

UM ENSAIO ECONÔMICO SOBRE A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

AN ECONOMIC ESSAY ABOUT THE DEFENSE OF COMPETITION

Ronaldo Raemy Rangel¹

Recebido em: 13/03/2017
Aceito em: 13/06/2017

rrangel@fgvmail.br

Resumo: O presente ensaio econômico busca ser ou fazer um contraponto às visões judicializadas da defesa da concorrência no Brasil. Baseia-se nos princípios que regem a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América para fazer uma breve descrição da evolução recente da regulamentação antitruste, indicando uma mudança no foco da intervenção que migrou da ênfase no controle de atos de concentração para a priorização da repressão de condutas anticompetitivas. Em tal contexto, discute a atuação contemporânea dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) mas, acima de tudo, sua alteração de postura que, aparentemente, mais “judicializa” os processos do que examina os efeitos econômicos concretos dos atos analisados.

Palavras-chave: Defesa da Concorrência. Regulação. Custo x Benefício.

Abstract: This economic essay is an argument contrary to the judicialized view of the defense of competition in Brazil. Based in principles of the Antitrust Division of the United States Department of Justice, briefly describes the recent evolution of antitrust regulations, indicating a change in the focus of the intervention, which migrates from the emphasis on control of mergers, to prioritize repression the practices not competitive, and in this context discusses the recent actions of the Brazilian Competition Defense System, but above all, the alteration of your posture, which apparently more “judicializes” the processes than examines the economic effects of the acts analyzed.

Keywords: Competition Defense. Regulation. Cost x Benefit.

¹ Fundação Getúlio Vargas – FGV – Rio de Janeiro – Brasil.

1. INTRODUÇÃO

Segundo texto disponibilizado na *home page* do Repositório Institucional da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC): “um ensaio acadêmico consiste na exposição das ideias e pontos de vista do autor sobre determinado tema, buscando originalidade no enfoque, sem, contudo, explorar o tema de forma exaustiva”.

É nestes termos que o presente ensaio busca apresentar a tese de que os órgãos que atuam no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)² vêm cometendo equívocos, por um lado, por seguirem alguns modelos de análise da concorrência os quais se valem, excessivamente, de métodos quantitativos (estabelecidos como padrões por algumas agências de regulação no exterior) em detrimento a interpretações qualitativas de custo x benefício e, por outro, por assumirem uma posição que de certo modo “judicializa” seus procedimentos em sacrifício da efetiva análise das falhas e externalidades econômicas decorrentes das condições competitivas, o que, como buscamos sustentar, não só é pouco adequado tecnicamente como cria o risco de impactos regulatórios negativos.

Assim, o ensaio que apresentamos visa, inicialmente, discutir, do ponto de vista econômico, as razões para a regulação pública de setores da economia. Para tanto, focou-se em uma pesquisa bibliográfica que, além de rever a literatura teórica baseada em autores que tradicionalmente referenciam discussões como as aqui pretendidas, procurou fazer uma visita aos guias e manuais dos órgãos antitruste norte-americano e brasileiro, ao que se associaram outros textos técnicos (inclusive votos de conselheiros, pareceres e outros documentos, incorporados em processos que tramitaram no CADE).

O texto é dividido em 5 partes além da introdução. Preliminarmente, serão brevemente expostos os princípios norteadores da política antitruste contemporânea. Em seguida, nos dois tópicos que se sucedem, são apresentados aspectos relevantes para compreensão econômica do tema, sendo eles: a definição de Mercado Relevante e a abordagem do Paradigma Estrutura-Condução-Desempenho. O quarto item trata sumariamente dos aspectos político-jurídicos da defesa da concorrência no Brasil. Por fim, à guisa de conclusão, desenvolvemos algumas considerações sobre o argumento originalmente apresentado.

2. EVOLUÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA MODERNA POLÍTICA ANTITRUSTE

Sabe-se que as referências teóricas para a análise antitruste são extremadas. De um lado, o mercado perfeitamente competitivo e, de outro, o monopólio natural. No primeiro caso, a concorrência, em teoria, se manifesta plenamente com várias firmas atuando no mercado, produzindo o melhor resultado possível em termos de bem-estar econômico e social. Num mercado competitivo, isto é, no qual estão presentes as condições para uma concorrência vigorosa, observa-se uma pressão constante sobre as empresas na direção da redução dos seus custos de produção e dos

² A saber: CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Secretaria de Acompanhamento Econômico (do Ministério da Fazenda) e Secretaria de Direito Econômico (Ministério da Justiça).

seus preços, melhoria da qualidade do produto, aumento da oferta incluindo a variedade de produtos, lançamento de novos e melhores produtos etc. A eficiência alocativa é máxima com o preço unitário mínimo, sendo que o mercado funciona eficientemente porque há equilíbrio de poder (ou harmonia de interesses) entre vendedores e compradores, entre oferta e demanda.

No segundo caso, há apenas uma firma produzindo e não existe possibilidade de outra empresa entrar no mercado em função de significativas economias de escala ou de escopo. Com a concorrência imperfeita, ou seja, quando há falhas de mercado que possibilitam o estabelecimento de monopólio, as condições estruturais permitem a redução da produção, o aumento de preços e observa-se um desestímulo ao lançamento de novos e melhores produtos.

Em verdade há, em teoria, a ideia de que os monopólios são característicos de uma fase do processo de acumulação capitalista que se consolidou no pós-guerra, gerando o consenso que, diante de relações que pareciam ser estáveis e afluentes, o capitalismo havia desenvolvido a substituição da concorrência propriamente dita por capitais monopolistas. As causas desse fenômeno são claramente analisadas na obra de Paul Baran e Paul Sweezy que argumentam que esse efeito garantia o aumento do lucro das empresas, formulando mesmo “como uma lei do capitalismo monopolista, que o excedente tende a aumentar tanto absoluta como relativamente à medida que o sistema desenvolve” (BARAN e SWEEZY, 1978, p.72).

Seja como for, independente de ser ou não uma tendência dos mercados, existe a aceitação geral de que quando a concorrência não funciona de maneira eficiente acontece abuso do poder de mercado. Não por outro motivo, diante de um mercado em que as economias de escala ou de escopo justificam a existência de apenas uma empresa (condição de existência do monopólio natural), resta ao poder público:

1. Deixar o monopolista privado atuar livremente, assumindo os riscos ao bem-estar econômico e social que por ventura surgirem;
2. Assumir a responsabilidade pela oferta do produto/serviço, assumindo as restrições relativas à eficiência da gerência estatal;
3. Permitir ou incentivar (quando possível) a operação de mais de uma firma no mercado;
4. Regular o mercado.

A regulação pública consiste, então, em deixar com a iniciativa privada a responsabilidade da oferta, garantindo os incentivos inerentes ao sistema de mercado, ao mesmo tempo em que se restringe, parcialmente, a autonomia de decisão do empresário, substituindo seu comportamento maximizador de lucros por princípios regulatórios que garantam um resultado socialmente aceitável no mercado em questão. Tal condição somente pode ser atendida pela adequada interpretação dos custos sociais incorridos frente aos benefícios sociais gerados.

Nestes termos, as regras da regulação pública deveriam se aplicar sobre as entradas e saídas de empresas do mercado, ou quanto à qualidade e aos preços dos produtos/serviços somente quando gerem benefícios menores para a sociedade do que os custos decorrentes da ação empresarial. Por óbvio, as análises do tipo custo x benefício têm forte viés qualitativo e não levam em conta apenas as condições da concorrência mas também e, principalmente, as exigências políticas e

sociais vigentes. Com efeito, é a esgelha política e social que determinará a forma e a intensidade da intervenção, que serão, portanto, distintas de país para país, de sociedade para sociedade.

Na década de 1980, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América alterou a forma e os princípios que regiam suas análises sobre atos de concentração quando a questão dos ganhos de eficiência passou a ser considerada, iniciando uma nova fase dos procedimentos de defesa da concorrência, pois a análise sobre os atos concentradores de mercado aumentou a ênfase sobre outros dados, reduzindo-se proporcionalmente o peso dos perigos econômicos considerados antes inerentes, por si só, decorrentes da concentração de mercado. Assim, o debate sobre o controle das estruturas de mercado foi redirecionado.

Tal mudança de visão decorreu da constatação de que se as fusões, aquisições e constituições de *joint-ventures*, que poderiam criar ou reforçar o poder de mercado, também podiam gerar ganhos econômicos (como eficiência alocativa) dos quais se beneficiam as empresas envolvidas, mas também o conjunto de consumidores. Apesar da mudança de atuação sobre atos de concentração, a política antitruste da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano foi reforçada, especialmente naquilo que se relacionava às condutas consideradas anticompetitivas.

Entretanto, cabe destacar que a elevação das investigações de condutas anticompetitivas no período, com efeito, não impressionam os críticos que consideravam o controle sobre os atos concentradores de capital o verdadeiro objetivo da política antitruste.

O coração e alma da política antitruste, dizem esses economistas, é o controle das fusões e aquisições, porque elas criam a oportunidade do aumento de preços e de outras violações antitruste difíceis de detectar. A lógica é simples: fusões e aquisições tendem a reduzir o número total de competidores num mercado específico... Quando o número de empresas é grande, conspirações são difíceis de serem negociadas e implementadas (MARSHALL, 1989, p. 368).

De toda sorte, o Departamento de Justiça mudou formalmente sua linha de análise dos atos de concentração econômica, através da publicação de *Merger Guidelines* em 1982 e 1984. Tais *Merger Guidelines* representavam um esforço da Divisão Antitruste de mover-se "de uma análise apoiada em números para uma análise mais completa considerando não apenas a concentração do mercado mas também todos os outros fatores relevantes sobre os efeitos de uma concentração" (DENIS, 1993, p 480). A citação ressalta a importância de fatores para além dos quantitativos, sendo que desde a publicação da emenda da seção 7 do *Clayton Act*, em 1950 - que passou a proibir os atos de concentração econômica que tivessem por efeito reduzir substancialmente a concorrência, ou tendessem a criar um monopólio - as decisões das cortes americanas vinham sendo baseadas no temor da concentração de mercado, utilizando-se como instrumento central e decisivo de análise quantitativa do grau de concentração, como se concentração física do mercado e efeitos competitivos adversos apresentassem uma ligação óbvia e indissolúvel.

Nesse sentido o *Merger Guidelines* de 1982 representava, efetivamente, um significativo avanço na política antitruste norte-americana sobre atos de concentração econômica. Para os fins aqui propostos, podemos indicar as principais modificações nas investigações conduzidas pelo Departamento de Justiça:

1. Utilização de princípios econômicos mais claros na definição do mercado relevante;
2. Utilização do índice Herfindahl-Hirschman (HHI)³ para mensurar o grau de concentração dos mercados;
3. Inclusão de outros fatores na análise, além do grau de concentração, especialmente o nível das barreiras à entrada;
4. Aceitação da tese de que atos concentradores econômicos podem gerar eficiências que podem compensar seus efeitos anticompetitivos.

Neste *Guideline* o grau de concentração do mercado deixou, portanto, de ser a variável central e cedeu lugar para o conceito de "poder de mercado", definido como a capacidade da empresa (ou empresas) de manter preços acima dos níveis competitivos por um significativo período de tempo. Assim, reafirmamos que a mudança representou uma guinada em relação ao enfoque anterior, por não considerar apenas o grau de concentração de mercado, levando a análise antitruste para a identificação do poder de mercado. Dessa forma, atos concentradores de mercado, que sob o enfoque anterior seriam rejeitados, poderiam ser aprovados desde que não criassem ou aumentassem significativamente o poder de mercado das empresas. Isso porque, claramente, a concentração da oferta e poder de mercado precisam ser qualificados e não estão sempre associados. Pelo contrário, frequentemente, observam-se mercados com elevado grau de concentração da oferta sem que as empresas (ou grupo delas) detenham poder de mercado.

3. A CONCEITUAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

Normalmente, o ambiente de negócios da empresa é entendido como o mercado no qual esta atua e que possui duas dimensões: a geográfica e a da capacidade de substituição de produtos. Sob tal aspecto o mercado no seu sentido genérico deve se distinguir numa condição conhecida como "mercado relevante".

O citado texto de 1982 do órgão norte-americano antitruste, indicava pela primeira vez, de forma clara e consistente, a metodologia de definição do mercado relevante num ato concentrador de mercado. Até então a definição do mercado relevante era feita com base num impreciso leque de precedentes extraídos de decisões legais, frequentemente falho no seu embasamento econômico. A definição proposta em 1982 mostrou coerência e racionalidade econômica, pois se passou a entender que se o objetivo explícito da política antitruste sobre atos concentradores de mercado é evitar a consolidação de poder de mercado para que vendedores não possam manter seus preços acima do competitivo, a identificação do mercado relevante deveria levar isso em consideração.

A questão foi resolvida ao se arbitrar uma elevação hipotética de preços de 5% e, a partir daí, identificar a possibilidade dos clientes substituírem o produto (mercado relevante do produto) ou o

³ O índice, com efeito, é utilizado como um indicador do grau de concentração, porém é uma medida da dimensão das empresas relativamente à sua indústria. Busca, portanto, identificar o "potencial" de concorrência entre as empresa de um mesmo setor.

fornecedor (mercado relevante geográfico), como consequência desse aumento. O mercado deveria, então, ser ampliado para incorporar os produtos e a região geográfica dos fornecedores potenciais.

Uma vez definido o mercado relevante, o grau de concentração antes e depois do ato analisado seria facilmente obtido. Porém, diferentemente dos guias anteriores, no sumário do *Merger Guidelines* de 1982 o Departamento de Justiça assinalou que o seu propósito era indicar que um ato concentrador só poderia ser condenado diante de evidências de danos à concorrência (inclusive potenciais). Nesse sentido, todos os fatores relevantes deveriam ser considerados, e não apenas o grau de concentração do mercado. Também se incorporou a ideia de que atos de concentração podem gerar eficiências econômicas. O reconhecimento de que atos concentradores podem gerar ganhos, que, provavelmente, seria o principal avanço na política antitruste norte-americana, ficou previsto, entretanto, apenas para casos excepcionais.

Em certo sentido, a revisão efetuada através do *Merger Guidelines* de 1984, não alterou substancialmente o enfoque anterior. A ênfase sobre poder de mercado, sua definição e os meios pelos quais pode ser exercido, foram mantidos. Deste modo, num mercado com liderança oligopolista, o Departamento Antitruste norte-americano recomendava analisar a existência de barreiras à entrada e, no caso de probabilidade de ação coordenada, era recomendada atenção para as características do mercado, condições de venda e conduta das empresas. O documento de 1984 constituía-se, então, numa tentativa de esclarecer e enfatizar os principais aspectos do *Guidelines* de 1982.

Segundo Ruy Santacruz, ex-conselheiro do CADE, a revisão do texto foi necessária para:

[...] i) esclarecer que o objetivo da política relativa a atos de concentração leva em conta todos os fatores relevantes, e não apenas o grau de concentração; ii) explicar mais detalhadamente o papel da concorrência internacional na análise de concentrações econômicas; iii) esclarecer o tratamento dado à questão da eficiência, sendo que o documento reconhece que o texto de 1982 considera a tese da eficiência apenas em casos extraordinários, mas explica que isso se deve ao fato de que a experiência obtida nas investigações realizadas indica que nos casos em que o ato concentrador representa um risco para a competição, as empresas não são bem sucedidas em demonstrar as eficiências que compensariam aqueles riscos (SANTACRUZ, 1998b, p. 41-42).

O texto de 1984 explicitava que a questão das eficiências poderia decorrer de economias de escala, melhor integração na produção, especialização de plantas, reduções dos custos de transporte etc. Por evidente, observa que eficiências ou ganhos que possam ser obtidos de outra forma que não através da concentração econômica não foram considerados. Desse modo, os ganhos de eficiência resumiram-se a reduções nos custos de produção, forma mais direta de se afetar o alvo da política antitruste: o nível de preços. Isso fica muito claro no *Merger Guidelines*, que esclareceu que eficiências são consideradas porque resultam em preços menores para os consumidores. Entretanto, pelo exposto, a análise antitruste norte-americana manteve como principal motivação o receio da perda de eficiência alocativa/distributiva decorrente da concentração de mercado.

Em 1992, o Departamento de Justiça emitiu o *Horizontal Merger Guidelines*, aparentemente, como resultado da insatisfação do próprio órgão com a ênfase que se dava sobre o grau de

concentração de mercado na análise antitruste. O texto de 1992 manteve o foco da análise sobre o poder de mercado e guardou a mesma definição dos dois *Guidelines* anteriores. Porém, ao tratar dos efeitos potenciais adversos à competição provocados pelos atos concentradores, tentou sistematizar a análise no sentido de identificar no mercado relevante a probabilidade de ações coordenadas ou unilaterais no futuro, o que indicou o esforço em buscar as especificidades de cada mercado e considerá-las nas investigações. Assim, por exemplo, introduziu de forma definitiva a análise da entrada de novos concorrentes no mercado relevante.

A ideia geral é a de que quanto maior for a facilidade de entrada, menor as capacidades das empresas em manterem preços acima do nível praticado antes do ato concentrador. Para isso, buscou-se fixar parâmetros relativos ao tempo despendido na entrada, à possibilidade de entrada, e se o novo concorrente teria escala suficiente para fazer os preços praticados retornarem ao nível anterior à concentração. Dito de outra forma, os entrantes potenciais passam a fazer parte, de maneira inquestionável, do mercado relevante, tal qual já considerava, desde o final da década de 1970, a chamada análise das cinco forças de Porter (PORTER, 1979).

4. O PARADIGMA ESTRUTURA-CONDUTA-DESEMPENHO

Partimos da premissa de que o modelo norte-americano de regulação, por meio da tentativa de reduzir significativamente a ênfase sobre o controle da concentração dos mercados, a despeito de seus inegáveis méritos, ainda não refletiria a atitude mais adequada de análise. Com efeito, a facilidade permitida pela utilização (que gradualmente se torna excessiva) de referências como o índice Herfindahl-Hirschman acabou por provocar o retorno de interpretações mais quantitativas do que qualitativas, quando os próprios *Guidelines* desaconselhavam a análise com foco meramente numérico, orientando o analista antitruste a buscar outra(s) técnica(s) de investigação dos mercados. Dentre tais técnicas “alternativas”, destaca-se o modelo estrutura-conduta-desempenho que é intuitivo, de fácil compreensão e, não por outro motivo, larga a sua utilização (KUPFER, 2006).

O Paradigma Estrutura-Condução-Desempenho (ECD) busca relacionar características estruturais do mercado com a conduta empresarial e o resultado em termos de grau de cooperação, preço, quantidade, qualidade, ritmo de inovação, entre outras variáveis relevantes. É certo que o paradigma ECD, norteia uma grande parte dos estudos de economia industrial e da concorrência e é a principal base de sustentação teórica dos trabalhos empíricos que procuram identificar uma relação entre preço e grau de concentração, sendo que a suposição básica é que o desempenho de qualquer organização depende diretamente do comportamento ou conduta que tenha adotado. (SEDIYAMA et alii, 2013).

Conceitualmente, o paradigma se vale de variáveis encontradas na já citada análise das cinco forças e no conceito de estruturas industriais ((BELLEFLAMME e PEITZ, 2010). Assim, considera-se que a conduta dos participantes em um mercado refere-se as políticas de preço, dispêndios em P&D, diferenciação etc. Por sua vez, tal conduta é influenciada pela estrutura do mercado que estabelece certas interrelações entre compradores e vendedores (número de empresas, barreiras à entrada, necessidade ou não de escala etc). Dessa perspectiva, o papel das agências de defesa da

concorrência é (ou deveria ser) o de impedir que a estrutura do mercado e/ou as condutas das empresas comprometam o desempenho do mercado, definido com base na eficiência econômica ou na maximização do bem-estar social.

É teoricamente sustentável a hipótese de que empresas que operam em setores da economia que contam com um número reduzido de ofertantes tendem a ter poder de mercado, definido como a capacidade da empresa elevar preços, drenando renda dos consumidores de maneira compulsória. Na mesma direção, se as barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado são altas, as empresas já estabelecidas tendem a praticar preços mais elevados, reduzir a qualidade dos seus produtos, etc, uma vez que a concorrência potencial é baixa. Ao contrário, num mercado com reduzidos obstáculos ao ingresso de novos concorrentes, qualquer elevação de preços atrairia entrantes. Nessas condições, os vendedores já instalados, visando manter seu volume de vendas (ou participação de mercado), são obrigados a vender a preços mais baixos, tentar abastecer toda a demanda, lançar novos e melhores produtos etc, para não atrair a entrada de novos concorrentes.

Entretanto, as características estruturais dos mercados onde a concorrência não se manifesta de forma eficaz, não são decisivas para a definição do setor econômico a ser regulado. Isso porque o processo de concentração de capital que se verifica em todo o mundo desde o início do século criou condições semelhantes numa infinidade de setores da economia. Como anteriormente destacado, mercados imperfeitos, oligopolizados, com elevadas barreiras à entrada, são muito mais a regra do que a exceção. Desse modo, nem todos os mercados que apresentam relevantes imperfeições são passíveis de regulação pública, mas apenas aqueles nos quais um desempenho insatisfatório em termos de preço, qualidade e quantidade dos serviços/produtos ofertados é social e politicamente inaceitável. Ou seja, a existência de significativas falhas de mercado constitui-se no pré-requisito econômico da intervenção do poder público, mas não é condição suficiente. Assim, argumentamos que regulação do mercado será sempre uma decisão política.

5. ASPECTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A fundamentação econômica da regulação pública dos mercados está perfeitamente abrigada juridicamente no Brasil pelo artigo 170 da Constituição Federal, que estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor, entre outros. Assim, os constituintes deixaram claro que se busca uma economia baseada na propriedade privada (livre iniciativa), mas com responsabilidade e justiça social ou seja, os princípios da função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor (RANGEL, 2016).

Devemos ter em mente que a promulgação de Constituição é um fato cultural, que reúne concepções, não só jurídicas mas também políticas e mesmo sociológicas (CUNHA JÚNIOR, 2008). É em tal contexto que se deve entender que a propriedade privada dos meios de produção não pode ser exercida de maneira absoluta, sendo que sua função social exige que o poder público regule as relações de mercado em defesa do consumidor (MENDES, 2013).

Pelo exposto há consequência desses princípios constitucionais, quer seja, que nos mercados em que o vendedor se impõe ao comprador, deve haver intervenção pública, pois não há concorrência. Para assegurar tal intervenção o legislador entendeu necessário lei específica, ao estabelecer no parágrafo 4^o, artigo 173, também da Carta Magna, que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Segundo o ensinamento do livro dos juristas Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins:

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram às condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência (MARTINS e BASTOS, 2004, p. 84).

Observa-se que os ilustres juristas apoiam-se no mesmo entendimento da teoria econômica que aponta que a concorrência produz redução de custos, aumento de competitividade, inclusive internacional, trazendo toda sorte de eficiência econômica. Sem concorrência a economia perde vigor e competitividade, com danos para o consumidor, para o emprego, para a geração de divisas etc. Nesse sentido, o jurista, como o economista, não têm dúvidas de que a concorrência é um bem a ser preservado pela sociedade e deve existir em seu benefício. Além disso, o argumento jurídico também refuta a tese já há muito ultrapassada pela economia de que a redução da competição e a concentração nos mercados seria a melhor forma para enfrentar a concorrência internacional.

Seja como for, tradicionalmente os economistas consideram que a regulação pública é indubitavelmente devida no caso de monopólio natural (máxima imperfeição de mercado), sendo que em qualquer outro caso a necessidade de intervenção do Estado é uma questão de grau. Tal assertiva decorre de que entre o mercado perfeitamente competitivo (de fato, apenas uma referência teórica) e o monopólio natural existe uma infinidade de matizes de estruturas de mercado, sendo certo que quanto mais relevantes as falhas de mercado, menos a concorrência se manifesta na direção de resultados socialmente desejáveis. Dessa maneira, mercados concentrados e com elevadas barreiras à entrada tornam-se candidatos à intervenção do poder público porque essas condições criam maior poder de barganha sobre o consumidor, desequilibrando as relações de mercado.

Claro está que se há desequilíbrio de poder no mercado, há perda de bem-estar econômico. Assim, poder e desequilíbrio são as palavras chaves para definir, do ponto de vista econômico, a intervenção do Estado. O termo utilizado pelo artigo 173 da Constituição Federal para designar a fonte do desequilíbrio nas relações de mercado e da perda de bem-estar econômico e social é “poder econômico”.

Porém, como já destacado, para que haja possibilidade do abuso do poder econômico não basta que uma empresa detenha parcela substancial do mercado, nem mesmo que seja monopolista.

Há outras condições necessárias para que a empresa possa cometer infração à ordem econômica. É preciso que além do poder econômico, o mercado apresente características na sua estrutura que permitam que tal poder econômico possa ser utilizado de forma abusiva, isto é, que ele se reflita em poder de mercado.

A teoria econômica define poder de mercado como a diferença entre o preço praticado pela empresa para um produto e o seu custo unitário de produção (SANTACRUZ, 1998b). Do ponto de vista normativo, porém, o conceito de poder de mercado torna-se fundamentalmente jurídico e não apenas econômico. Embora semelhante, tal conceito tem outro enfoque, sendo definido (assim como fizeram os *Guideline* norte-americanos da década de 80) como a capacidade da empresa manter preços acima do nível competitivo por um significativo período de tempo (BRASIL, CADE, 2016). Como se percebe a intervenção do poder público para coibir poder de mercado depende de certa subjetividade do decisor sobre a situação em análise que, portanto, reafirmamos: é uma questão de grau.

É evidente que a questão de grau precisa ser ponderada quando, por exemplo, empresas necessitam operar com modularidade ou se veem forçadas a realizar o que é chamado de mix de coordenação. O conceito de *mix de coordenação* indica que uma firma (ou grupo de firmas) conseguirá manter-se competitiva, inovando e gerando escala pela gestão da produção modular onde a eficiência é maior e os custos são menores do que quando comparados com a hipótese de internalização das atividades de P&D e produção (ZAWISLAK, 2007). Nessas situações é comum que uma organização “centralizadora” coordene a cooperação entre empresas, visando a redução dos custos de pesquisa, de negociação, de transporte e mesmo os de execução da produção. Em tais situações não há acordo extra-mercado lesivo, há sim um arranjo de governança que busca reduzir os custos de transação (TONON, et alii, 2016).

Lembramos que Ronald Coase em seu artigo “The Nature of the Firm” (COASE, 1937) estrutura o conceito da Teoria de Custos de Transação como parte de uma estratégia ideal de contratações inter-firmas, onde a ponderação entre internalizar determinada fase da produção ou contratar com outra empresa termina por gerar um encadeamento e alianças que levam a maximização da eficiência entre as empresas. Dito de outra forma, a opção estratégica entre organizar internamente todos os fatores de produção ou alinhar no mercado os fatores (que segundo a teoria de ambientes competitivos, deveriam ser livres as forças de mercado) implica em custos inferiores e em mais eficiência no mercado o que, por óbvio, é benéfico para a sociedade e deve ser levando em conta quando da decisão do ator público de intervir ou não.

Ocorre que os princípios recentemente adotados pelos órgãos do SBDC, por questões de natureza político-jurídica, têm em grande medida desconsiderado o basilar, quer seja, que um crime contra a ordem econômica é um crime econômico, sendo que o mercado relevante e as condições estruturais da indústria precisam ser claramente estabelecidas, sem o que não é possível configurar poder de mercado, condição precípua para a existência de abuso contra a concorrência.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS QUE JUSTIFICAM UM ENSAIO DE CARÁTER ECONÔMICO

Mesmo antes da promulgação da Lei 12.529 de 2011 (que substituiu a Lei de repressão as infrações econômicas de 1994), percebia-se uma nítida mudança de caráter político no foco das autoridades antitruste no Brasil que, tradicionalmente, visavam ao controle de atos de concentração e que passaram a priorizar condutas anticonpetitivas, notadamente os carteis.

Paralelamente vê-se que o CADE passa a agir – com base no pressuposto, até certo ponto correto, de que baixas sanções estimulam a formação de cartel – de modo extremamente rigoroso aplicando multas inimagináveis no passado, como as fixadas para 6 cimenteiras por crime de cartel, totalizando R\$ 3,1 bilhões (BRASIL, CADE, 2014) ou os R\$ 352 milhões impostos à Ambev por abuso de poder econômico (CRUZ RAMOS, 2014). Nota-se também, e principalmente, que o órgão passa a atuar mais fortemente no judiciário na sustentação de suas posições e decisões, visto que quase todas as decisões do CADE são levadas de forma recursal à justiça.

Ocorre que, para sustentar sua posição mais rigorosa e, principalmente, para sustentá-las judicialmente, o poder público tem cedido a cobrança pela “homogeneidade de critérios”, o que recentemente ganhou contornos exacerbados, em detrimento do preceito básico para regulação econômica, quer seja, a análise custo-benefício.

A análise custo-benefício é princípio elementar para a decisão de intervir ou não no mercado o que, como visto, só deve acontecer quando os benefícios estiverem concentrados em algumas empresas e os custos diluídos pela sociedade. Trata-se, portanto, de uma questão de grau que longe de ser considerado foi substituído, por pretensos “critérios transparentes” para as decisões e acima de tudo para as condenações no âmbito administrativo do SBDC. A simples leitura de peças de processos recentes como, por exemplo, notas técnicas expedidas pelos órgãos, onde o citado índice Herfindahl-Hirschman é utilizado com destaque, sem, contudo, verificar-se a estrutura do setor que está sendo examinado, pois o grau de concentração é quantificável e serve para respaldar o decisor. Em tais casos de pouco vale o fato de que o mercado analisado pode ter características naturais de concentração. Há outros documentos do poder público que negam provimento à recursos que solidamente demonstram a dimensão do mercado relevante do produto, tão somente, pelo fato do produto em tela não estar listado numa sub-posição da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), desconsiderando-se que o mercado é uma extensão do mundo das relações reais e não apenas uma nomenclatura. Há peças de centenas de páginas que se valem apenas de uma delas para tentar definir o mercado relevante e que, ao fim e ao cabo, não explicitam como o poder econômico foi exercido.

Parece que, para além do fato econômico ou do momento político, a objetivação e as filigranas processuais são usadas como ferramentas para guarita do órgão deliberativo e se impõe sob a análise efetiva do mercado. Assim, por uma pretensa segurança jurídica, assume-se o risco de uma insegurança regulatória, cujas consequências ainda precisam ser melhor estudadas.

REFERÊNCIAS

BARAN, P.; SWEEZY, P. *Capitalismo Monopolista*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

BELLEFLAMME, P.; PEITZ, M. *Industrial Organization: Markets and Strategies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010

BERG, S.V.; TSCHIRHART, J. *Natural Monopoly Regulation: Principles and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. 1988.

BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Cade Multa em R\$ 3,1 bilhões o Cartel do Cimento*. 2014. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?5ed120e93bd027ec390659ee4508>>. Acesso em: 20/02/2017.

BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal* (versão preliminar). Brasília: CADE, 2016.

BRASIL. CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Nota Técnica 81 – Superintendência Geral*. Inquérito Administrativo de suposto cartel no mercado de licitações públicas relativas a projetos de metros e trens. Processo nº 08700.004617/2013-41. Brasília. 19 de março de 2014.

BRASIL. UFSC. *Dicas sobre como Escrever um Ensaio*. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/116800/DICAS_SOBRE_COMO_ESCREVER_UM_ENSAIO.pdf?sequence=1>. (Repositório Institucional). Acesso em: 19/02/2017.

CARLTON, D.; PERLOFF, J. *Modern Industrial Organization*. London: Perrson-Assison Wesley, 2005

CARVALHO, C.M. *Defesa da Concorrência: estudos e votos*. São Paulo: Singular, 2015.

CASTRO, R. M. *Controle dos Atos de Concentração de Empresas no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

COASE, R. The Nature of the Firm. *Economica*, 4 (16), p. 386-405, 1937.

_____. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, 3 (1), p. 1- 44, 1960.

CRUZ RAMOS, A. L. *A Nova Lei Antitruste Brasileira: uma agressão à livre concorrência*. 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1319>>. Acesso em 13/02/2017.

CUNHA JÚNIOR, D. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

DENIS, P.T. Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects. *The Antitrust Bulletin*, Fall. 1993.

JOPPERT RAGAZZO, C. E. (CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica). *Parecer e Voto em Processo Administrativo*. Instauração de Processo Administrativo para apurar a ocorrência de infrações à ordem econômica consistentes em possíveis limitação à concorrência, aumento arbitrário de lucros e abuso de posição dominante da Companhia de Bebidas da América (AMBEV). Processo nº 08012.0004363/2000-89. Brasília. 28 de outubro de 2009 (data do julgamento).

KUPFER, D. Padrões de Concorrência e Competitividade: Referencial analítico e desenvolvimento metodológico. *Oficina de Análise de Sustentabilidade / Competitividade*. CEPAL/SEBRAE, 2006. Disponível em: <redes.somosmas.org/images/0/04/Oficina-aulaDavidKupfer>. Acesso em: 15/02/2017.

MARRARA, T. *Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: organização, processos e acordos*. São Paulo: Atlas. 2015.

MARSHALL, P.G. Antitrust Laws Limit U.S. Competitiveness? *Editorial Research Reports*, Congressional Quarterly Inc. 1989.

MARTINS, I. G.; BASTOS, C. R. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, G (org). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOTTA, M.; SALGADO, L. H. *Política de Concorrência: Teoria e prática e sua aplicação no Brasil*. São Paulo: Campus, 2015.

PEREIRA, J. M. *Manual de Defesa da Concorrência: política, sistema e legislação antitruste brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014.

PFEIFFER, R. A. *Defesa da Concorrência e Bem-estar do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

PORTER, M. E. How competitive forces shape strategy. *Harvard Business Review*, p. 137-145, March/April, 1979.

RANGEL, G. D. L. *Uma Introdução ao Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

RANGEL, R. Anotações sobre a Política de Concorrência e a Desregulamentação. In: _____. *Destruição Criativa ou Pasárgada*. São Paulo, Laços, p. 117-123, 2015.

SANTACRUZ, R. (a) (CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica). *Parecer e Voto sobre Ato de Concentração*. Aquisição pela Gessy Lever do negócio de sorvetes da Philip Morris do Brasil, representado pela Kibon e pela parceria na Sorvane. Processo nº 08012.007217/97-56. Brasília, 26 de agosto de 1998 (data do julgamento).

_____. (b) *Prevenção Antitruste*. Rio de Janeiro. Tese de Doutorado. Instituto de Economia, UFRJ, 1998

SCHERER, F. M.; ROSS, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston. Houghton Mifflin Company, 1990.

SCHMIDT C. A. J. (CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica). *Parecer e Voto sobre Recurso em Ato de Concentração*. Do parecer e voto sobre recurso da UPS do Brasil, habilitada como terceira interessada, questionando a análise realizada no mercado de entrega expressa de pequenos pacotes para destinos internacionais. Processo nº 08700.009559/2015-12. Brasília, 30 de março de 2016 (data do julgamento).

SEDIYAMA, A. F.; CASTRO JÚNIOR, L. G.; CALEGARIO, C. L.; SIQUEIRA, P. H. Análise da estrutura, conduta e desempenho da indústria processadora de soja no Brasil no período de 2003 a 2010. *Revista de Economia e Sociologia Rural*, vol.51 no.1, p. 161-182, 2013.

TONON, D. H.; RANGEL, R. R.; ROSINI, M.; SANTOS, F. A. Ensaio sobre Governança por mix de coordenação como solução de restrições de Mercado. *Refas: Revista Fatec Sul*, v. 2, p. 47-61, 2016.

TRAIN, K. *Optimal Regulation, The Economic Theory of Natural Monopoly*, The MIT Press, 1995.

USA. Department of Justice. *Merger Guidelines, 1982*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>>. Acesso em 12/02/2017.

USA. Department of Justice. *Merger Guidelines 1984*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11249.pdf>>. Acesso em 21/02/2017.

USA. Federal Trade Commission (FTC). *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/mergerreview/100819hmg.pdf>>. Acesso em 12/02/2017.

ZAWISLAK, P. A. Strengthening Innovation in Developing Countries. *Journal of Technology Management And Innovation*, v. 2, p. 44-54, 2007.