

UNIVERSIDADE GAMA FILHO

MESTRADO EM DIREITO

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA,  
CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS  
E EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

**Aprovação de atos de concentração horizontal  
por eficiências compensatórias**

BRUNO LEAL RODRIGUES

RIO DE JANEIRO

MARÇO - 2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

BRUNO LEAL RODRIGUES

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA,  
CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS  
E EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

**Aprovação de atos de concentração horizontal  
por eficiências compensatórias**

Dissertação apresentada no âmbito do programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Gama Filho, Área de Concentração Direito e Economia, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

RIO DE JANEIRO

2006

## DEDICATÓRIA

*Para Gabriela*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor **Marcos Juruena Villela Souto**, não apenas por ter me distinguido ao aceitar ser meu orientador, e não apenas por todas as valiosas contribuições, intervenções e sugestões que tornaram possível a conclusão desse trabalho, mas também por todo o convívio durante os dois anos de duração do Programa de Pós-Graduação, período durante o qual tive o privilégio de participar de vários projetos sob sua coordenação. O Prof. Marcos Juruena inspira a todos não apenas pelo seu brilhantismo acadêmico, mas também pela capacidade de implementar e concretizar projetos e pelo seu talento para liderar grupos heterogêneos.

Agradeço aos Professores Doutores **Alejandro Bugallo Alvarez, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Hilda Helena Soares Bentes, Maria Stella de Amorim e Ubiratan Borges de Macedo** cujas disciplinas tive o prazer de frequentar durante o Programa de Pós-Graduação e cujos ensinamentos muito contribuíram não apenas para a realização dessa dissertação, mas para a minha formação jurídica e humanística.

Dedico especial agradecimento, *in memoriam*, ao Professor Doutor **Celso D. de Albuquerque Mello**, que foi meu professor na graduação e que tive a sorte de re-encontrar na pós-graduação.

Agradeço ao Prof. **José Ribas Vieira** por todo o apoio e pelo esforço e dedicação na condução do Programa de Pós-Graduação.

Agradeço a todos os meus colegas do Programa de Pós-Graduação, em especial aos amigos **Álvaro Braga Lourenço, Andressa Mendes Pinheiro Assed,**

**Celso Rodrigues Ferreira Júnior, Cristiane Dias Carneiro, Fernando Estevam Bravin Ruy, Haroldo Mavignier Guedes Alcoforado, Patrícia Azevedo de Carvalho, Renata Costa da Silva, Sérgio Alexandre Camargo, Sérgio Guerra e Simone Carrasqueira**, pelo convívio, pelos questionamentos e pelos ricos debates, além da inestimável amizade.

Agradeço à Professora **Vera Thorstensen**, pelo convívio e pelos ensinamentos durante os quatro meses que tive o privilégio de estagiar sob sua supervisão na Missão Permanente do Brasil em Genebra, aprendendo sobre a Organização Mundial do Comércio. O conhecimento técnico e a inteligência da Professora Vera Thorstensen somente encontram paralelo na sua competência e na sua dedicação na defesa dos interesses do Brasil na OMC.

Agradeço aos diplomatas com quem tive o prazer de conviver em Genebra, pelo tempo que perderam explicando os meandros dos acordos multilaterais de comércios e compartilhando um pouco de suas experiências, em especial a **Audo Faleiro, Celso Tarso, Érika Watanabe, Felipe Hess, Nilo Ditz e Victor do Prado**. Conhecê-los e desfrutar de suas companhias somente confirmou a veracidade dos comentários de que o Brasil manda seus diplomatas mais brilhantes para as negociações na OMC.

Agradeço a **Maria Paula Bertran**, autora de uma excelente monografia sobre eficiências e Direito da Concorrência, que não sem razão foi objeto de merecida premiação, pela generosidade de disponibilizar importante bibliografia para a elaboração do presente trabalho, mesmo sem me conhecer pessoalmente.

Agradeço ao meu grande amigo e grande advogado **Joaquim Tavares de Paiva Muniz**, pela ajuda na obtenção de relevante material de pesquisa.

Agradeço ao Professor **José Gabriel Assis de Almeida**, por todo o auxílio e pelas sugestões de leitura, bem como por ter despertado meu interesse pelo tema.

Agradeço à minha irmã **Mariana Leal Rodrigues**, pela revisão do texto.

Agradeço, em especial, à minha esposa pela paciência e compreensão durante minha ausência para a elaboração desse trabalho.

## RESUMO

O presente trabalho analisa em que hipóteses um ato de concentração, que implique na criação ou aumento de poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos, pode ser aprovado quando, concomitantemente, gerar eficiências econômicas significativas. Inicialmente, delimita-se o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência, e descreve-se o funcionamento dos mecanismos de mercado. Em seguida, analisa-se o fenômeno da concentração econômica e como o mesmo toca ao Direito da Concorrência, para abordar o conceito de eficiência econômica e delimitar os possíveis métodos para ponderar as eficiências produtivas em face das ineficiências alocativas, ambas geradas por um ato de concentração. Ao final, a questão é analisada sob o prisma da legislação de proteção da concorrência em vigor, notadamente os §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, e sob o prisma da proposta de alteração dessa legislação pelo Projeto de Lei nº 5.877/2005, que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Conclui-se como deve ser feita a ponderação entre ganhos e perdas gerados pelo ato e quais os demais requisitos legais para a aprovação desse ato de concentração em caráter de exceção.

Palavras-chave: DIREITO DA CONCORRÊNCIA; EFICIÊNCIA ECONÔMICA; CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS.



## **ABSTRACT**

The present work analyzes the cases in which a merger or other concentration act that implies the creation or increase of market power by the companies involved can be approved while at the same time it generates significant economic efficiencies. Initially it discusses exactly what aspects of the public welfare antitrust law aims to protect and describe the functioning of market mechanisms. Then it analyzes the phenomenon of economic concentration and how this touches on antitrust law, to address the concept of economic efficiency and delineate the possible methods to judge productive efficiencies vis-à-vis allocative inefficiencies, both generated by concentration acts. Next it examines the question from the standpoint of current Brazilian competition legislation, notably Article 54, §§ 1 and 2, of Law 8884/94, and in light of the changes proposed in Bill of Law 5877/2005, which would restructure the Brazilian Competition Defense System. Finally, it concludes with some thoughts on how the various tradeoffs between gains and losses of concentration acts should be weighed and what legal requisites should be applied for approval of such acts, particularly in exceptional cases.

Key words: COMPETITION LAW; ECONOMIC EFFICIENCY; ECONOMIC CONCENTRATION ACTS.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>1 INTERVENÇÃO PRESCRITA PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: Proteção da livre iniciativa e livre concorrência.....</b>	<b>18</b>
1.1 Poder de Mercado: definição econômica.....	32
1.2 Exercício do poder de mercado: restrição de oferta, redução do excedente do consumidor e criação do peso-morto.....	39
1.3 Condições para o exercício do poder de mercado: elasticidades e barreiras à entrada.....	47
1.3.1 Elasticidade-preço da demanda.....	48
1.3.2 Elasticidade-cruzada do produto.....	48
1.3.3 Elasticidade-preço da oferta.....	49
1.3.4 Barreiras à entrada.....	49
1.4 Exercício do poder de mercado de forma coordenada.....	52
1.5 Conclusões parciais.....	60
<b>2 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E INTERVENÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA.....</b>	<b>62</b>
2.1 Concentração econômica: definição.....	67
2.2 Razões que levam as empresas a se concentrarem.....	73
2.2.1 Geração de eficiências produtivas.....	73
2.2.2 Entrada em um novo mercado ou expansão de mercado.....	75
2.2.3 Ganhos financeiros ou implementação de planejamento fiscal.....	75
2.2.4 Aquisição de poder de mercado.....	75
2.3 Tipos de concentração e a relação entre concentração econômica e produção capitalista.....	76
2.4 Controle de atos de concentração horizontal.....	82
2.4.1 Obrigação de submeter atos de concentração à análise prévia dos órgãos de defesa da concorrência.....	88
2.4.2 Avaliação dos atos de concentração horizontal.....	94
2.4.2.1 Definição de mercado relevante.....	96
2.4.2.2 Medida de concentração do mercado.....	102
2.4.2.3 Probabilidade de exercício de poder de mercado.....	105
2.4.2.4 Resultado da análise: probabilidade de exercício de poder de mercado.....	108
2.5 Conclusões parciais.....	110
<b>3 EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS.....</b>	<b>112</b>
3.1 Conceito de eficiência: o Ótimo de Pareto.....	113
3.2 Eficiência alocativa e eficiência produtiva.....	120
3.3 O modelo de Williamson.....	131
3.4 Geração de eficiências produtivas.....	149
3.4.1 Eficiências específicas.....	149
3.4.2 Economias reais e economias pecuniárias.....	152
3.4.3 Comprovação e mensuração das eficiências alegadas.....	152
3.4.4 Tipos de eficiências passíveis de consideração.....	154

3.4.4.1 Economias de escala e escopo.....	154
3.4.4.2 Inovação.....	156
3.4.4.3 Substituição de administradores ineficazes.....	158
3.4.4.4 Externalidades.....	158
3.4.4.5 Poder de mercado compensatório.....	159
3.5 Cálculo do efeito líquido sobre o bem-estar econômico: a questão do trade-off.....	160
3.5.1 Método do excedente total.....	160
3.5.2 Método price standard.....	162
3.5.3 Método do excedente do consumidor.....	163
3.5.4 Método de Hillsdown.....	165
3.5.5 Método dos excedentes ponderados.....	167
3.6 Conclusões parciais.....	171

#### **4 REQUISITOS LEGAIS PARA A APROVAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS..... 173**

4.1 Disposições do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.....	181
4.1.1 Distribuição equitativa dos benefícios entre consumidores e produtores.....	185
4.1.1.1 Definição de “consumidor” e “usuário final”.....	186
4.1.1.2 Distribuição equitativa.....	187
4.1.2 Manutenção da concorrência e observância dos limites necessários para fruição dos benefícios.....	193
4.2 Disposições do § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.....	196
4.2.1 Motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum.....	196
4.2.1.1 Impossibilidade de concessão de imunidade antitruste pelo CADE.....	198
4.2.1.2 Hipóteses em que não há um motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum.....	203
4.2.1.3 Eficiências como os limites da discricionariedade do CADE.....	212
4.2.2 Impossibilidade de descartar o inciso I do § 1º do art. 54.....	216
4.2.3 Descarte do inciso II do § 1º do art. 54.....	216
4.2.4 Descarte do inciso III do § 1º do art. 54.....	218
4.2.5 Descarte do inciso IV: impossibilidade.....	218
4.3 Possíveis configurações para a aprovação de atos de concentração por eficiências....	219
4.4 Instrumentalidade do compromisso de desempenho.....	224
4.5 O Caso AMBEV.....	227

#### **CONCLUSÃO.....234**

#### **REFERÊNCIAS .....240**

**ANEXO A – GUIA PARA A ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, aprovado pela Portaria SDE/SEAE nº 50, de 1º de agosto de 2001..... 249**

**ANEXO B – HORIZONTAL MERGER GUIDELINES – U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission – expedido em 2.4.1992, revisado em 8.4.1997..... 269**

**ANEXO C** – ORIENTAÇÕES PARA A APRECIÇÃO DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS NOS TERMOS DO REGULAMENTO DO CONSELHO RELATIVO AO CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS, publicado em 5.2.2004.....**307**

**ANEXO D** – PROJETO DE LEI Nº 5.877/2005 - que reestrutura o SBDC.....**322**

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

AC – Ato de Concentração

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

OMC – Organização Mundial do Comércio

P&D – Pesquisa e Desenvolvimento

Paradigma E-C-D – Paradigma Estrutura-Condução-Desempenho

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objeto analisar, em relação a atos de concentração horizontal, o contexto no qual devem ser aplicados e como devem ser interpretados os dispositivos constantes dos parágrafos 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, que autorizam a aprovação de atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, quando presentes as quatro condições relacionadas no § 1º, ou quando verificadas apenas três condições, mas, neste último caso, quando a aprovação do ato for necessária por “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum”.

A limitação do escopo do trabalho a atos de concentração horizontal, assim entendidos aqueles atos nos quais os agentes que se concentram atuam no mesmo mercado relevante, decorre da constatação de que tais atos são os que, por um lado, têm maior probabilidade de implicar em restrições à livre concorrência ou de levar à dominação de mercados relevantes - vale dizer, têm maior probabilidade de criar ou aumentar o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos - e, por outro lado, são os que geram eficiências econômicas de maior amplitude - vale dizer, são os que têm o potencial de gerar grande incremento do bem-estar social.

Dessa forma, será em face desses atos que as autoridades de defesa da concorrência usualmente terão que ponderar entre: (a) intervir para preservar as relações de concorrência - isto é, não aprovar o ato de concentração -, o que terá como consequência impedir a fruição das referidas eficiências econômicas; ou (b) aprovar o ato para possibilitar a fruição das eficiências econômicas geradas, mesmo que do ato possam decorrer prejuízos às relações de concorrência, hipótese na qual deverão fazê-lo ao arrimo das disposições dos referidos parágrafos 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Como será explicitado, os dispositivos legais acima mencionados excepcionam a aplicação da legislação de proteção da concorrência quando determinadas condições e critérios estiverem presentes - pode-se afirmar que a legislação de defesa da concorrência não deverá ser aplicada quando os benefícios advindos do ato de concentração forem maiores do que seus custos -, de forma que a correta abordagem da questão demanda, em um primeiro momento, definir qual o

bem jurídico tutelado pelo direito da concorrência, pois se a problemática gravita em torno da possibilidade de, em caráter de exceção, não ser conferida a um determinado caso concreto a proteção da legislação concorrencial, é essencial ter em perspectiva qual bem jurídico estará sendo sacrificado nessa hipótese excepcional.

Nesse sentido, o primeiro capítulo define, na perspectiva do autor, qual deve ser o bem jurídico tutelado pelo direito da concorrência - a livre iniciativa e livre concorrência, que se traduz na possibilidade de os agentes econômicos atuarem em determinado mercado sem influenciar indevidamente as condições de mercado -, e quando esse bem jurídico poderá vir a ser violado, a forma pela qual essa violação poderá ocorrer e as suas conseqüências.

Também com a finalidade de delimitar conceitualmente o objeto do estudo, o segundo capítulo aborda o conceito de concentração econômica e como esse fenômeno toca ao direito da concorrência, e define como a legislação de defesa da concorrência é aplicada a atos de concentração horizontal.

Definidas as hipóteses nas quais pode haver a intervenção da autoridade de defesa da concorrência, isto é, definidas as hipóteses nas quais um ato de concentração de horizontal pode produzir efeitos nocivos à livre iniciativa e à livre concorrência, o terceiro capítulo aborda o conceito de eficiência econômica, tendo em vista que é em face da existência de eficiências econômicas que a aprovação excepcional de um ato de concentração horizontal poderá ocorrer, pois nessa hipótese os benefícios sociais gerados pelo ato de concentração poderão ser maiores de que seus custos.

O quarto capítulo trata dos requisitos e critérios que a legislação brasileira de proteção da concorrência estabelece para que sejam ponderadas as hipóteses de danos às relações de concorrência, para posteriormente concluir com a delimitação conceitual e jurídica acerca dos valores que devem nortear a aprovação excepcional de um ato de concentração que potencialmente possa vir a prejudicar a livre iniciativa e a livre concorrência.

A análise do tema objeto da presente dissertação exige a correta e precisa delimitação dos conceitos e premissas que serão utilizados, sendo que para proceder

à definição de parte desses conceitos e dessas premissas será necessário, invariavelmente, recorrer à ciência econômica.

Certamente que não é objeto do presente estudo discutir temas afeitos a outros campos do conhecimento que não o Direito, mas é irrefutável que a análise e aplicação da legislação de proteção da concorrência exige do operador do direito o domínio de conceitos básicos da ciência econômica.

É certo que será o Direito que definirá como o Estado, por meio da aplicação da legislação de proteção da concorrência, pode interferir na esfera do particular para proibir ou permitir determinada conduta. Essa intervenção, por se tratar de uma invasão estatal na esfera privada dos indivíduos em prol da preservação de um interesse da coletividade, deve ocorrer observando-se não apenas as disposições da legislação de proteção da concorrência, mas também todos os demais princípios e normas constantes do ordenamento jurídico.

Não obstante, também é certo que será a ciência econômica que fornecerá o ferramental necessário para avaliar se determinada situação econômica é potencialmente danosa às relações de concorrência, para fins de aplicação da norma jurídica que, nessas hipóteses - e somente nessas hipóteses -, prescreve a intervenção da autoridade concorrencial.

A aplicação da legislação de proteção da concorrência sem o necessário supedâneo das premissas teóricas e das análises técnicas da ciência econômica implica em transformar o operador do direito em um aprendiz de feiticeiro, que irá extrair aleatoriamente das definições constantes do texto legal o significado que pessoalmente lhe pareça mais atraente ou mais apropriado, sem a compreensão perfeita do bem jurídico que a legislação pretende defender ou dos mecanismos de funcionamento do mercado e, via de consequência, sem qualquer perspectiva concreta acerca de como sua decisão irá afetar as relações de concorrência em determinado mercado.

Os resultados deletérios dessa abordagem manifestam-se em diversas vertentes.



Sob um prisma teleológico, a aplicação da legislação sem uma fundamentação econômica traduz-se na redução das normas de proteção da concorrência à inutilidade.

Não havendo uma fundamentação técnica no sentido de definir que é necessária a intervenção estatal para prevenir ou remediar uma situação que comprometa as relações de concorrência, o resultado da aplicação será sempre aleatório. Poderá, eventualmente, até compreender situações nas quais a intervenção seria necessária e foi feita de forma adequada, mas é razoável assumir que a falta de fundamentação econômica para a intervenção concorrencial na grande maioria dos casos levará: (a) à aplicação das normas de proteção da concorrência a situações nas quais o bem jurídico tutelado não seria violado; (b) a não aplicação da legislação a situações nas quais a aplicação seria necessária; ou (c) à aplicação de medidas inadequadas para consertar ou prevenir determinadas situações.

Em quaisquer das hipóteses, a aplicação equivocada das normas de proteção da concorrência ensejará, por certo, prejuízos econômicos ao bem-estar social em medida exponencialmente superior aos prejuízos que supostamente se procurava evitar com a adoção da medida.

Sob um prisma institucional, o efeito da aplicação inconseqüente da legislação cria desconfiança da sociedade e dos agentes econômicos no sistema de proteção da concorrência, criando grande insegurança jurídica, na medida em que os agentes econômicos não têm como avaliar quais critérios balizarão a intervenção estatal. Como conseqüência, reduzem-se os incentivos para o empreendimento de novas atividades econômicas, seja porque os agentes não estarão seguros que condutas e atos lesivos à livre iniciativa e à livre concorrência serão devidamente reprimidos, seja porque hesitarão em realizar atos ou condutas que, não obstante neutros do ponto de vista concorrencial, podem vir a ser condenados como lesivos.

Vale registrar, ainda, que a ausência de fundamentação econômica permite a aplicação da legislação concorrencial em benefício de determinados grupos ou setores da sociedade, que, ao arrimo da premissa de proteção do interesse geral, demandarão a intervenção estatal para, de forma velada e oportunista, privilegiar interesses próprios.

Sob um terceiro prisma, qualquer intervenção estatal na esfera privada sem a devida motivação econômica e jurídica constituirá uma flagrante violação dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, o que não é tolerável em um Estado de Direito.

Por esses motivos, entendemos ser necessário e importante fazer referência a certos conceitos da ciência econômica para abordar determinados temas relacionados com o Direito da Concorrência.

Destacada a importância das ferramentas da ciência econômica para o estudo do Direito da Concorrência, o presente estudo fará referência a conceitos básicos de microeconomia, não tendo a pretensão, vale mencionar novamente, de enveredar por outras ciências que não o Direito, mas tão-somente para ilustrar os fundamentos econômicos que indicam que determinada conduta ou ato deve ser reprimido em função de interesses sociais, em especial porque são esses fundamentos econômicos que recomendam a existência de uma legislação de proteção da concorrência.

É importante também sublinhar que se a aplicação da legislação de defesa da concorrência sem o embasamento técnico da ciência econômica traduz-se em exercício aleatório de poder estatal; a situação inversa, ou seja, a intervenção concorrencial sem o arrimo da ciência jurídica, consubstancia-se em um tecnicismo estéril, que levaria à tecnocracia estatizante, à planificação econômica e ao totalitarismo.

Isso porque a ciência econômica pode, como será detalhado oportunamente, definir se determinada configuração é mais eficiente do que outra, mas faltam à ciência econômica os postulados para deduzir se a configuração mais eficiente é a configuração mais justa, ou para sopesar se determinados valores sociais podem ser sacrificados para se atingir uma configuração supostamente mais eficiente do ponto de vista econômico. Vale dizer, falta à ciência econômica o caráter axiológico que é inerente ao Direito

Será o Direito que irá, com fulcro em fundamentos técnicos fornecidos pela análise econômica, definir em quais hipóteses o Estado poderá intervir na esfera do

particular para preservar as relações de concorrência e quais os princípios e critérios que deverão balizar essa intervenção

Especificamente em relação ao objeto do presente estudo, a relação subsidiária e complementar entre Direito e Economia é de essencial importância, pois, como dito, a questão posta é, em essência, quais diretrizes jurídicas são impostas para comparar determinadas configurações econômicas, em especial porque uma análise perfunctória e sem o conhecimento prévio de conceitos de microeconomia dos dispositivos legais pertinentes pode levar à equivocada conclusão de que o texto legal é contraditório, pois os parágrafos 1º e 2º do art. 54 estariam permitindo algo que, à luz do *caput*, deveria ser vedado.

Pelo mesmo motivo declinado acima, o presente trabalho observa a linha de pesquisa desenvolvida sob a área de concentração Direito e Economia do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Gama Filho.

# 1 INTERVENÇÃO PRESCRITA PELO DIREITO DA CONCORRÊNCIA:

## Proteção da livre iniciativa e livre concorrência

*[...] Qualquer um que faz a outro uma oferta de qualquer natureza, propõe o seguinte: dê-me o que eu quero, e você terá aquilo que você quer. Esse é o sentido de toda e qualquer oferta, e é dessa forma que obtemos uns dos outros a grande maioria dos bens e serviços que necessitamos. Adam Smith<sup>1</sup>*

Sem adentrar em profundidade em temas de Direito Constitucional Econômico, o que fugiria ao escopo do presente estudo, é necessário pontuar, inicialmente, que a Constituição Federal faz uma opção clara por uma ordem econômica regida pelas regras de mercado, ainda que tenha reservado ao Estado funções de intervenção e regulação no campo econômico.

O art. 170 da Constituição Federal - que é o primeiro artigo do Título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, e o primeiro artigo do Capítulo I desse Título, que introduz os Princípios Gerais da Atividade Econômica - determina que os fundamentos da ordem econômica são o trabalho humano e a livre iniciativa, que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social, e que deve observar os princípios de soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego.

O parágrafo único do mesmo artigo 170 assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização governamental, exceto nos casos previstos em lei.

O *caput* do art. 173 determina que a exploração de atividade econômica pelo Estado somente deve se dar de forma excepcional, em vista de imperativo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo. O parágrafo 4º do mesmo artigo preceitua que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de

---

<sup>1</sup> “[...] Whoever offers to another a bargain of any kind proposes to do this. Give that which I want, and you shall have this which you want, is the meaning of every such offer; and it is in this manner that we obtain from one another the far greater part of those good offices which we stand in need of.” SMITH, Adam. An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations. Edited, with an introduction, notes, marginal summary and enlarged index by Edwin Cannan. New York : The Modern Library, 1994, p.15

lucros. O art. 174 sublinha o papel normativo e regulador do Estado, e suas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, com a ressalva de que o planejamento é apenas indicativo para o setor privado.

Sendo certo que a Constituição não pode ser classificada como uma constituição liberal<sup>2</sup>, na medida em que a Constituição consagra, de forma explícita, os princípios e fundamentos que devem reger a ordem econômica e define a participação do Estado no processo econômico, é certo também que em nenhum momento a Constituição determina, ou sequer sugere, que cabe ao Estado deter o monopólio dos bens de produção ou determinar o quê será produzido, a quantidade que será produzida ou como será o processo de produção ou distribuição de bens e serviços.

Nesse sentido, ainda que a intensidade e a forma da intervenção do Estado na economia para a consecução dos objetivos que lhe são próprios possa ser objeto de intenso debate político e jurídico, e considerando que tal intervenção pode se dar através de uma miríade de configurações, é incontestável que, com exceção das atividades econômicas que são expressamente definidas pela Constituição Federal como privativas do Estado<sup>3</sup>, o texto constitucional assegura que todas as demais atividades econômicas estarão sujeitas ao que se convencionou denominar “regras de mercado”, mesmo quando tais atividades são desenvolvidas por empresas estatais.

O fato de determinada atividade econômica estar sujeita às regras de mercado não significa que tal atividade é imune a qualquer intervenção ou regulação estatal. Significa que: (a) os particulares podem deter a titularidade de bens de produção, e esse direito de propriedade é reconhecido pelo Estado; (b) as decisões acerca do quê produzir, como produzir e quanto produzir são deixadas a cargo dos particulares; e (c) o preço pelo qual a produção será vendida será definido pelo valor que os

---

<sup>2</sup> Sobre o conceito de constituição liberal vide: GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª Ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2003, p. 62.

<sup>3</sup> As atividades econômicas previstas no art. 177 da Constituição Federal, que consistem, em essência, na produção e comercialização de petróleo e seus derivados e de materiais nucleares, e as atividades que são consideradas “serviços públicos”, cuja titularidade é do Estado, mas que a exploração pode ser outorgada a particulares, observando-se a legislação aplicável, como, por exemplo, telecomunicações, administração de portos etc.

consumidores atribuem ao produto<sup>4</sup> e pela quantidade produzida pelos produtores desse produto.

Nesse sentido, em uma economia de mercado um produtor de determinado produto (p.ex. um agricultor), que detém a propriedade de determinados meios de produção (p.ex. uma gleba de terra e um trator), é livre para definir se e o que irá produzir (p.ex. se irá plantar laranjas ou maçãs) e em quais quantidades.

Decidindo-se por um tipo de cultura, ao levar o empreendimento a termo deverá observar a legislação específica no que se refere à contratação de empregados (proteção ao trabalho), utilização de defensivos agrícolas (proteção ao meio ambiente), qualidade do produto vendido (proteção ao consumidor) etc.

Isso evidencia que o conceito de economia de mercado não compreende a total ausência de regulação e intervenção estatal, mas sim que dentro desses limites, que são criações jurídicas com vistas a preservar algum bem social juridicamente valorizado, o particular é livre para determinar o quê, como e a quanto irá produzir<sup>5</sup>.

A decisão do particular acerca do que produzir, vale dizer, acerca de como utilizar os meios de produção de que é titular, irá depender do retorno que irá auferir com a realização da atividade econômica, em função do risco que assumirá ao empreender tal atividade.

Um agente privado irá engajar-se em determinada atividade econômica se a remuneração que auferir com essa atividade proporcionar um retorno para o capital investido que seja igual ou superior à remuneração que esse capital obteria se fosse investido em outra atividade econômica, ponderando-se o risco envolvido nas atividades cogitadas.

Nesse diapasão, o agricultor irá ponderar (admitindo-se, por simplificação, que apenas é possível plantar laranjas ou maçãs) os custos de produzir laranjas, os custos de produzir de maçãs, a receita total que poderá auferir vendendo maçãs, a receita total que poderá auferir vendendo laranjas, os riscos envolvidos na produção

---

<sup>4</sup> Os termos “produção” e “produto” no presente trabalho referem-se tanto à produção de um bem quanto à oferta de um serviço.

<sup>5</sup> Mesmo quando a intervenção estatal ou a regulação estatal visam efeitos não-econômicos afetam, em maior ou menor grau, o processo econômico, na medida em que restringem a livre mobilidade de fatores econômicos, aumentam custos de produção ou criam barreiras à entrada.

de laranjas e os riscos envolvidos na produção de maçãs, para se decidir pela alternativa que lhe proporcione o maior lucro econômico<sup>6</sup>.

Em qualquer hipótese, os produtores estarão dispostos a fornecer determinado produto e a aumentar a produção desse produto quanto maior for a remuneração que obtenham, vale dizer, quanto maior for o lucro obtido pela venda do produto.

Por outro lado, os produtos são produzidos para atender às necessidades dos consumidores. Um consumidor adquire um produto porque necessita e valoriza aquele produto. Os desejos e as necessidades dos consumidores irão determinar o grau de valorização de determinado produto, vale dizer, sua utilidade<sup>7</sup>, e os produtores produzirão produtos para atender às necessidades e os desejos dos consumidores.

Esse processo, que é complexo e, em certa medida, imprevisível, é o que ocorre em uma economia de mercado: os produtores procurando alocar seus recursos em atividades produtivas que lhes proporcionem o maior retorno possível e os consumidores utilizando seus recursos para adquirir os produtos que lhes proporcionem a maior utilidade. Esse processo tem como consequência definir o que será produzido e em qual quantidade.

Tendo em vista que os recursos econômicos disponíveis na sociedade são escassos, o que significa dizer que não é possível produzir todos os bens que são desejados por todos os integrantes da sociedade, uma economia de mercado tem a vantagem de definir como os recursos econômicos serão alocados.

Considere-se, hipoteticamente, um exemplo de uma sociedade que seja composta de cem indivíduos, e que:

- (a) apenas dois produtos são desejados, o produto A e o produto B;

---

<sup>6</sup> “Lucro econômico” é a diferença entre as receitas e os custos quando os custos incluem os custos de remuneração do capital, considerando os custos de oportunidade desse capital. O conceito de “lucro econômico” diverge do conceito de “lucro contábil” porque este não considera o custo de oportunidade do capital investido. O termo “lucro” utilizado no presente trabalho refere-se exclusivamente o lucro econômico. Sobre os conceitos de lucro econômico e custo de oportunidade vide: MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. Rio de Janeiro : Campus, 2001, p.272; PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). Manual de Economia. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003, p. 183-186.

<sup>7</sup> Em termos técnicos “utilidade” significa a capacidade que tem um bem de satisfazer uma necessidade humana. Vide: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p. 110-113.

- (b) com os recursos econômicos e técnicas disponíveis é possível produzir um total de 100 unidades de produtos A ou B, isto é, a produção pode variar, em um extremo, de 100 unidades do produto A e zero unidade do produto B, para o outro extremo, no qual são produzidas zero unidade de A e 100 unidades do produto B;
- (c) para produzir uma unidade adicional do produto B a produção do produto A deve ser reduzida em uma unidade e vice-versa.

Existem limites para a capacidade de produção, considerando o custo dos insumos e as técnicas de produção existente. Aos lindes que definem o total de bens que podem ser produzidos convencionou-se denominar “fronteira de possibilidades de produção”<sup>8</sup>. É necessário, portanto, algum critério para definir como os recursos econômicos serão alocados, ou seja, é necessário algum critério para determinar se serão produzidas cem unidades de A e nenhuma de B, sessenta unidades de A e quarenta de B, trinta de A e setenta de B, etc.

Em uma economia de mercado é o próprio funcionamento do mercado que define a alocação dos recursos produtivos e a quantidade da produção, em função dos lucros gerados para os produtores e da utilidade dos produtos para os consumidores.

Supondo que cada consumidor pudesse adquirir apenas um produto, e 65% preferissem o produto A ao produto B, a tendência é que a produção total se equilibre em 65 produtos A e 35 produtos B.

Isso porque o aumento da produção do produto A para mais de 65 unidades, e a conseqüente redução da produção do produto B, faria com que os consumidores do produto B estivessem dispostos a pagar um preço mais elevado pelo produto B, por causa da relativa escassez. Esse comportamento elevaria o preço do produto B, o que, por seu turno, faria com que os produtores tivessem incentivos para

---

<sup>8</sup> A fronteira de possibilidades de produção informa os limites de produção de determinada economia, considerando os fatores de produção existentes e as tecnologias disponíveis. Vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p. 24-27; PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p. 12-15.



umentar a produção do produto B (e, conseqüentemente, reduzir a do A), levando o mercado ao equilíbrio inicial.

Sem entrar em detalhes sobre o conceito de eficiência alocativa, que será oportunamente abordado, o que se quer destacar por ora é o funcionamento do mercado como um critério de alocação de recursos na produção de produtos que, aos olhos do consumidor, são os produtos mais desejados.

No exemplo hipotético acima, em uma economia de mercado não seria necessário questionar todos os consumidores para ponderar quais as quantidades de produtos A e B deveriam ser produzidas, não seria necessário debater quais as vantagens ou desvantagens dos produtos A e B e as razões pelas quais um produto é melhor do que outro, e não seria necessário convencionar qualquer critério para balizar a produção. O desejo dos consumidores em adquirir determinado produto (que se traduz na disposição de pagar um preço maior pelo mesmo) serve de incentivo para os produtores alocarem os recursos econômicos na produção desses bens.

Nessa linha de convicções, um dos benefícios do funcionamento de uma economia de mercado é viabilizar a expressão da liberdade e da pluralidade de uma sociedade, no sentido de determinar os produtos que serão produzidos. Se 65% dos consumidores do nosso exemplo hipotético preferem o produto A e 35% o produto B, os produtores alocarão os recursos econômicos para produzir 65% de produtos A e 35% de produtos B, porque é essa configuração que maximiza os benefícios dos produtores e consumidores.

Mesmo se uma economia de mercado não fosse mais eficiente do ponto de vista econômico do que uma economia planificada, apenas o fato de não existir um controle sobre a atividade produtiva já faria com que uma economia de mercado fosse mais consistente com prerrogativas de liberdade e democracia, com bem destaca AMARTYA SEN:

Embora os méritos do mecanismo de mercado sejam hoje amplamente reconhecidos, as *razões* para desejar os mercados muitas vezes não são plenamente compreendidas.[...] Nas discussões recentes, ao se avaliar o mecanismo de mercado o enfoque tende a ser sobre os *resultados* que ele produz, com por exemplo as rendas ou as utilidades geradas pelos mercados. Essa questão não é pouco

importante, e tratarei dela em breve. Mas o argumento mais imediato em favor da liberdade de transações de mercado baseia-se na importância fundamental da própria liberdade. Temos boas razões para comprar e vender, para trocar e para buscar um tipo de vida que possa prosperar com base nas transações. Negar essa liberdade seria, em si, uma grande falha da sociedade. Esse reconhecimento fundamental é *anterior* a qualquer teorema que possamos ou não ser capazes de provar [...] para demonstrar que os resultados de culminância dos mercados são dados por rendas, utilidades etc.<sup>9</sup> (grifos do autor)

Ainda que a liberdade seja o principal valor de uma economia de mercado, economias de mercado também produzem mais bens e serviços do que economias planificadas.

O argumento de que economias planificadas seriam mais eficientes do que economias de mercado fundamentava-se na assertiva de que a alocação racional e centralizada dos recursos produtivos levaria ao melhor aproveitamento desses recursos, *vis-à-vis* a alocação aleatória definida pelos processos de mercado.

Não obstante, a avaliação empírica das performances das economias planificadas dos países socialistas do Leste Europeu e da União Soviética até o processo de democratização que atingiu seu ápice em 1989 (economias nas quais, *grosso modo*, as decisões sobre o que produzir e em quais quantidades produzir partiam de um planejador central, que determinava como os recursos econômicos escassos deveriam ser alocados) leva à inequívoca constatação de que os incentivos proporcionados por uma economia capitalista, a liberdade de empresa e a constante necessidade de melhorar a qualidade e/ou reduzir os preços dos produtos sob pena de os consumidores passarem a comprar os produtos dos concorrentes, exige dos agentes econômicos em uma economia de mercado um constante aprimoramento de seus processos produtivos, aumentando sobremaneira a eficiência do processo econômico, e, dessa forma, beneficiando a sociedade como um todo.

Em economias planificadas, além da opressão do Estado sobre os indivíduos, privando-os de ter acesso a bens que valorizavam – uma vez que as decisões de produção não se guiavam por desejos dos consumidores, mas por outras variáveis –, os recursos produtivos não eram alocados de forma a gerar maior excedente

---

<sup>9</sup> SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo : Companhia das Letras, 2000, p. 136. Título original: Development as freedom.

possível, pois mesmo um planejador central bem-intencionado não é capaz de dar conta de todas as eventualidades e de controlar todos os aspectos relativos à alocação de recursos econômicos, de forma a assegurar uma configuração que produzisse o resultado mais eficiente.

Nesse particular, os comentários de EAMONN BUTTLER sobre as idéias de F. Hayek sintetizam com precisão as razões pelas quais um processo de alocação de recursos pelo mercado tende a ser mais eficiente:

Os livros fornecem um método para descobrir como todas as mercadorias na economia podem ser usadas de modo mais eficiente. Partem do pressuposto de que dominamos todas as informações relevantes sobre o mercado, que temos um sistema referente às preferências do consumidor e que conhecemos perfeitamente os meios disponíveis de produção. Estabelecidos esses pressupostos, o problema de alocação de recursos reduz-se a uma mera questão lógica; a resposta decorre de nossas suposições, e a análise, sobretudo a análise matemática, mostrará que produtos devem ser alocados e para quais usos, de modo a serem utilizados mais eficientemente. As perspectivas claras para solucionar esse problema (apesar da conhecida dificuldade matemática) encorajam bastante aqueles que gostariam de ver um sistema econômico dirigido racionalmente. Porque, se a avaliação do modo mais eficiente de alocar as mercadorias é um problema meramente mecânico, seria perfeitamente possível projetar uma economia integralmente socialista sem a necessidade de quaisquer processos de mercado.

Para Hayek, todavia, todo conhecimento é subjetivo: tem de ser descoberto, e pessoas diferentes podem descobrir coisas diferentes ou dar diferentes interpretações àquilo que descobrem. No sistema de mercado, o conhecimento que as pessoas têm é próprio a cada uma delas e muito disperso. Pessoas como o corretor de imóveis ou o cambista têm um conhecimento muito particular de determinado momento, e cada fabricante tem um conhecimento especializado que veio sendo adquirido com o tempo mas que é conhecido apenas parcialmente por seus competidores. É este tipo de conhecimento individual que o processo de mercado, bem como o mecanismo de preços, ajudam a coordenar em um sistema de relações econômicas; conhecimento, porém, que nunca poderia ser conhecido completamente por nenhum planejador socialista.

A teoria segundo a qual podemos descrever o mercado em termos de simples fórmulas matemáticas representando curvas de oferta e procura, bem como resumir essas fórmulas a fim de obter um plano de alocação de todos os recursos, é, portanto, uma ilusão.

Estas condições de oferta e procura jamais poderão ser conhecidas por um órgão de planejamento central.<sup>10</sup>

Como se percebe, um planejador central não tem os instrumentos necessários para aferir os gostos de todos os consumidores e para monitorar os incentivos de todos os produtores, de forma que sua atuação nunca será tão precisa como um processo de mercado.

A liberdade de re-alocação dos recursos produtivos conferida por uma economia de mercado, que é definida a partir da relação entre os desejos dos consumidores e os incentivos para os produtores, exigirá que os recursos sejam alocados de forma eficiente – pois, do contrário, o produtor ineficiente será excluído do mercado –, e definirá a quantidade que será produzida e o preço pelo qual a produção será vendida.

Nesse sentido, a vantagem de uma organização econômica baseada em regras de mercado é justamente a possibilidade de os agentes econômicos adequarem os recursos produtivos às demandas existentes, o que: (a) permite que sejam produzidos produtos desejados pelos consumidores; e (b) gera uma alocação mais eficiente de recursos econômicos escassos.

A Constituição Federal, não obstante ressaltar o papel normativo e regulador do Estado, assegura a liberdade para que os agentes econômicos decidam como alocar os recursos produtivos e assegura que essa liberdade não será tolhida pelo Estado.

Mas não existem garantias constitucionais apenas em relação à indevida intervenção do Estado na ordem econômica. Em uma segunda vertente – não menos importante, ressalte-se – o ordenamento jurídico também tem por desiderato evitar que a liberdade dos agentes econômicos de se engajarem em determinada atividade econômica e a possibilidade de oferecer e adquirir produtos no mercado seja restringida ou violada por outros agentes econômicos privados.

---

<sup>10</sup> BUTLER, Eamonn. Contribuição de Hayek às idéias políticas e econômicas de nosso tempo. Tradução Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1987, p. 58-59. Título original: Hayek, his contribution to the political and economic thought of our time.

Se, por um lado, o ordenamento jurídico constitucional assegura, através de dispositivos constitucionais que restringem ou limitam a intervenção estatal no domínio econômico, o funcionamento dos mecanismos de mercado, ao arrimo da constatação de que esses mecanismos trazem benefícios sociais, por outro lado, o mesmo ordenamento jurídico estabelece que o Estado deverá intervir para evitar que agentes privados dotados de poder econômico possam, em seu próprio benefício, indevidamente influenciar nos processos econômicos.

Nesse sentido, a Constituição Federal não apenas determina de forma expressa que a livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica e a livre concorrência é um de seus princípios, mas estabelece também que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros. Ou seja, não apenas a Constituição Federal define programaticamente o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência como norteadores da ordem econômica, para que a sociedade venha efetivamente fruir dos benefícios de uma economia de livre mercado, mas também estabelece que a lei conferirá instrumentos para que o Estado intervenha quando da violação desse fundamento e desse princípio puder ocorrer a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

A Lei nº 8.884/94, editada em atenção ao mandamento constitucional do art. 173, § 4º da Constituição Federal, em seu art. 1º expressamente informa que sua finalidade é a repressão das infrações à ordem econômica orientada pelos ditames da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico; e no parágrafo único do referido artigo estipula que a coletividade é o titular dos bens jurídicos por ela tutelados.

Nessa linha, extrai-se desses dispositivos constitucionais e legais o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência, que é, em essência, a proteção do funcionamento dos mecanismos de mercado, assegurando-se que esses mecanismos deverão operar ao supedâneo da livre iniciativa e da livre concorrência.

A livre iniciativa traduz-se na possibilidade de qualquer interessado realizar determinada atividade econômica. Vale dizer, na possibilidade de o particular,

respeitadas as disposições legais pertinentes, optar por investir seus recursos em determinada atividade econômica sem sofrer a indevida oposição por parte de outros agentes econômicos privados.

A livre concorrência, por seu turno, compreende garantias de duas ordens: a primeira, em relação aos agentes que realizam determinada atividade econômica, no sentido de assegurar que não sofrerão abusos por parte de concorrentes que detêm maior poder econômico; e a segunda, em relação à sociedade como um todo, no sentido de que agentes que detêm poder econômico não possam influenciar nos processos de alocação dos recursos econômicos em seu próprio proveito.

O Direito de Concorrência irá, portanto, proteger os mecanismos de funcionamento do mercado da influência indevida dos agentes privados, como bem destaca GIULIANO AMATO, quando sublinha que historicamente a legislação de proteção da concorrência surge como um contrapeso ao poder econômico privado:

Direito Antitruste, como se sabe, não foi inventado nem por técnicos de direito comercial (ainda que eles tenham se tornado seus primeiros especialistas), nem pelos próprios economistas (ainda que estes tenham fornecido sua principal fundamentação teórica). Foi, ao contrário, desejado por políticos e (na Europa) por acadêmicos, preocupados com os pilares dos sistemas democráticos, que vislumbraram o Direito da Concorrência como uma resposta (se não como “a resposta”) para um problema crucial para a democracia: a emergência, a partir da empresa ou firma, como uma expressão da liberdade fundamental dos indivíduos, do oposto fenômeno do poder privado; um poder destituído de legitimidade e perigosamente capaz de violar não apenas a liberdade econômica dos outros indivíduos privados, mas também de afetar as decisões políticas sujeitas a sua força dominadora.<sup>11</sup>

Vale registrar, ainda, que não é aleatório o fato de a legislação moderna de proteção à concorrência ter surgido pioneiramente nos Estados Unidos e no Canadá, ao final do Século XIX<sup>12</sup>, pois é nesse período que em função das

---

<sup>11</sup>“*Antitrust law was, as we know, invented neither by the technicians of commercial law (though they became its first specialists) nor by economists themselves (though they supplied its most solid cultural background). It was instead desired by politicians and (in Europe) by scholars attentive to the pillars of the democratic systems, who saw it as an answer (if not indeed “the” answer) to a crucial problem for democracy: the emergence from the company or firm, as an expression of the fundamental freedom of individuals, of the opposite phenomenon of private power; a power devoid of legitimation and dangerously capable of infringing not just the economic freedom of other private individuals, but also the balance of public decisions exposed to its domineering strength.*”. AMATO, Giuliano. *Antitrust and the bounds of power*. Oxford : Hart Publishing, 1997, p. 2.

<sup>12</sup> Sobre o contexto social e político que levou à edição do *Sherman Act* em 1890 e do *Clayton Act* em 1914 vide: AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: problems, text, cases*. 5<sup>th</sup> Ed. New York : Aspen Law & Business, 1997, p. 38-54; AMATO, Giuliano. *Antitrust and the bounds of power*. Oxford : Hart Publishing, 1997. p. 7-

mudanças tecnológicas, sociais e econômicas ocorridas a partir da Revolução Industrial agentes privados passam a deter poder econômico, o que os possibilita influenciar os processos de mercado em seu favor.

Nessa linha, a disciplina das atividades dos agentes econômicos através do Direito da Concorrência deriva do reconhecimento de que mecanismos de mercado trazem benefícios sociais, mas que esses mecanismos, por não serem perfeitos, devem estar sujeitos a ajustes, sem que isso signifique, contudo, planificação econômica, com colocam PHILLIP AREEDA e LOUIS KAPLOW:

A legislação antitruste adota de forma clara, ainda que implicitamente, uma postura específica em relação às questões econômicas às quais se aplica. Por um lado, o próprio fato de ter sido editada indica que o Congresso rejeitou a crença de que as forças de mercado são suficientemente fortes, auto-corretivas e bem direcionadas para assegurar os resultados que concorrência perfeita traz. Por outro lado, a competência do Direito antitruste é intrinsecamente limitada. O Direito antitruste não é a estatização da indústria, que refletiria a conclusão de que somente a operação direta pelo governo dessa indústria poderia produzir os resultados desejados. O antitruste também não é a regulação direta e abrangente, uma alternativa que tem sido utilizada em relação a atividades econômicas de interesse público. O Direito antitruste complementa, ou melhor, define as regras pelas quais o jogo da concorrência será jogado. Ele assume que as forças de mercado – guiadas pelas limitações impostas pela legislação antitruste – produzirão bons resultados, ou, pelo menos, resultados melhores que qualquer alternativa que opte por abandonar a confiança nas forças de mercado.<sup>13</sup>

Nesse contexto, a interferência do particular no processo de funcionamento do mercado, que eventualmente demandará a aplicação do Direito da Concorrência, pode assumir diversas formas, muitas das quais somente serão passíveis de aferição *vis-à-vis* um caso concreto.

---

19; CARBAJALES; Mariano O.; MARCHESINI, Dardo. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2002, p-35-38.

<sup>13</sup> “*Antitrust law implicitly but clearly takes a particular stance toward the economic problems to which it applies. On one hand, its very enactment indicates that Congress rejected the belief that market forces are sufficiently strong, self-correcting, and well-directed to guarantee the results that perfect competition will bring. On the other hand, antitrust’s domain is intrinsically limited. Antitrust is not the nationalization of industry, which would reflect a decision that only direct government operation can provide the desired result. Antitrust also is not direct, extensive regulation of industry, an alternative that has been enacted for some public utilities. Rather, antitrust supplements or, perhaps, defines the rule of the game by which competition takes place. It thus assumes that market forces - guided by the limitations imposed by antitrust law – will produce good results or at least better results than any of the alternatives that largely abandon reliance on market forces*”. AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. Antitrust Analysis: problems, text, cases. 5<sup>th</sup> Ed. New York : Aspen Law & Business, 1997, p.11-12.

Não obstante, sempre que se cogitar da aplicação do Direito da Concorrência terá que ser avaliado se a situação em questão envolve **poder de mercado**, tendo em vista que a intervenção estatal para aplicar a legislação concorrencial será sempre no sentido de: (a) proibir ou limitar alterações estruturais que levem à criação ou ao aumento do poder de mercado de determinados agentes econômicos; ou (b) punir condutas que se traduzam em exercício abusivo de poder de mercado ou tenham por desiderato a obtenção de poder de mercado.

Nessa linha, deve ser enfatizada a distinção conceitual entre “abuso de poder econômico”, tal como essa expressão é utilizada na legislação concorrencial, e “poder de mercado”.

O conceito de “abuso de poder econômico” traz ínsita a idéia de utilização, através de uma forma lícita, de recursos econômicos para finalidades que são juridicamente ilícitas. Haverá “abuso de poder econômico” naquelas hipóteses em que o agente realiza determinado ato não com a finalidade de produzir os efeitos usuais do ato, mas sim de alcançar, por via oblíqua, algum outro desiderato reprovado pelo ordenamento jurídico.

Abusa do poder econômico o agente que, por exemplo, pratica preços predatórios, com a finalidade de retirar um concorrente do mercado; ou adquire direitos exclusivos sobre uma patente de um novo produto que concorre com o produto que industrializa apenas para evitar que seja utilizada por um concorrente, não para utilizá-la.

Em ambos os casos os agentes somente puderam praticar os atos porque: (a) dispunham de poder econômico para tanto (praticar preços predatórios exige perdas financeiras no presente em função de potenciais lucros no futuro e exige que o agente possa atender a toda a demanda do mercado; o valor de uma patente está relacionado com a receita da venda dos produtos gerados a partir de sua utilização); (2) e realizaram atos juridicamente lícitos (exercer a prerrogativa de fixar o preço de seu produto; adquirir direitos de propriedade intelectual), que produzem efeitos em relação a terceiros e cujo exercício dos direitos deles resultantes é assegurado pela ordem jurídica (poder exigir o preço fixado; poder evitar que terceiros utilizem a patente).



No entanto, as conseqüências que os agentes esperavam obter em decorrência da prática dos atos não são as conseqüências para as quais o ordenamento jurídico reconhece a legitimidade de tais atos.

Nos dois exemplos o que motivou os agentes foi afastar potenciais concorrentes, sendo que essa motivação deriva da constatação de que sem concorrentes os agentes poderão exercer em sua plenitude o “poder de mercado” que detém ou que passarão a deter.

Nessa linha, o abuso de poder econômico, no que concerne à legislação de proteção à concorrência, se traduz na utilização do poder econômico para fins de obtenção de poder de mercado, ou, como definem MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO e MARIO LUIZ POSSAS:

a finalidade da qual se desvia mediante o uso abusivo do poder econômico – *a finalidade econômica da instituição social do mercado* -, num nível mais abstrato, pode ser tomada como sendo o bem-estar potencialmente gerado pelo funcionamento no processo competitivo nos mercados<sup>14</sup>. (grifo dos Autores)

Enquanto o conceito de abuso de poder econômico exige uma avaliação da intenção do agente e dos potenciais efeitos da conduta, o conceito de “poder de mercado”, que é um conceito econômico que será detalhado no item seguinte, não se reveste, por seu turno, de qualquer elemento axiológico.

A existência de agentes econômicos com poder de mercado é um fato econômico, que, por si, não é reprovado, ou sequer valorado, pelo Direito. O que vai importar para o Direito da Concorrência é: (a) a forma pela qual o agente econômico obteve poder de mercado; e (b) se o agente econômico exerce abusivamente o poder de mercado que detém.

Assim, a tutela pelo Direito da Concorrência da livre iniciativa e da livre concorrência gravita em torno da questão de como lidar com o poder de mercado que determinados agentes econômicos podem eventualmente vir a deter, com vistas

---

<sup>14</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi; e POSSAS, Mario Luiz. Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (coord.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo : Singular, 2002, p.139.

à proteção da coletividade, nesse conceito compreendidos os concorrentes e os consumidores.

### 1.1 Poder de Mercado: definição econômica

Poder de mercado consiste,  *grosso modo*, na faculdade de uma determinada empresa aumentar seus lucros mediante a redução de oferta e cobrança de um preço pelo produto superior ao preço que seria cobrado em um mercado competitivo<sup>15</sup>.

Como define HERBERT HOVENKAMP, poder de mercado é a prerrogativa de determinada empresa de obter lucratividade acima do custo marginal, sendo que o custo marginal tem um papel essencial na medição de poder de mercado: quanto maior for a diferença entre o preço praticado pela empresa e seu custo marginal, maior o poder de mercado dessa empresa<sup>16</sup>.

CALIXTO SALOMÃO FILHO refina o conceito neoclássico de poder de mercado, pontuando (corretamente) que o agente com poder de mercado pode optar entre maximizar lucros ou receitas, concluindo que:

[...] a definição teoricamente mais correta de poder de mercado não é a possibilidade de aumentar os preços, mas sim a possibilidade de escolher entre essas duas alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade.<sup>17</sup>

Para a correta compreensão de como se processa o exercício do poder de mercado na forma definida acima – cobrar preços acima do custo marginal - é importante tecer breves comentários sobre postulados da ciência econômica no que concerne ao funcionamento dos mercados.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que a Ciência Econômica teoriza o processo de funcionamento dos mercados através dos conceitos de **demanda agregada** e **oferta agregada**<sup>18</sup>, afirmando que o preço de determinado produto,

<sup>15</sup> O poder de mercado pode ser quantificado através do *Lerner Index*, que consiste na divisão do preço no qual a empresa maximiza lucros (P) menos o custo marginal (MC) pelo preço:  $(P-MC) \div P$ . Em mercados competitivos o índice é zero (nenhum poder de mercado), à medida que o preço tende ao infinito ou o custo marginal tende a zero o índice tende a 1.

<sup>16</sup> HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul : West Group, 1999. p. 79.

<sup>17</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo : Malheiros Editores, 1998, p. 83.

<sup>18</sup> Curva de Demanda Agregada informa a quantidade de bens e serviços que famílias, empresas e governos desejam comprar a qualquer nível de preços; Curva da Oferta Agregada informa a quantidade de bens e serviços que as empresas

denominado de **preço de equilíbrio**, e a quantidade ofertada desse produto, denominada **quantidade de equilíbrio**, correspondem ao preço e quantidade informados pelo cruzamento da curva da demanda agregada com a curva da oferta agregada.

Existem diversas variáveis que influenciam as decisões de consumo de determinado bem (gostos pessoais, classe social, etc.), mas admitindo-se que todas as variáveis relativas aos desejos dos consumidores em consumir determinado bem se mantenham constantes, pode-se assumir que a quantidade que os consumidores demandarão em relação ao consumo de determinado bem irá aumentar em função da redução do preço do bem (p.ex. se o preço de determinado bem for \$ 10, haverá a venda de 100 unidades; se o preço do bem for \$ 8 serão vendidas 160 unidades, porque 60 consumidores que não podiam ou não queriam comprar o bem a \$ 10 passarão a fazê-lo se o preço for de \$ 8, e assim sucessivamente). A soma hipotética da vontade de todos os consumidores é denominada **demanda agregada**.

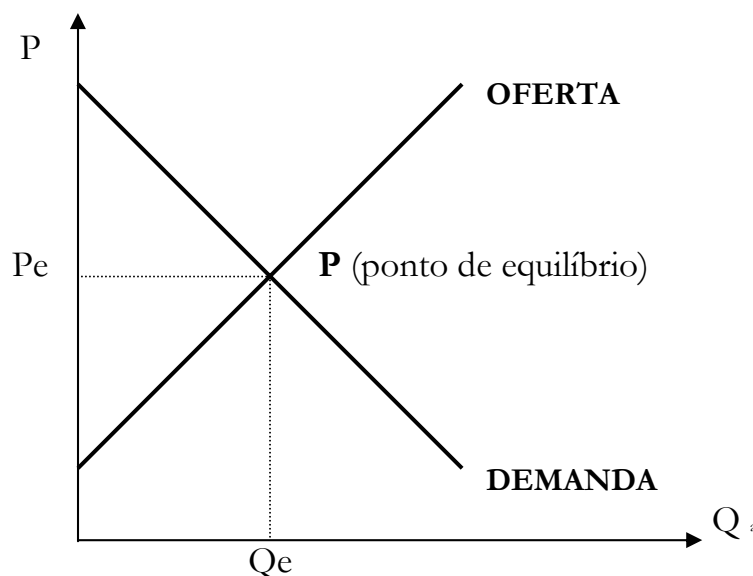
Por outro lado, os incentivos para a produção de determinado bem seguem a lógica inversa: os produtores, *ceteris paribus*<sup>19</sup>, produzirão maiores quantidades de determinado produto na medida em que o preço pago pelos produtos aumenta (p.ex. se o preço for de \$ 10 os produtores colocarão no mercado 160 unidades; se o preço for de \$ 12 os produtores colocarão 200 unidades, e assim sucessivamente), pois terão incentivos para aumentar sua produção. A soma hipotética dos desejos de produção de todos os produtores é denominada **oferta agregada**.

Tanto a demanda agregada quanto a oferta agregada podem ser representadas graficamente, considerando-se um gráfico no qual o eixo vertical representa o preço do produto, e o eixo horizontal representa a quantidade produzida. O ponto de equilíbrio será a interseção entre as curvas da oferta agregada e da demanda agregada, e informará o preço de equilíbrio e a quantidade de equilíbrio, como se infere do seguinte gráfico:

---

produzem e vendem a qualquer nível de preços. Vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p.705-715; PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p. 133-141.

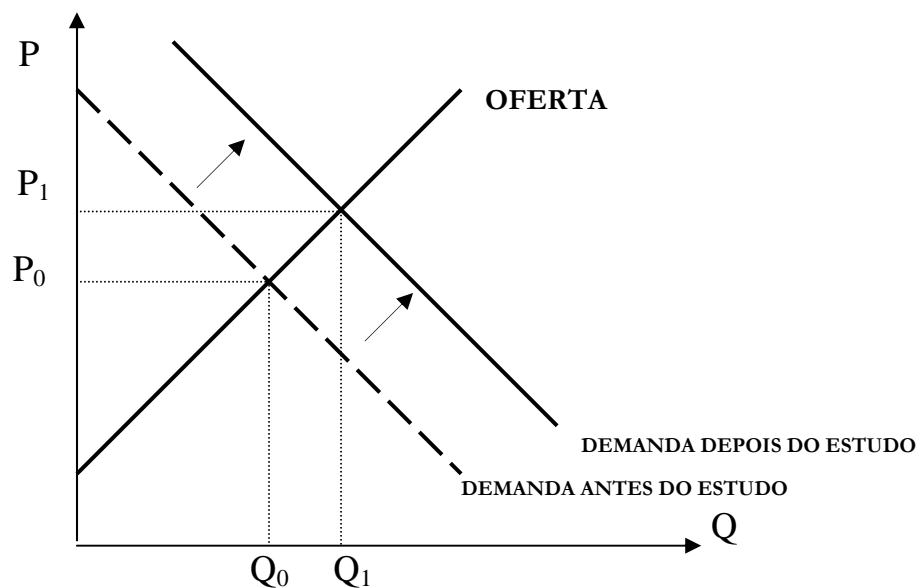
<sup>19</sup> “Tudo o mais mantido constante”.



O preço de equilíbrio e a quantidade de equilíbrio refletem o encontro dos interesses dos consumidores e dos produtores do produto. Se os produtores aumentarem a produção do produto para além do ponto P, o excesso de oferta fará com que os preços caiam, pois a produção excedente somente poderá ser vendida para os consumidores dispostos a pagar um preço menor do que o preço de equilíbrio  $P_e$ . Por outro lado, os consumidores que desejarem pagar um preço menor do que o preço  $P_e$  não encontrarão produtores dispostos a lhes fornecer o produto por esse preço.

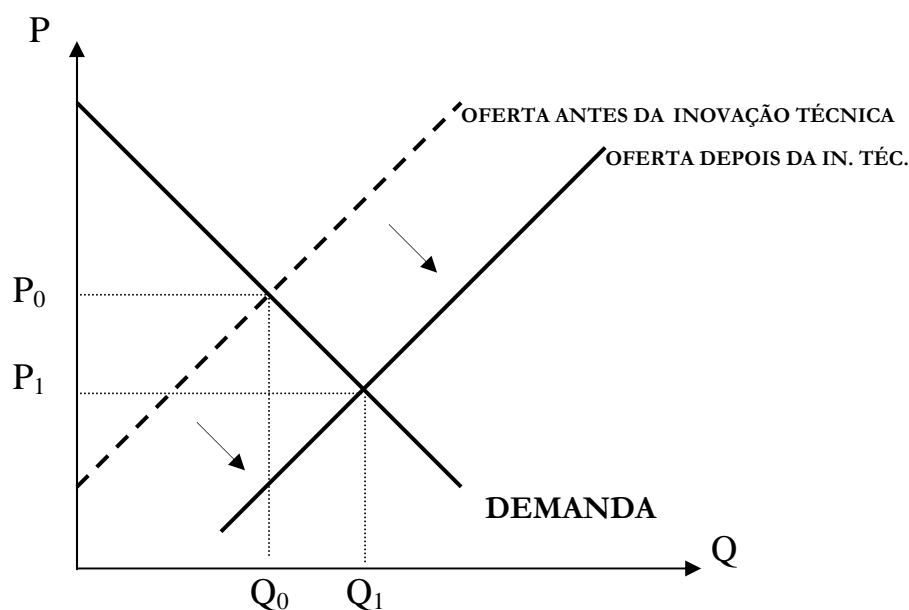
O gráfico ilustra, de forma estática, um processo econômico que é dinâmico, de sorte que existem variações nas próprias curvas de demanda e de oferta, que podem deslocar-se para a esquerda ou direita, implicando em alterações de preços e quantidades produzidas.

Considere-se, por hipótese, que um estudo científico comprove que o consumo de determinado produto é bom para a saúde. A tendência é, naturalmente, que os consumidores passem a querer consumir mais desse produto, ou seja, que os consumidores valorizem mais o produto e estejam dispostos a pagar mais por ele, de forma que a curva da demanda desse produto será deslocada para a direita, levando o mercado a um novo equilíbrio, como ilustra o seguinte gráfico:



No novo ponto de equilíbrio, o preço do produto aumentou de  $P_0$  para  $P_1$ , e novos produtores, que não produziam o produto quando o preço era  $P_0$ , realocaram seus recursos econômicos para a produção desse produto, tendo em vista o aumento do interesse dos consumidores.

Ocorrem alterações também sob o prisma dos produtores. Imaginando-se que novas técnicas de produção reduzam os custos de produção de determinado produto, é razoável supor que os produtores desejarem aumentar a produção do produto. Nessa hipótese ocorre o deslocamento para a direita da curva da oferta, o que aumenta a quantidade ofertada e reduz o preço do produto, como ilustra o seguinte gráfico:



Nos exemplos acima tratamos de um deslocamento para a direita das curvas de oferta e de demanda, gerando, no primeiro caso, aumento da quantidade produzida e aumento do preço e, no segundo caso, um aumento da quantidade produzida e um decréscimo do preço, mas outras situações poderiam servir de ilustração, como, por exemplo:

- (a) a constatação de que o consumo de determinado produto é prejudicial para a saúde faria que com que menos consumidores desejassem adquirir o produto, deslocando a curva da demanda para a esquerda e reduzindo preço e quantidade produzida; ou
- (b) a edição de uma legislação ambiental que imponha maiores custos aos produtores deslocaria a curva da oferta para a esquerda, reduzindo quantidade e aumentando preços; etc.

Existirão, de fato, uma miríade de situações que irão afetar a decisões de consumo e de produção em uma economia de mercado, sendo que em determinadas hipóteses as variáveis que determinam os processos econômicos são

influenciadas, ou, em casos extremos, determinadas, pelo comportamento de agentes econômicos específicos.

Um agente que possua poder de mercado e possa exercê-lo obterá **lucros extraordinários**, ou seja, lucros acima dos lucros necessários para remunerar o capital investido considerando o custo de oportunidade desse capital e o risco da atividade econômica, porque poderá interferir no processo descrito acima.

A análise acerca da existência de poder de mercado, e, tão importante quanto, acerca da possibilidade de exercício de poder de mercado, exige a análise da **estrutura de mercado** no qual o agente econômico está inserido.

Estruturas de mercado, por seu turno, são modelos que captam aspectos inerentes de como os mercados estão organizados, destacando aspectos essenciais da interação entre oferta e demanda, que resulta no preço e na quantidade de equilíbrio em determinado mercado.

A estrutura de um mercado pode variar em função de: características do produto; condições tecnológicas; acesso; informação; tributação; regulamentação; participantes etc.

Existem diversas estruturas de mercado definidas pela ciência econômica, tanto em relação ao lado da demanda, quanto em relação ao lado da oferta<sup>20</sup>, sendo relevante no presente trabalho abordar os conceitos das estruturas monopólio, concorrência perfeita e, posteriormente, oligopólio, tudo no sentido de definir “poder de mercado” e demonstrar em que hipóteses poderá ser exercido.

A estrutura de mercado definida como **monopólio** compreende: (a) existência de apenas um único produtor; (b) esse produtor produz um produto para o qual não existe substituto próximo; (c) existe concorrência entre os consumidores; e (d) não existe curva de oferta agregada.

---

<sup>20</sup> Alguns tipos de estruturas de mercado: Monopólio, no qual existe apenas um único produtor; Concorrência perfeita, no qual o mercado é atomizado; Concorrência monopolista, no qual existem várias empresas produzindo bens diferentes mas que são substitutos próximos; Oligopólio, no qual poucas empresas produzem produtos que são substitutos próximos; Monopsônio, no qual existem muitos vendedores e um único comprador; Oligopsônio, no qual existem muitos vendedores e poucos compradores. Sobre estruturas de mercado vide: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p.191-198.

Nessa hipótese, o produtor do produto controla o volume da produção, determinando, por conseqüência, a que preço cada unidade será vendida.

No extremo oposto situa-se a estrutura de mercado definida como **concorrência perfeita**, na qual: (a) existe um grande número de compradores e vendedores (mercado atomizado); (b) os produtos são homogêneos, i.e. são substitutos perfeitos entre si (não há, portanto, diferença de preços entre os produtos); (c) existe informação completa sobre o preço e qualidade do produto e sobre a estrutura de custos de todas as empresas, inexistindo qualquer assimetria de informação (transparência do mercado); e (d) não há barreiras à entrada de qualquer ordem, qualquer agente econômico pode entrar e sair do mercado sem nenhum custo, todas as empresas têm acesso a todos os fatores de produção ao mesmo custo (livre mobilidade de fatores).

Enquanto o monopolista detém poder de mercado irrestrito, os agentes econômicos que atuam em um mercado de concorrência perfeita não têm nenhum poder de mercado, e esse fato será determinante em relação a suas decisões de produção e em relação à forma como esses agentes influenciam o mercado no qual estão inseridos e definem preços.

Teoricamente, os agentes econômicos que atuam em um mercado em concorrência perfeita, justamente porque não detêm qualquer poder de mercado, terão que vender sua produção pelo preço dado pelo mercado, sendo indiferente o volume da quantidade que produzirão, pois como o mercado é atomizado o volume de produção de cada empresa individual não tem o condão de afetar os preços pelo qual cada unidade será vendida.

Nessa hipótese, cada empresa em concorrência perfeita produz até o momento no qual o **custo marginal**<sup>21</sup>, que é o aumento dos custos totais decorrente da produção de uma unidade adicional, é igual ao preço do produto, que é dado pelo mercado.

Em concorrência perfeita, qualquer empresa que vender abaixo do preço de equilíbrio estará deixando de auferir receita, de forma que não seria racional que essa

---

<sup>21</sup> Sobre o conceito de custo marginal vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p.273-285; KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002. p. 7.



empresa proceda dessa forma. Por outro lado, a oferta do produto acima do preço de equilíbrio não encontraria compradores, pois toda a demanda seria absorvida pela oferta dos demais produtores<sup>22</sup>. Nessa configuração, o preço pago pelo produto reflete, essencialmente, o custo de produção do produto acrescido do lucro econômico para o produtor. O preço de determinado produto em um mercado em concorrência perfeita é, portanto, o preço competitivo.

O mesmo não ocorre em um monopólio. Como o monopolista detém poder de mercado pode restringir a oferta do produto e cobrar preços acima do preço competitivo, essa decisão de produção terá como consequência: (a) a criação do que a ciência econômica define como “peso morto”; (b) transferência de parte do **excedente do consumidor** para o monopolista, como será detalhado a seguir.

## **1.2 Exercício do poder de mercado: restrição de oferta, redução do excedente do consumidor e criação do peso morto.**

O desiderato de qualquer empresa é a maximização do lucro. Isso é verdade tanto para as empresas que operam em concorrência perfeita, quanto para monopolistas.

Entretanto, enquanto uma empresa em concorrência perfeita maximiza seus lucros quando o custo marginal é igual ao preço, o mesmo não se verifica em relação ao monopolista.

Em um monopólio não existe curva da oferta agregada, pois o monopolista é o único ofertante do produto, mas é correto afirmar que em relação à demanda a quantidade que será consumida continua a variar em função do preço. Isto é, os consumidores irão adquirir uma maior quantidade de determinado produto quanto menor for o preço desse produto.

Nesse sentido, a decisão de produção do monopolista deverá levar em consideração a curva da demanda agregada, e deverá levar em consideração o

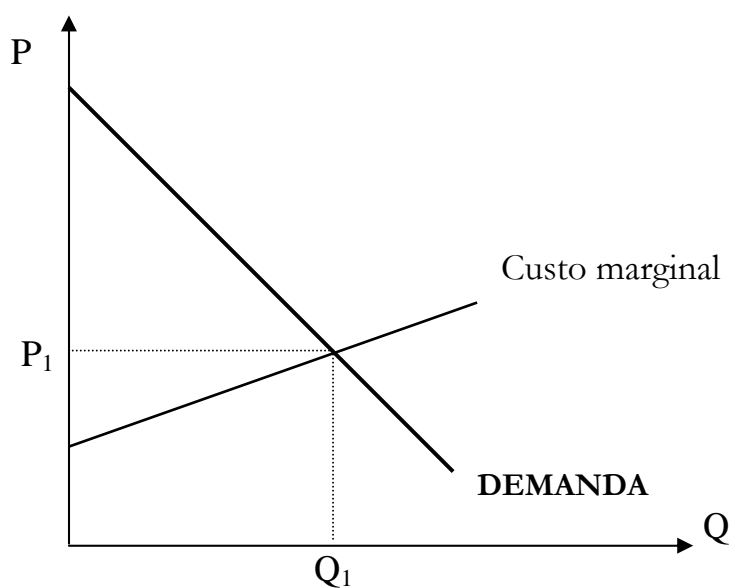
---

<sup>22</sup> Ainda que o modelo teórico de concorrência perfeita se preste para explicar e analisar o fenômeno concorrencial, na prática os mercados dificilmente replicam os postulados teóricos do modelo. Segundo PHILLIP AREEDA e LOUIS KAPLOW, alguns exemplos das diferenças entre os modelos teóricos e a o funcionamento dos mercados na prática decorrem: (a) do fato de que raramente o número de empresas em determinado mercado é muito grande; (b) de que os consumidores têm informações imperfeitas sobre os produtos, e os produtores têm informações imperfeitas sobre as possíveis combinações de insumos e produção; (c) de inércia, ignorância ou barreiras artificiais restringindo a re-alocação de trabalho, capital ou outros fatores produtivos; e (d) do fato que nem sempre os produtores adotam comportamentos maximizadores de lucros e de que nem sempre os consumidores tomam decisões racionais. *Op. Cit.*, p. 11.

seguinte efeito econômico que não se verifica em um mercado em concorrência perfeita: à medida que o monopolista aumenta a produção de um determinado bem, o preço que poderá exigir por cada unidade decresce, assumindo que o monopolista tem que vender o produto pelo mesmo preço para todos os consumidores (i.e. assumindo que o monopolista não pode discriminar preços).

Com efeito, o preço de determinado produto está diretamente relacionado à quantidade ofertada desse produto. Quanto menor a quantidade, mais escasso é esse produto e maior o preço que poderá ser vendido no mercado, pois os consumidores que valorizam esse produto estarão dispostos a pagar um valor maior para obtê-lo. Da mesma forma, quanto maior a quantidade, menor o preço, pois é menor a escassez relativa.

É também correto afirmar que nenhum agente econômico irá produzir algo cujo custo de produção seja superior ao preço que será vendido. Com base nessa última premissa, pode-se afirmar que o monopolista, tal como a empresa que opera em concorrência perfeita, poderia definir a quantidade que irá produzir na interseção da curva do custo marginal com a demanda agregada, pois se produzisse além desse ponto teria que vender o produto por um preço inferior ao custo de produção, incorrendo em prejuízos. O seguinte gráfico ilustra o raciocínio:



Como dito, caso o monopolista oferte uma quantidade maior do que a quantidade  $Q_1$  indicada no gráfico o preço que poderá exigir por cada unidade

suplementar será inferior ao custo marginal de produção daquela unidade, de forma que não seria racional que o monopolista incorra em um custo para aumentar a produção que será maior do que a receita que irá auferir com a venda da unidade suplementar.

Vale registrar que do ponto de vista da alocação de recursos econômicos a situação exemplificada no gráfico acima é uma situação eficiente, tal como o conceito de eficiência será detalhado oportunamente.

Nessa hipótese, caso o monopolista decidisse produzir a quantidade na qual o seu custo marginal fosse igual ao preço da mercadoria não haveria qualquer prejuízo social (ao revés, poder-se-ia esperar, inclusive, benefícios econômicos, uma vez que os custos de produção seriam reduzidos em função das eficiências produtivas geradas pelo fato de uma única empresa controlar a produção de determinado produto).

Ocorre, contudo, que é não é racional que o monopolista opte pelo nível de produção informado acima, correspondente à interseção da curva do custo marginal com a curva da demanda, isso porque o monopolista, como qualquer empresa, tem como objeto a maximização dos lucros<sup>23</sup>.

Para maximizar seus lucros, o monopolista irá ponderar uma variável que não é considerada por empresas em concorrência perfeita, decorrente do fato de que sua receita marginal, isto é, a receita auferida pela venda uma unidade suplementar do produto<sup>24</sup>, é decrescente.

A receita marginal das empresas em concorrência perfeita é o preço de equilíbrio do mercado, porque, como dito, essas empresas não detêm poder de mercado para influenciar preço e quantidade produzida (para cada unidade adicional que uma empresa em concorrência perfeita produz auferirá a mesma receita marginal, consistente no preço de mercado do produto). As empresas em um mercado em concorrência perfeita são tomadoras de preços.

---

<sup>23</sup> Maximizar lucros significa obter a maior diferença possível entre receitas e despesas. Ao restringir oferta o monopolista auferirá uma receita menor do que a receita que poderia auferir produzindo a níveis competitivos, mas a redução dos respectivos custos é proporcionalmente maior à redução da receita, de forma que a restrição de oferta maximiza os lucros.

<sup>24</sup> Sobre a receita marginal do monopolista vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p. 320-324; MELO, Luiz Martins. Modelos tradicionais de concorrência. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p. 12-17.

O mesmo não ocorre com o monopolista, pois o aumento da produção implica em reduzir o valor pelo qual será vendida cada uma de todas as unidades produzidas, de forma que a receita marginal decorrente da venda da unidade adicional será sempre decrescente, como ilustra a seguinte tabela (os valores são hipotéticos):

<b>Quantidade</b> (em mil unidades)	<b>Preço</b>	<b>Receita total</b> (Quant. x Preço)	<b>Receita Marginal</b>
0	-	0	10
1	10	10 (10 x 1)	8
2	9	18 (9 x 2)	6
3	8	24 (8 x 3)	4
4	7	28 (7 x 4)	2
<b>5</b>	<b>6</b>	<b>30 (6 x 5)</b>	<b>0</b>
6	5	30 (5 x 6)	-2
7	4	28 (4 x 7)	-4

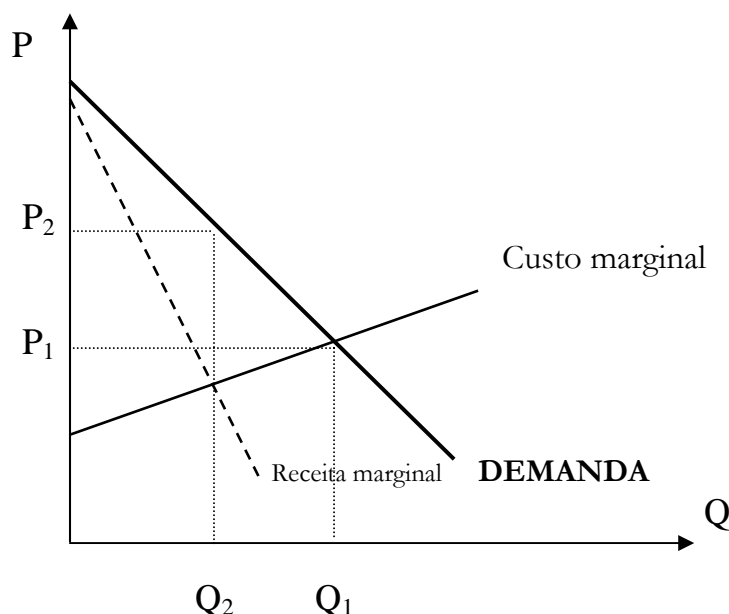
Como se percebe da análise da tabela, quando o monopolista oferta cinco mil unidades do produto, o preço unitário de cada unidade passa a ser seis, o que lhe confere uma receita de trinta mil. Caso o monopolista aumente a produção em mil unidades, o preço de cada unidade cairá para cinco, o que redundará que sua receita total continuará a ser trinta mil. Caso continue aumentando a produção (e o aumento da produção implica em aumento de custos) depreciará ainda mais o preço por unidade, que terá como consequência reduzir a receita total que auferir.

Nesse sentido, ainda que o monopolista possa, tal com a empresa em concorrência perfeita, definir a produção até o ponto no qual o custo marginal é igual ao preço que pode exigir pelo produto (nesse caso o custo de produção da unidade marginal seria igual ao preço pelo qual tal unidade poderia ser vendida), não é racional que o mesmo assim proceda, pois se assim fizer não estará maximizando seus lucros.

Com efeito, o monopolista maximizará seus lucros não quando a curva do custo marginal cruzar com curva da demanda agregada, mas sim quando o custo marginal for igual à receita marginal. Isto é, quando o custo de aumentar a produção de uma unidade for igual à receita que irá auferir com a venda dessa unidade, considerando que a receita marginal é decrescente.

A partir da configuração na qual o custo marginal é superior à receita marginal, não é racional que o monopolista proceda ao aumento da produção, ainda que o custo marginal seja inferior ao preço do produto.

O processo pode ser ilustrado graficamente, como se segue:



Verifica-se que o monopolista irá produzir uma quantidade  $Q_2$ , inferior à quantidade  $Q_1$ , e irá vender cada unidade do produto pelo preço  $P_2$ , superior ao preço  $P_1$ . O monopolista, porque detém poder de mercado, irá restringir a oferta para obter lucros extraordinários, pois é dessa forma que maximiza seus lucros.

Os efeitos deletérios para a sociedade do exercício pelo monopolista do poder de mercado são de duas ordens: haverá a redução do excedente do consumidor, sendo que parte desse excedente será apropriado pelo monopolista; e haverá a criação do que se convencionou denominar “peso morto”.

Como já mencionado acima, os consumidores irão adquirir uma maior quantidade de determinado produto quanto menor for o preço desse produto. Essa assertiva fundamenta o conceito de demanda agregada e deriva da constatação de que os consumidores valorizam de forma diferente o mesmo produto.

Variáveis como renda, gosto pessoal, necessidade etc., influenciam o preço máximo que cada consumidor individualmente está disposto a pagar por determinado produto. Em um mercado no qual os produtores não podem

discriminar preços – que consiste em poder exigir de cada consumidor o preço máximo que esse consumidor está disposto a pagar pelo produto – o preço exigido será o mesmo para todos os consumidores, de tal forma que a exceção dos consumidores marginais (que são aqueles consumidores que estão dispostos a pagar pelo produto apenas o preço pelo qual ele é vendido) todos os demais consumidores pagam pelo bem uma quantia menor do que a quantia que estavam dispostos a pagar.

A diferença entre o valor que os consumidores estão dispostos a pagar por um bem e a quantia que os consumidores efetivamente pagam é denominada **excedente do consumidor**.

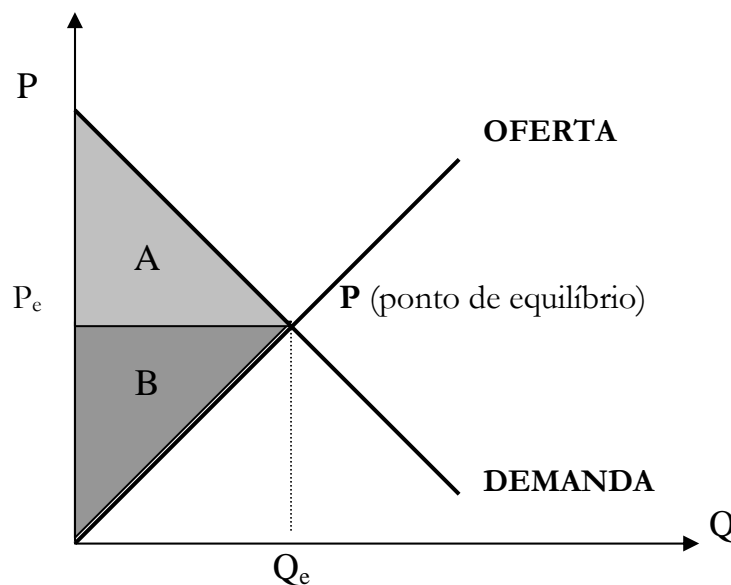
O mesmo raciocínio aplica-se virtualmente aos produtores. Os custos do fornecimento de determinado produto irão informar o valor mínimo que cada produtor individualmente está disposto a cobrar para fornecer determinado produto. A fixação do preço pelo mercado e o fato de que os produtores têm diferentes custos de oportunidade leva com que os produtores recebam pelos produtos uma quantia superior ao custo de produção (exceto o produtor marginal, que recebe apenas o custo de produção).

Essa diferença entre o valor recebido e o custo de produção é denominada **excedente do produtor**<sup>25</sup>.

A partir das curvas da demanda agregada e da oferta agregada é possível ilustrar graficamente os excedentes do produtor e consumidor:

---

<sup>25</sup> Sobre excedentes do consumidor e produtor vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p. 141-157; PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p. 110-132; MELO, Luiz Martins. *Op. Cit.*, p. 10-12.



A triângulo de área A informa o total do excedente do consumidor nesse dado mercado, e o triângulo de área B o total do excedente do produtor.

Essa configuração é uma configuração socialmente eficiente, pois todos os consumidores que estão dispostos a pagar pelo produto o seu custo de produção podem fazê-lo. É certo que existem consumidores que desejariam adquirir o produto se o preço fosse inferior ao preço de equilíbrio  $P_e$ , mas nesses casos não há produtores dispostos a fornecer o produto a esse preço, porque os custos seriam superiores ao preço pelo qual o produto seria vendido.

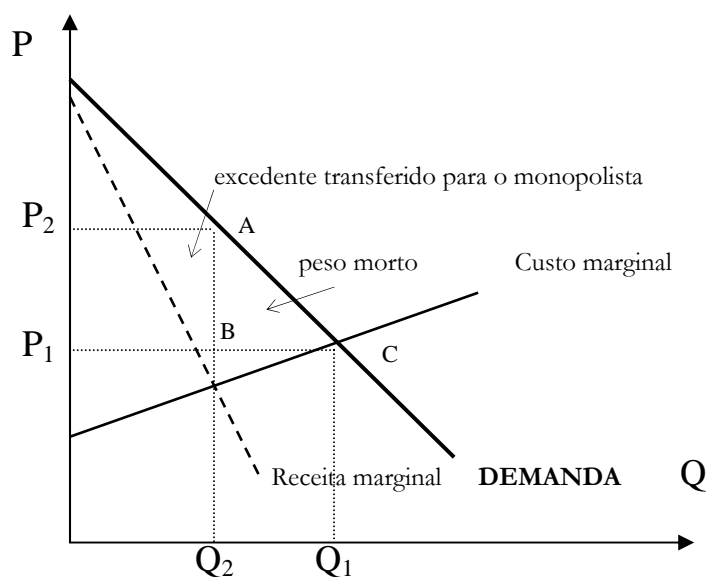
Como visto acima, com o intuito de maximizar lucros o monopolista irá restringir a oferta de seu produto, produzindo uma quantidade menor do que a que seria possível produzir considerando o custo marginal de produção e a curva da demanda agregada.

A restrição de oferta pelo monopolista tem como efeito ofertar o produto a um preço superior a preço suficiente para remunerar todos os custos envolvidos na produção (incluindo o custo de oportunidade do capital).

Como consequência da restrição de oferta levada a termo pelo monopolista reduz-se o excedente do consumidor. Parte do excedente do consumidor é transferida para o monopolista, nesse ponto evidenciando uma transferência de renda dos consumidores para os produtores, e parte desse excedente simplesmente é destruída, criando o denominado “peso morto”.

O peso morto é um valor que poderia ser produzido considerando os recursos econômicos alocados naquela determinada atividade econômica e considerando as técnicas de produção vigentes, mas que deixou de ser produzido para que o monopolista possa auferir lucros extraordinários com sua atividade, gerando uma ineficiência alocativa dos recursos econômicos.

O seguinte gráfico ilustra a transferência de parte do excedente do consumidor para os produtores e a criação do peso-morto:



A área do triângulo formado pelos pontos A, B e C representa o peso morto do monopólio, e a área representada pelo retângulo formado pelos pontos  $P_2$ ,  $P_1$ , A e B o percentual do excedente do consumidor que foi transferido para o monopolista.

A soma do peso morto com o excedente transferido representa a redução do excedente do consumidor em decorrência do monopólio, quando em contraste com um mercado em concorrência perfeita.

De uma perspectiva exclusivamente econômica, a ineficiência alocativa correspondente ao peso morto é a principal consequência negativa do monopólio, como pontua ROBERT BORK, ao concluir a explanação acerca do comportamento monopolista de um produtor de um produto hipotético denominado *widget*:



Mas os preços mais altos não são a origem do problema, nem o é a menor oferta. Uma série de desdobramentos aos quais não haveria objeções poderiam ter a mesma consequência. [...] O ponto que distingue a situação de monopólio é que o monopolista criou um hiato entre o preço e o custo marginal, o que significa que os custos sociais e os desejos sociais não estão mais iguais. Com efeito, o monopolista realizou lucros de monopólio criando um desequilíbrio entre custo e desejo. Além disso, com a restrição de oferta a indústria de *widget* não precisa mais de tantos recursos quanto antes. Os recursos não mais necessários podem tanto ficar inertes, em uma nítida perda social, quanto migrar para outras indústrias, nas quais o valor do produto marginal dessa indústria seria menor do que o valor do produto marginal da indústria monopolizada de *widgets*. O resultado, é lógico, é que esses recursos gerariam menor riqueza, como riqueza é definida pelos consumidores, de forma que os consumidores estariam em melhor situação se esses recursos pudessem voltar a produzir *widgets*.

Esse mecanismo pelo qual a restrição de oferta, tornada possível por uma fusão que redunde em um monopólio, por ou cartel, ou por qualquer outro meio de controle do mercado, cria uma alocação deficiente de recursos que empobrece a sociedade. O mal do monopólio, então, não são preços mais altos ou produção menor (apesar desses efeitos serem concomitantes), mas deficiente alocação de recursos econômicos, ou ineficiência alocativa<sup>26</sup>.

Nesse mesmo sentido, do ponto de vista meramente econômico a transferência de parte da renda dos consumidores para os produtores não é considerada como uma perda social, por não afetar o excedente total do mercado.

### 1.3 Condições para o exercício do poder de mercado: elasticidades e barreiras à entrada.

Ainda que o monopolista seja o único produtor de determinado bem, essa é uma condição necessária, mas não suficiente, para que o monopolista possa exercer poder de mercado mediante restrição de oferta. É preciso considerar, ainda, a existência de outras condições estruturais para que possa ser exercido o poder de

<sup>26</sup> “ *But the higher price is not the root of the problem, nor is the lower output. Many unobjectionable developments could produce these. [...] The distinctive feature of the monopoly situation is that the monopolist has created a gap between marginal cost and price, which means that social costs and social desires are no longer equated. Indeed, the monopolist has made his monopoly profit by creating an imbalance between cost and desire. With the restriction of output, moreover, the widget industry no longer needs as many resources as before. The unneeded resources may either lie idle, an obvious social waste, or migrate to other industries where the value of their marginal product will be less than it would be in the monopolized widget industry. The result, of course, is that they contribute less wealth as consumers define wealth, so that consumers would be better off if these resources could return to making widgets.*

*This is the mechanism by which restriction of output, made possible by monopolistic merger or cartel or any other means of controlling the market, creates a misallocation of resources and thereby makes society poorer. The evil of monopoly, then, is not higher prices or smaller production (though these are its concomitants) but misallocated resources, or allocation inefficiency.” BORK, Robert H. The Antitrust Paradox: a policy at war with itself. With a new introduction and epilogue. New York : The Free Press, 1993, p. 109-101.*

mercado: a elasticidade-preço da demanda; a elasticidade-cruzada do produto; a elasticidade da oferta; e a existência de barreiras à entrada.

### *1.3.1 Elasticidade-preço da demanda*

Para que a restrição de oferta praticada pelo monopolista redunde em lucros extraordinários é necessário que o mesmo possa trabalhar em uma porção inelástica da curva da demanda. Vale dizer, o número de unidades que deixarão de ser vendidas deve ser proporcionalmente menor que o aumento do preço que o monopolista poderá exigir pela venda das unidades remanescentes.

Quando a elasticidade-preço<sup>27</sup> da demanda é maior do que um, ou seja, quando a demanda é elástica, um aumento no preço irá implicar em uma redução proporcionalmente maior da quantidade vendida, o que, por seu turno, redundará na redução da receita total da empresa em um percentual proporcionalmente maior do que a quantidade reduzida.

Nesse contexto a redução de oferta poderá não ser rentável, como de fato seria se a elasticidade-preço da demanda fosse menor que 1, não se traduzindo em um comportamento maximizador de lucros.

### *1.3.2 Elasticidade-cruzada do produto*

Da mesma forma, não deve haver uma grande elasticidade-cruzada<sup>28</sup> entre o produto ofertado pelo monopolista e um outro produto qualquer.

Existirão casos nos quais não existe um substituto para o produto se o produto é vendido ao preço que remunera apenas os custos, isto é, se o produto é vendido pelo preço competitivo. Entretanto, o aumento do preço decorrente da restrição de oferta praticada pelo monopolista pode implicar em redirecionar a demanda para algum outro produto que ordinariamente não seria um substituto para o produto do monopolista.

---

<sup>27</sup> Elasticidade-preço da demanda é medida de intensidade da resposta da quantidade demandada a alterações no preço do bem, é calculada como a variação percentual da quantidade demandada dividida pela variação percentual do preço. Vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p. 94.

<sup>28</sup> Elasticidade-cruzada é a medida de quanto a quantidade demandada de um bem responde à variação no preço de outro bem, calculada com a variação percentual do primeiro bem dividida pela variação percentual do segundo bem. Vide: MANKIWI, N. Gregory. *Op. Cit.*, p. 103.

Nessas hipóteses, pode ser que não seja factível para o monopolista exercer seu poder de mercado, pois a eventual restrição de oferta poderia redirecionar toda a demanda para o produto substituto, que passaria a ser um concorrente.

### *1.3.3 Elasticidade-preço da oferta*

Pelos mesmos motivos descritos acima, há que se considerar a elasticidade-preço pelo lado da oferta.

Dependendo do mercado, podem existir produtores que não produzem o produto em questão se o preço desse produto for o preço competitivo, mas que poderão passar a produzi-lo em face de um aumento de preço, em um curto espaço de tempo e sem incorrer em custos irrecuperáveis, devido a determinados fatores estruturais (reaproveitamento de ativos, re-direcionamento de capacidade produtiva, aquisição de ativos a baixo custo etc.).

Como bem exemplifica HOVENKAMP<sup>29</sup>, supondo que uma gráfica imprima livros de receitas e dez outras gráficas imprimam livros de mistério, na eventualidade de a única gráfica que imprime livros de receitas decidir restringir oferta para auferir lucros extraordinários, o conseqüente aumento de preços dos livros de receita sinalizará para as demais gráficas que é mais lucrativo produzir livros de receita do que livros de mistério, sendo que estas gráficas poderão passar a fazê-lo sem quaisquer custos significativos.

Como conseqüência do aumento de oferta de livros de receitas por parte das gráficas que antes imprimiam livros de mistério, o preço dos livros de receita retornará aos níveis competitivos.

### *1.3.4 Barreiras à entrada*

Uma outra condição necessária para o exercício do poder de mercado pelo monopolista é a existência de barreiras à entrada.

A existência de lucros extraordinários em determinado mercado é um fator de atração de investimentos. Como já mencionado, os recursos econômicos serão alocados nas atividades econômicas que proporcionem o maior retorno, de forma

---

<sup>29</sup> HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul : West Group, 1999, p. 83.

que é razoável supor que a constatação de que os produtores que atuam em determinado mercado vêm realizando lucros extraordinários motive outras empresas, que não estão produzindo o produto em referência, a entrar nesse mercado, mesmo que, diverso do caso de oferta elástica descrito acima, existam custos para re-alocar os recursos produtivos.

Como afirma RICHARD POSNER, “preços acima do custo de oportunidade são magnetos atraindo recursos para a produção do bem, até que o aumento da produção conduza, por força da lei da demanda, os preços para baixo, até o nível de custo”<sup>30</sup>.

Assim, é razoável supor que recursos econômicos que estão alocados em outras atividades serão redirecionados para o mercado que apresenta lucros extraordinários, aumentando a quantidade produzida e, conseqüentemente, reduzindo os preços cobrados e restaurando as condições de concorrência.

Nessas hipóteses, o monopolista auferirá lucros extraordinários apenas temporariamente, pois os novos entrantes farão com que o mercado volte a operar de forma competitiva.

Esse processo somente não ocorrerá em face da existência de fatores que tornem a re-alocação de recursos extremamente custosa e/ou o resultado da atividade econômica incerto.

Esses fatores são denominados barreiras à entrada, e podem consistir, dentre outros, em: (a) existência de vantagens absolutas de custos a favor das empresas estabelecidas; (b) existência de preferências dos consumidores pelos produtos de empresas estabelecidas; (c) existência de estruturas de custos com significativas economias de escalas; (d) existência de elevados requerimentos de capital inicial; (e) regulação governamental; etc.

Conforme coloca HOVENKAMP, as barreiras à entrada definem até que nível a empresa ou empresas operando em determinado mercado podem, no longo

---

<sup>30</sup> “A price above opportunity cost is a magnet drawing resources into the production of the good until the increase in output drives price, by the Law of Demand, down to the level of cost”. POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 4<sup>th</sup> Ed. Boston, Toronto, London : Little Brown and Company, 1992, p. 8.

prazo, elevar os preços acima dos níveis competitivos sem induzir a entrada de potenciais competidores em dado mercado<sup>31</sup>.

Esse fator é de especial relevância para a aplicação do Direito da Concorrência, considerando que a ausência de barreiras à entrada pode restringir sobremaneira o exercício de eventual poder de mercado, pois em mercados nos quais não existem barreiras à entrada um monopolista poderá exercer poder de mercado apenas por um período limitado, pois esse poder será erodido pelos novos entrantes.

Vale registrar que a ciência econômica identifica situações nas quais sequer é necessária a entrada de novos agentes para coagir o monopolista a não exercer poder de mercado, quando o mercado em questão é definido como um “mercado perfeitamente contestável”.

Um mercado será perfeitamente contestável se: (a) não existirem restrições institucionais, vantagens absolutas de custos, diferenciação de produto ou qualquer restrição à entrada; (b) não existirem barreiras à saída; (c) o tempo de resposta da empresa estabelecida a eventual entrada for superior ao tempo que a entrante levar para iniciar as operações, podendo esta abandonar o mercado antes de uma retaliação de preços.

Nessas hipóteses, o monopolista tende a replicar o funcionamento do mercado em concorrência perfeita, pois se os preços forem elevados acima do custo marginal os novos entrantes têm possibilidade de auferir ganhos extraordinários<sup>32</sup>.

Como colocam AREEDA e KAPLOW, a concorrência potencial, tal como a concorrência efetiva, exerce efeito restritivo no aumento de preços e lucros, sendo que essa influência decorre das barreiras que eventuais concorrentes terão que enfrentar para entrar em determinado mercado<sup>33</sup>.

Dessa forma, não basta potencialmente a capacidade de restringir oferta para caracterizar a existência de poder de mercado. O efetivo exercício desse poder de

---

<sup>31</sup> HOVENKAMP, Herbert. *Op. Cit.*, p.39.

<sup>32</sup> Sobre barreiras à entrada e contestabilidade de mercados vide: KUPFER, David. Barreiras Estruturais à Entrada. In: \_\_\_\_; HASENCLEVER, Lia (orgs). *Economia Industrial*. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p.109-128.

<sup>33</sup> *Op. Cit.*, p. 21.

mercado está condicionado à existência de fatores estruturais, em especial a condições que tornem a entrada nesse mercado incerta ou custosa.

#### 1.4 Exercício do poder de mercado de forma coordenada

O exercício de poder de mercado, traduz-se, como visto, na possibilidade de um agente econômico restringir oferta e cobrar por determinado produto preços supracompetitivos, isto é, preços acima do custo marginal.

O exercício de poder de mercado não se verifica apenas quando uma empresa atua de forma unilateral, ou seja, quando existe um monopólio, mas é possível também quando: (a) duas ou mais empresas atuam de forma concertada, agindo como um único agente econômico; ou (b) uma estrutura de mercado com poucas empresas induz os agentes econômicos a balizarem suas decisões pelos possíveis comportamentos dos concorrentes<sup>34</sup>.

Na primeira hipótese ocorre o que se convencionou denominar de colusão expressa, e no segundo caso o que se denomina coordenação oligopolista<sup>35</sup>.

Em um mercado em concorrência perfeita, qualquer redução de oferta com a finalidade de aumentar preços não teria êxito, porque a redução de oferta praticada pela empresa seria tão insignificante, em função do fato de o mercado ser atomizado, que não teria o condão de afetar os preços.

Para que a redução de oferta implicasse em lucros extraordinários, seria necessário que todos os produtores concordassem em reduzir a oferta, atuando de forma concertada para manter os níveis de produção em níveis de monopólio.

Ao acordo entre concorrentes no sentido de determinar preços e quantidades produzidas denomina-se cartel.

---

<sup>34</sup> Eventual poder de mercado pode se manifestar, ainda, quando determinado produto tem algum diferencial aos olhos do consumidor que o tornam mais atrativo ou valioso em face de produtos substitutos. Em mercados com várias empresas que fornecem produtos diferenciados (estrutura denominada de concorrência monopolística) é correto afirmar que todas as empresas têm algum poder de mercado, em função da preferência dos consumidores por seu produto. Por simplificação e porque essa hipótese não é relevante para os fins do presente estudo esse tipo de estrutura de mercado não será detalhado.

<sup>35</sup> Diversos autores utilizam o termo “colusão tácita” ou “oligopólio cooperativo” para se referir ao funcionamento ineficiente de mercados oligopolizados, distinguindo do denominado “oligopólio não-cooperativo”. *Grosso modo*, pode-se afirmar que a colusão tácita entre oligopolistas implicaria em níveis de oferta inferiores aos níveis competitivos mas superiores ao nível de oferta em equilíbrio do mercado analisado sob o prisma do Modelo de Cournot, que essencialmente trata de um oligopólio não-cooperativo. Para fins do presente estudo, no qual o foco são alterações estruturais, essas diferenças, por simplificação, não serão enfatizadas, utilizando-se o termo “coordenação oligopolista” para tratar tanto de oligopólios cooperativos como não-cooperativos.

Cartéis são relativamente fáceis de serem criados, mas são instáveis, pois é lucrativo para os integrantes do cartel descumprirem o acordo e aumentarem sua produção para obter maiores lucros.

Quanto maior a diferença de custos entre as empresas que formam o cartel e quanto maior a diferenciação entre os produtos dessas empresas, maiores são as probabilidades de uma empresa violar o acordo.

Segundo HOVENKAMP, para um cartel ser bem-sucedido devem estar presentes as seguintes condições:

- (1) deve haver barreiras à entrada de novos concorrentes;
- (2) as empresas do cartel devem responder por um grande percentual produzido;
- (3) os membros do cartel devem concordar em relação à quantidade produzida;
- (4) o cartel deve poder detectar o descumprimento do acordo por um de seus membros;
- (5) o cartel deve poder punir o membro que optar por descumprir o acordo;
- (6) o cartel deve poder funcionar sem ser detectado por terceiros<sup>36</sup>.

A racionalidade econômica que embasa a formação de um cartel é a mesma que fundamenta o comportamento do monopolista: redução de oferta com vistas à maximização de lucros. A diferença essencial é que os integrantes do cartel têm que atuar de forma concertada para reproduzir o comportamento do monopolista.

A colusão expressa, além de caracterizar-se como uma conduta que viola a ordem econômica, se potencialmente puder produzir os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94, é tipificada também como um crime pelo art. 4º da Lei nº 8.137/90<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> *Op.Cit.*, p.145.

<sup>37</sup> Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:  
a) ajuste ou acordo de empresas;

Ainda que determinadas estruturas de mercado possam facilitar a implementação de um cartel, é certo que a intervenção pelo Direito da Concorrência para coibir uma colusão expressa não se dá através do controle de estruturas, mas sim através do controle das condutas dos agentes. Vale dizer, não deve haver, por parte do Direito da Concorrência, a preocupação de evitar alteração de uma determinada estrutura de mercado porque essa estrutura facilitaria, em tese, uma colusão expressa entre os agentes econômicos envolvidos<sup>38</sup>.

Sob outro prisma, em determinadas estruturas de mercado na quais existem poucas empresas ofertando produtos, que se convencionou denominar de oligopólio, mesmo sem haver qualquer tipo de acordo, as empresas que operam nesse mercado podem vir a cobrar preços supracompetitivos, ainda que não no nível de monopólio.

Mesmo em oligopólios ditos não-cooperativos, isto é, em oligopólios nos quais não há qualquer tipo de comunicação entre os agentes econômicos, a teoria econômica avalia que os agentes econômicos terão incentivos para cobrar preços acima do custo marginal.

O conhecido modelo de Cournot parte da premissa que em um oligopólio não-cooperativo os agentes definem suas estratégias de produção a partir da quantidade, e não do preço; e com a expectativa de que seus competidores manterão seus volumes de produção constantes.

Considerando um duopólio, segundo o modelo de Cournot a primeira empresa definiria um nível de produção como se fosse um monopolista, isto é, no ponto que a receita marginal é igual ao custo marginal, considerando o nível de preços como se fosse a única empresa ofertando aquele produto (ou seja, assumindo que a segunda empresa não produzirá nada).

---

[...]

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

- a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;
- b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;
- c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

III - discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência;

[...]

<sup>38</sup> Qualquer acordo entre concorrentes no sentido de restringir oferta, definir produção, limitar mercados e ajustes similares deve ser submetido ao crivo da autoridade administrativa à luz do art. 54 da Lei no. 8.884/94. Não sendo submetido poderá consistir em uma infração à ordem econômica à luz do art. 20 do mesmo diploma legal.



A segunda empresa toma sua decisão de produção a partir da “demanda residual”, que é a demanda que não é atendida após a primeira empresa ter definido sua quantidade de produção.

Tendo em vista o aumento da quantidade produzida, e a conseqüente redução de preços, a primeira empresa vai ter que rever seus níveis de produção e preços, pois do contrário perderá vendas para a segunda empresa.

Esse processo se repetirá até o ponto no qual as empresas equalizarão seus custos marginais com suas receitas marginais, estabelecendo um equilíbrio, no qual: (a) o nível de preços é superior e o volume de quantidade produzida é inferior aos níveis competitivos; mas, (b) respectivamente, inferior e superior ao que seria praticado por um monopolista.

O processo pode ser ilustrado tomando-se como exemplo o clássico caso do duopólio dos fornecedores de água<sup>39</sup>, ilustrado pela seguinte tabela, e assumindo que o custo marginal é constante, sendo igual a \$ 10 por litro.

<b>Quantidade</b> (em litros)	<b>Preço</b>	<b>Receita total</b> (Quant. x Preço)
0	120	0
10	110	1.100 (110 x 10)
20	100	2.000 (100 x 20)
30	90	2.700 (90 x 30)
40	80	3.200 (80 x 40)
50	70	3.500 (70 x 50)
<b>60</b>	<b>60</b>	<b>3.600 (60 x 60)</b>
70	50	3.500 (50 x 70)
<b>80</b>	<b>40</b>	<b>3.200 (40 x 80)</b>
90	30	2.700 (30 x 90)
100	20	2.000 (20 x 100)
<b>110</b>	<b>10</b>	<b>1.100 (10 x 110)</b>

A tabela informa, em atenção à lei da demanda, o preço por litro em função do aumento da quantidade produzida. A produção de 110 litros é a produção eficiente, tendo em vista que nesse volume o preço é igual ao custo marginal (\$ 10).

Se as duas empresas organizassem um cartel perfeito, para reproduzir o funcionamento de um monopólio elas definiriam a quantidade produzida em 60 litros. Cada uma das empresas produziria 30 litros, elas poderiam cobrar dos

<sup>39</sup> O exemplo foi extraído do livro de MANKIOW. *Op. Cit.*, p. 352-356.

consumidores o preço de \$ 60 por litro, a receita total seria de \$ 3.600, e cada uma teria uma receita de \$ 1.800.

Essa situação seria a que representaria o maior benefício para ambas empresas, mas somente se perpetuaria se houvesse a estrita observância do acordo pelas empresas, o que não é provável que ocorra, porque para as mesmas é vantajoso descumprir o acordo e aumentar a produção.

Um monopolista não teria qualquer incentivo para aumentar a produção, pois, como visto, um aumento da produção deprimiria o preço de todas as unidades produzidas e reduziria a receita total (no exemplo acima, se a produção fosse aumentada em 10 litros, ao colocar 70 litros no mercado o monopolista veria sua receita cair de \$ 3.600 para \$ 3.500, e ainda teria o custo de aumentar a produção). Contudo, para as empresas em duopólio, ou para qualquer número de empresas atuando através de um cartel, os incentivos são diferentes, sendo essa a razão pela qual os cartéis são instáveis.

Voltando ao exemplo acima, no qual cada uma das empresas está produzindo 30 litros, verifica-se que existem incentivos para o descumprimento do acordo pelas empresas.

Caso a primeira empresa aumente em 10 litros a produção, a oferta total seria de 70 litros, e o preço por litro diminuiria para \$ 50. A receita total do cartel cairia de \$ 3.600 para \$ 3.500, mas a receita individual da primeira empresa aumentaria de \$ 1.800 ( $30l \times \$ 60$ ) para \$ 2.000 ( $40l \times \$ 50$ ), enquanto que a receita da segunda empresa seria reduzida para \$ 1.500 ( $30l \times \$ 50$ ).

Essa é, como dito, a razão pela qual cartéis são instáveis, e a razão pela qual para um cartel ser bem-sucedido é necessário que seus membros possam detectar uma eventual defecção e retaliar mediante aumento de oferta.

Se não existir um acordo entre os agentes econômicos, é razoável supor (e essa é a suposição do modelo de Cournot) que a segunda empresa irá também aumentar sua produção, tendo em vista que esse aumento lhe é também lucrativo.

Caso a segunda empresa também aumente a produção, o volume total será de 80 litros, e cada uma das empresas terá uma receita de \$1.600. Vê-se, portanto,

que a segunda empresa, em face do aumento de produção pela primeira empresa, tem incentivos para aumentar sua produção, pois, ainda que o preço por unidade tenha sido reduzido, sua receita total aumentou de \$ 1.500 para \$ 1.600.

Quando, no exemplo acima, a produção chega em 80 litros, contudo, nenhuma das duas empresas desejará aumentar a produção, pois nenhum aumento será lucrativo. Caso qualquer das empresas aumente a produção em 10 litros, sua receita cairá de \$ 1.600 (40l x \$ 40) para \$ 1.500 (50l x \$ 30).

Essa situação é o que se convencionou denominar de “equilíbrio de Cournot-Nash”<sup>40</sup>, na qual nenhuma empresa terá lucros alterando sua estratégia, assumindo que as demais empresas manterão suas estratégias.

Como ilustrado pelo exemplo acima, uma situação em equilíbrio de Cournot-Nash é uma situação intermediária entre o mercado em concorrência perfeita e um monopólio ou cartel perfeito, valendo pontuar que quanto maior for o número de agentes no mercado, o equilíbrio ficará mais perto do nível competitivo.

O modelo de Cournot parte da premissa de que os oligopolistas comportar-se-ão de forma não-cooperativa, ou seja, redefinirão constantemente seus níveis de produção e preços sem considerar potenciais reações dos demais concorrentes<sup>41</sup>. Partindo de uma análise estática, o modelo não considera que uma empresa pode balizar sua estratégia em uma possível resposta dos demais concorrentes.

Em muitos mercados é razoável supor que haverá coordenação entre os agentes em oligopólio, assumindo que os concorrentes têm consciência dos efeitos que suas decisões produzem no funcionamento do mercado e consciência da interdependência entre seus comportamentos, de forma que as decisões de produção serão tomadas não apenas com base nos custos, mas também com base nas expectativas das decisões dos concorrentes<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> O matemático John F. Nash desenvolveu, já no século XX, estudos matemáticos que foram utilizados para avaliar o comportamento em mercados oligopolizados. John Nash dividiu o Prêmio Nobel de Economia de 1994 com John C. Harsanyi e Reinhard Selten por estudos sobre a análise de equilíbrios na teoria de jogos não-cooperativos..

<sup>41</sup> Sobre oligopólio não-cooperativo vide: HOVENKAMP, Herbert. *Op. Cit.*, p. 157-171; BOFF, Hugo Pedro. Modelos de Concorrência em Oligopólio. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p.183-216

<sup>42</sup> Sobre oligopólios cooperativos vide: ROCHA, Frederico. Coordenação Oligopolista. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p.217-237.

Retomando ao exemplo acima, após aumentar a quantidade de 30 litros para quarenta litros, e perceber que a outra empresa também aumentou a quantidade em resposta ao seu aumento, a primeira empresa poderia reduzir sua produção na expectativa de que a segunda fizesse o mesmo, dessa forma retornando aos níveis de monopólio. A grande dificuldade é efetivamente antecipar esse tipo de comportamento, análise que, segundo HOVEMKANP, apresenta uma questão tanto para a psicologia quanto para a economia<sup>43</sup>.

Não obstante, entende-se que a intensidade de eventual coordenação oligopolista pode ser inferida não apenas a partir do número de empresas que opera em determinado mercado, ainda que esse seja um dado relevante, mas também: (a) da possibilidade de chegar a consenso sobre o preço; (b) da possibilidade de comparação de preços dos concorrentes; (c) possibilidade de retaliação caso algum concorrente aumente a quantidade produzida; (d) existência de poder de mercado dos agentes; (e) possibilidade de concorrência por outros meios que não apenas preços, em função de diferenças nos produtos; etc. Ou seja, as condições estruturais do mercado tendem a facilitar ou dificultar a coordenação entre oligopolistas.

Por exemplo, admitindo-se que determinado mercado é formado por três empresas, cada uma com 33% do mercado, se uma dessas empresas procedesse a uma redução de 50% por cento na sua produção, todas as demais aumentariam seus lucros, porque o preço que poderiam exigir por cada unidade vendida seria maior (menor oferta, maior preço).

As empresas teriam, então, três opções: (a) reduzir também sua produção, de forma a deprimir ainda mais a oferta e aumentar os preços; (b) não fazer nada, e continuar auferido lucros um pouco acima do preço competitivo; ou (c) aumentar a oferta, de forma a produzir o que deixou de ser produzido pela primeira empresa, hipótese na qual os preços seriam reduzidos.

Nesse cenário, a decisão das empresas vai levar em conta, por um lado, a possibilidade fática e a viabilidade econômica de cada uma das alternativas (p.ex., para aumentar a oferta é necessário ter capacidade ociosa ou ser viável a realização

---

<sup>43</sup> *Op. Cit.*, p.163.

de investimentos de expansão); e, por outro lado, as possíveis decisões das demais empresas, dado ao grau de interdependência dos produtores em um mercado oligopolizado.

Nesse mesmo diapasão, não apenas decisões unilaterais, mas também eventuais alterações estruturais podem alterar o funcionamento de mercados oligopolizados. Considere-se que no exemplo acima uma empresa decida fazer uma fusão com outra, do que redundaria que o mercado passaria a ter uma empresa com 66% de participação e uma outra empresa com 33%.

Nesse contexto, é razoável concluir que é possível que a empresa com 66% possa exercer o que se denomina de “liderança de preço” (*price leadership*), que consiste em sinalizar um nível de oferta e, conseqüentemente, de preço para o produto, que vai balizar também o nível de oferta da empresa concorrente.

Caso a empresa com menor participação no mercado decida aceitar o nível de preços praticado pela empresa líder, é razoável supor que ambas as empresas poderão cobrar preços supracompetitivos, se suas estruturas de custos forem similares.

Caso a empresa com menor participação decida aumentar sua produção para aumentar seu percentual de mercado, seria razoável supor que a empresa líder possa deflagrar uma guerra de preços para combater a expansão da rival, hipótese na qual os preços do produto reduzir-se-iam e nenhuma das empresas auferiria lucros extraordinários.

Nesse sentido, o desempenho desse mercado oligopolizado estará, em grande medida, ligado à percepção que uma empresa terá do comportamento da outra e da possibilidade da empresa influir nos preços desse mercado mediante restrição ou aumento de sua oferta, sendo que os elementos podem conduzir a um nível de oferta que apresente preços supracompetitivos.

Dessa forma, o exercício de poder de mercado pode se manifestar não apenas quando uma empresa unilateralmente tem a faculdade de restringir oferta e aumentar preços, mais também quando, em mercados com um número reduzido de produtores, as decisões de produção influenciam unilateralmente o mercado e são tomadas levando em consideração as possíveis decisões de produção dos concorrentes, que também terão impacto nos preços e quantidades produzidas.

## 1.5 Conclusões parciais

Ante o exposto, verifica-se que:

1. A legislação de proteção da concorrência protege a livre iniciativa e a livre concorrência.
2. Livre iniciativa consiste na prerrogativa de qualquer agente engajar-se em uma atividade econômica, sem sofrer restrições indevidas de outros agentes econômicos privados.
3. Livre concorrência consiste na prerrogativa de um agente econômico oferecer produtos e serviços sem sofrer a indevida interferência dos agentes privados;
4. A livre iniciativa e a livre concorrência são essenciais para garantir o funcionamento dos mecanismos de mercado.
5. Os benefícios decorrentes do funcionamento dos mecanismos de mercado traduzem-se: (a) na faculdade de os recursos econômicos serem alocados para a produção de bens e serviços mais valorizados pelos consumidores; e (b) em uma alocação mais eficiente dos recursos econômicos escassos, gerando uma maior produção e um menor preço.
6. As pressões concorrenciais fazem com que os agentes econômicos tenham que reduzir preços ou melhorar a qualidade dos produtos.
7. Os processos de mercado podem implicar na criação de agentes econômicos com poder de mercado.
8. Poder de mercado consiste na faculdade de o agente econômico cobrar pelo produto um preço superior ao seu custo marginal.
9. Um monopolista irá definir preço e quantidade produzida quando o seu custo marginal for igual à sua receita marginal, que é decrescente em atenção à lei da demanda agregada, pois é nesse ponto que o monopolista maximiza lucros.
10. A racionalidade monopolista implica em criar o peso morto e implica em capturar parte do excedente do consumidor.

11. Condições estruturais do mercado como elasticidade-preço da demanda, elasticidade-cruzada do produto, elasticidade-preço da oferta e barreiras à entrada condicionam ou limitam o exercício de poder de mercado.
12. O poder de mercado pode ser exercido de forma unilateral ou de forma coordenada.
13. Em mercados oligopolizados, é razoável crer que os agentes têm algum poder de mercado, e que mesmo sem um acordo explícito esses agentes definam quantidade produzida e o preço em montantes respectivamente inferiores e superiores aos que seriam definidos em um mercado em concorrência perfeita.
14. Quanto menor o número de produtores em um mercado em oligopólio maior seria, em tese, a diferença entre o preço praticado e o preço em um mercado competitivo.

A partir desses pontos, cumpre definir o que consiste concentração econômica, como o fenômeno da concentração influencia os processos de mercado, e, sob esse prisma, qual é o seu interesse para o Direito da Concorrência.

## 2 CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E INTERVENÇÃO ATRAVÉS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*A autoridade que dirigisse toda a atividade econômica controlaria não só o aspecto de nossa existência que envolve questões inferiores: controlaria também a alocação dos meios escassos e os fins a que seriam destinados. Quem controla toda a atividade econômica também controla os meios que deverão servir a todos os nossos fins; decide, assim, quais deles serão satisfeitos e quais não o serão.* **F.A. Hayek** <sup>44</sup>

*Pode-se imaginar o mercado como uma esfera sem limites, uma cidade sem zoneamento – pois o dinheiro é traiçoeiro e as relações de mercado são abrangentes. Uma economia *laissez-faire* radical seria igual a um Estado totalitário, que invade todas as outras esferas, domina todos os outros processos distributivos. Transformaria todos os bens sociais em mercadorias. Esse é o mercado do imperialismo. Presumo que seja menos perigoso do que o imperialismo estatal, pois é mais fácil de controlar. Os intercâmbios bloqueados são vários controles, impostos não só por autoridades, mas também por pessoas comuns que defendem seus interesses e afirmam seus direitos. Os bloqueios nem sempre funcionam, porém, e, quando não é possível conter as distribuições do mercado dentro de seus próprios limites, precisamos considerar a possibilidade das redistribuições políticas.* **Michael Walzer** <sup>45</sup>

Definido o que se entende por poder de mercado e forma pela qual o mesmo pode ser exercido, é razoável supor que empresas desejem obtê-lo, com vistas à obtenção de lucros extraordinários.

Para fins do Direito da Concorrência, a aquisição ou o aumento de poder de mercado, em si, não é considerado um ilícito. Como dito, o ponto que vai interessar ao Direito da Concorrência é, em essência, a forma pela qual o agente econômico adquire poder de mercado.

Nas hipóteses nas quais o agente econômico obtém poder de mercado porque oferta um produto melhor ou mais barato que seus concorrentes, não há que se protestar pela intervenção estatal para corrigir essa situação<sup>46</sup>.

Os benefícios do funcionamento de mecanismos de mercado derivam, como já afirmado, da possibilidade de livre re-alocação dos recursos econômicos, e da pressão que a existência de concorrentes, efetivos ou potenciais, exerce sobre os

<sup>44</sup> HAYEK, Friedrich August Von. *O caminho da servidão*. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro; 5ª ed. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1990, p.101. Título original: Path to serfdon.

<sup>45</sup> WALZER, Michael. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo : Martins Fontes, 2003, p. 161. Título original: Spheres of justice

<sup>46</sup> Em mercados nos quais as empresas procuram diferenciar seus produtos com investimentos em propaganda e marketing, criando marcas que sinalizam para o consumidor que a qualidade do produto em questão é superior à qualidade do produto dos concorrentes, a empresa que possui uma marca de renome detém algum poder de mercado, na medida em que pode cobrar pelo produto um preço superior ao seu custo marginal.



agentes econômicos, obrigando-os a constantemente aprimorar seus processos produtivos, sob pena de serem ultrapassados por concorrentes mais eficientes.

A necessidade de melhoria dos processos produtivos é, por certo, um ônus que as relações de concorrência impõem às empresas, como uma condição necessária para que estas se mantenham no mercado, mas, sob outro prisma, é, concomitantemente, um incentivo.

A inovação, a melhoria da qualidade do produto, a redução de custos, o atendimento mais eficiente, e tudo mais que faz com que, aos olhos do consumidor, o produto da empresa se torne mais atraente do que os produtos dos concorrentes, são os instrumentos que a empresa deve utilizar não apenas para não ser excluída, mas também excluir seus concorrentes e para vencer no mercado.

Se a empresa for eficiente, não apenas ela não será excluída do mercado pelos concorrentes, como poderá excluir outros concorrentes e obter maiores lucros. Em um ambiente competitivo a empresa desejará melhorar seu produto porque dessa forma venderá mais e obterá maiores lucros. A livre iniciativa e a livre concorrência funcionam, portanto, como um estímulo e como uma ameaça.

Assim, não seria razoável coibir a formação de empresas com poder de mercado quando este poder de mercado deriva da conquista de um mercado por um agente econômico em função de sua maior eficiência<sup>47</sup>. Entender de outra forma seria entender que, ainda que a legislação de proteção à concorrência proteja a livre iniciativa e livre concorrência com vistas a atingir a eficiência econômica, os agentes devem ser eficientes o suficiente apenas para não serem excluídos do mercado, mas não podem ser tão eficientes que prejudiquem os concorrentes.

Esse raciocínio teria o nefasto efeito de suprimir os incentivos para as empresas melhorarem seus produtos, pois as empresas limitariam seus esforços em face da constatação de que uma melhoria muito grande em relação a seus

---

<sup>47</sup> Vale mencionar que não é correto concluir que pelo fato de um agente econômico ter uma participação de cem por cento de um determinado mercado significa, necessariamente, que esse agente poderá exercer poder de mercado, pois dependendo das condições desse mercado um aumento de preços poderá ensejar o imediato re-direcionamento de produção por empresas que produzem produtos similares (alta elasticidade da oferta), o deslocamento da preferência dos consumidores para produtos substitutos (alta elasticidade-cruzada); ou a redução significativa do volume de vendas (demanda elástica).

concorrentes poderia implicar na aplicação da legislação antitruste, porque o fato de ser mais eficiente lhe traria poder de mercado.

Como as pressões concorrenciais são exercidas pelos concorrentes uns sobre os outros, a autolimitação que seria a consequência da supressão do prêmio gerado pela eficiência implicaria em um círculo vicioso, que teria como consequência reduzir também a pressões decorrentes dos processos de livre concorrência, uma vez que nenhum concorrente desejaria prejudicar os demais concorrentes.

Assim, cabendo a decisão ao consumidor, eventual poder de mercado desfrutado pelo agente econômico como consequência da preferência do consumidor por seu produto não deve ensejar a intervenção estatal para corrigir essa situação. Consistindo o exercício de poder de mercado na restrição de oferta para a cobrança de preços acima dos preços a níveis competitivos, o exercício de poder de mercado por uma empresa dominante tende a estimular a entrada de novos concorrentes (vide item 1.3.4 supra).

Não é por outro motivo que o art. 20, § 1º da Lei nº 8.884/94 afirma, de forma expressa, que a dominação de mercado relevante fundada na maior eficiência econômica do agente não caracteriza infração à ordem econômica<sup>48</sup>.

Quando não estribado em maior eficiência, o agente econômico pode tentar obter poder de mercado mediante: (a) condutas excludentes, isto é, mediante práticas que tenham por finalidade imediata prejudicar seus concorrentes, retirando-os do mercado ou limitando sua capacidade de produção, tais como a prática de preços predatórios ou restrições a acesso a matérias-primas; ou (b) condutas colusivas, quando os agentes econômicos decidem não competir, como é o caso de um cartel.

Quando um agente econômico pratica preços predatórios, sua intenção não é meramente eliminar os rivais. Sua intenção é eliminar os rivais para, posteriormente, exercer o poder de mercado (restringindo oferta e cobrando preços

---

<sup>48</sup> Esse dispositivo não significa dizer que o agente estará imune a qualquer intervenção concorrenciais. Caso o agente com poder de mercado adquirido legitimamente pratique condutas que possam ser classificadas como infrações à ordem econômica, tal conduta poderá ser punida na forma da legislação de proteção da concorrência.

supracompetitivos) que resultará do fato de ser o único fornecedor de determinado produto.

Da mesma forma, quando concorrentes organizam suas atividades por meio de cartéis, o desiderato das empresas envolvidas não é meramente organizar suas atuações no mercado e relaxar as pressões concorrenciais, mas sim exercer, a partir dessa conduta concertada, poder de mercado, cobrando preços supracompetitivos.

Nestes casos a prática é condenada e punida pelo Direito da Concorrência porque a sua consequência é possibilitar o exercício de poder de mercado a partir de uma interferência indevida nas relações de concorrência. Vale dizer, o nível de preços e de quantidade ofertada do produto não são os níveis que seriam praticados em condições de mercado.

Em tais hipóteses, eventual poder de mercado não decorre de uma maior eficiência econômica do agente, mas do fato de que por meio de algum tipo de conduta, que o Direito da Concorrência reputa como ilícita, as pressões concorrenciais foram artificialmente suprimidas.

Para reprimir esse tipo de conduta haverá intervenção da autoridade antitruste para limitar ou proibir o comportamento do agente, por meio do que se convencionou denominar “controle de condutas” e que é disciplinada por nosso ordenamento jurídico sob a égide dos arts. 20 a 53 da Lei nº 8.884/94.

O controle de condutas não será detalhado no presente trabalho, ao qual interessam as hipóteses nas quais a obtenção de poder de mercado é uma consequência decorrente de uma alteração não transitória em estruturas econômicas, alteração desejada pelos agentes envolvidos e que colocará sob controle comum ativos que antes eram gerenciados de forma independente.

Para fins do presente estudo, tais alterações serão denominadas de “concentrações econômicas”, e os atos que as produzem de “atos de concentração”, sendo que a análise da aplicação da legislação de proteção da concorrência será

centrada na forma de intervenção denominada de “controle de estruturas”, prevista nos arts. 54 a 58 da Lei nº 8.884/94<sup>49</sup>.

Como será detalhado a seguir, uma das conseqüências de um ato de concentração pode ser o aumento ou a criação de poder mercado dos agentes envolvidos, mesmo quando esse desiderato não é os motiva.

A aquisição de poder de mercado por meio de condutas excludentes, como preços predatórios, será sempre considerada um ilícito pelo Direito da Concorrência; no outro extremo, a aquisição de poder de mercado como conseqüência de um processo de crescimento interno da empresa em função de sua maior eficiência não ensejará qualquer intervenção.

Entre esses dois extremos existirão hipóteses nas quais haverá a criação ou o aumento de poder de mercado, mas não será possível afirmar que a intervenção do Estado através da aplicação do Direito da Concorrência é necessária, sem que um processo cognitivo seja levado a termo para aferir os efeitos positivos e negativos do ato de concentração sobre o processo econômico.

Nesse contexto, a questão fundamental para o presente estudo é qual a orientação jurídica, que refletirá uma opção axiológica, que deve ser sobreposta às análises e conclusões econômicas que indicam os prováveis efeitos de um ato de concentração e sinalizam os ganhos e as perdas geradas pelo ato para consumidores, produtores e para a sociedade em geral.

Como a valoração jurídica somente será possível após a delimitação prévia dos efeitos e conseqüências econômicas do ato, a delimitação do bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência e as bases teóricas que explicam o funcionamento dos mercados, mencionadas no capítulo I, são necessários para proceder ao corte epistemológico que o tema exige.

---

<sup>49</sup> Vale mencionar que no presente estudo não consideraremos que a reunião de ativos sob o mesmo controle decorrente do crescimento interno da empresa, isto é, decorrente da aquisição de maiores participações no mercado a partir do curso normal de suas atividades e de novos investimentos, está compreendida no conceito de concentração econômica, tendo em vista que: (a) atualmente não há dissenso digno de nota entre a doutrina sobre ser inapropriada a intervenção pelo Direito da Concorrência para o controle de estruturas decorrentes de crescimento interno; e (b) a legislação de proteção da concorrência ora vigente no Brasil não autoriza essa intervenção (cfr. art.20, § 1º da Lei nº 8.884/94).

## 2.1 Concentração econômica: definição

Uma concentração econômica, tal como o conceito deve ser entendido para fins do Direito da Concorrência, pode se dar de várias formas.

Pode ocorrer por meio de um procedimento de aglutinação societária, como, por exemplo, quando uma empresa realiza um processo de incorporação societária de outra, ou quando duas empresas realizam um processo de fusão, criando uma terceira empresa, observando-se a legislação societária aplicável<sup>50</sup>.

Ao final desse processo, unidades empresariais independentes do ponto de vista jurídico e econômico passam a fazer parte de uma nova entidade jurídica, que redonda, via de consequência, em uma nova entidade econômica.

Também haverá concentração econômica quando um agente econômico adquire ativos de outro agente econômico, em uma operação na qual não ocorrem alterações nas estruturas societárias das empresas envolvidas. Por exemplo, quando uma empresa adquire uma participação societária em outra empresa, compra uma planta industrial de outra, ou quando adquire ativos relacionados à produção ou comercialização de um determinado produto, como marcas, direitos de distribuição, patentes exclusivas etc. Nessas hipóteses não há alterações societárias, mas ativos que antes se encontravam dispersos foram reunidos sob um controle comum.

Uma outra forma de concentração ocorre quando da realização de associações entre diferentes agentes econômicos, tais como *joint-ventures* ou acordos de cooperação.

Não existe um conceito jurídico para o termo *joint-venture*, mas é razoável definir *joint-venture* como uma associação entre duas ou mais empresas para a realização, de forma conjunta, de uma determinada atividade que poderia ser realizada individualmente pelas empresas. Vale dizer, todas as empresas dividem os custos e os riscos de realizar determinada atividade econômica.

Uma *joint-venture* pode ser implementada por meio de um consórcio na forma da legislação societária<sup>51</sup>, por meio da constituição de uma entidade jurídica distinta,

---

<sup>50</sup> Cfr. arts. 223 a 228 da Lei nº 6.404/76.

<sup>51</sup> Cfr. arts. 278 e 279 da Lei nº 6.404/76.

como uma controlada ou uma associação, ou pode ainda ser estruturada por meio de contratos entre as partes.

Nessa mesma linha, um eventual acordo de cooperação entre agentes econômicos (como, por exemplo, o acordo entre distribuidores que preveja a prestação de serviços de assistência técnica para clientes do outro distribuidor que estejam em determinada área geográfica), ou um contrato de longo prazo (como, por exemplo, um contrato de fornecimento de matéria-prima ou contrato de exclusividade) pode traduzir-se em um ato de concentração, na medida em que disciplina a atuação conjunta desses agentes no mercado.

A variável essencial que irá definir o interesse do ato de concentração para o Direito da Concorrência, como mencionado acima, é em que medida, a partir da realização do ato, **estruturas econômicas gerenciadas de forma distinta passarão a sujeitar-se, de forma não transitória, a controle ou influência de um único agente, ou a controle ou influência de mais de um agente com interesses comuns no gerenciamento desses ativos.**

Vale sublinhar que, sob o prisma do Direito da Concorrência, o conceito de “controle” deve ser entendido em uma perspectiva mais ampla do que o conceito de controle societário.

Enquanto na forma da legislação societária haverá controle quando “pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, sejam titulares de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e efetivamente usem seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”<sup>52</sup>; para o Direito da Concorrência a idéia de controle vai ser avaliada sob uma perspectiva econômica, como a possibilidade de definir ou influenciar a forma pela qual ativos econômicos serão utilizados para a produção de determinado produto.

---

<sup>52</sup> Cfr. art. 116 da Lei nº 6.404/76.

Não é sem razão que o art. 15 da Lei nº 8.884/94, ao definir os destinatários da legislação de proteção da concorrência, o faz de forma ampla, determinando que a norma se aplica a todo e qualquer agente que possa ser caracterizado como um agente capaz de influenciar um processo econômico, independente da forma jurídica ou societária em questão.

Os institutos de direito societário, da mesma forma que os institutos de direito civil, serão relevantes para a definição de controle para fins do Direito da Concorrência na medida em que qualificarão as relações jurídicas entre diversos agentes e determinarão suas influências na gestão de ativos econômicos, das quais poderá redundar eventual concentração econômica, tal como o conceito é deduzido pelo Direito da Concorrência.

Da aquisição de metade do capital social com direito de voto de uma empresa por um concorrente é possível inferir que as duas empresas atuarão como um único agente econômico, porque os dispositivos da legislação societária conferem ao acionista que detenha tal participação societária poderes para direcionar os negócios sociais. Da celebração de um contrato de exclusividade para a distribuição de um determinado produto é, da mesma forma, possível inferir que haverá uma integração vertical entre as empresas, porque a legislação civil cria para um dos contratantes o direito subjetivo de exigir do outro contratante o cumprimento do objeto do contrato; e assim por diante.

Atuando como um único agente econômico, é razoável supor que os níveis de produção serão definidos de forma a maximizar o retorno do investimento nos ativos destinados às operações, sendo também razoável concluir que na eventualidade de ser possível o exercício de poder de mercado esse agente econômico irá exercê-lo, mediante a restrição de oferta para o aumento de preços.

É certo que haverá situações em que as conseqüências do ato à luz do direito societário ou do direito civil já serão suficientes para caracterizar um ato de concentração econômica, isto é, para caracterizar a reunião de ativos sob um controle econômico comum. Contudo, haverá situações nas quais a análise da forma jurídica do ato não fornecerá elementos suficientes para definir os efeitos do ato para fins concorrenciais, hipótese na qual deverão ser sopesados outros

elementos para caracterizar eventual concentração econômica, Nessas situações, não raras, a análise deve ser feita sob uma perspectiva ampla, sem se ater aos efeitos particulares da forma jurídica eleita pelos agentes.

Vale mencionar, a título exemplificativo, que a própria etimologia da palavra “antitruste” é tributária de uma dessas situações.

No direito anglo-saxão, um *trust* caracteriza-se, do ponto de vista jurídico, como um contrato pelo qual o titular de determinados bens, que se denomina *settlor*, entrega os bens para serem administrados pela outra parte, denominada de *trustee*, sendo que o *trustee* deve entregar os rendimentos produzidos pelos bens para o titular dos bens ou para um terceiro, conforme dispuser o documento de constituição do *trust*.

Esse contrato não tem, a princípio, qualquer influência nos processos econômicos. Não obstante, em meados do século XIX era usual nos Estados Unidos que os titulares do controle societário de empresas que atuavam na mesma atividade econômica entregassem as suas ações para um Conselho de *Trustees*, recebendo certificados que lhes garantiam participação nos dividendos.

Como o Conselho gerenciava empresas que supostamente seriam concorrentes, aquele direcionava estas no sentido de fazê-las atuar como um único agente econômico, definindo o nível de produção de todas as empresas na referida indústria e, dessa forma, exercendo poder de mercado mediante restrição de oferta e aumento de preços, com vistas à maximização de lucros.

FÁBIO KONDER COMPARATO refere-se a esse momento histórico, sublinhando o papel dos *trusts* no movimento concentracionista do final do século XIX e fazendo referência ao famigerado caso da *Standard Oil Company*:

O nascimento dos *voting trusts*, nos Estados Unidos, coincide com a primeira etapa das grandes concentrações empresariais, de que essa instituição jurídica foi a maior responsável, logo após a crise econômica da década de 1870/80. Durante esse período, C. T. Dodd e seu sócio, um homem cujo nome veio a tornar-se lendário nos negócios, John D. Rockefeller, assumiram o controle de refinarias de petróleo representando 90% da capacidade de refino do país. Em 1879 é criada a Standard Oil Company, em Ohio. Em 1882, Rockefeller e Dodd convenceram os acionistas de 40 companhias de petróleo associadas a entregarem suas ações a uma



junta de nove *trustees*, que seriam os únicos habilitados a exercer o direito de voto em assembléias gerais. Em troca, os acionistas receberam certificados fiduciários (*trust certificates*), que lhes asseguravam os demais direitos acionários, inclusive os referentes ao dividendo.

A fórmula alcançou em pouco tempo grande sucesso, com a constituição de *voting trusts* semelhantes para o monopólio da produção de tabaco, açúcar, uísque, óleo de algodão, óleo de linhaça e chumbo. Em 1904, no ápice do movimento ascensional, havia, nos Estados Unidos, 318 *trusts* desse tipo, representando 7.250 milhões de dólares, ou seja, dois quintos do capital total investido no setor industrial daquele país.<sup>53</sup>

A relativa freqüência com que indústrias se organizavam através de *trusts* foi um dos motivos que levou à edição do *Sherman Act*, um dos primeiros diplomas legais da era moderna sobre Direito da Concorrência<sup>54</sup>, e certamente o mais importante, que, em seu artigo primeiro, condenava “qualquer contrato, combinação, em forma de *trust* ou através de qualquer outra forma, ou conspiração para restringir o comércio”<sup>55</sup>.

Em 1911 a própria *Standard Oil* foi objeto de uma ação antitruste promovida com base no *Sherman Act*, cuja decisão final proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos foi um dos precedentes que orientou a aplicação do direito da concorrência naquele País durante o Século XX<sup>56</sup>.

Como se vê, o fato de um indivíduo entregar um ativo para ser administrado por outro não é, por si só, algo que tenha influência nos processos de mercado. O fato, entretanto, de todos, ou parcela significativa, dos acionistas de empresas concorrentes entregarem as suas ações para serem administradas por um mesmo indivíduo tem um efeito diverso, o de concentrar esses ativos nas mãos dos administradores, possibilitando-os gerenciar essas empresas como um único agente econômico e, se estiverem presentes condições estruturais que assim permitam, exercer poder de mercado.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 2ª Edição: refundida e adaptada à Lei nº 6.404/76. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 116.

<sup>54</sup> O *Sherman Act* foi editado em 1890. A legislação de concorrência do Canadá o precedeu, tendo sido editada em 1889.

<sup>55</sup> Dispõe o artigo primeiro do *Sherman Act*: “§1. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

<sup>56</sup> Para uma abordagem crítica da decisão no caso *Standard Oil* vide: BORK, Robert H. *Op. Cit.*, p. 33-41.

Do ponto de vista jurídico não havia mudança na titularidade do controle, mas sob o prisma econômico o *trust* reproduzia o funcionamento de um monopólio.

Nesse sentido, a análise isolada de um instituto jurídico pode não ser suficiente para avaliar uma determinada situação sob a perspectiva concorrencial. A análise concorrencial prestigiará sempre os efeitos econômicos do ato, sendo a perspectiva jurídica importante apenas como um indicativo da forma pela qual o poder econômico poderá ser exercido.

Como SALOMÃO FILHO destaca, o controle de estruturas pelo direito da concorrência “deve ser efetuado sobre qualquer ato ou contrato que forneça a um agente econômico poder de decidir sobre a destinação empresarial de algum tipo de patrimônio empresarialmente utilizado”. Em seguida, detalha que esse poder de decisão verifica-se não apenas quando existe o controle direto da atividade empresarial de um agente por outro, mas também quando um agente pode influenciar a conduta de outro em áreas sensíveis para a atuação no mercado como pesquisa e desenvolvimento, investimentos, produção e vendas.

O Professor Titular da Faculdade de Direito da USP estabelece, ainda, níveis através dos quais esse poder pode se manifestar, refinando os conceitos de “influência dominante” e “influência relevante”, e sublinhando que mesmo em situações nas quais um agente não detém qualquer poder de controle sobre a atividade do outro podem existir elementos que conduzam à conclusão de que, por questões estruturais, é provável que tais agentes atuem como um único agente econômico, como na hipótese de aquisição de vultuosa participação no capital social sem direito de voto do concorrente<sup>57</sup>.

Assim, haverá uma miríade de configurações, muitas somente aferíveis *vis-à-vis* um caso concreto, que consistirão em um “ato de concentração”, tal como esse conceito deve ser deduzido para fins do Direito da Concorrência.

É importante ressaltar que, como dito, não será a forma jurídica que irá definir um ato como tal, pois alterações estruturais não transitórias podem ser

---

<sup>57</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Op. Cit.*, p. 254-268.

efetivadas tanto por via contratual, quanto através de alterações societárias, mas sim os efeitos econômicos do ato no mercado.

## **2.2 Razões que levam as empresas a se concentrarem.**

As razões que levam as empresas a se concentrarem, seja através de aglutinamentos societários, seja através de contratos de exclusividade, *joint-ventures* etc., são das mais variadas naturezas.

Qualquer tentativa de relacionar taxativamente essas razões padeceria de imprecisão, mas vale a pena pontuar, de forma ilustrativa, as principais razões que motivam concentrações econômicas.

### *2.2.1 Geração de eficiências produtivas*

Uma das principais motivações empresariais para concentrações econômicas consiste em gerar eficiências produtivas.

Uma concentração empresarial pode reduzir o custo médio de fabricação de um produto em função de economias de escala ou de escopo (vide item 3.4.4.1 infra) e da redução dos custos de transação.

Os custos de produção das empresas podem ser classificados em custos fixos ou custos variáveis. Custos fixos são aqueles que não se alteram em razão do número de unidades produzidas; custos variáveis, por seu turno, são aqueles que são incorridos em função das unidades produzidas.

Em uma plantação de maçãs o aluguel da terra seria um custo fixo, e as sementes e adubos custos variáveis.

Ainda que no longo prazo a maioria dos custos sejam variáveis, indústrias nas quais em curto e médio prazo os custos fixos são elevados em relação aos custos variáveis tendem a se concentrar, para diluir os custos fixos por um número maior de unidades produzidas.

Essa assertiva é especialmente verdadeira em relação a indústrias que dependem de investimentos em pesquisa e desenvolvimento. Investimentos em pesquisa e desenvolvimento são usualmente custosos, sendo que existe o risco de a pesquisa não redundar em uma inovação que seja viável economicamente. Não

obstante, no caso de uma inovação bem-sucedida seu custo de desenvolvimento pode ser mais rapidamente amortizado se for produzido um número de maior de unidades.

Assim, muitas empresas são levadas a se concentrar, mediante fusões, incorporações, *joint-ventures* ou aquisição de ativos, porque o mercado que atuam exige que essas economias de escala sejam aproveitadas.

Nessa mesma perspectiva, poderá haver substantivos ganhos decorrentes da produção conjunta de dois produtos pela mesma empresa, tal como a produção conjunta de maçãs e laranjas. Tais ganhos são denominados “economias de escopo”, e a lógica econômica que os explica é a mesma das economias de escala: redução do custo médio de produção do produto.

Uma outra eficiência produtiva que potencialmente pode ser gerada por um ato de concentração decorre da redução de custos de transação.

“Custos de transação” são custos incorridos para realizar uma operação no mercado, são os custos de negociar e implementar um contrato qualquer<sup>58</sup>.

Uma determinada empresa, ao adquirir determinados insumos, incorre em um determinado custo para realizar tal operação. Esse custo não consiste apenas no valor pago ao fornecedor, mas em todos os custos relacionados com a aquisição do insumo.

Caso o fornecimento do insumo deva observar qualificações e especificações detalhadas, além do valor pago ao fornecedor o adquirente vai incorrer em custos para: verificar aprioristicamente se o produto cumpre as especificações; ou recorrer ao Poder Judiciário para ser indenizado pelo descumprimento do contrato, caso o produto entregue não tenha observado o que foi contratado.

Dependendo da especificidade do insumo ou do ativo relacionado com o processo de produção da empresa, a integração vertical da cadeia de produção (mediante a aquisição do fornecedor, celebração de contratos de longo prazo, etc.) pode reduzir substancialmente os custos relacionados com a atividade econômica

---

<sup>58</sup> Sobre custos de transação vide: FIANI, Ronaldo. Teoria dos Custos de Transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p. 267-286.

em questão, na medida em que reduz os riscos associados à aquisição de um ativo de grande especificidade e, via de consequência, reduz custos de transação.

### *2.2.2 Entrada em um novo mercado ou expansão de mercado*

Uma outra razão que pode levar à concentração é o desejo de uma empresa de entrar em um novo mercado.

Os custos de adquirir uma empresa existente ou de adquirir ativos já em operação podem ser significativamente menores do que os custos de realizar o investimento para entrar em um novo mercado

Na mesma linha, no que concerne a eventual expansão das atividades de uma empresa os custos de adquirir ativos de concorrentes podem ser inferiores aos de realizar os investimentos para aumentar a produção.

### *2.2.3 Ganhos financeiros ou implementação de planejamento fiscal*

Uma concentração pode, eventualmente, ter por desiderato racionalizar a utilização de recursos financeiros ou reduzir o risco financeiro da empresa, na medida em que um valor maior de patrimônio pode significar maior segurança para os credores e pode facilitar a obtenção de recursos no mercado.

A concentração pode, ainda, ser um objeto para a implementação de uma estrutura fiscal mais vantajosa.

Uma concentração pode, por exemplo, permitir a redução do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro mediante a compensação de prejuízos fiscais, ou permitir a utilização mais eficiente de créditos de ICMS, em situações nas quais uma empresa que exporte a maioria de sua produção e, como consequência, tenha um grande estoque de créditos de ICMS, seja incorporada por uma empresa que vende apenas no mercado interno.

### *2.2.4 Aquisição de poder de mercado*

Por fim, não pode ser desconsiderado que a aquisição de poder de mercado pode ser o fim que motiva determinado ato de concentração.

Um cartel pode ser classificado com um ato de concentração que tem por objeto apenas a aquisição de poder de mercado.

As empresas que formam um cartel não estão preocupadas em reduzir custos através de eficiências produtivas, reduzir custos de transação ou qualquer outro efeito relacionado ao seu processo produtivo. Empresas que formam um cartel concentram-se tão-somente para criar e exercer poder de mercado, que sob regime de concorrência não seria possível exercer.

Nesse sentido, não pode ser desconsiderado que, em tese, seria mais vantajoso para todas as empresas que atuam em determinado mercado concentrarem-se em um único empreendimento econômico, pois dessa forma poderiam auferir maiores lucros.

### **2.3 Tipos de concentração e a relação entre concentração econômica e produção capitalista**

Dependendo do mercado no qual os agentes econômicos que se concentram atuam, a concentração poder ser classificada como horizontal, vertical ou conglomerada.

Concentração horizontal ocorre quando os agentes envolvidos atuam no mesmo mercado relevante.

O conceito de mercado relevante será detalhado abaixo, mas por ora vale adiantar que para atuarem no mesmo mercado relevante os agentes devem produzir produtos que, aos olhos do consumidor, são intercambiáveis e devem operar, ao menos parcialmente, no mesmo mercado geográfico, vale dizer: são concorrentes diretos.

Concentração vertical ocorre quando os agentes que se concentram estão situados ao longo de uma determinada cadeia produtiva, como, por exemplo, produtor e distribuidor, atacadista e varejista etc.

Denominam-se os mercados que estão no início da cadeia produtiva em relação a um determinado agente econômico de mercados a montante; e os que estão no final da cadeia produtiva de mercados a jusante.

A concentração é denominada de conglomerada quando os agentes não atuam nem no mesmo mercado relevante nem na mesma cadeia produtiva.

Independente do tipo de concentração, verifica-se que, além de existirem uma série de razões econômicas que explicam os motivos que levam as empresas a se concentrar, sob o prisma jurídico, um ato de concentração, qualquer que seja a forma jurídica que o mesmo se revista, traduz-se na expressão da liberdade de contratar.

O acionista que aliena sua participação societária para o concorrente, o distribuidor que celebra um contrato de exclusividade com o produtor, as empresas que constituem uma *joint-venture* para dividir custos de investimento em pesquisa e desenvolvimento etc., todos expressam livremente sua vontade de contratar e desejam consensualmente os resultados do ato que, à luz do direito da concorrência, é qualificado como um ato de concentração e que, na maioria das vezes, reduz os custos associados com determinada atividade econômica.

O próprio processo de concorrência tende a gerar, em certa medida, um processo de concentração econômica, prestigiando as empresas que se mostraram mais eficientes e mais competitivas. A concorrência estimula, de fato, um “darwinismo industrial”, pelo qual ficarão no mercado apenas aquelas empresas que os consumidores permitirem.

Esse processo é mais facilmente percebido em indústrias que surgem após algum grande desenvolvimento tecnológico.

Durante o século XIX, com a invenção do motor a combustão e aprimoramento de técnicas de metalurgia houve o concomitante surgimento de várias empresas que se dedicaram à produção de automóveis, gerando produtos que sequer seguiam um padrão específico (como carros com três rodas, com um guidão e não com volante, etc.). Com o tempo, a indústria criou um padrão de produto, no sentido de definir o que é um automóvel e o que as pessoas esperam de um automóvel, e muitas empresas saíram do mercado.

Definido o padrão da indústria, o processo industrial passa a ser refinado – à indústria automobilística, especificamente, pode ser creditado o desenvolvimento da linha de montagem, com as inovações introduzidas por Henry Ford no início do século XX –, o que implica na saída de outras empresas do mercado. Atualmente a

indústria automobilística é relativamente concentrada, mas não se poderia afirmar que o processo de concentração foi algo intrinsecamente nocivo para o desenvolvimento da indústria ou que a única conseqüência desse processo foi a criação de agentes com poder de mercado, descartando outras variáveis que indicam que esse processo de concentração faz parte do processo capitalista de produção, e que indicam que a própria concentração foi uma das causas do desenvolvimento tecnológico observado em diversas indústrias.

Não teria sido razoável, portanto, que o Estado impedisse o processo de concentração com a finalidade de preservar as relações de concorrência, quando o processo de concentração foi, concomitantemente, causa e conseqüência do desenvolvimento tecnológico e industrial.

Fenômenos similares ao do motor de combustão em relação à indústria automobilística, podem ser identificados em relação à indústria de microcomputadores, com o desenvolvimento do *chip* de silício – nos anos oitenta existiam várias empresas produzindo diversos tipos de microcomputadores, e atualmente existem apenas dois padrões, o que evidencia que indústrias que dependem de inovações tecnológicas tendem a ser mais concentradas –; e em relação a empresas virtuais com o desenvolvimento da Internet – após um grande *boom*, e uma grande onda de falências, restaram nesse mercado menos empresas do que as que originalmente começaram suas atividades no novo setor.

Dessa forma, há que se considerar o fenômeno da concentração como um fenômeno inerente ao processo capitalista, que não deve, por si só, ser condenado aprioristicamente, pois existirão determinadas indústrias que tenderão a se concentrar, sendo que existência de uma “tendência à concentração” em determinada indústria significa, *grosso modo*, que a reunião dos fatores de produção para a produção de um número maior de unidades com vistas à diminuição do custo total médio por unidade é não apenas uma possível eficiência a ser agregada ao processo produtivo, mas efetivamente uma necessidade de adequação desse processo produtivo para permitir a continuidade da indústria em questão.

Como já pontuava SCHUMPETER na metade do século XX, não há que se tomar como um dogma que a superioridade de um sistema econômico, ou qualquer



outro sistema, deva ser aferida a partir do fato de estar esse sistema sempre e constantemente utilizando integral e exaustivamente todos os seus recursos, pois o fato de não esgotar a utilização dos recursos pode ser a condição necessária para um funcionamento superior no longo prazo:

[...] Um sistema – qualquer sistema, econômico ou de outra natureza – que a *todo* momento utilize integralmente suas possibilidades para o melhor resultado pode ser inferior no longo prazo a um sistema que não faça isso em *nenhum* momento, porque a falha do segundo nesse sentido pode ser a condição para o nível ou a velocidade de um desempenho de longo prazo.<sup>59</sup>

Segundo SCHUMPETER, o processo de produção capitalista não é estático, de forma que não há que considerar que um mercado atomizado será sempre preferível a um mercado concentrado, mormente quando de trata de indústrias que trabalham com inovações:

Concorrência perfeita implica na livre entrada em qualquer indústria. É efetivamente verdadeiro, no contexto daquela teoria geral, que a livre entrada em todas as indústrias é uma condição para uma alocação ótima de recursos e, conseqüentemente, para a maximização da produção. Se o nosso mundo econômico consistisse de um número estabelecido de indústrias produzindo *commodities* conhecidas através de métodos de produção estabelecidos e substancialmente invariáveis, e se nada mais acontecesse, exceto a combinação de trabalhadores adicionais e poupanças adicionais para a criação de novas empresas similares às empresas existentes, então impedimentos à entrada na indústria que se deseja entrar implicaria em perdas para a comunidade. Mas a perfeita entrada livre em um *novo* campo pode tornar impossível qualquer entrada. A introdução de novos métodos de produção e de novas *commodities* é dificilmente conciliável com concorrência perfeita – e imediata – desde o início. E isso significa que a grande maioria do que conhecemos como progresso econômico é incompatível com isso. Efetivamente, a concorrência perfeita é suspensa, e sempre tem sido suspensa, quando algo novo é introduzido – automaticamente ou através de medidas com essa finalidade –, mesmo quando as condições eram perfeitamente competitivas na ausência da inovação.<sup>60</sup> (grifos do Autor)

<sup>59</sup> “[...]A system – any system, economic or other – that at every given point in time fully utilizes its possibilities to the best advantage may yet in the long run be inferior to a system that does so at no given point of time, because the latter’s failure to do so may be a condition for the level or speed of long-run performance”. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York : Harper & Row, 1976, p. 83.

<sup>60</sup> “Perfect competition implies free entry into every industry. It is quite true, within that general theory, that free entry into all industries is a condition for optimal allocation of resources and hence for maximizing output. If our economic world consisted of a number of established industries producing familiar commodities by established and substantially invariant methods and if nothing happened except that additional men and additional savings combine in order to set up new firms of the existing type, then impediments to their entry into any industry they wish

SCHUMPETER exerceu – e exerce – grande influência na avaliação de como uma política de concorrência deve ser implementada, em especial no que concerne a indústrias que exigem constante inovação.

A essência de seu argumento, *grasso modo*, é que através da cobrança de preços supracompetitivos as empresas podem desenvolver novas tecnologias, produtos e serviços, e que esse processo de inovação é que cria valor e progresso em uma economia capitalista.

AREEDA e KAPLOW avaliam o argumento derivado do trabalho de SCHUMPETER, no sentido de que a cobrança de preços supracompetitivos pode financiar o desenvolvimento tecnológico e beneficiar a sociedade a longo prazo, destacando os incentivos que derivam da existência de empresas com poder de mercado em indústrias que exigem inovação:

[...] A rota do progresso tecnológico é em muito controlada pelo andamento da atividade de inovação. De acordo com os argumentos associados ao Professor Schumpeter, esse andamento é acelerado por empresas com poder de mercado. Esse poder garante a elas um futuro estável que conduz ao planejamento e à realização de pesados investimentos em novas tecnologias. Protege-as de imitadores e dessa forma permite a apropriação dos ganhos de sua atividade de inovação. Garante a elas tanto recursos como incentivos para financiar atividades de pesquisa e desenvolvimento de risco e para investir nos resultados da pesquisa.<sup>61</sup>

Em seqüência, os mesmos Autores ponderam, após fazer referência a estudos empíricos sobre pesquisa e inovação, que ainda que a concentração de mercado possa facilitar o investimento em pesquisa e desenvolvimento, a relação entre concentração e inovação não obedece, necessariamente, a equação quanto maior a concentração maior a inovação, ainda que alguma concentração possa,

---

*to enter would spell loss to the community. But perfectly free entry into a new field may make it impossible to enter it at all. The introduction of new methods of production and new commodities is hardly conceivable with perfect – and perfectly prompt – competition from the start. And this means that the bulk of what we call economic progress is incompatible with it. As a matter of fact, perfect competition is and always has been temporarily suspended whenever anything new is being introduced – automatically or by measures devised for the purpose – even in otherwise perfectly competitive conditions.” Op. Cit., p. 104-105.*

<sup>61</sup> *“The course of technological progress is largely controlled by the pace of innovative activity. According to an argument associated with Professor Schumpeter, that pace is quickened by firms with considerable market power. Such power guarantees them a stable future conducive to planning and heavy investment in new technology. It protects them from imitators and thus allows them to reap for themselves all the gains of their innovative activity. It provides them with both the resources and incentives to finance risky research and development and to invest in the results.” Op.Cit., p. 31.*

efetivamente, transformar o resultado de pesquisas em novos produtos para os consumidores:

[...] análises sugerem que indústrias nas quais as quatro maiores firmas respondem por menos do que 15 por cento das vendas sofrem uma grande falta de incentivo no que concerne a inovação, mas que os incentivos para a inovação atingem seu máximo quando a concentração das maiores quatro firmas fica entre 50 e 55 por cento.

[...] a grande maioria de produtos desenvolvidos para consumo é decorrente de investimentos em P&D que colocaram os recursos da empresa em risco. A influência do poder de mercado na atividade de inovação é restrita a apenas uma fração do orçamento nacional destinado a P&D. Nesse contexto, pesquisadores independentes, pequenas empresas e novos entrantes de todos os tipos geram um percentual desproporcional de novas idéias. Polir e comercializar esses *insights* geralmente, mas não sempre, exige esforços de empresas de alguma forma grandes. Além disso, essas empresas grandes estão freqüentemente emaranhadas em comportamentos oligopolistas, e conseqüentemente tem sua atividade inovativa mais estimulada em função da concorrência não por preços. Alguma concentração, portanto, pode ser considerada como indutiva da inovação. Concentração adicional provavelmente tem pouco efeito, positivo ou negativo.<sup>62</sup>

A avaliação de concentrações econômicas para fins concorrenciais, portanto, não é trivial, exige a consideração de uma série de eventualidades e variáveis, e deve ser técnica, devendo, em especial, considerar as particularidades da indústria que analisa, e, principalmente, despir-se de qualquer elemento ideológico – tal como a premissa de que a grande empresa por ser a expressão do capitalismo deve ser combatida porque o próprio capitalismo é, por si, um sistema injusto – ou de considerações não diretamente relacionadas com questões concorrenciais – tal como a falácia de que por ter poder econômico a grande empresa corrompe políticos e funcionários públicos<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> “Evidence suggests that industries where the largest four firms accounted for less than 15 percent of sales do suffer from a major lack of innovation incentives, but that these R&D incentives peak when the four-firm concentration reaches 50 to 55 percent.

[...] the overwhelming majority of consumer-oriented products derive from investments in R&D that put company funds directly at risk. The influence of market power on innovative activity is thus confined to only a portion of nation's R&D budget. Within this range, independent researchers, small business, and new entrants of all types originate a disproportionate share of new ideas. Perfecting and marketing these insights often, but not always, require the efforts of somewhat larger firms. Moreover, these larger firms are frequently knitted together into loose oligopolies and thus find their innovative activity further stimulated as part of their nonprice competition. Some concentration, therefore, may be conducive to innovation. Additional concentration probably has little effect, positive or negative.”. *Op.Cit.*, p. 32-33.

<sup>63</sup> A corrupção de funcionários públicos e de políticos deve ser combatida e reprimida pela legislação criminal específica, não pela legislação de proteção da concorrência. No mais, mesmo tomando como verdadeira a premissa (simplista) que sustenta esse argumento (de que empresas ricas podem corromper com mais facilidade porque têm mais dinheiro), esse

Nesse sentido, é de capital importância avaliar as razões que justificam a intervenção estatal em atos de concentração, isto é, as razões nas quais efetivamente pode-se concluir que haverá, efetivamente, prejuízos para a sociedade em decorrência do ato, e como se processa tal intervenção.

#### **2.4 Controle de atos de concentração horizontal**

Sendo certo que existem razões econômicas que motivam concentrações econômicas, também é certo que a concentração econômica pode trazer efeitos nocivos para a concorrência na medida em que cria ou aumenta o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos. Isso sem mencionar as hipóteses nas quais o único objetivo dos agentes é adquirir poder de mercado, especialmente nos atos de concentração horizontal.

Como resultado de um ato de concentração horizontal, o mercado no qual atuam os agentes perde um concorrente e ganha uma empresa com uma maior participação percentual no mercado (mais concentrada).

Esse processo de concentração do mercado pode, em um extremo, criar um monopólio, caso todas as empresas em determinado mercado se concentrem, ou pode aumentar o poder de mercado das empresas existentes, facilitando determinada coordenação oligopolista que antes da concentração não encontraria condições estruturais favoráveis a sua manifestação.

No caso da criação de um monopólio, os efeitos econômicos deletérios seriam a cobrança de preços de monopólio, mediante a redução da oferta até o ponto no qual o custo marginal é igual à receita marginal, como detalhando no capítulo anterior.

No caso de aumento de poder de mercado de oligopolistas, a concentração econômica tenderia a aumentar o poder de mercado das empresas em oligopólio, gerando, por consequência, redução na quantidade produzida e aumento de preços.

---

argumento não estaria relacionado com a existência de poder de mercado. Mesmo empresas atuando em mercados competitivos, sem nenhum poder de mercado, poderiam ser prósperas e ter recursos financeiros para corrupção, mesmo que tais recursos não derivassem da cobrança de preços supracompetitivos. Os defensores do argumento de que concentração leva à corrupção atribuem ao conceito “poder econômico” o sentido que é dado pelo senso comum, desconhecendo o sentido técnico que exige a compreensão da noção de poder de mercado.

Como mencionado, o modelo de Cournot, que não pressupõe qualquer tipo de coordenação entre os agentes, sinaliza que a simples redução no número de participantes levaria, necessariamente, na revisão de preços e quantidades produzidas, levando o mercado a um novo equilíbrio. Nesse novo equilíbrio os preços seriam maiores e as quantidades produzidas menores do que na situação anterior à concentração.

A concentração poderia, ainda, criar uma empresa dominante dentro de uma estrutura de mercado que favoreça a coordenação de preços através de liderança de preços.

Por esses motivos, a concentração econômica tende a ser objeto de preocupações concorrenciais. FÁBIO NUSDEO chega a considerar a concentração econômica, mesmo quando consequência do processo de crescimento interno da empresa, como uma falha de mercado:

A concentração, seja qual for a sua origem, representa uma falha de estrutura do sistema de mercado. Em outras palavras, a estrutura prevista ou imaginada para o seu funcionamento passa a não mais corresponder àquela concretamente verificada na maioria dos mercados.[...].

Em resumo, a concentração econômica representa uma falha de estrutura a inibir os mecanismos decisores e controladores do mercado. Em um mercado concentrado, a alta de preços proveniente de um aumento da procura não necessariamente levará a um aumento da oferta, pelo simples fato de ser mais fácil para as poucas unidades nele atuantes conluiarem-se e elevarem mais os preços. Por outro lado, estes poderão também subir, por iniciativa dos vendedores conluídos, sem qualquer relação com uma possível elevação da procura.<sup>64</sup>

A preocupação com a concentração decorre, como visto, do fato de os modelos teóricos que explicam o funcionamento dos mercados informarem que o número de empresas e seus graus de relativa concentração determinam o funcionamento desse mercado.

Essa visão, vale mencionar, é tributária do modelo analítico resultante dos estudos sobre organização industrial realizados a partir da década de trinta do Século

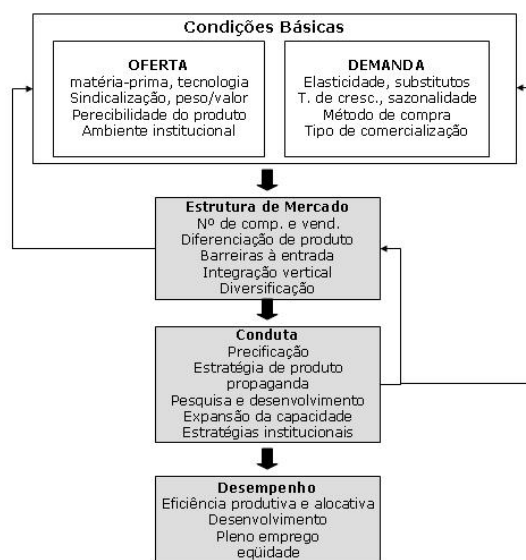
---

<sup>64</sup> NUSDEO, Fábio. Curso de Economia : Introdução ao Direito Econômico. 3ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 149-150.

XX por diversos economistas<sup>65</sup> e sintetizado a partir dos anos cinquenta no denominado Paradigma Estrutura-Conduta-Desempenho (Paradigma E-C-D).

O seguinte quadro sintético ilustra o Paradigma E-C-D. O efeito causal principal é dado pelas setas cheias, enquanto os efeitos secundários são dados pelas setas finas (que podem influenciar o mercado no longo prazo):

#### Paradigma ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO



A premissa básica do Paradigma E-C-D é que as condições estruturais do mercado – tais como número de compradores e vendedores, existência de barreiras à entrada, produtos diferenciados etc. – definirão as condutas dos agentes, que, por seu turno, determinam seu desempenho.

Dessa abordagem deriva que o controle estrutural do mercado implica no controle de seu desempenho. Dessa forma, tudo o mais mantido constante, quanto maior o número de empresas em determinado mercado, melhor seria sua performance, no sentido de que nenhuma das empresas que nele atua poderia cobrar preços supracompetitivos. Caberia ao Direito da Concorrência, portanto, proibir alterações estruturais que implicassem em maior concentração.

<sup>65</sup> A título ilustrativo vale mencionar as contribuições de: Hall & Hitch, sobre o *princípio do custo total*; Mason, que desenvolveu o conceito de *firma ativa* e da interdependência das ações da firma e de suas concorrentes; Ronald Coase, que identificou os *custos de transação* e Bain, que destacou a importância das *barreiras à entrada* e lançou os alicerces para o desenvolvimento da *Teoria dos Mercados Contestáveis* por Baumol. Sobre organização industrial vide: PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). *Op. Cit.*, p. 203-226.

Contudo, as rígidas premissas do Paradigma E-C-D, em especial a necessária relação de causalidade entre maior concentração e pior performance, foram em grande medida relativizadas, em especial a partir dos anos setenta, pela contundente crítica da denominada Escola de Chicago.

Juristas e economistas inspirados pelo trabalho de Aaron Director, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Chicago nos anos cinquenta e sessenta, demonstraram que várias das intervenções pelo Direito da Concorrência a partir de conclusões extraídas da aplicação do Paradigma E-C-D não apenas não traziam efeitos positivos para o mercado, como, de fato, prejudicavam o consumidor, na medida em que impediam as empresas de explorar eficiências produtivas que reduziam custos das empresas e dos produtos que comercializavam.

Nessa linha, a proibição de concentrações econômicas, ao arrimo da premissa de que o mercado atomizado seria sempre mais eficiente do que o mercado concentrado, implicava, ao final do processo, na proibição de reduzir preço do produto para o consumidor final. Ao vedar atos de concentração e outras práticas comerciais restritivas da concorrência, a intervenção do Estado acabava por fazer com o processo de mercado funcionasse de forma perversa, implicando em ofertar um produto a um preço superior para o consumidor.

É nesse sentido que é colocada a questão do “Paradoxo do Antitruste”, título do trabalho mais difundido de BORK. No sentido de que práticas que restringem a concorrência, que são coibidas para evitar prejuízos para a sociedade, nem sempre vão implicar em prejuízos para os consumidores, pois tais práticas podem criar produtos mais valorizados (criar riqueza) e/ou reduzir os custos de produção, sendo que em ambas as hipóteses os consumidores serão beneficiados.

Isso leva à conclusão de que ao coibir determinadas práticas que aumentam a eficiência do processo econômico a intervenção concorrencial prejudica os consumidores, cuja proteção deveria ser seu primeiro objetivo.

Não há, portanto, que ter como um dogma que a concentração econômica será, sempre, algo nocivo para o funcionamento do mercado.

Como bem ilustra POSNER, um dos expoentes da denominada Escola de Chicago, em alguns casos uma estrutura de mercado monopolizada pode ser mais adequada, no sentido que irá oferecer produtos a um menor preço para o consumidor final, do que uma estrutura de concorrência perfeita:

O custo social resultante de preço de monopólio em algumas vezes será menor do que a redução de custos gerada por esse preço. Imagine-se um mercado que é tão pequeno em relação a escala eficiente de produção que uma única firma terá custos muito mais baixos do que qualquer outra firma – tão mais baixos que um preço maximizador de lucros de um monopólio é realmente inferior ao preço que seria cobrado por empresas em concorrência. O bem-estar social seria maior se o monopólio fosse permitido ao invés de ser proibido, e como na análise econômica valorizamos a concorrência porque ela promove a eficiência – isto é, como um meio e não com um fim – devemos concluir que sempre que um monopólio aumente a eficiência ele deve não apenas ser tolerado, mas sim estimulado.<sup>66</sup>

Atualmente, não apenas em função da crítica da Escola de Chicago, mas também em decorrência do desenvolvimento de técnicas para avaliar o comportamento de agentes em mercados oligopolizados, a importância da análise estrutural do mercado, tal como preconizada pelo Paradigma E-C-D, perdeu em muito seu prestígio.

Não há que se falar mais que a concentração necessariamente vai levar ao funcionamento deficiente dos mecanismos de mercado, mas tão-somente que a concentração **é uma condição necessária, mas não suficiente**, para o exercício do poder de mercado, como pontua MARIA TEREZA LEOPARDI MELLO:

A análise antitruste, coerente com o modelo *Estrutura-Condução-Desempenho*, parte do suposto de que maior concentração da oferta (estrutura) implica maior probabilidade de colusão (condução) e, por conseqüência, de preços e lucros mais elevados. Assume-se que o poder de mercado é função crescente da concentração, pois a existência de *pequeno número* de concorrentes e/ou sua *desigualdade* favorecem conluíus tácitos ou explícitos, pelo menos entre empresas líderes. Essa, entretanto, é uma aproximação precária, pois a

---

<sup>66</sup> “The social costs resulting from monopoly pricing will sometimes be lower than the cost savings generated by such pricing. Imagine a market that is so small in relation to the efficient scale of production that a single firm will have much lower costs than more than one firm – so much lower, indeed, that the profit maximizing monopoly price is actually below the price that would be charged by competing firms. Social welfare would be greater if the monopoly were permitted than if it were forbidden, and since, in an economic analysis, we value competition because it promotes efficiency – that is, as a means rather than as an end – it would seem that whenever monopoly would increase efficiency it should be tolerated, indeed encouraged.”. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Chicago : The University of Chicago Press, 2001, p. 28.



concentração é apenas condição necessária, mas não suficiente, para o surgimento de poder de mercado; não há correlação perfeita entre ambas as variáveis.[...]

Medidas de participação no mercado e indicadores de concentração isoladamente podem não significar muito, se não forem analisados em conjunto com outros fatores, entre os quais se destacam as condições de entrada na indústria, a existência de competidores potenciais e a dinâmica da concorrência<sup>67</sup>. (grifos da Autora)

Dependendo das características do mercado, eventual concentração econômica não implicará na possibilidade de exercício do poder de mercado, pois outros fatores que não a concentração do mercado irão disciplinar a conduta dos agentes.

Não obstante, mesmo na hipótese em que é possível concluir que do ato de concentração poderá resultar empresa ou empresas com poder de mercado, não há que, necessariamente, condenar o ato, pois ainda assim o ato poderá trazer outros benefícios que compensem o suposto aumento ou criação de poder de mercado, de forma que mesmo nesses casos não se justificaria a intervenção pelo Direito da Concorrência, como será detalhado mais adiante.

A definição acerca da necessidade e conveniência da intervenção pelo Estado mediante a aplicação do Direito da Concorrência em relação a atos de concentração, contudo, não é uma tarefa trivial, como bem pontua HOVENKAMP, pois não raro os atos de concentração produzem eficiências e, também, o aumento de poder de mercado dos agentes:

O maior problema em determinar uma política adequada de avaliação de atos de concentração é que o universo dos atos de concentração não pode se dividir entre atos de concentração que estimulam a colusão ou aumentam o poder de mercado, de um lado, e atos que criam eficiências, de outro lado. Muitos atos de concentração produzem ambos os efeitos. Há, de fato, casos extremos nos quais podemos afirmar com segurança que as eficiências geradas por um ato de concentração específico em muito superam os potenciais danos decorrentes de comportamentos não

---

<sup>67</sup> MELLO, Maria Tereza Leopardi. Defesa da Concorrência. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). *Economia Industrial*. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p. 497.

competitivos, e vice-versa, mas muitas das concentrações legalmente questionáveis produzem resultados ambíguos.<sup>68</sup>

Nesse sentido, o controle estrutural de atos de concentração não estipula limites e regras permitindo ou proibindo determinados atos de concentração, mas estabelece a obrigação de submeter à aprovação dos órgãos de defesa da concorrência atos de concentração para, através de um processo cognitivo, avaliar: (i) se o ato implicará na criação ou aumento de poder de mercado; e (ii) se do ato redundarão eficiências que compensarão os eventuais efeitos negativos.

#### *2.4.1 Obrigação de submeter atos de concentração à análise prévia dos órgãos de defesa da concorrência*

Com vistas a possibilitar o controle de alterações estruturais, as legislações de proteção da concorrência usualmente estabelecem a obrigação de as partes envolvidas notificarem previamente atos de concentração para a análise dos órgãos de defesa da concorrência, nas hipóteses em que a operação envolve agentes econômicos dotados de algum poder econômico.

Nos Estados Unidos, o controle de concentrações é regido pelo denominado *Clayton Act*, editado em 1914 para possibilitar o controle de concentrações, e alterado em 1950, pelo *Celler-Kefauver Antimerger Act*, para contemplar não apenas a aquisição de participações societárias, como originalmente tinha sido aprovado, mas também a aquisição de ativos, e pelas alterações introduzidas pelo denominado *Hart-Scott-Rodino Act* de 1976, no sentido de exigir notificação prévia de atos de concentração quando presentes determinados requisitos<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> “The most difficult problem in determining an appropriate merger policy is that the field of mergers cannot be divided to into mergers that encourage collusion or increase market power on the one hand, and mergers that create efficiency on the other. Many mergers do both at once. To be sure, there are cases at the extremes where we can confidently predict that the efficiency produced by a particular merger far outweighs the predictable danger of noncompetitive behavior, or vice-versa. But many legally questionable mergers produce ambiguous results.”. *Op. cit.*, p. 495.

<sup>69</sup> Dispõe a Seção 7 do Clayton Act:

“ No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

No person shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of one or more persons engaged in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition, of such stocks or assets, or of the use of such stock by the voting or granting of proxies or otherwise, may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.

[...]

A notificação prévia é exigida,  *grosso modo*, quando estão presentes, cumulativamente, as seguintes condições: (a) uma das partes tem atividades comerciais ou atividades que afetam o comércio; (b) uma das partes tem faturamento anual ou ativos equivalentes a 100 milhões de dólares e a outra parte faturamento ou ativos equivalentes a 10 milhões de dólares; e (c) os ativos a serem adquiridos tenham no mínimo valor de 50 milhões de dólares (se os ativos forem superiores a 200 milhões de dólares a notificação deve ser feita mesmos que as partes não atinjam os valores mencionados no item “b”).

No âmbito da Comunidade Européia devem ser observadas as disposições do Regulamento (CE) n° 139/2004 do Conselho de 20.1.2004, que substituiu o Regulamento n° 4.064/89 e o Regulamento n° 1.310/97.

Nos termos dos arts. 1° e 4° do citado Regulamento n° 139/2004, devem ser notificadas todas as concentrações que tenham “dimensões comunitárias”<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Dispõem os citados artigos:

Artigo 1°

Âmbito de aplicação

1. Sem prejuízo do n.o 5 do artigo 4.o e do artigo 22.o, o presente regulamento é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária definidas no presente artigo.

2. Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5000 milhões de euros; e

b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n.o 2 tem dimensão comunitária quando:

a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2500 milhões de euros;

b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;

c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros;

d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

[...]

Artigo 4°

Notificação prévia das concentrações e remessa anterior à notificação a pedido das partes notificantes

1. As concentrações de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão antes da sua realização e após a conclusão do acordo, o anúncio da oferta pública de aquisição ou a aquisição de uma participação de controlo.

Pode também ser apresentada uma notificação nos casos em que as empresas em causa demonstrem à Comissão a sua intenção de boa fé de concluir um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição, quando anunciarem publicamente a sua intenção de realizar tal oferta, desde que do acordo ou oferta previstos resulte uma concentração de dimensão comunitária.

Para efeitos do presente regulamento, a expressão "concentração notificada" abrange igualmente as concentrações projectadas notificadas nos termos do segundo parágrafo. Para efeitos do disposto nos n.os 4 e 5, o termo "concentração" inclui as concentrações projectadas na aceção do segundo parágrafo.

Vale observar, para sublinhar a importância que o controle estrutural ainda tem para o Direito da Concorrência, que o Tratado da Comunidade Européia não prevê expressamente o controle de concentrações, de forma que até a edição do Regulamento nº 4.064/89, que efetivamente passou a disciplinar o controle de concentrações, explorou-se uma interpretação teleológica do art. 82<sup>71</sup> do Tratado CE em combinação com o art. 308<sup>72</sup> do mesmo tratado, de forma a extrair a conclusão pela competência da Comissão Européia para o controle de concentrações<sup>73</sup>.

A legislação brasileira dispõe sobre a obrigatoriedade de subsunção do ato de concentração aos órgãos de defesa da concorrência através do art. 54 da Lei nº 8.884/94, sendo que o § 3º do referido artigo estabelece os critérios econômicos que, quando presentes, tornam a notificação obrigatória, que consistem em deter vinte por cento de mercado relevante ou ter faturamento bruto anual superior a 400 milhões de reais:

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

---

2. As concentrações que consistam numa fusão, na aceção da alínea a) do n.o 1 do artigo 3.o ou na aquisição do controlo conjunto, na aceção da alínea b) do n.o 1 do artigo 3.o, devem ser notificadas conjuntamente, consoante o caso, pelas partes intervenientes na fusão ou pelas partes que adquirem o controlo conjunto. Nos restantes casos, a notificação deve ser apresentada pela pessoa ou empresa que adquire o controlo do conjunto ou de partes de uma ou mais empresas.

3. Quando verifique que uma concentração notificada é abrangida pelo presente regulamento, a Comissão publicará o facto da notificação, indicando a designação das empresas em causa, o seu país de origem, a natureza da concentração, bem como os sectores económicos envolvidos. A Comissão terá em conta o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos comerciais.

4. Antes da notificação de uma concentração, na aceção do n.o 1, as pessoas ou empresas referidas no n.o 2 podem informar a Comissão, através de um memorando fundamentado, que a concentração pode afectar significativamente a concorrência num mercado no interior dum Estado-Membro que apresenta todas as características de um mercado distinto, devendo, por conseguinte ser examinada na sua totalidade ou em parte, por esse Estado-Membro.

<sup>71</sup> Artigo 82. É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;  
b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;  
c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;  
d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

<sup>72</sup> Artigo 308. Se uma ação da Comunidade for considerada necessária para atingir, no curso de funcionamento do mercado comum, um dos objetivos da Comunidade, sem que o presente Tratado tenha previsto os poderes de ação necessários para o efeito, o Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, adotará as disposições adequadas.

<sup>73</sup> Para maiores detalhes sobre o histórico do controle de concentrações na CE vide: ANDRADE, Maria Cecília. Controle de Concentração de Empresas. São Paulo : Singular, 2002, p. 84-130. WAELBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. European Competition Law. Ardsley : Transnational Publishers, 1999, p. 823-850.

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

A redação do art. 54 da Lei nº 8.884/94 exige, tal como o art. 20 do mesmo diploma legal, uma interpretação integrada com os interesses protegidos pelo Direito da Concorrência, para extrair a conclusão de que os atos que devem ser submetidos ao controle prévio são aqueles que, cumulativamente: (a) por sua natureza tiverem o potencial de submeter ao controle comum ativos econômicos antes dispersos (e nesse particular o conceito de “controle” é o conceito para fins concorrenciais); e (b) forem praticados por agentes que atendam aos requisitos econômicos estabelecidos no § 3º.<sup>74</sup>

A forma jurídica do ato é irrelevante para determinar a obrigação de submetê-lo ao crivo da autoridade de proteção da concorrência, como se depreende da redação do dispositivo, que ressalva que o ato “sob qualquer forma manifestado” deve ser notificado.

Pelas razões já expostas acima (item 2.1 supra), o que vai interessar para o Direito da Concorrência é a possibilidade de dois ou mais agentes econômicos, que antes atuavam de forma independente, passarem a ponderar suas atuações como um único agente econômico, sendo que esse critério é o critério que deve balizar a obrigatoriedade de notificação.

A obrigação de notificar surge quando da natureza do ato puder ser inferida a possibilidade teórica de as partes coordenarem suas atuações no mercado.

Vale dizer, não será qualquer ato, mesmo quando praticado por empresa cujo faturamento seja superior a quatrocentos milhões de reais ou que detenha vinte por cento de mercado relevante, que deverá ser notificado. Atos relacionados com as

---

<sup>74</sup> Nesse sentido, mais apropriada é a redação do art. 89 do Projeto de Lei nº 5.877/2005, que reestrutura o SBDC, que estabelece a obrigação de notificar “atos de concentração”: “Art. 89. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração em que, cumulativamente: [...]”

operações regulares da empresa, como a venda de mercadorias, contratação de serviços, aquisições de fornecedores etc., não precisarão ser notificados, porque da natureza desses atos não deriva qualquer potencial preocupação concorrencial.

Por outro lado, os atos que potencialmente podem ter impacto nos processos concorrenciais devem, quando presentes os requisitos econômicos, ser notificados. A aquisição de insumos em uma operação de compra e venda, por ser um ato que não implica em qualquer alteração estrutural, não precisa ser notificado. Já um contrato de fornecimento de longo prazo entre as mesmas partes, por condicionar de forma não transitória a atuação dos agentes naquele mercado, deve ser notificado. Em essência, os dois atos tratam da aquisição de insumos, mas o segundo poderá ter efeitos anticoncorrenciais, na medida em que uma parte terá, contratualmente, o direito de exigir determinado comportamento da outra parte em relação ao seu processo produtivo durante um determinado lapso.

Implicando o ato em potencial concentração do mercado e estando presentes os critérios econômicos de notificação, surge a obrigação de notificar o ato, ainda que claramente este não possa, na prática, produzir efeitos anticoncorrenciais.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em várias oportunidades já se manifestou no sentido de que não cabe às partes avaliar os efeitos do ato de concentração para fins de definir a obrigação de submetê-lo à apreciação dos órgãos de defesa da concorrência<sup>75</sup>.

Essa orientação, ainda que implique na obrigação de submeter atos que manifestamente não teriam quaisquer efeitos anticompetitivos, é a única aceitável, tendo em vista que entendimento diverso outorgaria às partes a discricionariedade para avaliar as conseqüências do ato de concentração, no sentido de definir se devem submetê-lo ou não ao crivo das autoridades de defesa da concorrência.

---

<sup>75</sup> Vide, a título ilustrativo, a decisão proferida no AC 08012.00637598-42:

“Quanto à alegação de que a operação não gera dano à concorrência, e que portanto não precisaria ser notificada, o CADE já recusou esta tese tantas vezes que é cansativo voltar a ela. A obrigação de apresentar, preenchidos os requisitos, decorre da lei e é objetiva. Cabendo apenas ao CADE determinar se a operação causa ou não dano. Imaginar diferente seria equiparar o § 3º do art. 54 ao *caput*, tornando aquele parágrafo inútil, já que ficaria ao cargo das empresas decidir quando o ato pode ou não causar dano à concorrência e notificar ou não, mesmo quando presentes os requisitos de faturamento ou participação de mercado. Desnecessário reiterar que uma interpretação que leva à inutilidade de uma norma jurídica não é interpretação aceitável”.

Não se deve extrair uma interpretação da redação do *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94 no sentido de que a possibilidade de o ato produzir o efeito de prejudicar a concorrência ou dominar mercado relevante refere-se ao resultado particular do ato específico que se considera. A interpretação deve ser no sentido de existir a possibilidade, **em tese**, de aquela modalidade de ato poder implicar no prejuízo da livre concorrência ou na dominação de mercado relevante se estiverem presentes outras condições necessárias para tanto. Se, **na prática**, considerando-se o caso concreto, o ato irá ou não produzir esses efeitos isso será definido pela autoridade de proteção da concorrência **após** a avaliação do ato notificado.

Por exemplo: a aquisição de uma empresa por outra empresa é um ato que, potencialmente, pode implicar em prejuízo à livre concorrência ou na dominação de mercado relevante, porque tal operação coloca sob controle comum ativos econômicos antes dispersos. Por tal motivo o ato deve, quando presentes os parâmetros econômicos, ser notificado, independente de, na prática, tal ato puder ou não produzir tais efeitos. Será o CADE que irá determinar que, no caso concreto, os efeitos potencialmente nocivos do ato para a concorrência não se verificam.

Nesse mesmo sentido, uma reorganização societária entre empresas do mesmo grupo econômico consistiria em um ato que não ensejaria a obrigação de notificação, mesmo atingidos parâmetros econômicos do § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Tal ato, em tese, jamais poderia limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes, tendo em vista que se refere a empresas que já estavam sob controle comum antes da prática do ato<sup>76</sup>.

Nesse contexto, os parâmetros econômicos do § 3º do art. 54 acabam sendo os únicos a balizar materialmente a obrigação de notificar o ato, o que faz com que o leque de atos que tenha que ser notificado seja bastante amplo.

A grande quantidade de atos de concentração submetidos à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) por conta da amplitude dos critérios ensejou a edição, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela

---

<sup>76</sup> Vale pontuar que essa interpretação não é compartilhada pela SDE e pela SEAE, que, nos termos do art. 6º, III, da Portaria Conjunta nº 1, de 18.2.2003, que aprova o Procedimento Sumário para Análise de Atos de Concentração, relaciona “reestruturações societárias no mesmo grupo sem alteração de controle”, como um dos atos elegíveis para o procedimento sumário.

Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), da Portaria Conjunta nº 1/2003, que prevê um procedimento sumário para análise de atos de concentração.

A própria interpretação acerca da amplitude dos critérios de faturamento foi recentemente revista.

Durante muito tempo, a jurisprudência administrativa do CADE militou no sentido de que critério do faturamento deveria ser considerado em relação ao grupo econômico que a empresa pertencia, e deveria ser considerado em bases mundiais. A partir do julgamento do Ato de Concentração nº 08012.002992/02004-14, envolvendo as empresas ADC Telecommunications, Inc. e Krone International Holding Inc. a jurisprudência administrativa evoluiu para a interpretação de que o faturamento deveria ser no território nacional<sup>77</sup>.

A alteração na jurisprudência do CADE em relação aos critérios de faturamento gerou, inclusive, a primeira Súmula de jurisprudência da Autarquia, a de número 1, publicada em 18.10.2005:

**Súmula nº 1:** Na aplicação do critério estabelecido no art. 54, §3º, da Lei n.º 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes do ato de concentração.

O procedimento para notificação do ato implica em fornecer às autoridades de proteção da concorrência todas as informações necessárias para avaliar os impactos do ato de concentração no mercado.

Atualmente esses procedimentos são disciplinados pela Resolução CADE nº 15/98, que determina o prazo e a forma da notificação, e detalha as informações que as partes devem fornecer sobre o ato em questão (qualificação das partes, descrição do ato etc.) e sobre os mercados em que atuam (mercados relevantes, linhas de produtos, principais concorrentes etc.).

#### *2.4.2 Avaliação dos atos de concentração horizontal*

No que concerne à avaliação de atos de concentração horizontal, as autoridades de defesa da concorrência verificarão se do ato resultará aumento ou

---

<sup>77</sup> Nos termos do projeto de lei que altera o SBDC os critérios econômicos exigem que uma das partes tenha faturamento no Brasil de no mínimo cento e cinquenta milhões de reais e a outra de no mínimo trinta milhões de reais.



criação de poder de mercado para os agentes econômicos envolvidos, e se é factível o exercício desse poder de mercado, observando-se as diretrizes do denominado GUIA PARA ANÁLISE ECONÔMICA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, aprovado pela Portaria Conjunta da Secretaria de Acompanhamento Econômico e da Secretaria de Direito Econômico nº 50/2001.

O referido Guia, que foi nitidamente inspirado no *HORIZONTAL MERGER GUIDELINES* norte-americano, expedido pelo Departamento de Justiça e pela *Federal Trade Commission*, órgãos do governo federal encarregados de proteção da concorrência nos Estados Unidos, estabelece um método para avaliar concentrações horizontais, considerando não apenas o nível de concentração, mas uma série de outros fatores que podem influir no eventual exercício de poder de mercado, tais como barreiras à entrada, substituição por importações etc.<sup>78</sup>

Vale mencionar que as diretrizes constantes do Guia não têm caráter imperativo, no sentido determinar que a SDE quanto a SEAE deverão, necessariamente, proceder a todas as análises estritamente de acordo com todas as orientações constantes do Guia.

A disposições do Guia, como resta expressamente excepcionado no seu parágrafo 5<sup>79</sup>, têm caráter meramente de orientação e transparência, sendo ressaltado ainda o seu caráter não vinculativo.

O CADE, por seu turno, não se subordinando sequer às recomendações da SDE ou da SEAE, não estará, por certo, vinculado às disposições do Guia.

Não obstante, o Guia, tal como o *MERGERS GUIDELINES* norte-americano, sistematiza um método de análise que integra as várias diretrizes mestras das abordagens econômicas relevantes para a análise de concentrações, compreendendo

---

<sup>78</sup> O primeiro *Merger Guidelines* foi editado pelo Departamento de Justiça em 1968, para sinalizar em quais situações eventual concentração poderia ser questionada pelo Estado. Em 1982 o Departamento de Justiça editou um novo *Merger Guidelines*, menos restritivo do que o anterior, que foi revisto em 1984 para flexibilizar ainda mais os lindes da intervenção estatal. Em 1992 o Departamento de Justiça editou um novo *Guidelines* em conjunto com a *Federal Trade Commission*. Esse *Guidelines* teve sua Seção 4, que trata de eficiências, alterada em 1997, e é o que atualmente vigora.

<sup>79</sup> Dispõe o parágrafo:

“5. O procedimento apresentado neste documento tem por finalidade servir de mecanismo de transparência administrativa, constituindo mera descrição dos critérios e etapas das análises efetuadas pela SEAE e SDE no desempenho de suas respectivas atribuições derivadas da lei de defesa da concorrência. Por ser orientação para a análise, o procedimento aqui apresentado não possui caráter vinculante. Por questão de economia processual, as Secretarias poderão não aplicar o Guia nas operações que, a critério das mesmas, não tragam impacto real sobre a concorrência, aplicando-se nesses casos um rito sumário de análise.”

desde as perspectivas estruturalistas do Paradigma E-C-D até as questões de eficiências da Escola de Chicago.

Nesse sentido, ainda que não seja vinculativo, por condensar premissas e axiomas genéricos em relação aos quais eventuais dissensos, quando existem, são pontuais e não essenciais, e por conferir ao aplicador um grande grau de discricionariedade no que concerne aos detalhes da análise, é razoável afirmar que, em regra, o método utilizado para a análise de concentrações horizontais não vai se descolar, ressalvados os casos que por alguma variável excepcional requeiram uma análise particular ou refiram-se a uma indústria muito específica, de forma significativa da rota definida pelo Guia<sup>80</sup>, razão pela qual comentaremos, brevemente, o processo de análise de concentrações horizontais proposto pelo mesmo.

#### 2.4.2.1 *Definição de mercado relevante*

Na forma do guia, o primeiro passo para analisar os impactos anticoncorrenciais de uma concentração econômica é a definição do denominado “mercado relevante”<sup>81</sup>.

Ainda que “poder de mercado” possa ser conceituado como a faculdade de uma determinada empresa aumentar seus lucros mediante a redução de oferta e cobrança de um preço pelo produto superior ao preço que seria cobrado em um mercado competitivo, sendo que o preço competitivo seria custo marginal do produto, na prática a definição do custo marginal para aferir eventual poder de mercado afigura-se virtualmente impossível.

Nesse sentido, para aferir, de forma prática, eventual existência de poder de mercado é necessário percorrer o caminho inverso. Ao invés de avaliar os custos, quantidades produzidas e preços do agente econômico, delimita-se um espaço geográfico no qual seria possível o aumento do preço do produto produzido pelo agente que se analisa, sem que os consumidores pudessem, em resposta a esse

---

<sup>80</sup> O fato de várias análises utilizarem o mesmo método do Guia não implicará, necessariamente, que todas as análises chegaram ao mesmo resultado, tendo em vista não ser a ciência econômica uma ciência exata.

<sup>81</sup> Vale pontuar que a expressão mercado relevante deriva da expressão em inglês *relevant market*, sendo que em inglês o termo *relevant* tem um significado que tende mais para “pertinente” do que para importante. De fato, a idéia de “relevante” é o que está em relevo, o que está sendo objeto de análise. Nesse sentido, a essencialidade do produto ou sua importância são elementos que não têm relação com a definição de mercado relevante para fins concorrenciais.

aumento de preços, desviar o consumo para outros fornecedores ou outros produtos.

Essa é, em síntese, a racionalidade que fundamenta o conceito de “mercado relevante”. O mercado relevante é o mercado no qual se travam as relações de concorrência e no qual, eventualmente, poderá ser exercido o poder de mercado pelos agentes que se concentram.

Como coloca com propriedade MARIO LUIZ POSSAS, a delimitação do mercado relevante é necessária para aferir se o exercício de poder de mercado que o Direito da Concorrência procura reprimir efetivamente existe:

[...] é intenção expressa dessa definição que o mercado relevante seja *definido* de forma tal que o suposto exercício (abusivo) de poder de mercado – que se busca prevenir, no caso de um ato de concentração, ou reprimir, no caso de uma conduta presumidamente infrativa – seja, antes de mais nada, *logicamente* possível.<sup>82</sup> (grifos do Autor)

HOVENKAMP, por seu turno, define mercado relevante como:

o mercado relevante é o menor mercado para o qual a elasticidade da demanda e da oferta são suficientemente baixas que uma firma com 100% desse mercado poderia de forma lucrativa reduzir oferta e aumentar substancialmente os preços acima do custo marginal<sup>83</sup>.

Posteriormente, o Autor esclarece que baixa elasticidade da oferta e baixa elasticidade da demanda:

[...] é simplesmente outra forma de dizer que (1) não é possível para os consumidores encontrarem substitutos adequados em resposta ao aumento de preços; e (2) outras firmas não conseguirão entrar no mercado em questão ou não poderão alterar suas próprias linhas de produção para competir com a empresa que aumentou os preços.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e poder de mercado. In: \_\_\_\_ (coord.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo : Singular, 2002, p.76.

<sup>83</sup> “A relevant market is the smallest grouping of sales for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a Firm with 100% of that grouping could profitably reduce output and increase price substantially above marginal cost”. *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>84</sup> “This is simply another way of saying that (1) customers must not be able to find adequate substitutes easily in response to the price increase; and (2) other firms must not be able to enter the market in question or changer their own production so as to compete with the price increaser’s Sales.” *Op. Cit.*, p. 83.

A delimitação desse mercado, portanto, passa pela delimitação do produto, isto é, qual o bem que poderá ter seu preço aumentado; e pela delimitação geográfica da área na qual os produtores desse produto podem aumentar o preço.

Nessa linha, o Guia para Análise de Concentrações Horizontais estipula que definição de um mercado relevante é o “processo de identificação do conjunto de agentes econômicos, consumidores e produtores, que efetivamente limitam as decisões referentes a preços e quantidades da empresa resultante da operação”, e estipula que sua delimitação será efetuada em duas vertentes: a dimensão material, ou do produto; e a dimensão geográfica.

Para esboçar a dimensão material do mercado relevante há que ser avaliada a possibilidade de um produto ser substituído por outro, em face de um eventual aumento de preços.

Mesmo em relação a um produto único, tal como um produto gerado por uma patente exclusiva, não há que se concluir, aprioristicamente, que esse produto tem seu próprio mercado relevante. É necessário questionar se existe algum substituto próximo para esse produto, que os consumidores passariam a adquirir em resposta a um aumento de preços.

A fungibilidade do produto, por seu turno, não será aferida a partir das características técnicas do bem ou serviço. O critério é subjetivo, pois depende da visão dos consumidores. Assim, é preciso que, aos olhos do consumidor, os produtos possam ser, sem prejuízo, substituídos um pelo outro.

A pergunta que deve ser feita para a delimitação da variável material do mercado relevante, portanto, é: quais produtos, aos olhos do consumidor, são substitutos para o produto que está sendo analisado? De outra forma, mas na mesma direção, bem coloca PAULA FORGIONI no que concerne à dimensão do produto para a definição do mercado relevante:

[...] deve-se identificar a necessidade do consumidor satisfeita pelo produto que está sendo considerado para verificar se ele está normalmente disposto a substituí-lo por outro(s). Se a resposta for afirmativa, ambos (ou todos) farão parte do mesmo mercado relevante material. Assim, a fungibilidade (ou intercambialidade)

dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico.<sup>85</sup>

A resposta à pergunta acerca da possibilidade de substituição do produto pelo consumidor, contudo, não é simples, porque, de fato, a resposta depende do gosto dos consumidores, e é difícil, se não impossível, mensurar apropriadamente algo tão subjetivo quanto gosto.

Não obstante, tal ponderação é essencial, devendo ser suportada por dados estatísticos e por estimativas razoáveis sobre o possível comportamento dos consumidores, para a definição da dimensão material do mercado relevante.

A dimensão geográfica, por seu turno, consiste no espaço geográfico onde os operadores econômicos em concorrência atuam. Vale dizer, é o espaço geográfico no qual diferentes empresas podem concorrer entre si.

A delimitação da dimensão geográfica é, em certa medida, mais fácil do que a delimitação material, porque envolve, essencialmente, avaliar custos de transporte e a perecibilidade do produto, ainda que outras variáveis, como a disposição do consumidor de deslocar-se para adquirir o produto e a existência de barreiras tarifárias, também tenham influência.

Para a delimitação do mercado relevante o *GUIA PARA ANÁLISE DE CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS* importou do *MERGER GUIDELINES* norte-americano o denominado “teste do monopolista hipotético”, que procura conferir praticidade à análise.

O teste define o mercado relevante a partir dos seguintes passos:

1. Determina quais produtos são produzidos pelas empresas que se concentram e a área geográfica que essas empresas atuam;
2. Questiona se na eventualidade dessas empresas procederem a um “pequeno, porém significativo e não transitório” aumento de preços qual seria o resultado verificado nessa área geográfica, especialmente:

---

<sup>85</sup> FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 207.

- (i) se os consumidores passariam a consumir produtos de outros concorrentes situados dentro da esfera geográfica de atuação das empresas que se concentram; ou
  - (ii) se os consumidores passariam a consumir produtos de outros concorrentes situados fora da esfera geográfica de atuação das empresas que se concentram.
3. Os produtos que se entender que serão consumidos em resposta ao aumento de preço são incorporados à análise, bem como as circunscrições geográficas em que atuam as empresas que os produzem, dessa forma ampliando as dimensões material e geográfica do primeiro mercado previamente definido, que somente contemplava as empresas que se concentram.
  4. Após a adição dos produtos e empresas que se presume que atenderão aos desejos consumidores na eventualidade de um aumento de preços pelas empresas envolvidas no ato de concentração, na forma do item 3 acima, repete-se a análise prescrita no item 2, desta vez considerando não apenas as empresas que se concentram, mas também as que foram adicionadas à análise.
  5. O processo se repete até que “seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços”<sup>86</sup>, isto é, até o momento em que se considere que os consumidores não terão como desviar seu consumo para bens fornecidos por outras empresas que não aquelas que já estão contempladas na análise, na situação, hipotética, de todas as empresas atuarem como um único agente econômico.

Como coloca POSNER, essa deve ser a definição do mercado para fins de aplicação da legislação de proteção da concorrência, pois é nessa delimitação que eventualmente poderá se verificar o exercício do poder de mercado:

---

<sup>86</sup> Conforme dispõe o item 30 do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.

Se perguntarmos porque um pequeno aumento do preço de um produto pode resultar em uma substancial redução da quantidade demandada – porque, em outras palavras, a demanda é elástica ao preço vigente – duas possibilidades se afiguram. O produto pode ter bons substitutos àquele preço, de forma que mesmo um pequeno aumento no preço irá desviar os consumidores para os substitutos. Ou os produtores de algo que não é um bom substituto para o produto podem estar aptos a facilmente passar a produzir o produto, e farão isso se o preço subir, pois no novo preço irão auferir maiores lucros do que estão auferindo antes da mudança. Em suma, a possibilidade de um grupo de produtos agir em colusão é limitada pela existência de produtores de bens que são bons substitutos tanto em relação ao consumo quanto à produção. Todos esses produtores adicionais devem ser considerados para demarcar o grupo de produtores que devem ser considerados que de forma agregada relativamente a uma demanda inelástica, de forma que se eles atuarem em colusão eles poderão restringir oferta e aumentar o preço acima dos níveis competitivos. O grupo expandido é, portanto, um mercado, no sentido de ser um grupo de produtores que têm o poder de aumentar o preço de mercado através de concentração ou colusão, o único sentido que é pertinente para uma análise econômica de concorrência e monopólio.<sup>87</sup>

A aplicação do teste não é trivial, e envolve o gerenciamento de uma série de dados e de premissas, o que requer um conhecimento técnico relativamente sofisticado e uma base de dados estatísticos confiável, sendo que mesmo uma base técnica sólida não é garantia de um resultado indisputável, tendo em vista que as premissas acerca do comportamento de produtores, consumidores e terceiros nunca será imune ao dissenso.

Objeto de especial controvérsia é o que se entende por “pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços”. O Guia define que para a aplicação do teste do monopolista hipotético “a SEAE e a SDE adotarão como referência de um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ de preço

---

<sup>87</sup> “ *If we ask why a slight increase in the price of a product might result in a substantial drop in the quantity demanded – why, in other words, demand is elastic at the current price – two possibilities come to mind. The product may have good substitutes at that price, so that even a slight increase in the price would deflect many consumers to them. Or the makers of something that is not a good substitute in consumption for the product may be able easily to switch to making it and will do so if its price rises, because at the new price they will earn a higher return by making this product instead of whatever they were making before. In short, the ability of a group of sellers to collude is limited by the existence of sellers of products that are good substitutes either in the consumption or in the production. All these additional sellers must be included in order to demarcate a group of sellers that can be assumed to be facing in the aggregate a relatively inelastic demand so that if they collude they would be able to limit output and raise price above the competitive level. The expanded group is thus a market in the sense, which is the only one relevant to an economic analysis of competition and monopoly, of a group of sellers who have the power to increase the market price by merging or colluding?.* POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Chicago : The University of Chicago Press, 2001, p. 148-149.

o aumento de 5%, 10% ou 15%, conforme o caso concreto, por um período não inferior a um ano.”<sup>88</sup>. A definição do mercado relevante tomando-se um aumento de 5% pode, dependendo do caso, divergir bastante da definição tomando-se por base um aumento de 15%.

A flexibilidade para a escolha do percentual a ser aplicado, necessária para possibilitar análises de mercados diversos, não deve, contudo, ser entendida com uma discricionariedade da autoridade antitruste. A escolha do percentual para a delimitação do fato relevante deve ser motivada e justificada pelas características do caso sob análise, para evitar a manipulação da análise, tanto no sentido de enxergar preocupações concorrenciais onde estas não existem, quanto para minimizar uma concentração a partir da qual possa ser inferida a existência de poder de mercado.

Nesse sentido, bem coloca FORGIONI, quando afirma que a definição do mercado relevante é a primeira cláusula de escape para a intervenção antitruste<sup>89</sup>.

Não obstante as dificuldades práticas e teóricas, a definição do mercado relevante é um passo essencial no processo de análise de concentrações, pois a partir da definição do mercado é que se vai aferir se existe ou não probabilidade de exercício de poder de mercado.

#### *2.4.2.2 Medida de concentração do mercado*

Definido o mercado relevante, o passo seguinte prescrito pelo Guia é avaliar a participação das empresas que se concentram.

Como mencionado acima, a concentração é uma condição necessária para o exercício de poder de mercado. A dificuldade reside na definição dos níveis de concentração a partir dos quais determinado mercado passa a funcionar de forma deficiente.

HOVENKAMP pontua que os “economistas em geral concordam que existe uma relação entre tamanho, distribuição do tamanho e número de empresas em um mercado e a probabilidade de colusão. Eles não concordam sobre quais

---

<sup>88</sup> Cfr. Nota de Rodapé 7, no item 30 do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.

<sup>89</sup> *Op. Cit., passim.*



números”<sup>90</sup>, para posteriormente afirmar que a concentração do mercado é importante, mas que existe uma série de questões acerca de como a concentração influencia na performance de um determinado mercado. As posições em face dessas questões têm influência na escolha da forma de aferir a partir de que nível de concentração um mercado passa a operar de forma deficiente:

As questões são de diversas ordens: (1) a que nível o número de firmas em um mercado começa a produzir uma diferença mensurável na performance?; (2) qual é a pertinência das *variações* dos tamanhos das firmas, seja em relação ao mercado em geral ou entre as empresas que se concentram?; (3) qual índice, ou instrumento de medida, melhor reflete a concentração do mercado para fins de aplicação da legislação em relação a concentrações; (4) em que medida as diferenças entre os mercados devem ser levadas em consideração? Apesar de os economistas concordarem de forma bastante abrangente sobre a importância da concentração, eles continuam a discordar sobre as respostas para essas quatro questões. Uma posição adotada acerca delas vai afetar tanto a importância dada a um nível específico de concentração, quanto à escolha de uma “regra”, ou índice, para medir concentração.<sup>91</sup> (grifo do Autor)

Nesse contexto, para medir a concentração do mercado, o Guia faz a opção, de forma não rígida, vale pontuar, pelo método denominado de Razões de Concentração (*concentration ratio*), relativo às quatro maiores empresas que atuam no mercado em questão; e relaciona dois parâmetros de concentração de mercados que evidenciam uma eventual preocupação concorrencial:

1. se as empresas que se concentram vierem a deter – após o ato de concentração – uma participação de 20% no mercado relevante, hipótese na qual se presume a possibilidade de exercício unilateral de poder de mercado; ou
2. se as quatro maiores empresas no mercado relevante tiverem uma participação de 75% nesse mercado, e as empresas que se

<sup>90</sup> “Economists generally agree that there is a relationship between the size, size distribution and number of firms in a market and the likelihood of collusion. They disagree about the relevant numbers”. *Op. Cit.*, p. 510.

<sup>91</sup> “The questions are manifold: (1) at what level does the number of the firms in the market begin to make a measurable difference in performance? (2) what is the relevance of variations in firm size, whether in the market generally or among merging partners? (3) what index, or measurement device, best captures the market concentration concerns of merger policy? (4) to what extent should differences among markets be taken into account? Although economists agree fairly broadly about the general relevance of concentration, they continue to dispute the answers to all four of these questions. One’s position on them affects both the weight given to a particular level of concentration and the choice of a rule, or ‘index’, for measuring concentration.”. *Op. Cit.*, p. 511.

concentram vierem a deter 10%, hipótese na qual se presume a possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado.

A primeira questão para calcular a participação das empresas no mercado é definir qual variável será utilizada para tanto, se a capacidade de produção – quantidades de produção do produto considerando as plantas instaladas –, o valor das vendas – valor total das vendas realizadas pelas empresas – ou o volume de vendas – número de quantidades de unidades vendidas pelas empresas.

O Guia não define qual a variável mais adequada, mas sugere que o valor das vendas seja utilizado quando se tratar de produtos diferenciados, e o volume da produção seja utilizado em mercados com produtos homogêneos, em face da constatação de que em mercados com produtos diferenciados é mais difícil estabelecer uma comparação entre os produtos de empresas concorrentes.

Definido o método para calcular as participações no mercado relevante, o Guia prescreve que em relação às concentrações que não atinjam os parâmetros mencionados acima a análise deve ser concluída, com a constatação de que a concentração não gera efeitos anticoncorrenciais. Vale dizer, nessas hipóteses presume-se que as empresas não terão como influenciar os processos de mercado.

Não obstante a orientação constante do Guia acerca da medida de concentração a ser utilizada e do percentual de concentração a partir do qual se presume preocupações concorrenciais, é consenso que a adoção do método de Razões de Concentração e os limites mencionados acima são apenas referências, e que as autoridades de defesa da concorrência podem adotar outros métodos para avaliar a concentração de mercados, como a variação do Índice Herfindal-Hirschman (HHI)<sup>92</sup>; bem como podem aprofundar a análise mesmo em situações que a concentração não chegue aos níveis acima mencionados, quando outras condições assim recomendarem.

---

<sup>92</sup> O HHI considera o somatório do quadrado das participações de todas as firmas no mercado, podendo variar de zero (mercado atomizado) a 10.000 pontos (100 x 100). O HHI é mais complicado de ser calculado mas, por outro lado, reflete com mais precisão uma concentração de mercado. A variação do HHI é prevista pelo *Horizontal Merger Guidelines* norte-americano para balizar a necessidade de avaliar em profundidade o ato de concentração, como se segue: (a)  $0 < \text{HHI} < 1000$ : não existe preocupação caso o ato de concentração se realize; (b)  $1000 < \text{HHI} < 1800$ : existem preocupação se a variação for igual ou maior a 100 pontos, em relação índice pré-concentração; e (c)  $\text{HHI} > 1800$ : existe preocupação se a variação for maior ou igual a 50 pontos.

### 2.4.2.3 Probabilidade de exercício de poder de mercado

Definido que a empresa resultante do ato de concentração deterá uma participação no mercado relevante da qual é possível inferir ser possível o exercício de poder de mercado, o Guia direciona a análise para fatores que limitariam o eventual exercício de poder de mercado pela empresa que se concentra.

O primeiro fator mencionado pelo Guia é a possibilidade de importações disciplinarem o exercício do poder de mercado.

Considerando um cenário pré-concentração, a autoridade de defesa da concorrência avaliará em que extensão um aumento de preços tornaria atrativa a substituição do produto nacional pelo produto importado. Essa análise, por certo, levará em consideração aspectos relativos ao custo de transporte, existência de barreiras tarifárias e não-tarifárias e gosto dos consumidores.

Nas hipóteses nas quais o produto importado poderia substituir o produto nacional em face de um aumento de preços, a análise recomendaria a aprovação do ato sem restrições, pois eventual poder de mercado não poderia ser exercido.

Vale pontuar que o método de considerar as importações como um impeditivo ao exercício do poder de mercado será apropriado tão-somente nos casos em que, por razões específicas atribuíveis ao mercado que se analisa, as importações não foram consideradas na definição do mercado relevante.

Será necessário que, por alguma razão, a oferta de produtos importados não tenha sido considerada na definição do mercado relevante. *Grosso modo*, pode-se afirmar que, uma vez definido o mercado relevante, essa definição já pressupõe um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços. Caso as importações sejam um antídoto ao exercício do poder de mercado, a princípio somente o seriam quando o nível de preços fosse superior ao nível de preços utilizado para a definição do mercado relevante.

Nesse particular, o Guia deveria ser aprimorado para esclarecer em quais hipóteses as importações deveriam ser consideradas somente após a definição do mercado relevante.

Um segundo fator que inibirá o exercício de poder de mercado, ou que possibilitará o exercício de poder de mercado apenas transitoriamente, é a possibilidade da entrada de novos concorrentes no mercado.

Como mencionado (vide item 1.3.4 supra), a existência de barreiras à entrada é condição *sine qua non* para o exercício do poder de mercado, pois em face de lucros extraordinários é razoável supor que outras empresas irão realizar investimentos para produzir o produto em questão.

Nos termos do Guia, para que a entrada de novos concorrentes seja considerada um fator de inibição do exercício do poder de mercado – na medida em que os agentes econômicos não irão aumentar os preços antecipando a entrada de novos concorrentes –, ou mesmo de erosão de poder de mercado – na medida em que a entrada de novos concorrentes aumentará a oferta e reduzirá os preços – é necessário que a entrada seja “provável”, “tempestiva” e “suficiente”.

O Guia define “entrada provável” em seu item 46, da seguinte forma:

Entrada Provável. A SEAE e a SDE considerarão a entrada provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante. Os preços não poderão ser assegurados pelo possível entrante quando o incremento mínimo da oferta provocado pela empresa entrante for suficiente para causar uma redução dos preços do mercado. Em outras palavras, a entrada é provável quando as escalas mínimas viáveis são inferiores às oportunidades de venda no mercado a preços pré-concentração.

O Guia esclarece que para ser provável que uma nova empresa deseje entrar no mercado a escala mínima que deve ser produzida pela entrante para venda a preços pré-concentração não pode ser superior ao aumento de oferta que levaria os preços a valores abaixo dos níveis pré-concentração.

No que concerne ao prazo o Guia estabelece que será “tempestiva” a entrada que puder ocorrer no período de dois anos, considerando os investimentos que devem ser feitos pelo eventual entrante passar a operar no mercado que se cogita.

Em relação a ser “suficiente” o Guia pondera que deve ser avaliado se o entrante efetivamente vai poder ocupar a parcela de mercado gerado pelo eventual

exercício de poder de mercado, considerando a dinâmica do mercado e o provável comportamento das empresas estabelecidas.

Como já mencionado, a ausência de barreiras à entrada implicará, em regra, na conclusão de não ser necessária qualquer intervenção mediante a aplicação do Direito da Concorrência, porque nessas hipóteses o próprio mercado se encarregará de corrigir a situação, mesmo que logo após o ato de concentração o efeito seja a criação ou o aumento do poder de mercado dos agentes envolvidos.

Existindo barreiras à entrada que sinalizem que a entrada não será provável, tempestiva e suficiente, o Guia recomenda a análise da rivalidade entre as empresas para aferir eventual exercício unilateral e coordenado de poder de mercado.

Ou seja, caso não seja razoável supor que novos entrantes disciplinarão o comportamento dos agentes que se concentram, a análise será no sentido de aferir se é provável que os atuais concorrentes o façam, ou se é possível que após a concentração as condições estruturais favoreçam coordenações oligopolistas que redundem na possibilidade de exercício de poder de mercado por todas as empresas que dele participam.

No que concerne ao exercício unilateral de poder de mercado, deve ser questionado, considerando capacidade instalada, processos de distribuição, fidelidade do consumidor à marca etc., se será possível que a empresa que se concentra restrinja oferta e eleve os preços

Nesse particular deve ser avaliado se o produto em questão é um produto homogêneo ou se é diferenciado, se o produto for homogêneo, pondera-se se é viável que os concorrentes aumentem a produção para responder a eventual restrição de oferta pelas empresas que se concentram. Se não existir capacidade ociosa, deverá ser verificado se o aumento da produção não será limitado pelas mesmas barreiras que impedem a entrada de um novo concorrente.

Se o produto for diferenciado, deve ser sopesado em que medida a preferência dos consumidores pelos produtos das empresas que se concentram impedirá que as demais capturem parte do mercado. Especialmente quando os

produtos das empresas que se concentram consistem na primeira e na segunda preferência do consumidor.

Se consistirem na primeira e segunda opção do consumidor, é razoável concluir que após a concentração a empresa resultante terá algum poder de mercado, pois se antes da concentração o aumento de preços da primeira opção desviaria o consumo para a segunda opção, após a concentração seria possível o aumento de preços da primeira e segunda opção.

No que concerne à avaliação acerca da probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado, o Guia define as condições que tornam maiores as possibilidades de coordenação, que estão presentes quando:

- (a) existem poucas empresas no mercado;
- (b) os produtos e/ou as empresas são homogêneos;
- (c) informações relevantes sobre os competidores estão disponíveis;
- (d) existem condutas empresariais que, ainda que embora não necessariamente ilegais, restringem a rivalidade das empresas.

Essas condições fazem com que, mesmo na ausência de um acordo exposto, o mercado se comporte de forma menos eficiente, pois os concorrentes terão incentivos para reduzir suas ofertas na expectativa de que os demais façam o mesmo e poderão aumentá-la deflagrando uma guerra de preços na eventualidade de uma competição por preços (vide item 1.4 supra).

#### *2.4.2.4 Resultado da análise: probabilidade de exercício de poder de mercado*

Com base nesses elementos será avaliado se a concentração resultante pode implicar na criação ou aumento poder de mercado dos agentes que se concentram, seja no que concerne à possibilidade de exercício unilateral do poder de mercado, seja no que concerne à possibilidade de exercício coordenado de poder de mercado.

Independente da participação no mercado da empresa resultante, é certo, pelas razões que já foram expostas, que somente quando da análise do ato de concentração redundar na probabilidade de exercício de poder de mercado é que se poderá cogitar da intervenção mediante a aplicação do Direito da Concorrência.

Nesse sentido, a análise econômica acerca da probabilidade do exercício de poder de mercado deve fornecer elementos que efetivamente suportem a conclusão de que do ato de concentração resultará a criação ou aumento do poder de mercado.

E nesse particular exige-se, cumulativamente: (a) a plausibilidade das premissas e estimativas utilizadas na análise; e (b) suporte de dados empíricos que efetivamente possam corroborar as respectivas conclusões.

Estimar o impacto do ato de concentração no mercado é, em certa medida, um exercício de futurologia. Não obstante o grande desenvolvimento dos métodos de análise econométrica, é certo que em virtude da natureza da tarefa não é possível afirmar que em todos os casos haverá dados suficientes para estimar o resultado da concentração no mercado ou que todas as premissas efetivamente se verificarão.

Não é possível, por exemplo, antever como uma inovação tecnológica afetará determinado mercado, ou como os consumidores responderão a determinada situação.

Assim, a conclusão pela necessidade de intervenção antitruste deve ser sempre conservadora, no sentido de somente interferir quando diante de uma probabilidade concreta de exercício de poder de mercado, e não apenas um receio ou uma possibilidade remota. Somente quando efetivamente for plausível caracterizar o ato com um ato que, na forma do art. 54 da Lei nº 8.884/94, possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante (e essa análise exigirá um processo analítico específico, como o descrito pelo Guia), é que deverá haver a interferência pela autoridade de proteção da concorrência.

E mesmo nas hipóteses em que do ato de concentração resultar agentes com poder de mercado, isto é, mesmo nas hipóteses em que, após a realização da análise descrita acima, for possível concluir que haverá aumento ou criação de poder de mercado, ainda assim isso não redundará na inequívoca conclusão de que o ato deve ser proibido ou que as autoridades de defesa da concorrência deverão intervir.

Mesmo que ocorra a criação de agentes com poder de mercado, se do ato de concentração resultar eficiências econômicas significativas o ato poderá ser aprovado, ou ser autorizado com restrições.

Essa é a orientação do Guia, consignada em seus parágrafos 70 e seguintes, sendo que o fundamento jurídico para tanto é a norma constante do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, que autoriza a aprovação do ato quando presentes os requisitos que elenca.

Essencialmente, o requisito que autorizará a aprovação do ato, ou, melhor colocando, que exigirá uma análise complementar, nas hipóteses em que for provável o exercício de poder de mercado pelos agentes que se concentram, será a existência de “eficiências econômicas” que suplantem os efeitos negativos do ato de concentração, resultando no que o Guia denomina de “efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade não-negativo” (sic).

O conceito de eficiência será definido a seguir, mas é importante pontuar que a análise das eficiências somente vai ter lugar quando restar inequivocamente comprovadas a efetiva probabilidade de exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado.

Não existindo essa probabilidade, vale frisar, o ato deve ser aprovado sem restrições pelas autoridades de defesa da concorrência.

## **2.5 Conclusões parciais**

Ante o exposto, conclui-se:

1. Concentração econômica consiste na reunião de ativos antes dispersos sob controle comum.
2. A concentração econômica pode aumentar o poder de mercado dos agentes envolvidos.
3. A concentração econômica pode decorrer de crescimento interno da empresa ou de crescimento externo.
4. Existem diversas razões que incentivam as empresas a se concentrarem.



5. Para fins do Direito da Concorrência um ato de concentração é um ato que coloca ativos utilizados em um processo econômico sob uma direção comum.
6. O processo de concentração econômica é inerente ao processo capitalista, e contribui para o desenvolvimento tecnológico e econômico.
7. Um ato de concentração pode concomitantemente gerar benefícios e aumentar o poder de mercado dos agentes envolvidos.
8. Concentração horizontal ocorre quando os agentes que se concentram atuam no mesmo mercado relevante.
9. Devido ao fato de poder aumentar poder de mercado dos agentes envolvidos, diversas jurisdições exercem um controle estrutural antitruste sobre atos de concentração.
10. A avaliação dos atos de concentração é no sentido de verificar se a empresa resultante do ato de concentração poderá exercer poder de mercado.
11. A concentração é condição necessária mas não suficiente para o exercício do poder de mercado, de forma que a análise de atos de concentração considera outros fatores estruturais para avaliar se é possível o exercício unilateral ou coordenado do poder de mercado.
12. Mesmo nas hipóteses em que é provável o exercício de poder de mercado o ato pode ser aprovado se implicar em eficiências econômicas significativas.

Nesse contexto, cumpre definir o conceito de eficiência econômica e como deve ser feita a ponderação entre o aumento de poder de mercado e as eficiências econômicas, quando ambos são decorrentes de um ato de concentração.

### 3 EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS

*[...] autores sobre antitruste que não têm conhecimento de economia fundamentam-se em demasia em valores não-econômicos porque isso permite a eles construir uma política sobre antitruste sem ter que empreender a (às vezes difícil) tarefa de aprender como o sistema de mercado funciona. Essa abordagem pode ser mais fácil no curto prazo, mas é previsível que implicará em dolorosas conseqüências no futuro. **Herbert Hovenkamp**<sup>93</sup>*

*Ainda que a teoria econômica seja indispensável para a nossa tarefa, respostas claras são muitas vezes impossíveis. As complexidades da vida econômica podem passar por cima de modelos teóricos e conhecimentos empíricos. Nós muitas vezes teremos incertezas acerca dos resultados econômicos de determinada prática ou estrutura de mercado sob análise. E também não poderemos sempre prever as conseqüências de proibir determinada conduta. Então devemos muito freqüentemente confrontar o seguinte questionamento: até onde devemos ir em busca da verdade econômica em relação a um caso específico quando os fatos econômicos são, na melhor das hipóteses, obscuros, quando as conclusões econômicas são polêmicas ou indefinidas, e quando a legislação aplicável não fornece uma direção para escolher entre os valores envolvidos. **Phillip Areeda e Louis Kaplow**<sup>94</sup>*

Mesmo quando existe a possibilidade de criação ou aumento de poder de mercado dos agentes envolvidos em um ato de concentração, isso não significa que a autoridade de proteção da concorrência deve necessariamente intervir.

Como dito, se por um lado um ato de concentração pode criar poder de mercado, por outro lado, pode, concomitantemente, gerar eficiências econômicas significativas.

Nos capítulos anteriores já foi feita referência ao conceito de eficiência econômica, inclusive para delimitar o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência, que seria o funcionamento eficiente dos mecanismos de mercado.

Cumprе então detalhar o que deve ser entendido como “eficiência” à luz da legislação de proteção da concorrência e da ciência econômica, e como e em que

<sup>93</sup> “[...]antitrust writers who are untrained in economics rely heavily on noneconomic values because this enables them to have an antitrust policy without undertaking the (sometimes difficult) task of learning how the market system works. That approach may be easier in the short run, but it is calculated to have painful consequences in the long run.”. HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul : West Group, 1999, p. 73.

<sup>94</sup> “Although economic theory is indispensable to our task, clear-cut answers are often impossible. The complexities of economic life may outrun theoretical tools and empirical knowledge. We often will remain uncertain about the economic results of the particular practice or market structure under examination. Nor can we always predict the consequences of prohibiting some particular behavior. Thus we shall time and again meet this question: How far must we search for economic truth in a particular case when the economic facts may be obscure at best, when the relevant economic understandings may be controversial or indefinite, and when the statute does not give us a clear-cut value choice?”. AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. Antitrust Analysis: problems, text, cases. 5th Ed. New York : Aspen Law & Business, 1997, p. 5.

medida a criação de eficiências pode compensar eventual criação ou aumento de poder de mercado dos agentes econômicos.

### 3.1 Conceito de eficiência: o Ótimo de Pareto

O conceito de “eficiência” engloba, *lato sensu*, a idéia de alocar uma combinação qualquer de recursos em uma configuração que produza o melhor resultado possível. Contempla o conceito de reduzir custos e, concomitantemente, incrementar o resultado.

Dependendo da combinação dos recursos de que se cogite, dos critérios eleitos para qualificar o resultado, e da perspectiva a partir da qual se avalie determinado processo econômico; pode-se estar considerando diferentes tipos de “eficiência”.

A principal forma de se avaliar eficiência no que concerne ao bem-estar social é mediante a aplicação do critério definido por Vilfredo Federico Damaso Pareto (1848-1923), italiano, engenheiro por formação, mas reconhecido por seus trabalhos nos campos da economia, sociologia e filosofia.

Em termos paretianos, uma determinada configuração é eficiente se não existe nenhuma configuração alternativa que vá melhorar a situação de uma pessoa sem prejudicar a situação de outra pessoa.

Se os pressupostos mencionados acima se verificarem, isto é, caso não seja possível promover alterações que melhorem a situação de um indivíduo sem piorar a situação de qualquer outro indivíduo, estaremos diante do que se convencionou denominar um “Ótimo de Pareto”.

Considere-se, por exemplo, três configurações possíveis de produção de maçãs e laranjas um nível dado de insumos (ou seja, utilizando-se a mesma quantidade de insumos), e assumindo que todos os membros de uma sociedade atribuem o mesmo valor a uma maçã e a uma laranja, da seguinte forma:

Configuração A: produção de 10 maçãs e 20 laranjas;

Configuração B: produção de 15 maçãs e 15 laranjas; e

Configuração C: produção de 10 maçãs e 10 laranjas;

teríamos que:

- (a) as configurações A e B seriam ótimos de Pareto, uma vez que, considerando o nível dado de insumos, não seria possível aumentar a produção de laranjas sem ter que diminuir a produção de maçãs e vice-versa; e
- (b) a configuração C, contudo, não seria uma configuração eficiente, pois os mesmos insumos permitiriam o aumento da produção de maçãs ou de laranjas sem diminuir a produção de 10 laranjas e 10 maçãs.

A mudança da posição C para a posição A ou para a posição B – que lhe são superiores – aumentaria a eficiência no sentido paretiano, de forma que uma análise, sob o prisma da eficiência, de uma determinada medida que pudesse alterar a situação inicial C para a situação final A ou B recomendaria a adoção da medida.

O conceito de paretiano de eficiência pode ser utilizado para comparar, do ponto de vista da eficiência, a relação entre a configuração C e as configurações A ou B. O conceito paretiano não diz nada, contudo, em relação à prevalência de uma situação sobre outra quando ambas são “ótimos de Pareto”. No exemplo acima a configuração A é tão eficiente quanto a configuração B.

O conceito paretiano de eficiência é, também, um conceito extremamente rígido, na medida em que não admite que nenhum indivíduo tenha a sua situação alterada para pior. Nesse sentido, uma situação de monopólio, por exemplo, seria, sobre o prisma paretiano, uma situação eficiente porque a alteração dessa situação faria com o que monopolista ficasse em pior situação do que a situação anterior.

A rigidez do conceito paretiano de eficiência limita sua aplicação prática. Por esse motivo é utilizada uma variação do conceito paretiano de eficiência, denominado “Pareto potencial” ou “eficiência de Kaldor-Hicks”<sup>95</sup>, que define que uma situação é mais eficiente que outra se os que ganham com a alteração podem compensar os que perdem com essa mesma alteração.

---

<sup>95</sup> O conceito foi desenvolvido pelos economistas Nicholas Kaldor e John R. Hicks. O último dividiu o Prêmio Nobel de Economia de 1972 com Kenneth Arrow por estudos sobre a teoria do equilíbrio econômico e teoria do *welfare*.

Por exemplo, se a alteração da situação A para a situação B vai implicar que os indivíduos X e Y vão ganhar 10 cada um e o indivíduo Z vai perder 12, a situação B é mais eficiente, à luz do critério de Pareto potencial, do que a situação A, porque com os seus ganhos X e Y poderiam compensar Z.

Não é necessário, vale pontuar, que a compensação efetivamente ocorra para que a situação seja efetivamente mais eficiente, mas sim que os ganhos sejam superiores às perdas.

É importante sublinhar que ao utilizar o conceito de eficiência, no sentido acima mencionado, como um critério para, em geral, a avaliação de determinadas situações sociais, e, em particular, para mensurar os ganhos e as perdas geradas por um ato de concentração, isso não significa que a análise de determinada situação sobre o prisma de sua eficiência deve adotar uma perspectiva exclusivamente utilitarista e desconsiderar outros valores e princípios sociais.

Poder-se ia afirmar, por hipótese, que os ganhos decorrentes da abolição dos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência seriam socialmente desejáveis, uma vez que aumentaria o número de condenações criminais, retirando das ruas criminosos que não seriam punidos porque em virtude dessas garantias as provas existentes não seriam suficientes para tanto. Em relação aos inocentes que seriam condenados também por força dessa alteração poderia ser argüido que o benefício para a sociedade como um todo, derivado da condenação dos criminosos que sairiam livres, em muito compensaria o sofrimento dos inocentes. Ou seja, os ganhos de muitos superariam as perdas de alguns.

Essa abordagem, contudo, não se presta, em nosso entendimento, como guia de uma política social responsável, tendo em vista que o que está em jogo é um valor social inestimável que é a liberdade.

Nesse mesmo sentido, a defesa da eficiência como um dos critérios para avaliar o bem-estar social não implica em assumir que esse deve ser o único critério aplicável para todas as situações.

Deve, por certo, prevalecer uma ponderação de princípios e uma prerrogativa de princípios, em linha com a concepção formulada por JOHN

RAWLS<sup>96</sup>, que constrói sua Teoria da Justiça sobre dois princípios de justiça, sendo o primeiro o que afirma que todas as pessoas têm igual direito a um conjunto de direitos e liberdades básicas iguais<sup>97</sup>; e o segundo que as desigualdades sociais e econômicas devem ser permitidas apenas quando beneficiem toda a sociedade.

Segundo RAWLS, os princípios seguem uma hierarquia, o primeiro precedendo ao segundo, de forma que não pode haver uma violação de uma liberdade básica ainda que dessa violação derive uma maior vantagem econômica e social. Qualquer restrição de uma liberdade básica somente pode ser admitida se tiver por desiderato preservar ou aumentar alguma outra liberdade, como detalha RAWLS:

[...] A prioridade da liberdade implica, na prática, que uma liberdade básica só pode ser limitada ou negada a fim de salvaguardar uma ou várias das outras liberdades básicas, e jamais, como eu disse mais acima, em nome do bem público ou de valores perfeccionistas. Essa restrição permanece válida mesmo quando os que se beneficiam da maior eficácia ou compartilham a maior soma de vantagens são aqueles mesmos cujas liberdades básicas são limitadas ou negadas. Como as liberdades básicas podem ser limitadas quando entram em conflito umas com as outras, nenhuma dentre elas é absoluta e não se pode exigir, uma vez instalado o sistema final, que todas as liberdades básicas sejam tratadas igualmente (qualquer que seja o sentido de tal exigência). O que se pode exigir é sobretudo que esse sistema seja garantido de maneira igual para todos os cidadãos, qualquer que seja o modo pelo qual essas liberdades são organizadas a fim de proporcionar um sistema coerente único.<sup>98</sup>

Não há que se defender que a eficiência deve ser sempre o critério que irá determinar todas as políticas públicas e ser o princípio que irá prevalecer sobre todos os demais. Mesmo situações em relação às quais se vislumbre um ganho de

---

<sup>96</sup> Sobre a Teoria da Justiça de John Rawls vide: RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Título original: Justice as Fairness: a restatement.; RAWLS, John. Justiça e democracia. Tradução de Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo : Martins Fontes, 2000. Título original: Justice et démocratie.; RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2a ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002. Título original: A Theory of Justice.; RAWLS, John. Liberalismo político. São Paulo : Ática, 1993. Título original: Political liberalism.

<sup>97</sup> Esse conjunto de direitos e liberdades básicas consiste em: (a) liberdade política (o direito de votar e ocupar um cargo público); (b) liberdade de expressão e reunião; (c) a liberdade de consciência e de pensamento; (d) as liberdades da pessoa, que incluem a proteção contra a opressão psicológica e a agressão física; (e) o direito à propriedade privada e a proteção contra a prisão e a detenção arbitrárias, de acordo com o conceito de estado de direito.

<sup>98</sup> RAWLS, John. Justiça e democracia, p. 150.

eficiência que beneficiará toda a sociedade, não há que se violar direitos e liberdades fundamentais para materializar tais ganhos.

Mesmo quando a análise não considera conceitos morais, mas envolve critérios exclusivamente econômicos, ainda assim pode ser que o critério da eficiência não aponte uma solução socialmente aceitável. Como coloca POSNER, em sua obra clássica sobre a Análise Econômica do Direito, a economia tem limites em relação a questões jurídicas e morais:

[...] A ciência econômica não responde a questão se distribuição de renda e riqueza é boa ou má, justa ou injusta (apesar de ela ser importante para nos informar sobre os custos de alterar a distribuição existente, bem como sobre as conseqüências distributivas de várias políticas), nem responde à crucial questão se uma alocação eficiente de recursos seria social ou eticamente desejável. Tampouco o economista poderá nos dizer, assumindo que a distribuição de renda e riqueza é justa, se a satisfação do consumidor deve ser o valor dominante na sociedade. Portanto, a competência do economista na discussão do sistema jurídico é limitada. Ele pode prever o efeito das regras jurídicas e dos contratos em relação a valor e eficiência, nos seus termos estritamente técnicos, e em relação à distribuição existente de renda e riqueza, mas ele não pode formular receitas imperativas para mudanças sociais.<sup>99</sup>

Há que se ter em perspectiva, ainda, que a mensuração dos ganhos e perdas em decorrência de uma determinada alteração social não é trivial e envolve custos, sendo que, em muitos casos, é extremamente difícil, senão impossível, aferir os ganhos e as perdas de todos os envolvidos.

Não obstante as restrições técnicas, jurídicas e filosóficas associadas às articulações derivadas do conceito de eficiência paretiano, o conceito de “eficiência”, ainda que não deva ser o único conceito que deve balizar a análise social, é um conceito que se presta para, em geral, avaliar os resultados de determinada alteração social e, em particular, para avaliar as conseqüências da

---

<sup>99</sup> “[...] *Since economics does not answer the question whether the existing distribution of income and wealth is good or bad, just or unjust (although it can tell us a great deal about the costs of altering the existing distribution, as well as about the distributive consequences of various policies), neither does it answer the ultimate question whether an efficient allocation of resources would be socially or ethically desirable. Nor can the economist tell us, assuming the existing distribution of income and wealth is just, whether consumer satisfaction should be the dominant value of society. Thus, the economist’s competence in a discussion of the legal system is limited. He can predict the effect of legal rules and arrangements on value and efficiency, in their strict technical senses, and on the existing distribution of income and wealth, but he cannot issue mandatory prescriptions for social change.*”. POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 4<sup>th</sup> Ed. Boston, Toronto, London : Little Brown and Company, 1992, p.14.

intervenção pela legislação de proteção da concorrência, com destaca, com propriedade, HOVENKAMP:

Colocando as críticas de lado, o critério Pareto potencial pode nos ajudar a obter alguma idéia se o efeito líquido de uma prática é um ganho social ou uma perda social. Ele pode nos ajudar a estimar o ganho ou a perda social, embora provavelmente não possamos quantificá-lo precisamente. Além disso, as ambigüidades no critério Pareto potencial são fatores impeditivos somente em casos cujos resultados estão muito próximos. Em muitos casos os resultados não estão tão próximos, e é mais fácil prever que os ganhos sociais superarão as perdas ou vice-versa.<sup>100</sup>

Ainda que não seja, repita-se, o único critério para a análise de políticas públicas, o critério da eficiência é, sempre, um critério importante, e, em alguns casos, o critério determinante.

Especialmente no que concerne à aplicação do Direito da Concorrência, as questões concernentes à eficiência revestem-se de particular relevância.

Se em relação a questões como liberdades individuais, como as descritas no caso hipotético acerca da supressão do devido processo legal, o peso da eficiência na ponderação dos valores envolvidos deve ser quase nulo, em linha com o ideal de justiça rawlsiano, no que concerne a questões relativas à aplicação do Direito da Concorrência verifica-se o oposto.

Como mencionado no capítulo I, a questão crucial que se apresenta quando da aplicação do Direito da Concorrência é, essencialmente, se os mecanismos de mercado estão funcionando de forma eficiente.

Haverá grande margem para discussão a partir dos desdobramentos desse questionamento inicial, como qual medida deve mensurar os graus de eficiência? Como avaliar os efeitos de determinada prática? Se questões distributivas devem ser consideradas, etc.? Entretanto, a questão da eficiência não deve ser subordinada a outras questões ou tratada como uma questão secundária, sob pena de se desvirtuar a aplicação da legislação de proteção da concorrência.

---

<sup>100</sup> “ *These criticism aside, the potential Pareto criterion can help us obtain some idea whether the net effect of a practice is a social gain or a social loss. It may help us estimate the gain or loss, even though we likely cannot quantify it precisely. Furthermore, the ambiguities in the potential Pareto criterion are a disabling factor only in relatively close cases. Many cases are not close, and it is easier to predict that the social gains outweigh the social losses, or vice-versa.*”. *Op. Cit.*, p. 76.



A intervenção por meio do direito da concorrência se traduz em uma intervenção do Estado na esfera do particular, sendo que tal intervenção se justifica a partir da constatação de que tal intervenção irá trazer mais benefícios do que custos sociais.

O exercício do poder de mercado, que se quer evitar pela aplicação da legislação de proteção da concorrência, por seu turno, teria como conseqüência, tal como já exposto (vide item 1.2 supra), restringir a oferta de determinado bem e aumentar o preço desse bem, criando o denominado “peso morto”, distorcendo o sistema de preços e capturando parte do excedente do consumidor.

Assim, a eficiência dos processos de mercado é questão central para o Direito da Concorrência, na medida em que a proteção da livre concorrência e da livre iniciativa tem por desiderato assegurar que os processos de mercado levem à utilização ótima dos recursos econômicos escassos, o que, por seu turno, teria como conseqüência aumentar o valor da produção de bens que visam à satisfação de necessidades humanas.

O que está em jogo é, essencialmente, o funcionamento eficiente dos mecanismos de mercado. Não há uma colisão com outros direitos ou garantias fundamentais, ou com quaisquer liberdades rawlsianas.

Sendo certo que se seria moral e juridicamente equivocado subordinar direitos e garantias fundamentais ao princípio da eficiência, também seria equivocado invocar princípios e axiomas que não têm qualquer conteúdo econômico para definir a aplicação do direito da concorrência a um caso concreto.

A intervenção pelo Direito da Concorrência se justificará, juridicamente, quando implicar em aumentar a eficiência do funcionamento dos mecanismos de mercado, pois do contrário não haveria necessidade de tal intervenção, preservando-se a liberdade do agente econômico de explorar seu patrimônio da forma que lhe pareça mais conveniente, sendo tal liberdade, em um contexto de mercados livres, suficiente para que o processo funcionasse eficientemente.

Quando se ponderar valores em relação à aplicação do Direito da Concorrência há que se ter em perspectiva, portanto, os interesses protegidos pelo

Direito da Concorrência e os interesses que são protegidos por outros diplomas legais, tudo no sentido de evitar que a aplicação do Direito da Concorrência seja utilizada para finalidades diversas das finalidades para as quais foi criada.

Nesse contexto, e para possibilitar a correta análise das complexas situações fáticas, econômicas e jurídicas com as quais os aplicadores da legislação de proteção da concorrência defrontam-se, é importante sublinhar os dois principais tipos de eficiências relacionadas com os processos econômicos e que estão no cerne da questão levantada no presente estudo, que consistem em **eficiência alocativa** e **eficiência produtiva**, para definir como seus incrementos beneficiam a sociedade e como estão relacionadas.

No que concerne ao Direito da Concorrência em geral, e ao controle de concentrações em particular, esses dois tipos de eficiências devem ser considerados e sopesados, tendo em vista que, como será detalhado, os casos difíceis em relação à aplicação do Direito da Concorrência são aqueles nos quais o operador tem que calibrar a intervenção para preservar um tipo de eficiência em detrimento do outro.

Esse ponto é, como mencionado acima (vide item 2.4), a pedra de toque da Escola de Chicago no que concerne a uma política de defesa da concorrência, não apenas em relação a atos de concentração horizontal, mas em relação a todas as práticas reputadas como restritivas da concorrência. Como pontua BORK, “toda a função do antitruste pode ser resumida como o esforço para aumentar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva de forma tão intensa que produza ganho algum ou uma perda líquida para o bem-estar social”<sup>101</sup>.

Cumprido, então, debulhar os conceitos de eficiência alocativa e eficiência produtiva, para avaliar como essas eficiências tocam ao controle de concentrações.

### **3.2 Eficiência alocativa e eficiência produtiva**

O que se convencionou denominar de **eficiência alocativa** diz respeito à alocação dos recursos econômicos a determinada indústria para a produção de um determinado bem.

---

<sup>101</sup> “The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or net loss in consumer welfare.”. *Op. Cit.*, p. 91.

Como mencionado no capítulo I, os recursos econômicos são escassos, sendo a combinação de insumos utilizada em determinada atividade econômica definida a partir do valor gerado por tal atividade econômica, que atrairá recursos para a produção de bens mais valorizados pelos consumidores (o valor gerado pela atividade econômica será definido pela forma pela qual os consumidores valorizam determinado produto).

A combinação de um dado número de insumos levará a um determinado nível de produção. Em um mercado em concorrência perfeita esse nível de produção é atingido no momento em que o custo marginal de produção é igual ao preço do produto (vide item 1.1 supra).

Um mercado em concorrência perfeita é, do ponto de vista alocativo, o mais eficiente possível, pois utiliza uma determinada combinação de insumos que redunde na maior produção possível daquele produto, que, por seu turno, é vendido ao menor preço possível, que é o preço necessário para cobrir os custos de produção e remunerar o capital do produtor.

Produzir mais do que o nível de produção em concorrência perfeita não seria viável porque o custo de aumentar a produção em uma unidade (custo marginal) será maior do que o preço que será obtido pelo produto.

Ainda que sempre possa ser desejável socialmente o aumento da produção, existe um limite, traçado pelo nível de tecnologia e pela disponibilidade de capital, matérias-primas e recursos humanos.

O aumento do valor atribuído pelos consumidores ao bem, com o conseqüente aumento da disposição de pagar mais por tal bem, pode implicar na realocação de recursos para aumentar a produção desse bem, quando então recursos econômicos antes utilizados para a produção de outro bem passarão a ter outra utilização.

O sistema de preços, nesse prisma, aloca de forma mais eficiente os recursos escassos porque os direciona para a produção de bens que são mais valorizados pelos consumidores, tal como esse processo foi apresentado no capítulo I.

Independente da valorização do produto pelos consumidores, o sistema econômico não poderá exceder a fronteira das possibilidades de produção. A combinação de insumos a um nível dado de tecnologia é capaz de produzir um determinado nível de produtos. A fronteira de possibilidades de produção é o limite de bens e serviços que é possível produzir utilizando os recursos econômicos escassos.

Nesse sentido, a eficiência do sistema econômico é socialmente desejável porque a eficiência implica em uma maior produção de bens e serviços para atender às necessidades humanas. Um sistema econômico será tão mais eficiente, portanto, quanto utilize os recursos escassos para a produção de bens que redundem no maior valor possível.

Eficiência alocativa refere-se, assim, à forma pela qual os recursos econômicos estão empregados no processo produtivo.

A existência do peso morto significa que recursos econômicos que **poderiam** estar empregados na produção não estão sendo utilizados, ou estão sendo utilizados para a produção de outros produtos que os consumidores valorizam menos do que o produzido pela indústria que gera o peso morto. A consequência é que haverá a produção de menos riqueza do que seria possível produzir.

Nesse sentido, o sistema econômico será eficiente, em termos paretianos e no que concerne à alocação dos recursos econômicos escassos, quando alocar os recursos em uma combinação que produza bens de maior utilidade, como definem AREEDA e KAPLOW:

[...] No equilíbrio, a alocação de insumos e a produção e distribuição dos produtos em uma economia perfeitamente competitiva será *eficiente* no seguinte sentido específico: não há nenhum re-arranjo de insumos, produtos e distribuição possível que faça alguém melhor sem fazer piorar a situação de outro – quando o bem-estar é medido em termos de preferências do próprio consumidor. Essa formulação é denominada eficiência de Pareto. Corresponde, *grasso modo*, à condição de que não haverá desperdício de recursos na produção de bens e serviços e que o *mix* de bens e serviços produzidos e sua alocação entre consumidores será de acordo com as preferências individuais. O conceito de eficiência é ao mesmo tempo poderoso e frágil: poderoso porque é, justificadamente, a

condição necessária mínima de equilíbrio de qualquer sistema econômico ideal; e frágil porque é apenas um dos vários valores considerados importantes pela sociedade.<sup>102</sup>

Ao coibir práticas que possam redundar na criação ou aumento ou exercício de poder de mercado, o Direito da Concorrência nada mais faz do que evitar que agentes privados estabeleçam configurações que imponham uma forma ineficiente, do ponto de vista alocativo, de utilização dos recursos econômicos escassos.

Como também já exposto no capítulo I, as pressões geradas pelo processo concorrencial tenderiam a levar os preços e a produção a um cenário mais próximo possível de um mercado em concorrência perfeita, sendo que sob o prisma da eficiência alocativa, um mercado que opere em concorrência perfeita é o mais eficiente possível. No outro extremo, uma estrutura de mercado em monopólio gera a maior ineficiência alocativa possível, que se traduz no denominado “peso morto”.

A intervenção pelo Direito da Concorrência para evitar a criação ou o aumento do poder de mercado dos agentes econômicos teria, portanto, a finalidade de evitar a criação de ineficiências alocativas.

Sob uma outra perspectiva, a eficiência de determinada empresa (não do sistema econômico como um todo, ressalte-se) pode ser avaliada pelo prisma da **eficiência produtiva**.

A eficiência produtiva consiste, *grasso modo*, na razão entre o valor da produção de uma empresa e o valor dos insumos utilizados para gerar aquela produção.

Se uma empresa A produz um produto X, que é valorizado pelos consumidores por \$ 100, e para produzir esse produto utiliza insumos que valem \$ 98, essa empresa é menos eficiente que uma empresa B que também produza o

---

<sup>102</sup> “[...] *In equilibrium, the allocation of inputs and the production and distribution of outputs in a perfectly competitive economy will be efficient in the following very specific sense: No rearrangement of inputs, outputs, and distribution is possible that would make someone better off without making someone else worse off – where well-being is measured in terms of consumer’s own preferences. This formulation is called Pareto efficiency. It roughly corresponds to the condition that there be no waste of resources in the production of goods and services and that the mix of goods and services produced and their allocation among consumers will be in accordance with individual preferences. The efficiency concept is at once powerful and weak: powerful because it is arguably the minimum necessary condition of any ideal economic system’s equilibrium, weak because it is only one of many values considered important by our society.*”. *Op. Cit.*, p. 6.

produto X, mas que utilize insumos que valem \$ 97. Isto é, a empresa B consegue gerar a mesma riqueza que a empresa A utilizando menos recursos econômicos.

Enquanto a eficiência alocativa é uma preocupação concorrencial, na medida em que, como visto, a ineficiência na alocação dos recursos econômicos escassos prejudica a sociedade como um todo, dessa forma justificando a intervenção estatal para corrigir essa situação; em relação à eficiência produtiva não há uma preocupação concorrencial direta. O funcionamento dos mecanismos de mercado dá conta de afastar as empresas que são ineficientes do prisma produtivo, como bem coloca HOVENKAMP:

A postura da legislação antitruste em face da eficiência produtiva é afirmativa mas passiva. Por um lado, as políticas antitruste geralmente permitem práticas que aumentam a eficiência produtiva de uma firma, a não ser que a prática também aumente o poder de mercado da firma. Por outro lado, uma firma geralmente não viola a legislação antitruste simplesmente sendo ineficiente. Por exemplo, apesar a integração vertical poder reduzir os custos de uma firma e permiti-la produzir e distribuir um produto a um preço mais baixo, a falha em se integrar não é ilegal sob a égide da legislação antitruste. O próprio mercado disciplina firmas ineficientes.<sup>103</sup>

Uma empresa aumenta sua eficiência produtiva por meio de medidas que implicam em uma utilização racional dos insumos, como a construção de plantas mais eficientes, desenvolvimento de procedimentos que reduzam custos etc.; ou pelo aprimoramento dos produtos que comercializa, como, por exemplo, com investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Não obstante, a questão de eficiências produtivas não é uma questão meramente contábil, de contraste em receita e despesa.

Como coloca BORK, o conceito de eficiência produtiva deve ser avaliado a partir da riqueza gerada por determinada atividade econômica *vis-à-vis* o custo dos insumos utilizados, à luz do valor atribuído pelos consumidores aos produtos em questão, sendo que a eficiência produtiva de uma determinada empresa é medida

---

<sup>103</sup> “ The attitude of the antitrust laws toward productive efficiency is affirmative but passive. On the one hand, antitrust policy generally permits activities that increase a firm’s productive efficiency, unless the activity also enhances the firm’s market power. On the other hand, a firm does not generally violate the antitrust laws simply by being inefficient. For example, although vertical integration may reduce a firm’s cost an permit it to produce and deliver a product at a lower price, failure to integrate is not illegal under the antitrust laws. The market itself disciplines inefficient firms.”. *Op. Cit.*, p. 74.

pelo sucesso dessa empresa no mercado, representado pelo valor do produto que comercializa:

Eficiência produtiva é qualquer atividade de uma empresa comercial que cria riqueza. O conceito é simétrico àquele de eficiência alocativa. Eficiência produtiva, como eficiência alocativa, é um conceito normativo e é definido e medido em termos de bem-estar do consumidor. Considerando que um sistema de mercado livre tem como premissa que os consumidores definem o seu próprio bem-estar, isso redundava que eficiência produtiva consiste em oferecer algo, sejam produtos ou serviços, pelos quais os consumidores desejam pagar. (O senão de que os bens e serviços em questão não podem ser aqueles que a sociedade proíbe a comercialização por outras razões – entorpecentes ou prostituição, por exemplo – é óbvio). A eficiência relativa das firmas é, portanto, medida em relação ao seu relativo sucesso no mercado.<sup>104</sup>

Existe atualmente um consenso de que determinadas medidas que são restritivas da concorrência – não apenas atos de concentração, mas medidas das mais variadas naturezas, tais como acordos verticais, fixação de preços de revenda, contratos de exclusividade, etc. – podem gerar eficiências produtivas de tal ordem que compensem sobremaneira os eventuais impactos negativos sob o prisma concorrencial.

Como dito, mais do que simples reduções de custos, o conceito de eficiência produtiva contém ínsita a premissa de gerar maior diferença possível entre os custos para produzir e o valor atribuído pelos consumidores à produção.

No que concerne, por exemplo, a restrições e atos de concentração verticais quase nenhum dissenso existe no sentido de que tais restrições, na maioria das vezes, não apenas não implicam na criação ou no aumento de poder de mercado dos agentes envolvidos, mas ainda reduzem custos de transação (vide item 2.2.1 supra) e aumentam o valor do produto oferecido ao consumidor final, na medida

---

<sup>104</sup> “ *Productive efficiency is any activity by a business firm that creates wealth. The concept is symmetrical with that of allocative efficiency. Productive efficiency, like allocative efficiency, is a normative concept and is defined and measured in terms of consumer welfare. Since a free market system assumes that consumers define their own welfare, it follows that productive efficiency consists in offering anything, whether products or services, that consumers are willing to pay for. (The caveat that goods and services concerned must not be ones that society outlaws for other reasons – addictive drugs or prostitution, for example, is obvious.) The relative efficiency of firms is therefore measured by their relative success in the market.*” *Op. Cit.*, p. 104 -105.

em que viabilizam investimentos em promoção, divulgação e comercialização do produto ao impedir o *free riding*<sup>105</sup>.

O consumidor compra um café na loja de café especializada, que faz parte de uma rede de franquias, pagando um pouco mais caro por esse café do que o preço que seria cobrado pela lanchonete da esquina, porque atribui a esse produto um maior valor, derivado dos investimentos realizados pelo franqueador – como investimentos em propaganda, distribuição, seleção de insumos, divulgação de *know-how*, etc. –, sendo que esses investimentos somente foram realizados porque foram celebrados acordos restringindo a concorrência do franqueado com outras lojas da franquia e com outros fornecedores que não o franqueador.

A restrição à concorrência pode, como no exemplo acima, conferir um poder de mercado desprezível em face das eficiências que gera, vale dizer, em face do valor que cria sob a perspectiva do consumidor.

Nesses casos não há que se falar que a restrição da concorrência deve ser proibida para preservar a eficiência alocativa, porque é irrisório em face das eficiências geradas o correspondente poder de mercado.

Há hipóteses, contudo, nas quais há a criação de grandes eficiências produtivas, mas tais eficiências são criadas concomitantemente com a criação de ineficiências alocativas de igual magnitude. Nesses casos, é necessária uma ponderação entre os benefícios e os custos.

No que concerne a atos de concentração horizontal, as eficiências produtivas tendem a ser identificadas em relação à redução de custos das empresas, em decorrência de fatores como economias de escala e escopo, padronização de tecnologias mais modernas etc., ainda que eficiências em relação à diferenciação do produto e à redução dos custos de transação também possam ser encontradas; por outro lado, as ineficiências alocativas decorrem do aumento do poder de mercado dos agentes.

---

<sup>105</sup> O fenômeno do *free rider* ocorre quando alguém que se beneficia de um bem em relação ao qual não contribuiu para seu custeio, dado ao caráter específico e indivisível do bem. Por exemplo, a propaganda feita conjuntamente por alguns distribuidores de um determinado produto beneficiará tanto os distribuidores que se cotizaram para custear a propaganda quando os distribuidores que não contribuíram. Estes pegam uma “carona” nos esforços daqueles.



O ponto crucial, no que concerne a atos de concentração horizontal, é, como dito, definir em que medidas as **eficiências produtivas** geradas pelo ato podem compensar as **ineficiências alocativas** decorrentes da criação ou aumento do poder de mercado dos agentes envolvidos.

As legislações de proteção da concorrência que, como a brasileira, admitem “defesas de eficiência”, isto é, que admitem que atos de concentração que criem ou aumentem o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos sejam aprovados desde que criem também eficiências significativas que compensem os efeitos negativos, o fazem ao arrimo do *trade-off* entre eficiências produtivas e alocativas.

No GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL<sup>106</sup> a questão é tratada nos itens 70 a 92, sendo que a condição para a aprovação do ato é que “o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade seja não-negativo”<sup>107</sup>.

O *HORIZONTAL MERGER GUIDELINES* norte-americano em seu item 5 determina que a autoridade de proteção da concorrência não irá contestar o ato de concentração quando “existir a probabilidade de eficiências determináveis serem capazes de reverter o potencial prejuízo para os consumidores gerado pelo ato de concentração no mercado relevante”<sup>108</sup>.

O item 29 das considerações iniciais do REGULAMENTO (CE) N° 139/2004 do Conselho da União Européia milita no mesmo sentido, afirmando que “é possível que os ganhos de eficiência resultantes da concentração compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, o potencial efeito negativo sobre os consumidores que poderia de outra forma ter e que, por conseguinte, a concentração não entrave significativamente a concorrência efetiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste.”<sup>109</sup>.

---

<sup>106</sup> Aprovado pela Portaria Conjunta SDE/SEAE n° 50/2001.

<sup>107</sup> Cfr. item 85 do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.

<sup>108</sup> Dispõe o seguinte trecho do item 5 do *Merger Guidelines*: “*The Agency will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market. To make the requisite determination, the Agency considers whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger’s potential to harm consumers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in that market.*”

<sup>109</sup> Dispõe o citado item 29: “Por forma a determinar os efeitos de uma concentração na concorrência no mercado comum é adequado tomar em consideração as alegações de eventuais e fundamentados ganhos de eficiência apresentadas

Ainda no que concerne ao arcabouço jurídico que disciplina a proteção da concorrência na União Européia, o documento denominado ORIENTAÇÕES PARA A APRECIACÃO DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS NOS TERMOS DO REGULAMENTO DO CONSELHO RELATIVO AO CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS, publicado em 5.2.2004, dedica os seus itens 76 a 88 para detalhar como as eficiências serão consideradas.

Conceitualmente, uma “defesa de eficiências” consiste em demonstrar que, apesar da criação ou do aumento do poder de mercado dos agentes envolvidos no ato de concentração, que irá implicar em ineficiências alocativas, o ato de concentração irá, intrinsecamente, gerar eficiências produtivas de tal ordem que os benefícios desta advindos compensarão, do ponto de vista social, os prejuízos daquelas.

O conceito de ganho líquido de eficiência em um ato de concentração foi apresentado de forma sistemática pelo economista OLIVER E. WILLIAMSON em um famoso artigo publicado em 1968, denominado “*Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs*”, cujo primeiro parágrafo coloca o seguinte questionamento:

Suponha-se que uma concentração (ou outra combinação) sugira a produção de economias, mas ao mesmo tempo aumente o poder de mercado. Os tribunais e as agências antitruste poderiam, nessas circunstâncias, confiar seguramente em uma interpretação literal da lei que proíbe concentrações “em qualquer linha de comércio ou em qualquer parte do país quando o efeito de tal aquisição possa substancialmente diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio”, ou isso implicaria em assumir o risco de serias perdas econômicas?<sup>110</sup>

O trabalho de Williamson, em geral, e o artigo acima mencionado, especificamente, exerceram grande influência nas discussões sobre direito da

---

pelas empresas em causa. É possível que os ganhos de eficiência resultantes da concentração compensem os efeitos sobre a concorrência e, em especial, o potencial efeito negativo sobre os consumidores que poderia de outra forma ter e que, por conseguinte, a concentração não entrave significativamente a concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante. A Comissão deverá publicar orientações sobre as condições em que pode tomar em consideração tais ganhos de eficiência na apreciação de uma concentração.”

<sup>110</sup> “ Suppose that a merger (or other combination) is proposed that yields economies but at the same time increases market power. Can the courts and antitrust agencies safely rely, in these circumstances, on a literal reading of the law which prohibits mergers ‘where in any line of commerce or any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly’, or does this run the risk of serious economic loss?”. WILLIAMSON, Oliver. *Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs*. *American Economic Review*, v. 58, março de 1968, p. 18.

concorrência a partir dos anos setenta, sendo Williamson o único autor influente que era respeitado pelos acadêmicos da Escola de Chicago.

Como será explicitado a seguir, considerando, por hipótese, a transição de uma situação em concorrência perfeita para uma situação em monopólio, Williamson demonstra que uma pequena redução de custos de um ato de concentração já seria suficiente para compensar o peso morto criado.

O artigo de Williamson tem como mérito principal ter deduzido em termos puramente técnicos uma questão que toca intrinsecamente aos objetivos da política de defesa da concorrência, quando as discussões sobre o tema ainda gravitavam em torno da conveniência de proteção aos pequenos comerciantes e da necessidade de se coibir concentrações incipientes, debates cujo paradigma foi a decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana no famoso caso *Brown Shoe*.

Uma fusão entre empresa *Brown Shoe Co.*, o segundo maior revendedor de sapatos, que também produzia sapatos, com a empresa *GR. Kinney Co.*, oitavo revendedor, e que resultaria em uma empresa com 2% (dois por cento) do mercado de revenda de sapatos foi impedida, não obstante o diminuto percentual da participação de mercado, ao arrimo do argumento de que se estava diante do início do processo de concentração de mercado e que esse processo implicaria na saída do mercado de diversos pequenos comerciantes de calçados.

A Suprema Corte posicionou-se no sentido de que ainda que o ato de concentração fosse representar ganhos para os consumidores (em função das eficiências geradas), a legislação antitruste tinha por finalidade proteger a concorrência por meio da proteção dos concorrentes, em especial os pequenos, mesmo à custa dos consumidores. Ou seja, se do ato haveria a redução do preço do produto e essa redução implicaria em retirar do mercado pequenos comerciantes, o ato não deveria ser aprovado.

A decisão, de fato, impedia que consumidores fossem beneficiados com as reduções de custos geradas pela concentração, em prol da proteção dos interesses dos demais participantes do mercado, sendo o seguinte trecho um dos mais citados

pela Doutrina para demonstrar um cabal equívoco na política de defesa da concorrência:

É a concorrência, não o concorrente, que a Lei protege. Entretanto, não podemos nos furtar de reconhecer o desejo do Congresso de proteger a concorrência através da proteção de empresas viáveis, pequenas e localmente controladas. O Congresso apreciaria que eventuais custos e preços altos possam resultar da manutenção de indústrias e mercados fragmentados. Ele resolveu isso em favor da descentralização.<sup>111</sup>

A partir do artigo de Williamson não apenas foi introduzida uma nova perspectiva para a aplicação do direito da concorrência, mais técnica e fundamentada na ciência econômica<sup>112</sup>, mas seguiram-se uma série de variações e uma nova abordagem acerca da licitude e ilicitude dos atos de concentração, todas a partir do contraste entre ganhos e perdas para produtores e consumidores gerados com um ato de concentração.

Como colocam ALAN A. FISHER e ROBERT H. LANDE, as discussões geradas a partir do trabalho de Williamson tiveram como efeito alterar o consenso jurídico e econômico em relação às eficiências geradas por um ato de concentração, e mudaram o foco da discussão sobre eficiências. Os debates não mais gravitaram em torno da conveniência de se considerar eficiências na política de defesa da concorrência, mas passaram a se concentrar em qual deve ser o método correto para ponderar os benefícios de um ato de concentração em face de seus efeitos sociais indesejáveis<sup>113</sup>.

Nesse sentido, cumpre discorrer sobre o modelo de Williamson e seus fundamentos.

---

<sup>111</sup> "It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress' desire to protect competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved this in favor of decentralization. We must give effect to that decision". Fonte: AMATO, Giuliano. *Antitrust and the bounds of power*. Oxford: Hart Publishing, 1997. p.18.

<sup>112</sup> Bork introduz o seu modelo de *consumer welfare* ilustrando-o a partir do diagrama de Williamson. Cfr. BORK, Robert H.. *Op. Cit.*, p 107-133.

<sup>113</sup> "Although Williamson's model drew considerable comment, much of which challenge his quantitative results, the main effects of the dialogue have been to change the economic and legal consensus to regarding efficiencies resulting from merger as socially desirable, and to focus policy discussions on finding the best method for performing the tradeoff analysis to maximize the net benefits from mergers.". FISHER, Alan A.; LANDE, Robert H. Efficiency considerations in merger enforcement. *California Law Review*, n° 71, dezembro, 1983, p. 14.

### 3.3 O modelo de Williamson

O modelo de Williamson parte de um mercado em concorrência perfeita, no qual preço e quantidade produzida são definidos, como exposto no capítulo I, pelo cruzamento da curva do custo marginal com a curva da demanda agregada.

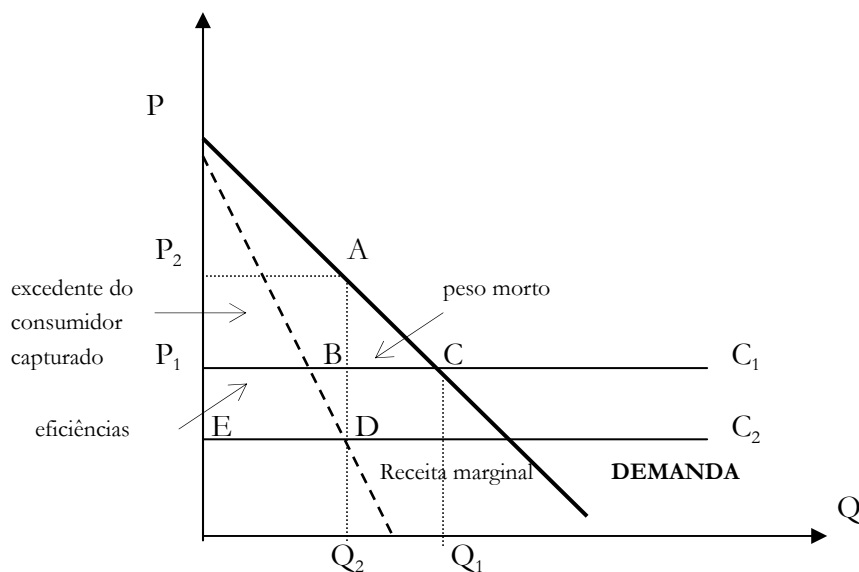
Assumindo que um ato de concentração entre as empresas confira às mesmas poder de monopólio, o modelo assume que:

- (a) as empresas, após a concentração, exercerão poder de mercado, mediante restrição de oferta e cobrança de preços supracompetitivos; e
- (b) haverá uma redução de custos, decorrentes de eficiências produtivas geradas pelo ato de concentração (por exemplo, se antes da concentração o custo do produto era de \$ 10, após a concentração, em função das eficiências, o custo passaria a ser de \$ 8).

Com base nas duas suposições mencionadas acima, o modelo informa que:

- (a) o preço e a quantidade produzida, seguindo a racionalidade do monopolista, será fixado na interseção da curva do custo com a receita marginal (que é decrescente);
- (b) a fixação do preço e da quantidade produzida na forma mencionada no item “a” acima, terá como consequência gerar o peso morto, que, como mencionado acima, consiste em uma **ineficiência alocativa**; e
- (c) a redução dos custos gera uma **eficiência produtiva**, permitindo que recursos econômicos antes alocados na produção do bem em questão sejam direcionados a outras finalidades.

O seguinte gráfico ilustra o que foi exposto acima:



Com a redução de custos de  $C_1$  para  $C_2$  e a restrição de oferta de  $Q_1$  para  $Q_2$  ocorre:

- (a) criação de um peso morto, correspondente à área representada pelo triângulo formado pelos pontos A, B e C (**área ABC**);
- (b) redução do excedente do consumidor, sendo tal redução representada pelo somatório: (i) da área correspondente ao peso morto, mencionada no item “a” acima (**área ABC**); com (ii) a área do retângulo delimitado pelos pontos  $P_1$ ,  $P_2$ , A e B (**área  $P_1, P_2 AB$** );
- (c) a apropriação, pelo monopolista, da área mencionada no item “b” (ii) acima, (**área  $P_1, P_2 AB$** ); e
- (d) geração de eficiências em decorrência da redução de custos, cujo valor é representado graficamente pela área do retângulo delimitado pelos pontos  $P_1$ , B, D e E (**área  $P_1 BDE$** )

A idéia central é que se a área correspondente ao peso morto (**área ABC**) for menor do que a área relativa ao ganho de eficiência gerado pelo ato de concentração (**área  $P_1 BDE$** ), as eficiências geradas pelo ato de concentração compensariam os prejuízos decorrentes do exercício do poder de mercado.

Caso os ganhos de eficiência superem o peso morto, a nova situação é mais eficiente à luz do critério de eficiência de Pareto potencial, pois os produtores poderiam compensar os consumidores.

Williamson pondera que mesmo sob variadas elasticidades de demanda uma pequena redução dos custos já seria suficiente para compensar o peso morto criado pela restrição de oferta, conforme se infere da seguinte tabela que relaciona a redução de custos em função da elasticidade da demanda e do aumento de preços após o ato de concentração.<sup>114</sup>:

elasticidade	2	1	0,5
aumento de preços			
5	0,25	0,12	0,06
10	1	0,5	0,25
20	4	2	1
30	9	4,50	2,25

Segundo Williamson, um aumento de preços de 20% seria, por exemplo, compensado por uma redução do custo médio do produto de 2%, caso a elasticidade da demanda seja 1, ou de 4%, caso a elasticidade da demanda seja 2.

Em que pesem todas as ponderações de ordem metodológica e axiológica sobre o modelo de Williamson – sendo que o próprio faz uma série de ressalvas ao que denomina de “modelo ingênuo” –, é importante destacar o ponto colocado, em termos técnicos, pelo modelo: **coibir a criação do poder de mercado nem sempre vai significar, em termos paretianos, maior eficiência econômica.**

É tentador, à primeira vista, rejeitar a validade da proposição ao arrimo da assertiva de que se haverá criação de peso morto e aumento de preços o consumidor será necessariamente prejudicado e, portanto, deverá haver a intervenção estatal.

Esse silogismo, entretanto, não é necessariamente verdadeiro, porque há que se considerar que os recursos antes empregados na produção do bem em questão agora estão livres para serem utilizados em outras atividades econômicas, na produção de outros bens ou serviços, de forma que outros consumidores serão

<sup>114</sup> WILLIAMSON, Oliver. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *American Economic Review*, v. 58, março de 1968, p. 23.

beneficiados porque os recursos que antes não estavam disponíveis porque estavam empregados na produção do bem agora estão livres para a produção de outros bens.

Mesmo que, por um lado, a sociedade tenha seu bem-estar reduzido em função da criação do peso morto, por outro lado, uma série de outros consumidores, não identificáveis, terão seu bem-estar aumentado, aceitando a suposição razoável de que os recursos antes empregados na produção do produto em questão, e que foram economizados em função do ganho de eficiência, serão redirecionados para a produção de outros bens.

Do ponto de vista estritamente econômico, a captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores também não pode ser considerada como uma perda social, pois essa riqueza estará circulando na sociedade. Sob esse prisma, questões redistributivas podem ser equacionadas através da tributação da renda das empresas e dos acionistas, ou por outro meio que não evitando que o ganho social ocorra.

Sob essa perspectiva, do ponto de vista da sociedade como um todo a operação apresentaria um efeito líquido positivo sobre o bem-estar econômico, desde que a valoração seja feita apenas em termos de excedentes econômicos, sem se preocupar como esses excedentes são distribuídos dentro da sociedade. A riqueza da sociedade aumentaria após a realização do ato.

A ciência econômica não fornece, em relação à transferência de renda dos consumidores para os produtores, subsídios técnicos para sustentar a assertiva de que essa transferência representa um prejuízo social. Da perspectiva da eficiência econômica, se os ganhos de eficiência são maiores do que o peso morto, mesmo considerando a transferência de parte da renda dos consumidores para os produtores estar-se-ia, como dito, diante uma situação mais eficiente à luz dos critérios de Pareto potencial.

Nessa linha, MANKIW, afirma que a transferência de renda de consumidores para produtores não deve ser considerada, porque a eficiência



econômica não informa que os consumidores sejam mais merecedores do que os produtores<sup>115</sup>.

Essa afirmação não é destituída de racionalidade. Para se concluir que a transferência de renda representa uma perda social é necessário concluir que os consumidores seriam, por algum motivo (não necessariamente pelo critério de eficiência), mais merecedores dessa renda que os produtores.

Os que defendem o argumento da primazia do consumidor com argumentos econômicos (não jurídicos) o fazem ao arrimo das seguintes assertivas:

- (a) os consumidores são mais pobres que os produtores;
- (b) a transferência de renda dos consumidores (mais pobres) para os produtores (mais ricos) agrava esse problema; e
- (c) a teoria da utilidade marginal informa que uma unidade monetária tem muito mais utilidade<sup>116</sup> para um pobre (consumidor) do que para um rico (produtor).

A validade dessa conclusão decorre, por certo, da validade da premissa de que os consumidores seriam sempre mais pobres do que os produtores, o que nem sempre será verdadeiro.

POSNER, particularmente, afirma que esses argumentos são populistas, e que:

- (a) mesmo que se considere a utilidade marginal de um dólar é menor para um bilionário e do que para um mendigo, no que concerne a empresas, a titularidade do capital tende a ser de outras pessoas físicas e fundos de pensão que aplicam no mercado de capitais, de forma que não seria correto afirmar que os todos consumidores atribuem a um dólar uma utilidade maior do que os produtores, porque os produtores não seriam mais ricos do que os consumidores;

---

<sup>115</sup> MANKIW posiciona-se nos seguintes termos: “A menos que os consumidores sejam por alguma razão mais merecedores do que os produtores – um julgamento que vai além dos limites da eficiência econômica – o lucro monopolista não é um problema social.”. *Op. Cit.*, p. 329.

<sup>116</sup> O termo “utilidade” é aqui utilizado em seu sentido econômico.

- (b) existem custos para se tornar um monopolista, sendo que esses custos podem representar renda para outros indivíduos, que não os produtores, e que não necessariamente serão mais ricos que os consumidores; e
- (c) mesmo os acionistas da empresa monopolista somente aufeririam ganhos excepcionais uma única vez, quando a empresa atingisse a condição de monopolista, pois em relação a qualquer venda de ações ocorrida após esse evento, as ações já seriam valoradas considerando os lucros extraordinários.

Esses argumentos são apresentados nos seguintes termos:

Populistas reclamam que a monopolização transfere riqueza dos consumidores para os acionistas das empresas monopolistas, uma redistribuição que vai dos menos para os mais ricos. A transferência, diverso da restrição de oferta que o preço monopolista implica, não tem efeito direto na eficiência, apesar de alguns economistas terem argumentando que, devido a utilidade marginal da renda, uma transferência de renda de uma pessoa rica para uma pessoa pobre tem mais utilidade para pessoa pobre do que reduz a utilidade para a pessoa rica. O argumento é plausível em casos extremos: um dólar certamente confere mais utilidade para um indigente do que para um bilionário. Aplicado a monopolistas e cartéis esse argumento é prejudicado não apenas pelo crescente e amplo investimento em ações, tanto diretamente quanto através de fundos de pensão, mas também pelo ponto comentado antes, que a concorrência para se tornar um monopolista tenderá a transformar os ganhos esperados em custos sociais, que consistiram em renda para pessoas que não serão necessariamente mais ricas do que os consumidores do produto do monopólio. E mais, quaisquer ganhos extraordinários decorrentes da monopolização somente serão desfrutados pela primeira geração de acionistas do monopolista, uma vez que qualquer um que comprar suas ações pagará um ágio igual ao valor presente descontado dos lucros de monopólio esperados, e portanto auferirá apenas retornos normais, não de monopólio. [...]<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> “ Populists complain that the monopolization transfers wealth from consumers to the stockholders of monopolistic firms, a redistribution that goes from the less to the more wealthy. The transfers, unlike the restriction in output that monopoly price entails, has no direct effect on efficiency, though some economists have long argued that, given diminishing marginal utility of income, a transfer of income from a wealthy to a poor person increases the utility of the poor person more than it reduces the utility of the wealthy person. The argument is plausible in extreme cases: a dollar surely confers more utility on an indigent person than on a billionaire. But applied to monopolies and cartels, it is undermined not only by the increasingly bound ownership of common stock, both directly and by virtue of pension-fund investments in the stock market, but also to the point made earlier that competition to become a monopolist will tend to transform the expected gains from monopoly into social costs experienced by income by people not necessarily wealthier than the consumers of monopoly’s product. What is more, any windfall gains from monopolization will be enjoyed only by the first generation of the monopolist’s shareholders, since anyone who buys their stock will pay a premium equal to the discounted present value of the expected monopoly profits, and so will earn only a normal, not a monopoly, return in the investment.[...]”. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2<sup>nd</sup> Ed. Chicago : The University of Chicago Press, 2001, p.24.

Esses argumentos, apesar de logicamente estruturados, comportam críticas.

Em um primeiro momento, vale pontuar que as considerações de POSNER somente seriam válidas em sociedades nas quais existisse um mercado de ações bastante desenvolvido, no qual a sociedade investisse de forma maciça em ações, o que não é, por exemplo, a realidade brasileira.

Em segundo lugar, aceitar a captura de parte do excedente do consumidor pelo monopolista seria aceitar que o poder de mercado poderia ser legitimamente exercido, o que criaria incentivos para a destinação de recursos para a sua obtenção.

Assumindo que do ponto de econômico qualquer transferência de renda não consentida é neutra, a conclusão seria a de que o furto não deveria ser reprimido porque representaria tão-somente uma transferência de riqueza.

Mesmo sem detalhar as questões de ordem moral e jurídica que militam contra esse entendimento, apenas do ponto de vista da eficiência econômica esse fato já seria nocivo, tendo em vista os incentivos que tal entendimento criaria para a atividade criminosa e, como contrapartida, os custos que seriam incorridos para evitar a subtração do patrimônio.

Há razões para crer, ainda, que a não ser em uma sociedade que a titularidade do capital das empresas esteja pulverizada no mercado de ações, os produtores estão em menor número que os consumidores, desse fato decorrendo que têm incentivos ainda maiores para manter uma situação na qual seja factível o exercício de poder de mercado, tendo em vista que o ganho de um produtor em particular será muito superior às perdas difusas dos consumidores, de forma que os primeiros envidarão todos os esforços para manter essa situação, enquanto estes, quando muito, farão esforços débeis.

Por outro lado, mesmo admitindo-se inatacável o argumento econômico de que a transferência de renda dos consumidores para os produtores não consiste em um problema de eficiência econômica, determinadas situações sociais não comportariam, por outros motivos, a aplicação rígida dessas premissas.

Por exemplo, se um ato de concentração envolve a produção de medicamentos, à parte de qualquer consideração econômica não nos parece que não seria razoável consentir que a transferência de renda dos consumidores para os produtores deva ser tratada com indiferença.

Considerando que a fundamentação econômica que autoriza a defesa de eficiências é que os recursos economizados pelas empresas que se concentram serão disponibilizados para emprego em outras indústrias, beneficiando outros consumidores, e que haverá aumento da riqueza total da sociedade, ao entender que em relação a produtos essenciais como medicamentos a transferência de renda dos consumidores para os produtores deveria ser ignorada em função das eficiências produtivas, estaríamos sugerindo que os consumidores de medicamentos deveriam consumir menos desse produto e pagar um preço maior para os produtores, para que os produtores e, eventualmente, outros consumidores, talvez de supérfluos, possam ter seu bem-estar aumentado.

Talvez o efeito líquido para a sociedade em termos de criação de riqueza seja positivo, mas esse aumento de riqueza estaria em conformidade com os princípios e garantias fundamentais se impusesse aos consumidores de medicamentos o ônus associado à criação dessa riqueza? Ou, como coloca RONALD DWORKIN em sua contundente crítica à análise econômica do Direito, a sociedade ficaria melhor em algum aspecto se a riqueza total fosse aumentada dessa forma<sup>118</sup>?

Mas as mesmas premissas também se prestam para afirmar que não é toda e qualquer transferência de renda dos consumidores para os produtores será sempre socialmente reprovável.

---

<sup>118</sup> DWORKIN ilustra um de seus argumentos contra uma visão econômica do Direito com o seguinte questionamento: “ Considere este exemplo hipotético. Derek tem um livro que Amartya quer. Derek venderia o livro a Amartya por \$2 e pagaria \$3 por ele. T (o tirano encarregado) toma o livro de Derek e o dá a Amartya com menos gasto de dinheiro ou equivalente do que seria consumido em custos de transação se os dois fossem regatear a distribuição do valor excedente de \$1. A transferência forçada de Derek para Amartya produz um ganho de riqueza social, embora Derek tenha perdido algo que valoriza sem nenhuma compensação. Chamemos de ‘Sociedade 1’ a situação que ocorreu através da transferência forçada e de ‘Sociedade 2’ a que ocorreu depois dela. A Sociedade 2 é superior à Sociedade 1 *em qualquer aspecto*? Não estou perguntando se o ganho de riqueza é superado pelo custo em justiça, ou em igualdade de tratamento, ou em qualquer outra coisa, mas se o ganho de riqueza, considerado por si só, chega a ser um ganho. Acho que a maioria das pessoas concordaria comigo se eu dissesse que a Sociedade 2 não é melhor em nenhum aspecto.” (grifos do Autor). DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges, revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo : Martins Fontes, 2001, p. 359-361. Título original: A Matter of Principle.

Considerações acerca da transferência de renda dos consumidores para os produtores que levem em conta a qualidade dos consumidores e produtores levariam à conclusão de que em alguns casos a sociedade não deveria privar-se dos ganhos de eficiência para preservar os consumidores.

Por exemplo, se o produto em questão consistir em produtos supérfluos, como anéis de brilhantes, não seria correto afirmar que os produtores estão em melhor situação que os consumidores, e que qualquer transferência de renda dos consumidores para os produtores deveria ser proibida. Não seria razoável defender que, nesse caso, as eficiências econômicas (que beneficiariam a sociedade como um todo) devam ser sacrificadas para evitar uma transferência de renda que do ponto de vista econômico é neutra, com o intuito de preservar os excedentes dos consumidores de supérfluos.

Sob um outro prisma, quando se analisa a questão do ponto de vista jurídico e quando se aceita como premissa básica que o objetivo da legislação de proteção da concorrência é evitar a criação e o exercício de poder de mercado, a questão sobre a transferência de renda dos consumidores para os produtores não mais toca à qualidade, à riqueza ou ao merecimento dos consumidores ou produtores, mas passa ser proibida tão-somente por se traduzir no exercício de poder de mercado, como sustenta, com propriedade, ROBERT LANDE:

[...] Quando o Congresso aprovou a legislação antitruste efetivamente determinou que os consumidores deveriam ter o direito de propriedade sobre o que hoje é denominado “excedente do consumidor”. A criação e o exercício do poder de mercado para forçar consumidores a pagar preços supracompetitivos constitui “roubo” de sua propriedade que tanto irritou o Congresso em 1890.

A preocupação do antitruste em evitar essa transferência é diferente da preocupação com a distribuição geral de renda na sociedade. Retornando à analogia do roubo, se nós estamos tentando determinar se eu posso roubar a carteira do Sr. Rule, não interessa se o Sr. Rule é mais rico do que eu. Os ricos têm direito a ter sua propriedade protegida, e os pobres não têm direito de roubá-la. Da mesma forma, todos os consumidores, ricos e pobres, têm o direito de comprar bens a preços competitivos. Nenhum cartel, mesmo se seus acionistas são pobres e se os clientes são ricos, tem o direito de roubar através da cobrança de preços supracompetitivos. Não existe essa exceção na legislação antitruste, de forma que nós não devemos perder tempo pesquisando a riqueza do produtor e do

consumidor quando estamos tentando analisar a legalidade de várias estruturas negociais.<sup>119</sup>

Nesse sentido, ainda que sob a perspectiva da eficiência do sistema econômico a transferência de renda dos consumidores para os produtores efetivamente não seja um fator de relevo (porque efetivamente não há qualquer fundamentação econômica que indique ser tal transferência uma perda social), há que se ponderar que a transferência de renda dos consumidores para os produtores poderá, em alguns casos, ensejar críticas de ordem moral e ser socialmente reprovável, como também haverá casos em que será razoável defender que a sociedade não deve se privar dos ganhos de eficiência.

Essa transferência de renda, mesmo aumentando a eficiência em sentido paretiano, pode ser também considerada ilícita pelo ordenamento jurídico, independente de qualquer consideração acerca da qualidade dos consumidores e produtores envolvidos no ato, caso a legislação vigente não aceite nenhuma exceção em relação ao exercício de poder de mercado.

Toda a dificuldade de equacionar essa questão reside, como será explicitado no capítulo seguinte, na ausência de critérios objetivos para definir quando a transferência de renda dos consumidores para os produtores deve ser admitida e quando deve ser proibida.

Ainda que a transferência de renda seja o ponto de maior controvérsia, existem outras críticas ao modelo. HOVENKAMP afirma que a área do peso morto do diagrama de Williamson provavelmente não representa todo o custo social derivado do ato de concentração (as áreas  $A_1$ ,  $A_2$  e  $A_3$  referidas na citação correspondem, respectivamente, às áreas ABC – peso morto; P1, P2 AB – renda capturada pelos produtores; e P1 BDE – ganhos de eficiência – do diagrama acima):

---

<sup>119</sup> “[...] *When Congress passed the antitrust laws it in effect determined that consumers should have the property rights that we today term ‘consumers’ surplus’. The formation and use of market power to force consumers to pay supracompetitive prices constituted the ‘stealing’ of their property that so angered Congress in 1890.*

*Antitrust’s concern with preventing this transfer is different from a concern with the overall distribution of wealth in society. To return to the stealing analogy, if we are attempting to determine whether I can take Mr. Rule’s wallet, it doesn’t matter whether Mr. Rule is wealthier than I am. The rich are entitled to have their property protected, and the poor have no right to steal it. Similarly, all consumers, rich and poor, have the right to purchase competitively priced goods. No cartel even if its stockholders are poor and its customers are rich has a right to steal by charging supracompetitive prices. There are no such exceptions in the antitrust laws, so we should not waste effort inquiring into producer and consumer wealth when we are attempting to analyze the legality of various business arrangements.”* LANDE, Robert H. Chicago’s False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust. *Antitrust Law Journal*, agosto 1989.

[...] sua descrição do triângulo  $A_1$  na figura como os custos de eficiência de um ato de concentração provavelmente descreve de forma insuficiente o verdadeiro custo social. Os retângulos  $A_2$  mais  $A_3$  representam os potenciais lucros de monopólio da firma após o ato de concentração. Uma firma maximizadora de lucros desejará gastar recursos substanciais para adquirir ou manter determinado poder de monopólio. Se um ato de concentração em particular dará à firma \$1.000.000 em lucros adicionais de monopólio, a firma gastará até \$1.000.000 para realizar o ato de concentração e manter sua posição monopolista. Ela poderá gastar esse dinheiro de formas altamente ineficientes, como espionagem, preços predatórios contra uma potencial empresa a ser incorporada, ou litigância de má-fé.<sup>120</sup>

Um outro ponto que se coloca é que o modelo analisa a questão de forma estática, não considerando que as eficiências alegadas como decorrentes da concentração que poderiam ser alcançadas ao longo de um determinado período, por outros meios.

Nesse sentido o modelo autorizaria o exercício de poder de mercado para garantir a fruição de eficiências que seriam geradas de qualquer forma.

Outro senão é que o modelo parte de um mercado em concorrência perfeita para um mercado monopolizado, o que quase nunca acontece na prática, onde os casos de atos de concentração tendentes a criar, concomitantemente, empresas com poder de mercado e significativas eficiências econômicas usualmente têm como cenário um mercado em oligopólio.

Quando se considera a questão sob um mercado oligopolizado outras variáveis e outras ponderações têm que ser adicionadas às premissas e considerações iniciais, tais como: o grau de coordenação oligopolística no mercado antes e depois do ato de concentração; dificuldades de comparação entre produtos de empresas concorrentes; eventual diferença das elasticidades de demanda; etc.

A introdução dessas novas variáveis aumenta exponencialmente a complexidade da avaliação, mesmo colocando de lado a questão sobre a captura do excedente do consumidor.

---

<sup>120</sup> “[...]his description of triangle  $A_1$  in the figure as the efficiency costs of a merger probably understates the true social cost. Rectangles  $A_2$  plus  $A_3$  represent potential monopoly profits to the post-merger firm. A profit maximizing firm will be willing to spend substantial resources in an effort to acquire or retain a certain amount of monopoly power. If a particular merger will give a firm \$1,000,000 in additional monopoly profits, the firm will spend up to \$1,000,000 in order to accomplish the merger and then retain its monopoly position. It could spend this money in highly inefficient ways, such as espionage, predatory pricing against a potential take-over target, or vexatious litigation.”. *Op. Cit.* p. 502.

Especialmente em mercados oligopolizados, há que se ter em perspectiva que as eficiências reduzirão os custos apenas das empresas envolvidas, mas que o poder de mercado poderá ser exercido por toda a indústria. Ou seja, toda a indústria poderá eventualmente elevar os preços, gerando peso morto, mas somente em relação às empresas que se concentram haverá redução de custos.

Nestas hipóteses, as reduções de custo terão que ser maiores do que as estimadas na tabela de Williamson, pois deverão compensar não apenas o peso morto gerado pela restrição de oferta das empresas que se concentram, mas também o peso morto das demais empresas do mercado oligopolizado.

Por fim, uma crítica não apenas ao modelo em si, mas a toda à sugestão de que eficiências e peso morto podem ser mensurados para fins de orientação da aplicação da legislação de proteção da concorrência, é ser virtualmente impossível efetivar a medição dos ganhos de eficiência e do peso morto, mesmo quando se trata da hipótese de transição do mercado em concorrência perfeita para o de monopólio, sendo que o grau de complexidade aumenta, como dito, quando se considera o ato de concentração em um mercado em oligopólio.

Nesse sentido, os custos incorridos para avaliar a questão poderiam ser proibitivos, sem que tal análise possa ser reputada como conclusiva e extenuante de dúvidas, mormente se a questão for discutida perante o Poder Judiciário.

Nesse sentido posiciona-se BORK:

Apenas o problema técnico das eficiências já está provavelmente fora das capacidades da lei. Imagine uma grande firma que produz vários produtos e opera em distintos mercados de produto e geográficos. Isso significaria o estudo de não apenas uma, mas numerosas curvas de custo marginal. Para cada uma dessas curvas teria que ser enfrentado o problema de separar custos fixos e variáveis e o insolúvel problema de segregar e alocar custos comuns. [...] Além disso, os custos marginais reais incluem um retorno “normal” sobre os vários recursos empregados, o que inclui os custos de oportunidade, estes consistindo no retorno que os vários recursos obteriam pelo uso alternativo mais rentável na economia. Nós devemos ser céticos, portanto, sobre qualquer curva de custo marginal que se proponha a refletir apenas as eficiências técnicas de uma firma, especialmente uma grande e complexa firma.<sup>121</sup>

---

<sup>121</sup> “ The problem of technical efficiencies alone is likely to be beyond the capacities of the law. Imagine a large firm making several products and operating in distinct product and geographic markets. This would mean the study of not one but a number of technical marginal



Na mesma linha posiciona-se POSNER:

[...] Raramente é possível determinar através de um processo judicial o efeito de um ato de concentração nos custos de uma firma criada pelo ato. Se a concentração não foi ainda consumada, a percepção da redução de custos será no futuro e, portanto, é uma questão de especulação temperada com esperança. Se a concentração já foi efetuada, desentranhar os seus efeitos de outras influências nos custos das firmas é provavelmente impraticável. Em ambos os casos será necessário, mas usualmente impossível, determinar quando as eficiências poderiam ter ocorrido sem o ato de concentração, ou seja, por crescimento interno ou mudanças administrativas.<sup>122</sup>

Para os autores da Escola de Chicago a questão das eficiências deve decorrer da presunção de que as mesmas serão criadas, e que, na dúvida, as autoridades de proteção da concorrência não devem intervir.

Sob essa linha de argumentação, não caberia uma avaliação caso a caso das eficiências geradas, e tampouco deveria ser imposto às empresas os ônus de demonstrar as eficiências geradas pelo ato para tê-lo aprovado. As diretrizes para a aplicação da legislação de proteção da concorrência deveriam prever parâmetros altos para presumir a existência de poder de mercado, já considerando que o ato de concentração geraria eficiências.

POSNER chega a sugerir, como um método de aferição indireta do efeito líquido da concentração, a análise do comportamento do mercado de ações em relação ao preço das ações dos **concorrentes** das empresas que se concentram, em resposta ao anúncio da concentração.

Segundo POSNER, a análise da variação no preço das ações das empresas que se concentram é inútil para extrair se o efeito da concentração será eficiência ou

---

*cost curves. For each of these, one would face the complex problem of separating fixed and variable costs and the insoluble problem of segregating and allocating joint costs. [...] Moreover, real marginal costs include a 'normal' return to the various resources employed which includes opportunity costs, the latter being the return various resources could earn in the most profitable alternative use in the economy. We should be very skeptical, therefore, of any marginal cost curve that purported to reflect merely the technical efficiencies of a firm, particularly a large and complex firm." Op. Cit., p. 126-127.*

<sup>122</sup> “[...] It is rarely feasible to determine by the methods of litigation the effect of a merger on the costs of the firm created by the merger. If the merger has not yet been consummated, the realization of cost savings lies in the future and is thus a matter of speculation flavored by hope. If the merger has been consummated, disentangling its effect from other influences on the firm's cost is likely to be intractable. And in both situations it will be necessary, but usually impossible, to determine how soon the efficiencies might have been realized without a merger, that is, by internal growth or managerial changes.”. Op. Cit., p. 133.

poder de mercado, pois em ambas as hipóteses o preço das ações das empresas subiriam.

O mesmo não ocorre em relação aos concorrentes. Se o preço das ações das empresas concorrentes cair, pode-se presumir que a concentração trará eficiências, pois o mercado acionário aposta que a nova empresa irá poder baixar preços e conquistar parcelas de mercado às expensas dos concorrentes; por outro lado, se os preços das ações dos concorrentes subir provavelmente o ato de concentração vai aumentar o poder de mercado das empresas envolvidas, possibilitando a essas empresas e, como consequência, aos seus concorrentes, aumentar os preços<sup>123</sup>.

Esse tipo de avaliação, por certo, somente será aplicável onde houver um mercado acionário bastante desenvolvido.

Não obstante o ceticismo da Escola de Chicago, a maioria das jurisdições que admite defesas de eficiência o fazem de uma forma casuística, avaliando em concreto as eficiências do ato de concentração<sup>124</sup>, ainda que não no nível de mensuração detalhada de todos os efeitos do ato de concentração nos preços e nos custos das empresas envolvidas, competindo às partes demonstrar as eficiências geradas pelo ato.

Ainda que os efeitos do ato de concentração sejam difíceis de prever, e ainda que o contraste empírico entre as expectativas de um ato de concentração e os resultados efetivos de tal ato milite no sentido de que qualquer avaliação será sempre especulativa<sup>125</sup>, a análise de eficiências toma informações e números concretos.

A avaliação das eficiências pode ocorrer em conjunto com uma análise da estrutura do mercado, delimitando-se a probabilidade de exercício de poder de mercado e confrontando tal probabilidade com as eficiências comprovadamente geradas (específicas do ato, que representem economia de recursos etc.).

Nessa linha, um pequeno aumento de concentração e um grande ganho de eficiências leva à conclusão de que as eficiências superam os efeitos negativos,

---

<sup>123</sup> *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>124</sup> International Competition Network. Mergers Guidelines Project. 2004. <[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/amg\\_chap6\\_efficiencies.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/amg_chap6_efficiencies.pdf)>. Acesso em 12.12.2005

<sup>125</sup> Não raro fusões celebradas como adequadas do ponto de vista empresarial resultam em retumbantes fracassos, e não raro fusões pouco celebradas acabam gerando empresas lucrativas.

enquanto um grande aumento da concentração, quando não implicar em descartar uma análise de eficiências por levar a um monopólio ou quase-monopólio, exigirá eficiências de maior magnitude.

Uma análise mais sofisticada adiciona aos elementos acima a tentativa de mensurar os efeitos do ato de concentração nos preços e quantidades produzidas e nos excedentes do consumidor e produtor, mediante a utilização de modelos econométricos.

O desenvolvimento tecnológico levou ao desenvolvimento de técnicas estatísticas e os modelos econométricos estão mais sofisticados e precisos, que possibilitam estimar com maior precisão os efeitos de atos de concentração no mercado. A utilização de tais modelos tem sido cada mais difundida, como sublinham FAGUNDES e KANCZUK:

Os resultados de análises baseadas em métodos de simulação têm ganhado *status* cada vez mais importante no balizamento de decisões a respeito dos impactos econômicos de fusões e aquisições de empresas. Esse caráter advém, de um lado, do desenvolvimento de técnicas novas, passíveis de serem aplicadas graças ao desenvolvimento de computadores mais eficientes e, de outro, da crescente percepção dos tribunais e agências reguladoras de que, além das análises qualitativas, de natureza genérica, é necessário ter também uma avaliação quantitativa dos impactos econômicos de uma fusão ou aquisição.<sup>126</sup>

A análise definirá sempre probabilidades, não certezas, e, como será detalhado no item seguinte, deverá considerar apenas eficiências que razoavelmente possam derivar do ato de concentração e sejam passíveis de comprovação.

Por um lado, é certo que mesmo a sofisticação dos métodos de análise econômica não garantem um resultado preciso, como pontua PATRICK VAN CAYSEELE:

O grupo de modelos que procura previsões muito acuradas para indústrias em particular é chamado de Nova Economia Industrial, ou Nova Organização Industrial Empírica (NEIO<sup>127</sup>). [...] Existem modelos da Nova Organização Industrial Empírica para uma variedade de indústrias: mercados de eletricidade, indústria de

---

<sup>126</sup> FAGUNDES, Jorge; KANCZUK, Fabio. O Uso de Modelos de Simulações em Análises de Fusões. *Revista do IBRAC*. Vol. 11, nº 4, p. 51-71, 2004, p. 69.

<sup>127</sup> Acrônimo do termo em inglês *New Empirical Industrial Organization*.

diamantes, serviços bancários e financeiros, carros, sistemas de petróleo offshore, cereais prontos para comer, indústria cinematográfica, e muitos outros. Para fins antruste, entretanto, não há garantia de que o modelo apropriado para avaliar uma concentração esteja perfeitamente disponível. Devido aos resultados dependerem de detalhes do contexto, não há garantia de que um modelo calibrado com dados obtidos em uma jurisdição, durante um determinado período, possa ser transposto para um outro país, poucos anos depois. Isso, junto com a necessidade urgente de tomar uma decisão no sentido de aprovar ou rejeitar uma concentração, implica que os modelos NEIO tendem a ganhar o status de prover a informação econômica de fundo para os efeitos econômicos da concentração. Mas eles nos permitirão apenas fazer uma especulação bem informada, a não ser que possamos complementar o modelo com elementos específicos da concorrência na jurisdição e no período que o caso está sendo investigado.<sup>128</sup>

Mas isso não significa, como pondera o próprio CAYSEELE, que não seja possível delimitar um espectro de probabilidades de ocorrência de efeitos do evento econômico que se cogita, sugerindo a metodologia denominada de “bounds approach”, que delimita os limites dos resultados da análise:

[...] Nesse conceito, aceita-se que a previsão somente pode ser feita dentro de certos limites, mas essas previsões acomodam-se através de uma variedade de diferentes indústrias. Realismo é trocado por relevância. O resultado é uma série de corretas mas menos precisas previsões, que diretamente nos permitem ganhar uma percepção dos efeitos de alterações estruturais em uma indústria.<sup>129</sup>

Dessa forma, não se deve, aprioristicamente, rejeitar a validade de qualquer proposição no sentido de mensurar os efeitos do ato de concentração no mercado. Não apenas a evolução das técnicas de econometria deve ser considerada, mas a

<sup>128</sup> “The group of models that seek very accurate predictions for particular industries are often called the New Industrial Economics, or the New Empirical Industrial Organization (NEIO). [...] New Empirical Industrial Organization models exist for a variety of industries: electricity markets, the diamond industry, banking and finance, cars, offshore oil tracts, ready-to-eat cereals, the film industry, and many others. For antitrust purposes however, there is no guarantee that the appropriate model to evaluate a merger is readily available. Given the dependence of the outcome on the details of the environment, it is by no means certain that a model calibrated on data generated in one jurisdiction during a certain period can be transported to another country, a few years later. That, together with the urgent need to reach a decision either approving or blocking a merger, implies that NEIO models tend to have the status of providing necessary background information for the economic effect of a merger. But they will only allow us to make an educated guess, unless we can complement the model with the particular elements of competition in the jurisdiction and for the time period that the case is being investigated.”. CAYSEELE, Patrick Van. *The bounds approach to antitrust*. In CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; VAN DEN BERGH, Roger (Ed.). *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cheltenham, Northampton : Edward Elgar, 2002, p.88.

<sup>129</sup> “[...] Within this approach, one accepts that predictions can only be given within certain bounds, but these predictions continue to hold across a variety of different industries. Realism is traded off against relevance. The result is a set of correct but less fine predictions that directly allows us to gain insight into the effects of structural changes in an industry.”. *Op. Cit.*, p. 89.

próprio aumento da disponibilidade de dados estatísticos milita em favor de uma análise mais precisa.

Nesse particular vale mencionar, por ser ilustrativo dessa evolução, o relativamente recente caso envolvendo a fusão das empresas Staples Inc. e Office Depot Inc., que pretendiam realizar uma fusão em 1996 e que tiveram tal pretensão contestada pela autoridades de proteção da concorrência nos Estados Unidos<sup>130</sup>.

As empresas comercializam produtos de escritório através de *superstores*, lojas grandes que trabalham com grande volume e grande variedade de produtos de escritório. Além da Staples e da Office Depot, apenas um outro concorrente, a OfficeMax, operava através de *superstores*. As lojas ficavam situadas em diversas cidades dos Estados Unidos, de forma que foram delimitados vários mercados geográficos específicos.

A concorrência não era a mesma em todos os mercados geográficos.

Em todos os mercados havia a concorrência das *superstores* com pequenas papelarias, mas as configurações variavam em relação às *superstores* entre si. Alguns mercados contavam com apenas uma *superstore* (Staples, Office Depot ou OfficeMax); em alguns mercados estavam presentes duas *superstores* (Staples e Depot; ou Staples e OfficeMax; ou Depot e OfficeMax); e em alguns as três *superstores* eram concorrentes umas das outras.

As empresas alegaram que após o ato de concentração a parcela de mercado que passariam a deter não implicaria em preocupações concorrenciais, tendo em vista a concorrência com as pequenas papelarias.

A *Federal Trade Commission*, entretanto, entendeu que o mercado relevante em questão deveria ser o mercado de *superstores*, não considerando as papelarias, e fundamentou seu entendimento com modelos econométricos alimentados com dados coletados pelos sistemas informática das próprias empresas, que informavam que os preços praticados pela Staples, pela Office Depot e pela OfficeMax variavam em diversos mercados em função da concorrência entre as *superstores*.

---

<sup>130</sup> Cfr. DALKIR, Serdar; WARREN-BOULTON, Frederick R. Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997). In KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). *The Antitrust Revolution: economics, competition and policy*. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004.

Os preços da Staples em mercados nos quais a Office Depot e a Staples estavam presentes eram, em média, 11,6% menores do que os preços nos mercados nos quais somente a Staples operava, e os preços nos mercados nos quais as três *superstores* atuavam eram 4,9% menores do que nos mercados em que atuavam apenas a Staples e a OfficeMax, o que comprovou que a Office Depot era um efetivo concorrente da Staples e que a fusão das duas empresas possibilitaria o exercício de poder de mercado.

A autoridade antitruste questionou judicialmente a concentração e o Poder Judiciário determinou liminarmente sua suspensão<sup>131</sup>, levando as empresas a desistirem da fusão.

Essa abordagem somente foi bem-sucedida porque foi possível comprovar, empiricamente, o exercício de poder de mercado considerando uma situação específica.

A abordagem popularizou o uso de evidências empíricas, como destacam DALKIR e WARREN-BOULTON:

Desde *Staples*, tanto as agências quanto as partes têm utilizado de forma rotineira provas diretas sobre a intensidade da concorrência entre as empresas que se concentram e a expectativa dos efeitos da concentração nos preços, sobre a definição de mercado relevante do produto e/ou sobre a previsão da concentração no bem-estar do consumidor.<sup>132</sup>

Nessa linha, atualmente a crítica da Escola de Chicago em relação à possibilidade técnica de mensuração das eficiências e dos custos sociais de atos de

---

<sup>131</sup> De acordo com a legislação norte-americana, se a concentração atinge determinados parâmetros as partes devem notificar a *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Department of Justice* (DoJ), esses órgãos decidem internamente como vão avaliar a concentração, e têm 30 dias para fazer análise, sendo que durante esse prazo o ato não pode ser consumado. Expirado o prazo sem que a FTC ou o DoJ manifestem-se, a concentração pode ser realizada. Os órgãos podem pedir um prazo adicional, e, se chegarem à conclusão de que a concentração trará efeitos anticoncorrenciais, podem propor medidas para anular os efeitos nocivos da concorrência (p.ex. venda parcial de ativos). Se não existirem medidas cabíveis, os órgãos notificam as empresas de que irão contestar judicialmente a concentração. Usualmente as partes desistem, mas se não o fazem a FTC e o DoJ requerem uma ordem judicial para que a concentração não ocorra e requerem uma decisão preliminar (*preliminary injunction*), que será proferida após um “mini-julgamento”, que é realizado com brevidade e no qual se discute o mérito do caso em linhas gerais. Contra a decisão preliminar cabem recursos pelos dois lados, mas usualmente há conformidade com a decisão e ou a concentração não mais é contestada pela FTC e pelo DoJ, ou as partes desistem da concentração. Fonte: KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. *The Economic and Legal Context*. In: \_\_\_\_\_ (Ed.). *The Antitrust Revolution: economics, competition and policy*. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004

<sup>132</sup> “ Since Staples, both the agencies and merger competitors applicants have routinely used direct evidence on the closeness of merging competitors and the expected size of a merger’s price effects, in defining the relevant product market and/or predicting the effect of the merger on consumers’ welfare.” DALKIR, Serdar; WARREN-BOULTON, Frederick R. Prices, Market Definition, and the Effects of Merger: Staples-Office Depot (1997). In KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). *The Antitrust Revolution: economics, competition and policy*. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004, p. 71.

concentração resta superada, sendo razoável afirmar que tanto as partes envolvidas na concentração quanto as autoridades de defesa da concorrência devem fundamentar tecnicamente suas pretensões.

### **3.4 Geração de eficiências produtivas**

Tendo em vista que mesmo com a evolução das técnicas econométricas e estatísticas existem limites para a análise econômica, e considerando a fundamentação teórica que milita em favor dos benefícios sociais de uma defesa de eficiências, não deve ser toda e qualquer redução dos custos gerada pelo ato de concentração que deve ser considerada para fins de avaliação das eficiências geradas pelo ato.

As jurisdições que admitem defesas de eficiência qualificam e limitam as reduções de custos que devem ser consideradas na análise, tanto por uma questão prática, uma vez que a mensuração de determinados tipos de eficiências não é possível ou não é viável devido aos limites técnicos e de recursos; quanto por uma questão de conceitos, tendo em vista que diversas economias geradas pelo ato de concentração não implicam em uma utilização mais eficiente dos recursos econômicos escassos ou não derivam do ato de concentração em si.

Em linhas gerais, os limites para a consideração de eficiências consistem:

- (a) serem as eficiências específicas do ato de concentração;
- (b) consistirem em economias reais de recursos e não meramente pecuniárias; e
- (c) serem passíveis de razoável comprovação e mensuração.

Esses pontos serão abordados isoladamente, e, em seguida, serão relacionados os diversos tipos de eficiências que podem ser geradas pelo ato de concentração e que, observados os critérios de especificidade, realidade e razoável comprovação, podem ser consideradas na análise.

#### *3.4.1 Eficiências específicas*

As eficiências geradas pelo ato de concentração muitas vezes podem ser atingidas por outros meios que não impliquem na criação ou aumento de poder de

mercado dos agentes envolvidos ou, ao menos, que gerem poder de mercado em menor intensidade. Nesse sentido, exige-se, como um requisito para considerá-las sob uma defesa de eficiências, que sejam específicas do ato de concentração.

São consideradas eficiências específicas do ato aquelas que, cumulativamente: (a) não poderiam ser atingidas por outro meio que não o ato de concentração; e que (b) são uma consequência direta do ato de concentração que serão verificadas em um lapso razoável.

Não há que se computar como um ganho de eficiência uma redução de custos que poderia facilmente ser obtida por outro meio, ou que será verificada em um futuro distante.

Por exemplo, se uma das empresas que se concentra adquiriu de um terceiro um *software* para controle de estoques que é mais sofisticado que o *software* utilizado pela outra empresa envolvida no ato de concentração, não há que se falar que o fato de após o ato de concentração as duas unidades econômicas utilizarem o *software* mais sofisticado é uma eficiência decorrente do ato de concentração, pois ainda que ocorra uma redução de custos em função da utilização do *software*, essa redução de custos também ocorreria se a segunda empresa comprasse o *software* que a primeira comprou. Ou seja, existe um caminho alternativo que, a um custo bem menor, promoveria o mesmo ganho de eficiência.

O ganho de eficiência há que estar intrinsecamente relacionado ao fato de que a produção passará a ser realizada por uma reunião de ativos, e não apenas ser uma consequência dessa reunião de ativos.

Por outro lado, tomando-se a orientação da especificidade de forma rígida excluir-se-ia quase todos os tipos de eficiências, pois seria sempre possível, por hipótese, delinear uma forma pela qual o ganho de eficiência poderia ser gerado sem o ato de concentração.

Nesse sentido, há que se ponderar se a geração por outro meio da eficiência apresentada é, na prática, crível, viável e poderá ocorrer em um razoável período de tempo.



O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL estabelece que conceitualmente não serão consideradas eficiências específicas da concentração aquelas “que podem ser alcançadas, em um período inferior a 2 (dois) anos, por meio de alternativas factíveis, que envolvem menores riscos para a concorrência”<sup>133</sup>.

O *MERGER GUIDELINES* norte-americano também exige que a redução de custos seja específica do ato, afirmado serem específicas as eficiências “que são prováveis de ser atingidas com a concentração, e improváveis de serem atingidas na ausência da concentração e na ausência de outros meios alternativos menos restritivos da concorrência”, com a ressalva de que, para fins de avaliação, as autoridades de proteção da concorrência somente considerarão “alternativas que são práticas em face da situação dos negócios das firmas que se concentram” e não insistirão “em alternativas menos restritivas mas que são meramente teóricas”<sup>134</sup>.

No âmbito da Comunidade Européia, o item 85 das ORIENTAÇÕES PARA A APRECIÇÃO DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS, dispõe que ganhos de eficiência serão considerados específicos quando “são consequência direta da concentração notificada e não podem ser conseguidos, a um nível semelhante, através de alternativas menos anticoncorrenciais”<sup>135</sup>.

Nesse sentido, a especificidade é, conceitualmente, uma condição necessária para que o ganho de eficiência seja considerado na análise, havendo margem para debate, em face de um caso concreto, se tal ganho é ou não específico.

---

<sup>133</sup> Item nº 71 do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal aprovado pela Portaria Conjunta SDE/SEAE nº 50/2001.

<sup>134</sup> Dispõe o *Merger Guidelines*:

“ *The Agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects. These are termed merger-specific efficiencies. Only alternatives that are practical in the business situation face by the merging firms will be considered in making this determination; the Agency will not insist upon a less restrictive alternative that is merely theoretical.*”

<sup>135</sup> Dispõe o item 85 das Orientações:

“85. Os ganhos de eficiência são relevantes para efeitos da apreciação em termos de concorrência quando são consequência direta da concentração notificada e não podem ser conseguidos, a um nível semelhante, através de alternativas menos anticoncorrenciais. Nestas circunstâncias, considera-se que os ganhos de eficiência são causados pela concentração e, por conseguinte, específicos de uma concentração. Incumbe às partes na concentração fornecer antecipadamente todas as informações relevantes necessárias para demonstrar que não existem alternativas realistas e viáveis, menos anticoncorrenciais do que a concentração notificada, quer sem caráter de concentração (por exemplo, um acordo de licença, ou uma empresa comum com caráter de cooperação) ou com caráter de concentração (por exemplo, uma empresa comum com caráter de concentração ou uma concentração estruturada de forma diferente) e que preservem os alegados ganhos de eficiência. A Comissão toma apenas em consideração as alternativas que são viáveis em termos razoáveis relativamente à situação que as empresas na concentração enfrentam, tendo em conta as práticas comerciais estabelecidas no sector em causa.”

### 3.4.2 *Economias reais e economias pecuniárias*

Como mencionado acima, a fundamentação econômica que justifica uma defesa de eficiências é o fato de que a concentração irá produzir uma quantidade de riqueza igual ou maior utilizando, **efetivamente**, menos recursos econômicos escassos.

Nesse sentido, existem restrições em relação a considerar como ganhos de eficiência reduções de custos que sejam meramente pecuniárias, isto é, que não consistam na redução da quantidade de um determinado fator de produção necessário para a atividade econômica, pois nesses casos ocorre apenas a transferência de recursos de um agente econômico para outro.

São exemplos de economias pecuniárias: a redução de preços (não de quantidades) de insumos em função do volume da aquisição; ganhos decorrentes de planejamento tributário; acesso ao mercado de capitais a um custo menor; etc.

Há que se ter cuidado ao avaliar as economias pecuniárias para fins de excluí-las da análise das eficiências, pois, dependendo do caso, o que corresponde a uma economia pecuniária para as empresas que se concentram pode se traduzir em uma economia real para o fornecedor, em face do aumento do volume comercializado.

O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL determina, em seu item 73, que não serão considerados os “ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos”<sup>136</sup>.

O *MERGES GUIDELINES* norte-americano e as *ORIENTAÇÕES* da Comunidade Européia não contêm disposições específicas sobre ganhos pecuniários e reais.

### 3.4.3 *Comprovação e mensuração das eficiências alegadas*

Sob outro prisma, as eficiências apresentadas devem ser passíveis de razoável comprovação e de mensuração.

---

<sup>136</sup> Dispõe o item 73:

“73. Exclusão. Não serão considerados eficiências os ganhos pecuniários decorrentes de aumento de parcela de mercado ou de qualquer ato que represente apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos.”

Não há que se exigir a comprovação irrefutável que o ganho de eficiência ocorrerá, ou a sua quantificação em centavos, mas é necessário demonstrar que: (a) a ocorrência do ganho é provável; e (b) é possível estimar sua dimensão.

O *MERGER GUIDELINES*, nesse particular, sublinha a dificuldade de identificar e quantificar as eficiências, pontuando que as empresas envolvidas é que possuem os dados necessários para identificá-las, e que, portanto, é quem têm que suportar o ônus de demonstrá-las.

O *GUIDELINES* determina, ainda, que ganhos de eficiência não serão considerados se forem vagos ou especulativos ou não puderem ser verificados por meios razoáveis, concluindo que somente serão consideradas as eficiências que conceitua como “eficiências identificáveis” (*cognizable efficiencies*)<sup>137</sup>.

O item 72 do GUIA PARA A ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, em redação quase idêntica ao *Guidelines* norte-americano, dispõe no mesmo sentido, determinando que os ganhos de eficiência somente serão considerados se forem passíveis de identificação<sup>138</sup>.

Determinações similares constam do item 86 das ORIENTAÇÕES da Comunidade Européia<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Dispõe o *Merger Guidelines*:

“ *Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firms. Moreover, efficiencies projected reasonably and in good faith by the merging firms may not be realized. Therefore, the merging firms must substantiate efficiency claims so that the Agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm's ability and incentive to compete, and why each would be merger-specific. Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.*

*Cognizable efficiencies are merger-specific efficiencies that have been verified and do not arise from anticompetitive reductions in output or service. Cognizable efficiencies are assessed net of costs produced by the merger or incurred in achieving those efficiencies.*”

<sup>138</sup> Dispõe o item 72:

“Verificação. Os incrementos de eficiência são difíceis de se verificar e quantificar, em parte porque as informações necessárias se referem a eventos futuros. Em particular, incrementos de eficiência projetados, ainda que com razoável boa fé, podem não se concretizar. Por isso, serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não serão consideradas quando forem estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.”

<sup>139</sup> Dispõe o item 86:

“86. Os ganhos de eficiência devem ser verificáveis, de modo que a Comissão possa estar razoavelmente segura de que virão a concretizar-se e de que são suficientemente substanciais para compensar o prejuízo potencial de uma concentração para os consumidores. Quanto mais precisas e convincentes forem as alegações de ganhos de eficiência, em melhores condições estará a Comissão para avaliar tais alegações. Sempre que tal for razoavelmente possível, os ganhos de eficiência e os benefícios que deles resultam para os consumidores deverão ser quantificados. Quando não estiverem disponíveis os dados necessários para permitir uma análise quantitativa precisa, deverá ser possível prever um impacto positivo claramente identificável para os consumidores e não um impacto marginal. Normalmente, quanto mais tarde os ganhos de eficiência tiverem início, menor será o grau de probabilidade que a Comissão poderá atribuir à sua efetiva concretização.”

Não existe, *a priori*, uma forma pela qual as eficiências devem ser demonstradas. Admitir-se-á qualquer tipo de forma que possa levar à conclusão de que as eficiências serão geradas, tais como estudos contábeis, estudos econométricos etc. O que é importante é que tais estudos estejam lastreados em dados e estatísticas que possam ser comprovadas, e que as premissas os fundamentam sejam críveis.

#### *3.4.4 Tipos de eficiências passíveis de consideração*

Observados os critérios mencionados acima, cumpre tecer alguns comentários sobre os ganhos de eficiências geralmente identificados em atos de concentração, e qual o tratamento dado a esses ganhos em análises concorrenciais.

##### *3.4.4.1 Economias de escala e de escopo*

Como mencionado (item 2.2.1 supra), uma concentração pode gerar significativas economias de escala e de escopo, sendo essas economias de escala e escopo os tipos de eficiências sobre os quais existe menor dissenso quanto à sua importância para a análise de atos de concentração horizontal.

As economias de escala podem se manifestar em nível da planta e em nível multiplanta. Em nível da planta, por seu turno, podem ser divididas em economias de escala estáticas e dinâmicas.

Economias de escala em nível da planta e estáticas derivam das seguintes fontes<sup>140</sup>:

- (a) Ganhos de especialização: quanto maior a quantidade do produto, maior poderá ser a divisão do trabalho e o aumento de produtividade por trabalhador;
- (b) Indivisibilidade técnica: consistente nas economias geradas pelos retornos crescentes derivados da utilização dos equipamentos industriais até o limite de sua capacidade operacional;
- (c) Economias geométricas: a expansão do tamanho individual das unidades processadoras gera um aumento de produção

---

<sup>140</sup> Cfr. LOOTY, Mariana; SZAPIRO, Marina. Economias de Escala e Escopo. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002, p. 43-70.

proporcional ao volume da unidade, enquanto os custos de produção são associados à área; e

- (d) Economias relacionadas à lei dos grandes números: quanto maior for o tamanho da planta, menores serão os custos relativos a manutenção e peças de reposição.

Economias dinâmicas de escala em nível da planta consistem em:

- (a) Economias de reinício: em indústrias nas quais o equipamento deve ser reiniciado com uma determinada configuração para a realização de uma determinada tarefa, quanto maior for a produção mais tempo o equipamento poderá operar com a mesma regulagem, dessa forma reduzindo os custos; e
- (b) Economias de aprendizado: o início de algum processo produtivo exige um processo de aprendizado do método de produção, que envolve um procedimento de tentativa e erro, tendo como consequência o aumento dos custos de produção, com o aumento da produção estes custos tendem a diminuir e quanto maior a produção maior o benefício;

Em nível multiplanta (isto é, em relação a empresas que operam com mais de uma planta industrial) são exemplos de economias de escala:

- (a) Economias de duplicação: possibilita o aumento de produção em nível de planta, gerando economia de recursos de capital investido;
- (b) Custos de transporte: a localização de plantas perto de diferentes mercados geográficos e centros fornecedores de insumos pode gerar economias em relação a transporte e distribuição;
- (c) Ganhos de especialização: as diversas plantas podem permitir a especialização do processo produtivo, na medida em que cada planta pode se concentrar em uma fase de tal processo;

- (d) Flexibilização de operação: empresas com várias plantas têm maior flexibilidade para ajustar suas operações, podendo fechar plantas ou remanejar a produção em resposta a variações do mercado.

Ganhos de escopo, por seu turno, decorrem da:

- (a) Existência de fatores de produção comuns, o que reduz o custo de aquisição de tal fator;
- (b) Existência de reserva de capacidade, que permite que a produção seja compartilhada entre os diferentes produtos;
- (c) Complementariedades tecnológicas e comerciais, geradas pela utilização de recursos tecnológicos comuns aplicáveis ao processo produtivo (p.ex. controle de qualidade) e de recursos comerciais comuns (p.ex. rede de distribuição).

Não obstante o reconhecimento de que o aumento da produção pode gerar ganhos de escala e escopo, a literatura econômica deduz que a redução de custos não é uma função constante em relação ao aumento da produção, pois o aumento da empresa pode gerar deseconomias de escala, decorrentes da dificuldade de administrar uma empresa maior.

Mesmo quando a questão gerencial é superada, a ciência econômica, lastreada em estudos empíricos, divisa um limite para as economias de escala e escopo, sugerindo que não há redução significativa no nível de custos após um determinado nível de produção.

O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL informa nos itens 75 a 78 que as economias de escala e escopo são eficiências que podem ser consideradas no processo de avaliação de um ato de concentração horizontal.

#### *3.4.4.2 Inovação*

Como mencionado acima (item 2.3) a concentração econômica pode ser um fator que crie estímulos para a atividade inovativa e para a difusão tecnológica, na

medida em que reduz os riscos e custos relativos a investimentos em pesquisa e desenvolvimento, e possibilita que tecnologias mais desenvolvidas sejam aplicadas à produção de um número maior de produtos.

O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL menciona no seu item 79 a inovação tecnológica como um fator que pode ser considerado como uma eficiência específica do ato<sup>141</sup>.

As ORIENTAÇÕES da Comunidade Européia também atribuem, nos termos de seu item 81, um peso significativo às eficiências decorrentes do incentivo à inovação<sup>142</sup>.

Ainda que em tese a concentração possa apresentar incentivos que estimulem a atividade inovativa, a dificuldade reside em demonstrar a plausibilidade de tais eficiências.

Sob um outro prisma, as eficiências em relação a inovações podem ser não uma consequência da concentração em si, mas sim uma consequência dos lucros extraordinários gerados pelo poder de mercado decorrente da concentração, como sugere Schumpeter (vide item 2.3 supra).

Nesse sentido, o *MERGER GUIDELINES* reconhece que as eficiências relativas a pesquisa e desenvolvimento e atividade inovativa são substancialmente importantes, mas devido ao fato de serem difíceis de demonstrar e poderem derivar justamente dos lucros extraordinários gerados pelo exercício de poder de mercado, sinaliza que tais eficiências devem ser menos suscetíveis de serem consideradas<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> Dispõe o item 79:

“79. Introdução de uma nova tecnologia. A introdução de uma nova tecnologia pode implicar diferentes formas de geração de eficiências. Por exemplo, tornar viável o lançamento de um novo produto (introdução de uma nova tecnologia de produto) pode ser considerado um incremento de eficiência específico da concentração. Igualmente, tornar viável a introdução de tecnologias de produção com maiores níveis de produtividade, e que requerem escalas mínimas mais elevadas, pode ser considerado um incremento de eficiência econômica específico da concentração.”

<sup>142</sup> Dispõe o item 81:

“81. Os consumidores podem igualmente beneficiar de produtos ou serviços novos ou melhorados, resultantes, por exemplo, de ganhos de eficiência no domínio da I&D e inovação. Uma empresa comum criada para desenvolver um novo produto poderá proporcionar o tipo de ganhos de eficiência que a Comissão pode tomar em consideração.”

<sup>143</sup> Dispõe o Mergers Guidelines:

“ The Agency has found that certain types of efficiencies are more likely to be cognizable and substantial than others. For example, efficiencies resulting from shifting production among facilities formerly owned separately, which enable the merging firms to reduce the marginal cost of production, are more likely to be susceptible to verification, merger-specific, and substantial, and are less likely to result from anticompetitive reductions in output. Other efficiencies, such as those relating to research and development, are potentially substantial but are generally less susceptible to verification and may be the result of anticompetitive output reductions. Yet others, such as those relating to procurement, management, or capital cost are less likely to be merger-specific or substantial, or may not be cognizable for other reasons.”

#### 3.4.4.3 *Substituição de administradores ineficazes*

O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL afirma, em seu item 80, que a substituição de administradores incompetentes pode ser uma eficiência gerada pelo ato de concentração<sup>144</sup>.

Não existe nenhuma disposição similar no *MERGER GUIDELINES* norte-americano e nem nas *ORIENTAÇÕES* européias, sendo que a doutrina, sem dissenso, condena qualquer consideração de ganho de eficiência em relação à substituição dos administradores, ao arrimo da constatação de que:

- (a) essa eficiência não seria específica da concentração, pois uma assembleia geral de acionistas atenta poderia implementar essa mudança<sup>145</sup>; e
- (b) é virtualmente impossível mensurar a incompetência de uma administração e as virtudes de outra para aferir tal ganho de eficiência<sup>146</sup>.

#### 3.4.4.4 *Externalidades*

Uma externalidade consiste no “impacto das ações de alguém sob o bem-estar dos que estão em torno”<sup>147</sup>. A externalidade pode ser positiva, se o impacto é benéfico (p.ex., a educação ou a imunização contra doenças transmissíveis); ou negativa, se o impacto é traz prejuízos a terceiros (p.ex., a poluição).

O GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL faz referência a externalidades em seus itens 81 a 83, mas faz (corretamente) a ressalva que a legislação de proteção à concorrência deve ser aplicada com critério e com ressalvas em relação a considerações relativas a redução de externalidades negativas, tendo em vista que é mais apropriada a adoção de outras políticas públicas para lidar com a questão de externalidades<sup>148</sup>.

---

<sup>144</sup> Dispõe o item 80:

“80. Também pode ser considerada melhoria tecnológica específica à concentração, a aquisição de uma empresa que envolva a substituição de uma equipe de administradores ineficazes por outra capaz de viabilizar o aumento da produtividade nesta empresa.”

<sup>145</sup> Nesse sentido vide: HOVENKAMP. *Op. Cit.*, p.503.

<sup>146</sup> Nesse sentido vide: BORK. *Op. Cit.*, p. 127.

<sup>147</sup> Cfr. MANKIW. *Op. Cit.*, p.11

<sup>148</sup> Dispõe o item 83:



O *GUIDELINES* norte-americano e as *ORIENTAÇÕES* européias não consideram expressamente externalidades.

#### 3.4.4.5 Poder de mercado compensatório

Uma outra potencial eficiência gerada é a criação de poder de mercado compensatório.

A geração de poder de mercado pode se dar em relação a agentes que operam em diferentes mercados, nos termos do item 84 do *GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL*<sup>149</sup>.

A hipótese do item 84 do Guia considera que a concentração pode implicar em influências concorrenciais positivas no mercado a montante do mercado da concentração, quando a nova empresa puder pressionar pela redução do preço de insumos.

O *GUIDELINES* norte-americano trata a questão de forma diversa, sinalizando que o poder de mercado compensatório pode se dar no mesmo mercado em que ocorre a concentração, em referência ao que denomina de “*maverick firms*”, que seriam as empresas que teriam incentivos econômicos para adotar uma conduta não compatível com uma eventual coordenação oligopolística.

O *GUIDELINES* afirma que uma concentração que aumentasse o poder de mercado de uma “*maverick firm*” seria uma eficiência reconhecível para fins de avaliação da concentração<sup>150</sup>, em linha com a fundamentação de que o aumento da agressividade dessa empresa implicaria o aumento das pressões concorrenciais no

---

“83. Ainda que as externalidades negativas sejam bastante freqüentes, é importante considerar que diferentes opções de políticas públicas estão disponíveis para tratar do tema e que, portanto, a autorização de uma fusão não necessariamente é a melhor forma de eliminá-las do ponto de vista do bem-estar econômico. Por isso, ao considerar o argumento de que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específica da concentração, a SEAE e a SDE estarão particularmente atentas à possibilidade de obter o mesmo efeito por meio de outras políticas públicas. Somente nos casos em que não existam medidas de políticas públicas alternativas para tratar o tema se considerará que a eliminação de externalidades negativas é um incremento de eficiência específico da concentração.”

<sup>149</sup> Dispõe o Guia:

“84. Poder de mercado compensatório. Se o aumento da capacidade de exercício de poder de mercado da empresa concentrada contribuir para reduzir a capacidade de exercício de poder de mercado no mercado de insumos (deslocando, por exemplo, os preços dos insumos, que antes da concentração estivessem distorcidos, até seus níveis competitivos), a SEAE e a SDE considerarão este evento uma eficiência específica do ato.”

<sup>150</sup> Dispõe o *Guidelines*:

“ *Efficiencies generated through merger can enhance the merged firm's ability and incentive to compete, which may result in lower prices, improved quality, enhanced service, or new products. For example, merger-generated efficiencies may enhance competition by permitting two ineffective (e.g., high cost) competitors to become one effective (e.g., lower cost) competitor. In a coordinated interaction context (see Section 2.1), marginal cost reductions may make coordination less likely or effective by enhancing the incentive of a maverick to lower price or by creating a new maverick firm.[...]*”

mercado que se cogita. Vale dizer, a concentração aumentaria a capacidade das empresas que se concentram de serem concorrentes efetivos das demais empresas que atuam no mesmo mercado relevante.

As ORIENTAÇÕES européias adotam um posicionamento similar, nos termos de seu item 89, na medida em que consideram que uma concentração pode aumentar a capacidade de produção de uma empresa, tornando-a um concorrente mais agressivo<sup>151</sup>.

### **3.5 Cálculo do efeito líquido sobre o bem-estar econômico: a questão do *trade-off*.**

Definido como proceder à qualificação e quantificação das eficiências, a questão que se enfrenta é como fazer o *trade-off* entre os efeitos anticompetitivos do ato e as concomitantes eficiências que gera.

São identificados cinco métodos diferentes de ponderar os ganhos de eficiência *vis-à-vis* o aumento de poder de mercado, quais sejam:

- (a) o excedente total;
- (b) o método denominado *price standard*;
- (c) o excedente do consumidor;
- (d) o método de *Hillsdown*; e
- (e) os excedentes ponderados.

Cada um desses métodos será detalhado a seguir:

#### *3.5.1 Método do Excedente Total*

Pelo método do excedente total compara-se a soma do excedente do consumidor com o excedente do produtor antes do ato de concentração, com a soma desses mesmos excedentes após o ato de concentração (sobre excedentes do consumidor e produtor vide item 1.2 supra).

---

<sup>151</sup> Dispõe o item 89:

“89. No contexto dos efeitos coordenados, os ganhos de eficiência podem aumentar o incentivo da entidade resultante da concentração para aumentar a produção e reduzir os preços, reduzindo por conseguinte o seu incentivo para coordenar o seu comportamento no mercado com as outras empresas nele presentes. Desta forma, os ganhos de eficiência poderão ter por consequência um menor risco de efeitos coordenados no mercado relevante.”

O método do excedente total é indiferente acerca de como os excedentes são distribuídos entre os consumidores e produtores, ou seja, é indiferente em relação à captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores (área **P1, P2 AB** do gráfico constante do item 3.3 acima).

O método do excedente total é um pouco mais sofisticado do que o “modelo ingênuo” de Williamson porque leva em consideração a possibilidade de a concentração gerar produtos que serão mais valorizados pelos consumidores e gerar alterações para maior nos excedentes, mas, em essência, é um contraste entre eficiência produtiva e peso morto.

Pelo método do excedente total, consideradas as eficiências do ato de concentração, se os excedentes do consumidor e do produtor forem maiores do que antes do ato, mesmo que a nova empresa possa exercer poder de mercado e, dessa forma, restringir oferta e aumentar preços, o ato seria aprovado.

A crítica ao método do excedente total é justamente não considerar a captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores.

Por outro lado, o método dos excedentes totais é o método que, do ponto de vista econômico, possui fundamentação técnica mais sólida.

A questão da captura de parte do excedente do consumidor pelos produtores é, como mencionado acima (item 3.3), uma questão que está além dos limites da ciência econômica, pois envolve atribuição de maior valor ao excedente do consumidor do que ao excedente do produtor.

Como também mencionado acima, se os consumidores em questão são consumidores de remédios, seria fácil defender que os mesmos não podem ter seu bem-estar reduzido, mas quando se trata de consumidores de supérfluos, como anéis de brilhantes, as razões pelas quais eles seriam mais merecedores dos excedentes do que os produtores não ficam tão nítidas.

De todos os métodos, o do excedente total é o método que exige o menor valor de redução de custos para compensar o poder de mercado gerado pelo ato de concentração.

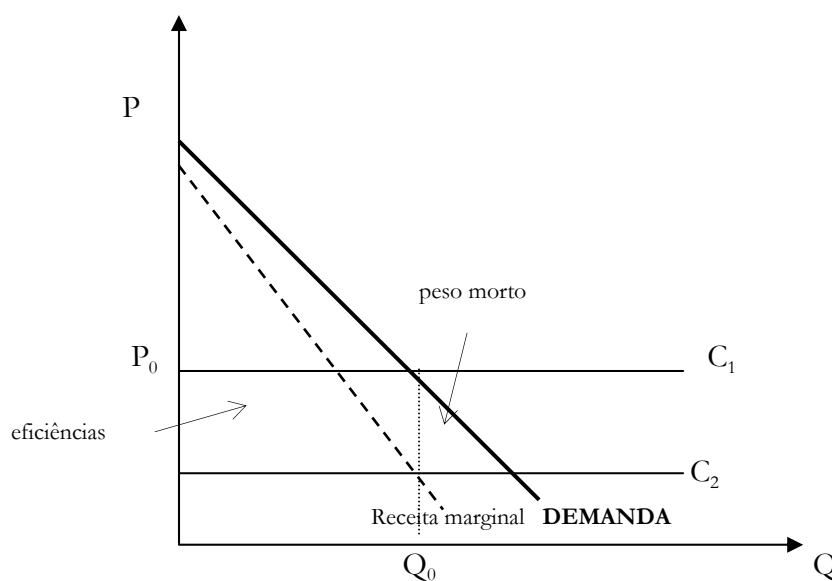
### 3.5.2 Método Price Standard

Como uma alternativa ao método do excedente total, e para integrar a questão da transferência de renda entre os produtores e os consumidores na equação, deduziu-se o método denominado *price standard*.

Pelo método *price standard* há a criação de poder de mercado e há o exercício do poder de mercado, com a conseqüente criação do peso morto, mas as eficiências do ato são de tamanha magnitude que o preço do produto após o ato de concentração é igual ou menor do que o preço do produto antes do ato.

Vale dizer, como as eficiências são de tal ordem, o cruzamento do custo marginal com a receita marginal resulta em um preço igual ou menor e em uma quantidade produzida igual ou maior do que os preços e quantidades nos níveis pré-concentração.

O seguinte gráfico ilustra o raciocínio:



O ato de concentração gera eficiências que reduzem os custos de C1 para C2, e gera poder de mercado que permite restrição de oferta até o cruzamento da receita marginal com os custos. Ocorre que a redução de custos gerada é de tal ordem que a fixação da quantidade produzida de acordo com a racionalidade do monopolista, no cruzamento do custo marginal com a receita marginal, continua redundando na

produção da mesma quantidade  $Q$ , vendida ao mesmo preço  $P$ , do ponto de equilíbrio pré-concentração.

Pelo método do *price standard* o consumidor continua adquirindo a mesma quantidade do produto, ao mesmo preço<sup>152</sup>, não havendo redução em seu excedente.

Em comparação com o método do excedente total, o método do *price standard* exige eficiências de maior magnitude para autorizar a aprovação do ato de concentração.

### 3.5.3 Método do Excedente do Consumidor

O método do excedente do consumidor, tal como o *price standard*, parte da mesma premissa de que qualquer apropriação dos excedentes do consumidor pelos produtores deve ser proibida, independente do ganho de eficiências *vis-à-vis* o peso morto.

A diferença é que o método do excedente do consumidor autoriza considerações sobre o fato de que o ato de concentração pode gerar um produto melhor, que os consumidores valorizem mais do que o produto pré-concentração e, dessa forma, desejem pagar mais pelo produto, aumentando o preço do produto após a concentração.

Nesse sentido, o aumento de preços após a concentração em função do aumento do valor do produto não significaria, necessariamente, que houve uma perda para os consumidores, pois o excedente do consumidor também pode ter aumentado. Da mesma forma, pelo método do excedente do consumidor se, após a concentração, o preço cair mas também for reduzida a qualidade do produto, o excedente seria menor e o ato poderia não ser aprovado.

Pelo método do excedente do consumidor, o excedente do consumidor após a concentração não pode ser menor do que o excedente do consumidor pré-concentração, ainda que o preço do produto aumente.

---

<sup>152</sup> Isso não significa, contudo, que não haja peso morto. O peso morto existe, tendo em vista a existência do poder de mercado, só que mesmo criando o peso morto a nova configuração autoriza a produção da mesma quantidade produzida antes do ato de concentração. Não seria correto afirmar nesse caso que o peso morto é igual a zero.

Se não há melhoria do produto o método do excedente do consumidor é aplicado de forma idêntica ao método *price standard*, sendo que, tal como ocorre em relação ao método do *price standard*, os ganhos de eficiência têm que ser significativamente superiores aos que autorizariam a concentração à luz da sistemática do método do excedente total.

As ORIENTAÇÕES da Comunidade Européia determinam, expressamente, que em relação a concentrações de dimensões comunitárias o padrão para ponderar os ganhos de eficiência deve ser o critério do excedente do consumidor, como se infere de seu item 79:

79. A referência relevante para apreciar as alegações de ganhos de eficiência consiste no fato de a situação dos consumidores<sup>(105)</sup> não piorar na sequência da concentração. Para o efeito, os ganhos de eficiência devem ser substanciais, realizados em tempo útil e, em princípio, devem beneficiar os consumidores nos mercados relevantes em que, de outra forma, seria provável a ocorrência de preocupações em matéria de concorrência.

Pode ser coerentemente desenvolvida uma argumentação no sentido de que, pelo método do excedente total, a situação dos consumidores não fica pior porque os produtores (que capturam parte do excedente do consumidor) também são consumidores de algum produto, e os recursos liberados pelos ganhos de eficiência serão alocados para a produção de produtos que beneficiarão outros consumidores, não identificáveis. Com base nessa argumentação poder-se-ia defender a utilização do método dos excedentes totais em linha com a redação do dispositivo acima transcrito.

Para que não haja dúvidas em relação à aceção do termo “consumidores” e acerca da opção pelo método do excedente do consumidor, a nota de rodapé nº 105, constante do acima transcrito item 79 das ORIENTAÇÕES Européias, deixa claro que os consumidores referidos no item são os consumidores dos produtos **das empresas que se concentram**:

105. Nos termos do nº 1, alínea (b), do artigo 2º, o conceito de “consumidores” engloba os consumidores intermédios e finais, ou seja, os utilizadores dos produtos abrangidos pela concentração. Por outras palavras, na aceção desta disposição, a noção de

consumidores inclui os clientes potenciais e/ou efetivos das partes na concentração.

### 3.5.4 Método de Hillsdown

Um outro método de avaliar as eficiências é o denominado método de *Hillsdown*.

A denominação do método decorre de uma decisão do Tribunal de Concorrência do Canadá<sup>153</sup> sobre um ato de concentração envolvendo a aquisição pela empresa Hillsdown Holdings Inc. da empresa Canada Packers Inc.

O ato de concentração foi questionado pela Comissão de Concorrência por uma série de motivos, e durante a análise do caso a questão das eficiências foi articulada.

Cabe sublinhar que o *MERGER ENFORCEMENT GUIDELINES* canadense, com base em um dispositivo legal genérico (a Seção 96(1)), que autorizava defesas de eficiências, mas não indicava precisamente um método para ponderação, posicionava-se<sup>154</sup> de forma expressa no sentido de que o método de avaliação das eficiências deveria ser o método do excedente total; que os ganhos de eficiência devem ser contrastados apenas com o peso morto; e que é indiferente para a análise a captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores, nos seguintes termos:

#### 5.5 Efeitos anti-competitivos

Seção 96(1) exige que os ganhos de eficiência sejam avaliados em face dos “efeitos de qualquer extinção ou redução da concorrência que resultará ou que é provável que irá resultar do ato de concentração ou do ato de concentração proposto”. Quando um ato de concentração resulta em aumento de preços, ele implica em um efeito redistributivo neutro<sup>(57)</sup> e um efeito negativo de alocação de recursos em relação à soma dos excedentes do consumidor e produtor (excedente total) dentro do Canadá. Os ganhos de eficiência descritos acima são avaliados em face do este efeito, i.e., o peso morto para a economia canadense.<sup>155</sup>

<sup>153</sup> A sistema de defesa da concorrência no Canadá conta com uma Comissão de Concorrência, que funciona como um órgão instrutório, e com ou um Tribunal de Concorrência, que seria similar ao CADE brasileiro.

<sup>154</sup> Essas disposições não são mais aplicáveis em função de uma decisão judicial proferida no caso *Commissioner of Competition vs. Superior Propane Inc and ICG Propane Inc.*, como será detalhado no item 3.5.5 *infra*.

<sup>155</sup> “5.5 Anticompetitive ‘Effects’

*Section 96(1) requires efficiency gains to be balanced against ‘the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger’. Where a merger results in a price increase, it brings about both a neutral redistribution effect and*

Tal como a nota de rodapé nº 105 das ORIENTAÇÕES Europeias não deixa margem para uma interpretação de que o método de ponderação das eficiências possa ser outro que não o excedente do consumidor, a nota de rodapé nº 57 do *Merger Enforcement Guidelines* canadense deixava clara sua opção pelo método do excedente total, afirmando que “quando um dólar é transferido do comprador para o vendedor não pode ser previamente determinado quem é mais merecedor ou em que mãos ele tem mais valor”<sup>156</sup>.

A questão das eficiências no caso *Hillsdown* acabou não sendo determinante, e o ato restou aprovado porque o Tribunal de Concorrência chegou à conclusão de que não haveria prejuízo à concorrência.

Não obstante, em um extenso *obiter dictum*<sup>157</sup>, o Tribunal de Concorrência do Canadá questionou duramente os critérios formalizados pelo *Merger Enforcement Guidelines* no sentido de que não deveriam ser consideradas as transferências de renda dos consumidores para os produtores, e sinalizou que a correta interpretação dos dispositivos legais aplicáveis que autorizavam a aprovação por eficiências<sup>158</sup> não deveria ser no sentido de comparar as eficiências com o peso morto, mas sim no sentido de comparar as eficiências com o peso morto e, também, com a transferência de renda dos consumidores para os produtores<sup>159</sup>, por serem ambos efeitos nocivos decorrentes da redução da concorrência.

*a negative resource allocation effect on the sum of producer and consumer surplus (total surplus) within Canada. The efficiency gains described above are balanced against the latter effect, i.e., the deadweight loss to the Canadian economy.”*

<sup>156</sup> “57. When a dollar is transferred from a buyer to a seller, it cannot be determined a priori who is more deserving, or in whose hands it has a greater value.”

<sup>157</sup> *Obiter dictum* são considerações ou comentários em uma decisão judicial que não são necessários para a decisão do caso sob análise e/ou não estão relacionado diretamente com a questão *sub judice*. Em sistemas de *common law* as disposições em *obiter dicta* não consistem, diverso das partes dispositivas da decisão, em precedentes vinculativos.

<sup>158</sup> O dispositivo legal em questão a Seção 96 da lei de proteção da concorrência do Canadá, que não faz uma opção clara pelo método do excedente total, limitando-se a afirmar que o Tribunal da Concorrência não deverá impedir um ato de concentração se “os ganhos de eficiência forem maiores e compensarem os efeitos da restrição ou redução da concorrência”.

<sup>159</sup> Dispõe o seguinte trecho da decisão, que transcrevemos a título ilustrativo:

“ With respect to subsection 96(1) of the Competition Act, it is argued that if the words ‘effects of substantial lessening of competition’ are not limited to deadweight loss then there will be a significant number of efficiency enhancing mergers that will not be allowed. Whether this is the case or not is not a matter which can be determined on the evidence given in this case. **Certainly, one interpretation which is open on the basis of the wording of subsection 96(1) is to weigh any alleged efficiency gains against the degree of likelihood that detrimental effects (both wealth transfers and allocative inefficiency) will arise from the substantial lessening of competition.** That is, in those cases where such effects are likely but not positively certain to follow, one could give more weight to efficiency gains than where the reverse is true. The likely detrimental effects of a merger may on some occasions be moderate in extent, in others they may be quite extreme. It is not unreasonable to expect that a balancing of the alleged efficiency gains could be assessed by references thereto. To the extent that the efficiency gains would be likely to lead to lower prices for consumers this would likely be determinative.”. CANADA COMPETITION TRIBUNAL. Decisão no caso CT-1991-001. Disponível em <<http://www.ct-tc.gc.ca/english/casedetails.asp?x=228&caseid=188&pf=1>> acesso em 19.8.2005. Grifamos.



É nesse sentido a prescrição do método de *Hillsdown*. Como definido no *obiter dictum* da decisão: as eficiências devem ser comparadas com a soma: (a) do peso morto; e (b) do excedente do consumidor transferido para os produtores.

O método de *Hillsdown* é mais rígido do que o método dos excedentes totais, mas mais flexível do que o método do excedente do consumidor, na medida em que não exige, necessariamente, que os consumidores estejam em melhor situação após o ato, mas sim que os ganhos de eficiência sejam maiores que a transferência de renda e que o peso morto.

### 3.5.5 Método dos Excedentes Ponderados

A experiência canadense na aplicação da legislação de proteção da concorrência é responsável também pelo desenvolvimento do denominado método dos excedentes ponderados.

Não obstante o *obiter dictum* do Tribunal de Concorrência em relação ao caso *Hillsdown*, não houve alteração do *MERGER ENFORCEMENT GUIDELINES*, que continuou secundando o método dos excedentes totais.

Na ocasião da aquisição da empresa IGC Propane Inc. pela empresa Superior Propane Inc., a Comissão de Concorrência Canadense contestou a concentração e requereu, de forma inconsistente com seu *Guidelines*, registre-se, que a avaliação das eficiências da concentração fosse efetivada pelo método dos excedentes ponderados.

Pelo método dos excedentes ponderados são atribuídos pesos diferentes às perdas e ganhos dos consumidores e produtores.

O método dos excedentes ponderados propõe equacionar a questão da transferência de renda mediante a fixação de um índice que refletiria em que medida as perdas dos consumidores deveriam superar os ganhos dos produtores para justificar a concentração.

O método dos excedentes ponderados sugere a utilização da seguinte fórmula:  $1(A+B) - i(B+C) > 0$ , onde:

A = os ganhos de eficiência da concentração;

B = a parte do excedente do consumidor que é capturada pelos produtores;

C = o peso morto; e

$i$  = um índice que atribua peso diferenciado à perdas dos consumidores

A dificuldade prática de aplicação do método é, obviamente, determinar qual peso vai ser atribuído ao excedente e por quais razões.

O caso *Superior Propane* é paradigmático no que concerne à dificuldade de consenso em relação à ponderação dos interesses de consumidores e produtores, razão pela qual vale mencionar o seu desdobramento.

A Comissão de Concorrência Canadense chegou a propor que o índice aplicado fosse 1,6, de forma que cada uma unidade monetária de ganhos dos produtores (captura do excedente do consumidor e ganhos de eficiência) tivesse que ser compensada 1,6 unidades monetárias de perdas para os consumidores (a mesma perda do excedente e o peso morto).

Não obstante, o Tribunal de Concorrência, ignorando seu próprio posicionamento anterior no caso *Hillsdown*, aplicou o *Merger Enforcement Guidelines* e ponderou as eficiências utilizando o método do excedente total, determinando que a concentração poderia ser aprovada em função das eficiências (estimou-se que as eficiências representariam 29,2 milhões de dólares canadenses e o peso morto 6 milhões de dólares canadenses).

A Comissão recorreu ao Judiciário contra o critério utilizado pelo Tribunal de Concorrência, e a decisão do Judiciário foi no sentido de que a aplicação do excedente total não tinha supedâneo na lei, e que a legislação de proteção da concorrência tinha por objeto proteger o consumidor, de forma que caberia ao Tribunal de Concorrência refazer a análise sem utilizar o método do excedente total.

Não obstante ter determinado que o método do excedente total não poderia ser utilizado (determinando a conseqüente ilegalidade das disposições do *Merger*

*Enforcement Guidelines* que previam sua aplicação), o Poder Judiciário declinou, contudo, de indicar qual deveria ser critério apropriado para a realização do *trade-off*.

Nesse contexto, a Comissão de Concorrência advogou então a aplicação do método do excedente do consumidor.

Ao final o Tribunal de Concorrência canadense adotou uma abordagem diferente.

Os argumentos gravitaram em torno da questão da qualidade dos consumidores. Argumentou-se que muitos consumidores que pagariam mais para utilizar o produto o usariam para aquecer suas piscinas e fazer churrascos, de forma que não seria justo que toda a sociedade canadense se privasse das eficiências para evitar que esses consumidores pagassem mais pelo produto.

Por outro lado, afirmou-se que várias famílias de baixa renda teriam que destinar um grande percentual de suas reduzidas rendas para aquecer suas casas no inverno, caso o produto aumentasse de preço.

Em face dessas assertivas, o Tribunal de Concorrência entendeu que deveria considerar as perdas dos consumidores de baixa renda (apenas desses e não de todos os consumidores) no cálculo do efeito líquido. Essas perdas, segundo os pareceres técnicos, seriam da ordem de 2,6 milhões de dólares canadenses<sup>160</sup>.

Essas transferências de renda consideradas socialmente relevantes, no montante de 2,6 milhões de dólares canadenses, foram adicionadas ao peso morto de 6 milhões, de forma que o custo social total ainda ficava abaixo das eficiências de 29 milhões. Nesse contexto, o tribunal de concorrência aprovou o ato<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> Cfr. parágrafo 368 da decisão do Tribunal de Concorrência:

“[368] *The Tribunal notes that it is possible to quantify the adverse redistributive effects of the transfer on household consumers of bottled propane in the lowest-income quintile based on the evidence of Professor Townley and Professor Ward. As there are approximately 102,465 consuming households in that group, and as the average expenditure per consuming household in that group is \$277 per year (Townley report, exhibit A-208 1, Table 2), total sales to that group are approximately \$28.4 million per mum. Since the Commissioner’s measured deadweight loss assumes a demand elasticity of -1.5 and a price increase to residential consumers in general of 1.1 percent (Commissioner’s Memorandum on Redetermination Proceedings, Appendix A), the transfer is 9.2 percent of sales (Ward report, exhibit A-2059, Table 8). Accordingly, on the Commissioner’s evidence, the measured adverse redistributive effect on that group is approximately \$2.6 million. This estimate assumes that all propane consumed by households in this group is for essential purposes.*”. CANADA COMPETITION TRIBUNAL. Decisão no caso CT-1998-002. Disponível em <<http://www.ct-tc.gc.ca/english/CaseDetails.asp?x=233&CaseID=202>> acesso em 19.8.2005.

<sup>161</sup> O teor do parágrafos 370 e 371 são ilustrativos da dificuldade de ponderar os valores envolvidos:

“[370] *Having assessed the measured adverse redistributive effect based on the evidence, it remains for the Tribunal to decide how to combine it with the measured deadweight loss of \$3 million and the maximum deadweight loss attributable to changes in the merged company’s product line*

A Comissão de Concorrência recorreu novamente ao Poder Judiciário contra a segunda decisão do Tribunal de Concorrência, mas a decisão foi mantida.

O Caso *Superior Propane* ilustra como é difícil equacionar a questão das eficiências, tanto em termos econômicos quanto jurídicos.

O fato de as perdas dos consumidores de baixa renda terem sido adicionadas ao cálculo para a avaliação do *trade-off* não significa que esses consumidores não foram prejudicados, uma vez que após o ato ter sido aprovado é razoável supor que o poder de mercado que se vislumbrava tenha sido exercido.

Também não houve um consenso acerca da uniformidade dos direitos dos consumidores dos produtos. Mesmo tratando-se, vale sublinhar, de um único produto.

O Tribunal de Concorrência do Canadá avaliou que os efeitos do exercício do poder de mercado deveriam ser sopesados de forma diversa em relação a diversos tipos de consumidores, para aferir em relação a quais o exercício de poder de mercado seria especialmente perverso.

Como se vê, um critério meramente econômico, que considere apenas a eficiência econômica e determine ser neutra a transferência de renda dos consumidores para os produtores, ensejará soluções que serão consideradas injustas.

Da mesma forma, um critério jurídico que determine a primazia dos consumidores em todas as situações terá como consequência privar a sociedade de ganhos de eficiência para, em alguns casos, privilegiar consumidores cuja proteção não seria uma prioridade social.

Entre esses extremos, uma ponderação casuística vai sempre se revestir de um grande grau de subjetividade, e vai exigir que a autoridade de proteção da concorrência faça opções que muitas das vezes não lhe compete, e tome decisões

---

*of \$3 million. Weighting redistributive effects equally with efficiency losses, the three effects would be added together to produce a maximum total effect of approximately \$8.6 million.*

[371] *However, there is no statutory basis under the Act (or in U.S. antitrust law) for assuming such equal weighting; perhaps the adverse redistributive effects should weigh twice as heavily as efficiency losses, in which case the three weighted effects would not exceed \$1 1.2 million. Alternatively, since efficiency concerns are paramount in merger review, perhaps adverse redistributive effects should be weighted half as much as deadweight losses. In the instant case, it is clear that the adverse redistributive effects are, on the evidence, quite small. Accordingly, the Tribunal is of the view that any under any reasonable weighting scheme, the gains in efficiency of \$29.2 million are greater than and offset all of the effects of lessening and prevention of competition attributable to the merger under review.*" CANADA COMPETITION TRIBUNAL. Decisão no caso CT-1998-002. Disponível em <<http://www.ct-tc.gc.ca/english/CaseDetails.asp?x=233&CaseID=202>> acesso em 19.8.2005.

fora do escopo de sua área de especialização, acerca do maior ou menor mérito destes ou daqueles consumidores ou produtores.

### 3.6 Conclusões parciais

Ante o exposto, conclui-se:

1. O critério para avaliar eficiências é o critério de Pareto potencial ou eficiência de Kaldor-Hicks, que define que uma situação é eficiente se não é possível alterá-la sem que os ganhos decorrentes da alteração sejam inferiores às perdas geradas pela alteração.
2. Ao direito antitruste interessam, principalmente, dois tipos de eficiência: eficiência alocativa e eficiência produtiva.
3. Eficiência alocativa refere-se à alocação dos recursos em determinada atividade econômica. Um mercado em concorrência perfeita aloca os recursos econômicos escassos de forma mais eficiente possível, enquanto um monopólio gera a maior ineficiência alocativa possível, consistente no peso morto.
4. Eficiência produtiva refere-se à relação entre os insumos utilizados na produção e o valor dessa produção.
5. Segundo o modelo de Williamson, ganhos de eficiência produtiva em função da redução de custos gerada por um ato de concentração podem compensar a ineficiência alocativa decorrente da criação do peso morto.
6. O modelo de Williamson considera como neutra a transferência de renda entre consumidores e produtores.
7. As jurisdições que admitem defesas de eficiências usualmente exigem que as reduções de custo sejam específicas do ato; sejam reais e não meramente pecuniárias; e que sejam passíveis de razoável demonstração.
8. Definidas as eficiências existem cinco métodos de ponderá-las com os efeitos negativos do ato de concentração: (a) o excedente total; (b) o método *price standard*; (c) o excedente do consumidor; (d) o método de *Hillsdown*; e (e) os excedentes ponderados.

9. O método do excedente total contrasta as eficiências geradas com o peso morto criado, considerando como neutra a transferência de renda dos consumidores para os produtores.
10. O método do *price standard* exige que os ganhos de eficiência sejam de tal magnitude que o preço após a concentração seja igual ou inferior ao preço pré-concentração.
11. O método do excedente do consumidor também exige ganhos de eficiência de grande magnitude, mas compara os excedentes do consumidor antes e depois da concentração, de forma que o preço pode aumentar, desde que seja acompanhado de aumento de qualidade.
12. O método de *Hillsdown* compara os ganhos de eficiência com o peso morto e com o excedente do consumidor capturado pelas empresas que se concentram.
13. O método dos excedentes ponderados atribui pesos diferentes aos excedentes do consumidor, eficiências e peso morto para calcular se as eficiências superam os custos,

O capítulo seguinte detalha, com base na legislação vigente e na proposta de alteração legislativa em curso, como pode ser aprovado um ato de concentração com base em eficiências, e quais os métodos passíveis de utilização para ponderar os ganhos com os efeitos negativos.

#### 4 REQUISITOS LEGAIS PARA A APROVAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS

*O argumento desse livro [The Antitrust Paradox] é, naturalmente, que concorrência deve ser entendida como a maximização do bem-estar do consumidor ou, se assim preferir, da eficiência econômica. Isso exige fundamentação econômica porque os tribunais terão que ponderar, quando conflitarem, possíveis perdas de eficiência na alocação dos recursos com possíveis ganhos na utilização produtiva desses recursos. Em uma palavra: o objetivo é eficiência econômica máxima para nos tornar tão ricos quanto possível. A distribuição dessa riqueza ou realização de objetivos não econômicos são assuntos próprios para outras leis e não estão no âmbito de competência dos juízes que decidem casos antitruste. Robert H. Bork<sup>162</sup>*

*Meu papel hoje é comparável ao da criança na fábula das roupas novas do imperador. Eu também tenho uma verdade muito simples para dizer. O único objetivo do antitruste não é aumentar a eficiência econômica. Aumentar a eficiência econômica não é nem o objetivo primário da legislação antitruste. O principal propósito do antitruste é evitar a criação e o exercício de poder de mercado pelas firmas, para forçar os consumidores a pagar mais por bens e serviços. O Congresso estava primeiramente preocupado com o uso "injusto" de poder de mercado pelas corporações para extrair riqueza dos consumidores. Essa transferência de riqueza preocupava muito mais o Congresso do que a eficiência econômica. Robert H. Lande<sup>163</sup>*

Cumpra analisar como os pontos discutidos até agora se integram no arcabouço legal vigente, e como uma defesa de eficiências vai ser tratada sob a égide da legislação brasileira.

Como mencionado nos capítulos anteriores, existem diversas questões que são levantadas por ocasião de uma defesa de eficiências, tais como a mensuração dos ganhos, que tipos de eficiências são admitidas, qual o prazo para sua realização, etc., mas o ponto mais sensível é como tratar a questão da transferência de renda dos consumidores para os produtores.

<sup>162</sup> “ The argument of this book [The Antitrust Paradox], of course, is that competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency. That requires economic reasoning because courts must balance, when they conflict, possible losses in efficiency in the allocation of resources with possible gains in the productive use of those resources. In a word, the goal is maximum economic efficiency to make us as wealthy as possible. The distribution of that wealth or the accomplishment of noneconomic goals are the proper subject of other laws and not within the competence of judges deciding antitrust cases”. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*: a policy at war with itself. With a new introduction and epilogue. New York : The Free Press, 1993.

<sup>163</sup> “My role today will be comparable to the small child's in the classic story of the Emperor's new clothes; I too have a simple truth to tell. The sole goal of antitrust is not to enhance economic efficiency. Increased economic efficiency is not even the primary goal of the antitrust laws. The main purpose of the antitrust laws is to prevent firms from acquiring and using market power to force consumers to pay more for their goods and services. Congress was primarily concerned that corporations would use market power "unfairly" to extract wealth from consumers. These wealth transfers were of much concern to Congress than economic efficiency.” LANDE, Robert H. Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust. *Antitrust Law Journal*, agosto 1989.

Mesmo em jurisdições que fizeram uma opção clara por um determinado método para realizar a ponderação entre os efeitos adversos gerados pela concentração e os ganhos de eficiência, essa opção não ficou imune a pesadas críticas e a questão não foi equacionada de forma definitiva.

Essa é a reflexão que suscita o caso do *Merger Enforcement Guidelines* do Canadá, mencionado no capítulo anterior, onde as diretrizes da Comissão de Concorrência que optavam pelo método do excedente total foram reputadas ilegais pelo Judiciário, quando do julgamento do Caso *Superior Propane*, ao arrimo do entendimento de que o legislador não tinha determinado expressamente que a transferência de renda dos consumidores para os produtores deveria ser considerada neutra.

A constatação de que haverá aumento da eficiência econômica, em linha com o critério de Pareto potencial, somente implica que a situação pós-concentração será melhor do que a situação pré-concentração assumindo, como o critério de Pareto potencial assume, que a transferência de renda dos consumidores para os produtores não é um efeito negativo.

Sob uma perspectiva que parta da premissa de que a legislação de proteção da concorrência foi editada para evitar o exercício de poder de mercado pelas empresas, e que os efeitos deletérios do exercício de poder de mercado se traduzem tanto na criação do peso morto (efeito que é valorado sob o prisma da eficiência econômica), quanto na captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores (efeito que é neutro do ponto de vista da eficiência econômica), um ato de concentração que implicasse na transferência de renda dos consumidores para os produtores seria ilegal, não importando as eficiências associadas.

A questão se complica porque considerar que sempre a transferência de renda dos consumidores para os produtores será um efeito negativo, e determinar, de forma inflexível, que mesmo no caso de significativos ganhos de eficiência a concentração deve ser proibida se possibilitar o exercício de poder de mercado, terá como conseqüência privar a sociedade de significativos ganhos de eficiência econômica.



Caso existisse um consenso de que o direito dos consumidores ao seu excedente é um direito fundamental, que não pode ser flexibilizado ou ponderado, em linha com os princípios de justiça rawlsiana, a questão não suscitaria tantas dúvidas.

Tal como no exemplo da abolição dos princípios do devido processo legal para aumentar o número de condenações (vide capítulo 3 supra), a captura de parte da renda dos consumidores jamais seria permitida por se tratar de um direito fundamental.

Entretanto, esse não é caso.

Haverá situações nas quais emergirá, de forma nítida, que em relação a um determinado caso concreto a sociedade não deve se privar dos ganhos de eficiência que poderiam ser gerados para proteger interesses de determinados consumidores. Da mesma forma, haverá casos em que seria socialmente inaceitável que a transferência de renda de renda dos consumidores para os produtores fosse tratada com indiferença, não importando a dimensão dos ganhos de eficiência associados.

A questão, portanto, não se resolve com simplicidade.

Sob um outro prisma, há que se obedecer à legislação vigente. Tendo o legislador feito uma opção clara e incontroversa por proteger um determinado interesse social em detrimento de outro interesse social, não cabe ao intérprete dar à lei um sentido divergente, ainda que uma série de razões de ordem econômica ou social possa justificar esse sentido.

Se do texto legal derivar que qualquer captura de renda dos consumidores pelos produtores não é permitida, não há que se ponderar que em determinadas hipóteses esse mandamento não deve ser desconsiderado.

O oposto também é verdadeiro. Privilegiando a lei a eficiência econômica, mesmo que alguns consumidores venham a pagar mais pelo produto o ato deve ser aprovado, se as eficiências produtivas forem superiores ao peso morto.

Nesse particular, vale tecer breves comentários sobre os dispositivos

constantes do art. 5º, XXXII<sup>164</sup> e do art. 170, V<sup>165</sup> da Constituição Federal, sendo que este segundo dispositivo reflete-se, ainda, na dicção do art. 1º da Lei nº 8.884/94<sup>166</sup>.

Essa referência é necessária porque que tais dispositivos poderiam militar em favor do entendimento de que existe, em âmbito constitucional, uma supremacia absoluta dos interesses dos consumidores e que, por tal motivo, qualquer consideração acerca da transferência de renda dos consumidores para os produtores já deveria ser aprioristicamente descartada por ser ilícita.

Não é essa a conclusão que deve ser extraída desses dispositivos, pelas razões que serão deduzidas a seguir.

Deve-se ressaltar, contudo, que isso não deve levar à conclusão de que Constituição Federal não determina a proteção dos interesses dos consumidores, mas sim que há que se ter em perspectiva que a complexidade dos processos econômicos pode conferir diversas acepções ao termo consumidor e, dessa forma, demandar diversos tipos de proteção e tutela.

Ao impedir a criação ou o exercício abusivo de poder de mercado, prevendo em seu art. 173, § 3º que a lei reprimirá o abuso do poder econômico, a Constituição Federal tem também por finalidade proteger os consumidores, mas, nesse caso, o faz através da proteção dos mecanismos de mercado.

Os dispositivos constantes do art. 5º, XXXII e art. 170, V da Constituição Federal estabelecem um outro tipo de proteção e de tutela aos consumidores. Essa proteção foi efetivada, em atenção ao comando constante do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, pela Lei nº 8.078/90, que aprovou o Código de Defesa do Consumidor.

A proteção dos interesses do consumidor através da Lei nº 8.884/94, cuja

---

<sup>164</sup> Art. 5º. [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

<sup>165</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

<sup>166</sup> Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

matriz constitucional é o art. 173, § 3º, e a proteção e tutela do consumidor sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, cuja matriz constitucional é o art. 5º, XXXII e art. 170, V, são implementadas através de institutos jurídicos distintos e têm fundamentos jurídicos também distintos, de forma que não há que se transportar, automaticamente, os princípios e axiomas que norteiam a proteção do consumidor sob a égide do Código de Defesa do Consumidor para a Lei nº 8.884/94 e vice-versa.

Protegendo-se os mecanismos de mercado e assegurando-se a livre concorrência e a livre iniciativa, o interesse dos consumidores é atendido, uma vez que um mercado competitivo os consumidores têm seu bem-estar aumentado.

A proteção dos consumidores é uma consequência da proteção dos mecanismos de mercado, sendo que o termo “consumidor”, no âmbito da Lei nº 8.884/94, tem uma acepção diversa da utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor.

Os efeitos benéficos de um mercado competitivo vão além da relação entre os produtores e consumidores de um determinado produto, afetando também os consumidores e produtores de outros produtos.

Se o preço em um mercado competitivo do produto A é \$ 10, os consumidores que valorizam esse produto a esse preço o adquirem pelo menor preço que seria possível adquirir o produto, e o restante de sua renda é gasto na aquisição de produtos B, C, D, E, etc.

Se a indústria que produz o produto A concentrar-se, restringir oferta e elevar o preço para níveis supracompetitivos, digamos \$ 15, ocorrerá que:

- (a) alguns consumidores do produto A não mais vão consumir o produto; e
- (b) os que continuarem a consumir o produto vão ter que destinar uma parcela percentualmente maior de sua renda para continuar a consumir o produto A.

Do primeiro efeito decorre que os consumidores vão ter seu bem-estar reduzido porque: (a) não consumirão mais o produto A; ou (b) porque em

substituição ao produto A (cujo preço competitivo é \$ 10 mas que em função da concentração elevou-se para \$ 15) passarão a consumir substitutos X, Y ou Z, que não seriam consumidos (em função da qualidade, preferência, gosto etc.) se o preço do produto A continuasse a ser \$ 10.

Do segundo efeito deriva que esses consumidores vão ter seu bem-estar reduzido porque vão ter que parar de consumir, ou vão ter consumir menos, os produtos B, C, D, E, que consumiam antes do exercício de poder de mercado pela indústria que produz o produto A, pois parte de sua renda passará a ser destinada para manter o consumo do produto A.

Ao impedir que a indústria que produz o produto A se concentre, exerça poder de mercado e, dessa forma, restrinja a oferta e aumente preços, o Direito da Concorrência não está preocupado apenas com a relação de consumo do consumidor do produto A com o produtor do produto A.

A legislação de proteção da concorrência preocupa-se como o exercício de poder de mercado vai afetar a relação de consumo do produto A e, mais ainda, como afetará as outras relações de consumo mencionadas acima, seja em relação ao produto substituto (produtos X, Y e Z), seja em relação a outros produtos que o consumidor terá que reduzir o consumo (produtos B, C, D e E).

Focar apenas na relação de consumo entre consumidores e produtores do produto A seria aplicar de forma míope a legislação de proteção da concorrência. O que interessa à legislação de proteção de defesa da concorrência é o bem-estar do consumidor derivado não apenas de uma relação de consumo específica, mas de todas as relações de consumo no mercado.

Não é sem razão que o parágrafo único do artigo primeiro afirma que a **coletividade** é titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, não o consumidor.

Enquanto a legislação de proteção da concorrência protege a coletividade dos efeitos nocivos do exercício de poder de mercado; a legislação de proteção das relações de consumo tutela o consumidor final em razão de sua hipossuficiência em face do fornecedor de um bem ou serviço.

A legislação de proteção das relações de consumo parte da premissa que

existe uma assimetria de posições entre o consumidor final e os fornecedores de bens e serviços e que, por tal motivo, essa situação deve ser re-equilibrada.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor não tutela todos os consumidores, mas apenas aqueles que, em tese, seriam hipossuficientes, razão pela qual define como consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”<sup>167</sup>.

Essa conceituação, não obstante adequada para o que se propõe, já seria, por si, imprestável para fins de aplicação da legislação de proteção, pois levaria à conclusão, por exemplo, de que empresas que produzem produtos que são utilizados como insumos na produção de outros produtos poderiam exercer livremente poder de mercado, pois seus clientes não seriam “consumidores”, já que não adquirem os produtos na qualidade de consumidor final.

Não é essa a acepção de consumidor sob a égide da Lei nº 8.884/94. Para a legislação de proteção da concorrência, o “consumidor” será qualquer adquirente de qualquer bem ou serviço, independente de utilizar tal produto para a produção de um outro produto, e independente da existência de eventual assimetria de posições com o produtor.

A legislação de proteção da concorrência não foi editada para lidar com a questão da fragilidade do consumidor em face do fornecedor, até porque o bem jurídico que tutela não está relacionado com essa fragilidade (no exemplo acima o exercício do poder de mercado prejudicaria o consumidor do produto A independente de qualquer assimetria de posições com o produtor).

Há que se ter, portanto, o cuidado de se distinguir a acepção do termo “consumidor” para fins de aplicação da legislação de proteção das relações de consumo e para fins de aplicação da legislação de proteção da concorrência, pois os conceitos são distintos.

O cuidado tem que ser redobrado em vista da farta doutrina e jurisprudência produzida durante os mais de dez anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, gerada em resposta à miríade de questões que foram suscitadas ao

---

<sup>167</sup> Cfr. art. 2º da Lei nº 8.078/90.

arrimo deste diploma legal.

Toda essa doutrina e jurisprudência tratam, por certo, de uma situação fática e jurídica distinta da situação fática e jurídica com que lida a legislação de proteção da concorrência, não obstante existirem pontos de contato.

Por exemplo, é razoável afirmar que em mercados competitivos não apenas os consumidores têm acesso a produtos a melhores preços e maior qualidade, como também os produtores têm incentivos para não abusar da assimetria de posição em relação ao consumidor, pois este, se não ficar satisfeito, poderá passar a adquirir o produto de um concorrente.

Também não nos parece ser aleatório, pelo mesmo motivo, que um significativo percentual de ações judiciais em Juizados Especiais versando sobre relações de consumo envolva empresas que atuam em setores econômicos nos quais os mecanismos de mercado não funcionam de forma eficiente, como o de telefonia fixa (um monopólio natural) e o de serviços financeiros (um mercado com grandes barreiras legais à entrada e no qual uma regulação técnica pelo Banco Central estimula uma coordenação oligopolista).

Tampouco é sem razão que preços administrados freqüentemente aumentem em percentuais superiores aos índices de inflação, tendo em vista que, por mais dedicado e preparado que seja o regulador, jamais este conseguirá impor uma disciplina de preços a fornecedores de bens e serviços tão rigorosa quanto a imposta por um mercado competitivo.

Não obstante os pontos de contato, os fundamentos jurídicos da proteção do consumidor e da proteção da concorrência são distintos, razão pela qual não há que se concluir, aprioristicamente, que ao arrimo dos dispositivos constitucionais mencionados acima existe uma supremacia absoluta dos interesses dos consumidores e que, por tal motivo, qualquer consideração acerca da aprovação de um ato de concentração que gere eficiências econômicas, mas que implique na captura de parte da renda dos consumidores, não seria permitida por força de um preceito constitucional.

Ainda que em um primeiro momento a transferência de renda dos

consumidores para os produtores possa parecer ilegal, muito dessa percepção deriva do dimensionamento que a doutrina e a jurisprudência deram à tutela do consumidor sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Quando se procede à distinção entre o conceito de “consumidor” para fins de legislação de proteção da concorrência e da legislação de proteção das relações de consumo, percebe-se que há hipóteses, sob a égide da primeira, na qual a transferência de renda dos consumidores para os produtores poderá não ser juridicamente reprovável.

Por exemplo, um acordo para a formação de uma cooperativa de pequenos fazendeiros produtores de leite para negociar o produto com uma multinacional do setor de laticínios poderia ser entendido como socialmente desejável, não obstante conferir aos produtores poder de mercado e, conseqüentemente, implicar no aumento de preços e na transferência de renda do consumidor (a multinacional) para os produtores (os pequenos fazendeiros).

Se a supremacia dos consumidores sobre os fornecedores é um postulado que é essencial para articular a proteção destes sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, o mesmo não se verifica, necessariamente, em relação à legislação de proteção da concorrência.

Assim, sem afirmar que as questões derivadas da assimetria de posições que maculam as relações de consumo não são questões importantes, há que se considerar que tais questões devem ser tratadas por diplomas legais específicos, como a Lei nº 8.078/90, que aprova o Código de Defesa do Consumidor, e não pela legislação de proteção da concorrência.

Feitas essas considerações, cumpre analisar como a Lei nº 8.884/94 trata a questão das eficiências.

#### **4.1 Disposições do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94**

O *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94 determina a obrigação de submissão prévia dos atos de concentração horizontal ao crivo das autoridades de proteção da concorrência, sendo que a expressão “que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de

bens ou serviços” deve ser interpretada em relação à possibilidade teórica de o ato levar à criação ou ao aumento de poder de mercado, e não em relação a seus efeitos em concreto (vide item 2.4.1 supra).

Assim, é possível que um determinado ato que, por hipótese, possa levar à limitação ou ao prejuízo da livre concorrência ou à dominação de mercados relevantes, como, por exemplo, uma fusão, tenha que ser submetido à apreciação das autoridades de defesa da concorrência, porque presentes os requisitos econômicos do § 3º do citado art. 54, mas, ao final do processo de análise descrito no item 2.4.2 supra, as autoridades de proteção da concorrência concluem que o ato não apresenta efeitos anticoncorrenciais.

Nessa hipótese não há que se falar que o ato foi aprovado por eficiências. O ato de concentração simplesmente não conferiria às partes poder de mercado, de tal fato resultando a óbvia conclusão de que nenhuma intervenção antitruste era necessária.

Essa hipótese é verdadeira mesmo para, por exemplo, uma concentração que represente cem por cento de um mercado relevante, quando se tratar de um mercado no qual não existam barreiras à entrada.

Se a inexistência de barreiras à entrada impede que a empresa pós-concentração aumente os preços, isso significa que o ato de concentração não vai gerar poder de mercado. Vale dizer, não se verificará a situação fática descrita no *caput* do art. 54 da Lei nº 8.884/94: limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou levar à dominação de mercados.

Em hipóteses em que há a criação ou aumento de poder de mercado, o § 1º do citado art. 54 da Lei nº 8.884/94 define, em caráter de exceção, os quatro requisitos que têm que ser observados para a aprovação do ato:

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

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

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



econômico;

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

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

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

A redação do § 1º exige que todos os requisitos mencionados em seus incisos sejam cumpridos, mas, em seguida, o § 2º do mesmo art. 54 dispensa um dos incisos, quando a aprovação do ato for necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, nos seguintes termos:

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

Esses dispositivos são a base legal para uma defesa de eficiências sob a égide da legislação brasileira de proteção da concorrência, sendo que, como dito, há que se considerar a aplicação desses dispositivos tão-somente quando, cumulativamente:

- (1) se estiver diante de uma situação na qual haverá a criação ou aumento de poder de mercado; e
- (2) se estiver diante de uma situação na qual haverá a criação de eficiências produtivas significativas.

Nesse sentido, é necessário que, em todos os casos, seja preenchida a condição constante do inciso I do § 1º, que exige que do ato derive aumento de produtividade, implique na melhoria da qualidade de bens ou serviços ou propicie a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Todas as alíneas do inciso I do § 1º do art. 54 referem-se a ganhos de eficiência, seja por meio da redução de custos, aumento da qualidade do produto, ou qualquer outra modalidade que aumente a eficiência econômica ou induza ao progresso tecnológico.

Tendo em vista que a fundamentação jurídica e econômica de uma defesa de eficiências reside, pelas razões expostas no Capítulo anterior, no contraste entre os efeitos nocivos da criação ou do aumento de poder de mercado *vis-à-vis* as eficiências produtivas que gera, é razoável concluir que não havendo eficiências dignas de nota não há que se falar na aprovação do ato, seja sob a égide do § 1º do art. 54, seja sobre a exceção do § 2º, mesmo na remota e implausível hipótese em que possa ser vislumbrado algum motivo preponderante da economia nacional e do bem comum decorrente da aprovação de tal ato.

Se não há eficiências específicas geradas pelo ato (ou seja, se a condição constante do inciso I, do § 1º do art. 54 não for atingida) e há aumento de poder de mercado, a legislação demanda a reprovação do ato, e sua eventual desconstituição total ou parcial, na forma do § 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

As exceções dos §§ 1º e 2º do art. 54 não conferem ao CADE a faculdade de permitir a criação de agentes com poder de mercado quando não estiverem presentes eficiências compensatórias, seja para implementar políticas industriais, seja para implementar quaisquer outras políticas públicas, como será detalhado a seguir.

A existência de eficiências, que se traduz no cumprimento da condição constante do inciso I, do § 1º do art. 54, é, ainda, condição necessária para que se verifique a condição constante do inciso II do mesmo parágrafo, que é a transferência de benefícios para o consumidor ou usuário final.

Somente haverá benefícios se do ato resultarem eficiências. Se do ato resultar apenas aumento de poder de mercado decorre a óbvia conclusão de que não haverá benefícios para serem distribuídos e que, portanto, o ato deve ser reprovado.

Ressalvado que as eficiências devem estar presentes, vale pontuar que o projeto de lei que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>168</sup> propõe alterações significativas no que concerne a aprovações de atos de concentração em função de eficiências econômicas, sugerindo a seguinte redação, constante de seu art. 89, §§ 5º e 6º:

---

<sup>168</sup> Projeto de Lei nº 5.877/2005.

Art. 89. [...]

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º poderão ser autorizados, desde que atendidas pelo menos três das seguintes condições, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

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

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

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

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

Ainda que adote uma redação bastante similar à redação dos atuais §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o Projeto de Lei traz inovações significativas em relação à legislação vigente, que serão comentadas ao longo do presente capítulo.

Não obstante, registre-se que mesmo sob a redação proposta pelo Projeto de Lei o requisito da existência das eficiências, constante do atual § 1º, I do art. 54 da Lei nº 8.884/94, terá que ser atendido.

#### *4.1.1 Distribuição eqüitativa dos benefícios entre consumidores e produtores*

Além da presença de eficiências, o § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 exige uma “distribuição eqüitativa” dos benefícios entre consumidores e produtores.

A correta interpretação desse artigo exige algum esforço hermenêutico, no sentido de: (1) definir o que se entende por “consumidor” e “usuário final”; e (2) como as eficiências geradas pelo ato de concentração podem ser distribuídas de forma eqüitativa.

#### 4.1.1.1 Definição de “consumidor” e “usuário final”

Inicialmente é necessário definir qual é a acepção que deve ser dada ao termo “consumidor” e “usuário final”, tendo em vista que a legislação brasileira não detalha, como detalham as ORIENTAÇÕES EUROPÉIAS, que o consumidor é o “utilizador do produto abrangido pela concentração” (vide item 3.5.2 supra).

Pelas razões mencionadas a acima, sob a égide da Lei nº 8.884/94 não cabe utilizar a definição de consumidor fornecida pela legislação, doutrina e jurisprudência relativas à proteção das relações de consumo, de forma que as interpretações possíveis para o termo “consumidor” constante do inciso II, § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 seriam:

- (a) o consumidor do produto das empresas que se concentram, ainda que esse consumidor utilize o produto como um insumo na produção de outros produtos (ou seja, ainda que não seja “consumidor” na forma da legislação de proteção das relações de consumo); ou
- (b) todos os consumidores em geral, compreendendo não apenas os consumidores do produto das empresas que se concentram, mas também os consumidores não identificáveis, que teriam seu bem-estar aumentando em decorrência da liberação de recursos econômicos que no momento pré-concentração estavam sendo utilizados pelas empresas que se concentram, em função das eficiências produtivas geradas pelo ato; e os próprios acionistas das empresas que se concentram, que também são, por seu turno, consumidores de outros produtos.

A opção pela interpretação do item “a” levaria à conclusão de que o método de ponderação eleito pela legislação de proteção da concorrência para aprovar um ato de concentração por eficiências seria o método *price standard* (vide item 3.5.2 supra) ou o método do excedente do consumidor (vide item 3.5.3 supra), tendo em vista que o consumidor do produto das empresas que se concentram teria que ser beneficiado pelo ato.

A opção pela interpretação do item “b” levaria à conclusão de que a legislação brasileira permite o método dos excedentes totais (vide item 3.5.1 supra).

Pelos motivos deduzidos no início do presente capítulo, no sentido de que o ordenamento jurídico vigente não impõe necessariamente a conclusão de que a transferência de renda dos consumidores – conceituados na forma da legislação de proteção da concorrência – para os produtores será sempre ilegal, a interpretação na forma do item “b” acima seria uma interpretação sistemática e teleológica perfeitamente coerente e aceitável, contemplando valores e princípios da legislação de proteção da concorrência e fundamentadas no conceito de eficiência de Pareto potencial, dessa forma possibilitando a conclusão de que a legislação brasileira autoriza o método dos excedentes totais.

Ocorre, contudo, que a adição do termo “usuários finais” e a construção da sentença da forma “participantes de um lado, e consumidores e usuários finais de outro”, denota, de forma bastante clara que o legislador referia-se, nesse dispositivo em particular, aos consumidores e usuários finais do produto produzido pelas empresas que se concentram.

Uma interpretação gramatical do dispositivo impõe, dessa forma, a interpretação descrita no item “a” acima, de forma que não é aceitável a captura de parte da renda dos consumidores pelos produtores, porque a lei veda essa opção.

É necessário, portanto, que os consumidores dos produtos das empresas que se concentram sejam beneficiados pelo ato de concentração.

#### *4.1.1.2 Distribuição equitativa*

Entendido que os consumidores e usuários finais são os consumidores do produto das empresas que se concentram, cumpre avaliar como pode ocorrer uma distribuição equitativa dos benefícios do ato.

Em um primeiro momento, a necessidade de que os consumidores do produto das empresas que se concentram sejam beneficiados já limita os métodos de ponderação das eficiências aos métodos do *price standard* e do excedente do consumidor.

Os demais métodos não implicam em nenhum tipo de repasse dos benefícios

para os consumidores. Todos os ganhos de eficiência decorrentes de reduções de custos são apropriados pelas empresas que se concentram e revertidos em lucros para seus acionistas.

Mesmo a utilização do método de *Hillsdown* (vide item 3.5.4), que exige a comparação dos ganhos de eficiência com a soma do excedente do consumidor transferido para os produtores com o peso morto; ou a utilização do método dos excedentes ponderados (vide item 3.5.5.), que estabelece pesos diferentes para a comparação dos ganhos e perdas dos produtores e consumidores; não implica em qualquer distribuição de benefícios do ato para os consumidores dos produtos das empresas que se concentram.

Esses métodos informam apenas que os ganhos de eficiência são superiores ao peso morto e aos demais efeitos negativos, calculados de forma ponderada ou não, para os consumidores. Consistem apenas em métodos para medir as eficiências.

O método do excedente total, como visto, contrasta apenas eficiência e peso morto, ignorando a transferência de renda dos consumidores para os produtores.

Dentre os métodos remanescentes, a alternativa entre os métodos *price standard* e do excedente do consumidor resolve-se em favor do método do excedente do consumidor, tendo em vista que:

- (1) este método compreende aquele e ainda possibilita a consideração de eventuais melhorias na qualidade do produto, sendo que a melhoria na qualidade do produto é um benefício para o consumidor, que irá refletir no seu excedente; e
- (2) o requisito legal é uma “distribuição eqüitativa dos benefícios”, que ocorre nos dois métodos, e não a manutenção dos preços pré-concentração, requisito este que o método do excedente do consumidor pode eventualmente não observar.

Nessa linha, as empresas que se concentram devem demonstrar que, ao lado do poder de mercado, parte dos ganhos de eficiência gerados pela concentração serão repassados para os consumidores, e que esse repasse é “eqüitativo”.

Essa disposição reflete o entendimento de que para justificar a aprovação de um ato de concentração os ganhos de eficiências devem ser repartidos com os consumidores, ainda que não se exija que os consumidores fiquem com todo o ganho, como comenta HOVENKAMP:

[...] Diversos tribunais sugerem que uma defesa de eficiências deve ser rejeitada quando as partes não conseguem demonstrar que os ganhos serão transferidos para os consumidores.

Por outro lado, uma regra exigindo que *todos* os ganhos de eficiência sejam passados para os consumidores também é inaceitável. Primeiro, isso iria destruir completamente a principal motivação para as firmas se concentrarem, que é a redução de seus custos. Uma regra que proíba firmas de embolsar qualquer ganho de eficiência serviria com um significativo meio de dissuadir concentrações criadoras de eficiência que tenham ultrapassado os parâmetros de presunção de legalidade.<sup>169</sup>

O repasse dos benefícios ao consumidor em decorrência da redução de custos pode ser avaliado em função do percentual de redução nos custos e do percentual de redução nos preços (ajustado por eventual aumento de qualidade, vale pontuar) gerado pelo ato de concentração.

Essa relação entre redução de custos e redução de preços é denominada de “taxa de transferência” (*pass-through rate*), e mesmo um monopolista teria incentivos para repassar para os consumidores parte da redução de seus custos variáveis, tendo em vista que o aumento do volume de vendas compensaria a redução de preços, como ensina JONATHAN BAKER:

A taxa de transferência é a proporção da redução de custos variáveis que resulta em menores preços para o consumidor. Por exemplo, se uma firma abaixou os preços em 5 por cento quando seus custos variáveis caíram em 10 por cento, a sua taxa de transferência será de 50 por cento. Mesmo um monopolista tem incentivo para reduzir os preços se os seus custos variáveis caem: com uma curva de custo marginal uniformemente menor e com uma demanda inclinada para baixo ele necessariamente igualará receita marginal e custo marginal em um nível mais alto de oferta e mais baixo de preço. Por exemplo, um monopolista com uma

<sup>169</sup> “[...] Several courts have suggested that an efficiency defense should be rejected where the parties cannot show that the gains will be passed on to consumers.

*At the same time, a rule requiring all efficiency gains to be passed on to consumers is unacceptable as well. First, it would completely undermine the principal motivation for firms to merge in the first place, which is to lower their costs. A rule that forbade firms from pocketing any of the gains of increased merger efficiency would serve as a significant deterrent to efficiency-producing mergers that have crossed the threshold of presumptive legality.”. Op. Cit., p. 502-503.*

demanda linear transferirá 50 por cento de qualquer redução em seu custo marginal<sup>170</sup>.

A dificuldade, por certo, é definir qual seria a taxa de transferência que representaria uma divisão eqüitativa dos benefícios do ato.

Assim, considerando as disposições do inciso II do §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, não apenas o método que deve ser aplicado é o método do excedente do consumidor, como é necessário que parte dos ganhos de eficiência sejam repassados, de uma forma que seja considerada eqüitativa, aos consumidores do produto das empresas que se concentram. Ou seja, não basta que o excedente do consumidor mantenha-se constante, mas é necessário que ele aumente.

O inciso II do §1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 estabelece, de fato, requisitos muito difíceis de serem alcançados na prática, exigindo ganhos de eficiência extremamente elevados para justificar a aprovação do ato.

Não obstante a redação do inciso II do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 levar, pelos motivos expostos acima, à conclusão de que o método exigido pela legislação brasileira é o método do excedente do consumidor, o GUIA PARA ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL não reflete esse entendimento de forma inequívoca, na medida em que dispõe, em seu item 70, que em relação às eficiências o ato deverá implicar em um “efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico da sociedade”:

70. O fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser “praticamente nula” não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira. Para avaliar o efeito líquido da concentração sobre a economia é necessário comparar os custos econômicos com as possíveis eficiências econômicas derivadas do ato. Nesta seção apresentam-se os fatores que podem ser consideradas eficiências econômicas derivadas do ato de concentração.

---

<sup>170</sup> “ The pass-through rate is the proportion of variable cost savings that result in lower consumer prices. For example, if a firm lowered price by 5 percent when its variable costs fell by 10 percent, its cost pass-through rate would be 50 percent. Even a monopolist has an incentive to lower price if its variable costs decline: with a uniformly lower marginal cost curve and downward sloping demand, it necessarily equates marginal revenue with marginal cost at a higher level of output and lower price. For example, a monopolist with a linear demand will pass through 50 percent of any reduction in marginal cost.”. BAKER, Jonathan B. Efficiencies and High Concentration: Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001). In: KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). The Antitrust Revolution: economics, competition and policy. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004, p.163.



No mesmo sentido dispõe o item 85 do Guia:

85. Para que um ato que implique controle de parcela substancial de mercado (Etapa II) em um mercado em que existam condições de exercício de poder de mercado (Etapa III) seja aprovado com base nas eficiências que gera (Etapa IV), é necessário que o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade seja não-negativo, e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (art. 54, §1º, IV).

A assertiva constante do item 70 do Guia, de que “o fato de a probabilidade do exercício de poder de mercado não ser ‘praticamente nula’ não implica que a concentração reduza o bem-estar da economia brasileira”, conjugada com a assertiva constante do item 85 de que “é necessário que o efeito líquido da operação sobre o bem-estar econômico da sociedade seja não-negativo” evidencia que a SDE e a SEAE advogam o método do excedente total para ponderar as eficiências, e não o método do excedente do consumidor.

Tal se afirma porque para o bem-estar da sociedade ser “não-negativo” basta que as eficiências sejam superiores ao peso morto, podendo ser atribuído um efeito neutro à transferência de parte do excedente do consumidor para o excedente do produtor.

Quando confronta o requisito legal da distribuição eqüitativa dos benefícios aos consumidores, o Guia o faz de forma pouco conclusiva, na forma de seu item 87:

87. A lei de defesa da concorrência estabelece como requisito formal de aprovação dos atos de concentração que os benefícios decorrentes sejam “distribuídos eqüitativamente” entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro (art. 54, §1º, II). Mesmo nos casos em que os órgãos de defesa da concorrência reputarem a operação “necessária por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”, veda o legislador a aprovação do ato caso se verifique a possibilidade de “prejuízo” ao consumidor ou usuário final (art. 54, §2º). Portanto, nesses casos em particular, as Secretarias procurarão analisar se os efeitos da operação se revertem em benefício do consumidor em período de tempo razoável.

Ora, em todos os casos, mesmo sob o § 2º do art. 54, para avaliar se as eficiências são superiores aos custos há que se analisar se os efeitos implicarão em

benefícios para os consumidores.

A redação do Guia demonstra, tal como ocorreu no caso canadense (vide item 3.5.5), que as autoridades de proteção da concorrência, por deterem um conhecimento técnico específico, e por tal motivo estarem aptas a identificar um ganho social quando as eficiências produtivas excedem o peso morto, tendem a ser mais receptivas ao método do excedente total do que o legislador, ou, ao menos, tendem a dar uma interpretação mais elástica ao dispositivo legal que autoriza a exceção de eficiências.

A obrigação de “distribuição eqüitativa” dos benefícios é certamente o requisito mais rígido a ser observado, e o que impõe maiores limitações às possíveis alternativas para ponderar os ganhos de eficiência.

Como dito, não apenas o excedente do consumidor pós-concentração deve ser igual do que o excedente do consumidor antes da concentração, mas deve haver o incremento desse excedente, que represente uma transferência “eqüitativa” das eficiências geradas.

Os lindes legais impõem, na prática, uma margem de manobra muito reduzida para a aprovação de um ato de concentração em face de eficiências econômicas.

Nesse particular, o seguinte trecho do voto do Conselheiro CLEVELAND PRATES TEIXEIRA, quando do julgamento do Ato de Concentração n.º 08012.006976/2001-58, tendo como requerentes as empresas BR Participações e Empreendimentos S. A., G. Barbosa e Cia. Ltda. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda., é ilustrativo da dificuldade de cumprir com o requisito da distribuição eqüitativa dos benefícios, mormente quando se tem em perspectiva que pode haver um ganho de eficiência econômica mesmo nos casos em que não ocorrer a transferência de benefícios para os consumidores:

Por fim, há que se lembrar que a Lei 8.884/94, em seu art. 54, §1º, inciso II, exige que os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos eqüitativamente com os consumidores. É fato que este é o ponto mais difícil de ser demonstrado, e que não há como se garantir, com certeza, que qualquer operação distribuirá eqüitativamente os resultados gerados pelo ato. E mais, a única

forma de se garantir que o consumidor será beneficiado com a operação ocorre naqueles casos em que a redução de custo é tão grande que o novo ponto ótimo de maximização do lucro da nova firma criada ( $R_{mg} = C_{mg}$ ) naturalmente gerará um preço mais baixo ao mercado. Dessa forma, entendo que tal dispositivo legal deve ser entendido com cautela, para que não incorramos no erro de desaprovarmos operações que possam gerar benefícios para toda a sociedade.

Ressalvando apenas o detalhe de que não necessariamente apenas quando existir um ponto ótimo de maximização de lucro no qual a receita marginal é igual ao custo marginal que implique em um preço inferior ao preço pré-competitivo é que se poderá garantir que o consumidor será beneficiado, pois quando houver aumento do excedente do consumidor essa certeza também existirá, a posição do Conselheiro espousa o mesmo raciocínio deduzido acima: o inciso II do § 1º do art. 54 restringe, necessariamente, os métodos de ponderação aos métodos do *price standard* e do excedente do consumidor.

Quanto à afirmativa de que o dispositivo tem que ser “entendido com cautela”, sob pena de “desaprovar operações que possam gerar benefícios para toda a sociedade”, tal assertiva reflete a constatação de que um ato de concentração pode gerar benefícios para toda a sociedade se as eficiências produtivas forem maior do que o peso morto, mesmo nas hipóteses em que os benefícios não são repartidos com os consumidores do produto das empresas que se concentram.

A dificuldade jurídica para aprovar um ato cuja ponderação seja feita por outro método que não o *price standard* ou o excedente do consumidor reside na dificuldade de contornar o comando constante do inciso II do § 1º do art. 54, que exige que os benefícios do ato sejam distribuídos com os consumidores, independente de existirem benefícios para a sociedade.

#### 4.1.2 Manutenção da concorrência e observância dos limites necessários para fruição dos benefícios

Atendido o requisito do inciso II do § 1º do art. 54, devem ainda ser observados, cumulativamente, os requisitos dos incisos III e IV do mesmo parágrafo, que consistem em: (1) não eliminar totalmente a concorrência no mercado relevante que se cogita; e (2) observar os limites estritamente necessários para o ato.

A restrição de não eliminar integralmente a concorrência traduz uma preocupação com atos de concentração que criem empresas com tanto poder de mercado que mesmo determinadas condições estruturais que limitariam o exercício de poder de mercado em menores níveis de concentração tendem a não ser eficazes, como ensina HOVENKAMP:

O exemplo “clássico” de concentração facilitando um aumento unilateral de preços é uma concentração que redunde em monopólio. Tais concentrações merecem o mais alto nível de escrutínio antitruste, e geralmente devem ser condenadas mesmo se as barreiras à entrada forem baixas. A necessidade de permitir a existência e o crescimento de rivais é simplesmente importante demais nesse mercado<sup>171</sup>.

Como sempre haverá um significativo grau de incerteza acerca do comportamento do agente econômico após o ato de concentração, e um significativo grau de incerteza acerca da efetiva materialização das eficiências prometidas, as concentrações que levem ao nível de monopólio ou quase-monopólio, por embutirem a presunção de que do alto grau de participação no mercado derivará grande poder de mercado, tendem a não ser elegíveis para uma defesa de eficiências, por que tais eficiências teriam que ser excepcionalmente grandes para compensar os efeitos nocivos.

Atos que gerem uma concentração muito grande devem ser excluídos, *a priori*, de considerações sobre as eficiências a ele associadas. A própria lei já cria uma presunção de que essas eficiências não serão suficientes para compensar os efeitos negativos.

Assim, mesmo que existam eficiências significativas, que impliquem em uma redução de custos de tal ordem que o excedente do consumidor no ato pós-concentração seja superior ao excedente no ato pré-concentração, ainda assim o ato não deverá ser aprovado se criar uma empresa que detenha cem por cento do mercado relevante ou algo próximo desse percentual, cabendo uma avaliação casuística sobre o que deve ser considerado “parte substancial de mercado

---

<sup>171</sup> “ The ‘classic’ example of a merger facilitating a unilateral price increase is the merger to monopoly. Such mergers deserve the highest level of antitrust scrutiny, and generally should be condemned even if barriers to entry are low. The need for rivals to be permitted to exist and grow is simply too important in such a market.”. *Op. Cit.*, p. 505-506.

relevante”.

O outro requisito é que o ato observe os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Nesse particular o termo “objetivos visados” deve, por um lado, ser entendido em relação aos objetivos do tipo de ato que se está analisando, e, por outro lado, em relação às eficiências geradas pelo ato.

Qualquer disposição acessória ou não relacionada com o ato sob análise deve ser, para fins concorrenciais, objeto de uma análise específica, e não integrada à análise de eficiências.

Por exemplo, se o ato envolve a aquisição de uma empresa por outra e, concomitantemente, os vendedores da empresa adquirida celebram com a empresa adquirente algum tipo de contrato restritivo da concorrência, tal como um contrato de exclusividade ou de não-concorrência, este ato específico não deve ser considerado no âmbito da avaliação das eficiências.

Sendo as eficiências geradas pela reunião de ativos sob o controle da empresa adquirente, e não pela celebração do contrato restritivo de concorrência entre as empresas, não há que se defender que as eficiências geradas pela primeira situação justificam a restrição originada pela segunda.

Sob um outro prisma, mesmo sob uma defesa de eficiências também é facultado às autoridades de defesa da concorrência estabelecer medidas para minimizar ou reduzir os efeitos anticoncorrenciais do ato de concentração.

Ainda que existam eficiências significativas, as autoridades de defesa da concorrência, ao arrimo do disposto pelo § 9º do art. 54, podem condicionar a aprovação do ato a adoção de medidas específicas pelas partes, para minimizar os efeitos anticoncorrenciais (essa determinação, como será detalhado, não consiste na celebração do compromisso de desempenho).

Vale dizer: a existência de eficiências não confere às partes um salvo conduto para o exercício do poder de mercado ou para a estipulação de outras práticas restritivas da concorrência.

## 4.2 As disposições do § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94

Sob a égide do § 1º do art. 54 exige-se que todos os quatro requisitos mencionados acima sejam observados. Não obstante, o § 2º do mesmo artigo autoriza que apenas três desses requisitos sejam levados em conta, desde que:

- (1) o ato seja necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum; e
- (2) não impliquem em prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Interpretando-se os requisitos do § 1º do art. 54, verificamos que a aprovação do ato de concentração exige:

- (a) a existência de eficiências;
- (b) a ponderação através do método do excedente do consumidor, sendo que as eficiências devem ser de tal ordem que o excedente do consumidor pós-concentração aumente em um percentual que possa evidenciar uma distribuição “equitativa” das eficiências geradas pelo ato;
- (c) que o ato de concentração não leve à monopolização ou a um quase-monopólio; e
- (d) que sejam observados os limites do ato no que concerne ao objeto que lhe é próprio.

Em face de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, o § 2º do art. 54 autoriza a desconsideração de um dos requisitos do § 1º do mesmo artigo, desde que o consumidor e o usuário final não seja prejudicado.

Cumpra, então delimitar como se opera uma aprovação excepcional do ato sob a égide de § 2º do art. 54.

### 4.2.1 *Motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum*

O primeiro ponto consiste em definir qual deve a extensão da assertiva “motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum”.

Conceitos jurídicos indeterminados, não raro, conferem ao aplicador da lei

uma discricionariedade ampla para escolher entre uma série de possíveis interpretações, e, nesse processo de escolha, a discricionariedade para privilegiar determinados valores em detrimentos de outros.

Se, por um lado, a flexibilidade de um conceito possibilita sua adequação a um caso concreto, em linha com a finalidade para a qual a legislação foi editada; por outro lado a indeterminação da regra pode levar à aplicação da lei de forma enviesada, para proteger interesses diversos dos interesses que a lei visa proteger, ou até à aplicação da lei de forma contrária ao seu propósito.

Os termos “bem comum”, “interesse público”, “interesse nacional”, “soberania”, e tantos outros, muito se prestam para, de forma desvirtuada, justificar políticas públicas, medidas legais e demais atuações estatais que são apresentadas como socialmente relevantes, mas que têm por finalidade tão-somente privilegiar determinados grupos de interesse, em detrimento de toda a coletividade.

Há que ter em perspectiva, portanto, os limites à discricionariedade do aplicador da lei e, no caso concreto, os limites do CADE para avaliar que determinada situação envolve um “motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum” para, sob essa justificativa, não aplicar integralmente a legislação de proteção da concorrência.

Entendemos que o “motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum” deve significar, tão-somente, a existência de eficiências produtivas que superem os custos decorrentes da criação ou aumento do poder de mercado.

Nesse escopo, a discricionariedade do CADE estaria limitada ao método de ponderação dos benefícios e custos e, em alguns casos, à possibilidade de descartar algum dos requisitos do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

A exceção do § 2º do art. 54 não poderá ser invocada em relação a um ato de concentração no qual os custos superem as eficiências. O CADE não tem a prerrogativa de deixar de aplicar a legislação de proteção da concorrência quando as eficiências associadas ao ato de concentração não são maiores do que os custos.

O “motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum” consiste, necessariamente, em produzir eficiências superiores aos custos (ainda que

possa haver discricionariedade para a escolha do método de ponderação).

Um ato de concentração que fosse avaliado pelo método do excedente total e no qual as eficiências fossem superiores ao peso morto poderia, em tese, ser aprovado sob a justificativa de que existe um motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum<sup>172</sup>. Nesse caso, ainda que houvesse aumento de poder de mercado, o excedente total seria aumentado.

Um ato que fosse avaliado pelo método do excedente total e no qual o peso morto fosse superior às eficiências produtivas não poderia ser aprovado sob o argumento de que existe um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum.

Nesse caso haveria redução dos excedentes totais, e o motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum, se algum, deveria ser deduzido fora do escopo da legislação de proteção da concorrência.

Isso consistiria, *grosso modo*, em autorizar o CADE a conceder uma imunidade antitruste, o que entendemos que excede às competências legais do CADE, pelos motivos que serão detalhados a seguir.

#### *4.2.1.1 Impossibilidade de concessão de imunidade antitruste pelo CADE*

A primeiro razão que sustenta o entendimento de que o CADE não pode decidir por não aplicar a legislação de proteção da concorrência por força de motivos não econômicos é que o CADE tem, essencialmente, uma função adjudicatória.

A função do CADE, delimitada pela Lei nº 8.884/94, não é regular indústrias ou promover interferências nos processos de mercado para supostamente melhorar esses processos. A função do CADE é avaliar se determinado ato ou conduta pode levar à criação ou aumento de poder de mercado dos agentes envolvidos e, dessa forma, se pode prejudicar o funcionamento dos mecanismos de mercado e reduzir o bem-estar social.

Se esse for o caso, compete ao CADE reprovar o ato ou determinar as

---

<sup>172</sup> Na prática isso não seria possível, porque a atual redação do § 2º do art. 54 que exige que o consumidor não seja prejudicado, dessa forma não autorizando a utilização do método dos excedentes totais, como será detalhado.



medidas que restaurarão as condições de concorrência.

O exercício dessa função já encerra tarefas de grande complexidade e, conseqüentemente, consome substanciais recursos econômicos e humanos. Dessa forma, além de não ter competência legal para ir além de suas funções, o CADE deve observar também seus limites técnicos e orçamentários.

Não caberia ao CADE avaliar, em relação a um setor econômico específico, se um ato ou conduta que implique na criação de poder de mercado (e não gere eficiências compensatórias) poderia implicar na produção de outros efeitos que seriam desejáveis para orientar o funcionamento desse setor econômico.

Por exemplo, não caberia ao CADE aprovar uma concentração em determinado setor porque essa concentração atrairia investimentos para aquele setor, ou aprovar uma concentração no setor financeiro para reduzir o risco sistêmico.

Assim, considerações acerca de qual seria a melhor forma de intervir em determinado setor econômico não devem ser valoradas como motivos preponderantes para a economia nacional ou bem comum para fins de justificar a não aplicação da legislação de proteção da concorrência.

Sendo isso verdadeiro em relação a setores econômicos que não sofrem regulação, mais verdadeiro ainda o é em relação a setores regulados, nos quais órgãos administrativos próprios têm a função de determinar, dentro do âmbito de suas competências, como o setor econômico deve ser estruturado.

Há que haver uma coordenação entre o CADE e os demais reguladores, para evitar decisões contraditórias e atuações sobrepostas, mas o CADE deve abster-se de aplicar a legislação do setor regulador, limitando-se a exercer sua competência em relação ao espaço não ocupado pela regulação.

Nesse particular, vale transcrever trecho do voto do conselheiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO, proferido quando do julgamento pelo CADE do Ato de Concentração nº 08012.0006762/2000-09, no qual discutiu-se em profundidade os limites, as competências e as funções do CADE, em face de um conflito positivo de competências suscitado pelo Banco Central do Brasil, e que

bem ilustra o caráter adjudicatório e independente do CADE:

[...] o CADE não estabelece, *a priori*, em que condições dar-se-á a concorrência dos mercados – apenas *julga* atos concretos das empresas à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica. Dito de outro modo: o CADE não é órgão regulador de nenhum setor da economia, muito menos das condições prévias de concorrência no setor financeiro. O CADE, apenas e tão-somente, aplica a Lei n. 8.884/94. Julga e não regula. Ou, ainda melhor, pode julgar porque não regulou. Sem clareza nessa distinção, impossível saber qual a competência do CADE e porque ela é perfeitamente compatível com a competência do BACEN.

Sob um outro prisma, há que se ter em perspectiva que o CADE é um órgão de Estado e não de Governo.

O art. 5º da Lei nº 8.884/94<sup>173</sup> limita as hipóteses nas quais o conselheiro do CADE pode perder o mandato justamente com a finalidade de evitar ingerências do Poder Executivo no processo decisório da autarquia. O art. 50 da Lei nº 8.884/94<sup>174</sup> determina de forma expressa que as decisões do CADE não comportam revisão em âmbito administrativo. A Lei nº 8.884/94 dotou o CADE de uma Procuradoria própria com o dever de executar seus julgados.

Resta nítido, portanto, que o legislador conferiu ao CADE uma autonomia funcional em relação ao Poder Executivo, reconhecida em algumas oportunidades pelo Poder Judiciário<sup>175</sup>. O CADE deve pautar sua atuação pela proteção dos mecanismos de mercado, independente dos desejos dos governantes de plantão.

Sendo um órgão de Estado, e não de Governo, deriva que não compete ao CADE implementar nenhum tipo de política industrial, ainda que arrimo de um suposto “interesse público” ou “motivo preponderante para a economia nacional ou

<sup>173</sup> Art. 5º A perda de mandato do Presidente ou dos Conselheiros do Cade só poderá ocorrer em virtude de decisão do Senado Federal, por provocação do Presidente da República, ou em razão de condenação penal irrecorrível por crime doloso, ou de processo disciplinar de conformidade com o que prevê a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e por infringência de quaisquer das vedações previstas no art. 6º.

Parágrafo único. Também perderá o mandato, automaticamente, o membro do Cade que faltar a três reuniões ordinárias consecutivas, ou vinte intercaladas, ressalvados os afastamentos temporários autorizados pelo Colegiado.

<sup>174</sup> Art. 50. As decisões do Cade não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições.

<sup>175</sup> Vide, a título ilustrativo, a decisão proferida pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento, em 9.12.2005, do Mandado de Segurança nº 10.139/DF (2004/0168453-1), impetrado pelo Ministério Público Federal contra ato do Ministro de Estado da Justiça que arquivou recurso administrativo a ele interposto pelo Ministério Público contra decisão do CADE.

bem comum”.

É o Poder Executivo que tem que adequar suas políticas industriais à legislação de proteção da concorrência, não a autoridade de proteção da concorrência que tem que julgar atos e condutas em linha com a política industrial do governo. Vale dizer, a implementação de qualquer tipo de política industrial deve levar em consideração que não poderá estar baseada na criação de agentes econômicos com poder de mercado, a não ser que obtenha essa imunidade pela via legislativa.

A implementação de política industrial não deve ser, portanto, um motivo preponderante da economia nacional e do bem comum a possibilitar uma aplicação excepcional da legislação de proteção da concorrência.

Sob uma terceira vertente, o CADE não é um órgão de representação política, de tal forma que não lhe compete fazer escolhas políticas. Os conselheiros do CADE têm que aplicar a legislação de proteção da concorrência, não tomar decisões que competem ao legislador.

O cidadão é eleito conselheiro do CADE por conta de seu notório saber em direito ou economia, notadamente em relação a assuntos que digam respeito a aplicação da Lei nº 8.884/94. É por conta dessa expertise que foi indicado para integrar o CADE e sua atuação deve ser pautada, exclusivamente, pela aplicação desse conhecimento técnico.

Os conselheiros certamente têm, como a maioria das pessoas, suas convicções acerca de questões sociais e políticas, tem a sua própria visão do mundo e suas ideologias, mas não foram eleitos para suas posições por conta desses predicados. Foram eleitos porque entendem de questões concorrenciais e podem julgar os casos que lhes são apresentados com base nesse conhecimento técnico.

Admitir que o CADE poderia deixar de aplicar a legislação de proteção da concorrência por conta de questões que estão fora do âmbito da legislação de proteção da concorrência seria admitir que as decisões do CADE poderiam refletir o posicionamento político e ideológico de seus conselheiros.

O exercício da função de conselheiro nessas bases não seria admissível,

porque faltaria a legitimidade da representação política para tanto.

Pela mesma razão, não são todas as questões de ordem econômica e social que devem ser consideradas no âmbito de uma análise antitruste.

O CADE não é o responsável pelo nível de emprego, pelas reservas cambiais do país, pela criação ou falência de empresas nacionais, pela necessidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento, pelos efeitos da globalização ou por uma série de outras questões de ordem social e econômica.

Não se está a afirmar que essas questões não são questões importantes, mas sim que essas questões têm que ser equacionadas pelos órgãos políticos e administrativos que têm competência para tanto, observando-se a legislação específica, até porque, como será detalhado, tais questões não são resolvidas por meio da criação de agentes econômicos com poder de mercado.

Vale registrar, ainda, que nem a Lei nº 8.884/94 nem qualquer outro dispositivo legal confere imunidade antitruste a determinado setor econômico ou a determinados agentes econômicos. Ao revés, infere-se da redação do art. 15 da Lei nº 8.884/94<sup>176</sup> que o escopo de aplicação da legislação de proteção da concorrência é bastante amplo, incluindo não apenas o setor privado, mas também empresas públicas e sociedades de economia mista.

A dominação de mercados relevantes e o prejuízo à livre concorrência são definidos como ilícitos sob a égide da Lei nº 8.884/94. Para afastar essa ilicitude não basta a decisão do CADE nesse sentido, é necessário um ato normativo de igual hierarquia ao ato que tornou o fato ilícito. Ou seja, qualquer imunidade antitruste somente pode ser conferida por lei ordinária.

Dessa forma, não há que se concluir que por algum motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum **estranho ao escopo das relações de concorrência no mercado relevante que é objeto da análise**, o CADE possa optar por não aplicar a legislação.

---

<sup>176</sup> Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

#### *4.2.1.2 Hipóteses em que não há um motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum*

É necessário sublinhar que o efeito decorrente da não aplicação da legislação é a criação de agentes com poder de mercado, que irão restringir oferta e cobrar preços supracompetitivos dos consumidores, fato que irá gerar ainda o peso morto, uma ineficiência alocativa.

O exercício do poder de mercado, como visto, implica em prejuízos para os consumidores e para a economia nacional, de forma que ao optar por não aplicar a legislação de proteção da concorrência há que se ter bem articuladas as razões pelas quais existe motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum para tanto.

A aplicação da legislação de proteção da concorrência, por definição, implica justamente em evitar prejuízo para a economia nacional e para o bem comum.

Por esse motivo, vale comentar, brevemente, alguns argumentos que são com razoável frequência opostos à aplicação da legislação de proteção da concorrência, e que sugerem que um interesse social superior seria prejudicado por tal aplicação.

Esses argumentos são falaciosos na medida em que não há uma correlação entre a premissa que se fundamentam (não aplicação da legislação de proteção da concorrência) e o objetivo que pretendem atingir.

Um argumento com grande apelo popular é o do nível de emprego. Não raro os particulares afirmam que a aprovação do ato de concentração é necessária para a manutenção dos níveis de emprego. A validade desse argumento, contudo, não resiste ao questionamento crítico.

Para que o argumento faça sentido, é necessário que do fato de se permitir a criação ou o aumento do poder de mercado decorra o aumento ou a manutenção dos níveis de emprego.

Considerando que a ciência econômica sustenta que com a aquisição ou aumento de poder de mercado o agente econômico irá **reduzir** a oferta do bem ou serviço, é razoável supor que uma das conseqüências lógicas decorrentes da redução

da produção seja a dispensa de empregados, pois seriam produzidas menos unidades do produto do que antes da concentração. Não seria lógico que algum empresário vá contratar mais empregados para produzir menos produtos.

Assim, introduzindo a variável nível de emprego na equação, resultaria que com a criação ou aumento do poder de mercado: a produção seria reduzida; os preços seriam aumentados; haveria a criação do peso morto; e, na melhor das hipóteses, os níveis de emprego permaneceriam iguais, sendo que é razoável afirmar ser provável que ocorram dispensas de empregados em função da redução da produção.

Dessa forma, é difícil conceber como deixar de aplicar a legislação de proteção da concorrência pode implicar no aumento ou manutenção do nível de emprego.

Sob um outro prisma, mesmo admitindo-se a implausível tese de que a criação ou o aumento de poder de mercado pode implicar no aumento do nível de emprego na indústria que se concentra (e não no aumento de lucros dos empresários), cumpre analisar se tal medida se justificaria em face do ordenamento jurídico vigente.

Um primeiro questionamento seria: é justo que toda a sociedade pague preços supracompetitivos pelo produto em questão para manter o nível de emprego em uma determinada indústria? A Constituição Federal, quando disciplina o Sistema Tributário Nacional, estabelece uma série de restrições e garantias para a imposição de novos tributos e o aumento dos tributos existentes, nesse contexto seria jurídica e moralmente aceitável a imposição de um “tributo privado” para a manutenção de alguns empregos sem a observância dos mesmos requisitos constitucionais?

Essa interpretação não seria juridicamente aceitável, mormente considerando que concentrações que possam levar a criação ou aumento de poder de mercado são ilegais à luz da legislação de proteção da concorrência.

Essa interpretação exigiria, ainda, que “bem comum” fosse interpretado como manutenção de alguns empregos. A manutenção de alguns empregos

certamente seria uma boa medida para os empregados dessas empresas, mas com mesma certeza afirma-se que os interesses desse grupo de empregados específicos não devem ser considerados como “bem comum”.

Mas um segundo ponto também merece atenção.

Como visto acima, o aumento do preço de um produto A leva à redução do consumo desse produto A e, concomitantemente, à redução do consumo de outros produtos B, C, D, E, etc., tendo em vista que o consumidor passa a ter que destinar uma parcela maior de sua renda para consumir o produto A ou algum substituto.

Consumindo menos dos produtos B, C, D, E, etc. é razoável supor que as empresas que produzem esses produtos tenham que reduzir a produção e, dessa forma, tenham que demitir empregados e reduzir postos de trabalho.

Assim, é também razoável supor que ainda que fosse possível deduzir que a concentração em uma indústria iria levar à manutenção ou aumento do nível de emprego nessa indústria, ainda assim não se justificaria a suspensão da aplicação da legislação de proteção da concorrência, pois a manutenção dos empregos nas indústrias que se concentram implicaria na redução de empregos em outras indústrias.

E isso tudo considerando apenas o nível de emprego como uma variável importante. Isto é, não considerando o aumento de preços e redução de bem-estar social gerado pelo exercício do poder de mercado.

Por todos esses motivos, a manutenção do nível de emprego não pode ser considerado um “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum” para justificar uma imunidade antitruste.

Ainda que a assertiva seja temperada com razões de justiça social e seja apresentada como uma medida altruísta e socialmente irrepreensível, a criação de agentes com poder de mercado representa, na verdade, menos empregos, menos renda, menos oportunidades e menos justiça, sendo que a única certeza que se tem é que os acionistas das empresas que se concentram (não seus empregados) ficaram em melhor posição.

Um outro recorrente *non sequitur* é o fortalecimento da empresa nacional para

enfrentar a globalização e a concorrência externa.

Tal como o argumento da manutenção dos níveis de emprego, o argumento do fortalecimento da empresa nacional não articula coerentemente a premissa (criar ou aumentar poder de mercado) com a síntese (concorrer com empresas estrangeiras).

Nas hipóteses em que uma concentração aumenta a competitividade da indústria nacional em face da indústria estrangeira isso se deve a:

- (1) ganhos de eficiência, quando então a análise deve ser no sentido de verificar se os ganhos superam as perdas; ou
- (2) diferenças de elasticidade-preço das demandas do produto no mercado interno e no mercado externo, quando então o aumento das exportações implicará na transferência do excedente do consumidor no mercado interno para o consumidor no mercado externo (hipótese na qual o ato deve ser sumariamente rejeitado).

Esses casos serão comentados a seguir.

Há que se delimitar inicialmente duas situações distintas para a análise do argumento da competitividade no mercado global: a primeira é a concorrência entre a empresa nacional e a empresa estrangeira no mercado interno; e a segunda é a possibilidade de a empresa nacional competir no mercado externo.

Na primeira hipótese, a existência de concorrência no mercado interno entre o produto produzido pelas empresas que se concentram e o produto importado, pressupõe: (a) que o produto importado pode ser vendido no mercado interno a preços competitivos, de forma que não existem barreiras tarifárias ou não-tarifárias e os custos de transporte não são proibitivos; e (b) que a concentração irá diminuir o preço e/ou aumentar a qualidade do produto nacional fazendo com que este produto possa competir com o produto importado.

Sendo esse o caso, não há que se falar em aprovar o ato por motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum ou para possibilitar a concorrência com o produto importado. Aprova-se o ato porque do ato derivarão



apenas eficiências econômicas e não poder de mercado. A tentativa de exercício de poder de mercado seria limitada pela concorrência do produto importado. O ato deveria ser aprovado mesmo se o concorrente fosse uma empresa nacional.

Assim, nessa hipótese o argumento do fortalecimento da empresa nacional é, essencialmente, um argumento de eficiências e de definição de mercado relevante, que não se presta para funcionar como uma exceção diversa da própria defesa de eficiências.

Na segunda hipótese, possibilidade de concorrência do produto nacional no mercado externo, abrem-se dois desdobramentos, em função da dimensão do mercado relevante.

Se o mercado relevante é mundial, ou seja, se o produto nacional substitui e é substituído pelo consumidor pelo produto importado (i.e. os preços são os mesmos no mercado interno e mundial e os custos de transporte não são proibitivos), a assertiva de que a concentração vai possibilitar a concorrência com o produto importado no mercado externo deve estar fundamentada em uma redução de custos substancial.

Trata-se, também, de uma defesa de eficiências. A redução de custos reduzirá o preço do produto e possibilitará a concorrência no mercado externo e nacional.

O ato seria aprovado porque as eficiências são tão significativas que permitem reduzir os preços, tanto no mercado interno quanto externo.

Por outro lado, se o mercado relevante não é o mercado mundial, em função de barreiras tarifárias ou não-tarifárias, custos de transporte, ou qualquer outro motivo, a análise tem que ser feita em relação **aos efeitos no mercado nacional**, pois a eventual possibilidade de a empresa aumentar suas vendas no mercado externo pode, tão-somente, ser conseqüência do exercício de poder de mercado no mercado interno.

A Lei nº 8.884/94 tem como desiderato proteger a concorrência no mercado

interno, conforme dispõe seu art. 2º<sup>177</sup>, não justificando deixar de aplicá-la para estimular exportações.

Fazendo a análise em relação aos efeitos no mercado interno, se as eficiências são de tal ordem que compensem o exercício do poder de mercado, o ato é aprovado por eficiências, porque aumentará o excedente do consumidor no Brasil.

Nesse caso, a possibilidade de as empresas aumentarem as vendas no mercado externo é tão-somente uma eventual consequência positiva do aumento de eficiência (reduz-se o preço do produto no mercado interno e no mercado externo).

Por outro lado, se existe a possibilidade de exercício de poder de mercado no mercado interno, a possibilidade de incremento de exportações vai significar que os consumidores nacionais irão financiar o consumo dos consumidores no exterior, sendo que os benefícios dessa situação seriam apropriados apenas pelos produtores.

Tratar-se-ia, na verdade, de transferência do excedente do consumidor nacional para o consumidor no exterior, e isso nas hipóteses em que diferenças nas elasticidades de demanda sugerissem que seria racional e possível que a empresa praticasse preços diferentes no mercado interno e no mercado externo.

O seguinte exemplo ilustra quando essa possibilidade ocorre:

Supondo-se que o preço pelo qual a empresa maximiza o lucro no mercado interno, exercendo poder de mercado, é \$ 10, e a esse preço a empresa vende 100 unidades, obtendo uma receita de \$ 1.000.

Supondo-se que os custos fixos sejam de \$ 600 e os custos variáveis para produzir 100 unidades sejam de \$ 300, teríamos que o custo total médio do produto é de \$ 9 ( $900 \div 100$ ), e, ao exercer poder de mercado, a empresa obtém \$ 1 de lucro extraordinário por unidade.

Caso a empresa aumente as vendas no mercado interno, o preço por unidade seria reduzido e, conseqüentemente, os lucros também cairão, de forma que uma empresa com poder de mercado não teria incentivos para tanto, e manteria a produção em 100 unidades.

---

<sup>177</sup> Art. 2º Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Supondo-se que:

- (a) o preço do produto no mercado internacional é de \$ 5, devido a diferentes elasticidades de demanda no mercado externo e interno;
- (b) o custo variável para produzir mais 100 unidades seja os mesmos \$ 300 das cem primeiras unidades, e se mantenham constantes,

seria racional para a empresa gastar mais \$ 300 para produzir mais 100 unidades para vendê-las no mercado externo a \$ 5, ainda que o preço de \$ 5 seja menor do que o custo médio por unidade.

Com o aumento da produção, o custo médio do produto cai para \$ 6, considerando a soma dos custos fixos(\$ 600) com os custos variáveis (\$ 600), dividida pelo número de unidades produzidas (200).

Dessa forma, o preço pelo qual o produto seria vendido mercado externo, cujo preço é \$ 5, seria menor do que o seu custo médio (\$ 6), o que, a princípio, representaria um prejuízo. Não obstante, como a empresa consegue vender no mercado interno 100 unidades a \$ 10 (exercendo poder de mercado), consegue remunerar todos os custos fixos (\$ 600), possibilitando a venda no mercado externo a \$ 5, um preço inferior a custo total médio (\$ 6), mas superior ao custo variável médio (\$ 3) de produzir essas 100 unidades adicionais que são destinadas ao mercado externo.

Ou seja, é racional vender abaixo do custo médio no mercado externo apenas porque a empresa exerce poder de mercado no mercado interno.

Nessa hipótese, é razoável que a concentração vá implicar em aumentar as vendas no mercado externo, mas quem financia essas vendas é o consumidor interno, de forma que ainda que restasse comprovado que a concentração permitiria incrementar as exportações, o ato deveria ser rejeitado, pois, como dito, haveria transferência do excedente do consumidor interno para o consumidor externo.

Vale sublinhar que nesse cenário a empresa estaria apta a, inclusive, assinar e validamente cumprir um compromisso de desempenho pelo qual compromete-se a

aumentar vendas no mercado externo, mas isso seria benéfico apenas para a empresa, não para a sociedade e para os consumidores no mercado interno.

Nos casos em que, diverso do exemplo acima, as condições de mercado não permitirem a conclusão de que seria racional expandir as vendas no mercado externo, qualquer promessa ou assertiva das partes de que a concentração lhes permitirá aumentar as vendas no mercado externo deve ser encarada com reserva e ceticismo. Não é razoável supor que os acionistas das empresas que se concentram irão optar por reinvestir os lucros extraordinários obtidos em função do exercício de poder de mercado no mercado interno para atingir mercados externos quando o custo de oportunidade desse investimento não for atrativo.

Vale dizer: se o investimento para atingir os mercados externos for atrativo, ele será feito de qualquer maneira. Se não for atrativo, mesmo a obtenção de lucros extraordinários no mercado interno não incentivará sua realização, pois é racional que os acionistas prefiram investir esses lucros extraordinários em atividades que ofereçam um melhor retorno.

É importante mencionar ainda, que sob a égide dos acordos multilaterais de comércio derivados da Rodada Uruguai, administrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), se as exportações, considerando o exemplo acima, fossem direcionadas a um membro da OMC, o exportador poderia estar sujeito à imposição de direitos *antidumping*, tendo em vista a venda do produto no mercado externo por um preço inferior ao preço no mercado interno<sup>178</sup>.

Não é destituído de riscos, também, que se entenda que a concentração é uma medida desejada pelo Estado brasileiro para assegurar ao produtor um preço mínimo no mercado interno, para, dessa forma, caracterizar a concessão de um subsídio, conforme a definição constante do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias, outro acordo administrado pela OMC<sup>179</sup>.

---

<sup>178</sup> Nesse sentido dispõe o artigo 2.1 do Acordo *Antidumping*:

“2.1 For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.”

<sup>179</sup> Dispõe o art. 1.1 do Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias:

“1.1 For the purpose of this Agreement, a subsidy shall be deemed to exist if:

[...]

(a)(2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994;

A caracterização da concessão de subsídios poderia implicar na imposição de medidas compensatórias, cujo efeito seria similar ao efeito da imposição de direitos *antidumping*, mas poderia também ensejar um litígio no âmbito do mecanismo de solução de controvérsias da OMC.

Nessa hipótese, além dos custos do litígio serem suportados pelo Estado, na eventualidade de uma decisão final concluindo que a medida viola as obrigações do Brasil no âmbito dos acordos administrados pela OMC, o membro da OMC que iniciou o litígio poderia eventualmente ser autorizado a “retaliar”, mediante a retirada de concessões que fez ao Brasil.

Isso significaria, por exemplo, que o membro da OMC, que teve reconhecido por meio do mecanismo de solução de controvérsias que a indústria que produz o produto A recebe um subsídio, poderia aumentar as tarifas que aplica ao produto B além de seus limites consolidados. Como consequência, a indústria que exporta o produto B deixaria de exportar para um determinado mercado. Haveria, portanto, uma redução de exportações.

Ou seja, por conta do benefício dado à indústria A para aumentar as exportações, a indústria B, que é competitiva e não recebeu nenhum benefício, terá que limitar suas exportações. Nesse caso, além dos prejuízos decorrentes do exercício do poder de mercado pela indústria que produz o produto A, a sociedade seria prejudicada pela redução das atividades da indústria que produz o produto B.

Como se vê, tal como ocorre em relação ao argumento da manutenção do nível de emprego, não é razoável, lógico ou crível concluir que autorizar o exercício de poder de mercado sem a existência de eficiências compensatórias significativas possa incrementar o comércio internacional.

Mesmo nas hipóteses em que haverá o aumento de exportações, o incremento do comércio exterior será às expensas dos consumidores do mercado interno, e poderá implicar no descumprimento das obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da OMC, redundando em prejuízos para outros setores econômicos.

Visto que nível de emprego e fortalecimento da indústria nacional em face da

---

*and*  
(b) a benefit is thereby conferred.”

globalização não são objetivos que possam ser atingidos mediante a renúncia da aplicação da legislação de proteção da concorrência, vale ainda tecer breves comentários sobre o argumento de que a concentração vai ser benéfica para a empresa porque a taxa de juros no Brasil é muito alta e dessa forma haveria uma redução dos custos financeiros.

Esse argumento, em essência, defende que como as empresas têm um custo muito alto para se financiar, devem poder exercer poder de mercado para se financiar através da cobrança de preços supracompetitivos.

Admitindo-se a correção do argumento, seria justo revogar toda a legislação de proteção da concorrência para permitir que todas as empresas cobrem preços supracompetitivos, já que a taxa de juros é alta para todas as empresas. O cinismo do argumento leva à sua imediata rejeição.

#### *4.2.1.3 Eficiências como os limites da discricionabilidade do CADE*

Pelos exemplos expostos verifica-se como a abrangência do conceito “motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum” pode dar margem a uma miríade de argumentos pela licitude de um ato de concentração ilícito, ao arrimo de um interesse superior, comum e nobre.

Os exemplos acima denotam, ainda, que os objetivos que visam não serão atendidos em função da criação ou aumento do poder de mercado dos agentes envolvidos.

Dessa forma, há que se adotar uma interpretação restrita acerca do que pode ser considerado “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”, para fins da exceção prevista no § 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Assim, considerando que:

- (a) o CADE tem uma função adjudicatória, e não regulatória;
- (b) o CADE é um órgão de Estado e não um órgão de governo;
- (c) o CADE não é um órgão de representação política, de forma que não lhe cabe fazer opções políticas; e
- (d) que o resultado do aumento ou da criação de poder de mercado,

sem eficiências compensatórias implicará sempre em prejuízo da economia nacional e do bem comum,

entendemos que um “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum” deve ser um motivo diretamente relacionado ao processo de funcionamento dos mecanismos de mercado, e que diga respeito à lei de proteção da concorrência, encerrando-se na discussão dos critérios para ponderar os ganhos de eficiência (método do excedente total e método do excedente do consumidor), sendo que sempre deverá haver um ganho de eficiência para a sociedade.

A preservação de outros interesses ou a busca de outros objetivos deve ser perquirida pelos demais órgãos do Poder Executivo, através do exercício das competências que lhe são próprias; e pelo Poder Legislativo, através do processo legislativo democrático.

Isso porque a criação ou aumento de poder de mercado, quando não estiver associada ao incremento da eficiência econômica, não irá, em nosso entendimento, trazer benefícios sociais.

Todos os fundamentos teóricos e empíricos sustentam que a criação ou aumento de poder de mercados dos agentes envolvidos:

- (a) não contribuirá para a dignidade da pessoa humana;
- (b) não significará proteção da soberania nacional;
- (c) não trará justiça social;
- (d) não cumprirá a função social da propriedade;
- (e) não protegerá o consumidor;
- (f) não protegerá o meio ambiente;
- (g) não reduzirá as desigualdades regionais; e
- (h) não conduzirá ao pleno emprego

A criação ou aumento de poder de mercado dos agentes econômicos significará, tão-somente, que os consumidores pagarão por determinado bem ou serviço um preço superior ao que poderiam pagar, dessa forma tendo seu bem-estar

reduzido e implicando em uma alocação ineficiente de recursos econômicos escassos.

Não se trata, vale sublinhar, de uma ponderação entre princípios. Não se trata de discutir se o pleno emprego, justiça social, função social da propriedade, dignidade da pessoa humana ou quaisquer outros valores constitucionais devem prevalecer ou não sobre a livre iniciativa, a livre concorrência, ou a eficiência econômica.

A questão é mais simples e não envolve qualquer hermenêutica constitucional: deixar de aplicar a legislação de concorrência a um caso concreto não vai implicar em preservar esses outros valores.

Na melhor das hipóteses o resultado vai ser neutro em relação a esses valores e princípios, mas é razoável concluir que o aumento do poder de mercado dos agentes econômicos prejudicará a concretização dos mesmos.

Nesse sentido, entendemos que a questão da aprovação excepcional à luz do § 2º do art. 54 restringe-se, necessariamente, à questão das eficiências, no sentido de autorizar a criação de algum poder de mercado quando as eficiências forem de tal ordem que compensem o peso morto criado, ainda que não impeçam o exercício de poder de mercado.

Isto é, admitir-se-ia, em caráter excepcional, a utilização do método do excedente total, quando então seria levado em consideração o tipo de produto produzido e o benefício para a sociedade como um todo.

Nessas hipóteses, em relação ao caso concreto deve ser avaliado se o ordenamento jurídico, em especial os fundamentos e princípios da ordem econômica delimitados constitucionalmente, permitiria que um ato de concentração que gere eficiências produtivas superiores às ineficiências alocativas, mas implique no aumento do poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos (o que significa aumento de preços), possa ser aprovado.

Em essência, a pergunta que deveria ser feita é a seguinte: é justo que os consumidores dos produtos das empresas que se concentram paguem mais por esse produto para que a sociedade como um todo se beneficie, quando presentes



eficiências produtivas em valor superior ao peso morto?

Nessas hipóteses, e somente nessas hipóteses, caberia uma ponderação com valores não econômicos, e isso com a finalidade de **evitar** a criação do poder de mercado, não para autorizá-la, quando da situação sob análise decorresse a constatação de que os ganhos de eficiência não deveriam ser obtidos dessa forma.

Em relação a um produto considerado supérfluo seria juridicamente válido deduzir que existe um motivo preponderante da economia nacional e do bem comum para autorizar um ato de concentração que implique em restrição de oferta e aumento de preços, quando as eficiências superem o peso morto. O efeito líquido positivo do ato seria o motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum.

Já em relação a produtos essenciais, como o já referido exemplo de medicamentos, os fundamentos e princípios constitucionais da ordem econômica reclamam que essa situação, mesmo gerando um aumento da eficiência econômica, não seria juridicamente aceitável.

Essa interpretação, que entendemos razoável e coerente com o ordenamento jurídico vigente é, contudo, obstaculizada pelo dispositivo *in fine* do § 2º do art. 54, que determina uma interpretação mais restrita, quando impõe que não pode haver prejuízo para o consumidor ou usuário final.

Como esse dispositivo proíbe que o consumidor e o usuário final sejam prejudicados, não é possível a ponderação pelo método dos excedentes totais.

Não obstante, caso seja aprovado o Projeto de Lei que reforma o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência essa interpretação passará a ter um sentido prático, na medida em que o § 6º do art. 89 do Projeto de Lei autoriza que, por motivo preponderante da economia nacional ou do bem comum, o ato de concentração possa ser aprovado quando presentes três das atuais quatro condições constantes do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, sem manter a restrição de que o consumidor ou usuário final não pode ser prejudicado.

#### 4.2.2 Impossibilidade de descartar o inciso I do § 1º do art. 54

Entendendo-se que um motivo preponderante da economia nacional ou bem comum exige, ao menos, ganhos de eficiência superiores a peso morto, mesmo sob a égide do § 2º do art. 54 não seria possível descartar o inciso I do § 1º, que trata das eficiências.

Não havendo eficiências, não haveria nenhum motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum que justificasse a aprovação do ato.

Não havendo eficiências, também não haveria distribuição equitativa de benefícios na forma do inciso II do § 1º, de forma que, sendo o inciso I do § 1º condição necessária para o cumprimento do requisito do inciso II do mesmo parágrafo, ao descartamos o inciso I estaríamos, necessariamente, descartando também o inciso II, o que redundaria que ao final não seria possível manter três requisitos como determina o § 2º do art. 54.

Não havendo eficiências haveria, necessariamente, prejuízo ao consumidor ou usuário final, de forma que a ausência de eficiências implicaria em violar a limitação o § 2º, *in fine*, do art. 54.

A aprovação do ato sob a exceção do § 2º do art. 54 não autoriza, portanto, a desconsideração do requisito do inciso I do § 1º do art. 54.

#### 4.2.3 Descarte do inciso II do § 1º do art. 54

Descartando-se o inciso II do § 1º, que trata da distribuição equitativa dos benefícios, e considerando os demais requisitos, teríamos que um ato de concentração poderia ser aprovado se gerasse eficiências, não implicasse em monopólio ou quase-monopólio, e observasse os limites necessários para seus objetivos.

As eficiências, por certo, teriam que ser significativas e superiores ao peso morto, pois não se justificaria a aprovação de um ato de concentração cujo resultado final fosse a conferência de poder de mercado às empresas sem o correspondente ganho de eficiências.

Não sendo as eficiências superiores ao peso morto não restaria presente o

requisito de ser o ato “necessário por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”. Não nos parece que existam argumentos jurídicos ou econômicos para defender que a economia nacional e o bem comum serão beneficiados pela criação ou aumento de poder de mercado de um agente econômico, pelas razões já mencionadas.

Existindo eficiências significativas, ponderando-as com o peso morto por meio do método do excedente total, e concluindo que o excedente total pós-concentração seria maior do que o excedente total pré-concentração; seria razoável afirmar que, nesse caso, o ato justificar-se-ia por “motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”, tendo em vista que apesar do exercício do poder de mercado, com o conseqüente aumento de preços e transferência de parte da renda dos consumidores para os produtores, a sociedade como um todo seria beneficiada pelos ganhos de eficiência.

Essa interpretação somente não seria possível, como mencionado acima, nos casos em que o produto em questão fosse um produto essencial, no qual não seria aceitável que os consumidores desse produto sofressem o ônus de ter que pagar mais para financiar os ganhos de eficiência. Nessas hipóteses o ato seria reprovado não obstante a existência de eficiências significativas, porque restaria claro que o bem comum não seria melhor atendido pela geração de eficiências produtivas.

Essa construção seria, em nosso entendimento, uma interpretação elegante e em linha com os princípios e fundamentos do Direito da Concorrência e com o ordenamento jurídico vigente. Entretanto, **essa interpretação não é juridicamente possível**, porque o § 2º do art. 54, *in fine*, exige que a aprovação do ato “não implique em prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

Mantendo-se a interpretação de que “consumidor ou usuário final” refere-se ao consumidor do produto das empresas que se concentram, e observando o comando legal no sentido de que esse consumidor não pode ser prejudicado, deve-se, necessariamente, descartar o método do excedente total, e retornar aos métodos do *price standard* e do excedente do consumidor.

Dessa forma, a única diferença prática em se descartar o inciso II do § 1º do

art. 54 para aprovar o ato sob o § 2º do mesmo artigo seria a de que não precisaria haver uma transferência dos benefícios para o consumidor, bastando que o preço ou o excedente do consumidor se mantivesse nos mesmos níveis pré-concentração.

#### *4.2.4 Descarte do inciso III do § 1º do art. 54*

Não sendo possível descartar o inciso I do § 1º, e sendo de pouca utilidade não considerar o inciso II do mesmo parágrafo, a única diferença relevante surge quando se descarta o inciso III.

Demonstrado que as eficiências são significativas (e para implicar na redução do preço final para o consumidor ou no aumento de seu excedente terão que ser), uma concentração que acabe com parcela substancial da concorrência pode se aprovada quando deduzido um motivo preponderante para a economia nacional e bem comum (que seria justamente os ganhos de eficiência).

Nessa linha de convicções, ainda que um ato de concentração levasse a um monopólio, caso possa ser razoavelmente demonstrado que o excedente do consumidor aumentaria após a concentração, poder-se-ia afirmar que a aprovação desse ato – que na forma do *caput* do art. 54, resulta na dominação de mercado relevante – seria necessário por um motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

#### *4.2.5 Descarte do inciso IV: impossibilidade*

No que concerne ao inciso IV, não nos parece, por toda fundamentação jurídica e econômica que embasa uma defesa de eficiências, que o descarte desse requisito possa ser articulado de forma coerente e inovadora para a aprovação de um ato de concentração.

Isso porque descartar esse requisito consistiria em afirmar que, por um motivo preponderante da economia nacional, um ato de concentração que criasse eficiências econômicas de tal ordem que o excedente do consumidor pós-concentração aumentasse, mas que não levasse a um monopólio ou quase-monopólio, poderia ser aprovado se não observasse os limites necessários para atingir seus objetivos.

O primeiro problema prático é definir quais os limites necessários para o ato,

e o segundo é definir em que medida a não observância desses limites poderia ser tolerada.

As partes poderiam, por suposição, “negociar” uma outra violação antitruste por que realizarão um ato que implicará em ganhos de eficiência? Quais seriam os limites do ato? Se atos fora dos limites do ato analisado não dizem respeito a questões concernentes à concorrência por que integrá-los na análise? Essas questões não são de fácil resposta, e nem podem ser articuladas de forma elegante, no sentido de concluir que o descarte desse requisito possa de alguma forma inovar em relação a uma defesa de eficiências.

A conclusão, portanto, é que não tem qualquer sentido descartar o inciso IV para flexibilizar a aprovação de um ato por eficiências. Cumprindo os requisitos dos três incisos o ato poderia ser aprovado se observasse os limites necessários para atingir seus objetivos.

Assim, autorizar que o ato não observasse seus limites seria entender que as partes poderiam cometer outras infrações concorrenciais. Isso não nos parece que seja do interesse da economia nacional ou do bem comum e, tampouco, que não traga prejuízos ao consumidor.

#### **4.3 Possíveis configurações para a aprovação de atos de concentração por eficiências**

Ante o exposto, com base na legislação vigente a questão das eficiências recebe o seguinte tratamento sob égide o **§ 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94**:

- (1) admitir-se-á a aprovação de um ato de concentração que confira aos agentes poder de mercado, desde que as eficiências sejam de tal ordem que impliquem em um aumento do excedente do consumidor após a concentração;
- (2) a ponderação entre efeitos negativos e eficiências deve ser feita por meio do método do excedente do consumidor;
- (3) não basta apenas que o consumidor não seja prejudicado, mas é necessário que parte dos benefícios do ato lhe sejam transferidos, a uma taxa de transferência que seja reputada como

eqüitativa;

- (4) ainda que o consumidor seja beneficiado, o ato não poderá ser aprovado se redundar em um monopólio ou quase-monopólio;
- (5) o ato deve observar os limites necessários para atingir os objetivos visados.

Com fulcro na **exceção do § 2º do art. 54**, um ato pode ser aprovado se:

- (1) pelo método de excedente do consumidor se não houver redução do excedente do consumidor (não seria necessária uma distribuição eqüitativa), descartando-se a condição do inciso II do § 1º do art. 54; ou
- (2) havendo transferência eqüitativa para o consumidor, a concentração leve a um monopólio ou quase monopólio, quando se descarta a condição do inciso III do § 1º do art. 54;
- (3) o descarte do inciso I do § 1º não é possível, pois significaria que não existem eficiências, implicando que a condição do inciso II não poderia ser cumprida; e
- (4) o descarte do inciso IV do § 1º não é possível.

A restrição de que não pode haver prejuízo para consumidor ou usuário final esvazia, na prática, a necessidade de demonstração de motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum (afastada a hipótese de concessão de uma imunidade antitruste, que já vimos não ser juridicamente cabível).

A justificativa de que a aprovação do ato será importante para a economia nacional e bem comum deriva: (1) do fato de que o excedente do consumidor vai se manter constante, e, concomitantemente, o ato vai gerar ganhos de eficiência, no caso do descarte do inciso II do § 1º do art. 54; ou (2) do fato de que, não obstante o ato resultar em um monopólio ou quase-monopólio, haverá um aumento do excedente do consumidor, caso se descarte o inciso III do § 1º do art. 54.

Em ambos os casos não há necessidade de demonstrar algum outro tipo motivo relevante ou aumento do bem comum, porque a atual legislação impõe a

utilização do método do excedente do consumidor para ponderar as eficiências, o que reduz sobremaneira a margem de manobra para aplicação de algum outro critério. Os ganhos de eficiências e a ausência de prejuízo para o consumidor já comprovam que existe um motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum para aprovar o ato.

Com a alteração proposta pelo Projeto de Lei, contudo, esse cenário é alterado, permitindo-se a seguinte interpretação:

- (1) é necessário que se as eficiências sejam superiores ao **peso morto**, quando então restará delineada uma possibilidade de justificativa do ato ao arrimo de motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum. Caso as eficiências não sejam superiores ao peso morto o ato necessariamente deverá ser reprovado, não se admitindo que o CADE conceda uma imunidade antitruste ou renuncie à aplicação da legislação de proteção da concorrência;
- (2) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente do consumidor**, caso o excedente do consumidor pós-concentração seja maior, o ato poderá ser aprovado mesmo que leve a um monopólio ou quase-monopólio (incisos I, II e IV do § 6º do art. 89 do Projeto de Lei);
- (3) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente do consumidor**, caso o excedente do consumidor após o ato seja igual ao excedente do consumidor no momento pré-concentração (ou seja, não ocorra uma transferência equitativa dos benefícios para o consumidor), o ato poderá ser aprovado, desde que não leve a um monopólio ou quase-monopólio (incisos I, III e IV do § 6º do art. 89 do Projeto de Lei)
- (4) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente total**, caso o excedente total após o ato de concentração seja maior do que o excedente total no momento pré-concentração

(considerando-se neutra a transferência de renda dos consumidores para os produtores), o ato poderá ser aprovado caso não leve a um monopólio ou a um quase-monopólio (incisos I, III e IV do § 6º do art. 89 do Projeto de Lei) e caso a transferência de renda dos consumidores para os produtores não implique em violar algum princípio constitucional;

(5) o descarte do inciso I do § 6º não é possível, pois significaria que não existem eficiências, implicando que a condição do inciso II não poderia ser verificada; e

(6) o descarte do inciso IV do § 6º não é possível.

A proposta de redação constante do art. 96 confere à autoridade antitruste maior flexibilidade na aplicação da legislação da concorrência, e, como consequência, uma maior amplitude às defesas de eficiência, permitindo que ao menos seja considerada a avaliação de eficiências sob o método do excedente total.

A delimitação de um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum assumiria, então, alguma das seguintes acepções:

(1) no caso em que o excedente do consumidor aumenta após o ato, não há prejuízo para os consumidores do produto das empresas que se concentram, e toda a sociedade se beneficiaria com os ganhos de eficiência, dessa forma restando nítido que a aprovação do ato, ainda que implique em aumento de poder de mercado, é necessária por motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum (vale dizer: o ato implica em aumento de poder de mercado, mas isso não é um fato socialmente negativo porque mesmo sendo exercido o poder de mercado os preços, ajustados pelo aumento da qualidade, vão se manter nos mesmos níveis pré-concentração). A delimitação de motivo preponderante da economia nacional ou bem comum não envolve, nesse caso, grande dificuldade; ou

(2) no caso em que o excedente total (mas não o excedente do



consumidor) aumenta no momento pós-concentração, haverá um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum para que o ato seja aprovado, que consistirá no aumento do excedente total, sendo que isso não será justificativa caso se trate de bens ou serviços em relação aos quais não seja juridicamente aceitável, considerando o ordenamento jurídico vigente e os princípios constitucionais que disciplinam a ordem econômica, que os consumidores desses bens tenham seu bem-estar reduzido para contribuir com o aumento da eficiência econômica.

Essa abordagem permite, por certo, um grau de discricionariedade da autoridade de proteção da concorrência no que concerne à ponderação do item 2 acima.

Não obstante, é certo que a decisão que permitir um ato de concentração pelo método dos excedentes totais deverá ser claramente fundamentada pela autoridade de proteção da concorrência, que deverá informar o porquê de sua decisão e os motivos pelos quais entende que a mesma não viola preceitos constitucionais, quando de tratar de uma aprovação pelo método dos excedentes totais.

Os fundamentos devem estar bem delimitados, demonstrando as razões que sustentam que o excedente total após o ato será aumentado e, especialmente, as razões que sustentam que o fato de os consumidores pagarem mais pelo bem ou serviço em questão não violaria algum preceito ou garantia fundamental.

Essa fundamentação é essencial para a validade do ato, tratando-se de uma decisão administrativa, sendo que a fundamentação também permitirá o controle da legalidade do ato pelo Poder Judiciário.

Uma vez que a decisão expõe de forma clara todos os seus fundamentos econômicos e jurídicos, o Poder Judiciário poderá, em face de um eventual questionamento por parte das partes envolvidas ou de terceiros que tenham legitimidade para contestar a decisão, decidir pontualmente a questão, sem precisar

refazer toda a análise.

Isso se reveste de grande utilidade prática e grande aumento da segurança jurídica, tendo em vista que o Poder Judiciário não dispõe dos mesmos recursos técnicos e humanos que as autoridades de defesa da concorrência.

#### **4.4 Instrumentalidade do compromisso de desempenho**

Como mencionado acima, uma defesa de eficiências tem como fundamento probabilidades de realização de ganhos de eficiência produtiva se o ato de concentração for realizado.

É certo que a efetiva realização desses ganhos está condicionada a uma série de variáveis, muitas das quais estão fora do controle das empresas envolvidas e das autoridades de proteção da concorrência.

No entanto, uma defesa de eficiências pressupõe que as empresas envolvidas adotarão uma série de medidas para materializar os ganhos de eficiência que afirmam que serão produzidos em função da concentração, como, por exemplo, a utilização de uma tecnologia mais produtiva para todas as plantas industriais, a racionalização da produção mediante o aumento de especialização produtiva das plantas existentes, o fechamento de unidades improdutivas etc.

Os ganhos de eficiência derivados dessas medidas somente irão se verificar se após a concentração essas medidas forem efetivamente implementadas pelas empresas que se concentram.

Essas variáveis não apenas estão sob o controle das empresas envolvidas, como consistem no fundamento da defesa de eficiências que milita em favor da aprovação do ato.

Nesse sentido, há que se ter a segurança de que tais medidas serão implementadas pelas empresas, ainda que não se possa ter a certeza de que todas as expectativas em relação ao ato serão atingidas, por conta das variáveis que não estão sob controle.

Para diminuir a incerteza acerca dos ganhos de eficiência derivados do ato de concentração, e para assegurar que as empresas implementarão as medidas que

afirmam que produzirão os ganhos de eficiência, o art. 58 da Lei nº 8.884/94<sup>180</sup> estipula que o CADE pode condicionar a aprovação do ato à assunção pelas partes de compromissos de implementar as medidas geradoras de eficiência.

O compromisso de desempenho consiste na assunção pelas partes da obrigação de realizar os atos que produzirão os ganhos de eficiência.

O compromisso de desempenho, nesse sentido, terá lugar apenas quando se estiver diante de um caso de aprovação de atos de concentração por eficiências, e seu escopo é limitado ao monitoramento da implementação das condições para a fruição dos ganhos de eficiência.

Dessa forma, vale fazer a distinção entre a celebração do compromisso de desempenho, que tem o escopo mencionado acima, e uma decisão que determina a desconstituição parcial do ato, na forma do § 9º do art. 54, ou que determina a aprovação do ato, mas condicionada a alguma outra medida a ser tomada pelas partes.

Nestas hipóteses, não se está condicionando a aprovação do ato ao cumprimento de medidas que visem assegurar a existência de eficiências, mas ocorre uma determinação unilateral da autoridade de proteção da concorrência de que o ato causa ou causará danos à concorrência e que, portanto, não pode ser realizado como originalmente previsto pelas partes, devendo ser adotada a medida imposta pelo CADE para evitar os efeitos nocivos para a concorrência.

A distinção não é destituída de efeitos práticos.

O descumprimento de uma decisão do CADE determinando a desconstituição parcial do ato ou condicionando a aprovação a alguma medida específica, como, por exemplo, à alienação de determinados ativos, enseja a possibilidade de imediata execução da decisão, com todas as prerrogativas

---

<sup>180</sup> Art. 58. O Plenário do Cade definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE.

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do Cade, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para adoção das medidas cabíveis.

processuais conferidas à execução de julgados do CADE<sup>181</sup>, sendo que sua implementação por meio judicial pressupõe que os danos à concorrência foram sanados.

Vale dizer: a medida constante da decisão já é a medida que repara ou previne os efeitos nocivos para a concorrência.

Por outro lado, o descumprimento das obrigações assumidas pelas partes no compromisso de desempenho significa que as partes não adotaram as medidas que se comprometeram a adotar para gerar as eficiências que teriam levado à aprovação do ato.

Ou seja, as empresas não cumpriram o que prometeram cumprir para gerar as eficiências, mas é razoável supor que começaram a exercer poder de mercado quando da aprovação do ato.

Dessa forma, a execução intempestiva das obrigações do compromisso de desempenho já não seria, portanto, suficiente para justificar o ato de concentração.

Nesse sentido, não haverá, como previsto no art. 58, a execução das obrigações do compromisso de desempenho, mas sim a desconstituição do ato, tal como se as partes tivessem prestado informações falsas às autoridades antitruste para obter a aprovação do ato, e a abertura de um processo administrativo para determinar que medidas são necessárias para restaurar as condições de concorrência.

Não é suficiente, vale pontuar, a execução judicial das obrigações constantes do compromisso de desempenho. Até porque o compromisso de desempenho pode conter metas e objetivos que somente as empresas podem envidar esforços para atingir. O descumprimento do compromisso de desempenho significa o descumprimento da promessa de gerar eficiências produtivas compensatórias, o que implica na necessidade de reavaliação do ato para a imposição de outras medidas para restaurar os processos competitivos.

Nessa linha, o compromisso de desempenho deve implicar em obrigações para as partes que se concentram, e não impor às autoridades antitruste a função de “regulador” da indústria que se concentra.

---

<sup>181</sup> Cfr. art. 60 a 78 da Lei n° 8.884/94.

Há que se ter cuidado, ainda, de não celebrar compromissos de desempenho para a impor medidas corretivas estruturais ou comportamentais. Como mencionado, estas medidas devem constar da decisão do CADE, e não ser objeto de um acordo entre as partes.

Se o CADE concluir que determinado ato de concentração somente pode ser aprovado se, por exemplo, as partes alienarem determinado ativo, deve decidir determinando que tal alienação seja feita, em um prazo específico, sem que seja necessária a anuência das partes envolvidas. Não é necessário um compromisso de desempenho para tanto.

Celebrar um compromisso de desempenho nessas condições traduz-se em renúncia do CADE às suas competências legais e à sua autoridade.

#### **4.5 O caso AMBEV**

A aprovação de um ato de concentração em função das eficiências que gera, ao arrimo das exceções dos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, deve ocorrer de forma excepcional.

As dificuldades de mensuração das eficiências e as incertezas acerca do comportamento do mercado após a concentração militam no sentido de restringir as hipóteses de aplicação de defesas de eficiências, independente do método utilizado para ponderar os efeitos negativos e os efeitos positivos do ato de concentração, em especial quando se está diante de um ato que vai resultar em um significativo aumento na concentração do mercado.

No sentido de ilustrar a resistência a aprovação de atos de concentração que gerem grande concentração de mercado, vale mencionar o caso ocorrido nos Estados Unidos em 2000, envolvendo a tentativa de aquisição da empresa Beech-Nut, que detinha 17 por cento das vendas de comida de bebê nos Estados Unidos, pela empresa Heinz, que detinha 15 por cento<sup>182</sup>.

O mercado de comida de bebê nos Estados Unidos é dominado pela empresa Gerber, que respondia em 2000 por 65 por cento das vendas. Na quase

---

<sup>182</sup> Cfr. BAKER, Jonathan B. Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001). In: KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). *The Antitrust Revolution: economics, competition and policy*. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004.

totalidade dos casos os supermercados e demais pontos de revenda trabalhavam, por questões de logística, custos de transação, maximização de espaços em gôndolas, com apenas com duas marcas. A Gerber, a marca líder, sempre estava presente (nenhum supermercado deixaria de oferecê-la) de forma que a Heinz e a Beech-Nut competiam para ser a segunda opção. Desse fato decorria que as marcas raramente eram concorrentes em um mesmo mercado geográfico.

As empresas demonstraram que a fusão levaria a significativos ganhos de escala e escopo, que seus preços eram fixados em função dos preços da Gerber, e não dos preços de uma contra a outra, e que devido às sinergias entre as empresas uma série de novos investimentos seria realizado pelas empresas se fosse possível realizar a concentração, tudo isso no sentido de gerar uma maior concorrência com a Gerber, a empresa dominante.

A *Federal Trade Commission* americana decidiu contestar judicialmente a concentração, após uma decisão não unânime de seu colegiado.

A decisão judicial em primeira instância foi favorável às empresas, entendendo que apesar do alto grau de concentração as eficiências geradas pelo ato e a estrutura do mercado levariam a um aumento da concorrência<sup>183</sup>.

A *Federal Trade Commission* recorreu da decisão, e esta foi reformada em segunda instância, principalmente em face da constatação de que a decisão levaria a criação de um duopólio.

A decisão de segunda instância foi objeto de críticas em função da insistência do órgão *ad quem* em reavaliar matéria de fato decidida em primeira instância<sup>184</sup>, mas essencialmente a decisão demonstrou relutância do órgão de segunda instância em aceitar a alta concentração derivada do ato, como comenta BAKER:

---

<sup>183</sup> Conforme informa BAKER:

“ The district court sided with the merging firms. The court agreed with the FTC that the high and increasing market concentration resulting from the transaction created a presumption that the merger would harm competition and that entry was not easy. But it found that the defendants has successfully rebutted the presumption arising out of market concentration by proving extraordinary efficiencies. “When the efficiencies of the merger are combined with the new platform for product innovation, ... it appears more likely than not that Gerber’s own predictions of more intense competition ... will come true.”. BAKER, Jonathan B. Heinz Proposes to Acquire Beech-Nut (2001). In: KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). *The Antitrust Revolution: economics, competition and policy*. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004. p. 165.

<sup>184</sup> Como informa BAKER:

“ The court of appeals went to unusual lengths to reverse the district court opinion. An appeals court must accept the district court’s findings of fact, unless the district court committed clear error. This highly deferential standard promotes the efficient use of judicial resources by limiting the scope of appeals. But here, the appellate panel engaged in what one commentator has termed ‘an extraordinary amount of appellate factfinding’ (Kolasky, p. 82)”. *Op. Cit.*, p. 166.

A rejeição radical da corte de apelação da decisão da corte distrital aparenta estar baseada no seu ceticismo sobre a defesa de eficiências, particularmente quando o ato de concentração levará a um mercado altamente concentrado. Essa preocupação foi evidenciada em uma decisão expedida pela corte para evitar a consumação da concentração enquanto a apelação ainda aguardava decisão, na qual a corte pontuou: “apesar de existirem razões para reconhecer, por princípios, defesas de eficiência, o alto nível de concentração presente nesse caso torna difícil determinar se deveriam ser permitidas aqui.”<sup>185</sup>.

Assim, ainda que defesas de eficiência devam ser consideradas, o são em casos excepcionais e com diversas cautelas, de forma que a dúvida milita em favor da reprovação do ato.

Por esse motivo, o notório ato de concentração no mercado de cervejas envolvendo a Brahma e a Antártica, que redundou na criação da Companhia de Bebidas das Américas ou *American Beverage Company* (AMBEV)<sup>186</sup>, julgado em 2000, apresenta detalhes que o tornam um caso peculiar de aprovação de ato de concentração por eficiências.

Não obstante a dimensão do caso, essas mesmas particularidades fazem que o caso acabe não sendo uma referência para balizar a aprovação de atos de concentração por eficiência, tendo em vista que apesar da intensa mobilização de talentos ao redor do caso (ou talvez por causa disso) não houve uma conclusão precisa sobre os lindes e premissas para aprovação de um ato de concentração por eficiências sob égide da legislação brasileira.

O ato de concentração ensejou a análise de diversos mercados relevantes, tendo em vista os diversos produtos produzidos pelas empresas (cervejas, refrigerantes, águas etc.), sendo que as preocupações concorrenciais restringiram-se ao mercado de cervejas.

Nesse mercado, para fins de análise foram delimitados cinco mercados geográficos distintos, um para cada região do país.

---

<sup>185</sup> “ The appellate court’s thoroughgoing rejection of the district court’s opinion appeared to be rooted in its skepticism about the efficiency defense, particularly when the merger would lead to a highly concentrated market. This concern was signaled in an order that the appeals court issued to prevent consummation of the merger while the appeal was pending, where the court noted: “[A]lthough there is much to be said for recognizing an efficiencies defense in principle, the high concentration levels present in this case complicate the determination of whether it should be permitted here.” *Op. Cit.*, p. 167.

<sup>186</sup> Ato de Concentração nº 080012.005846/99-12.

Não houve controvérsia acerca da existência de grandes barreiras à entrada, identificadas em decorrência da necessidade de investimentos em propaganda para construir uma marca e da necessidade de investimentos para a criação de uma rede de distribuição; nem se contestou que a AMBEV iria deter substancial poder de mercado, tendo em vista que nos cinco mercados geográficos distintos a concentração variava de 86,5%, no menor percentual, a 100%, na Região Norte.

As empresas alegaram eficiências de diversas naturezas, sendo que a SEAE reconheceu eficiências que atingiam 282 milhões de reais, a SDE eficiências da ordem de 373 milhões de reais, e a auditoria contratada pelas partes eficiências de 504 milhões.

Tanto a SEAE quanto a SDE recomendaram a desconstituição parcial da operação, mediante a alienação de ativos no mercado de cerveja, em especial a alienação de uma das três maiores marcas (Antártica, Brahma ou Skol).

Não obstante, o CADE acabou por aprovar o ato de concentração, condicionando-o à celebração de um compromisso de desempenho que previa a venda de marcas de menor participação no mercado, a obrigação de compartilhar a rede de distribuição, restrições em relação a cláusulas de exclusividade e obrigações relativas a treinamento de empregados que seriam demitidos.

A aprovação fundamentou-se na suposta criação de eficiências, mas a decisão do CADE, contudo, não demonstrou que essas eficiências poderiam compensar os efeitos negativos decorrentes do substancial aumento de poder de mercado das empresas envolvidas, ou sequer debulhou o teor dos §§ 1º e 2º do art. 54.

Em primeiro plano, salta aos olhos a desconsideração do inciso III do § 1º do art. 54, tendo em vista que após o ato o menor percentual de mercado que a AMBEV passaria a deter seria de 86,5% e o maior era de 100%.

A concentração, portanto, levou o mercado de cervejas a níveis de monopólio ou quase-monopólio, sendo que somente por esse motivo a concentração já deveria ter sido declarada ilícita. Nesse sentido, secundamos a posição do Conselheiro RUY SANTACRUZ, o único a votar pela reprovação do ato, quando, em seu voto, o mesmo afirma:



[...] a experiência internacional e a boa prática antitruste no sentido de reduzir custos públicos e privados recomendaria, neste ponto da análise do presente ato, não realizar o esforço para qualificar e quantificar as eficiências, dado que seria altamente improvável que por mais elevados que fossem os ganhos comprovados este pudessem compensar ou atender o disposto no item III do parágrafo 1º.<sup>187</sup>

Mesmo flexibilizando o requisito da eliminação de parte substancial da concorrência, ainda assim não foi articulado como as supostas eficiências compensariam efeitos negativos do exercício de poder de mercado.

Não houve por parte dos Conselheiros que aprovaram a operação um detalhamento dos efeitos derivados do exercício do poder de mercado e as eficiências geradas, nem foram expostas as razões pelas quais os mesmos entenderam que as eficiências compensariam os prejuízos.

MARIO LUIZ POSSAS, em um detalhado parecer técnico sustenta que “o efeito líquido, em termos de eficiência, da operação sobre o mercado é claramente positivo”, mas o faz utilizando o método de Williamson:

Com base nas estimativas de “eficiências” apresentadas no item precedente e nas estimativas de elasticidade-preço da demanda no mercado de cerveja feito no estudo Issler-Resende, é possível finalmente efetuar um conjunto de simulações para avaliar os *efeitos líquidos* sobre a *eficiência econômica* do mercado esperados no caso concreto em análise, seguindo a metodologia proposta originalmente por *Williamson* e desenvolvida na seção 1.

[...]

Com base nesse conjunto de simulações, que procurou examinar os efeitos líquidos da fusão em termos de eficiências econômica, pelos mais diversos ângulos, resta concluir que *o efeito líquido, em termos de eficiência, da operação sobre o mercado é claramente positivo [...]*<sup>188</sup> (grifos do Autor)

Ora, como visto, o método de Williamson pondera eficiências contra peso morto, não considerando a transferência de renda dos consumidores para os produtores (que, como também já exposto, não é permitida pela atual redação da

<sup>187</sup> Voto do Conselheiro Ruy Santacruz no caso Ambev. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/jurisprudência/Julgados/ambevfm.asp>>. Acesso em 12.8.2005.

<sup>188</sup> POSSAS, Mario Luiz. Avaliação de “eficiências” compensatórias no caso Ambev. In: MATTOS, César (org.). Δ Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo : Singular, 2003, p. 174.

Lei nº 8.884/94,) dessa forma não existiria nenhum benefício a ser repassado para os consumidores dos produtos das empresas que se concentram, o que levaria necessariamente à reprovação do ato.

Na verdade, nenhum dos conselheiros que aprovou o ato confrontou diretamente a questão da transferência dos benefícios para o consumidor, à luz dos requisitos elencados pelos §§ 1º e 2º do art. 54.

Um outro ponto, que também merece comentários, diz respeito ao teor do compromisso de desempenho celebrado.

O compromisso de desempenho não articulou obrigações para a AMBEV no sentido de efetivar os ganhos de eficiência que potencialmente seriam criados pela concentração, mas sim determinou medidas estruturais e comportamentais para, segundo divulgado pelo próprio CADE em seu *website*, viabilizar um novo concorrente.

Essa assertiva é inconsistente com os termos do compromisso de desempenho, que afirma que o compromisso tinha por objeto “preservar as condições concorrenciais no mercado de cerveja no país”.

Mas, independente dessas contradições, o fato é que o compromisso não tratava de medidas para assegurar a fruição das supostas eficiências, mas sim de medidas estruturais e comportamentais que deveriam ter sido impostas em uma decisão unilateral do CADE, e não formalizadas por meio de um compromisso de desempenho, pelas razões mencionadas acima.

Assim, ainda que o caso AMBEV tenha sido um caso importante para levantar questão das eficiências, entendemos que os fundamentos para tanto não foram esclarecidos de forma clara, a permitir uma orientação da jurisprudência administrativa sobre o tema.

Em estudo realizado no primeiro semestre de 2002, ELIZABETH FARINA e PAULO AZEVEDO concluem que:

As mudanças de participação de mercado, portanto, continuaram depois da fusão, com declínio da Ambev, o que pode decorrer de uma elevação unilateral de preços por parte dessa empresa. Nesse caso, é importante registrar que o custo dessa estratégia é

significante em termos de redução de participação no mercado.<sup>189</sup>

Essa constatação corrobora o entendimento de que do ato de concentração decorreu o aumento de poder de mercado, o que gerou redução de oferta (com conseqüente perda de participação no mercado), com a cobrança de preços supracompetitivos e a obtenção de lucros extraordinários.

O Caso AMBEV, portanto, não se presta como uma referência para o futuro, ainda que tenha tido o mérito de iniciar uma discussão sobre eficiências.

---

<sup>189</sup> FARINA, Elizabeth M.M.Q.; AZEVEDO, Paulo F. Ambev: a fusão e seus efeitos no mercado de cervejas. In: MATOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo : Singular, 2003, p.152.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que a legislação brasileira de proteção da concorrência permite uma defesa de eficiências no que concerne a atos de concentração horizontal, ao arrimo das disposições dos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Um ato de concentração que, concomitantemente, aumente o poder de mercado das empresas envolvidas e gere eficiências econômicas poderá ser aprovado, desde que a parte demonstre que os benefícios superam os custos.

Os benefícios derivam do aumento de eficiência produtiva que será gerado pela concentração.

Os custos consistem na redução de eficiência alocativa gerada pela concentração, como consequência do exercício do poder de mercado pelas empresas que se concentram.

A transferência de renda dos consumidores para os produtores é um efeito considerando neutro sob o prisma da eficiência econômica.

Não são todas as reduções de custos que devem ser consideradas como eficiências produtivas para fins de análise de uma defesa de eficiências, mas tão-somente as reduções de custos que:

- (a) sejam específicas do ato;
- (b) consistam em economias reais de recursos, e não em economias meramente pecuniárias; e
- (c) sejam passíveis de razoável comprovação e mensuração.

Existem cinco métodos para ponderar os ganhos e as perdas gerados por um ato de concentração.

Pelo método do excedente total estimam-se os excedentes do consumidor e produtor antes e depois do ato. O método considera que os ganhos superam as perdas quando os excedentes no momento pós-concentração superam os excedentes no momento pré-concentração.

Este método pondera eficiência contra peso morto, e considera neutra a transferência de renda dos consumidores para os produtores. Dentre todos os métodos possíveis este é o que exige o menor valor em eficiências para aprovar um ato de concentração.

Pelo método do *price standard* deve haver uma redução de custos de tal magnitude, que os preços do produto pós-concentração sejam menores ou iguais do que os preços pré-concentração, mesmo considerando o exercício de poder de mercado pelas empresas que se concentram.

O método do excedente do consumidor tem uma fundamentação similar ao método do *price standard*, mas considera que o excedente do consumidor deve ser maior após a concentração do que o excedente do consumidor no momento pré-concentração.

A diferença entre o método do excedente do consumidor e o método do *price standard* é que o método do excedente do consumidor considera aumentos na qualidade do produto, e não apenas preços.

Os métodos do *price standard* e do excedente do consumidor exigem eficiências produtivas de maior magnitude para aprovar o ato, e, por definição, impedem que o consumidor seja prejudicado.

O método de *Hillsdown* consiste em comparar as eficiências produtivas geradas com o peso morto e com a parte do excedente do consumidor que é capturado pelo produtor após a concentração.

O método não garante que o consumidor não será prejudicado, mas tão-somente informa que as eficiências são maiores que o peso morto e o excedente do consumidor capturado.

O método dos excedentes ponderados consiste em atribuir às perdas dos consumidores (peso morto e excedente capturado) um peso maior do que os ganhos dos produtores (ganhos de eficiência e excedente capturado). Tal como o método de *Hillsdown*, o método dos excedentes ponderados não assegura que não haverá prejuízos para os consumidores.

A legislação brasileira de proteção da concorrência vigente disciplina a

aprovação de atos de concentração em função de eficiências por meio do art. 54, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.884/94.

O § 1º do art. 54 dispõe que o ato pode ser aprovado em caráter de exceção quando as quatro condições constantes de seus quatro incisos forem cumpridas.

O § 2º do art. 54 autoriza a aprovação do ato quando apenas três das condições estiverem presentes, mas a aprovação seja necessária por motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum, e não haja prejuízo para o consumidor ou usuário final.

A condição prevista no inciso I do § 1º do art. 54 deve estar sempre presente, seja porque disciplina a existência de eficiências, seja porque é uma condição necessária para o cumprimento da condição prevista no inciso II do § 1º do art. 54.

A condição prevista no inciso II do § 1º do art. 54 exige que os benefícios gerados pelo ato sejam repartidos equitativamente com os consumidores ou usuários finais do produto das empresas que se concentram.

Ao exigir que os benefícios sejam repartidos com os consumidores o dispositivo impõe a utilização do método do excedente do consumidor.

Ao exigir que parte dos benefícios seja repassada ao consumidor o dispositivo exige que o excedente do consumidor após o ato de concentração aumente, e não apenas permaneça igual.

O inciso III do § 1º do art. 54 proíbe concentrações que levem a monopólio ou quase monopólio, excluindo esses casos de quaisquer considerações sobre eficiências.

O inciso IV do § 1º do art. 54 exige que o ato observe os limites necessários para seus objetivos.

Sob a égide do § 2º do art. 54 um dos requisitos pode ser descartado, desde que exista um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum, e os consumidores não sejam prejudicados.

Motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum deve ser perquirido no âmbito da legislação de proteção da concorrência, e não a partir de

outras princípios ou fundamentos jurídicos ou econômicos.

Haverá um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum quando as eficiências superarem o peso morto, ainda que o excedente do consumidor seja reduzido após a concentração.

Não obstante esse entendimento, o fato de o § 2º do art. 54, *in fine*, não permitir que o consumidor seja prejudicado afasta a possibilidade de aprovação de um ato pelo método do excedente total e impõe a utilização do método do excedente do consumidor.

Com base no método do excedente do consumidor não há prejuízo para o consumidor ou usuário final, de forma que a obrigação de demonstrar um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum fica esvaziada.

Com base na legislação vigente a questão das eficiências recebe o seguinte tratamento sob égide o § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94:

- (1) admitir-se-á a aprovação de um ato de concentração que confira aos agentes poder de mercado, desde que as eficiências sejam de tal ordem que impliquem em um aumento do excedente do consumidor após a concentração;
- (2) a ponderação entre efeitos negativos e eficiências deve ser feita por meio do método do excedente do consumidor;
- (3) não basta apenas que o consumidor não seja prejudicado, mas é necessário que parte dos benefícios do ato lhe sejam transferidos, a uma taxa de transferência que seja reputada como eqüitativa;
- (4) ainda que o consumidor seja beneficiado, o ato não poderá ser aprovado se redundar em um monopólio ou quase-monopólio;
- (5) o ato deve observar os limites necessários para atingir os objetivos visados.

Com fulcro na exceção do § 2º do art. 54, um ato pode ser aprovado se:

- (1) pelo método de excedente do consumidor, se não houver

redução do excedente do consumidor (não seria necessária uma distribuição eqüitativa), descartando-se a condição do inciso II do § 1º do art. 54; ou

- (2) havendo transferência eqüitativa para o consumidor, a concentração leve a um monopólio ou quase monopólio, quando se descarta a condição do inciso III do § 1º do art. 54;
- (3) o descarte do inciso I do § 1º não é possível, pois significaria que não existem eficiências, implicando que a condição do inciso II não poderia ser cumprida; e
- (4) o descarte do inciso IV do § 1º não é possível.

O Projeto de Lei que reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência altera os requisitos para aprovação de atos de concentração por eficiências, ampliando as possibilidades de aprovação e permitindo a utilização do método do excedente total.

A alteração passa a exigir que por motivo preponderante da economia nacional o ato possa ser aprovado quando presentes três dos quatro atuais requisitos do § 1º do art. 54, sem exigir que o consumidor ou usuário final não seja prejudicado.

Com a alteração proposta pelo Projeto de Lei a aprovação de um ato de concentração por eficiências observará o que se segue:

- (1) é necessário que se as eficiências sejam superiores ao **peso morto**, quando então restará delineada uma possibilidade de justificativa do ato ao arrimo de motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum;
- (2) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente do consumidor**, caso o excedente do consumidor pós-concentração seja maior, o ato poderá ser aprovado mesmo que leve a um monopólio ou quase-monopólio;
- (3) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente do**



**consumidor**, caso o excedente do consumidor após o ato seja igual ao excedente do consumidor no momento pré-concentração o ato poderá ser aprovado, desde que não leve a um monopólio ou quase-monopólio;

- (4) ponderando-se as eficiências pelo método do **excedente total**, caso o excedente total após o ato de concentração seja maior do que o excedente total no momento pré-concentração, o ato poderá ser aprovado caso não leve a um monopólio ou a um quase-monopólio, e, cumulativamente, a transferência de renda dos consumidores para os produtores não implique em violar algum princípio constitucional.

No âmbito da alteração legislativa proposta, a delimitação de um motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum assumiria alguma das seguintes acepções:

- (1) no caso em que o excedente do consumidor aumenta após o ato, não há prejuízo para os consumidores do produto das empresas que se concentram, e toda a sociedade se beneficia com os ganhos de eficiência, dessa forma restando nítido que a aprovação do ato é necessária por motivo preponderante para a economia nacional e o bem comum; ou
- (2) no caso em que o excedente total (mas não o excedente do consumidor) aumenta, este será o motivo preponderante para a economia nacional ou bem comum, sendo que isso não será justificativa caso se trate de bens ou serviços em relação aos quais não seja juridicamente aceitável que os consumidores desses bens tenham seu bem-estar reduzido para contribuir com o aumento da eficiência econômica.

Em todos os casos a decisão que, em caráter de exceção, aprovar um ato de concentração por eficiência deve ser fundamentada, demonstrando como foi feita a ponderação e avaliação dos custos e benefícios do ato.

**REFERÊNCIAS**

- AMATO, Giuliano. Antitrust and the Bounds of Power. Oxford : Hart Publishing, 1997.
- ANDRADE, Maria Cecília. Controle de Concentração de Empresas. São Paulo : Singular, 2002.
- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. Antitrust Analysis: problems, text, cases. 5<sup>th</sup> Ed. New York : Aspen Law & Business, 1997.
- ARIÑO, Gaspar. Economía y Estado. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.
- ASSAFIM, João Marcelo de Lima. A Transferência de Tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade intelectual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil Anotada. 3<sup>a</sup> Ed. São Paulo : Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. Temas de Direito Constitucional. 2<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil: v. 3. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Comentários à Constituição do Brasil: v. 7. 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 4<sup>a</sup> Ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- BERTRAN, Maria Paula. Os Requisitos para Consideração de Eficiências Econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a Discricionariedade da Comprovação Razoável. Revista do Ibrac. Vol. 12, nº 2, p. 265-281, 2005.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito Societário. 7<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001
- BORK, Robert H. The Antitrust Paradox: a policy at war with itself. With a new introduction and epilogue. New York : The Free Press, 1993.
- BULGARELLI, Waldirio. Concentração de Empresas e Direito Antitruste. 3<sup>a</sup> Ed.

São Paulo : Atlas, 1997.

BUTLER, Eamonn. Contribuição de Hayek às Idéias Políticas e Econômicas de Nosso Tempo. Tradução Carlos dos Santos Abreu. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1987. Título original: Hayek, his contribution to the political and economic thought of our time.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coords.). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro. São Paulo : Max Limonad, 2002.

CANADA COMPETITION TRIBUNAL. Decisão no caso CT-1991-001. Disponível em <http://www.ct-tc.gc.ca/english/casedetails.asp?x=228&caseid=188&pf=1> acesso em 19.8.2005.

\_\_\_\_\_. Decisão no caso CT-1998-002. Disponível em <http://www.ct-tc.gc.ca/english/CaseDetails.asp?x=233&CaseID=202> acesso em 19.8.2005

CARBAJALES; Mariano O.; MARCHESINI, Dardo. Teoría y Práctica de la Defensa de la Competencia. Buenos Aires : Ad-Hoc, 2002.

CARPENA, Heloisa. O Consumidor no Direito da Concorrência. Rio de Janeiro : Renovar, 2005.

CARVALHOSA, Modesto. A Nova Lei das S/A. São Paulo : Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: v. 4. Tomo I. 2ª Ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CHIN, Yee Wah; ROYAL, M. Sean. Antitrust Litigation: strategies for success. New York : Practising Law Institute, 1998.

CLIFFORD, John F.; OPASHINOV, Mark; HOLLINGER, Michael. Efficiency-Dependent Mergers: lessons from Canada. Global Competition Review, Vol. 6, Issue 5, Maio de 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 2ª Edição: refundida e adaptada à Lei nº 6.404/76. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1977.

- CRETELLA JÚNIOR, José. Administração Indireta Brasileira. 4ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2000.
- CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; VAN DEN BERGH, Roger (Ed.). Post-Chicago Developments in Antitrust Law. Cheltenham, Northampton : Edward Elgar, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª Ed. São Paulo : Atlas, 2002.
- DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. Tradução de Luís Carlos Borges, revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo : Martins Fontes, 2001. Título original: A Matter of Principle.
- FAGUNDES, Jorge. Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo : Singular, 2003.
- \_\_\_\_\_; KANCZUK, Fabio. O Uso de Modelos de Simulações em Análises de Fusões. Revista do IBRAC. Vol. 11, nº 4, p. 51-71, 2004.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Da Abusividade do Poder Econômico. Revista de Direito Econômico, nº 21, p. 23-30, out./dez.1995
- FERREIRA, João E. Pinto; BANGY, Azeem Remtula. Guia Prático do Direito da Concorrência em Portugal e na União Européia. Lisboa : AJE Sociedade Editorial, 1998.
- FISHER, Alan; LANDE, Robert H. Efficiency Considerations in Merger Enforcement. California Law Review, 71, dezembro 1983.
- \_\_\_\_\_. Price Effects of Horizontal Mergers. California Law Review, 77, julho 1989.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência: comentários à lei antitruste. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; PEREIRA, Edgard Antonio. As Eficiências Econômicas sob o Prisma Jurídico. Revista de Direito Econômico, nº 23, p. 25-37, abr./jun.1996.
- FROEB, Luke; TSCHANTZ, Steven; WERDEN, Gregory J. Pass-Through Rates and the Effects on Mergers. SSRN – Social Science Research Network. Washington, agosto de 2001. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=274848](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=274848)>. Acesso em 10.11.2005.
- GARCÍA, Ricardo Oliveira et al. El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia. Montevideo : Universidade de Montevideo, 2001.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais. São Paulo : Singular, 2002.
- GRAU, Eros Roberto. Ordem Econômica na Constituição de 1988. 8ª Ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.
- HAYEK, Friedrich August Von. Individualism and Economic Order. Chicago and London : University of Chicago Press, 1992.
- \_\_\_\_\_. Law, Legislation and Liberty. Vol. I: Rules and Order. Chicago : The University of Chicago Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. Law, Legislation and Liberty. Vol. II: The Mirage of Social Justice. Chicago : The University of Chicago Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. Law, Legislation and Liberty. Vol. III: The Political Order of a Free People. Chicago : The University of Chicago Press, 1983.
- \_\_\_\_\_. O Caminho da Servidão. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro; 5ª ed. Rio de Janeiro : Instituto Liberal, 1990. Título original: Path to serfdom.
- HOEKMAN, Bernard M.; KOSTECKI, Michel M. The Political Economy of the World Trading System: the WTO and Beyond. Second Edition. Oxford : Oxford University Press, 2001.

- HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. St. Paul : West Group, 1999.
- Internantional Competition Network. Mergers Guidelines Project. 2004. <[http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/amg\\_chap6\\_efficiencies.pdf](http://www.internationalcompetitionnetwork.org/seoul/amg_chap6_efficiencies.pdf)>. Acesso em 12.12.2005.
- JACKSON, John H. The World Trading System: law and policy of international economic relations. Second Edition. MIT Press, 1997.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness Versus Welfare. Cambridge e Londres : Havard University Press, 2002.
- KEYNES, John Maynard. General Theory of Employment, Interest and Money. New York : Prometheus Books, 1997.
- KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia (orgs). Economia Industrial. Rio de Janeiro : Campus, 2002.
- KWOKA, JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Ed.). The Antitrust Revolution: economics, competition and policy. New York, Oxford : Oxford University Press, 2004.
- LANDE, Robert H. Ascensão e Queda (Próxima) da Eficiência como Reguladora do Antitruste. Revista de Direito Econômico, nº 23, p. 39-65, abr/jun.1996.
- \_\_\_\_\_. Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust. Antitrust Law Journal, agosto 1989.
- \_\_\_\_\_. Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust. University of Pittsburgh Law Review, agosto 1989.
- \_\_\_\_\_. Proving the Obvious: The Antitrust Laws were Passed to Protect Consumers (Not just to Increase Efficiency). Hastings Law Journal, abril, 1999.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. The Economic Structure of Intellectual Property Law. Cambridge, London : Belknap Press of Harvard University Press, 2003.

- MACEDO, Ubiratan Borges de. Liberalismo e Justiça Social: São Paulo : IBRASA, 1995.
- MANKIWI, N. Gregory. Introdução à Economia. Rio de Janeiro : Campus, 2001.
- MATTOS, César (org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo : Singular, 2003.
- MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 5ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 24ª Ed. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 1999.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de Direito Internacional Público. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2ª Ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.
- NOZICK, Robert. Anarchy, State and Utopia. New York : Basic Books, 1974.
- NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: introdução ao direito econômico. 3ª Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- OCDE. Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência. Tradução de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame. São Paulo : Singular, 2003.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e Economia da Concorrência. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. Princípios de Derecho Público Económico. Barcelona : Comares Editorial, 1998.
- PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de (orgs.). Manual de Economia. 4ª ed. São Paulo : Saraiva, 2003.
- POSNER, Richard A. Antitrust Law. 2<sup>nd</sup> Ed. Chicago : The University of Chicago Press, 2001.
- \_\_\_\_\_. Natural Monopoly and Its Regulation. 30<sup>th</sup> anniversary edition with a new

preface by the Author. Washington : Cato Institute, 1999.

\_\_\_\_\_. Economic Analysis of Law. 4<sup>th</sup> Ed. Boston, Toronto, London : Little Brown and Company, 1992.

POSSAS, Mario Luiz (coor.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência. São Paulo : Singular, 2002.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. São Paulo : Saraiva, 2001.

RAWLS, John. Justiça como Equidade: uma reformulação. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Título original: Justice as Fairness: a restatement.

\_\_\_\_\_. Justiça e Democracia. Tradução de Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário de Catherine Audard. São Paulo : Martins Fontes, 2000. Título original: Justice et démocratie.

\_\_\_\_\_. Uma Teoria da Justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002. Título original: A Theory of Justice.

\_\_\_\_\_. Liberalismo Político. São Paulo : Ática, 1993. Título original: Political liberalism.

REZEK, José Francisco. Direito dos Tratados. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as condutas. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo : Malheiros Editores, 1998.

SANDERSON, Margaret. Efficiency Analysis in Canadian Merger Cases. Federal Trade Commission. Washington, Novembro, 1995. Disponível em <<http://www.ftc.gov/opp/global/sandersn.htm>>. Acesso em 18.10.2005.

SCHUMPETER, Joseph A. Capitalism, Socialism and Democracy. New York :



Harper & Row, 1976.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como Liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo : Companhia das Letras, 2000. Título original: Development as freedom.

SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Edited, with an introduction, notes, marginal summary and enlarged index by Edwin Cannan. New York : The Modern Library, 1994.

SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Contratual. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo da Economia. 3ª Ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) Direito Administrativo Econômico. São Paulo : Malheiros Editores Ltda., 2000.

SUTHERLAND, Peter et al. The Future of the WTO. Geneva : World Trade Organization, 2004.

TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público: (Estudos e Pareceres). Rio de Janeiro : Renovar, 1997.

THORSTENSEN, Vera. OMC – Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a nova rodada de negociações multilaterais. São Paulo : Aduaneiras, 2001.

WAELEBROECK, Michel; FRIGNANI, Aldo. European Competition Law. Ardsley : Transnational Publishers, 1999.

WALZER, Michael. Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões, revisão técnica e da tradução Cícero Romão Dias Araújo. São Paulo : Martins Fontes, 2003. Título original: Spheres of justice.

WILLIAMSON, Oliver E. Economics and Antitrust Enforcement: transition years.

Antitrust Spring. 2003. p. 61-65.

\_\_\_\_\_. Economies as an Antitrust Defense: the welfare tradeoffs. American Economic Review, v. 58, março de 1968.

\_\_\_\_\_. Economies as an Antitrust Defense Revisited. University of Pennsylvania Law Review, v. 125, no. 4, abril de 1977.

WTO. Understanding the WTO. 3rd Edition. Geneva : World Trade Organization, 2004.

**ANEXO A**

GUIA PARA A ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL, aprovado pela  
Portaria SDE/SEAE nº 50, de 1º de agosto de 2001

**ANEXO B**

*HORIZONTAL MERGER GUIDELINES* – U.S. Department of Justice e Federal Trade  
Comission – expedido em 2.4.1992, revisado em 8.4.1997

**ANEXO C**

ORIENTAÇÕES PARA A APRECIÇÃO DAS CONCENTRAÇÕES HORIZONTAIS NOS  
TERMOS DO REGULAMENTO DO CONSELHO RELATIVO AO CONTROLE DAS  
CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS, publicado em 5.2.2004

**ANEXO D**

PROJETO DE LEI Nº 5.877/2005 - que reestrutura o SBDC

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

PROF. DR. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (ORIENTADOR)  
UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF

PROF. DR. GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA  
UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF

PROF. DR. RUY SANTA CRUZ  
UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE - UFF

Rio de Janeiro, 20 de março de 2006

Prof. Dr. JOSÉ RIBAS VIEIRA  
Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)



[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)