performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I. CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	11
1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	11
2. CONCEITO	13
2.1 CONCENTRAÇÃO <i>VERSUS</i> COOPERAÇÃO	15
3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUJEITOS A CONTROLE	20
4. NOTIFICAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO	24
5. EFEITOS DA CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS	26
6. FORMAS DE CONCENTRAÇÃO	31
6.1 CONCENTRAÇÃO VERTICAL.....	32
6.2 CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL	35
6.3 CONCENTRAÇÃO CONGLOMERADA	37
CAPÍTULO II. ESTRUTURAS DE MERCADO ANTE A CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA	41
1. O MERCADO RELEVANTE	41
1.1 MERCADO RELEVANTE DOS PRODUTOS.....	43
1.2 MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO.....	49
A) MERCADO INTERNO	51
B) MERCADO INTERNACIONAL	52
1.3 ALTERAÇÃO DOS LIMITES DO MERCADO RELEVANTE	53
2. CONCORRÊNCIA PERFEITA	55
3. CONCORRÊNCIA IMPERFEITA OU MONOPOLÍSTICA	56
4. OLIGOPÓLIO	61
5. O PARADIGMA ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO	65
CONSIDERAÇÕES FINAIS	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	76

INTRODUÇÃO

Vários países passaram por transformações econômicas por ocasião da mudança de uma produção artesanal para uma produção industrial em escala, no contexto da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX. Isso originou as chamadas sociedades de massas, nas quais se percebeu – e ainda se percebe – grande estímulo à cultura do consumo. Em decorrência disso, a produtividade tende a aumentar, o que é viabilizado por novas tecnologias que demandam grandes investimentos de capital.

Ocorre que, muitas vezes, uma única empresa não dispõe de todo o capital necessário para implementar a sua produção, de modo que uma das alternativas é a aglutinação do seu capital com o de outra empresa. Assim se coloca uma das causas motivadoras da concentração econômica, fenômeno que, no Brasil, ganhou novo impulso com a globalização e a crescente necessidade de as empresas nacionais fazerem frente à concorrência internacional.

E é justamente a concorrência o fundamento da capacidade do sistema capitalista em propiciar excepcional produtividade, de forma que os agentes econômicos menos eficientes seriam eliminados por aqueles eficientes.

Diante disso, e diante do fato de que o objetivo primordial do capitalista é a busca por lucros, a necessidade de uma política de defesa da concorrência fez-se evidente. E isso se deu não só com o objetivo de evitar formações de poder econômico prejudiciais ao mercado e aos consumidores, mas principalmente para promover a própria sustentação do sistema capitalista.

Esse trabalho propõe-se à análise da formação de estruturas de mercado a partir da concentração econômica e o estudo dos seus efeitos, a fim de compreender o objetivo da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - mediante o controle dos atos de concentração. Esse controle é orientado pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, no artigo 54 e seguintes.

A organização industrial do mundo moderno é estruturada, sobretudo, na forma de oligopólios. Os oligopolistas podem competir fortemente uns com os outros, de modo que é possível haver grande inovação tecnológica e a criação de economias de escala, cujos benefícios são em parte transmitidos ao consumidor com a diminuição do custo de produção que terá reflexos no preço final do produto.

Todavia, essas estruturas oligopolizadas podem trazer prejuízos ao ambiente concorrencial, como a facilidade para formação de conluio entre os grandes agentes econômicos de um dado mercado. As estruturas de mercado formadas pela concentração econômica trazem, pois, uma dualidade de efeitos, de modo que o seu estudo é essencial para a tutela da concorrência.

Assim, o Capítulo I inicia-se com a abordagem ao conceito legal e doutrinário da concentração econômica, juntamente com a questão da cooperação distinta da concentração em certos pontos, mas a ela se aproximando para fins de tutela da concorrência. Em seguida, procura explicar quais os atos de concentração que estarão sujeitos à análise da autoridade antitruste, e de que forma deve ser feita a notificação de sua realização. Busca explicar, ainda por que motivos as empresas optam pela operação de concentração, quais as vantagens e desvantagens que dela podem advir, e, por fim, analisa as formas pelas quais a concentração pode se operar, de modo a indicar em que sentido se volta a análise desses atos pela autoridade antitruste brasileira.

O Capítulo II, por sua vez, tem por objeto as estruturas de mercado formadas pelas concentrações econômicas, começando pela explicação do que é o mercado relevante, conceito tão caro ao estudo da defesa da concorrência. Segue-se com a análise do modelo ideal de mercado da concorrência perfeita, em oposição ao modelo de concorrência imperfeita, também chamado de concorrência monopolística. Além desses, há o modelo de oligopólio que, como dito, consiste na estrutura predominante no mercado moderno. O capítulo é finalizado com o estudo do *paradigma estrutura-conduta-desempenho*, criado pela doutrina norte-americana e adotado pelo legislador brasileiro, e que relaciona o controle de estruturas à prevenção de adoção de condutas anticoncorrenciais pelos agentes concentrados.

CAPÍTULO I A CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

Comumente a doutrina associa as origens da concentração econômica no Brasil com o processo de colonização, o qual foi baseado na forte apropriação de renda por um pequeno grupo da sociedade. *A desigualdade e a pobreza estão no cerne desse processo e, mais do que um resultado indesejado do processo concentrador são elementos definidores da própria colonização.*¹

Nesse período, o papel desempenhado pelo Direito limitava-se a legitimar o processo de concentração de poder econômico, contribuindo fortemente para acentuar a extração de renda e, por consequência, fixando uma das bases em que se sustenta o subdesenvolvimento do país.

Modernamente, as características da concentração econômica estão relacionadas ao sistema de mercado do capitalismo, voltadas ao aperfeiçoamento das relações de mercado e dos produtos e serviços. Isso não significa afirmar que a concentração deixou de possuir alguns dos traços do período colonial (principalmente no que tange à potencialidade de extração de renda e criação de pobreza). Vê-se, porém, uma mudança na postura do Direito, que passa a disciplinar o poder econômico com esteio em princípios constitucionais, como a livre iniciativa, a livre concorrência, a valorização do trabalho humano.

Nesse percurso jurídico-legal, também se percebem mudanças no posicionamento do legislador com relação ao fenômeno da concentração econômica no que tange à sua (i) licitude. Essa análise demonstra a evolução do direito brasileiro diante da transformação das relações de mercado impostas pelo sistema capitalista, o que fez mudar a natureza jurídica dos atos de concentração bem como a forma do seu controle.

¹ SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda.** São Paulo: Microart, 2008, p.15.

Em um primeiro momento, mais precisamente no contexto do Decreto-lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, a fusão de empresas que visasse impedir ou dificultar a concorrência era considerada um *crime contra a economia popular*, que deveria ser duramente reprimida ². Conquanto hoje não mais se enquadre a concentração de poder econômico no direito penal (tipificado como “crime”), vê-se que já havia a preocupação das autoridades com relação ao fenômeno concentracionista que então tomava volume.

Apesar da força com que esse decreto procurava punir possíveis violações à livre concorrência, Benjamin M. SHIEBER pondera que esses dispositivos não tiveram efetiva aplicação, provavelmente em decorrência da inexistência de um órgão público específico para tratar dessas situações. ³

Em seguida, o decreto-lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945 inovou ao estabelecer um órgão especializado para aplicar a lei, o qual foi denominado CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica). ⁴ Esse decreto previu que as operações de incorporação, fusão ou agrupamento de empresas que tivessem por efeito restringir a liberdade econômica das outras empresas seriam consideradas *atos contrários ao interesse da economia nacional*, estando sujeitas à notificação do CADE para cessar a prática, sob pena de intervenção temporária. ⁵

Posteriormente, foi editada a primeira lei antitruste brasileira sob o número 4.137 de 10 de setembro de 1962 que definiu como *abuso de poder econômico* a dominação de mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência por meio de coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer forma de concentração de empresas. ⁶

Atualmente vige a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, que submete a controle por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – os atos e contratos que visem à concentração econômica e que possam prejudicar ou limitar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante, ou

² Decreto-Lei 869/38 - Artigo 2º: *São crimes dessa natureza: III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio;*

³ SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p.06.

⁴ SHIEBER, **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, p.07.

⁵ Decreto-lei nº 7.666/45, publicado no Diário Oficial da União - seção 1 - 22/06/1945 , p. 11033, artigo 1º, incisos I e V, c/c artigos 2º e 3º.

⁶ Lei 4.137/62, publicada no Diário Oficial da União – seção 1 – 12/11/1962, p. 11.717, artigo 2º, inciso I, alínea c.

ainda que atinjam um dos dois índices de jurisdição previstos no § 3º do artigo 54 dessa Lei.

Esses atos poderão ser aprovados se, por exemplo, trouxerem aumento de produtividade e benefícios ao consumidor, ainda que prejudiquem a concorrência. A concentração econômica ganha essa abordagem mais condizente com as mudanças econômicas, não se limitando a configurar-se, pura e simplesmente, como crime ou abuso de poder. Essa mudança de perspectiva, como se verá, buscou acompanhar a evolução do mercado com a globalização, possibilitando às empresas brasileiras ocupar, progressivamente, um espaço de mais destaque no mercado internacional.

2. CONCEITO

Uma operação de concentração de empresas é geralmente definida como um ato ou contrato cujas partes envolvidas deixam de ser centros decisórios autônomos, passando a atuar no mercado como um único agente em suas atividades econômicas de forma permanente.⁷

Isso significa dizer que tanto o comportamento do agente no mercado quanto a forma interna de produção devem sujeitar-se a um único centro decisório – ou seja, uma *unidade de comando ou controle* -, de modo que seja possível considerá-las um único agente em todas as operações econômicas por elas realizadas. Tal situação demanda uma alteração na estrutura dessas empresas que seja duradoura e que permita verificar uma verdadeira uniformidade econômica.⁸

O fato de a unificação dos centros decisórios nas concentrações empresariais referir-se a *todas* as atividades econômicas desempenhadas pelas empresas constitui o elemento central na distinção das situações de concentração daquelas de *cooperação empresarial*. Como pondera Ana Maria de Oliveira NUSDEO, a cooperação empresarial promove também a formação de uma unidade

⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 21-22.

⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 268. O autor aponta esta como a definição de concentração adotada na exposição de motivos do Regulamento do Conselho CEE nº 4.064 de 1989, do direito comunitário.

de comando, mas relativamente a apenas *algumas das atividades* por elas realizadas no mercado, e não pela sua totalidade.⁹

Na Lei 8.884/94, o dispositivo central para a identificação de uma concentração econômica é o artigo 54, § 3º:

Art. 54 Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de **fusão** ou **incorporação de empresas**, **constituição de sociedade para exercer o controle de empresas** ou **qualquer forma de agrupamento societário**, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000). (grifo nosso).

Como é possível perceber, o § 3º traz uma espécie de enumeração das situações que devem ser consideradas concentração econômica, referindo-se à (i) fusão; (ii) incorporação de empresas; (iii) constituição de sociedade para exercer o controle de empresas; (iv) qualquer forma de agrupamento societário.

Em razão disso, a redação conferida a esse dispositivo dá ensejo a críticas pela doutrina, pois pode aparentar uma restrição às situações nas quais o controle deve incidir, sendo incompleta e até mesmo aleatória¹⁰. Como se verá adiante, enumerar as situações que caracterizam concentração é ilógico, pois vai de encontro ao escopo central da lei de defesa da concorrência de promover a defesa da livre concorrência e do consumidor.

O elemento essencial para a caracterização de uma concentração econômica consiste na existência de uma alteração estrutural e duradoura das empresas envolvidas na operação. Na *fusão* e na *incorporação* de empresas essa alteração estrutural é bastante evidente, pois, *mais do que econômica é física e jurídica*.¹¹⁻¹²

⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.22.

¹⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 24.

¹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.294.

¹² A fusão consiste na forma mais perfeita de concentração por promover a integração econômica de forma total e definitiva. Haveria uma absorção completa da individualidade econômica das empresas envolvidas, de forma que a nova empresa, resultante dessa operação, ficaria sujeita a um único

Nos casos do *exercício de controle de empresas*, vê-se que a unidade de comando também se faz presente, envolvendo não apenas as empresas controlada e controladora, mas também aquelas empresas que eventualmente estejam controlando ou sendo controladas pela primeira.

Por fim, com relação às *formas de agrupamento societário*, nota-se relativa dificuldade de interpretação, originada pela inadequação terminológica pela qual optou o legislador. A impressão que se tem é de que o legislador, após começar uma enumeração das formas de concentração no § 3º do art. 54 da lei antitruste, arrependeu-se e estabeleceu uma cláusula geral que viabilizasse a inclusão de todas as hipóteses possíveis.¹³

O termo *agrupamento* reveste-se de grande subjetividade, dele podendo pressupor tanto uma situação de concentração (controle entre empresas) como uma de cooperação econômica (coligação entre empresas).

2.1 CONCENTRAÇÃO VERSUS COOPERAÇÃO ECONÔMICA

Elogiável a pretensão do legislador em incluir na incidência do artigo 54 os casos de concentração e de cooperação, mas a técnica utilizada foi inadequada, por gerar confusões.

Isso porque a interpretação simplista da expressão *agrupamento societário* leva à conclusão de que deveriam ser excluídas do seu âmbito de aplicação as formas não societárias de concentração. Se assim fosse, estariam imunes da incidência do § 3º do art. 54 da lei concorrencial uma operação de venda de ativos, ainda que configurem concentração econômica, de forma que esses casos estariam submetidos unicamente às determinações do *caput* do art. 54, que traz critérios demasiados subjetivos e imprecisos,¹⁴ o que poderia resultar em uma análise menos eficiente e segura.

Pretendeu o legislador incluir tanto os grupos em que há uma relação de subordinação entre as partes como aqueles grupos que se caracterizam pela

centro de decisões. A fusão ora atua como *causa* da concentração, ora como *efeito/consequência* desta. (BULGARELLI, Waldírio, **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p.49-50). A incorporação de empresas, por sua vez, refere-se a um processo no qual uma ou mais empresas transferem seu patrimônio a uma terceira empresa, passando a integrá-la.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.294.

¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.295.

coordenação de condutas, estes últimos caracterizados como estruturas aptas a cooperação (e não à concentração).

Paula FORGIONI observa que há casos nos quais a concentração econômica pode se concretizar mesmo sem gerar a perda de autonomia de cada uma das empresas envolvidas. A jurista refere-se aos *acordos entre empresas* como uma forma de concentração de poder econômico, e argumenta que a união de duas empresas (ainda que estas mantenham sua autonomia estrutural) poderá gerar uma *vantagem competitiva* sobre os demais agentes do mercado.¹⁵

Quando se fala em cooperação entre empresas, pode-se entender a mera troca informal e eventual de informações, como também as relações contratuais institucionalizadas e de longa duração. Esses contratos podem visar tanto o processo produtivo (com transferência de tecnologia), como a fase de distribuição (as franquias), ou qualquer fase do processo (como a *joint venture*¹⁶).

A concentração econômica pode se manifestar sob inúmeras formas jurídicas – societárias ou contratuais -, cujas espécies não precisam (nem devem) ser necessariamente enumeradas pelo legislador. O controle dos atos de concentração demanda a utilização de conceitos amplos, com ênfase no caráter econômico da operação, e não no viés societário¹⁷, dada a diversidade de formas pelas quais as empresas podem concentrar suas atividades.¹⁸

Essa necessidade de conceitos amplos na disciplina das concentrações econômicas levou a doutrina antitruste alemã e a Comissão Européia a adotar os conceitos de *influência dominante* e de *influência relevante do ponto de vista concorrencial*.

¹⁵ FORGIONI, Paula A., **O Fundamentos do Antitruste**, 2ª ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.464.

¹⁶ BULGARELLI define as *joint ventures* como uma forma de cooperação entre empresas, caracterizadas pela união parcial e temporária de empresas, que se diferencia da fusão na medida em que não apresenta estabilidade e permanência, visando, em geral, objetivos específicos e limitados. (**Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.56-57). FORGIONI citando Nuno T. P. CARVALHO, refere-se às *joint ventures* como formas de *concentração virtual*, pois consistem em um tipo de concentração que não envolve a transferência do direito de propriedade (**Os Fundamentos do Antitruste**, p.464).

¹⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.22.

¹⁸ A utilização de conceitos restritos resultaria em falhas na análise dos atos de concentração pela autoridade competente, ou até mesmo a dificuldade de se atingir os fins a que se destina a legislação antitruste. Percebe-se que essa restrição conceitual poderia deixar escapar da análise aqueles atos com elevado grau de nocividade ao ambiente contratual, mas que são menos evidentes que a fusão ou incorporação.

Ana Maria de Oliveira NUSDEO define a *influência dominante* como o poder de influenciar na condução e planejamento das atividades econômicas de outra empresa. A autora frisa a importância da adoção desse conceito para o controle dos atos de concentração, pois permite o controle de atos nos quais o exercício de influência dominante nos negócios da empresa é feita por aquele que detém posição minoritária em relação ao capital.¹⁹ Os meios pelos quais a influência dominante se faz presente podem ter caráter societário ou contratual.

Os *meios de caráter societário* são aqueles que geram influência dominante por meio da participação majoritária ou minoritária na empresa, observados os requisitos legais que fazem presumir a permanência do poder. É o que ocorre, por exemplo, quando há acordo de acionistas que atribui ao minoritário o direito de deliberar sobre questões essenciais da administração da empresa.²⁰

Já os *meios de caráter contratual* conferem ao titular do contrato – ainda que não acionista da empresa - o poder de gerenciamento ou de eleger membros da administração -, como ocorre nos contratos de franquia, nos quais o franqueador cria para si o direito de controlar a qualidade ou as especificações dos produtos ou serviços.²¹

A importância dessas situações para as normas de controle dos atos de concentração refere-se ao fato de que se aproximam do controle de fato da empresa, podendo resultar na possibilidade de gestão da empresa de forma concentradora aos demais negócios de titularidade daquele que detém a capacidade de influência.²²

Há, ainda, casos em que a influência dominante não é muito evidente, não configurando uma concentração propriamente dita, mas antes uma relação de cooperação. Para essas situações, utiliza-se do conceito de *influência relevante do ponto de vista concorrencial*, definida pela Resolução n. 49 do CADE, de 23 de julho de 1998, como *a capacidade detida por aquele que, a despeito de não deter controle e/ou direitos de veto, pode interferir de forma relevante nas atividades econômicas da empresa e em sua política empresarial.*

¹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 22.

²⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 22.

²¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 23.

²² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 23.

Como exemplo de influência relevante do ponto de vista concorrencial cita-se o caso de uma empresa que detém a prerrogativa de coordenar a outra, estabelecendo uma relação de interdependência (os grupos de coordenação).²³

Em suma, a diferença entre influência dominante e influência relevante do ponto de vista concorrencial reside no fato de que, enquanto da primeira é possível presumir a concentração, da última a consequência é a existência de cooperação econômica.

A análise das operações de concentração sob essas perspectivas permite a ampliação das situações nas quais o controle é admitido, garantindo maior eficácia à Lei Antitruste que não se limitará aos casos óbvios de concentração, como as fusões e aquisições.

A precaução da autoridade antitruste quanto a essa limitação que o texto legal pode aparentar com a pretensa enumeração é demonstrada por meio da exigência de que, quando da submissão de um ato de concentração para análise, as empresas forneçam detalhes das participações societárias das partes envolvidas, bem como dos poderes conferidos aos sócios e administradores, com vistas a identificar essas situações de influência dominante não evidente.

É o que se extrai do item I.4 da Resolução nº 15 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica²⁴, que determina que as partes requerentes identifiquem os *nomes dos acionistas ou quotistas com as respectivas participações no capital social discriminando a natureza da participação societária (obrigatoriamente aquelas participações superiores a 5%)*.

A mesma resolução define a concentração como um conjunto de empresas sujeitas a controle comum, sendo este controle definido como o *poder de dirigir, de forma direta ou indireta, interna ou externa, de fato ou de direito, individualmente ou por acordo, as atividades sociais e/ou o funcionamento da empresa*. Como se vê, a Resolução cuidou em adotar um conceito mais abrangente possível do fenômeno concentracionista.

Disso é possível concluir que os atos ou contratos que visam à cooperação entre empresas estarão sujeitos à incidência das mesmas regras de apreciação que

²³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 23. A professora ainda enfatiza que, nesses grupos de coordenação, a administração da empresa não será feita de forma independente ao interesse do titular dessa prerrogativa em outras sociedades que com ela concorram ou com ela esteja relacionado verticalmente.

²⁴ Resolução n.15, de 19 de agosto de 1998, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

são aplicáveis aos casos de concentração econômica. Se por um lado esse compartilhamento de regras é louvável por submeter os atos de cooperação à análise mais rigorosa pela autoridade antitruste, por outro lado há quem entenda haver uma impropriedade legislativa.

Nesse sentido, Maria Cecília ANDRADE sustenta que a redação conferia ao § 3º origina um dos grandes problemas da lei de defesa da concorrência brasileira, pois abrange, em um único dispositivo legal, os atos que resultam em alterações na estrutura e nos comportamentos das empresas, sendo inegável que deveriam ser disciplinados e analisados sob perspectivas diferentes.²⁵

A jurista defende que a lei antitruste brasileira demanda uma reforma, com o objetivo de buscar disciplinar em dispositivos apartados os atos que tenham por efeito a alteração na estrutura das empresas daqueles que visam apenas regular o comportamento das empresas no mercado, determinando procedimentos de análise diferenciados e mais direcionados para cada espécie.²⁶

Sem prejuízo da crítica descrita acima, o que se vê na prática do CADE é que as empresas submetem o ato à análise mesmo quando não constitui uma concentração propriamente dita – ou seja, mesmo quando não há a formação de uma unidade de controle permanente.

É o que se percebe no Ato de Concentração nº 08012.006985/2006-53, cuja operação consistiu em um Contrato de Cooperação Técnica e Científica por meio do qual as partes pretendiam desenvolver em conjunto um ou mais novos defensivos agrícolas formulados. O parecer da SEAE seguiu a metodologia empregada na análise econômica de um ato de concentração, partindo da qualificação das requerentes com a indicação da composição do capital social de cada uma delas, seguida da definição do mercado relevante (material e geográfico) e da análise do faturamento bruto anual das partes, finalizando com o estudo da probabilidade de exercício de poder de mercado.

Dessa maneira, o estudo estrutural do Direito da Concorrência deve incluir não só as concentrações econômicas propriamente ditas, mas também algumas

²⁵ ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, São Paulo: Singular, 2002, p.318-319.

²⁶ ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, p.325.

formas de cooperação empresarial – ainda que o limite entre essas e o tratamento dos comportamentos seja bastante tênue.²⁷

3. ATOS DE CONCENTRAÇÃO SUJEITOS A CONTROLE

Um ato de concentração estará sujeito a controle pelo CADE quando houver subsunção ao *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94, ou ao § 3º do mesmo dispositivo legal.

Dispõe o *caput* do artigo 54 que *os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade*. Os efeitos ali citados são alternativos, bastando a presença de um deles para originar a necessidade de submeter o ato à análise antitruste.

O primeiro efeito – limitar ou prejudicar a livre concorrência – pode ser originado tanto por meio de uma concentração como por um ato de cooperação econômica, tais como contratos de distribuição exclusiva, práticas de venda casada, ou os acordos de cooperação, pesquisa e desenvolvimento.

O segundo efeito – resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços –, por sua vez, está ligado à noção de posição dominante, abrangendo tanto a sua aquisição como a intensificação de posição já existente.²⁸

O § 3º do artigo 54, especializa a norma do *caput*, trazendo dois critérios que se prestam a identificar a concentração econômica sujeita ao controle pelo CADE. São eles: (i) participação de empresa ou grupo de empresas em 20% (vinte por cento) do mercado relevante; e (ii) qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço no montante de 400 milhões de reais.

Assim, para que a concentração econômica seja submetida à análise do CADE, basta que ela cause alguns dos efeitos previstos no *caput* do artigo 54 da Lei de Defesa da Concorrência, e/ou atenda a um dos requisitos do aludido parágrafo, pois tais indicativos criam uma presunção de que aquele ato poderá trazer alguma espécie de prejuízo ao ambiente concorrencial.

²⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.54.

²⁸ ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, p.320-321.

José Inácio FRANCESCHINI tece críticas à metodologia de análise de atos de concentração adotada pela legislação brasileira. Afirma o jurista que é passível de questionamentos a sujeição da aprovação de uma operação de concentração a condições baseadas em *meras presunções ou projeções abstratas de potencialidade lesiva ao mercado, posto que a presunção constitucional é de que os chamados atos de concentração em princípio geram bem-estar social e não condutas abusivas.*²⁹

Também há quem critique a adoção do percentual de 20%, ao argumento de que é aleatório e provém de um legislador idealista que pretende punir grandes grupos empresariais. Esse é o entendimento de Pedro DUTRA³⁰, que detecta ainda uma impropriedade na fixação desse valor por não corresponder à realidade e por se tratar de uma presunção de ilicitude do ato sem valor ou fundamento.

Entretanto, parece-nos razoável a posição de SALOMÃO FILHO³¹, que considera inútil a discussão da (in)conveniência do valor fixado pelo legislador:

(...) o problema é que a discussão sobre o valor numérico da participação, meramente opinativa é necessariamente inconclusiva, mascara os reais problemas a serem resolvidos para a determinação do poder de mercado relevante. O primeiro deles refere-se ao objetivo da norma que requer a definição do poder no mercado. O segundo é a forma de revelação desse poder, ou seja, os diferentes tipos de estruturas em que ele se manifesta. Nenhuma das duas questões foi suficientemente resolvida na legislação nacional.

SALOMÃO FILHO entende que esse percentual constitui um elemento de *identificação* de uma concentração econômica, e não um critério de aferição da (i)licitude do ato para conseqüente sancionamento, a qual será identificada posteriormente mediante outros elementos coletados pela autoridade antitruste, e não simplesmente com a verificação do percentual de participação no mercado.³²

Sobre o tema, Gesner OLIVEIRA e João Grandino RODAS lembram que o *grau de concentração resultante e a participação de mercado ao longo do tempo dos*

²⁹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.79. O autor assevera que, por isso, a atuação do SBDC - no sentido de presumir um certo grau de ilicitude das operações de concentração - afronta o texto constitucional, pois considera toda concentração potencialmente danosa ao mercado. (p.79).

³⁰ Citado por ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, p.321-322.

³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.139.

³² SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.139.

*agentes não envolvidos na operação servem como mais um elemento, entre outros, na tomada de decisão.*³³

Corroborando esse posicionamento, veja-se o Ato de Concentração n. 08012.000664/2000-50, que tratou da fusão das empresas holding York Merger e Young & Rubicam na incorporação de todas as empresas pertencentes ao grupo Young & Rubicam, pela WPP, grupo da York Merger. Nesse caso, a WPP era líder com participação de 26,14% e, após a operação agregou a participação da Young & Rubicam de 3,43%, passando a deter 29,57%.

Mesmo se tratando de uma operação que resultou em participação superior a 20%, a decisão do CADE se deu no sentido de aprovar o ato sem restrições, pois concluiu que há baixo custo de entrada no mercado e que não há barreiras significativas à entrada de novos competidores, não havendo, por consequência, geração de efeitos anticoncorrenciais.

Vê-se, com isso, que a detenção de percentual do mercado relevante superior a 20% não significa que uma operação gerará, necessariamente, efeitos negativos no mercado, não se havendo falar que esse montante implica em presunção de ilicitude. Pode-se, isso sim, falar em presunção de que o ato *poderá* produzir efeitos anticoncorrenciais.

Como já visto anteriormente, a análise de um ato de concentração é realizada mediante inúmeros elementos, os quais variam de acordo com as empresas envolvidas e o mercado em que se desenvolve. Veja-se, por exemplo, as causas justificadoras da concentração, como a existência de barreiras à entrada.

O caso mencionado acima foi aprovado em razão de não ter a possibilidade de trazer efeitos maléficos ao ambiente concorrencial, ainda que possua uma participação relevante no mercado. Isso retrata a complexidade da análise de um ato de concentração, cujo estudo econômico realizado pela SEAE deve levar em conta todo o conjunto de características que compõe a realidade da operação.

O inverso também é válido: mesmo que a concentração não alcance concretamente os índices jurisdicionais do § 3º do artigo 54 deverá ser submetida ao CADE sempre que puder limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou ainda poder dominar mercado, subsumindo-se à letra do *caput* do artigo 54.

³³ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004, p. 120.

A utilização desses critérios demonstra a especificação das operações que deverão passar pelo crivo do Sistema de Defesa da Concorrência, o que reflete que a concentração de empresas, por si só, não representa um abuso de poder econômico, ou o automático prejuízo à concorrência. Pode, antes, representar um ganho substancial para a sociedade.

O artigo 54, em seu *caput*, estabelece a premissa geral, isto é, explicita os tipos de atos que caem no seu âmbito de exame e, uma vez preenchidos aqueles requisitos, parece ser evidente que a operação ou o ato de concentração deverão ser necessariamente submetidos à apreciação do CADE. O fato de o § 3º do artigo 54 determinar os índices considerados *mínimos* para que um ato precise ser comunicado não tem por si só o condão de excluir os que não alcancem aquele patamar *mínimo*, e que igualmente provoquem os mesmos efeitos nefastos à estrutura concorrencial.³⁴

Por fim, para o cálculo do índice de jurisdição relativo ao faturamento bruto anual, o artigo 2º, § 2º da lei de defesa da concorrência³⁵ indica que o faturamento da empresa-mãe estrangeira, quando houver, deve ser incluído na análise. Esse critério é bastante importante na análise dos atos de concentração conglomerada que, como se verá adiante, consiste na operação que envolve empresas que atuam em mercados relevantes distintos e não mantém relação vertical.

Nos quatro casos de concentração mencionados no artigo 54, § 3º da lei antitruste brasileira, quando atingidos os índices ali mencionados, é notória a obrigatoriedade de submissão à aprovação do CADE. Isso porque se trata de uma presunção legal de potencial risco à livre concorrência baseado em critérios objetivos apontados no mesmo dispositivo, quais sejam a participação da empresa ou grupo de empresas resultante em 20% de um mercado relevante, ou faturamento bruto anual de quaisquer dos participantes no último balanço equivalente a quatrocentos milhões de reais.

Não sendo o caso de concentração econômica (mas de cooperação econômica), nota-se que a notificação do caso ao CADE será obrigatória se houver a possibilidade efetiva de resultar em danos à livre concorrência ou resultar na

³⁴ ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, p 327.

³⁵ Lei 8.884/94 - Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos. § 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil. (Incluído pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000).

dominação de mercados relevantes – artigo 54, *caput* -, ou seja, trata-se de um critério subjetivo que será analisado casuisticamente.

Com isso se vê que, a fim de determinar a necessidade de submeter um ato à apreciação do CADE, não é necessário que ele seja caracterizado como uma concentração econômica (§ 3º, artigo 54), pois também as operações que não alcançam os índices jurisdicionais impostos, mas que geram posição dominante no mercado (nessas se incluem as de cooperação), deverão ser analisadas pela autoridade antitruste.

4. NOTIFICAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Dispõe o artigo 54, § 4º que os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo de quinze dias úteis da realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

Importante observação a ser realizada sobre esse parágrafo diz respeito à questão do momento em que deve ocorrer a notificação: previamente à concretização da operação ou no prazo de quinze dias da sua realização. Obviamente, se a notificação da operação de concentração for realizada previamente a sua realização, não haverá maiores problemas relativos à emanção de efeitos pelo ato no mercado.

Ocorre que as empresas optam, na maior parte das vezes, pela comunicação posterior, sendo frequente que tal opção retrate a intenção de implementar o ato completamente antes da sua apresentação, a fim de evitar uma decisão desfavorável. Isso porque os custos sociais do desfazimento de uma operação de concentração podem ser bastante elevados. Em razão dessa dificuldade, os ordenamentos jurídicos norte-americano e europeu adotam o sistema de apresentação do ato anteriormente à sua realização.³⁶

Sabendo que o grande problema sobre a notificação posterior reside na questão dos efeitos e da grande probabilidade de esses serem irreversíveis, pergunta-se: como conciliar a idéia de que o controle dos atos de concentração tem

³⁶ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.499.

caráter preventivo se a notificação do ato pode ser realizada depois, quando já irradia efeitos no mercado e na sociedade?

José Inácio Gonzaga FRANCESCHINI afirma que a análise preventiva da concentração anos depois da sua concretização é uma contradição em termos, pois não há como prevenir algo que já se consumou. Sustenta o autor que o mercado, após a realização de uma concentração, será totalmente diferente do que era antes, de modo que a decisão tardia do órgão antitruste ou versará sobre um mercado “histórico”, ou consistirá em uma intervenção indevida em “outro” mercado que não o objeto da concentração.³⁷

Dispõe o artigo 54, § 7º da Lei 8.884/94 que *a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.*

Na sequência, o § 9º do mesmo dispositivo legal prevê que se o ato de concentração não for analisado sob condição suspensiva ou já tiver emanado efeitos perante terceiros, se o Plenário do CADE decidir pela não aprovação, então determinará *sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.*

Com o objetivo de evitar essas situações, dispõe o Regimento Interno do CADE (Resolução n. 45), nos artigos 139 a 141, que a autoridade antitruste brasileira poderá utilizar-se da celebração de Acordo Preventivo de Reversibilidade da Operação – APRO -, medida que visa resguardar as condições do mercado relevante a fim de evitar a ocorrência de danos irreversíveis até que o Plenário do CADE tenha uma decisão final sobre a operação de concentração.³⁸

Ademais, com objetivo similar, cita-se a possibilidade de medida cautelar que será concedida se verificados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* em face da tutela de defesa da concorrência, podendo haver determinação para que as requerentes mantenham o *status* concorrencial anterior à assinatura do contrato que

³⁷ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.71.

³⁸ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.499-500.

firma a operação. Dessa forma, exige-se que as empresas abstenham-se, até o julgamento do Ato de Concentração, de praticar quaisquer novos atos decorrentes do contrato já realizado.³⁹

Veja-se que o Projeto de Lei de número 3.937 de 2004 – que pretende alterar a Lei 8.884/94 – visa modificar a previsão sobre a notificação dos atos de concentração, determinando que esta seja feita anteriormente à concretização (exame prévio) em lugar da atual possibilidade de notificação até 15 dias depois da realização da operação, com a faculdade de as empresas prosseguirem com a concretização da operação quando o CADE não se manifestar dentro de 90 dias.

Ademais, o artigo 54 § 3º desse projeto pretende manter a faculdade do Conselheiro-Relator, caso autorize ou suspenda, precária ou liminarmente, a realização de ato de concentração econômica, impor condições que visem à preservação da reversibilidade da operação.

Por fim, quanto ao termo inicial de contagem do prazo de quinze dias para notificação referido no § 4º do artigo 54, dispõe o artigo 98 do Regimento Interno do CADE que *considerar-se-á como o momento da realização do ato, para fins de cumprimento no disposto nos §§ 4º e 5º do art. 54 da Lei n. 8.884/94, a data da celebração do primeiro documento vinculativo.*

5. EFEITOS DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS

Para o direito antitruste importam os efeitos (potenciais) que a concentração econômica pode gerar no mercado, e não necessariamente as causas pessoais ou institucionais dos envolvidos. Note-se, todavia, que quando uma concentração é motivada por intenções anticoncorrenciais – com o objetivo de eliminar um concorrente do mercado, por exemplo -, o efeito correlato será nocivo à concorrência.⁴⁰

³⁹ Regimento Interno do CADE (Resolução n. 45, de 28 de março de 2007), artigo 136, *caput*.

⁴⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.25.

São vários os motivos que levam as empresas a realizar atos de concentração econômica, as quais podem trazer efeitos positivos ou negativos ao ambiente concorrencial.⁴¹

(i) Um dos objetivos da concentração econômica pode ser a *possibilidade de entrada ou expansão de atividades*. A Lei 8.884/94 mostra grande simpatia ao crescimento de empresas fundado em processo natural de maior eficiência do agente econômico em relação aos seus competidores, tal como enuncia o artigo 20, § 1º.⁴² Por isso a opção pela entrada ou expansão independentes de uma empresa no mercado constitui o meio de crescimento preferível pelo legislador em relação à compra e eliminação de um concorrente.

No entanto, os custos de aquisição de uma empresa já instalada no mercado são geralmente inferiores aos custos previstos para a entrada independente no mercado. Diante disso, se não houver eliminação substancial de concorrentes a compra poderá apresentar efeitos benéficos ao mercado e à sociedade, conferindo dinamicidade à competição e inovação do setor envolvido.⁴³

(ii) A concentração econômica pode objetivar, ainda, a *neutralização de concorrentes*, colocando-se como uma forma de criação ou de reforço de uma posição monopolística. Por essas razões, costumam ser desaprovadas pela autoridade antitruste. Como se verá adiante no tópico pertinente, as concentrações verticais podem ter como efeito a neutralização da concorrência em outro mercado relevante que não aquele relativo à atividade principal do agente, como ocorre quando há controle do fornecedor.⁴⁴

(iii) A operação de concentração pode também *viabilizar economias de escala e o melhor aproveitamento de recursos*. As economias de escala representam a mola propulsora de todo o processo de tecnificação da produção, e consistem em processos por meio dos quais é reduzido o custo unitário de produção

⁴¹ A explicação dos motivos da concentração econômica que será realizada adiante foi baseada nos estudos de Phillip AREEDA, Louis KAPLOW e Aaron ADLIN, **Antitrust Analysis – problems, text, and cases**, p.674-678.

⁴² Lei 8.884/94 - Art. 20, § 1º *A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.*

⁴³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.26.

⁴⁴ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.471.

de um bem, ao passo em que se aumenta o volume produzido (produção em escala).⁴⁵

Fábio NUSDEO observa que as economias de escala decorrem da inviabilidade ou impossibilidade de o agente econômico produzir equipamentos para serem utilizados a um número reduzido de bens. Disso decorre que, quando o agente econômico não dispõe de recursos suficientes para instalar esses equipamentos, ele acaba por se unir a outro agente com o objetivo de obter a dimensão adequada, ou por ele será absorvido.⁴⁶

As economias de escala não constituem um mal em si, pois podem representar a diminuição dos custos de produção do bem ou serviço – redução essa que, quando repassada ao consumidor, significará a redução do preço da unidade.

(iv) Outra finalidade da concentração apontada por AREEDA, KAPLOW e ADLIN é a *compra de pessoal especializado, de instalações ou de propriedade intelectual, como patentes* – e não necessariamente a compra do agente.

É indubitavelmente mais rápido e mais barato para o agente comprar um negócio já em andamento do que construir um desde o início, principalmente quando envolve uma empresa cuja atividade não guarda correlação direta com aquela desempenhada pela empresa compradora.⁴⁷ Isso é comum nos casos de formação de conglomerados, facilitando o ingresso do agente em mercado relevante desconhecido.

É o que ocorreu no Ato de Concentração n. 08012.005322/2005-31, que trata da aquisição pela Armkel de toda a propriedade intelectual da Devintex relacionada com a marca DepiRoll, ou seja, as marcas, logotipos, patentes, desenhos industriais *know-how*, entre outros. A decisão foi no sentido de extinção do processo sem julgamento de mérito em razão de não haver o atingimento dos índices do artigo 54, § 3º da Lei 8.884/94.

(v) A venda de uma empresa pode visar funções defensivas, representando o meio mais seguro e eficiente de *preservar a continuidade das atividades*, sendo menos impactante para os administradores, trabalhadores, fornecedores, dentre

⁴⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, 3ª ed., rev., atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.148.

⁴⁶ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.148.

⁴⁷ Phillip AREEDA, Louis KAPLOW e Aaron ADLIN, **Antitrust Analysis – problems, text, and cases**, p.674.

outros.⁴⁸ O mesmo objetivo se faz presente em momentos de crise econômica, quando a união de empresas pode representar a única forma de manter a estrutura do agente econômico, evitando um efeito dominó de proporções negativas à sociedade.

(vi) Em países considerados em desenvolvimento econômico, a concentração pode consistir no único meio eficaz para o fortalecimento da empresa nacional, a fim de que esta faça frente à concorrência internacional, ou ainda para salvar empresas em crise ou setores em depressão.⁴⁹ O produto estrangeiro, quando produzido por mega-empresas (produção em escala), possui, por isso mesmo, o preço bastante reduzido, muitas vezes menor do que preço dos produtos nacionais.

Diante disso, o governo pode estabelecer uma barreira à entrada desses produtos estrangeiros no país, principalmente por meio do estabelecimento de impostos de importação maiores, a fim de valorizar o produto nacional.

VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR. sintetizam o assunto, apontando três importantes razões para as concentrações econômicas: relativas ao monopólio, às economias possíveis e à redução das ineficiências de gestão.⁵⁰

Para estes juristas norte-americanos, uma das finalidades da concentração é a *tentativa de monopolização do mercado (attempt to monopolize)*, o que se mostra pouco realizável nos dias atuais em decorrência da força da legislação antitruste. Não obstante, operações que levam a menor grau de poder no mercado são possíveis.

Na sequência, mencionam que as concentrações podem *resultar em economia de gastos (pecuniária ou real)*⁵¹, de forma que a combinação de duas ou mais empresas resultem em maior rentabilidade.

A economia pecuniária (monetária) decorre da compra de bens e serviços mais baratos, e é resultado do maior poder de barganha relativamente aos fornecedores, atribuído ao agente econômico por ocasião da concentração. Já a economia real seria aquela originada com o aumento da especialização ou da

⁴⁸ FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, p.472.

⁴⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.203.

⁵⁰ VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**, 3rd. ed., Massachusetts: The MIT Press, 2000, p.195-198.

⁵¹ Os autores ainda acrescentam as economias relativas à finanças, pesquisa e desenvolvimento, e outras áreas. (**Economics of Regulation and Antitrust.**, p.196).

criação de escalas de economia. Estas economias são socialmente benéficas, e devem, por isso, ser encorajadas pela autoridade antitruste.

Por fim, relativamente à *redução das ineficiências de gestão*, VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR. apontam que pode haver um conflito de objetivos entre os acionistas e os gestores da empresa.⁵² Com base no exemplo citado pelos autores, o gestor de uma empresa que valha 500 milhões de reais opta por investir 100 milhões de reais em pesquisa e desenvolvimento (o que faz a empresa valer 400 milhões de reais). Se eventualmente um agente econômico se interessar pela compra dessa empresa, poderá oferecer aos acionistas a quantia de 450 milhões de reais (a fim de induzir a venda), e depois desfazer os investimentos extravagantes, obtendo, assim, ganhos significativos.

Na doutrina brasileira, vale destacar, ainda, os fatores favorecedores ao processo de concentração referidos por Fábio NUSDEO, que aponta o *progresso tecnológico* (que pode implicar no aumento dos custos fixos de produção), a *possibilidade de discriminação de mercados e de diferenciação de produtos*, a *estrutura favorável de custos para certas empresas* (como o processo de fabricação exclusivo), e por fim a *escassez de espírito empresarial*.⁵³

Cumprido destacar o entendimento de SALOMÃO FILHO, FERRÃO e RIBEIRO, que sustentam que a concentração econômica está associada, basicamente, às causas da desigualdade e da pobreza no Brasil. Dispõem os autores que, no contexto do processo de colonização do Brasil, as concentrações de poder econômico consistiram em um dos mais eficazes instrumentos de extração de renda, o que acabou por consolidar estruturas jurídicas e econômicas que permitem a perpetuação desses efeitos à sociedade.⁵⁴

Defendem que a permanência da concentração econômica e, por consequência, das estruturas de mercado, é eminente e natural, pois, de tempos em

⁵² O acionista visa, essencialmente, a obtenção de lucros máximos, enquanto o gestor tem outros interesses além do lucro, como a manutenção do seu trabalho, o controle dos recursos da empresa, entre outros. (VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust**, p.196).

⁵³ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.275.

⁵⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma**. In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.15.

tempos os aludidos privilégios são sucedidos entre grupos diminutos, o que garante a perpetuação das estruturas e dos efeitos nocivos a elas correlatos.⁵⁵

Nota-se, com isso, que a determinação legal imposta pela Lei 8.884/94 de que as operações de concentração devem ser sujeitas ao controle pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência⁵⁶ é expediente essencial não só para a sustentação do mercado, mas principalmente para o combate aos efeitos prejudiciais que o capitalismo pode trazer tanto aos consumidores como à própria concorrência.

Constata-se, assim, verdadeira dualidade de efeitos das concentrações econômicas, que funcionam ora como instrumento de organização do sistema de mercado e de realocação de recursos econômicos em áreas mais produtivas, ora se materializam como concentração de poder e de renda, sem deixar de dar atenção aos benefícios ao mercado que a concentração pode gerar.

Em razão disso, a análise das concentrações se torna bastante complexa, exigindo do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência profunda análise do ato de concentração à luz da perspectiva econômica e do Direito, de modo a sopesar interesses, prejuízos e eficiências que dela podem advir. *Reconhecer essa realidade é importante na medida em que permite e estimula, para além de ufanismos de momento, a enxergar, criticar, e eventualmente conseguir reformar estruturas que continuam a estimular indicadores sociais negativos.*⁵⁷

6. FORMAS DE CONCENTRAÇÃO

As concentrações econômicas são classificadas pela doutrina em três categorias: *concentração horizontal* (que se processa entre concorrentes),

⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda.** São Paulo: Microart, 2008, p.19. Para a sustentação de um mercado com essas características, os juristas aludem à necessidade de uma redistribuição de renda ao inverso, com o empobrecimento do extrato social inferior e também dos setores econômicos periféricos. Defendem, com isso, que a pobreza é um pressuposto necessário para a existência de poder econômico. (*op. cit.*, p.39-1).

⁵⁶ O SBDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), órgão do Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

⁵⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda.** São Paulo: Microart, 2008, p.37.

concentração vertical (na qual as partes se relacionam dentro de uma cadeia de produção, em uma relação fornecedor-produtor-cliente) e *formação de conglomerados* (quando as empresas envolvidas não possuem, em princípio, qualquer relação entre si).

No artigo 54, §3º da Lei Antitruste o legislador previu, indiretamente, os três tipos de concentração, pois ao mencionar o critério da participação no mercado relevante referiu-se às concentrações horizontais e verticais, enquanto a referência ao faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) pode ser atribuída à formação de conglomerados.

6.1 CONCENTRAÇÃO VERTICAL

A concentração vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos de uma mesma cadeia produtiva e seus canais de comercialização. Ela pode ser realizada “para trás”, quando a empresa adquirida for uma fornecedora de matérias-primas, ou pode ser “para frente”, quando a empresa adquirida utilizar na sua produção os bens gerados pela adquirente.⁵⁸

Diante disso, é possível indicar três tipos de conseqüências que podem advir dessa espécie de concentração: (i) geração de dificuldades aos concorrentes de uma das empresas envolvidas na operação; (ii) criação ou intensificação das barreiras à entrada de novos concorrentes; (iii) facilidade para a formação de conluio entre as empresas envolvidas.⁵⁹

Para os adeptos da Escola de Chicago, somente haverá problemas na concentração entre fornecedor e comprador quando um deles detiver poder de mercado horizontalmente considerado, e quando houver barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes – justamente os requisitos utilizados para identificar as concentrações horizontais.⁶⁰

SALOMÃO FILHO critica essa concepção, ao argumento de que se o controle de concentração vertical se fundamenta no sancionamento de um aumento

⁵⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 48.

⁵⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.48.

⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.307.

de concentração no mercado horizontalmente concentrado, nada haveria a ser controlado no caso de uma concentração vertical, pois nessa situação o poder de mercado horizontalmente concentrado não se cria nem aumenta.⁶¹

A criação de dificuldades aos concorrentes das empresas integradas consiste no bloqueio de uma fatia do mercado, constatado, por exemplo, quando o ato de concentração retira do mercado um fornecedor de matéria-prima. Disso decorre que a possibilidade de realizar negócios com a empresa adquirida será eliminada para os concorrentes da adquirente.⁶²

O aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes será existente na medida em que um potencial concorrente apenas poderá ingressar no mercado relevante concentrado se puder dedicar-se, também, à atividade da empresa adquirida, o que representa aumento dos custos e dificuldade de entrada.⁶³

Finalmente, a concentração vertical pode resultar no incentivo à conduta conclusiva, geralmente sob a forma de cartel⁶⁴, e isso se dá sob dois aspectos. Em primeiro lugar, esse estímulo está associado à maior facilidade de controle da conduta de cada participante do cartel pelos demais integrantes, sobretudo na fase de distribuição do produto. Em segundo lugar, a concentração vertical pode promover a eliminação de um comprador com poder de mercado (um monopsônio) suficiente para fazer frente ao poder dos vendedores.⁶⁵

Em parecer emitido no Ato de Concentração nº 08012.003330/2008-95, que trata da integração entre a Votorantin Cimentos do Brasil LTDA e a Mineração Treze de Maio LTDA, a ProCade destacou que não obstante a integração vertical aparente não gerar efeitos anticoncorrenciais, *é fundamental acompanhar de forma diligente este novo trend toward concentration, envolvendo a aquisição de produtores de brita por fabricantes de concreto dosado, sobretudo pelos indícios de conclusão e cartelização que já se verificaram na história recente.*

⁶¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.308.

⁶² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.49.

⁶³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.49

⁶⁴ O cartel consiste em uma forma de eliminação da concorrência de preços entre os agentes de um mercado relevante, cujo potencial lesivo é diretamente proporcional à sua estabilidade, ou seja, quanto mais difícil seja aos seus membros esquivar-se do acordo e ganhar uma fatia de mercado mais consistente será o cartel. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *op. cit.*, p.49).

⁶⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.49.

Quando se trata de analisar os prejuízos que uma concentração vertical pode trazer ao ambiente concorrencial, vê-se que a sua constatação é complexa, sendo que a autoridade antitruste, por muitas vezes, analisa as condutas pregressas das empresas envolvidas. Diante disso, o CADE já ressaltou a importância do estudo das possíveis barreiras à entrada no contexto das integrações verticais. Assim destacou o Conselheiro Relator Fernando de Oliveira Marques:

É sabido que os efeitos da integração vertical são mediatos, ou seja, não se verificam de pronto danos ao ambiente concorrencial, como, por exemplo, a eliminação de um concorrente no mercado quando da ocorrência de uma concentração horizontal. O que se busca analisar, em sede de integração vertical, é se haverá aumento nas barreiras à entrada em um dos dois mercados verticalizados que poderá alterar a estrutura dos segmentos envolvidos na operação.⁶⁶

A Escola de Chicago muito influenciou na postura da doutrina antitruste norte-americana no que diz respeito às concentrações verticais e os efeitos que delas podem advir. Se num primeiro momento esse tipo de concentração era julgado ilícito de *per se*, num segundo momento, inspirados nas idéias dessa linha, as autoridades antitruste passaram a admitir algum benefício ao mercado. Essa nova posição apóia-se, sobretudo, no argumento de que as concentrações verticais podem reduzir os custos de transação entre as empresas, o que beneficiarias os consumidores com a redução do preço final do produto.⁶⁷

Ana Maria de Oliveira NUSDEO alerta que as concentrações verticais podem trazer resultados nefastos à concorrência quando ocorrer em um mercado já concentrado horizontalmente, situação na qual os efeitos gerados aos distribuidores e produtores não integrados verticalmente, bem como o aumento das barreiras à entrada serão sentidos com maior força.⁶⁸

É bastante provável, ademais, que de uma primeira concentração vertical num mercado já oligopolizado desencadeie uma sucessão de concentrações que não terá fim até que grande parte de ambos os mercados envolvidos estejam integrados.⁶⁹

⁶⁶ Ato de Concentração n. 08012.004243/2001-89, que tratou da aquisição pela Cedant do controle acionário da Galileo, que envolveu o mercado nacional de prestação de serviços por meio de sistema de reserva por computador (GDS).

⁶⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.50.

⁶⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.50.

⁶⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.311.

Tomando esse raciocínio como base, SALOMÃO FILHO questiona se seria correto, então, que a autoridade antitruste permitisse as primeiras concentrações num mercado e impeça as que lhe sucedam sob o argumento de que essas últimas comprometeriam a concorrência. O jurista afirma que se trata de uma questão de equidade, e sugere a *teoria da incipiência* como a solução, uma vez que a partir dela é possível aplicar com mais rigidez os critérios de sancionamento das concentrações quando estas ocorrerem em mercados já oligopolizados.⁷⁰

Assim, conhecendo os possíveis efeitos que a concentração vertical pode gerar - sobretudo o possível desencadeamento de concentrações nos mercados relevantes, e a facilidade de atuação colusiva dos agentes -, evidencia-se a importância do seu controle em caráter preventivo.

VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR. indicam três possíveis benefícios que podem ser criados pela concentração vertical. Em primeiro lugar, pode haver *redução dos custos de transação*, que são os custos nos quais incorre a empresa ao recorrer ao mercado na procura por algum fornecedor, por exemplo. Em segundo lugar, esse tipo de concentração pode trazer *economias tecnológicas*, decorrentes da proximidade física entre as fases de produção e distribuição, por exemplo.

E por fim, os autores indicam que a concentração vertical pode trazer o benefício de *eliminar monopólios sucessivos*; a concentração vertical (entre produtor e distribuidor) é socialmente preferível a monopólios sucessivos (monopólio de produtores, e outro monopólio de distribuidores).⁷¹

As concentrações potencialmente danosas ao ambiente concorrencial – e nestas se incluem as concentrações que não alcancem, necessariamente, o grau de concentração exigido para as concentrações horizontais – devem ser submetidas a controle, a teor do que disciplina o § 3º do artigo 54 da Lei Antitruste, que traz dois critérios alternativos (e não substitutivos) para identificar uma concentração.

6.2 CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

A concentração horizontal consiste na integração entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, ou cujos produtos sejam substitutos e concorrentes

⁷⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.311.

⁷¹ VISCUSI, VERNON, HARRINGTON JR., **Economics of Regulation and Antitrust**, p.219-223.

entre si (ou seja, no caso de aumento do preço de um deles, o outro seria a opção dos consumidores).⁷² Em outras palavras, será considerada uma concentração horizontal aquela que envolva empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto, ou empresas cujos produtos sejam tidos como substitutos um dos outros.

Em se tratando de uma forma de concentração que resulta na retirada de um concorrente do mercado, temos essa espécie como a que pode oferecer maiores prejuízos à livre concorrência⁷³, o que atrai a atenção da autoridade antitruste para o controle das concentrações horizontais.

A preocupação com esse tipo de concentração diz respeito, basicamente, a três possíveis efeitos prejudiciais à concorrência⁷⁴: (i) em mercados oligopolizados, pode haver um aumento da possibilidade de as empresas não envolvidas no ato de concentração adotarem um comportamento colusivo; (ii) formação de um agente em posição dominante, desestimulando a formação independente dos preços; e por fim (iii) em mercados menos desenvolvidos, pode levar um agente econômico à posição de monopolista.⁷⁵

Na análise antitruste desses atos de concentração horizontal, deve-se sempre ter em mente que a integração de empresas nem sempre é a única opção para promover o fortalecimento do agente econômico no mercado. Em algumas situações, é possível que esse objetivo seja alcançado por outras vias, tais como a expansão da capacidade produtiva.⁷⁶ Aliás, pode-se afirmar que, ao contrário das demais espécies de integração, a alternativa natural à concentração horizontal é o crescimento interno.⁷⁷

Neste ponto, NUSDEO destaca a importância de as empresas darem preferência aos investimentos na sua eficiência produtiva interna do que às concentrações. A jurista enfatiza que essa alternativa, além de não implicar na retirada de um concorrente do mercado, promove um crescimento socialmente

⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 301.

⁷³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 46.

⁷⁴ Vale frisar que tais efeitos serão percebidos se o mercado no qual o ato de integração se processa já é relativamente concentrado, pois, em se tratando de um mercado atomizado (caracterizado pela presença de vários pequenos e médios competidores) o impacto de uma concentração horizontal entre eles não seria tão significativo. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *op. cit.*, p.47).

⁷⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.47.

⁷⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.47.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.302.

vantajoso ao reduzir preços e aumentar a qualidade dos produtos e serviços que presta.⁷⁸

É imprescindível destacar que as concentrações horizontais também podem trazer benefícios ao mercado e à economia, situações nas quais a autoridade antitruste deve aprovar essas concentrações. É o que ocorre quando uma operação promove o aumento da eficiência, que pode ser obtida com a formação de economias de escala (que reduz o custo unitário de produção).

Diante de um ato de concentração no qual haja comprovado aumento da eficiência da nova empresa, a autoridade antitruste deverá analisar em que medida o meio escolhido – a consolidação de empresas – é proporcional aos fins que se deseja obter, se não haveria alguma alternativa menos lesiva ao mercado, se não resultará na eliminação excessiva da concorrência e se seus benefícios serão repartidos equitativamente com a sociedade.⁷⁹

Frise-se, todavia, que o crescimento interno nem sempre representa uma opção. Há situações em que a concentração é mais viável do que a expansão da capacidade produtiva, como no caso em que as empresas que pretendem se unir possuem bens de capital complementares, os quais conjugados promovem a melhoria da qualidade dos produtos, o que seria impraticável com o investimento no crescimento individual de cada empresa.⁸⁰

Em razão disso, infere-se que a concentração horizontal será tanto mais favorecida pela autoridade antitruste quanto mais for demonstrado que o crescimento interno não é uma opção para as empresas.⁸¹ O aumento da capacidade produtiva interna não será viável, por exemplo, quando o aumento de escala necessário para atingir a eficiência de produção demandar custos muito elevados ou muito tempo de investimento.

6.3 CONCENTRAÇÃO CONGLOMERADA

As concentrações conglomeradas são aquelas operações não abrangidas pelos tipos vertical e horizontal, de modo que as empresas adquirente e adquirida

⁷⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.47.

⁷⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.48.

⁸⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.302.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.303.

desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diferentes e não relacionados verticalmente.⁸²

No direito norte-americano, houve quem sustentasse que não haveria necessidade de controle de formação de conglomerados, ao argumento de que deles não decorreria a formação de poder de mercado.⁸³ No direito brasileiro, todavia, não há dúvidas quanto à necessidade de controle dos conglomerados, pois o requisito do faturamento mencionado no § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 abrange qualquer tipo de concentração.

Os casos que mais interessam à autoridade antitruste dizem respeito às conglomerações que envolvem empresas cujos mercados relevantes guardam alguma relação.⁸⁴

Isso pode se dar com a *extensão geográfica*, que ocorre quando a adquirente e a adquirida produzem bens similares em mercados relevantes distintos, e também com a *extensão do produto*, que ocorre quando as empresas produzem bens relacionados entre si de alguma forma (por exemplo, quando uma empresa que fabrica sabão em pó e detergentes resolve adquirir uma empresa que produz amaciantes).⁸⁵

Pode ocorrer, ainda, que os bens produzidos pelas empresas em concentração conglomerada não possuam qualquer relação entre si, originando os denominados *conglomerados puros*, que, todavia, não constituem objeto de preocupação da autoridade antitruste.⁸⁶

Com relação à eficiência gerada numa concentração conglomerada, apesar de essa não ser tão evidente como nas concentrações vertical e horizontal, pode-se afirmar que, em alguns casos, a formação de conglomerados pode reduzir alguns custos, repercutindo no aumento da sua eficiência. A condição de empresa conglomerada pode, pois, permitir a compra de maior volume de matéria-prima por

⁸² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.50.

⁸³ SALOMÃO FILHO refere-se a V.R. BROOK como contrário a esse controle. (**Direito Concorrencial – as estruturas**, p.319).

⁸⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.50.

⁸⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.51.

⁸⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.51.

um preço inferior, bem como o maior aproveitamento na realização de pesquisa e desenvolvimento.⁸⁷

Ana Maria de Oliveira NUSDEO destaca dois possíveis problemas que as concentrações conglomeradas podem trazer ao ambiente concorrencial: (i) eliminação de concorrentes potenciais; (ii) adoção de práticas de discriminação das empresas não participantes do grupo.

Inicialmente, em regimes de monopólio ou oligopólio, a possibilidade de exercício de poder de mercado é minimizada em razão da existência de concorrência em potencial, ou seja, agentes econômicos que não atuam no mercado relevante em questão, mas que podem ser atraídos para esse mercado diante da alta lucratividade. Vê-se, então, que a aquisição de um desses concorrentes em potencial eliminaria a pressão sobre os agentes do mercado, deixando-os livres para exercer seu poder de mercado.

Ana Maria de Oliveira NUSDEO enfatiza, ainda, a existência de dois tipos de concorrência potencial: a concorrência potencial *percebida*, e a concorrência potencial *efetiva*.

A *concorrência potencial percebida* é aquela em que os agentes de mercado reconhecem uma empresa como potencial concorrente, o que os leva a evitar a prática de preços supracompetitivos. Isso significa que se o comportamento da empresa que atua no mercado for influenciado pela possibilidade de entrada de outra empresa - ou seja, se a existência do outro limitar a 'independência' e 'indiferença' com que age a empresa considerada -, então a aquisição poderá gerar prejuízos à livre concorrência.⁸⁸

Já a *concorrência potencial efetiva* consiste naquela em que a influência no comportamento da empresa apenas ocorreria se houvesse a efetiva entrada no mercado. Assim, a operação de concentração apenas prejudicaria a concorrência se houver provas concretas de que o agente econômico iria realmente se instalar naquele mercado. Essa teoria tem pouca aplicação na prática, justamente em razão da dificuldade de sua comprovação.⁸⁹

O fato de as concentrações conglomeradas originarem grandes grupos econômicos com poder em vários setores da economia torna os conglomerados

⁸⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 51.

⁸⁸ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.469.

⁸⁹ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.469.

grande preocupação daqueles que vêm nas concentrações a possibilidade de poderem condicionar a atuação dos poder públicos, utilizando o poder econômico para finalidades políticas.⁹⁰

⁹⁰ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p. 468.

CAPÍTULO II.

ESTRUTURAS DE MERCADO ANTE A CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. O MERCADO RELEVANTE

No sistema brasileiro, o método dominante para a medição do poder econômico de um agente é aquele que parte da definição do mercado no qual este concorre.⁹¹ Tanto na repressão às condutas anticompetitivas (art. 20 da Lei 8.884/94) como no controle de atos de concentração que possam de qualquer forma limitar a livre concorrência (art. 54 da mesma Lei⁹²), a autoridade antitruste previamente considera a delimitação do mercado em que se inserem os agentes econômicos sob análise.

Quando da submissão de um ato de concentração econômica para análise pela autoridade antitruste, a primeira providência a ser por ela tomada é a delimitação do espaço no qual as empresas envolvidas se relacionam, o que permitirá a determinação do grau de concorrência enfrentado, bem como o percentual relativo à participação do agente resultante da operação.

De forma geral, o *mercado relevante* será aquele espaço no qual se inserem todas as empresas cuja produção tenha efeito imediato e substancial no comportamento – principalmente no que tange à formação de preços e quantidade de produção – das empresas do mesmo mercado.⁹³

No contexto do controle de atos de concentração econômica, a definição do mercado relevante é imprescindível para aferir a provável existência de poder

⁹¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 107.

⁹² Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, **ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços**, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 3º **Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). (Redação dada pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000).** (grifamos).

⁹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.28.

econômico, em que grau virá a se manifestar e em que medida poderá interferir no ambiente competitivo do mercado com a realização da concentração.

Assim, o mercado relevante consiste no contexto no qual o poder econômico se manifesta, em virtude do que uma avaliação incorreta do primeiro induzirá a erro também quando da avaliação do segundo.⁹⁴

Como visto, a submissão do ato de concentração à análise pelo CADE decorre da existência de uma presunção de geração de prejuízos à concorrência daquela operação que implicar na dominação de 20% do mercado em que se insere.⁹⁵ A definição mais ampla, em geral, inclina-se para a descaracterização da existência de poder de mercado, uma vez que mais produtos estarão inclusos nesse mercado e serão tidos como sucedâneos. Já a definição mais restrita poderá resultar na constatação de um poder de mercado superestimado.⁹⁶

A delimitação do mercado relevante permite verificar quais produtos concorrem entre si, de forma a estabelecer um mercado (apartado dos demais) considerado *relevante*, a fim de disciplinar o poder econômico e a tutela da concorrência.⁹⁷

⁹⁴ BRUNA, Sérgio Varella, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83.

⁹⁵ Presunção esta relativizada pelos parágrafos 1º e 2º do artigo 54 da Lei Antitruste:

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;
b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou
c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

⁹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.30-31. A professora assevera que a ausência de critérios únicos de definição do mercado relevante gera uma margem de discussão sobre as suas fronteiras pelas partes envolvidas na operação de concentração, e também a divergência na doutrina quanto ao critério mais adequado – nessa situação, a discussão tende a um caráter ideológico: aqueles que defendem um mercado mais livre defenderão critérios mais ampliativos para definição do mercado relevante, e o contrário ocorrerá com aqueles que defendem um direito antitruste mais severo.

⁹⁷ BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**, p.77.

Em se tratando da análise desse tipo de operação, considerar isoladamente os comportamentos pretéritos dos agentes econômicos envolvidos ou apenas os concorrentes presentes não constitui um método por si só eficaz na identificação de poder de mercado. Isso porque a autoridade antitruste levará em consideração *projeções dos efeitos da possível concentração econômica* em dado mercado, obtidos a partir da análise econômica.⁹⁸

O mercado relevante será delimitado sob duas perspectivas: (i) *a do produto*, pois cada bem ou serviço pode concorrer com os produtos que lhe sejam semelhantes e pelos quais possa ser substituído; e (ii) *a geográfica*, pois cada produto concorrerá com aqueles a que os consumidores possam ter acesso dentro de um espaço geográfico.⁹⁹

1.1 MERCADO RELEVANTE DOS PRODUTOS

O mercado dos produtos – ou mercado material – é aquele no qual os agentes estabelecem relações de concorrência, considerando-se o bem ou serviço que estes produzem ou prestam,¹⁰⁰ e é feita a partir da perspectiva do consumidor e dos concorrentes. Considera-se, assim, o lado da procura (quais os produtos são considerados pelos consumidores como substitutos) e o lado da oferta (se há possibilidade técnica de substituição entre os produtos, a existência de barreiras à entrada, entre outros).

Pode-se afirmar que a preferência é pela perspectiva da substituição do lado da demanda, o que *implica enfatizar o papel do consumidor como foco do poder de mercado, posto que é sobre ele que o poder é exercido, e são suas reações alternativas que contam para identificar o grau de poder envolvido no caso em análise.*¹⁰¹

⁹⁸ O princípio da racionalidade monopolística, criado pela teoria econômica marginalista, concebe que não existe poder de mercado não exercido: o agente econômico age, necessariamente, no sentido de obter maiores lucros. Ainda que esse princípio possa identificar o poder de mercado, vê-se a sua inutilidade em distinguir as situações de poder lícito das de poder ilícito. Não se deve transportar acriticamente os conceitos econômicos para o âmbito jurídico. (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.108-109).

⁹⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.29.

¹⁰⁰ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p. 241.

¹⁰¹ Voto da Conselheira Relatora Lucia Helena Salgado e Silva, no Ato de Concentração n. 27/94 (Kolynos do Brasil LTDA e Colgate-Palmolive Co.).

O processo de delimitação do mercado relevante começa com a definição dos possíveis substitutos dos produtos (ou grupo de produtos) que estão sob análise. O que vai determinar a inclusão de agentes econômicos em um mercado relevante material é a *fungibilidade* (ou intercambialidade) do produto, ou seja, a possibilidade de o consumidor considerar a substituição do bem por outro semelhante produzido por outro agente.¹⁰²

O professor Benjamin SHIEBER destaca a necessidade de aplicação da *regra da possibilidade razoável de substituição* de um produto por outro a fim de que evitar o absurdo de que cada produto constitua seu próprio mercado, o que nos informa se esses produtos compõem um mesmo mercado relevante, ou seja, se eles concorrem entre si.¹⁰³

O elemento da substitutividade tem destaque na definição de mercado do produto adotada na Resolução n. 49 do CADE:

[Um mercado relevante do produto] compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode ser composto por um certo número de bens/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento.

Esse conceito é o mesmo utilizado pela Comissão Européia, como se vê na nota da Comissão relativa à definição do mercado relevante para efeitos no direito comunitário da concorrência. Considera-se que o mercado relevante do produto compreende todos os produtos e/ou serviços que sejam considerados permutáveis ou substituíveis por parte do consumidor em razão das características do produto, seus preços e utilização.¹⁰⁴

¹⁰² Com relação à *semelhança* entre os produtos considerados, é interessante o exemplo que a professora FORGIONI oferece: apesar da aparente semelhança, uma caneta de plástico não está em relação de concorrência com uma caneta de pedras preciosas, vez que não satisfazem a mesma necessidade do consumidor. Ao contrário, produtos bastante distintos podem ter destinações iguais, como embalagens de plástico rígido e o filme plástico, ambas destinadas ao condicionamento de alimentos. (**Os Fundamentos do Antitruste**, p. 242). Veja-se que em ambos os casos a análise converge para as preferências do consumidor, o que a torna casuística.

¹⁰³ SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, p.49.

¹⁰⁴ Tradução livre de: *A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use. (In Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition Law).*

As *Horizontal Mergers Guidelines* do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América e da Comissão Federal do Comércio trazem a previsão de um instrumento analítico utilizado para constatar o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços. Vale transcrever o seguinte trecho:

Um mercado é definido como um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual é produzido ou vendido de forma que, uma hipotética maximização de lucros por uma empresa não sujeita a regulação de preços, e que seja a única (presente ou futura) produtora ou vendedora dos produtos nessa área, provavelmente implicaria, pelo menos, um 'pequeno, porém significativo e não-transitório' aumento de preço, considerando que todas 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 é maior que o necessário para satisfazer esse teste. O 'pequeno, mas significativo e não-transitório' aumento de preço é empregado apenas como uma ferramenta metodológica para a análise das fusões: não é um nível de tolerância para aumento de preços.¹⁰⁵

O teste ao qual as *Horizontal Mergers Guidelines* se referem é adotado pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, que convencionou denominá-lo *teste do monopolista hipotético*. Essa portaria define esse teste como o procedimento consistente em considerar – para um conjunto de bens ou serviços e áreas específicos, começando pelos produtos e vendas das empresas envolvidas na operação - qual seria o resultado final de um “pequeno porém significativo e não-transitório” aumento de preços para um suposto monopolista de um determinado bem ou serviço.

Se como resultado desse teste o monopolista não considerar o aumento de preços uma prática rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original do mercado relevante aquele produto (e sua respectiva área) que seja o substituto mais próximo do produto da nova empresa formada com a operação de concentração. Esse procedimento será repetido até que seja identificado um grupo de produtos e localidades para os quais seja interessante ao monopolista praticar variações de preços.

¹⁰⁵ U.S. Department of Justice and The Federal Trade Commission – *Horizontal Mergers Guidelines*. Tradução livre de: *A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose as least a 'small but significant and nontransitory' increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than necessary to satisfy this test. The 'small but significant and nontransitory' increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases.*

De acordo com esse teste do monopolista hipotético, o mercado relevante pode ser definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que o suposto monopolista tenha condições de impor esse “pequeno porém significativo” aumento de preços.

Consta da aludida Portaria Conjunta que a definição de um mercado relevante consiste na identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores que efetivamente provocam uma limitação nas decisões relativas a preços e quantidade de produção da empresa resultante da operação de concentração.

Ademais, considera-se que dentro dos limites de um mercado relevante o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtos será maior do que fora dos limites desse mercado.¹⁰⁶

A real dimensão do mercado e a mensuração do poder de mercado apenas serão constatadas a partir de uma análise dinâmica e casuística, a qual permite o exame das elasticidades cruzadas¹⁰⁷. Ou seja, apenas com a verificação (ou projeção) dos efeitos gerados por um aumento de preços será possível analisar a movimentação dos consumidores no sentido de substituir um produto por outro.¹⁰⁸

Um agente estará exercendo poder econômico, então, quando os consumidores não puderem substituir uma parcela considerável da demanda para bens substitutos ou bens provenientes de outra região. A substitutibilidade do produto implica, portanto, em verificar se é possível concluir que o consumidor substituirá o produto “X” por um concorrente próximo (substituição do lado da demanda), ou se novos produtores entrarão no mercado, passando a produzir esse bem “X” (substituto do lado da oferta).¹⁰⁹

¹⁰⁶ A partir disso é possível inferir que a definição do mercado relevante está estritamente ligada à noção de *poder de mercado*, que consiste na existência de possibilidade de o agente influenciar preços. Isso porque um dos elementos a ser considerado na delimitação do mercado envolvido na operação de concentração é a possível reação dos consumidores com a variação de preços do bem ou serviço. Quanto mais o consumidor dispôr de alternativas para substituir um dado produto, menor a possibilidade de o poder de mercado ser exercido pela capacidade de aumento de preços.

¹⁰⁷ A elasticidade cruzada expressa a razão das variações da procura por um determinado produto em função de variações no preço de outro produto. (...) será alta quando uma dada variação de preço do produto analisado provocar um grande aumento na procura do produto paradigma, e será baixa quando esta mesma variação de preços não cause sensível variação na procura de outro produto. (BRUNA, Sérgio Varella, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**, p.84.

¹⁰⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.109.

¹⁰⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.108-109.

Benjamin SHIEBER pondera que a análise da possibilidade de substituição do produto deve ser bastante rigorosa, pois é necessário que haja *real* substitutividade entre os produtos, ou seja, os consumidores devem considerar efetivamente a troca entre produtos. Produtos que podem ser *tecnicamente* substituídos por outro não constituem um dado significativo. Assim, conclui-se que a mera possibilidade técnica de substituição não é o único fator determinante da inclusão de um produto no mesmo mercado que outro: a provável reação dos consumidores ante a substitutividade é fator decisivo.¹¹⁰

Veja-se que em um mercado de concorrência pura (tipo abstrato), no qual há uma homogeneidade absoluta entre os produtos, considera-se a existência de um único mercado, pois o produto de uma empresa se confunde plenamente com os de seus concorrentes. No entanto, quando os produtos adquirem algum grau de diferenciação, forma-se uma rede de mercados.¹¹¹

A reação dos consumidores será obtida, então, a partir do exame de outros elementos que não apenas a reação ao aumento de preços, dentre os quais é possível citar as características do produto e sua finalidade.

Diante disso, a Portaria Conjunta SEAE/SDE discorre que a probabilidade de reação dos consumidores de substituir o produto ou serviço diante de um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços será analisada mediante os seguintes fatores: (i) características físicas do produto. (ii) características do processo produtivo; (iii) propriedades comerciais do produto; (iv) evolução dos preços e quantidades vendidas; (v) tempo e custos envolvidos na decisão de consumir ou de produzir produtos substitutos; entre outros.¹¹²

Além disso, em alguns casos, pode-se incluir no mesmo mercado relevante os produtores em potencial, ou seja, aquelas empresas que não produzem atualmente o produto, mas que podem vir a produzi-los em decorrência do “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços, dentro de no máximo um ano.¹¹³

É possível perceber desde logo que a análise da fungibilidade entre produtos não é tarefa fácil, sendo comum o uso do critério econômico da elasticidade

¹¹⁰ SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, p.50.

¹¹¹ BRUNA, Sérgio Varella, **O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício**, p. 76-77.

¹¹² Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50.

¹¹³ Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50.

cruzada. Todavia, a existência de certo grau de elasticidade cruzada pode não significar que os consumidores estão dispostos a substituir o produto por outro, mas pode, antes, indicar que a empresa em posição dominante esteja praticando preços abusivos. Disso resulta que a elasticidade cruzada somente deve ser considerada para fins de delimitar o mercado relevante quando os agentes econômicos praticarem preços competitivos.¹¹⁴

Assim, faz-se necessário destacar as dificuldades enfrentadas na utilização desse método:¹¹⁵

- (i) *Nível de aumento de preços*¹¹⁶: há dificuldade em definir o nível de aumento de preços que será utilizado como base para o teste. Se utilizar um nível muito elevado, a definição do mercado relevante será excessivamente ampla, do que decorrerá a conclusão de que os agentes não possuem poder no mercado. Utilizar um nível muito baixo implicaria o oposto.
- (ii) *Demonstrar a existência de substituição*: é questão mais econômica que jurídica, e segue alguns critérios, como por exemplo, a comprovação de que os consumidores efetivamente substituirão o produto por outro.
- (iii) *O montante a ser incluído*: o problema consiste em saber qual o montante de produtos ou da produção substituta deverão ser incluídos. Requer uma análise diferenciada para o mercado do produto e para o mercado geográfico, referindo-se aos substitutos da demanda e aos substitutos da oferta.

Vale frisar que basear a identificação do poder de mercado de um agente econômico unicamente na capacidade de aumentar preços (ou, no caso, delimitar o mercado relevante unicamente a partir do aumento hipotético de preços) não é um método eficaz por si só. Para identificar o mercado relevante e o provável poder de

¹¹⁴ FORGIONI, citando HOVENKAMP, **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p. 242-243.

¹¹⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 110 – 114.

¹¹⁶ Ana Maria de Oliveira NUSDEO aduz que, na análise de migração dos consumidores para outro produto ou de ingresso de novos produtores – diante de um aumento de preços -, os preços utilizados como paradigma devem ser baseados naqueles cobrados em concorrência, mesmo quando já estiverem em um patamar supracompetitivo (sob pena de resultar na delimitação muito ampla do mercado). (**Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.29-30).

mercado que pode advir da concentração econômica é necessário ter em vista todo o contexto no qual a operação se desenvolve, devendo a autoridade antitruste considerar também as características do produto, preços e utilização.

Diante das dificuldades apontadas e da complexidade na análise dos elementos identificadores, entende-se que a análise do mercado relevante na perspectiva dos produtos é predominantemente casuística, estando, pois, sujeita às diversas possibilidades inerentes às relações de mercado. Cumpre à Ciência Econômica fornecer ao Direito os elementos de forma mais objetiva possível, deixando aos aplicadores da lei a função de conformação destes indicativos ao caso concreto.

1.2 MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

HOVENKAMP defende que o mercado relevante geográfico compreende a área na qual o agente econômico é capaz de aumentar os preços sem perder um grande número de clientes, que substituiriam o produto, e/ou sem atrair novos produtores que produzam bens similares em outra área.¹¹⁷

Na seara jurídica brasileira, a Resolução número 49 do CADE assim define o mercado geográfico:

[Um mercado relevante geográfico] compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos (bens ou serviços) em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores, características dos produtos.

Fábio Ulhoa COELHO enfatiza a importância da delimitação geográfica do produto no Brasil em razão das grandes e variadas diferenças regionais, tanto em termos econômicos como culturais.¹¹⁸

A definição do mercado relevante geográfico é bastante importante na análise de um ato de concentração, pois delinear-lo em proporções excessivas pode levar à descaracterização da existência de poder de mercado, mesmo quando haja grande concentração.¹¹⁹

¹¹⁷ Citado por FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.234.

¹¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei 8.884/94**, p. 58.

¹¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.120.

A utilização da expressão *dominação de mercados relevantes* no *caput* do artigo 54 da Lei 8.884/94 revela a intenção do legislador de adotar a existência de vários mercados inseridos em um mercado, este nacional. Benjamin SHIEBER assevera que “a adequação do preceito a um só mercado que abrangesse todo o território nacional serviria mal aos fins da lei, já que permitiria o domínio econômico do país se fosse feito em parcelas do mesmo território.”¹²⁰⁻¹²¹

SALOMÃO FILHO destaca a maior dificuldade de identificar a substituição do lado da oferta e do lado da demanda quando da definição do mercado relevante geográfico. De forma simplificada, afirma o jurista que os substitutos da oferta são observados quando da instalação de uma nova fábrica na área em estudo, enquanto os substitutos da demanda se fazem presentes quando o consumidor se desloca para outra localidade a fim de adquirir o produto.¹²²

Diante disso, entende-se viável a observação a alguns elementos pela autoridade competente quando da definição do mercado relevante geográfico. Eis alguns dos citados pela professora Paula FORGIONI¹²³:

- (i) *Hábitos dos consumidores*: deve-se verificar se o consumidor está disposto a deslocar-se para outra localidade a fim de adquirir outro produto similar ou idêntico, o que será feito de acordo com cada caso.
- (ii) *Incidência de custos de transporte*: o custo do transporte de um produto pode tornar inviável a sua comercialização em outra área, o que acaba por tornar esse elemento um dos mais influentes na definição geográfica do mercado.
- (iii) *Características do produto*: a durabilidade do produto ao transporte é muito relevante na análise. FORGIONI enfatiza que já se decidiu que o leite pasteurizado não compõe o mesmo mercado relevante geográfico do

¹²⁰ SHIEBER, Benjamin M., **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 44.

¹²¹ Pertinente acrescentar a observação de Fábio Ulhoa COELHO de que “ninguém domina globalmente a economia de um país, por mais poder econômico e político que possua”, devendo-se “especificar os limites do ramo de fornecimento de produtos ou serviços em que se manifesta o domínio econômico.” Do contrário, aduz o jurista que a ampliação excessiva do mercado relevante afastaria o sentido jurídico-operacional do poder de mercado detido por um agente. (**Direito Antitruste Brasileiro – comentários à Lei n. 8.884/94**, p.59).

¹²² SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.121.

¹²³ FORGIONI, Paula A., **Os Fundamentos do Antitruste**, p.238-240.

leite fresco, em razão daquele suportar viagens mais longas, podendo concorrer em uma área mais ampla.

(iv) *Existência de barreiras à entrada de novos competidores*¹²⁴: as barreiras, como altos impostos de importação ou a taxa de câmbio, podem restringir o mercado relevante geográfico de um produto.

Por meio desses elementos a definição do mercado relevante geográfico torna-se mais clara e objetiva, facilitando na análise das operações de concentração econômica, tanto na perspectiva do mercado interno (envolvendo cidades, estados, e até mesmo bairros), como na perspectiva internacional (quando envolver empresas estrangeiras).

a) Mercado interno

Os custos relativos ao transporte de produtos e a preferência dos consumidores constituem dados do mercado interno que são decisivos na análise da possibilidade de inclusão dos produtores estrangeiros na delimitação geográfica do mercado.

Em regra, é possível incluir o mercado das demais regiões do país apenas quando o preço na região vendedora somado aos custos de transporte não superam os preços praticados pelos produtores concorrentes na região compradora.¹²⁵

Como exceção a essa regra, aponta-se a situação em que essa diferença de preço entre região exportadora e importadora decorre da insuficiência de produção do agente importador para suprir o seu mercado, pois nesse caso há chances de haver aumento de produção na região importadora, o que retirará automaticamente a exportadora do mercado. Com isso, presumindo concorrência perfeita, zona que exporta somente tornará seu produto viável na importadora se a diferença entre os custos de produção for maior que os custos de transporte.¹²⁶

¹²⁴ A Resolução n. 49 do CADE dispõe que *a definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos ofertados por firmas situadas fora dessa área. As firmas capazes de iniciar a oferta de produtos na área considerada após uma pequena mas substancial elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico.*

¹²⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 124.

¹²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 125.

Assim, SALOMÃO FILHO defende que, regra geral, a presença de vendas significativas de produtos de outra região permite a inclusão do total da sua produção, contanto que não haja barreiras econômicas, como os mencionados custos de transporte, e também a preferência dos consumidores.¹²⁷

b) Mercado internacional

Determina o artigo 2º da Lei 8.884/94 que as suas disposições aplicar-se-ão às práticas cometidas, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nele possam produzir efeitos. Se for possível concluir pela inclusão da produção da empresa estrangeira no mercado local, pode-se concluir então que a concentração econômica gera efeitos no território nacional, e, por isso, deve ser submetida à análise pelo CADE.¹²⁸

Trata-se da consagração da *doutrina dos efeitos* oriunda do direito norte-americano, que, segundo Maria Cecília ANDRADE, *independentemente do local onde o ato ou contrato foi celebrado, interessa apenas apurar se os seus efeitos repercutiram ou irão repercutir no território nacional.*¹²⁹

Disso decorre que, se a infração foi cometida por empresa sediada no Brasil mas seus efeitos se projetam apenas em mercados estrangeiros, a legislação brasileira não será aplicada, sendo facultado ao CADE, por força de convenções ou tratados, colaborar na análise do caso.¹³⁰

Os atos de concentração econômica realizados no exterior podem gerar efeitos que podem repercutir dentro do território brasileiro, e por isso devem ser incluídos na interpretação do dispositivo mencionado. A necessidade de análise desse ato pela autoridade antitruste brasileira – com esteio no artigo 54 da lei antitruste - será necessária, então, quando for possível incluir a produção das empresas estrangeiras no mercado brasileiro.¹³¹

¹²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 127.

¹²⁸ Em 2005, o CADE editou a Súmula n. 1, que determina que na aplicação do critério estabelecido no art. 54, § 3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

¹²⁹ ANDRADE, Maria Cecília, **O Controle de Concentração de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94**, p. 300-301.

¹³⁰ COELHO, Flávio Ulhoa, **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94.**, p.8.

¹³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 128.

Com relação à inclusão ou não de produção estrangeira, SALOMÃO FILHO destaca o pensamento de R. POSNER ¹³², representante mais tradicional das idéias liberais da Escola de Chicago. Sua teoria é denominada *diversion approach*, e consiste em conferir igual tratamento aos produtores nacionais e aos internacionais, ou seja, suas concepções se aplicam tanto à definição do mercado interno como o externo.

POSNER defende que, se um produtor estrangeiro realiza algumas vendas no mercado local, então toda a sua produção deve ser incluída na definição do mercado. Argumenta que se o produtor já realizou vendas – ainda que reduzidas -, então tem também a capacidade de transpor eventuais barreiras do mercado local.

Para o redirecionamento ilimitado da produção, POSNER faz alusão a dois pressupostos: (i) que o acesso seja duradouro; (ii) que o produtor estrangeiro seja capaz de atingir o consumidor específico, e não aquele de área mais distante no país. ¹³³ Neste último caso, para que se possa incluir os produtores internacionais no mercado, basta que as barreiras interregionais sejam superiores às barreiras internacionais (assim, o produtor interno, de outra região do país, enfrentará mais dificuldade de acessar o mercado local do que o produtor internacional, o que é comum em países com grande extensão territorial como o Brasil).

Com isso, na delimitação do mercado geográfico relevante, pode-se admitir a aplicação da teoria posneriana com relação ao mercado interno, mas não no que tange ao mercado internacional, uma vez que superestima a chance de expansão do produtor internacional no mercado interno.

1.3 ALTERAÇÃO DOS LIMITES DO MERCADO RELEVANTE

A definição do mercado relevante é o passo inicial na análise antitruste, servindo não só para a constatação da existência de posição dominante, mas também, e principalmente, para permitir o exame da possibilidade de o ato de concentração trazer efeitos negativos ou positivos ao ambiente concorrencial. Diante

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p. 122-123.

¹³³ POSNER adota esse último pressuposto em razão da preocupação com a perda de competitividade das indústrias norte-americanas com a “invasão” de produtos orientais na costa leste dos Estados Unidos, tendo sido recepcionada pelas *Mergers Guidelines* de 1984 e de 1992. (SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.123).

disso, a adoção de diferentes métodos de delimitação do mercado relevante em uma operação de concentração poder levar a diferentes resultados, sendo decisiva para o resultado final da operação a adoção desses critérios.

O processo da globalização trouxe modificações nos limites dos mercados relevantes, especialmente no que refere ao aspecto geográfico. Tal como sublinha Ana Maria de Oliveira NUSDEO, os elementos que mais influenciam a sua fixação são os custos de transporte dos produtos, as barreiras à entrada, e o gosto do consumidor, que passa por crescente homogeneização em decorrência do intercâmbio cultural e comercial mais intensos.¹³⁴

Diante disso, questiona-se a viabilidade de delimitar mercados globais diante do fenômeno da globalização e da diminuição de barreiras ao comércio internacional. Entende-se, no entanto, ser inviável essa pretensão, pois há evidentes barreiras qualitativas entre os produtos da economia doméstica e aqueles estrangeiros – resultado de variações cambiais, existência de cotas de importação, dentre outros fatores.¹³⁵

A análise desses elementos torna bastante complexa a definição do mercado relevante quando se trata de analisar a concorrência potencial de produtos importados. No Brasil admite-se a inclusão no mercado relevante apenas os produtos *efetivamente* importados, e não aqueles decorrentes de potenciais importações.

No Ato de Concentração n. 08012.004453/2001-77, (Procosa Produtos de Beleza LTDA e Revlon Inc.) o parecer da SEAE quanto ao mercado geográfico envolvido foi no sentido de não considerá-lo internacional, pois consumidores e concorrentes consideraram inviável economicamente a importação de produtos de beleza, pois o preço não se mostrava atrativo em razão da desvalorização do câmbio.

Por outro lado, o parecer da SEAE no Ato de Concentração n. 08012.8850/2006-22 (CHS Inc. e Mustigrain Comércio, Importação e Exportação S/A) incluiu no mercado relevante de trigo tanto a produção interna do produto como externa, pois efetivamente as requerentes importam o produto e revendem no mercado nacional.

¹³⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.212.

¹³⁵ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.213.

Apesar de a experiência antitruste brasileira demonstrar dificuldade e incluir produtos estrangeiros como concorrentes em potencial, é importante que seja levado em consideração a possível ameaça das empresas estrangeiras às nacionais, situação na qual a defesa das empresas em crise pode ser viável.¹³⁶

2. CONCORRÊNCIA PERFEITA

A análise da concentração dos mercados é realizada a partir de modelos descritivos de tipos de mercado, variáveis conforme a quantidade de agentes neles atuantes. Conquanto não haja separações absolutas, de acordo com o grau de concentração, identificam-se cinco tipos de estruturas de mercado: (i) concorrência perfeita, (ii) concorrência imperfeita ou monopolística, (iii) oligopólio, (iv) monopólio, e (v) o monopólio bilateral.

Nesta ordem colocada, a intensidade da concorrência é máxima na concorrência perfeita, diminuindo gradativamente até a situação de monopólio bilateral. Isso deixa claro que a concentração de um mercado é *questão de grau e não algo que, pura e simplesmente, existe ou não existe*.¹³⁷

O modelo de estrutura de mercado da concorrência perfeita é o que possui maior grau de abstração, servindo de paradigma para a análise dos demais modelos. Constitui mais uma abstração teórica para explicar o funcionamento do mercado em concorrência pura do que uma descrição da realidade, servindo de contraponto aos mercados concentrados.¹³⁸

A concorrência perfeita é caracterizada pela atomização do mercado, ou seja, é marcada pela presença de grande número de compradores e vendedores – todos eles pequenos com relação ao todo - que interagem entre si.

Nenhum dos agentes econômicos será forte o suficiente para influenciar o preço¹³⁹ - não podendo aumentá-lo (sob pena de perder suas vendas) nem diminuí-

¹³⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.214.

¹³⁷ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**, p.262.

¹³⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.32.

¹³⁹ Na concorrência perfeita, as empresas maximizam a sua remuneração produzindo até que seu custo marginal (custo adicional para produzir uma unidade a mais do produto) se iguale ao preço (que é um dado, não passível de alteração).

lo (sob pena de sofrer prejuízos com os custos de produção) -, nem reduzir unilateralmente a oferta (pois a parcela não vendida é suprida pelos concorrentes).

Diante da tendência nula de obtenção de lucros a partir do modelo de concorrência perfeita torna-se impossível imaginar um processo de desenvolvimento permanente, com aumento do grau tecnológico e qualitativo de produtos, pois não há geração de recursos para investimentos de tal ordem.¹⁴⁰ Nesse modelo o preço é um dado natural e objetivo, e principalmente único para todos os agentes. Em razão disso, na concorrência perfeita não existe a figura do lucro, mas tão-somente uma remuneração do produtor pelo seu custo de oportunidade.¹⁴¹

Além disso, a concorrência perfeita pressupõe a homogeneidade do produto, ou seja, não há grau de diferenciação (qualitativa, sobretudo) entre os produtos ofertados pelos diferentes agentes econômicos. Não há economias de escala, tampouco economias externas para oferecer competição. Os agentes em concorrência perfeita, ademais, possuem ampla facilidade de entrar ou sair do mercado, havendo amplo acesso a informações relevantes.

Essas são as características essenciais da concorrência perfeita apontadas por Fábio NUSDEO¹⁴². O jurista ressalta que, sem prejuízo dessa abstratidade, o modelo pode ser encontrado em alguns casos da realidade, citando como exemplo a feira livre, o mercado internacional que envolve as chamadas *commodities* (produtos dotados de relativa homogeneidade e alta mobilidade), e as bolsas de valores ou mercadorias.¹⁴³

3. CONCORRÊNCIA IMPERFEITA OU MONOPOLÍSTICA

Consiste o monopólio no regime de mercado em que o poder econômico se encontra na sua magnitude, pois retrata a situação em que apenas um agente econômico atua simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e a venda, ou seja, o preço e a quantidade.

¹⁴⁰ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.265.

¹⁴¹ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.264.

¹⁴² NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.263-265.

¹⁴³ Para esses casos existem normas legais e regulamentares que visam manter essas condições de concorrência perfeita, como é o caso da Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Por isso, quando se faz alusão a um mercado monopolizado, comumente se está a referir à existência de apenas um agente econômico atuando no mercado, o monopolista, e de apenas um comprador do produto, o monopsonista ¹⁴⁴⁻¹⁴⁵

O que se vem percebendo, todavia, é a utilização da expressão monopólio para referir-se a mercados em que não há apenas um agente econômico atuando no mercado.

Sendo rara a existência de apenas um produtor de determinado bem ou serviço (salvo nos casos de patentes), a autoridade antitruste considera monopolizado aquele mercado em que há um agente dominante e outros concorrentes, estes pequenos, e inaptos a fazer frente à força do monopolista. A concorrência imperfeita, a exemplo da perfeita, é caracterizada pela presença de um grande número de compradores e de vendedores, porém, sem os demais requisitos presentes nessa última, especialmente o da homogeneidade do produto. ¹⁴⁶

Não há, na concorrência imperfeita, a atomização do mercado, e os agentes econômicos não atuam apenas em função do preço que tenha sido fixado por um mercado único. O mercado é, antes, compartimentado, de modo que em cada um desses compartimentos é possível sentir a influência de um ou alguns agentes econômicos, decorrência da existência de um certo grau de diferenciação entre os produtos. ¹⁴⁷

Essa diferenciação de produtos pode constituir uma forma de obter domínio de mercados se as empresas que detêm as principais marcas se valerem de práticas abusivas. Pode também, por um lado, representar um estímulo às

¹⁴⁴ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.272.

¹⁴⁵ Trata-se dos *monopólios bilaterais* - regime pouco encontrado na prática, principalmente em razão do fenômeno da globalização -, que são o extremo oposto à concorrência perfeita, pois há um único vendedor e um único comprador do produto, situação na qual dificilmente se sustenta a existência de um mercado propriamente dito - exceto em se considerando a entrada potencial de concorrentes. Presume-se nesse caso a presença de absoluto conflito entre monopolista e monopsonista, pois aquele visará o máximo de remuneração pelo produto, e esse o máximo de produto com mínimo dispêndio. Diante disso, a melhor solução encontrada é a fixação de um acordo, por meio do qual as partes se associam para desfrutar de uma posição monopolista. (NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.273).

¹⁴⁶ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.265.

¹⁴⁷ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.265. O jurista enfatiza que a diferenciação do produto pode ser *objetiva*, quando da variação do acabamento ou apresentação do produto, como pode ser *subjetiva*, quando por meio de símbolos, propaganda, marcas, patentes ou logotipos induzem o consumidor a preferir determinado bem. Ambos os tipos promovem a diferenciação do produto e a discriminação entre mercados, ao que Fábio Nusdeo denomina *procura viscosa*, que vem a ser aquela procura grudenta que sob várias formas se apega a determinados fornecedores em função do tipo de atendimento, da decoração do estabelecimento, (...) entre outros. (*op. cit.*, p.266).

concentrações econômicas, na medida em que a fidelidade dos consumidores e os custos de publicidade constituem uma barreira à entrada de novos agentes. Por outro lado, pode impedir o conluio entre concorrentes – preocupação central nos casos de oligopólio.¹⁴⁸

AREEDA, KAPLOW e ADLIN sustentam que substâncias fisicamente similares não são necessariamente o mesmo produto. Elas podem ser diferenciadas por pequenas distinções na composição, no canal de distribuição, ou marca anunciada. Mesmo fisicamente e funcionalmente, itens idênticos podem ser diferenciados se os consumidores acharem sejam eles diferentes.¹⁴⁹

Um agente econômico pode, pois, deter um poder econômico de tal proporção que viabilize a sua atuação de forma independente dos demais agentes do mercado, sujeitando o comportamento desses ao daquela empresa. Diante disso, verifica-se que a formação de um mercado monopolizado não depende da ausência completa de concorrência, bastando que ela seja insuficiente para influenciar a atuação daquele agente que detém posição dominante.

Sobre a caracterização de um mercado monopolizado, FORGIONI assim resume¹⁵⁰:

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outros agentes econômicos práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado. Basta a influência, o *poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma*, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.

O monopolista tem o poder de reduzir a quantidade oferecida ao mercado e, ao mesmo tempo, fixar o preço do bem ou serviço tão alto possível, maximizando seus lucros.¹⁵¹ Isso origina um dos problemas do monopólio, denominado pela teoria econômica de *dead weight loss* (peso morto), que representa a situação na

¹⁴⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p. 35.

¹⁴⁹ AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aron. **Antitrust Analysis – problems, text, and case**. 6th ed., New York: Aspen Publishers, 2004, p.493-494. Tradução livre: *Physically similar substances are not necessarily the same product. They may be differentiated by small differences in composition, distribution channel, or advertised brand name. Even physically and functionally identical items may be differentiated if consumers, whether wisely or not, suppose them to be differentiated.*

¹⁵⁰ FORGIONI, Paula A., **Breves notas sobre a posição dominante e seu abuso**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, v.36, n.107, p.46, jul./set. 1997. São Paulo: Malheiros Editores.

¹⁵¹ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.269.

qual o aumento substancial dos preços exclui uma faixa de consumidores que não está disposta a pagar aquele valor pelo produto, não havendo a transferência desses recursos aos produtores.¹⁵²

Outro problema relativo aos monopólios diz respeito à preocupação com o destino do faturamento extra obtido pelo monopolista, que provavelmente será direcionado para a manutenção da sua posição no mercado. SALOMÃO FILHO assevera que é possível presumir que *grande parte deles é utilizada na corrupção de órgãos governamentais, financiamento de campanhas de políticos vinculados aos interesses do monopolista ou, mais genericamente, ao lobbying perante agências governamentais.*¹⁵³

É possível ainda apontar como um fator característico do mercado monopolizado o fato de que o comportamento do agente monopolista é guiado pela *ausência de riscos*, ou seja, o agente detentor de posição dominante poderá adotar estratégias sem o receio de sofrer prejuízos, o que não aconteceria em um mercado competitivo.¹⁵⁴

Isso leva a uma dificuldade de interligação entre os mercados compartimentados, pois em cada um deles haverá algum agente com posição muito semelhante a de um monopolista, motivo pelo qual a concorrência imperfeita é também denominada concorrência monopolística.¹⁵⁵

Afirma Benjamin SHIEBER que em situações de monopólio é difícil, senão impossível, promover os benefícios da concorrência, pois o número limitado de agentes em um mercado torna fácil a atuação conjunta sem haver qualquer acordo entre as empresas: para elas, mostra-se mais cômodo deixar a situação como está do que enfrentar a concorrência com adversários que são tão fortes quanto ele.¹⁵⁶ Isso pode representar um verdadeiro retrocesso no desenvolvimento do mercado, contribuindo, ademais, para o encolhimento dos investimentos em tecnologia e do aprimoramento de produtos e serviços.

Percebe-se, entretanto, que o monopólio não constitui um regime de mercado absoluto, pois o poder do monopolista estará sempre limitado pela

¹⁵² NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.39.

¹⁵³ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.146.

¹⁵⁴ FORGIONI, Paula A., **Concentração de Empresas e Direito Antitruste**, p.315.

¹⁵⁵ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.267.

¹⁵⁶ SHIEBER, Benjamin, **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA**, p.51.

possibilidade de outros agentes econômicos ingressarem nesse mercado, atraídos pela alta lucratividade, ou ainda pela possibilidade de surgirem produtos sucedâneos (substitutíveis).¹⁵⁷

O monopolista pode se utilizar de diversas estratégias para manter a sua condição no mercado, como a excessiva publicidade e a prática predatória aos concorrentes que tentam ingressar no mercado, trazendo prejuízos à sociedade. Há, todavia, algumas estratégias que, apesar de reforçar a condição monopolista do agente, trazem benefícios aos consumidores e à sociedade como um todo. É o caso do aumento nos investimentos na inovação e aperfeiçoamento dos produtos, que o monopolista realiza com vistas a aumentar o custo de inserção de potenciais competidores no mercado relevante.¹⁵⁸

Bem de ver que o fator relativo às inovações tecnológicas promovidas pelo monopolista pode tomar feição inversa, ou seja, se é verdade que os monopólios, em um primeiro momento, podem representar ganhos de escala, percebe-se, em um segundo momento, a existência de uma tendência à acomodação, desaparecendo a preocupação com os concorrentes em função da posição privilegiada que o agente detém no mercado.¹⁵⁹

Vale frisar ainda a existência dos chamados *monopólios naturais*, que consistem na situação na qual os custos de produção fixos, representados pelo maquinário, instalações, entre outros, são desproporcionalmente elevados em relação aos custos variáveis (matéria-prima, energia, etc.). Nesse caso, serão as próprias condições estruturais-tecnológicas de um dado setor que irão impedir a sua organização em regime de concorrência.¹⁶⁰

Por fim, a figura do *monopsônio* refere-se ao monopólio do lado da procura. A atitude do monopsonista consiste em retardar ao máximo o momento das compras, a fim de forçar os vendedores a oferecer um preço mais baixo. É situação

¹⁵⁷ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.70.

¹⁵⁸ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.70.

¹⁵⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.146

¹⁶⁰ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.270-271. Nessas situações demanda-se proteção dos consumidores, o que é realizado por meio da nacionalização das empresas atuantes no setor ou pela criação de órgão reguladores, quando mantidas no campo privado. Fábio Nusdeo enfatiza que pode haver desclassificação de certos setores como monopólios naturais quando da ocorrência de alterações na procura (quanto maior a procura mais espaço há para novos agentes) ou na oferta (progresso tecnológico, que reduz os custos de produção fixos). Se constatada a possibilidade de um setor de funcionar em concorrência, é necessário organizar essa transição, o que se deu no Brasil por meio da regulamentação estatal com a criação de agências reguladoras especiais, como a Aneel, Anatel e a ANP.

comumente enfrentada pelos produtores rurais que, para tentar se defender desse expediente recorrem ao governo pedindo o arbitramento de um preço justo e razoável para o produto, ou então promovendo a sua concentração, mediante a formação de cooperativas.¹⁶¹

4. OLIGOPÓLIO

Do grego *oligos* (poucos) e *polein* (vender), trata-se do regime em que a oferta está nas mãos de poucos agentes econômicos. Essa situação é possível tanto quando os vendedores constituem um *pequeno grupo*, como quando, embora haja grande número de agentes na oferta, poucos são os que possuem grande capacidade produtiva – como ocorre na indústria automobilística.^{162 - 163}

A noção do que é *pequeno* não pode ser decidido na teoria, mas apenas na prática. Não obstante, em princípio, o critério utilizado é se as empresas levam em conta ações de seus rivais para decidir sobre suas próprias escolhas. Em outras palavras, a essência do oligopólio é a *reconhecida interdependência* entre as empresas.¹⁶⁴

O oligopólio é um regime extremamente volátil, pois há grande possibilidade de esses poucos produtores promoverem um conluio (como o cartel¹⁶⁵), gerando efeitos similares ao de um monopólio. Há o incentivo para um aumento progressivo

¹⁶¹ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.272. Essas cooperativas estarão sujeitas aos efeitos da Lei 8.884/94, como se vê no Processo Administrativo n. 08012.001280/2001-35, que visa apurar imposição por parte da cooperativa médica Unimed Encosta da Serra de exclusividade de filiação a seus cooperados, sob pena de desligamento.

¹⁶² NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.267.

¹⁶³ O *oligopsônio* refere-se ao oligopólio de compras, ou seja, situação na qual haja poucos compradores de um produto cujos produtores são atomizados. Por exemplo, cita-se o caso típico dos comerciantes de produtos agropecuários, cuja quantidade é pequena em cada região, mas o número de ofertantes bastante elevado. (NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.269).

¹⁶⁴ VISCUSI; VERNON; HARRINGTON JR. *Economics of Regulation and Antitrust.*, p.101. Tradução livre de: *How small is small cannot be decided in theory but only in practice. Nevertheless, in principle, the criterion is whether firms take into account their rivals actions in deciding upon their own choices. In other words, the essence of oligopoly is recognized interdependence among firms.*

¹⁶⁵ Acordo realizado expressamente entre concorrentes a fim de regular a concorrência em um mercado relevante, todos visando a obtenção de lucros. A estabilidade dos cartéis depende de fatores como o consenso entre os seus membros, a capacidade de controle dos preços, etc. (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.36)

e paralelo de preços, seguindo o comando (*price leadership*) de um dos integrantes do oligopólio.¹⁶⁶

Em razão dessa “parceria” entre os oligopolistas, é provável que eles adotem os chamados procedimentos estratégicos, deixando de lado as alternativas idealmente mais benéficas para evitarem que a busca dessas alternativas resulte na abertura para outros competidores.

É o que pode ser denominado *exercício coordenado do poder de mercado*¹⁶⁷, que, segundo o parecer da SEAE no Ato de Concentração n. 001697.2002-89, envolvendo Nestlé-Garoto, consiste na situação em que a empresa resultante de uma fusão aumenta seus preços e é acompanhada por sua concorrente, a qual não tem capacidade e/ou incentivos para adotar uma postura agressiva (de guerra de preços), pois é muito mais lucrativo seguir a estratégia da empresa fusionada e também vender os seus produtos a preços mais elevados.

Os elaboradores do aludido parecer, citando Michael J. REYNOLDS, enfatizam três condições que permitem o exercício coordenado do poder de mercado: (i) as empresas que participam do oligopólio conhecem o comportamento dos seus concorrentes, o que dá margem à monitoração da atuação; (ii) as empresas do oligopólio, com receio de sofrer retaliação, não implementam qualquer estratégia de deserção; e, por fim, (iii) a existência de altas barreiras à entrada, o que permite às empresas oferecer preços elevados aos consumidores.

A doutrina antitruste a respeito do comportamento interdependente em mercados oligopolizados toma por base o modelo comportamental da chamada *teoria dos jogos*, que aponta a estratégia racional de cada um dos agentes em função do comportamento provável dos demais concorrentes. Nos mercados oligopolizados a atuação independente de cada agente é substituída por um comportamento que projeta a reação dos concorrentes a cada tipo de conduta adotada.¹⁶⁸

Esse exercício coordenado do poder de mercado por parte dos membros do oligopólio requer a existência de um sistema de informações que permita a cada um dos concorrentes saber rapidamente o comportamento do outro – motivo pelo qual

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.148.

¹⁶⁷ Também chamado de *comportamento interdependente*, reflete a atuação conclusiva entre os agentes mais fortes do mercado sem haver, todavia, acordo expresso entre eles. (NUSDEO, ANA Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas** p.36).

¹⁶⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.37.

quanto menor o número de participantes maior a facilidade na transmissão de informações.

Além do paralelismo na atuação dos agentes econômicos, a identificação da estrutura do oligopólio exige que esse comportamento seja intencional (no sentido não acidental). A intencionalidade será constatada, por exemplo, quando houver uma reação imediata dos agentes econômicos aos movimentos dos seus concorrentes.¹⁶⁹

A identificação de uma situação de comportamento interdependente intencional apresenta grande dificuldade prática. Em decorrência disso, a autoridade antitruste brasileira tem dado grande atenção à estrutura oligopolística na análise de atos de concentração, com o objetivo de evitar a formação dessas estruturas.¹⁷⁰

No controle dos atos de concentração (sobretudo nas concentrações verticais), a autoridade antitruste redobra a cautela em havendo estruturas oligopolistas. Isso porque, como alerta SALOMÃO FILHO, a operação de concentração feita por qualquer membro do oligopólio pode servir aos interesses do grupo oligopolista como um todo, suspeita que é reforçada se houver demonstrações de comportamento paralelo ou interdependente.¹⁷¹

Sobre a relação existente entre o exercício coordenado de poder entre oligopolistas e uma operação de concentração, o parecer elaborado pela SEAE no Ato de Concentração n. 08012.011196/2005-53¹⁷² faz extensa análise sobre probabilidade, abordando todos os elementos aqui explicados. Vale transcrever os seguintes trechos desse parecer:

Uma operação que atinja um mercado concentrado pode resultar em limitações expressivas à concorrência efetiva através da criação ou reforço de uma posição dominante. Em geral, operações que afetam mercados já concentrados aumentam a probabilidade de as empresas poderem coordenar o seu comportamento e aumentar os preços, mesmo sem concluírem um acordo ou sem recorrerem a práticas concertadas na acepção dos artigos 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Um ato de concentração poderá, também, tornar a coordenação mais fácil, mais estável ou mais efetiva para as empresas que já coordenavam o seu comportamento antes da concentração, quer ao reforçar a coordenação

¹⁶⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.37.

¹⁷⁰ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.38.

¹⁷¹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.156.

¹⁷² A operação, cujos requerentes são Air Liquide Brasil Ltda e White Martins Gases Industriais Ltda, diz respeito à constituição de uma *joint venture*, visando o fornecimento de gases do ar (oxigênio, nitrogênio e argônio) para a C.S.A..

quer ao permitir que as empresas coordenem o seu comportamento relativamente a preços ainda mais elevados.

Em razão disso, se constatada a existência de suficientes indícios da existência da estrutura oligopólio e da conduta paralela intencional em momento anterior à potencial operação de concentração, a sua análise deverá levar em conta a participação dos oligopolistas como um todo.¹⁷³

Não havendo acordo, ou havendo um rompimento, esses agentes tendem a atuar de maneira muito próxima ao da concorrência imperfeita, cada um buscando individualmente uma maior fatia do mercado (situação bastante comum em tempos de crise).¹⁷⁴ Isso pode ocorrer quando, por exemplo, há imprecisão na transmissão de informações entre os membros do oligopólio ou das suas reações.

Essa busca por fatias do mercado é principalmente baseada na *diferenciação entre produtos*, por meio de inovações tecnológicas, melhor acabamento, promoções, brindes, campanhas publicitárias, entre outros, o que acaba por refletir a preocupação dos oligopolistas (comum aos monopolistas) de manter altas as barreiras à entrada de novos competidores.¹⁷⁵ Essa diferenciação de produtos e o desaparecimento da competição nos preços geram diferentes *nichos de mercado*, onde cada membro do oligopólio exerce seu poder livremente.¹⁷⁶

VISCUSI, VERNON e HARRINGTON JR. aduzem que quando os produtos se tornam diferenciados, será pequeno o aumento na demanda em razão da diminuição do preço do seu concorrente. Alguns consumidores estão dispostos a comprar o produto do seu concorrente, mesmo a um preço superior (que é a consequência de os produtos serem diferenciados).

Os juristas prosseguem asseverando que, em razão de uma empresa não conseguir o máximo da demanda dos concorrentes por baixar seu preço, há um incentivo reduzido para as empresas para definir preços menores. Como resultado, os preços serão tão mais elevados quanto mais os produtos das empresas sejam diferenciados, situação na qual os consumidores nem sequer percebem outros

¹⁷³ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.156.

¹⁷⁴ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.267.

¹⁷⁵ NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico**, p.268.

¹⁷⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**. p.148.

produtos como sendo substitutos, de modo que cada empresa será efetivamente um monopolista "local", cobrando o preço de monopólio no seu mercado.¹⁷⁷

Diante do exposto, resta demonstrada a razão pela qual a autoridade antitruste deve redobrar os cuidados ao analisar um ato de concentração que envolva um mercado relevante já concentrado, devendo levar em consideração a conformação das relações já existentes nesse mercado. Vê-se assim a grande importância do controle estrutural preventivo, que é realizado pelo controle dos atos de concentração.

5. O PARADIGMA ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO

A relação existente entre a estrutura do mercado e o seu funcionamento levanta a questão da possível danosidade dos mercados concentrados à concorrência, o que nos remete à teoria desenvolvida nos Estados Unidos conhecida como *paradigma da estrutura-conduta-desempenho*.

De acordo com esse paradigma, a estrutura determina *necessariamente* a conduta do agente econômico, e esta determina, por sua vez, o desempenho do mercado. Tem por base, portanto, a existência de uma relação inerente entre as estruturas de mercado e o seu funcionamento.¹⁷⁸

Isso significa que os agentes econômicos inseridos em uma estrutura concentrada *tenderão* a adotar condutas anticoncorrenciais. O mercado anticoncorrencial seria identificado, portanto, com o simples reconhecimento da concentração concomitante à existência de lucros superiores aos dos mercados competitivos. Ana Maria de Oliveira NUSDEO afirma que esse grande enfoque dado às estruturas em relação ao desempenho do mercado levou a uma redução da

¹⁷⁷ VISCUSI; VERNON; HARRINGTON JR., **Economics of Regulation and Antitrust**, p. 113. Tradução livre de: *As products become differentiated, the rise in demand from undercutting your competitor's price is reduced. Some consumers are willing to buy your competitor's product even at a higher price (that is what it means for products to be differentiated). Because a firm does not get as much of its competitor's demand from lowering its price, there is a reduced incentive for firms to set low prices. As a result, prices are higher, in equilibrium, when firms products are more differentiated. When firms products are so differentiated that consumers do not even perceive them as being substitutes, each firm is effectively a "local" monopolist and charges the monopoly price for its market.*

¹⁷⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.42.

análise dos comportamentos dos agentes econômicos, pois essas condutas seriam decorrência da estrutura.¹⁷⁹

Em razão disso, a política antitruste realça a importância de um controle estrutural preventivo, o qual é realizado, justamente, pelo controle de atos de concentração.

Influenciado pela Escola de Harvard - que vê a concorrência como um valor em si mesmo -, o paradigma foi adotado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Gesner OLIVEIRA e João Grandino RODAS indicam cinco fases na análise dos atos de concentração.

A primeira fase refere-se à verificação da existência de impactos estruturais, o que é feito mediante a definição dos mercados relevantes envolvidos na operação, a identificação das firmas participantes e o estudo dos efeitos da concentração sobre os mercados delimitados.

A segunda fase compreende a dinâmica do mercado e os potenciais efeitos da operação. Nesse momento, por meio da análise da interação das empresas, das tendências de mercado ou mesmo da capacidade de produção dos agentes envolvidos na operação, é possível delinear o possível padrão comportamental dessas empresas, trazendo a probabilidade de a operação motivar coalizões (tácitas ou intencionais) entre as empresas do mercado.

A terceira fase é composta pela análise das condições de entrada de novos agentes econômicos no mercado. É realizado pela identificação das chamadas barreiras à entrada, que consistem nas condições que permitem às empresas de um dado mercado de perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de outras empresas, atraídas pela alta lucratividade.

A quarta fase trata da análise das eficiências compensatórias, o que significa que a autoridade antitruste levará em consideração os possíveis ganhos de bem-estar dos consumidores com a operação de concentração.

A quinta fase, por fim, considera o *motivo preponderante da economia nacional e do bem comum* como fator de atenuação das condições impostas à autorização de uma operação, nos termos do artigo 54, § 2º da Lei de Defesa da Concorrência.¹⁸⁰

¹⁷⁹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.42.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**, p.119-129.

A Escola de Chicago criticou o paradigma estrutura-conduta-desempenho, questionando o papel exclusivo da estrutura para a presunção do mau funcionamento de um mercado. Esses teóricos defendem que é a conduta do agente econômico o fator determinante da estrutura do mercado, e não o contrário. Desse modo, divergiam também do fato de esse paradigma desconsiderar os possíveis efeitos pró-competitivos que podem advir das práticas anticoncorrenciais.¹⁸¹

Ademais, nas situações em que se verifiquem imperfeições no mercado (as chamadas *falhas de mercado*, dentre as quais se pode inserir a concentração econômica¹⁸² e o poder de monopólio), os estudiosos da Escola de Chicago consideram a intervenção do Estado como produtora de ineficiências maiores que as próprias imperfeições do mercado.¹⁸³

Em crítica à utilização desse paradigma pelo direito concorrencial brasileiro, FRANCESCHINI assevera que se trata de um método de análise importado de um sistema estrangeiro sem cautela quanto à sua pertinência ao sistema brasileiro, de modo que produz inconsistências bastante adequadas a uma lógica retórica, mas carente de correlação à realidade do mercado.¹⁸⁴

O jurista defende a instabilidade do paradigma em razão de o mercado relevante ser definido, principalmente, por meio do teste do monopolista hipotético (Capítulo II, item 1.1), método que mais se aproxima da perspectiva da oferta, “curiosa e contraditoriamente” à preferência do direito concorrencial de delimitar o mercado relevante sob o prisma da demanda.¹⁸⁵

FRANCESCHINI argumenta, ademais, que esse paradigma não passa de um exercício especulativo de adivinhação, pois a análise dos atos de concentração se preocupa mais com os efeitos que uma estrutura de mercado pode trazer do que com as causas dessa estrutura, *relevando a segundo plano a eficiência de maior*

¹⁸¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.79.

¹⁸² NUSDEO, Fábio, **Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico**, p.146.

¹⁸³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.56-57.

¹⁸⁴ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.71.

¹⁸⁵ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.73.

*valor e merecedora de maior estímulo, a inovativa, a única capaz de criar o que Schumpeter denominou criação destrutiva do estado-da-arte.*¹⁸⁶

Algumas dessas críticas foram incorporadas pelo Direito Antitruste a partir da revisão de diversos aspectos ligados ao paradigma estrutura-conduta-desempenho, por exemplo, com a aceitação de que as concentrações econômicas podem gerar eficiências por meio das economias de escala. É de se reconhecer que essa teoria trouxe muitos benefícios à doutrina antitruste brasileira, como a atenção ao conceito de mercado relevante, a noção de barreiras à entrada, bem como a relevância em detectar a existência de poder de mercado na análise dos atos de concentração.¹⁸⁷

É a partir do controle preventivo de estruturas de mercado que se evita tanto a formação de estruturas que se inclinam à monopolização ou ao domínio de mercado, como a formação de estrutura oligopolizada que permita a atuação colusiva dos seus membros. Por isso não se entende pertinente a afirmação de FRANCESCHINI de que o controle de concentração econômica se resume a um enorme e fútil dispêndio de esforços ao estudo de operações de concentração.

Tal como pondera Ana Maria de Oliveira NUSDEO, não obstante o ponto de partida da análise de atos de concentração ser a análise da estrutura (mercado relevante), ou seja, do grau de concentração do mercado, vê-se que a autoridade antitruste utiliza, na sequência, vários outros fatores que não estão ligados à análise estrutural, como a aferição da probabilidade de os agentes adotarem condutas anticompetitivas e do aumento de eficiência.¹⁸⁸

O controle meramente estrutural do poder no mercado – por meio da fragmentação de agentes econômicos – é medida que traz consigo muitos inconvenientes, podendo repercutir muito negativamente sobre a ordem econômica, por exemplo, com o bloqueio de progressos tecnológicos.¹⁸⁹

José Tavares ARAÚJO JR cita um célebre precedente da *Monopolies Commission* no Reino Unido, envolvendo a Pilkington - a empresa mais eficiente do mundo na produção de vidro plano em razão do controle de uma tecnologia

¹⁸⁶ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma.** In Revista de Direito da Concorrência, n.2, abr./jun. 2004, p.75.

¹⁸⁷ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.43.

¹⁸⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.43.

¹⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto, **Direito Concorrencial – as estruturas**, p.375.

revolucionária, o *float process* -, em que se decidiu que a manutenção do seu monopólio atendia ao interesse público britânico, determinando, apenas, que excluíssem a tarifa de 20% sobre as importações de vidro.¹⁹⁰

Neste caso, essa decisão se deu em razão de a Pilkington ter adotado uma política de preços no mercado doméstico ligeiramente menores que a inflação nacional, além de beneficiar o balanço de pagamentos com suas exportações e com os *royalties* da tecnologia *float process*.¹⁹¹

É possível perceber que a autoridade antitruste britânica não considerou a adoção de desestruturação do monopólio provavelmente por esta medida poder trazer prejuízos de proporções imensas, de maneira que a sua manutenção, com a imposição de algumas restrições na sua conduta, mostrou-se mais adequada do que o controle meramente estrutural. Levou-se em conta, portanto, os benefícios que aquela estrutura trazia ao mercado britânico.

Além disso, a intervenção agressiva do Estado na economia por meio do controle meramente estrutural levanta questões de ordem constitucional, no que refere ao princípio da propriedade privada e o caráter de dirigismo da economia por essa forma de atuação.¹⁹²

Aspectos políticos, como a necessidade de preservação das empresas de pequeno porte, ou a preocupação com os interesses do consumidor e a busca por um certo equilíbrio nas relações de mercado são umas das razões que justificam a criação das leis antitruste e a busca pela tutela da concorrência pelo controle dos atos de concentração.

Conquanto a lógica da Lei 8.884/94 demonstre a distinção entre a disciplina das condutas e das estruturas, bem de ver que tal separação não é absoluta. A prática decisiva do CADE demonstra que o controle de estruturas *pode* resultar no estabelecimento de regras comportamentais para os agentes envolvidos, como por

¹⁹⁰ ARAÚJO JR, José Tavares. Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, n.9, jan./mar. 2006, p.79-80.

¹⁹¹ ARAÚJO JR, José Tavares. Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, n.9, jan./mar. 2006, p.79-80.

¹⁹² Frise-se o disposto no artigo 174 *caput* da Constituição Federal, de que *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*. Como se vê, o controle meramente estrutural implicaria em uma imposição ao setor privado que foge dos limites nos quais a atuação estatal deve se limitar ante a liberdade de iniciativa. Não se justifica, assim, essa forma de controle meramente estrutural.

exemplo, quando da celebração de compromissos de desempenho, de forma que o controle estrutural passa a ser convertido em disciplina de condutas.¹⁹³

Estando a concentração intimamente ligada à evolução da tecnologia iniciada na Revolução Industrial, ela deve ser tratada a partir da compreensão das prováveis qualidades e prejuízos para o funcionamento do mercado, o que é feito mais adequadamente por intermédio do controle preventivo de estruturas de mercado, que permite levar em conta o princípio da razoabilidade na análise dessas operações.¹⁹⁴

¹⁹³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.46.

¹⁹⁴ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas**, p.57.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concentração econômica é fenômeno que sustenta as bases do sistema capitalista, promovendo a inovação tecnológica na produção de bens, aumentando a produtividade, reduzindo os custos de produção, o que permite às empresas brasileiras ganhar poder para enfrentar a concorrência internacional.

Conforme foi analisado no Capítulo I, a concentração de empresas traz consigo inúmeros efeitos positivos ao mercado, ao consumidor e aos próprios agentes econômicos envolvidos na operação. O aumento de lucros proporcionados pela concentração abre espaço à possibilidade de incremento da produção industrial, gerando melhorias nos produtos, aumento de empregos, diversificação da produção, entre outros. Mas para que esse lucro a mais seja realmente direcionado à promoção desses benefícios, é indispensável que a estrutura do mercado ofereça esse incentivo ao capitalista.

Como visto, um dos efeitos negativos gerados por um mercado oligopolizado é a maior tendência à adoção de condutas coordenadas, o que se deve à proximidade entre os poucos e poderosos membros dessa estrutura, permitindo a troca de informações sobre o mercado. Com isso, a reduzida concorrência pode levar à aplicação desse sobrelucro de forma desvirtuada do funcionamento ideal do mercado, aplicando-o exclusivamente em meios que visam apenas ao fortalecimento de uma posição de poder sem haver qualquer espécie de benefício revertido aos consumidores.

Se por um lado vemos a concentração econômica como mecanismo essencial para a evolução do capitalismo, por outro vemos a possibilidade de essa concentração gerar efeitos indesejados às relações de mercado, subvertendo a sua finalidade benéfica em um instrumento de dominação de mercados e até mesmo do poder político. Ora, o poder dos agentes econômicos pode ser dotado de tal magnitude a ponto de influenciar na atuação do ente governamental no sentido de beneficiá-lo.

É justamente sobre essa diversidade de efeitos do fenômeno concentracionista que reside a grande complexidade da análise desses atos pela autoridade antitruste.

O Brasil é, por definição constitucional, uma economia competitiva. A concorrência, como um dos elementos garantidores do funcionamento do mercado, não pode ser sempre perfeita, pois é o seu relativo desequilíbrio que incentiva os agentes econômicos a empregar recursos em um determinado setor sob a lei da oferta e da procura. O papel do Estado no exercício de controle dos atos de concentração reside justamente na necessidade de manter a capacidade do mercado de promover a eficiente alocação de recursos.

Diante das falhas no funcionamento do mercado – geradas pelo próprio desenvolvimento do capitalismo -, ao Estado cumpre ocupar espaço mais significativo na ordem econômica com o objetivo de implementar uma política econômica. Isso é feito pelo controle das operações de concentração, que visa estabelecer um equilíbrio no mercado de maneira a não permitir a sua excessiva concentração (o que traria, como já abordado, consequências de ordem social e de ordem econômica), e ao mesmo tempo incentivando maiores investimentos.

A concentração econômica já foi considerada um ilícito *per se*, de modo que o Direito ignorava qualquer possibilidade de ela poder promover efeitos positivos nas relações de mercado. Com a expansão da globalização e a conseqüente evolução da legislação antitruste, adota-se uma concepção mais flexível, de modo que o direito passa a admitir a possibilidade de a concentração gerar benefícios. A concentração, muitas das vezes, representa o único meio disponível ao agente econômico para implementar a sua produção, ou mesmo de manter o funcionamento da empresa diante de uma crise.

Assim, à autoridade antitruste cumpre analisar esses dois lados da concentração econômica, e isso é feito mediante elementos definidos em lei ou nas Resoluções dos entes que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Como vimos no Capítulo II, o SBDC adota, ao menos em princípio, o paradigma importado dos Estados Unidos denominado *paradigma estrutura-conduta-desempenho*. Por meio desse raciocínio, a estrutura de um mercado seria a responsável por determinar, necessariamente, a futura conduta do agente econômico, o que, por sua vez, definiria o desempenho desse mercado.

A análise meramente estrutural – fundada apenas no desmantelamento de estruturas de mercado - não se presta aos fins visados pela Lei de Defesa da Concorrência, pois desconsidera os já referidos efeitos benéficos da concentração

econômica. A prática decisória do CADE já traz certa flexibilização dessa concepção, na medida em que entende que o fato de o mercado estar concentrado não significa, necessariamente, a geração de prejuízos à concorrência.

Como demonstrado no item 3 do Capítulo I, o fato de uma concentração econômica implicar em participação do novo agente em mais que 20% do mercado relevante não significa a sua imediata reprovação por presunção de ilicitude e de prejuízos à livre concorrência. Vários outros fatores são levados em consideração pela autoridade antitruste ao proceder à análise desse ato, como a probabilidade de exercício de poder de mercado, o que é feito por intermédio de pesquisa econômica do mercado, entrevistas aos concorrentes, etc. Isso fornece informações importantes à autoridade antitruste, que, por meio do sopesamento de informações, chegará a uma conclusão.

Entendemos, assim, que não é possível adotar o paradigma estrutura-conduta-desempenho na sua acepção pura, pois reveste-se de uma radicalidade que o mercado não mais comporta. Vemos como opção viável aquela que reconhece a complexidade inerente do mercado e a ampla gama de possibilidades que podem advir dessas relações, impondo, com isso, a conjugação de outros fatores aptos a atender o conjunto de variáveis do mercado.

Diante dessa complexidade, a análise econômica realizada pela SEAE e pela SDE constitui fase indispensável na análise de atos de concentração por fornecer o maior número de informações possíveis sobre o mercado envolvido na operação, de maneira que o CADE terá em mãos o resultado de análise técnica complexa, fundada em estudos detalhados.

A partir disso, bem como da conjugação com princípios constitucionais e das previsões da Lei 8.884/94, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência analisará a probabilidade de a estrutura que se conforma com a concentração gerar efeitos negativos a concorrência. Não se trata de uma relação imediata entre estrutura e conduta, mas da probabilidade de essa estrutura implicar em condutas.

O fato de a análise basear-se em probabilidades não resulta em exercício arbitrário no controle dos atos de concentração. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Portaria Conjunta SEAE/SDE n.50 de 01 de agosto de 2001) estabelece princípios comuns para sistematizar e aprofundar o exame desse tipo de concentração, conferindo maior segurança jurídica aos agentes econômicos, transparência e celeridade no procedimento.

Bem de ver que o controle de atos de concentração não se funda na presunção de ilicitude da operação de *per se*, e a própria evolução do mercado demonstra a inviabilidade de assim se proceder. O controle se funda, em verdade, na presunção de que uma estrutura concentrada *pode* incentivar os agentes a adotar condutas anticoncorrenciais, e não na idéia de que *necessariamente* irão assim proceder. Diante da proximidade existente entre os agentes econômicos poderosos bem como do seu objetivo primordial de perseguir lucros essa influência a adotar condutas anticompetitivas é mais perceptível.

Ademais, é justamente na presunção da *possibilidade* de prejuízos que se justifica a atuação da autoridade antitruste brasileira, e não poderia ser diferente. Deixar o mercado à própria sorte e à sorte dos anseios dos agentes econômicos é sugerir o retorno de um pleno liberalismo econômico que já se mostrou inviável. O papel do Estado nessa situação é essencial para manutenção da ordem, seja econômica, seja social, e até mesmo política.

Diante disso, vê-se crescente relativização quanto à separação entre controle comportamental e controle estrutural. Vê-se que a análise dos comportamentos de uma empresa muitas vezes depende da análise da estrutura na qual esse agente se insere, a fim de obter mais efetividade no procedimento. Veja-se os casos em que o controle de estrutura resulta no controle da conduta da empresa, o que ocorre quando da celebração de Compromissos de Desempenho. Esse compromisso firmado entre o agente e a autoridade antitruste será tão mais eficaz quanto mais completa tenha sido a análise da estrutura.

Isso se deve ao fato de a análise estrutural fornecer elementos que são hoje considerados essenciais no controle de atos de concentração, como a definição do mercado relevante envolvido na operação. Difícil imaginar esse estudo sem considerar a delimitação do espaço no qual os efeitos da concentração econômica poderão ser sentidos.

Isso demonstra a cautela da autoridade antitruste em adotar uma perspectiva global do mercado na análise desses atos. Cientes da complexidade do mercado, buscam utilizar elementos mais concretos e objetivos possíveis, visando o cumprimento da finalidade principal da legislação antitruste, que é a de promover o desenvolvimento do mercado em respeito aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa.

Veja-se que os custos financeiros e sociais do controle de condutas mostram-se, muitas vezes, inviáveis, envolvendo grandes investimentos em investigações e bastante tempo para obter provas cabais de que a prática anticoncorrencial está, de fato, acontecendo. Ou ainda, no caso do controle meramente estrutural, percebe-se uma limitação inerente à análise restritiva do mercado. Isso apenas reforça a importância do controle preventivo dos atos de concentração, que visam o estudo da estrutura do mercado e, quando necessário, conjuga medidas com vistas ao controle das condutas dos agentes envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Maria Cecília. **O Controle de Concentrações de Empresa – Estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da Lei 8.884/94.** São Paulo: Singular, 2002.

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis; EDLIN, Aron. **Antitrust analysis: problems, text, cases.** 6th ed., New York: Aspen Publishers, 2004.

BRUNA, Sérgio Varella. **O Poder Econômico e a Conceituação do abuso em seu exercício.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BULGARELLI, Waldírio. **Concentração de Empresas e Direito Antitruste.** 3^a ed. São Paulo: Atlas S/A, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste.** 2 ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle dos atos de concentração de empresas.** São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia – Introdução do Direito Econômico,** 3^a ed., rev., atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial – as estruturas.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto; FERRÃO, Brisa Lopes de Mello. RIBEIRO, Ivan César. **Concentração, Estruturas e Desigualdade – as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda.** São Paulo: Microart, 2008.

SHIEBER, Benjamin M. **Abusos do Poder Econômico – Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos EUA.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. **Economics os Regulation and Antitrust.** 3rd ed., Massachusetts: The MIT Press, 2000.

ARAÚJO JR, José Tavares de. Perspectivas da política de concorrência no Brasil: o controle de fusões e aquisições. **Revista de Direito da Concorrência**, n.9, p.63-90, jan./mar. 2006, Brasília: IOB/CADE.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Condições impostas pelo CADE à aprovação de atos de concentração: um erro de paradigma. **Revista de Direito da Concorrência**, n. 2, p.69-84, abr./jun. 2004, Brasília: IOB/CADE.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n. 8.884, de 1994, e Lei n.6.729, de 1979 (“Lei Ferrari”). **Revista Trimestral de Direito Público**, n.21, p.107-121, São Paulo: Malheiros.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. A Política da Concorrência e a Organização Mundial do Comércio. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 35, p.228-254, abr./jun. 2001, São Paulo: Revista dos Tribunais

Legislação:

BRASIL. Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Publicada no Diário Oficial da União de 13.06.1994, página 8437. Disponível em www.presidencia.gov.br. Acesso em 20/08/2010.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. **Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01 de agosto de 2001.** Diário Oficial da União n. 158-E, de 17.08.2001, seção 1, páginas 12 a 15. Disponível em www.seae.gov.br. Acesso em 20/08/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 15, de 19 de agosto de 1998.** Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 20/08/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 45, de 28 de março de 2007**. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 20/08/2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 49, de 23 de julho de 2008**. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 20/08/2010.

Sites:
(acesso em 20 de agosto de 2010)

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm

<http://www.geipot.gov.br/>

http://europa.eu/legislation_summaries/competition/firms/l26073_en.htm

http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html

www.cade.gov.br

www.seae.gov.br

www.sde.gov.br

<http://portal.mj.gov.br>