

Universidade de São Paulo

Disciplina: Direito Empresarial

Professor Vinícius Marques de Carvalho

Concorrência: instrumento ou fim em si mesmo?

- i. Concorrência como diluição do poder econômico e distribuição de renda
- ii. Concorrência como fonte de inovação
- iii. Concorrência como acesso a conhecimento e fonte de opções de escolha

Caso brasileiro

- **Concorrência e Ordem Econômica na Constituição de 1988**

- **Perspectiva Instrumental:**

A concorrência deve ser entendida como um dos instrumentos de política pública de que dispõe o Estado, seu valor deve ser ponderado no contexto da ordem econômica constitucional.

Caso brasileiro

- Ordem Econômica – Princípios

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IV - livre concorrência;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Art. 173. (...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Caso brasileiro

iii. Concorrência e Ordem Econômica na Constituição de 1988

- Defesa da Concorrência – Lei 12529/2011

Posicionamento dos valores defendidos: livre-concorrência (liberdade de acesso e permanência), defesa do consumidor e eficiência.

Construção de um sistema completo de defesa da concorrência.

- Objetivos expressos

“Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

O Controle das Condutas

- Esta é a sistemática do controle de condutas da lei 12.529/2011;
- As condutas descritas no art. 36, § 3º, são consideradas ilícitas caso possam gerar os efeitos descritos no caput do art. 36:
 - I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
 - II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
 - III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
 - IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O Controle das Condutas

- As condutas do art. 36, § 3º - lista exemplificativa:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

O Controle das Condutas – sanções

■ Sanções pecuniárias:

- **Pessoas jurídicas:** multa de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.



Lei anterior considerava como base de cálculo o faturamento bruto (1% a 30%)

- O que é ramo de atividade? Resolução nº3/2012
 - Extração e beneficiamento de carvão mineral
 - Fabricação e preservação de produtos do pescado
 - Torrefação e moagem de café
 - Fabricação de celulose, papel e produtos de papel, inclusive embalagens
 - Etc.

O Controle das Condutas – sanções

- Sanções pecuniárias:

- **Indivíduos:** no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa



No regime anterior a multa podia variar de 10% a 50% daquela aplicada à empresa

- Impossibilidade de usar faturamento bruto: multa entre R\$ 50.000,00 e R\$ 2 bilhões



Valores anteriores eram R\$ 6 mil a R\$ 6 milhões

O Controle das Condutas – Programa de Leniência

- Art. 87 da Lei nº 12.529/2011: instrumento de detecção e combate a cartéis.
- Requisitos:
 - a empresa seja a primeira a se qualificar;
 - a empresa/ indivíduo cesse completamente seu envolvimento na infração;
 - a SG não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo;
 - a empresa/ indivíduo confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações.

O Controle das Condutas – TCC

- Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.
- Resolução nº 5, de 06 de março de 2013 (art. 179 a 196 do Regimento):
 - A proposta não suspende a tramitação do processo / a celebração sim.
 - O requerimento pode ser apresentado uma única vez.
 - Comissão de negociação.
 - Julgamento pelo Plenário do CADE.
 - TCC em investigações de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes:
 - Requisitos necessários: contribuição pecuniária, reconhecimento de participação na conduta investigada e colaboração com a investigação.

O Controle das Estruturas

- Atos de concentração, segundo a Lei nº 12.529/2011 – art. 90:
 - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
 - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
 - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
 - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.
 - Exceção: contratos destinados à licitação pública.

O Controle das Estruturas

- Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais);
e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

- Portaria Interministerial MJ/MF nº 994, de 30 de maio de 2012 (adequa os valores constantes do art. 88 – inciso I (R\$ 750.000.000,00) e inciso II (R\$ 75.000.000,00))

O Controle das Estruturas

- O controle de estruturas não significa que as formações empresariais (concentrações) sejam atos ilícitos.
- Não há uma proibição *per se* de que empresas realizem processos de fusão ou aquisição com seus concorrentes ou com seus fornecedores/distribuidores.
- Dois planos:
 - a identificação das formações concentradas de poder;
 - o sancionamento das formações consideradas ilícitas.

O Controle das Estruturas

- **Elementos qualificadores do poder econômico:**
 - Impacto estrutural sobre a concorrência.
 - Efeitos nocivos sobre a concorrência
 - Existência de barreiras à entrada
 - Poder Compensatório
 - Rivalidade
 - Importações
- **Justificativas para o ato:**
 - aumentar a produtividade ou a competitividade;
 - melhorar a qualidade de bens ou serviços;
 - propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e
 - repasse aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

O Controle de Estruturas – disposições legais

- § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.
- § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:
 - I - cumulada ou alternativamente:
 - a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
 - b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;
 - e
 - II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal

- Etapas de análise:
 - I – Definição do Mercado Relevante;
 - II - Determinação da Parcela de Mercado;
 - III – Exame da Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado;
 - IV – Exame das Eficiências Econômicas Geradas pelo Ato;
 - V - Avaliação dos Efeitos Líquidos do Ato

Definição do Mercado Relevante

- É o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação.
- Dentro dos limites de um mercado, a reação dos consumidores e produtores a mudanças nos preços relativos - o grau de substituição entre os produtos ou fontes de produtores - é maior do que fora destes limites.

Definição do Mercado Relevante

- Para examinar a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda a produtos substitutos de uma mesma região e para produtos idênticos porém de uma área distinta, consideram-se os seguintes fatores:
 - características físicas dos produtos;
 - características dos processos produtivos;
 - propriedades comerciais dos produtos;
 - evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas;
 - tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos substitutos;
 - tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos idênticos provenientes de outras áreas; e
 - evidências de que os consumidores desviarão sua demanda em função de mudanças nos preços relativos ou em outras variáveis de competição (comportamento passado dos consumidores).

Participação no Mercado

- Condição necessária, embora não suficiente, para um AC ter impactos negativos sobre o a concorrência:
 - empresa resultante deve controlar uma parcela substancial do mercado relevante.
- Critérios:
 - (a) exercício unilateral do poder de mercado - participação igual ou superior a 20% do mercado relevante e $HHI \geq 1800$ e variação pós-concentração ≥ 50 ;
 - (b) exercício coordenado de poder de mercado - a concentração tornar a soma da participação de mercado das quatro maiores empresas (C4) igual ou superior a 75% e a participação da nova empresa formada for igual ou superior a 10% do mercado relevante.

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

- Importações
- Barreiras à Entrada
- Rivalidade

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

■ Importações:

- Tempo – 1 ano;
- Quantidade - 30% do consumo
- Informações sobre a influência dos produtos importados nos preços domésticos;
- Tarifas de importação;
- Custos de internalização dos produtos importados (de transporte etc.);
- Existência de barreiras não-tarifárias;
- Preferências dos consumidores;
- Preços internacionais.

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

■ Barreiras à entrada:

- Qualquer fator que impeça a livre e fácil entrada de um concorrente, o que garante à firma incumbente a possibilidade de praticar preços semelhantes aos de um monopólio;
- Exemplos:
 - custos irrecuperáveis; barreiras legais ou regulatórias; recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; economias de escala e/ou de escopo; grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; ameaça de reação dos competidores instalados .

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

- **Barreiras à Entrada - Conceitos Importantes:**
- **EMV - Escalas Mínimas Viáveis:**
 - Menor nível de vendas anuais que o entrante potencial deve obter para que seu capital seja adequadamente remunerado.
 - Remuneração adequada de capital equivale à rentabilidade que o volume de recursos investidos na entrada poderia obter em uma aplicação correspondente no mercado financeiro, ajustada ao risco do setor em que se vislumbra a entrada.
- **Oportunidades de vendas:**
 - São parcelas de mercado potencialmente disponíveis aos entrantes.

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

- Provável:
 - Quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e preços assegurados pelo possível entrante.
- Tempestiva:
 - 2 anos (neste prazo, incluem-se todas as etapas necessárias à entrada no mercado, tais como, planejamento, desenho do produto, estudo de mercado, obtenção de licenças e permissões, construção e operação da planta, promoção e distribuição do produto).
- Suficiente:
 - Quando permitir que todas as oportunidades de venda sejam adequadamente exploradas pelos entrantes em potencial.

❖ **O exercício do poder de mercado é considerado improvável quando a entrada for “provável”, “tempestiva” e “suficiente”.**

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

■ Rivalidade:

- A efetividade da competição entre a empresa resultante da operação e as demais empresas instaladas (seus rivais) pode tornar pouco provável o exercício do poder de mercado adquirido.
 - Esta situação é provável em contextos em que empresas estabelecidas tenderiam a adotar condutas agressivas para aumentar sua participação de mercado como reação ao exercício do poder de mercado pela empresa resultante da operação.
- Condições distintas: produtos homogêneos e heterogêneos.

Probabilidade de Exercício de Poder de Mercado

- Produtos homogêneos:
 - Ausência de rivalidade quando em um prazo de tempo razoável:
 - (a) concorrentes operarem a plena capacidade e não for viável expandir a produção em um prazo não superior a dois anos; ou
 - (b) a operação da capacidade ociosa existente implicar custos maiores que a operação do nível de ocupação existente.
- Produtos heterogêneos:
 - Ausência de rivalidade quando:
 - (a) parcela expressiva dos consumidores considerar os produtos ofertados pelas empresas concentradas como primeira e segunda escolhas; e
 - (b) as opções seguintes não forem substitutos próximos.
 - o grau de substituição é menor quando (i) as características técnicas dos produtos são bastante rígidas; (ii) a marca do produto é o principal fator de decisão do consumidor, ou (iii) as informações sobre as distintas combinações de preço e qualidade são de difícil compreensão).

Eficiências Econômicas do Ato

- Eficiência:
 - Para efeitos concorrenciais, há dois tipos de eficiência:

(i) *alocativa*:

adequação da alocação dos recursos no mercado, supondo um grupo de produtores e um de consumidores – a condição de equilíbrio competitivo.

(ii) *produtiva*:

relação, interna ao agente econômico, entre a capacidade de aumento da produção e a capacidade de redução de seu custo.

Eficiências Econômicas do Ato

- Incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato e que não podem ser gerados de outra forma:
 - economias de escala;
 - economias de escopo;
 - introdução de uma tecnologia mais produtiva;
 - apropriação de externalidades positivas ou eliminação das negativas;
 - geração de um poder de mercado compensatório.
- Não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência.

Efeitos Líquidos do Ato

- Estimações quantitativas, quando estas forem disponíveis ou factíveis.
- Quando não forem disponíveis ou factíveis, as conclusões decorrerão de uma avaliação qualitativa dos efeitos.
- Disposição legal:
 - Art. 88, § 6º: poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:
 - I - cumulada ou alternativamente:
 - a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
 - b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e
 - II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Controle de Estruturas - Decisões

- Reprovação
- Aprovação
- Aprovar com restrições: estruturais ou comportamentais

Controle de Estruturas - Decisões

■ Restrições Estruturais:

- Visam restabelecer a dinâmica concorrencial eliminando a necessidade de controles futuros.
 - Exemplos: alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes.
- Recomendações:
 - (a) alienação de todos os ativos relacionados a um negócio, de sorte a garantir sua viabilidade econômica;
 - (b) estabelecer o menor prazo possível para que as requerentes cumpram com a obrigação; e
 - (c) evitar que a aquisição seja feita por empresas que não sejam competidores efetivos nos mercados relevantes onde houve a redução da concorrência.

Controle de Estruturas - Decisões

■ Restrições Comportamentais:

■ Recomendações:

(a) cláusulas propostas gerem efetivamente ganhos de eficiência que não seriam obtidos caso as cláusulas não fossem estipuladas;

(b) a análise antitruste se baseia nas condições de concorrência efetivamente vigentes e não em hipóteses sobre padrões futuros de competição e;

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