

CALIXTO SALOMÃO FILHO é Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP e Professor do Institut d'Études Politiques Science Po, de Paris.

É Livre-docente pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Università degli Studi La Sapienza, Pós-Doutorado no Max Planck Institut Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht e na Universidade Yale.

É autor das seguintes obras, todas publicadas pela Malheiros Editores:

- *Regulação e Desenvolvimento* (Org.), em colaboração, 2012;
- *O Novo Direito Societário* (4ª ed., 2011);
- *Regulação da Atividade Econômica* (2ª ed., 2008);
- *Direito Concorrencial – As Condutas* (1ª ed., 2ª tir., 2007);
- *Direito Concorrencial – As Estruturas* (3ª ed., 2007);
- *Regulação e Desenvolvimento* (Coord.) (1ª ed., 2002, esg.);
- *A Sociedade Unipessoal* (1995, esg.)

 **MALHEIROS  
EDITORES**

**CALIXTO SALOMÃO FILHO**

**DIREITO  
CONCORRENCIAL**

Gustavo Henrique Carneiro de Camargo Kastrop  
180 - XII

 **MALHEIROS  
EDITORES**

Pode-se afirmar que a vinculação perdura na nova lei (Lei 12.529/2011). O aumento arbitrário dos lucros só se caracteriza em presença de poder no mercado, pela simples razão de que a arbitrariedade só se configura quando o aumento dos lucros decorre do aproveitamento de posição dominante no mercado (seja ela monopolista ou oligopolista). O fato de a dominação dos mercados e o aumento arbitrário dos lucros aparecerem na lei em incisos separados (incisos II e III) do art. 36 não significa que possam ter configurações independentes. O que o legislador quis foi apenas desvincular os dois termos no sentido oposto, ou seja, deixar claro que o aproveitamento do poder no mercado não é ilícito apenas quando tem como consequência o aumento arbitrário dos lucros, mas também em outras hipóteses, muitas delas elencadas no § 3º do art. 36.<sup>15</sup>

Só há  
poder,  
e  
você  
está  
a consequência  
para medir  
o tamanho  
do poder

Conclui-se, portanto, que quanto ao aumento dos lucros configura-se o mesmo problema verificado nos critérios de identificação do poder no mercado baseados no comportamento do agente econômico. A referida figura é muito mais consequência ilícita de uma posição de poder no mercado que uma demonstração da existência mesma desse poder. É, sem dúvida, por servir a esse objetivo e, também, para manter a compatibilidade da lei com a previsão constitucional que a expressão “aumento arbitrário dos lucros” continua preservada na nova lei. Com efeito, sua utilidade aplicativa é mínima. Isso porque as hipóteses de dominação

dos preços, e não como figura primária do ato que se quer condenar. De fato, o lucro é sempre uma consequência por natureza aleatória e não pode, portanto, jamais exprimir uma ação direta perceptível e condenável, e só nos casos de monopólio está em relação direta com a fixação arbitrária dos preços, que são de fato regulados pelo vendedor, em função do lucro que deles advém” (cit. in B. Shieber, *Abusos do Poder Econômico*, cit., pp. 192-193). Críticável na redação da lei de 1962 é, porém, a redução das situações de poder no mercado à figura do monopólio, com desconsideração completa dos oligopólios, monopsonios e oligopsonios.

15. O mesmo ocorria na vigência da Lei 8.884/1994. A “Exposição de Motivos” do Projeto de Lei 3.712, que se transformou na Lei 8.884, é enfática nesse sentido: “(...). Impor preços excessivos desde 1962 é considerado prática abusiva, quando a empresa que assim procede não estiver sujeita à concorrência efetiva por parte de outros produtores. A dificuldade de aplicação da referida lei deveu-se apenas à vinculação da prática abusiva a um resultado concreto, o aumento de lucros. Como não existem grandes dificuldades para a ocultação de lucros e sua distribuição disfarçada, a vinculação do aumento injustificado de preços ao resultado de aumento de lucros inviabilizou a aplicação da lei. Nossa proposta é que sejam atualizados tais conceitos, utilizando-se a expressão mundialmente consagrada ‘posição dominante’ em lugar dos termos utilizados pela lei de 1962, ‘condições monopolísticas’ e ‘monopólio de fato’, que significam praticamente a mesma coisa, e que seja desvinculada a prática abusiva da comprovação de lucro em balanço obtido pela empresa” (v. *Relatório* do deputado Fábio Feldman sobre o Projeto de Lei 3.712/1993, pp. 14-15).

dos mercados e abuso de posição dominante previstas nos incisos do art. 36, § 3º, já permitem a sanção das hipóteses de aumento arbitrário dos lucros (dos agentes econômicos dotados de poder no mercado).

Como critério de verificação do poder no mercado a existência de lucros excessivos é relativamente pobre, não permitindo chegar a resultados seguros. Como visto acima, o aumento excessivo dos lucros pode decorrer de uma escassez temporária sem que seu titular disponha ou possa vir a dispor de poder no mercado. Tampouco a existência de lucros extraordinários comparativamente a concorrentes atuando no mesmo segmento do mercado indica necessariamente poder. Exemplo claro nesse sentido é o do produto extrativo que pode ser produzido a baixo custo por uma empresa que, por hipótese, é proprietária de uma mina que permite produzir a baixo custo. Imagine-se, ainda, que a demanda pelo referido produto é muito maior que a capacidade daquela mina. Nesse caso, o produtor terá lucros extraordinários muito maiores que os da média do mercado, mas não poder no mercado, pois grande parte da produção (a maior parte) tem de ser suprida pelos seus concorrentes.<sup>16</sup>

Note-se que o critério dos lucros excessivos também é de pouca utilidade quando utilizado no sentido contrário. Ou seja: da inexistência de lucros excessivos não se pode inferir a inexistência de poder no mercado. Em primeiro lugar porque altos lucros podem ser facilmente eliminados – e frequentemente o são – através de técnicas de planejamento fiscal. Além disso, a maioria dos monopolistas, exatamente porque monopolistas, é ineficiente. Apesar de cobrarem preços supracompetitivos, os monopolistas podem não ter lucro, simplesmente porque seus custos são muito altos.<sup>17</sup> E, finalmente, há fortes razões para crer que grande parte da receita derivada do sobrepreço monopolista é gasta para mantê-lo. Desse modo, acaba por não se transformar em lucro, mas, sim, em perdas sociais.

## 2. Poder no mercado e definição do mercado

Analisadas as fraquezas das demais formas de medição do poder de mercado, resta discutir o hoje dominante método teórico de acesso

16. Cf. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, p. 113.

17. Essa foi a conclusão do Juiz Hand no famoso caso “United States vs. Aluminum Co. of America”, 148 F. 2d 416 (2d Circuit 1945), com a Corte Federal funcionando como Suprema Corte, na ausência de número suficiente nesta. Com base nela, a Corte rebateu o ponto principal da argumentação da ré, *Alcoa*, que sustentava não ter poder no mercado.

e medição do poder no mercado. Esse é também o método adotado no sistema brasileiro.

Essa conclusão decorre do emprego no art. 36, § 2º, da lei concorrencial (Lei 12.529/2011) da expressão “participação no mercado relevante”. De que daí decorre a adoção legislativa do método de determinação do poder no mercado a partir da definição do mercado não parece haver dúvida. O referido método prevê exatamente isso: primeiro a definição do mercado relevante, através do estabelecimento dos limites geográficos e relativos ao tipo de produto, e em seguida a verificação da participação percentual do agente econômico nesse mercado. Note-se que na lei brasileira a definição do mercado é utilizada como instrumento de definição não só do poder já existente no mercado, para fins de apuração de eventual abuso desse poder (art. 36), mas também para mensuração do poder de mercado que virá a existir no futuro em função de determinada concentração, dentro do sistema de controle das concentrações econômicas (art. 88, § 5º). Ora, nesse último caso nenhum método baseado na verificação de comportamentos passados é efetivo. O acesso, ao menos aproximado, ao poder no mercado só é possível através de sua definição.

Uma correta definição do mercado deve levar em conta, necessariamente, três dimensões: a dimensão substancial (ou dos produtos), a dimensão geográfica e a temporal. Às tradicionais dimensões geográfica e do produto acrescenta-se, portanto, a dimensão temporal. Na verdade, a análise neoclássica tradicional leva em conta na definição do mercado o elemento temporal. Sua discussão é incluída nos mercados geográfico e de produtos, permitindo restringir ambas as definições (e, portanto, potencialmente indicar no sentido de um maior poder de mercado) em caso de existência de poder na perspectiva temporal, ou seja, em presença de barreiras à entrada.

A seguir será descrito e discutido o método neoclássico de definição do mercado, e sua forma tradicional. Isso não significa que se esteja abrindo mão da análise da perspectiva temporal. Ao contrário, ela é considerada tão importante, que será objeto de tópico independente. Trata-se do item referente às barreiras à entrada.

### 2.1 O método de definição do mercado

A definição do mercado (tanto do mercado dos produtos como do mercado geográfico) leva em conta dois elementos distintos: os substitutos do lado da demanda e do lado da oferta. Isso significa dizer que, para

determinar qual o mercado em que se encontra um agente econômico fabricando o produto “X”, é necessário verificar (a) que produtos o consumidor (demanda) vê como substitutos de “X” e (b) quais novos produtores podem razoavelmente entrar no mercado de “X” para produzi-lo.

Em ambos os casos – e isso é fundamental para entender o presente método –, para definir quais são os substitutos do lado da oferta e da demanda não é possível analisar o mercado como se encontra naquele exato momento. Para a definição do mercado não basta levar em consideração apenas os concorrentes presentes. É necessário projetar os efeitos de determinado aumento de preços, consequência natural e necessária, como já visto, da formação ou da existência de uma situação monopolística. Deve-se, então, verificar (a partir da análise dos dados existentes a respeito de aumentos de preços pretéritos) se é possível concluir que o consumidor substituirá o produto “X” por um concorrente próximo (substituição de demanda) ou se novos produtores entrarão no mercado, passando a fabricar o produto “X”.

Para que tal método possa ser válido como sistema de mensuração tanto para aquelas situações de poder de mercado já existente como para aquelas em que se projeta o nível de poder no mercado de um conglomerado de empresas que virá a se formar, é necessário que o patamar de preços sobre o qual se aplicarão os aumentos seja único. Dessa forma, os preços sobre os quais se devem calcular os aumentos hipotéticos são sempre os competitivos, independentemente de a empresa já se encontrar em um nível de preços supracompetitivo. Apenas caso seja impossível obter esses valores, por total ausência de dados sobre movimentação de preços no passado ou movimentação de preços de concorrentes e produtos substitutos (com a mesma estrutura de custos), pode-se utilizar o nível presente de preços, reduzindo-se (eventualmente até a zero) os aumentos de preço a serem projetados (caso já esteja ocorrendo abuso de preços).

Note-se que essa análise aparentemente complicada é necessária para fornecer a real dimensão do mercado e para avaliar o próprio poder no mercado. Só em uma perspectiva dinâmica o poder no mercado pode ser corretamente captado e mensurado. Isso porque só verificando os efeitos de determinado aumento de preços é possível observar a movimentação dos consumidores no sentido de substituir um produto pelo outro. Essa análise dinâmica do mercado permite, portanto, ter uma ideia das elasticidades cruzadas, cujos valores não é possível calcular teoricamente.

Conclui-se, portanto, que a verdadeira composição do mercado em termos de produtos que o compõem e regiões que engloba só pode ser

obtida a partir dos métodos acima definidos. Além disso, o método dos aumentos hipotéticos de preços baseia-se em presunções econômicas hoje unanimemente aceitas. A mais importante delas é a presunção do exercício necessário do poder no mercado no sentido de aumentar os preços. Aceita essa premissa, a consequência é que mesmo em um mercado em que já exista bastante concentração a empresa dominante não deixará de aumentar preços antes de atingir seu ponto de equilíbrio (v. supra, subitem 1.3). Se ainda não o atingiu, mover-se-á nesse sentido brevemente; se o ultrapassou, será constrangida pelo mercado a reduzir seus preços. A melhor forma de avaliar o poder no mercado é, portanto, tentar projetar a estrutura desse mercado, uma vez atingido o ponto de equilíbrio monopolista.

Se em determinado mercado se conclui que em função de um aumento de preços grande parte dos consumidores passará a consumir outro produto ou, então, que grande número de concorrentes entrará no mercado, o agente econômico, mesmo que detivesse grande participação nas vendas no nível de preços praticado naquele momento, perderia grande parte de seu mercado se aumentasse os preços. Nesse caso não se pode dizer que existe poder no mercado, já que a forma principal de exercício desse poder – o aumento de preços – está bloqueada.

São três os problemas aplicativos centrais desse método.

(a) *O nível de aumento de preços*: como determinar o nível de aumento de preços a ser utilizado? Como visto, não é possível saber o valor do sobrepreço monopolista (se fosse, toda essa análise seria desnecessária, podendo-se calcular o poder no mercado diretamente através do *Lerner Index*). Por outro lado, de uma definição mais ou menos correta do aumento de preços depende a definição do mercado – e, consequentemente, a conclusão pela existência, ou não, de poder no mercado. Utilizar um nível muito elevado de aumento de preços implicaria definir um mercado excessivamente amplo e, consequentemente, concluir sempre que os agentes carecem de poder no mercado. Um nível muito baixo cria o risco inverso. Apesar de necessariamente arbitrário (como, de resto, é a própria fixação de participação no mercado), pode-se dizer que um percentual entre 5% e 10% de aumento de preços constitui valor bastante razoável.<sup>18</sup>

18. É esse o percentual utilizado pelo Departamento de Justiça norte-americano nas *Diretivas Reguladoras das Concentrações Econômicas* de 1984 e 1992 (*Department of Justice Merger Guidelines*). Esse tipo de teste foi estabelecido pela primeira vez nas *Guidelines* de 1982, que previam o percentual de aumento de 5%. Aparentemente afetado pelas críticas de que o percentual era arbitrário, o Departamento de

(b) *A demonstração da existência de substituição*: o segundo problema refere-se à projeção dos efeitos de tais aumentos de preços. Aqui a questão é mais econômica que jurídica. Sem entrar no detalhamento econométrico desses critérios (o método econométrico permite fazer inferências a partir de dados coletados no passado), é preciso explicitar os diferentes critérios de avaliação da provável reação dos compradores aos aumentos de preços.<sup>19</sup>

O primeiro desses critérios é a prova de que os compradores efetivamente substituíram ou consideraram a possibilidade de substituir o produto em função de mudanças nos preços ou outras variáveis competitivas. Esse é, sem dúvida, o mais confiável de todos os indícios. Sua demonstração pode ser feita através da análise econométrica dos dados quantitativos referentes ao consumo de cada produto no passado em consequência de aumentos de preços, ou ainda (em ausência desses dados) a partir da comparação dos movimentos de preços de ambos os produtos. A inexistência de movimento paralelo de preços entre produtos similares é indicação razoavelmente segura de que os consumidores não os veem como substitutos. Afinal, a manutenção de nível estável de preços do produto tido como substituto indica que não há fluxo suficiente de consumidores do produto substituído (o produto “X”, em nosso exemplo hipotético) para aumentar sequer marginalmente o preço.

Justiça previu nas *Guidelines* de 1984 apenas que o aumento deveria ser “small but significant and non transitory”. Com isso, na prática, no final dos anos 1980, ainda sob a forte influência da visão liberal (inclusive relativamente às concentrações) da era Reagan, o Departamento de Justiça acabava por aplicar um teste de 10% – valor, esse, no entanto, calculado a partir do nível de preços competitivos (cf. R. Pitofsky, “New definitions of the relevant market”, cit., *Columbia Law Review* 90/1.819-1.820). As recentes *1992 Horizontal Merger Guidelines* restabeleceram o percentual de 5%, fazendo-se, no entanto, logo a seguir, a seguinte ressalva: “However, what constitutes a ‘small but significant and non-transitory’ increase in price will depend on the nature of the industry, and the Agency at times may use a price increase that is larger or smaller than five per cent” (item 1.11). Para o texto completo das *Guidelines*, v. P. Areeda e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – Supplement 1994*, Boston/New York/Toronto/London, Little, Brown and Co., *Appendix A*. Em função desses dispositivos, o que vem ocorrendo na prática é a aplicação do teste de 10% relativamente aos preços competitivos ou de 5% relativamente aos preços efetivamente praticados no mercado, quando se sabe que esses preços são supracompetitivos mas não é possível inferir com segurança os preços competitivos. V., a respeito, também, P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 199-200.

19. São esses os critérios utilizados nas *1992 Horizontal Merger Guidelines* do Departamento de Justiça norte-americano (item 1.11) (v. P. Areeda e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – Supplement 1994*, cit., loc. cit.).

O contrário não é, no entanto, necessariamente verdadeiro. A existência de movimento paralelo de preços pode ser decorrência de pressões nos preços de insumos comuns para ambos os produtos, cuja ocorrência é bem provável, sobretudo tratando-se de produtos similares.<sup>20</sup> Consequentemente, a existência de movimentos paralelos de preços só é confiável como indicativo do poder no mercado se acompanhada de uma análise da movimentação das quantidades consumidas de cada produto (o que nos faz retornar ao ponto inicial, tornando a análise dos preços relativamente inútil) ou se acompanhada de acurado estudo da movimentação histórica dos custos das empresas (o que, como já visto, é bastante difícil).

O segundo critério infere o poder no mercado a partir da comprovação de que os vendedores baseiam suas decisões negociais na perspectiva de substituição de produtos por parte dos compradores, em resposta a mudanças nos preços ou outras variáveis competitivas. Trata-se da verificação do poder no mercado a partir do planejamento empresarial, que inclui a verificação da importância dada pelo agente econômico ao comportamento de seus concorrentes. A absoluta desconsideração da existência de concorrentes em seu planejamento é comportamento típico do monopolista.<sup>21</sup> O problema é que ainda aqui não se podem tirar conclusões definitivas desse comportamento. Com frequência é exatamente a consideração dos concorrentes no planejamento empresarial que pode indicar a existência de poder no mercado e a intenção de utilizá-lo para excluir os outros concorrentes.<sup>22</sup>

Além disso, como se verá quando da análise da teoria dos oligopólios, a consideração do comportamento dos concorrentes é exatamente um dos fundamentos principais daquela corrente doutrinária que vê nas estruturas oligopolistas uma ameaça de atuação concertada (que pode tender ao cartel). A conclusão é que no máximo o planejamento empresarial pode oferecer um indício de existência de poder no mer-

20. V., criticando inferências, no sentido positivo, R. Pitofsky, "New definitions of the relevant market and the assault on antitrust", cit., *Columbia Law Review* 90/1.840.

21. Cf. E. J. Mestmäcker, *Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, W. Eucken Institut-Vorträge und Aufsätze, Tübingen, Möhr, 1958, Seção 2, pp. 15 e ss.

22. Cf. U. Immenga e E. J. Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – Kommentar (GWB Kommentar)*, 2ª ed., München, Beck, 1992, p. 753.

cado naqueles casos em que há ausência absoluta de consideração da concorrência. Trata-se – é conveniente salientar – de mero indício, pois não se pode ter certeza de que a ausência de menção aos concorrentes seja consequência da inexistência de concorrentes relevantes. Pode decorrer de mero descuido ou de métodos falhos de planejamento, que, obviamente, não devem ser objeto de sanção em sede concorrencial. O contrário também não é verdadeiro. A consideração dos concorrentes no planejamento empresarial pouco ou nada pode sugerir a respeito do poder no mercado do agente econômico.

Um terceiro critério propõe a verificação da conveniência e dos custos da substituição de produtos (quando se tratar de substituição de demanda) ou de produção (quando se tratar de substituição de oferta). Como se verá a seguir (infra, subitem 2.2), esse último é elemento fundamental para a correta avaliação das possibilidades de substituição.

(c) *O montante a ser incluído*: o último problema metodológico consiste em definir o montante a ser incluído do produto ou da produção substituta. A questão é bastante complicada, requerendo análise diferenciada para o mercado de produtos e para o mercado geográfico. Pode-se dizer que, como regra geral, tratando-se de substitutos da demanda, o volume inteiro de vendas do produto substituto deve ser incluído. Com efeito, se é o consumidor que expressa sua preferência por determinado produto, não existem, em princípio, limites para a expansão de demanda na direção do produto substituto. Todo o volume de produção de substitutos deve ser considerado parte do mercado do produto principal.

Tratando-se de substituição de oferta, ao contrário, só será possível incluir aquele volume que seja razoável supor que virá a ser redirecionado em função do aumento de preços. Por esse motivo se afirma que enquanto no primeiro caso (substituição da demanda) ocorre uma redefinição do mercado, no último (substituição da oferta) trata-se de mero reajustamento.<sup>23</sup> A determinação do volume a ser incluído quando da substituição da oferta envolve questões complexas como a inclusão, ou não, da capacidade ociosa das firmas, o problema do redirecionamento de produtos no mercado internacional etc., que devem ser analisadas separadamente para o mercado de produtos e o mercado geográfico. Por essa razão, essa questão será analisada nos tópicos seguintes.

23. A terminologia é de R. Pitofsky, "New definitions of the relevant market and the assault on antitrust", cit., *Columbia Law Review* 90/1.842 e ss.

## 2.2 O mercado dos produtos

Seguindo o método descrito acima, cumpre, em primeiro lugar, verificar a existência de substitutos do lado da demanda, para depois passar à análise dos substitutos da oferta.

### 2.2.1 Substitutos da demanda

Certos cuidados devem orientar a análise da substituição da demanda. O mesmo tipo de dado pode indicar situações de poder no mercado completamente distintas, dependendo do custo que deverá suportar o consumidor caso queira substituir o produto. Produtos que para os consumidores servem absolutamente para o mesmo uso podem não ser substituíveis se a diferença de preço entre eles for muito grande. Poderão ser substituíveis, no entanto, se essa diferença de preço corresponder exatamente à diferença de qualidade a eles atribuída pelos consumidores (isto é, à diferença de utilidade entre ambos os produtos).

Podem existir, ainda, obstáculos de outra ordem, consistentes em custos extraordinários a serem incorridos em caso de substituição. Exemplo típico de caso em que esses custos são levados em consideração diretamente como forma de avaliar o poder no mercado é o chamado *lock in*. O caso típico de *lock in* é o mercado de manutenção de determinado equipamento. O produtor do equipamento goza de substancial vantagem caso queira, como frequentemente ocorre, fornecer a manutenção e a substituição de peças do produto. O produtor pode cobrar preços monopolistas no mercado de peças de substituição (e no mercado de serviços de manutenção vincular o fornecimento de peças de substituição à utilização dos serviços de manutenção) ainda que o mercado de equipamentos novos seja competitivo. Isso porque em relação aos consumidores que já compraram seu equipamento ele é monopolista no mercado de peças de reposição e de prestação de serviços de manutenção (*aftermarket*, na terminologia americana; pós-vendas, no Brasil).

O poder do produtor do equipamento no mercado de peças e serviços de manutenção deriva diretamente dos custos de substituição do produto (no caso, as peças de reposição e/ou os serviços de manutenção) para o consumidor. Consistem eles no valor do novo equipamento: para ter acesso a concorrentes no mercado de manutenção e peças de reposição, o consumidor deve comprar um novo equipamento.<sup>24</sup>

24. Essa questão foi objeto de aprofundada discussão pela Suprema Corte americana na decisão de *Eastman Kodak Company vs. Image Technical Services Inc.*,

O *lock in* é um caso extremo de limitação da liberdade do consumidor em um mercado por força de determinantes vindas de outro mercado. Há outros casos em que a limitação da liberdade, ainda que menos intensa, não pode ser desconsiderada. Exemplo típico é a influência exercida pela rede de distribuição sobre as possibilidades de substituição dos produtos distribuídos. Assim, por exemplo, a Suprema Corte americana considerou as verduras vendidas em supermercados como um mercado separado das verduras vendidas em armazéns, empórios ou, mesmo, comerciantes exclusivos de verduras. Os custos de substituição, no caso, eram subjetivos, e consistiam no fato de que só os supermercados respondem pelas necessidades periódicas genéricas dos consumidores. A maioria dos consumidores de supermercado é constituída por pessoas que devem fazer suas compras conjuntamente, não tendo tempo nem interesse em comprar cada um dos itens de necessidade imediata através de comerciantes especializados. Os custos de substituição do produto (verduras vendidas em supermercados) são, portanto, excessivamente elevados para esses consumidores (consistindo em tempo perdido de trabalho ou lazer).<sup>25</sup>

Na verdade, esse último caso é nada mais, nada menos, que uma aplicação diferenciada do conceito de *cluster market*. O *cluster market* ("mercado agrupado") consiste exatamente em um agrupamento de produtos que, exatamente porque agrupados, têm maior atratividade para o consumidor. Em doutrina reconhece-se que, para poder ser considerado "agrupado", um mercado deve obedecer aos seguintes requisitos: (a) a maioria dos consumidores deve estar disposta a pagar preços mais eleva-

112 S.Ct. 2.072 (1992). Discutia-se o poder da *Kodak* no mercado de manutenção de seus produtos. No caso, além do *lock in*, havia também um *tying arrangement* (venda casada) das peças de reposição e dos serviços de manutenção. A decisão da Suprema Corte considerou existente o poder no mercado (que no sistema americano é fundamental para a caracterização da violação da *Section II* do *Sherman Act* - ilícito de monopolização do mercado) com base exatamente nos insuperáveis custos de substituição do produto decorrentes do *lock in*. Essa decisão despertou enorme controvérsia na doutrina americana, sobretudo entre aqueles autores que consideram a existência de concorrência no mercado dos produtos elemento suficiente para induzir à competição no mercado de peças de substituição. Segundo esses autores, o consumidor bem informado naturalmente já escolheria o produto levando em conta os custos do mercado secundário (mercado de peças de reposição), em que há monopólio. O problema dessa linha de raciocínio está, evidentemente, na pressuposição da informação completa e da capacidade de barganha do consumidor a respeito das condições do mercado secundário (peças de reposição) já no momento da aquisição do produto, que dificilmente é verificável na realidade.

25. *California vs. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

dos (monopolistas) pelo fato de ser possível comprar todos os produtos conjuntamente (preços, esses, que representam para os consumidores exatamente a maior utilidade decorrente da melhor rede de distribuição) ou (b) economias de escala proporcionadas pela estocagem comum tornam a cesta de produtos mais barata que a soma dos produtos dela componentes e (c) as empresas que fornecem os produtos singularmente no mercado não poderiam facilmente (isto é, com baixos custos de entrada e fornecimento) produzir ou comercializar a cesta.<sup>26</sup>

No caso acima relatado, da preferência do consumidor pelas compras em conjunto nos supermercados, deduziu-se que as verduras em supermercado eram um produto “diferente” das verduras vendidas pelo comércio especializado, exatamente porque o supermercado permite ao consumidor a compra de uma variedade de outros gêneros alimentícios.

Note-se, no entanto, que essa não é a aplicação mais comum do conceito. A noção de *cluster markets* surge da necessidade de agregar e não de desagregar mercados. Com efeito, a principal consequência da caracterização de um mercado como *cluster* é considerar a cesta de produtos como um produto único. A definição do mercado deve, então, englobar todos os produtos. No caso das concentrações pode, portanto, levar a considerar duas empresas produzindo ou prestando serviços aparentemente diferentes como componentes do mesmo mercado. A definição do mercado como “agrupado” levaria, então, a concluir por um menor poder no mercado, enquanto no caso anterior, como visto, a conclusão foi inversa. Como é óbvio, tratando-se de concentrações, tanto maior será o poder no mercado quanto menor for o mercado relevante, e vice-versa.

### 2.2.2 Substitutos da oferta

Aos produtores é aplicável, muito mais que aos consumidores, a presunção da racionalidade. Enquanto esses últimos têm seu comportamento direcionado por uma série de determinantes externos (muito deles decorrentes da própria estruturação do mercado, como no caso do *lock in*) e uma série de componentes subjetivos (isto é, a conveniência da rede de distribuição) – que não podem ser sequer aproximativamente captados pelo paradigma da racionalidade –, os produtores têm suas decisões predominantemente influenciadas por um padrão constante: a

26. Cf. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 275-276.

procura de lucros. Assim sendo, de um lado, dados passados a respeito de substituição de oferta são muito mais confiáveis, no sentido de que muito mais confiável é a presunção da repetição dos comportamentos. De outro lado, pelos mesmos motivos relacionados acima, de análises estruturais podem-se tirar inferências mais precisas sobre o comportamento futuro dos agentes.

A consequência disso é fazer com que a questão mais relevante para a análise da substituição de oferta não seja a comprovação da efetiva existência de substituição, mas, sim, a determinação da quantidade que presumivelmente será redirecionada para a fabricação do produto. Há três modos básicos de determinar a quantidade de produção substituída a ser incluída na definição do mercado. O primeiro deles é incluir a capacidade total de todas as firmas produzindo o bem a ser substituído (pressupondo-se ser possível demonstrar, com base nos critérios enumerados no subitem 2.1, que essa substituição é possível e provável). Pode-se, em uma segunda alternativa, incluir apenas a capacidade de algumas firmas ou a parte da capacidade que se pode razoavelmente considerar que seria redirecionada. Finalmente, uma terceira alternativa é não incluir qualquer parte da produção ou capacidade produtiva dos fabricantes do produto a ser substituído, mas analisar os resultados da definição de mercado em função da facilidade relativa de entrada no mercado.

Dominante na doutrina é a preferência pelo primeiro método.<sup>27</sup> O raciocínio econômico usado por seus defensores é bastante simples. O agente econômico estará disposto a redirecionar toda sua produção caso isso seja mais lucrativo que sua produção corrente. Ora, isso ocorrerá sempre que o preço que poderá cobrar pelo novo produto for maior que o preço do produto substituído mais os custos de substituição. Para os teóricos de Chicago não basta, no entanto, a simples possibilidade teórica. É necessário demonstrar que a substituição de produção efetivamente já ocorreu em função de um aumento de preços, ainda que apenas em um grau mínimo.

Essa não é, no entanto, a posição mais coerente. Não é possível supor que a empresa redirecionaria de forma duradoura toda ou grande parte de sua capacidade produtiva para um novo produto, deixando desatendido seu público consumidor originário. Se o fizesse, e ima-

27. Cf.: P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 256-257; W. Landes e R. Posner, “Market power in antitrust cases”, cit., *Harvard Law Review* 94/963.

ginando que tenha certo poder em seu mercado originário, os preços imediatamente cresceriam, o que lhe daria um incentivo para retornar imediatamente. Mas muito mais convincentes que essa argumentação marginalista – que, de todo modo, pressupõe certo poder no mercado por parte da empresa no mercado originário – são as razões sugeridas pela lógica negocial. Uma posição no mercado tem, obviamente, seu valor (inclusive patrimonial – *good will*). Ao custo de transferência do agente econômico deveria ser somado o custo de oportunidade consistente na perda da posição no mercado e, conseqüentemente, na perda de lucratividade presente e futura.

Não por acaso, portanto, as *Merger Guidelines* americanas tomaram posição bastante cautelosa relativamente ao assunto. Prevê-se que, para determinar se uma firma é, ou não, participante do mercado devem ser levados em consideração “the costs of substitution or extension relative to the profitability of sales at the elevated price, and whether the firm’s capacity is elsewhere committed or elsewhere so profitably employed that such capacity likely would not be available to respond to an increase in price in the market” (item 1.321). A opção é clara pelo segundo método. Há a crença na possibilidade de determinar, ainda que aproximativamente, o volume de produção que será efetivamente redirecionado para o mercado.

Na verdade, a construção de um sistema coerente requer diferenciação prévia entre a capacidade produtiva em uso e a capacidade ociosa. A primeira, como já visto, é a mais difícil de ser redirecionada, em função dos custos resultantes dessa operação (sobretudo o custo de oportunidade). Com relação à capacidade produtiva em uso, tão forte é o apego da empresa a seu mercado que, em ausência absoluta de dados quantitativos e de preço que permitam uma definição ao menos aproximada do montante a ser incluído, o melhor método para determinar a quantidade de produção a ser incluída na definição do mercado parece ser o último dos três supra-aludidos. Deve-se, portanto, analisar os resultados à luz tão somente da possibilidade de entrada. Isso deve ser feito não apenas a partir dos critérios aqui descritos (todos eles relacionados a elementos determinantes da disposição do produtor de transferir sua produção), mas também em função das barreiras existentes à sua entrada no novo mercado (tanto aquelas estruturais quanto aquelas decorrentes do comportamento do agente detentor – hipoteticamente – de poder no mercado). A existência de barreiras à entrada de concorrentes é um dos elementos-chave para identificação das situações de dominação dos mercados (v. infra, nesta Parte II, Capítulo II, subitem 3.4).

Diferente deve ser o tratamento da capacidade ociosa. Com relação a ela, sim, pode-se formular uma presunção em sentido exatamente inverso, ou seja: em ausência de expressa demonstração da existência de barreiras à entrada<sup>28</sup> é conveniente simplesmente incluir toda a capacidade ociosa no mercado relevante. Também a chamada *capacidade cativa* deve ser considerada, ou seja, aquela produção utilizada como matéria-prima em determinada estrutura empresarial integrada verticalmente, mas que pode ser redirecionada para um novo mercado caso as condições naquele novo mercado se tornem atrativas. Aqui, claramente, os problemas são bastante semelhantes aos vistos anteriormente com relação ao redirecionamento da capacidade em uso. A diferença principal é que o termo de comparação deve ser apenas a perda de lucratividade na comercialização do produto final produzido pelo grupo integrado verticalmente. Isso porque ou o produto final deverá deixar de ser produzido por falta de matéria-prima, ou a matéria-prima deverá ser adquirida por preço por hipótese mais elevado que os custos de produção interna. Não existirá, no entanto, o ônus maior correspondente à perda do mercado e do *good will* a ele relativo. Por isso, essa situação está mais próxima da análise da capacidade ociosa que da capacidade em uso.

### 2.3 O mercado geográfico

A dimensão geográfica é a mais importante na definição do mercado. É ela que permite, no mais das vezes, ampliar o mercado a ponto de descaracterizar a existência de poder, mesmo em presença de altos níveis de concentração no mercado originário. Além disso, é na perspectiva geográfica da definição do mercado que se fazem sentir os efeitos das novas tendências do direito concorrencial.

O grande problema da dimensão geográfica está na maior dificuldade de distinção entre os planos de substituição da oferta e da demanda. Na definição do mercado dos produtos essa diferenciação é clara, já que há uma mudança material, mensurável fisicamente, respectivamente, na produção e no consumo dos componentes do mercado. Na definição do mercado geográfico, no entanto, essa mudança é muito menos evidente, já que ocorre meramente uma transferência de região. Os produtores passam a oferecer e/ou os consumidores passam a demandar em nova

28. Essas barreiras podem consistir nos custos de colocação em funcionamento dessa capacidade. Por esse motivo, as *1992 Horizontal Merger Guidelines* admitem a consideração da capacidade ociosa desde que essa não seja “significantly more costly to operate than capacity currently in use” (item 2.22).



região. Como o mercado é exatamente o ponto de encontro entre esses dois fatores, surge a pergunta: como determinar quem se deslocou? A resposta não é difícil nas duas situações extremas: de um lado, aquela em que o produtor instala uma nova fábrica na região em estudo, em que se configura distintamente a substituição de oferta, e, de outro, aquela em que o consumidor se desloca para uma nova região a fim de adquirir o produto, quando se configura a substituição de demanda.

Na grande maioria dos casos, no entanto, não é isso que ocorre. Normalmente verifica-se apenas a instalação de uma rede de distribuição na região em estudo, que passa a comercializar os bens fabricados pelo produtor. Note-se que a instalação de rede de distribuição independente é obra do mercado, e não dos produtores. Confundem-se, então, os fatores que permitiriam, com relação ao mercado de produtos, distinguir as formas de definir o mercado.

A dificuldade em diferenciar as situações cria uma situação complicada do ponto de vista jurídico-econômico: de um lado, a presença dos consumidores sugere menos escrúpulos com relação à inclusão de todo o mercado. Do ponto de vista da substituição de demanda, não há por que supor que os consumidores limitariam seus desejos a apenas uma parcela da produção da nova região.

De outro lado, analisada a situação como um caso de substituição de oferta, vêm à baila todos os problemas quantitativos enfrentados nesse tipo de caso. E não há como negar que a necessidade em si de uma rede de distribuição, sobretudo quando organizada e instalada pelo produtor, invoca a perspectiva da substituição da oferta.

Não por acaso, portanto, é na definição do mercado geográfico que se encontram as maiores e mais relevantes controvérsias doutrinárias a respeito do montante da produção "externa" a ser incluída. Nela se misturam problemas relacionados tipicamente à substituição da demanda, como a análise da preferência dos consumidores e a preocupação em geral com a questão de *se* é necessário, ou não, incluir o novo mercado, com problemas tipicamente de substituição de oferta, como os custos de transporte e a preocupação geral com a questão de *quanto* da produção "externa" incluir no cômputo do mercado relevante.

### 2.3.1 Considerações gerais

Na Parte I, Capítulo I, item 3, viu-se como a nova onda de liberalismo restabeleceu uma conexão entre os sistemas econômicos dos diversos Países. Agora, cumpre verificar quais os efeitos da abolição de bar-

reiras comerciais nos sistemas antitruste internos de cada País. O maior impacto está, sem dúvida, na definição do mercado. A importância e o efeito de uma definição de mercado que inclua a produção internacional são evidentes: elimina-se ou diminui-se tremendamente a possibilidade de configuração do poder no mercado no âmbito interno. Não por acaso, portanto, é exatamente através da definição do mercado que se faz, na prática, prevalecer a ideia liberal do direito antitruste, defendida com ênfase pela Escola Neoclássica de Chicago e que procura fortalecer a competitividade internacional das empresas.

O representante mais tradicional das ideias da Escola de Chicago aplicadas à definição do mercado é R. Posner. Sua teoria é conhecida como *diversion approach* e sua principal característica é o tratamento absolutamente indiferenciado dos produtores nacionais e estrangeiros. Portanto, a teoria que se passará a discutir aplica-se, segundo seu criador, tanto à definição do mercado interno quanto à definição do mercado internacional.

Segundo R. Posner, se um produtor distante faz algumas vendas no mercado local, toda a sua produção deve ser incluída na definição do mercado. Isso porque a existência de vendas, ainda que em quantidade reduzida, demonstra que o agente econômico é capaz de transpor quaisquer eventuais barreiras existentes no mercado local. Assim, é razoável supor que o produtor, agindo racionalmente, seja capaz de redirecionar até mesmo toda a sua produção para o novo mercado, desde que o preço seja mais atraente que em seu mercado de origem.<sup>29</sup> Posner acrescenta, ainda, dois requisitos para que se possa pressupor esse redirecionamento ilimitado de produção: (a) que o acesso seja duradouro, e não causado por condições especiais e transitórias de mercado; (b) que o produtor estrangeiro seja capaz de atingir aquele consumidor específico, e não outro consumidor, situado em região distante do País.

Essa última ressalva, motivada pela preocupação do autor com a diferente penetração de produtos orientais nas costas leste e oeste dos Estados Unidos, chama a atenção para um aspecto muito importante do problema da definição do mercado geográfico, e que pode ser assim formulado: a inclusão da produção de fabricantes situados em Países estrangeiros não pressupõe nem implica a inclusão de todo o mercado nacional no "mercado relevante". Basta que as barreiras ao transporte inter-regional sejam superiores às barreiras internacionais e grandes o

29. Cf. W. Landes e R. Posner, "Market power in antitrust cases", cit., *Harvard Law Review* 94/963.

suficiente para tornar inviáveis as vendas dos produtores internos da região por elas onerada para ser obrigatório excluir estes produtores e incluir os produtores internacionais.

Essa situação não é teórica, mas muito real, sobretudo em Países de largas dimensões territoriais como o Brasil: sendo os custos do transporte terrestre (que o produtor de uma região interiorana, por exemplo, se vê obrigado a utilizar), via de regra, muito superiores aos do transporte marítimo, muitas vezes é muito mais interessante importar um produto do que comprá-lo internamente. Do mesmo modo, e pelo mesmo motivo, na definição do mercado geográfico dessa região "encravada" não podem ser incluídos nem os produtos fabricados na região litorânea, nem os produtos importados por essa última região do Exterior.

A teoria liberal de Posner foi encampada pelas *Merger Guidelines* americanas. Tanto as de 1984 quanto as de 1992, inspiradas pela filosofia liberal da era republicana e traduzindo a crescente preocupação com a perda de competitividade das indústrias americanas e com a verdadeira invasão do mercado americano pelos produtos orientais, tendem a uma análise bastante abrangente da definição de mercado geográfico. Em primeiro lugar, afirma-se expressamente que a definição do mercado aplica-se tanto a empresas nacionais quanto a empresas estrangeiras (item 1.0). Além disso, as diretivas adotam o chamado *all or nothing approach* típico da análise posneriana, segundo o qual, tratando-se de definição do mercado geográfico, ou a produção estrangeira é incluída por inteiro, ou é excluída. Provada a efetiva existência de importação, ainda que em pequena quantidade (infra, subitem 2.3.2), toda a produção estrangeira é incluída.

A crítica à análise posneriana tem dois aspectos bem diversos. Em primeiro lugar, com relação ao mercado interno suas conclusões são aceitáveis, necessitando apenas de alguns ajustes e certo refinamento, sugeridos pela própria teoria neoclássica. Já, a extensão das conclusões ao âmbito internacional simplesmente não pode ser aceita, por superavaliar fortemente a possibilidade de expansão da participação da produção internacional no mercado interno. Esses aspectos são apresentados a seguir. Todas as observações feitas para o mercado interno são também aplicáveis ao mercado internacional, a não ser que essa aplicação seja expressamente excluída.

### 2.3.2 O mercado interno

Mesmo com relação exclusivamente ao mercado interno a existência de importações de outras regiões no passado pode dar uma ideia falsa

das reais possibilidades de importação. Essas só podem ser corretamente avaliadas a partir de uma acurada análise dos custos de transporte.

Diversos são os modelos explicativos do comportamento dos agentes em presença de custos de transporte.<sup>30</sup> Como regra geral, pode-se incluir todo o mercado externo (isto é, de outras regiões) apenas quando o preço na região exportadora mais os custos de transporte não superam os preços praticados pelos produtores concorrentes da região importadora. Mesmo nesse caso há uma importante exceção. Se essa diferença de preço for decorrente da incapacidade dos produtores do setor importador de fazer frente a toda a demanda doméstica pelo produto – incapacidade, essa, que está sendo suprida –, a inclusão de todo o volume produzido na região exportadora pode ser enganosa. Isso porque, no momento em que as firmas locais aumentarem sua capacidade produtiva, os exportadores estrangeiros estarão automaticamente fora do mercado – desde que o preço nessa última situação, caindo para níveis concorrenciais, se torne inferior ao preço da mercadoria no mercado exportador mais os custos de transporte. A questão acaba por se resolver, portanto, em uma comparação entre a eficiência produtiva das duas regiões. Com efeito, presumindo a concorrência perfeita em ambas, a região exportadora só poderá tornar seu produto viável na região importadora se a diferença na eficiência (isto é, diferença entre os custos de produção) for suficiente, no mínimo, para a cobertura dos custos de transporte.

Em uma primeira hipótese, o preço do produto no mercado exportador, mais os custos de transporte, é superior ao preço no mercado importador. É possível, então, que se verifiquem três situações diversas. Em primeiro lugar, é possível que o produtor da região exportadora venda na região importadora a preços superiores aos praticados naquela região. Se isso ocorrer, não há dúvida de que se trata de mercado distinto, pois caso contrário não seria possível vender a preços superiores. Trata-se, no entanto, de uma diferença entre produtos, ou seja, os exportadores seriam excluídos através da definição do mercado de produtos.<sup>31</sup>

30. A análise mais acurada desses custos e de suas implicações para o direito concorrencial é, sem dúvida, a de P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 222 e ss.

31. Nesse ponto W. Landes e R. Posner concordam com a crítica de Areeda-Hovenkamp, ressaltando apenas que se trata de uma questão de definição do mercado de produtos, o que, obviamente, não implica qualquer diferença aplicativa relevante (v. W. Landes e R. Posner, "Market power in antitrust cases", cit., *Harvard Law Review* 94/970).

Pode ser, ainda, que o produtor da região exportadora venda na região importadora por preço inferior ao por ele praticado em sua região de origem (de modo a cobrir os custos de transporte). Nesse caso, deve-se fazer ulterior distinção entre duas hipóteses. Imaginem-se as regiões "A" e "B". Se só a região "B" exportar para "A", admite-se a inclusão dos produtos de "B" desde que a exportação de seus produtos para a região "A" se faça com base em aproveitamento de capacidade ociosa. Isso porque, para aceitar logicamente a hipótese de venda dos produtos de "B" em "A" (tendo em vista os princípios marginalistas) é necessário supor que esses produtores não vendem abaixo de seu custo marginal. É impositivo, portanto, imaginar que o produtor de "B" tem algum tipo de lucro monopolista na sua região de origem, para que possa exportar para "A" a preços inferiores (por hipótese, competitivos) e ainda assim não ser obrigado a vender abaixo de seus custos marginais (como visto anteriormente, em uma situação de concorrência perfeita o preço é por hipótese igual ao custo marginal). Note-se que mesmo nessa situação o exportador de "B" só terá incentivo para exportar aquele montante produzido a partir de sua capacidade ociosa. Isso porque toda vez que o produtor de "B" está exportando para "A" produto que poderia ser vendido na região "B" está perdendo, pois por hipótese os preços naquela região são superiores.<sup>32</sup>

Finalmente, é possível que as exportações do produto sejam recíprocas entre as regiões "A" e "B". Nesse caso, se cada um dos produtores exporta para a outra região por preços inferiores aos cobrados em seu local de origem, o que estão fazendo é discriminar entre os consumidores. Ora, como já visto, a discriminação de preços entre consumidores é prova da existência de poder no mercado, pois revela diretamente a existência de lucros monopolistas em um dos mercados. Na verdade, portanto, a existência de discriminação de preços até dispensaria a definição do mercado. Mas, mesmo levando adiante a definição, a possibilidade de discriminação sugere, como acima discutido, a existência de diferenças entre os produtos que impedem a substituição (diferentes mercados de produtos). Portanto, os exportadores respectivos não podem ser incluídos no mercado. Isso porque, se não houvesse diferença entre os produtos, não haveria razão para que os produtores das regiões "A" e "B" não ocupassem, respectivamente, os próprios mercados internos, em vez de exportar. Essa é a razão pela qual nesse segundo caso (exportação recíproca) configura-se a discriminação entre consumidores, enquanto na hipótese anterior (exportação unilateral) isso não ocorre.

32. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 234 e ss.

É também criticável na posição de Posner a completa desconsideração das preferências dos consumidores. Sobre elas não se podem fazer generalizações, mas é necessário reconhecer que há casos em que essas preferências representam importante obstáculo ao comércio inter-regional e internacional. É verdade, por outro lado, que em certos casos elas representam relevante incentivo. Aqui estão alguns exemplos. Tratando-se de bens de capital, principalmente os que envolvem tecnologia mais complicada, é frequentemente indispensável a disponibilidade constante de assistência técnica. Assim, não parece realista supor a possibilidade de uma expansão ilimitada da demanda por produtos situados em regiões distantes mesmo em face de aumentos de preço. Para poder fazê-lo com segurança é necessário verificar a efetiva existência de ameaça à posição do produtor local, tentar determinar até que ponto é ou pode vir a ser economicamente viável para o produtor "de outra região" instalar uma rede própria de assistência técnica em região a ele estranha, com todos os custos que essa instalação possa implicar.

Também os bens de consumo exigem análise mais acurada da posição do consumidor. As preferências dos consumidores são frequentemente influenciadas por gostos e peculiaridades regionais. Para o produtor "estrangeiro" superar essa verdadeira barreira à entrada ou à expansão de suas vendas são necessários fortes gastos em publicidade. Esses gastos devem ser levados em conta para avaliar a "ameaça" representada pelo produtor "estrangeiro".

É importante fazer uma ressalva relativamente ao mercado internacional. Tratando-se de bens de consumo que envolvem certo tipo de apelo tecnológico (mesmo que a tecnologia neles utilizada seja bastante simples), ainda que o produtor nacional disponha da mesma tecnologia, é parte da cultura terceiro-mundista considerar o produto estrangeiro superior.<sup>33</sup> Consequência disso é que esses produtos competem não quando seus preços são equivalentes, mas a partir do momento em que se atinge certo diferencial de preços em favor do produto nacional. O consumidor,

33. O simples fato de essa afirmação pressupor a "irracionalidade" do consumidor não a invalida como elemento orientador de aplicação das normas antitruste, como querem os neoclássicos. O direito antitruste deve levar em conta os comportamentos prováveis, sejam eles racionais ou não. É preciso notar que essa presunção de irracionalidade é aplicável apenas a consumidores menos sofisticados e com menor acesso à informação. Por isso, nela não se incluem os consumidores de bens de capital, relativamente aos quais pode-se presumir o pleno acesso a informações que permitam avaliar o produto com base em sua real qualidade. Tampouco será aplicável no ramo de bens de consumo toda vez que for possível demonstrar que seus consumidores têm pleno acesso à informação e plenas condições de avaliá-la.

subjetivamente, atribui maior utilidade ao produto estrangeiro. Assim sendo, aumentos de preços do produto nacional, mesmo que o produto nacional permaneça em um nível de preço inferior ao do produto estrangeiro, podem dar origem a fortes movimentos migratórios da demanda.

Pode-se formular, portanto, uma regra geral para a definição do mercado da seguinte forma: a presença de vendas substanciais de produtos de outra região permite a inclusão do total de sua produção, a não ser que algumas das barreiras econômicas acima discutidas (basicamente, custos de transporte e preferência dos consumidores) sejam claramente identificáveis. A presunção (simples) é, portanto, de que a existência efetiva de vendas indica no sentido da livre e ilimitada possibilidade de entrada caso se verifiquem aumentos de preço naquela região.<sup>34</sup>

### 2.3.3 O mercado internacional

Essa presunção deve, no entanto, ser formulada no sentido inverso quando o mercado potencial a ser considerado é o internacional. Há

34. O art. 2º da lei concorrencial determina que ela seja aplicável às práticas realizadas no Exterior desde que “produzam ou possam produzir efeitos” no território nacional. Atos de concentração econômica ocorridos no Exterior devem ser incluídos em uma interpretação razoável desse dispositivo, na medida em que podem gerar limitações à livre concorrência no Brasil. A questão, aqui, consiste em determinar os critérios que permitam aferir a produção efetiva ou potencial de efeitos sobre o território brasileiro. A resposta é simples: se, de acordo com os parâmetros acima estabelecidos, for possível incluir a produção das empresas estrangeiras no mercado local tem-se que a concentração gera efeitos no território brasileiro e deve, portanto, ser apreciada pelo CADE, nos termos do art. 88 da lei concorrencial. Não obstante, a jurisprudência do CADE tem titubeado nessa matéria, deixando de apresentar critérios seguros para a apresentação de atos de concentração econômica ocorridos no Exterior. A ausência desses critérios não é suprimida pelo § 1º do art. 2º da lei concorrencial, segundo o qual “reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante”. A redação do dispositivo é infeliz, por duas razões. De um lado, a referência a “operar no território nacional” é pouco esclarecedora. Persiste a dúvida sobre o que sejam tais operações – o mais razoável é que se trate de exportações ao Brasil, o que remete novamente à dúvida sobre o nível de operações que deve ser considerado suficiente para que a concentração empresarial ocorrida no Exterior gere efeitos sobre a concorrência local. De outro lado, a menção a “filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante” parece ter sido opção por um critério formal de apuração de efeitos no território nacional, ante a ausência de critérios materiais firmes. A opção foi infeliz, pois a presença de qualquer um desses tipos de atividade econômica nada diz sobre o nível de vendas da empresa estrangeira a consumidores brasileiros, nem leva em consideração a possível existência de barreiras que impeçam a entrada efetiva de seus produtos no território nacional.

certas peculiaridades do comércio internacional que não podem ser desconsideradas e que impõem essa conclusão. Em primeiro lugar, é importante ressaltar que o comprometimento do produtor com seu mercado de origem, já mencionado como óbice à aplicação do *diversion approach* (v. supra, subitem 2.3.1), funciona com força particular no âmbito internacional. É absolutamente irreal imaginar que um produtor abandone totalmente seu mercado de origem, perdendo sua posição, para priorizar um mercado estrangeiro, principalmente quando sabe que ficará sujeito às incertezas decorrentes das mudanças da conjuntura internacional.

São exatamente essas mudanças de conjuntura o maior óbice à aceitação da teoria liberal. Decorrem elas da existência de diferentes Estados, todos eles dotados de soberania, que perseguem objetivos econômicos diversos. A soberania estatal influencia o comércio internacional de duas formas. Em primeiro lugar, não é razoável supor a existência de condições equitativas de concorrência entre empresas situadas em regiões com políticas macroeconômicas e situações estruturais absolutamente diversas. Basta exemplificar com as diferenças cambiais. Uma persistente diferença de taxas inflacionárias entre dois Países, influenciando diretamente o valor de troca entre as respectivas moedas, pode tornar subitamente os produtos do País com inflação mais alta extremamente competitivos no segundo País. O contrário também é verdadeiro: uma queda súbita da inflação em um País pode fazê-lo ser invadido por produtos de um País estrangeiro com inflação mais alta (foi o que ocorreu nas relações comerciais entre Brasil e Argentina após o sucesso do plano econômico argentino). Essas alterações conjunturais, bastante frequentes no cenário mundial e inerentes à própria existência de soberanias diversas fazem qualquer previsão sobre evolução de importações baseada em pressupostos marginalistas extremamente arriscada.

Aí está a razão para a coordenação das políticas macroeconômicas ser considerada condição fundamental para o sucesso dos mercados comuns. Sem ela não é possível estabelecer uma comunidade econômica de forma plena, porque não existem condições equitativas de concorrência. É exatamente isso o que prevê o Tratado de Assunção logo em seu art. 1º, terceira parte. A coordenação das políticas macroeconômicas e setoriais é mencionada como instrumento fundamental para o estabelecimento de condições equitativas de concorrência (v. infra, subitem 2.3.4).

Mas existe um segundo efeito da existência de soberanias estatais a afetar as relações econômicas. Trata-se da possibilidade do estabelecimento direto de restrições às importações ou exportações. Não é realista imaginar que produtores de um determinado País possam aumentar ilimi-

tadamente suas exportações para outro sem alguma forma de reação por parte do País importador.<sup>35</sup> Essa reação pode assumir duas formas distintas. Uma delas é o exercício de pressão sobre o governo do País exportador para estabelecer quotas de exportação ou outras restrições à exportação – é o que ocorreu no Japão com relação aos automóveis, por força de pressões do Governo Norte-Americano no começo dos anos 1990.<sup>36</sup> É possível, ainda, que o governo do País importador eleve as tarifas de importação. Essa última reação se verificou há pouco tempo nas relações comerciais Brasil-Argentina. Por força do aumento expressivo das exportações brasileiras, o Governo Argentino pressionou e conseguiu reincluir na lista de exceções à aplicação das regras do Tratado de Assunção uma série de novos produtos que dela não constavam, exatamente aqueles que estavam sofrendo a maior pressão das exportações brasileiras.

Essas observações vinculam-se intimamente à perspectiva política do poder no mercado. A influência dos interesses particulares no Estado é tanto maior quanto maior for o poder no mercado. A perspectiva política do poder no mercado é fenômeno historicamente observável (v. a história do *Sherman Act*<sup>37</sup>) que leva à seguinte conclusão: quanto maior o poder econômico no âmbito interno, menos se pode contar com as pressões de eventual aumento das importações para solapá-lo, pois tanto maior será a possibilidade de o agente econômico detentor do poder obter do governo contramedidas alfandegárias que preservem sua posição.

Obviamente, essa afirmação não pode levar à desconsideração da importância da competição internacional nos mercados que estão a ela expostos. A desaceleração da inflação brasileira derivou, entre muitos outros fatores, da maciça entrada de produtos estrangeiros para competir com os produtos nacionais que se seguiu à redução das tarifas alfandegárias. Isso comprova a importância da competição internacional para o estabelecimento de condições de mercado.

O que se pretende com essa afirmação é apenas demonstrar os riscos de se contar com *aumentos substanciais* do nível de importações em

35. Por maiores que sejam os esforços internacionais para aplicação dos tratados de livre comércio (GATT), é bem sabido que a maioria dos Países – sobretudo os mais desenvolvidos – só fazem aplicação deles quando não existem óbices econômicos e/ou políticos internos (por exemplo: necessidade de proteção de certa indústria específica).

36. Cf. R. Pitofsky, “New definitions of the relevant market and the assault on antitrust”, cit., *Columbia Law Review* 90/1.858.

37. Cf. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2007, p. 68 e ss.

função de mudanças nos preços. Espera-se ter demonstrado que é claramente exagerado excluir toda a produção dos exportadores estrangeiros. Sobram as alternativas de considerar apenas o nível atual de exportações ou, então, definir certo nível de aumento. Ambas as alternativas são arbitrárias e imprecisas. A questão é, evidentemente, escolher a menos arbitrária e mais precisa.

A solução parece simples, em face de tudo o que foi dito acima. Mais próximo da realidade é presumir um aumento das importações exatamente na mesma proporção do que vinha ocorrendo até então em função de aumentos de preços anteriores. Também a proporção em que o aumento de preços vem crescendo deve ser conservada.<sup>38</sup> Essa presunção, propositadamente discrepante dos resultados de uma análise exclusivamente econômica, tem como justificativa as variáveis políticas e conjunturais presentes no cenário internacional e capazes de contrabalançar, por hipótese nas mesmas proporções, as determinantes econômicas. Nega-se, assim, a presunção posneriana de que existe um ponto de inversão em que o preço se torna interessante a ponto de atrair quantidade ilimitada de produção internacional. Segundo o modelo aqui proposto, exatamente nesse ponto as pressões políticas para o estabelecimento de barreiras à entrada de produtos estrangeiros são tão grandes, que acabam por contrabalançar qualquer pressão econômica. A presunção é, portanto, sempre de uma evolução constante.

#### 2.3.4 O mercado comum

A perspectiva da existência de uma comunidade econômica entre Países influencia fortemente o direito concorrencial. A organização em blocos comerciais, ao lado da internacionalização das relações econômicas, é a principal tendência a orientar os novos rumos do direito concorrencial. Sua influência na definição do mercado merece atenção.

A primeira questão a ser resolvida refere-se à posição que deve ser atribuída aos Países componentes de um mercado comum. Segundo a análise acima desenvolvida, a decisão sobre o quanto incluir da produção externa na definição de um mercado relevante nacional depende essencialmente da determinação da origem, nacional ou estrangeira (no sentido de proveniente de outro Estado), da produção. Mas o que dizer de uma comunidade econômica?

38. Em termos formais, dir-se-ia que tanto a derivada primeira quanto a derivada segunda da curva representativa da quantidade de importações em função dos preços internos são constantes.

Antes de tudo, é preciso diferenciar duas outras figuras, que não se confundem com a comunidade econômica (ou mercado comum). Trata-se da Zona de Livre Comércio e da União Aduaneira. A primeira caracteriza-se simplesmente pela abolição das barreiras alfandegárias internas à circulação de mercadorias. A segunda agrega à inexistência de barreiras internas uma tarifa externa comum. Exemplo recente dessas figuras é o Mercosul, até 1994 não mais que uma Zona de Livre Comércio e que, em função da gradual aproximação das tarifas externas deliberada na VI Reunião do Grupo do Mercosul, se aproxima cada vez mais de uma União Aduaneira.<sup>39</sup>

Já, a comunidade econômica pressupõe a criação de um pleno espaço econômico comum, com a abolição de todas as restrições, *alfandegárias ou não*, à circulação de mercadorias. Para isso, impõe-se o estabelecimento de igualdade de condições concorrenciais entre todos os agentes econômicos originários de Países da comunidade. Não basta, no entanto, a mera declaração da existência de condições idênticas de concorrência ou da intenção de criá-las. É preciso – isso, sim – verificar a existência de condições materiais para que a concorrência se torne possível. Pode-se dizer que duas condições são fundamentais: (a) a convergência das políticas macroeconômicas e (b) a transferência a órgãos comunitários de competências decisórias estatais, sobretudo relativas à política alfandegária interna e externa.

Avaliados segundo esses critérios, os fluxos de mercadorias entre Países pertencentes às duas primeiras figuras mencionadas no parágrafo anterior (Zona de Livre Comércio e União Aduaneira) não se diferenciam qualitativamente do comércio entre Países independentes não ligados por qualquer vínculo político ou econômico. Com efeito, permanecem ambas as características da soberania mais influentes na formação de barreiras ao comércio internacional – quais sejam: a disparidade e volatilidade das políticas macroeconômicas e a possibilidade de estabelecimento de barreiras à exportação ou importação de produtos. Poder-se-ia argumentar que essa última possibilidade não existe, na medida em que a Zona de Livre Comércio e a União Aduaneira pressupõem, ao menos teoricamente, a abolição de todas as barreiras alfandegárias internas. Na realidade, porém, o que se observa é que essas barreiras podem ser e são frequentemente restabelecidas por pressões dos Estados-membros, quan-

39. Cf. J. Samtleben e C. Salomão Filho, “O mercado comum sul-americano – Uma análise jurídica do Mercosul”, in J. Grandino Rodas, *Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, pp. 276 e ss.

do isso se demonstra necessário. Isso porque em muitos casos – como, por exemplo, no Mercosul – essas estruturas caracterizam-se por contarem com órgãos comunitários compostos diretamente de representantes dos governos dos Estados-membros, sem qualquer independência com relação a eles. A existência desses órgãos, em vez de dificultar, até facilita e institucionaliza as pressões políticas dos Estados-membros sobre seus parceiros para o estabelecimento de quotas ou, então, a aceitação de novas barreiras alfandegárias.

É exatamente o que ocorre neste momento no Mercosul. Em função da situação extremamente volátil das políticas macroeconômicas dos Estados-membros, as invasões do mercado argentino por produtos brasileiros e vice-versa não são raras. A evolução do processo de integração entre esses Países tem sido possível apenas através de frequentes reintroduções de restrições alfandegárias por decisão consensual.<sup>40</sup>

Uma maior segurança com relação à estabilidade das relações comerciais, apta a permitir a perfeita assimilação de tais estruturas ao mercado nacional, só existe quando os Estados estão dispostos a abrir mão de parte de sua soberania, sobretudo no que tange ao poder de decidir questões econômicas sensíveis para o direito concorrencial, em favor de órgãos comunitários dotados de independência. Note-se que mesmo assim é necessário, ainda, verificar a existência de similaridade nas políticas macroeconômicas para ser possível presumir a permanência

40. V., a respeito da natureza política e da íntima ligação dos “órgãos comunitários” do Mercosul aos governos dos Estados-membros, J. Samtleben e C. Salomão Filho, “O mercado comum sul-americano – Uma análise jurídica do Mercosul”, cit., in J. Grandino Rodas, *Contratos Internacionais*, 2ª ed., pp. 248 e ss. Sobre os fundamentos dessa característica marcante do Mercosul afirma-se: “A estrutura orgânica atual do Mercosul tem, portanto, propositalmente, caráter provisório. Ela não pode, conseqüentemente, ser comparada com a estrutura da Comunidade Econômica Europeia. A sua composição por representantes dos governos bem como a necessidade da presença de todos os membros e de unanimidade nas decisões correspondem à tradição da ALADI, cujos órgãos se tornaram, em decorrência disto, dependentes dos Estados e limitados na sua liberdade de ação. A composição leva em conta, também, as experiências positivas do processo de integração Brasil-Argentina, que escolheu o princípio do entendimento para fazer com que o processo de adaptação não fosse traumático. Essa cooperação construtiva teve sua continuação no Mercosul, cujos órgãos assumiram suas funções, na prática, imediatamente após a assinatura do Tratado e antes mesmo de sua entrada em vigor. O Tratado de Assunção escolheu, dessa maneira, para o período de transição, uma estrutura orgânica que garante em primeira linha o respeito aos interesses dos Estados-membros e que se baseia em uma tentativa de obter uma harmonização paulatina e coordenada das diferenças econômicas ainda existentes entre os Países” (p. 249).

da livre circulação no futuro. Sem ela os fluxos migratórios de produção podem ser tão elevados, que o risco será não apenas para a existência de competição, mas para a própria existência política da comunidade.

Seguindo esses critérios, pode-se dizer que apenas recentemente, após a assinatura do Tratado de Maastricht, a CEE (agora UE) adquiriu a configuração de verdadeira comunidade econômica, permitindo definir o mercado geográfico segundo as mesmas regras válidas para o mercado interno. Já, o Mercosul é ainda, no máximo, apenas uma União Aduaneira (incompleta). As exportações de outros Estados-membros devem, portanto, ser tratadas, para fins de aplicação do direito antitruste brasileiro, segundo os mesmos critérios aplicáveis a Países estrangeiros, isto é: demonstrada a existência de participação de exportador proveniente de um dos Países-membros no mercado interno de outro País-membro, deve-se presumir um aumento constante de importações em função de crescimentos futuros de preços, não sendo possível simplesmente incluir o volume global de vendas do exportador em todo o Mercosul.

É importante que fique claro que a análise acima se refere exclusivamente à definição do mercado para aplicação do direito concorrencial interno. O problema é diverso quando se trata de aplicar o "direito concorrencial comunitário". Esse último está sujeito a princípios diversos, fundamentados em objetivos diferentes. Sendo um dos principais objetivos do direito concorrencial comunitário servir de força motriz para a criação de um espaço econômico comum, a existência de *condições equitativas* de concorrência aparece como elemento garantidor da existência de uma liberdade real, e não apenas formal, de circulação de mercadorias e fatores produtivos.

A ideia que está na base da formação dos mercados comuns é a de constituição de uma comunidade econômica em que, como o próprio nome sugere, o elemento agregador central é o econômico e não o político. Aliás, a não existência de uma congregação política é, muitas vezes, elemento essencial para o próprio sucesso da comunidade econômica, na medida em que permite a preservação das soberanias nacionais. Essa afirmação é comprovável em medidas diversas pela observação das estruturas da CEE (agora UE).<sup>41</sup>

41. As estruturas institucionais do Mercosul e da CEE (UE) são profundamente diversas. Enquanto na última a estrutura institucional é razoavelmente forte e independente, o funcionamento do primeiro é baseado primordialmente no consenso entre os Estados-Membros, gozando os órgãos comunitários "de pouquíssima independência funcional" (v., a respeito, J. Samtleben, C. Salomão Filho, "O mercado comum sul-americano - Uma análise jurídica do Mercosul", in J. Grandino Rodas

Nesse tipo de comunidade o direito concorrencial desempenha papel fundamental. Inexistindo um poder estatal organizado ou com força suficiente para dirigir e sequer fiscalizar a atividade econômica na esfera comunitária, o mercado basicamente deve se autocontrolar. Daí a predominância, nesse tipo de estrutura, da ideia ordoliberal do direito concorrencial como corpo de regras necessárias para garantir autocontrole da esfera privada. Esse autocontrole é necessário para que a garantia das liberdades comunitárias de circulação seja real e não meramente formal. De nada adianta afirmar a liberdade de circulação de mercadorias ou então, afirmar a liberdade de circulação de capitais, se se permite a criação ou a utilização de posições dominantes de maneira a criar barreiras à entrada de produtos de concorrentes de outro Estado-Membro.

O direito concorrencial assume, assim, caráter de verdadeira constituição econômica, corpo de regras mínimas visando à garantia de igualdade de condições de concorrência entre os agentes econômicos que atuam no espaço econômico comum. A principal preocupação do direito concorrencial de origem comunitária é a garantia das condições estruturais da concorrência, isto é, as condições de acesso e permanência, no mercado, dos agentes.<sup>42</sup>

Não há qualquer preocupação com a eficiência. Na medida em que se amplia a massa territorial envolvida em que o espaço econômico torna-se mais autossuficiente, não é mais necessário preocupar-se tanto com a proteção dos mercados contra a concorrência internacional através do direito concorrencial. Isso é feito através da própria existência de preferências aduaneiras para os produtos produzidos nos Estados-Membros e condições favorecidas de estabelecimento para empresas oriundas dos Estados-Membros. O que o direito concorrencial deve garantir é a igualdade de condições de concorrência entre regiões econômicas em

*Contratos Internacionais*, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 239 (248)). Obviamente, a força institucional da CEE é devida em grande parte às circunstâncias históricas de sua criação, isto é, ao fato de que, após a segunda guerra mundial, os países europeus não só foram estimulados a abrir mão de parte de sua soberania, mas, também, estavam mais dispostos a isso, como forma de impedir uma nova confrontação. Mesmo assim, o processo foi longo, até que a maioria dos membros da EU decidisse adotar uma moeda comum, expressão maior de sua união econômica.

42. É interessante observar que a própria definição comunitária de mercado relevante é totalmente diferente da definição neoclássica. Em "United Brands" (*United Brands Co. and United Brands Continental BV vs. Commission* [1978] ECR 207) a Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia definiu o mercado como sendo a área em que *the objective conditions of competition must be the same for all traders*.

que vigorem condições econômicas muito diversas, tarefa essa, já por si só, bastante complicada.<sup>43</sup>

Por esse motivo, ao direito concorrencial comunitário não é possível aplicar a definição de mercado nos moldes neoclássicos. Se a preocupação primeira é com a existência efetiva de igualdade de condições de concorrência, e não com o poder de aumentar os preços, o mercado relevante não pode ser medido com base em aumentos hipotéticos de preços, mas, sim, a partir da existência, ou não, daquelas condições. Não causa espanto, portanto, que a clássica definição de “mercado geográfico” dada pela Corte de Justiça da Comunidade Econômica Europeia no caso “United Brands vs. Commission”, como sendo a região onde “the conditions of competition are sufficiently homogeneous for the effect of the economic power of the undertaking to be evaluated”,<sup>44</sup> tenha sido adotada e refinada pelo Regulamento do Conselho CEE (UE) sobre controle das concentrações.<sup>45</sup>

Sendo esse o conceito de “mercado geográfico relevante”, obviamente ganha especial destaque como critério prático para definição do mercado a verificação da existência de barreiras, tanto objetivas (dife-

43. Essa segunda tendência moderna também influencia o sistema concorrencial brasileiro, na medida em que começa a ser implementada no Mercosul. O Tratado de Assunção contém uma regra, logo em seu art. 1º, que claramente leva em consideração o conceito acima mencionado. Afirma o dispositivo que o Mercado Comum implica a eliminação de qualquer restrição não alfandegária à circulação de mercadorias. Uma vez entendido esse dispositivo no sentido de incluir restrições concorrenciais (e, como se verá, deve ser entendido nesse sentido), pode constituir substancial limite à aprovação de concentrações ou mesmo de atos restritivos a concorrência que tenham relevância para o “Mercado Comum” e que por serem “eficientes”, possam encontrar guarida no direito interno brasileiro. Note-se que na medida em que não firam qualquer dispositivo constitucional e tenham todas as condições para sua autoaplicabilidade, as normas do Tratado de Assunção têm efeito direto nos ordenamentos internos (v., a respeito, J. Samtleben, C. Salomão Filho, “O mercado comum sul-americano”, cit., p. 270).

44. *United Brands vs. Commission, Case 27/76*, decisão de 14.2.1978, in *ECR* (1978), p. 207.

45. Prevê o art. 9º, n. 7, do Regulamento 4.064/1989, de 21.12.1989: “The geographical reference market shall consist of the area in which the undertakings concerned are involved in the supply of products and services, in which the conditions of competition are sufficiently homogeneous and which can be distinguished from neighboring areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas. This assessment should take account in particular of the nature and characteristics of the products or services concerned, of the existence of entry barriers or of consumer preferences, of appreciable differences of the undertakings’ market shares between neighboring areas or of substantial price differences”.

renças de preços, necessidade de capital etc.) como subjetivas (preferências dos consumidores), à entrada de concorrentes (v., a respeito, infra, nesta Parte II, o Capítulo II, subitem 3.4).

Essa atribuição de valor central às barreiras à entrada tem uma consequência importante. Torna-se bem mais difícil a inclusão da produção estrangeira, especialmente a extracomunitária, no mercado relevante. A existência de importações, mesmo em volume significativo, não é suficiente para incluir toda a produção (mundial) no mercado relevante caso existam barreiras, ao menos em teoria, à entrada de produtos extracomunitários. Não é de causar espanto, portanto, que em toda a história do controle das concentrações por parte da Comissão CEE apenas em um caso o mercado relevante tenha sido considerado o mercado mundial.<sup>46</sup>

Tal conclusão tem uma consequência bastante indesejável. Caso a legislação nacional de um dos Países-membros da comunidade adote a visão posneriana de definição do mercado, repetir-se-á aqui, no âmbito da definição do mercado geográfico, a tensão entre as tendências à internacionalização das preocupações concorrenciais e a formação dos mercados comuns. Obviamente, essa tensão tem de ser resolvida, sob pena de se criar um sistema absolutamente paradoxal, no qual o mesmo ato de concentração, ou o mesmo ilícito cuja ocorrência requer a demonstração de posição dominante, pode ser avaliado segundo critérios absolutamente diferentes caso seja a decisão de competência de órgãos nacionais ou comunitários. Note-se que o paradoxo maior de tal sistema seria que a referida concentração – ou o referido ilícito, caso afetasse todo o âmbito comunitário – seria julgada segundo critérios mais rigorosos do que se afetasse o âmbito meramente nacional. Tal resultado seria de coerência duvidosa, já que a mesma concentração teria efeitos potencialmente muito menores caso o mercado considerado fosse todo o mercado comunitário.

A forma de compatibilização parece óbvia, a esta altura. É preciso levar em conta as barreiras à entrada no momento da mensuração do

46. V., a respeito, P. Bos, J. Stuyck e P. Wyntick, *Concentration Control in the European Economic Community*, London, Graham & Trotman, 1992, p. 222. A decisão citada é a de “Aérospatiale – Alenia de Havilland” (*Case IV/M.053*), decisão de 2.10.1991, em que se considerou relevante “the world market excluding China and Eastern Europe”. Em um outro caso relatado (“Aérospatiale/MBB” – *Case IV/M.053*, decisão de 2.10.1991) afirmou-se que “the civil helicopter is from an economic point of view competition from a world market”, daí concluindo, em termos muito gerais, que a competição externa deveria ser levada em consideração na avaliação do mercado. Não se decidiu, no entanto, se o mercado geográfico era o mundial, ou não.



quanto da produção estrangeira deve ser incluído no mercado, na forma há pouco descrita. Não se discute se essa produção deve ser incluída. Adotar uma visão ordoliberal extremada, desconsiderando o dado concreto da existência de importações e simplesmente excluindo toda a produção dos Países estrangeiros por causa da identificação de barreiras à entrada, seria incorrer no mesmo *all or nothing approach*, tão criticado na teoria de Posner.

Entendida dessa maneira a posição ordoliberal, a conclusão que se deve tirar é a de que a existência de um mercado comum ou da intenção da conformação desse mercado constitui verdadeiro óbice jurídico à aplicação da teoria neoclássica de definição de mercado geográfico (na sua versão posneriana) ao mercado internacional. Impõe-se a aplicação de uma teoria como a aqui adotada, que, sem desconsiderar o dado concreto da existência de importações, permite fazer análise realista da evolução da participação do mercado externo no futuro. O mercado comum torna juridicamente imperativa a aplicação das atenuações à teoria posneriana expostas no subitem 2.3.3, supra. A única diferença é que ali o fundamento é apenas a racionalidade econômica, enquanto aqui a razão é jurídica. A existência de previsão expressa no art. 1º do Tratado de Assunção torna jurídico o que era até então interpretação baseada numa particular concepção econômica.

Para essa conclusão não é necessário, no entanto, que o mercado comum esteja perfeitamente conformado. Diversamente da análise do mercado geográfico interno dos Países que se estão integrando, quando se trata de questão concorrencial no âmbito comunitário não se deve observar a realidade existente, mas, sim, os objetivos do processo de integração. Um processo de integração que vise à formação de um mercado comum deve necessariamente ter nas regras de concorrência uma força centrífuga. Assim, basta a declaração, como ocorre no Mercosul, do objetivo de eliminar todas as restrições alfandegárias e não alfandegárias à circulação de mercadorias e fatores de produção (art. 1º) para ser obrigatória a adoção da supramencionada definição do mercado geográfico. Para os Estados-membros do Mercosul essa interpretação impõe-se, inclusive no seu Direito interno, e antes mesmo da conformação final da regulamentação comunitária da concorrência,<sup>47</sup> caso o ato de concentração analisado possa ter efeito comunitário.

47. No momento o que existe é o Protocolo de Fortaleza, ratificado por Paraguai e Brasil e promulgado entre nós pelo Decreto 3.602, de 18.9.2000. O Protocolo estabelece normas gerais para o controle de condutas anticoncorrenciais no âmbito

#### 2.4 A participação no mercado relevante como critério de identificação

Os critérios discutidos acima permitem definir corretamente o mercado relevante de bens e serviços. Uma vez definido o mercado, é possível sobre ele aplicar determinado percentual que, uma vez ultrapassado pelo agente econômico, o sujeita automaticamente a controle.

A discussão sobre o percentual a ser utilizado é inócua. Sobretudo porque aqui se trata de definir um critério de identificação, ou seja, determinar que tipo de estrutura econômica deve estar sujeito a controle, e não se determinada estrutura é, ou não, ilícita. Note-se que, de todo modo, mesmo quando a participação no mercado é utilizada como critério de sancionamento, a única certeza existente entre os economistas é que é impossível definir com precisão o nível de participação a ser utilizado.

Tratando-se de um critério de identificação, o elemento mais importante parece ser o interesse (jurídico-político) de submeter um maior número de estruturas ao controle.

A indefinição doutrinária e a conseqüente predominância de motivações políticas na determinação dos percentuais se fazem sentir na legislação nacional. Prova disso é a oscilação do legislador, que primeiro definiu na Lei 8.884 (arts. 20, § 3º, e 54, § 3º) o percentual de 30% do mercado, para depois reduzi-lo para 20% através de medidas provisórias, e depois mantê-lo na Lei 12.529/2011 (art. 36, § 2º).

Analizada em termos comparativos estritamente numéricos, a porcentagem adotada pelo legislador nacional parece razoável.<sup>48</sup> O proble-

comunitário mas não dispõe sobre o controle das concentrações empresariais (v., a respeito, Capítulo I, subitem 1.4.2).

48. Na Alemanha, para a definição do conceito de “empresa com posição dominante no mercado” (*marktbeherrschende Unternehmen*) utiliza-se a porcentagem de 33% quando se tratar de verificação do poder de uma firma isoladamente (monopólio). Tratando-se de exercício conjunto de poder no mercado por várias firmas (oligopólio), requer-se que até três controlem juntas 50% do mercado, e até cinco firmas controlem juntas 66% do mercado (§ 22 *GWB*). O aspecto distintivo não é o numérico, mas sim a preocupação central do legislador alemão em distinguir as situações de monopólio e oligopólio – o que não ocorre no caso brasileiro.

A mesma diferença se faz sentir com relação à regulamentação norte-americana. Ali, para identificação das concentrações que devem se sujeitar a controle, utiliza-se critério que permite uma avaliação (ainda que superficial) do mercado como um todo e de seu grau de concentração, e não apenas da participação das empresas que se estão concentrando. Trata-se do chamado *Herfindahl-Hirshmann*

ma é que a discussão sobre o valor numérico da participação, meramente opinativa e necessariamente inconclusiva, mascara os reais problemas a serem resolvidos para determinação do poder no 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.

Quanto ao objetivo da norma, é preciso diferenciar entre os critérios utilizados para identificar estruturas e aqueles utilizados para qualificar condutas. Tudo o que foi dito acima aplica-se apenas aos casos em que o poder de mercado é mero elemento de identificação das situações que se devem sujeitar a controle. Quando utilizado como critério para qualificar condutas, completamente diferente deve ser o raciocínio. Nesses casos, a fixação de uma porcentagem determinada é incorreta. Isso porque, como se verá, o poder no mercado, quando utilizado para qualificar condutas (em especial o abuso de posição dominante), é basicamente um critério para mensuração de sua eficácia. Há certos tipos de comportamentos que, realizados por agentes sem poder no mercado, não têm qualquer efeito sobre os consumidores e o mercado em geral. Não podem, portanto, ser considerados ilícitos. Ocorre que a eficácia de um comportamento depende muito da estrutura de cada mercado. O critério para sua avaliação é, portanto, eminentemente variável. Assim, mesmo se baseado exclusivamente em uma porcentagem do mercado relevante, o referido critério deve ser dotado de certa flexibilidade, que permita adaptá-lo a cada estrutura de mercado específica.

Talvez reconhecendo essa necessidade, a própria Medida Provisória 542, de 30.6.1994, que reduziu para 20% a porcentagem de participação no mercado relevante prevista no antigo art. 54 da Lei 8.884, deu nova

*Index (HHI)*. Esse índice é constituído pela soma dos quadrados das participações de todas as firmas no mercado. Seu máximo é, portanto, 10.000 pontos para o mercado totalmente monopolizado (uma única firma detendo 100% do mercado). Utiliza-se o quadrado, e não o valor simples das participações, para potencializar e dar maior importância relativa àquelas participações mais elevadas. As *Merger Guidelines* americanas de 1984 e 1992 adotam ambas o *HHI* como forma de medição da concentração do mercado. Segundo os critérios ali estabelecidos, índices de até 1.000 pontos representam mercados não concentrados, índices entre 1.000 e 1.800 pontos representam mercados moderadamente concentrados e índices de mais de 1.800 indicam mercados altamente concentrados (v. 1992 *Merger Guidelines*, item I.5). Para a análise matemático-econômica das funções do *HHI*, v. P. Areeda, J. Solow e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and their Application*, cit., vol. II-A, pp. 23 e ss.

redação ao art. 20, § 3º, dessa lei, e só a ele, prevendo a possibilidade de alteração desse percentual pelo CADE para setores específicos da Economia. A mesma possibilidade foi mantida no art. 36, § 2º, da Lei 12.529/2011 exclusivamente para avaliação do potencial danoso de condutas (controle das condutas), sendo que o controle de concentrações (estruturas) deixou de contar, na nova lei, com a estipulação de um percentual de participação no mercado.

Não basta, no entanto, apenas a definição do objetivo da norma que faz uso do conceito de poder no mercado. Sua forma de identificação continua a parecer pouco convincente, em ausência de verificação de suas diversas estruturas. Um monopólio é muito diferente de um oligopólio, na essência. Também os riscos representados por ambas as formas para o mercado são bastante distintos. Essa necessidade de diferenciação é reconhecida em outros sistemas. A legislação alemã utiliza critérios numéricos diferenciados para identificar monopólios e oligopólios (mais rigorosos os primeiros que os últimos). Já, no sistema norte-americano utiliza-se o *HHI* como critério de identificação das situações potencialmente danosas, cuja vantagem é exatamente permitir uma avaliação da situação do mercado como um todo, e não apenas das empresas que se estão concentrando (v. nota 45).

Esses elementos indicam no sentido da necessidade não apenas da definição e da mensuração do mercado, mas também da análise de sua estrutura, para uma correta identificação dos casos em que existe real poder no mercado. Não basta, portanto, identificar o montante do poder no mercado que se deve sujeitar a controle. É preciso caracterizar a forma específica em que ele se estrutura. A inexistência de tal preocupação é uma das mais graves omissões da nova lei brasileira.

### 3. Poder de mercado e assimetria de informação

Um dos resultados mais importantes do pensamento econômico moderno é exatamente pôr em dúvida a possibilidade de teorização do comportamento econômico. A principal razão para tanto é a convicção de que o conhecimento se encontra disperso entre os indivíduos e que, conseqüentemente, em cada relação econômica os diferentes indivíduos detêm diferentes parcelas, frequentemente díspares, assimétricas, de informação. Isso faz com que todo e qualquer modelo sobre o funcionamento do mercado que pretenda indicar resultados esperados ou a serem atingidos com base em ampla difusão de conhecimentos e informações esteja necessariamente fadado ao fracasso.