

01

2013 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Análise do mercado relevante dos cartões de pagamento

Samuel Fernando Hübler dos Santos¹

RESUMO

Aborda-se, primeiramente, o instrumental teórico de compreensão do funcionamento do mercado de cartões de pagamento, um mercado de dois lados. E o de análise do mercado relevante, de forma geral e em suas três dimensões. Para então através de método analítico-indutivo, analisar o complexo mercado relevante dos cartões de pagamento e buscar um enfoque de análise adequado para a política concorrencial.

Palavras-chave: mercado relevante; mercado de duas pontas; cartões de pagamento; política antitruste.

JEL: G28; K21; L40.

ABSTRACT

The study focuses, at first, on the theoretical tools for the understanding of the payment card market's functioning, a two-sided market. And it focuses on the analysis of the relevant market, in a wide manner and in its three dimensions. Hence through the analytic induction method, it undertakes the analysis of the puzzling relevant market of payment cards and looks for an appropriated focus for the antitrust policy analysis.

Keywords: relevant market; two-sided market; payment cards; antitrust policy.

¹Acadêmico do 5.º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

1. Introdução. 2. Meios de pagamento. 3. Teoria geral na definição de mercado relevante. 3.1. Dimensão do produto. 3.2. Dimensão geográfica. 3.3. Dimensão temporal. 4. A política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento. 5. Conclusões.

1. Introdução

A definição do mercado relevante é condição *sine qua non* da análise antitruste que, dentro de um contexto, delimita um âmbito para o escrutínio e perquirição de atos relativos à política da concorrência. É conceito aliado aos de poder e participação de mercado, a partir dos quais conclusões basilares são inferidas sobre o mercado. O conceito de mercado relevante difere daquele usualmente utilizado por uma empresa para referir-se à área de venda de seus produtos ou ao setor de atividade ao qual pertence², por não pretender plasmar um quadro da situação, e sim por servir de instrumento em processo maior de avaliação de um quadro no qual há competição entre empresas.

Primeiramente explicaremos a estrutura básica de funcionamento dos cartões de pagamento, a relação portador, emissor, proprietário do esquema, credenciador e estabelecimento. Após isso, trataremos da definição de mercados relevantes olhando de forma rápida para os enfoques utilizados nos Estados Unidos, Europa e Brasil; olharemos separadamente para as três dimensões do mercado relevante: do produto, geográfica e temporal, tentando melhor ilustrá-las com casos reais; vez que essas noções gerais de definição de mercado relevante serão imprescindíveis para proceder à uma abordagem adequada da temática.

Assim, com o instrumental teórico necessário, analisaremos a política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento.

2. Cartões de pagamento

Os cartões de pagamento possuem uma estrutura de funcionamento que é chamada *mercado de dois lados* (M2L). Esse tipo de mercado possui duas principais peculiaridades:

² COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03).

a) Dois grupos distintos de participantes³

Cada grupo está em um lado do mercado e o interesse de cada um na rede está diretamente relacionado com o número de participantes do outro lado, por isso são necessários incentivos, geralmente diferenciados, para fomentar a entrada de participantes em cada lado do mercado⁴. Assim é comum a assimetria de preços e o lado com menor elasticidade ao preço contribui para a geração da maior parte das receitas.

b) Externalidades positivas de rede

O valor da rede ou do serviço cresce com o aumento do número de participantes da rede. Dessa externalidade resulta outra, que é a consequente economia de escala proporcionada pelo aumento da demanda⁵. E como há interdependência entre os dois lados de um M2L, o valor total da rede para um dos lados aumenta de acordo com o número de participantes do outro lado.

Mais especificamente, dentro das indústrias que estão organizadas como M2L os cartões de pagamento possuem estrutura e componentes peculiares. Geralmente o mercado de cartões de pagamento está estruturado em uma plataforma de três ou quatro partes⁶. Na primeira, o emissor e o credenciador são a mesma entidade, enquanto que, na segunda, são entidades diferentes. Para compreender melhor a estrutura de um M2L e permitir uma análise com mais detalhes, será explicado o esquema de uma plataforma de quatro partes. Os participantes de destaque no mercado de pagamentos são, de acordo com os conceitos expostos no Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos (Bacen, SDE, SEA)⁷ e no trabalho “*Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry*”⁸:

Emissor – geralmente um banco, é a entidade da plataforma que fornece o cartão ao portador. Relaciona-se diretamente com ele quanto “à *habilitação, identificação e*

³ Há a possibilidade de mercados com mais de dois lados.

⁴ EVANS, David S., *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. 2002, p. 2 (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

⁵ PRIEST, George L., *Rethinking Antitrust Law in an Age of Network Industries* (2007). Yale Law & Economics Research Paper No. 352, p. 04. (42 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso em 10/12/2012.

⁶ Para uma breve descrição do mercado de dois lados na indústria de cartões de pagamento ver Ato de concentração 08012.000332/2011-28, Relator Conselheiro Alessandro Octaviani Luis, 07/12/2011, p. 17 -18. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/t214201314172566.pdf>. Acesso em 21/04/2013.

⁷ BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23 – 24. (297 p.).

⁸ AKERS, Douglas, GOLTER, Jay, LAMM, Brian, and SOLT, Martha. *Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry*. 2005, p. 5 – 7. Disponível em <http://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>. Acesso em 21/04/2013.

autorização, à liberação de limite de crédito ou saldo em conta corrente, à fixação de encargos financeiros, à cobrança de fatura e à definição de programas de benefícios”⁹;

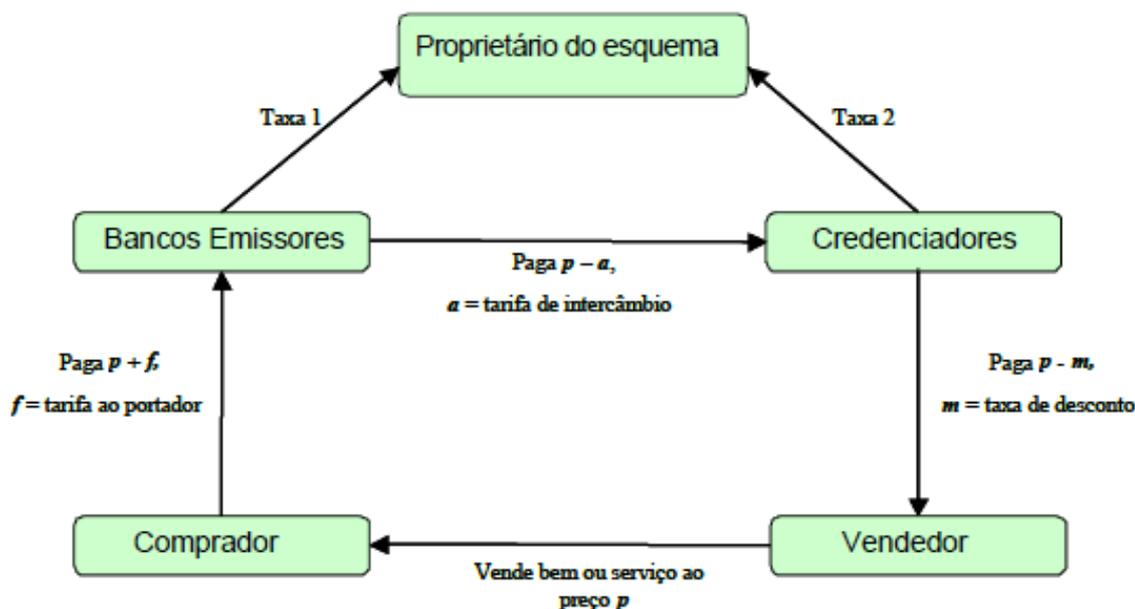
Credenciador – liga o estabelecimento ao esquema do cartão de pagamento atuando no tráfego de informações de preço, liberação de pagamento e realiza o pagamento ao estabelecimento;

Proprietário do esquema (bandeira) – é a empresa que detém a marca (v.g. Visa, MasterCard, American Express). Tem as funções de promover a marca, estabelecer a estrutura das taxas de intercâmbio, alocar a renda entre os participantes da transação, impor regras para a oferta de cartões, compensar e liquidar transações e estabelecer regras e padrões para a rede;

Portador (comprador) – titular do cartão de pagamento, realiza a compra de bens ou serviços;

Estabelecimento (vendedor) – comerciante ou prestador de serviço que realiza a venda de produtos ou serviços e aceita o pagamento através do esquema de cartões de pagamento.

Abaixo um esquema do mercado de cartões de pagamento com quatro partes:



Fonte: Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos¹⁰.

Quando o portador do cartão paga um determinado produto ou serviço, aquele que vendeu o produto ou serviço recebe do credenciador o preço do produto (“p”) menos a taxa de desconto (“m”), (p-m), sendo a taxa de desconto a remuneração do credenciador. O emissor

⁹ Vide nota 06. Conceito exposto em BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23 – 24. (297 p.).

¹⁰ BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 23. (297 p.).

paga ao credenciador o valor (p-a), no qual “a” é a tarifa de intercâmbio, que o credenciador paga para o emissor. O emissor recebe do portador (p+f), “f” é a tarifa ao portador. Há ainda a taxa paga para o proprietário do esquema a cada transação, é usual que tanto o emissor como o credenciador paguem.

Descrita a estrutura de funcionamento do setor de cartões de pagamento, em seguida serão expostos conceitos e técnicas de definição do mercado relevante. A fim de identificar as ferramentas que melhor se adéquam à política concorrencial brasileira para proceder à definição do mercado relevante dos cartões de pagamento.

3. Teoria geral na definição de mercado relevante

A análise e definição de um mercado relevante em específico, tal como se propõe no presente estudo, não pode olvidar-se das teorias e técnicas que servirão de base ao trabalho.

Com isso em vista, abordar-se-á a teoria geral de mercado relevante, com análise comparada entre as políticas de definição de mercado das autoridades concorrenciais norte-americana, europeia e brasileira. Ainda, na busca da melhor compreensão do assunto, serão realizados estudos de caso ao analisar as dimensões do produto, geográfica e temporal.

O conceito de mercado relevante tem função instrumental, daí pode-se dizer que é um meio para um fim e não um fim e si mesmo. O fim perseguido está atrelado ao pensamento da política antitruste e por isso vemos critérios fundamentais diferentes para o mercado relevante nos Estados Unidos e na União Européia, os quais têm concepções concorrências díspares. As peculiaridades da análise do mercado relevante no Brasil serão abordadas com vagar mais adiante.

As *Horizontal Merger Guideline*¹¹ dos Estados Unidos valem-se principalmente do método do monopolista hipotético, ou *SSNIP test*, na definição do mercado relevante. De acordo com o teste, o mercado é definido como o menor grupo de produtos produzidos ou vendidos na menor área geográfica na qual um monopolista hipotético do mercado pudesse, em caso de preços não regulados, impor um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preços (*Small, but Significant, Non-transitory, Increase in Price – SSNIP*) de forma lucrativa – usualmente considera-se uma elevação de 5 a 10% – mantido tudo o mais constante.

¹¹ U.S. DEP'T OF JUSTICE & FED. TRADE COMM'N, HORIZONTAL MERGER GUIDELINES 4 (1992) available at <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg.pdf>.

Porém, esse método parte da análise de que um mercado é sempre algo que vale a pena monopolizar; foca-se nos consumidores e produtores marginais e não analisa os efeitos para todos eles, apenas para aqueles que agiriam com mudança ou início de produção de forma a tornar o aumento de preço não rentável; exige que se desconsidere a substituição pelo lado da demanda e da oferta; e pode levar à famosa falácia do celofane^{12 13}. Para ser literalmente aplicado, o teste requereria uma quantidade de dados que raramente está a disposição em casos concorrenciais¹⁴.

Já a delimitação do mercado relevante na União Europeia tem função de política pública e foca-se nas relações concorrenciais. Diz-se isso pois, considera a definição de mercado relevante uma ferramenta para identificar e definir os limites de competição entre empresas, bem como tem por objetivo principal a identificação sistemática das pressões competitivas enfrentadas por estas. Para, após delimitado o mercado nas dimensões geográficas e do produto, analisar os efetivos competidores do mercado e evitar que eles ajam independentemente de pressão competitiva significativa¹⁵.

Assim, considera o mercado relevante como bens ou serviços de uma área específica que durante um determinado período de tempo exercem significativa pressão competitiva um sobre o outro. Fica claro, então, o enfoque nas relações concorrenciais bem mais do que no

¹² HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Thomson/West, 2005, p. 104 – 105. (841 p.).

¹³ “Judges have often misused the concept of cross-elasticity of demand because they have not understood its limitations. Markets can than be defined too broadly. In the *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co.* (351 U.S. 377, 76 S.Ct 994/1956) the defendant was alleged to have monopolized the market for cellophane. du Pont produced about 75% of the cellophane sold in the United States. du Pont argued that the relevant market was not cellophane, but ‘flexible packing materials,’ which included not only cellophane but also aluminum foil, glassine, pliofilm, greaseproof paper and waxed paper...” a questão é que havia consideráveis diferenças de preços entre os substitutos e diferentes utilização dos mesmos em relação ao valor do produto acondicionado, o que mostrou existir alta elasticidade preço cruzada entre celofane e outros produtos de acondicionamento, entretanto, “The supreme Court concluded that the relevant market must include products that have reasonable interchangeability for the purposes for which they are produced. That was the entire market for flexible packing material.” HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. Third Edition. Thomson/West, 2005. (841) p. 104 – 105.

¹⁴ “The SSNIP test can perhaps best be regarded as a conceptual foundation for market definition. Product characteristics, prices and intended use may serve as practical proxy in defining the product market, and the divergence in prices, local preferences and the conditions of competition may similarly serve as a proxy in defining the geographic market.” Bellamy & Child - *European Community law of competition*. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008 (1679 pags) p.250

¹⁵ COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03). Disponível em

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT)

“Market definition is a tool to identify and define the boundaries of competition between firms. It serves to establish the framework within which competition policy is applied by the Commission. The main purpose of market definition is to identify in a systematic way the competitive constraints that the undertakings involved face. The objective of defining a market in both its product and geographic dimension is to identify those actual competitors of the undertakings involved that are capable of constraining those undertakings' behavior and of preventing them from behaving independently of effective competitive pressure.”

poder de mercado. A definição europeia de mercado relevante, ao estar sempre acompanhada de escolhas e planos políticos, tem a vantagem de não ser sempre fixa a ponto de criar delimitações de mercado rígidas e errôneas em nome da utilização incondicionada de um método técnico, mas, por outro lado, está sujeita a delimitar mercados muito diferentes entre períodos de tempo em razão de uma variação na política concorrencial e cria insegurança para as empresas.

O Brasil alinha-se à concepção norte americana de definição do mercado relevante através do teste do “monopolista hipotético”, como menciona o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal anexo à Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001 quando fala de definição (parágrafo 29) e procedimento (parágrafo 30)¹⁶. Utiliza-se, também, mais de um recorte na delimitação, como mencionado por Lucia Helena Salgado¹⁷, ao falar sobre o ato de concentração (AC) de aquisição do Laboratório Sidney Ross da Sterling pela Smithkline Beechman¹⁸, com uma abordagem a partir das classes terapêuticas e outra do mercado ético e o de venda livre, pois o padrão de concorrência afeta o exercício do poder de mercado. Mencionados os enfoques adotados na definição de mercado relevante nos três principais locais de interesse para essa análise, é preciso ter uma noção do processo de delimitação do mercado relevante.

Embora cientes de que esta lista não é exaustiva e de que cada caso tem suas peculiaridades, sugerem Bellamy e Child¹⁹ considerar os seguintes pontos na definição do mercado relevante: 1. Características objetivas do produto; 2. Substitutibilidade ou permutabilidade dos produtos; 3. Condições de competição; 4. Estrutura de oferta e demanda; 5. Atitudes (e preferências) dos consumidores e usuários.

Tratam também da questão da substitutibilidade influenciada pela pressão concorrencial que é de três tipos, a) substituição pelo lado da demanda (*demand-side*) por produtos substitutos com a mesma estrutura de custos e que atendam aos mesmos gostos dos consumidores. Para que um número considerável de consumidores em reação ao preço de um

¹⁶ “Definição. O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do “monopolista hipotético”, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.” Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001, página 9 www.seae.fazenda.gov.br/central.../guias/portconjseae-sde.pdf

¹⁷ SALGADO LUCIA, HELENA. - “O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE”, in Revista de Direito Econômico nº 26, Brasília: Setembro/Dezembro de 1997.

¹⁸ AC 22/94.

¹⁹ BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008, p. 247. (1679 p.).

produto A redirecionem seu consumo para um produto B em reação a um aumento relevante de preço - critério hierarquicamente superior aos dois seguintes; b) pelo lado da oferta (*supply-side*) com o aumento de produção dos agentes que já atuam no mercado com reação direta e imediata e c) a possível entrada de novos produtores (*potencial competition*), que, apesar de não influenciar a análise de mercado relevante, tem importância para a avaliação global da competição.

É imprescindível analisar três dimensões na definição de mercado, a do produto, a geográfica e a temporal. Há riscos nessa definição, o risco material de erro, e o risco de ser muito restrita (e incluir sob as restrições antitruste fornecedores que não apresentam práticas que ameaçam os consumidores) ou muito ampla (definindo um baixo padrão de obrigações legais de concorrência e aumentando a possibilidade de dano ao consumidor). Elas não devem ser pensadas como formas de se criar uma cerca que definirá exatamente qual é *o mercado* em questão, pois como diz David S. Evans²⁰ há que se falar no *mercado antitruste relevante*, pois *o mercado* varia dependendo do ponto de referência a partir do qual é considerado e a pressão concorrencial e substitutibilidade²¹ podem variar de caso para caso, assim, é normal que haja uma definição de mercado diferente para produtos que são similares.

3.1. Dimensão do produto²²

O mercado relevante do produto ou serviço inclui os produtos ou serviços (“produto”) que são substitutos entre si ou que são intercambiáveis quanto às características objetivas do produto – na satisfação das necessidades dos consumidores – e também no tocante às questões competitivas e/ou estruturas de oferta e demanda no mercado em questão.

Substituição pelo lado da demanda

Determinada pela *disposição* dos consumidores de redirecionar seu consumo quando o produto em questão começa a apresentar desvantagens (aumento de preço, perda de qualidade

²⁰ EVANS, David S., *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*. 2002, p. 07 (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

²¹ “In fact, the purpose of market definition is to identify substitutes that are relevant for evaluating the competitive constraints on the party at issue. The collection of these demand (and possibly supply)-side substitutes is called *the market* for the case at hand.” Evans, David S., *Lightening Up Market Definition* (May 1, 2010). RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Einer Elhauge, ed., New York: Edward Elgar, 2010, p.7. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1599270>

²² Em nenhuma dimensão será analisada a substitutibilidade e pressão competitiva em relação a competidores estrangeiros pela característica do mercado de meios de pagamento de apresentar consideráveis barreiras para substituição ou entrada imediata ou rápida de produtos ou fornecedores estrangeiros.

e inovação, redução de benefícios correlatos ao consumo do bem, etc). As características de um produto não bastam para a definição de mercado relevante, é preciso analisar os custos de mudança, preferências de marca, preferências de outros consumidores, satisfação de necessidades individuais ou de grupos, benefícios amarrados ao consumo do bem, dentre outras variáveis, e dessa forma produtos com características similares, sem embargo, ficar em mercados separados.

Papel fundamental tem a avaliação da elasticidade-cruzada da demanda e deve ser considerada quando os preços praticados pelos agentes econômicos são competitivos. Quando ela for muito alta, os produtos em análise devem ser incluídos no mesmo mercado.

Substituição pelo lado da oferta

Geralmente possui papel secundário em relação à substituição pelo lado da demanda. Representa a entrada no mercado relevante de um produtor ou ofertante que redireciona sua oferta ou começa a fornecer o produto em um curto período de tempo e sem incorrer em significantes custos adicionais ou riscos. Para distinguir entre substituição pelo lado da demanda e competição potencial – a qual não interfere na definição do mercado relevante – é preciso saber se a pressão competitiva é imediata ou não. São custos relevantes para esse tipo de substituição, a mudança de equipamentos, treino de equipe, custos de publicidade e distribuição, e também os custos de oportunidade. Vale lembrar que para cada tipo de mercado, conexos, de marca, e tecnológicos, existem critérios diferentes de análise, o mercado de meios de pagamento também possui sua especificidade que será vista em item *infra*.

Caso

Na operação na qual o Grupo Coca-Cola (Coca-Cola), por intermédio da Recofarma Indústria do Amazonas Ltda. (Recofarma) detida pela Coca-Cola, adquiriu a totalidade do capital social da Leão Junior S.A. (Leão)²³, houve posições divergentes e controvérsias na delimitação do mercado relevante na dimensão do produto. As próprias requerentes se contradisseram nas definições que fizeram e grande parte da discussão da questão ficou em torno do mercado relevante. Por um lado, verificou-se a Coca-Cola ofertando no Brasil refrigerantes, águas, energéticos, sucos e chás prontos para beber (estes através da *joint*

²³ Ato de concentração nº 08012.001383/2007-91.

venture entre Coca-Cola e Nestlé – BPW); e adotando como principal estratégia de mercado a diferenciação de produtos, tanto horizontal (diversidade de produtos) como vertical (construção de uma marca forte). Enquanto, por outro lado, a Leão atuava nas áreas de chás prontos para beber e na linha seca de chás²⁴; também investindo na diferenciação de sua marca²⁵.

Identificou-se pequena concentração horizontal no mercado nacional de chás prontos para beber²⁶. No levantamento de dados para análise das opções de substituição dos produtos, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) solicitou informações das requerentes, das concorrentes (Ilex, Jandaia, Pepsi, Viton 44, Wow) e da empresa Nielsen de consultoria especializada. Sem a pretensão de expor todos os detalhes do caso, mas apenas para ilustrar, a SEAE decidiu manter no mesmo mercado do produto do lado da oferta os produtos chá mate, chá preto e guaraná não gaseificado, quanto à possibilidade de começar a produzir ou redirecionar a produção por concluir que não há obstáculos relevantes na realocação de máquinas e estrutura para a produção desses produtos. Entretanto, entraram outros critérios na delimitação desse mercado, como a grande diferenciação de marca e canais de distribuição que alteraram a definição do mercado relevante do produto. Na substitutibilidade de guaracopos, o fator relevante foi o preço das embalagens, considerado como o determinante do preço final do produto.

Citados esse critérios, o que se evidencia é que para análise do mercado relevante são necessárias informações de múltiplas fontes e mesclar diversos critérios que, apenas se confrontados, levam a um quadro do mercado relevante.

3.2. Dimensão geográfica

O mercado relevante geográfico é a área na qual as a) empresas estão envolvidas na oferta e demanda de produtos, b) atuando sob condições de competição suficientemente

²⁴ Possui outras áreas de atuação como “(i) exploração de atividade agrícola e pastoril; (ii) extração mineral; (iii) exploração de florestamento e reflorestamento; (iv) lavra e comercialização de minérios e (v) produção e comercialização de produtos aromáticos do mate, bases e emulsões para bebidas não-alcoólicas” (cf. consta do relatório do nº 08012.001383/2007-91, de lavra do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000436451027.pdf, acesso em 21/04/2013), entretanto apenas aquelas duas áreas possuem relevância para análise do ato de concentração.

²⁵ Cf. voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Jagazzo. Disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000583091180.pdf, acesso em 21/04/2013.

²⁶ Considerou-se também um mercado regional de chás prontos para beber na Grande Rio de Janeiro devido às preferências peculiares dos consumidores da região e costume histórico maior de consumo do chá no local.

homogêneas e na qual c) as condições de competição são consideravelmente diferentes das áreas vizinhas.

Substituição pelo lado da demanda²⁷

Determinada pela *possibilidade* e *viabilidade* dos consumidores redirecionarem seu consumo quando o produto em questão começa a apresentar desvantagens (aumento de preço, perda de qualidade e inovação, redução de benefícios correlatos ao consumo do bem, etc). Os custos e tempo de transporte e logística envolvidos nele são fatores que por vezes inviabilizam um maior mercado geográfico; o preço pode determinar a amplitude do mercado, visto que quanto maior o preço, geralmente maior o mercado, visto que os consumidores teriam a disposição de viajar mais longe para encontrar um fornecedor mais barato. Preferências nacionais e culturais, padrões de compra, fluxos de comércio.

Substituição pelo lado da oferta

Representa a entrada no mercado relevante de um produtor ou ofertante que redireciona sua oferta ou começa a fornecer o produto em um curto período de tempo e sem incorrem em significantes custos adicionais ou riscos. Esses produtores podem estar próximos do produtor em questão e dentro da área de consumo do produtor, bem como podem estar produzindo longe do produtor em questão e fora da área de consumo do produto. São alguns dos fatores que interferem na delimitação do mercado geográfico relevante pelo lado da oferta o tempo e custo de transporte, fluxos de comércio, regulação de mercado e barreiras à entrada²⁸.

Caso

Um caso que envolveu um minucioso trabalho de definição do mercado relevante foi o ato de concentração entre Nestlé Brasil Ltda (Nestlé) e Chocolates Garoto S.A.²⁹ (Garoto) que implicou numa concentração horizontal, no qual a primeira passou a deter a totalidade do capital social da segunda. O caso foi submetido à análise do CADE que, por sua vez,

²⁷ São citados critérios gerais de análise, não restritos ao mercado em questão deste trabalho.

²⁸ POSNER, Richard. A. *Economic Analysis of Law*. Sixth Edition. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 305. (747 p.).

²⁹ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89.

determinou que Nestlé vendesse a Garoto a um concorrente que tivesse participação inferior a 20% no mercado relevante.³⁰

O parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF)³¹, “*identificou existência de concentração decorrente da operação de concentração na oferta dos seguintes produtos: cobertura de chocolate, chocolates sob todas as formas (tabletes, candy bars, snacks, bombons, caixa de bombons, ovos de páscoa e formatos variados), cacau em pó, chocolate em pó, balas e confeitos*”³². Quanto ao produto chocolate e em termos geográficos, a SEAE definiu o mercado como sendo nacional, não aceitando os argumentos das Requerentes de que o mesmo seria o Mercosul, pelos seguintes fatores: perecibilidade do produto, gosto do consumidor, alto custo associado ao seu transporte pela necessidade de transportar o produto em containeres refrigerados e quase inexistência de importação direta, ou seja, basicamente toda a importação de chocolate no Brasil é feita por intermédio de representantes comerciais.

Foram identificados dois tipos de fabricantes de chocolates: nacionais e regionais, entretanto constatou-se que os fabricantes regionais de chocolates não possuem capacidade produtiva para ofertar em escala nacional, bem como não possuem capacidade financeira para competir nesse âmbito e aumentar a oferta e rede de distribuição. Disso verifica-se que os fabricantes regionais de chocolate não competem com os fabricantes de âmbito nacional pelos significativos custos de expansão da capacidade de oferta, e ao excluí-los, evita-se uma diluição do poder de mercado das requerentes. Por fim, definiu-se o mercado geográfico de chocolates como sendo nacional.

3.3. Dimensão temporal³³

A dimensão temporal relaciona-se com o período no qual o mercado opera. Por exemplo, estações do ano que alteram a estrutura de produção, consumo, preços e comércio de certos alimentos – consumo de pinhão no inverno, preços mais altos de hortifrutigranjeiros no inverno; diferenciação de preços dos serviços ao longo do dia – taxis em bandeira 2 à noite, passagens de avião mais caras nos horários de pico.

³⁰ A Nestlé ajuizou perante o Poder Judiciário da decisão do CADE e, no momento presente, a ação encontra-se pendente de sentença judicial perante a 4ª Vara Federal de Brasília.

³¹ Disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000243891532.pdf. Acessado em 21/04/2013.

³² Conforme consta do item 1.6. do parecer da SDE ao se referir ao parecer da SEA no AC nº 08012.001697/2002-89, disponível em http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000054561224.pdf. Acessado em 21/04/2013.

³³ Na dimensão temporal não será feita, para efeitos práticos, análise da perspectiva da demanda e da oferta separadamente.

Vale citar um caso ocorrido na União Europeia em que um dos elementos na determinação do mercado relevante foi a periodicidade dos eventos. Foi caso de regulação de jogos de futebol na Europa, controlados pela *Union des Associations Européennes de Football* (UEFA)³⁴ em que foram discutidas regras restritivas de radiodifusão. A investigação da Comissão revelou a existência de provável mercado separado para a aquisição de direitos de radiodifusão de acontecimentos desportivos realizados com regularidade durante todo o ano, principalmente a primeira e a segunda divisões nacionais nos jogos do campeonato, na Liga dos Campeões UEFA e na Taça UEFA e outros eventos do mundo do futebol que não se realizam durante todo o ano, nem todo ano, como a Copa do Mundo.

4. A política concorrencial brasileira para a definição do mercado relevante dos cartões de pagamento

Com amparo nos conceitos e técnicas de definição do mercado relevante expostos acima é possível realizar a abordagem do peculiar mercado dos cartões de pagamento à luz da política concorrencial brasileira.

A despeito do desejo das empresas que atuam no mercado (*lato sensu*) de cartões de pagamento em uma definição de mercado relevante o mais ampla possível, como será visto mais adiante, o mercado relevante é, na verdade, muito estrito. O desejo de uma definição ampla vem do efeito de que em um grande mercado o *market share* seria diluído. Consequentemente menor seria a probabilidade de uma conduta ser relacionada ao exercício de poder de mercado ou de um ato de concentração ser impedido ou sofrer graves restrições por implicar em um alto *market share*. Efeitos dessa delimitação foram vistos no caso Visa/Visanet³⁵:

“A conclusão acerca da existência de poder de mercado em favor de VISA e VISANET deu-se após ser descartada a hipótese de que outros meios de pagamento, como dinheiro e cheque, integrassem o mesmo mercado relevante do negócio de cartões de pagamento.”

Na hora de se aplicar o teste do monopolista hipotético em um M2L, como o em questão, surge a indagação de que preço ou taxa deve ser tomado como referência para o pequeno, mas significativo e não transitório, aumento de preço. Quase na totalidade dos M2L

³⁴ Decisão da comissão, de 19 de Abril de 2001, sobre o processo n.º 37.576 — Regulamento de Transmissões da UEFA. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001D0478:PT:HTML>

³⁵ Recurso voluntário n.º 08700.003097/2009-73 e recurso voluntário n.º 08700.003085/2009-49.

há um preço abaixo do custo marginal, ou até mesmo negativo, em uma das pontas e na outra um preço mais elevado para compensar o valor cobrado da outra ponta, isso em decorrência da diferença da elasticidade preço em cada lado e da necessidade de incentivos diferenciados em cada lado para atingir um nível ótimo de participantes.

Emch e Thompson³⁶ consideram não ser apropriado aplicar o teste *SSNIP* diretamente a uma única e específica taxa da rede, pois um monopolista hipotético para maximizar seus lucros aplicaria a taxa com a intenção de maximizar a demanda em ambos os lados da rede. Como também, vem a reforçar o argumento, o fato de que a taxa de intercâmbio é balanceada de um lado do mercado para outro, quando está alta em um dos lados, necessariamente estará baixa no outro. Efeito lógico disso é que o teste *SSNIP* não deve considerar apenas a taxa de desconto ou a tarifa ao portador, mas ambas, pois há interdependência entre os lados da rede. Entretanto, expõe Tosza³⁷, uma decisão da Comissão Europeia sobre um caso MasterCard deu relevância para as características do produto e padrões de mudanças do passado ao invés de confiar apenas no teste *SSNIP*³⁸.

Deve-se considerar mais fatores na substitutibilidade dos produtos além de preço de utilização e finalidade, que seria realizar pagamento. Os cartões de pagamento apresentam maior praticidade e segurança em relação ao pagamento em dinheiro e cheque tanto para os portadores como para os estabelecimentos. Para os portadores, os cartões apresentam preço geralmente abaixo do custo marginal ou até mesmo negativo, enquanto nos cheques existe cobrança de utilização em um pacote de serviços ou por folha (a partir da 11ª), nos saques de dinheiro geralmente há alguma espécie de tarifa além do risco de roubo ou furto, boletos tem custos de emissão que podem ser cobrados do consumidor, existem vários outros meios de pagamento que também são mais onerosos para o consumidor que os cartões, mas a intenção aqui é apenas exemplificar. Para os estabelecimentos, proporcionam maior segurança por não resultarem em acúmulo de dinheiro em espécie ou títulos de pagamento no local, mais ágil e preciso controle do fluxo de caixa, de recebimento e pelo fato de os cartões oferecerem comodidade para os consumidores, os estabelecimentos que os aceitam têm vantagem sobre os demais. Com a facilidade de pagamento, os consumidores tendem a gastar mais no estabelecimento do vendedor³⁹. Os estabelecimentos arcam, além da taxa de desconto, com

³⁶ EMECH, Eric and Thompson, T. Scott. Market Definition and Market Power in Payment Card Network. (September, 2005), p. 06 (28 p.).

³⁷ TOSZA, Katarzyna. Payment Card Systems as an Example of two-sided Markets - a Challenge for Antitrust Authorities. 2009, p. 136. Disponível em <http://mpa.ub.uni-muenchen.de/23822>. Acesso em 10/12/2012

³⁸ Commission decision of 19.12.2007, par. 287.

³⁹ “Submission by Visa Inc. Regarding the Payment System Board of the Reserve Bank of Australia’s Assessment in the Preliminary Conclusions of The 2007/08 Review traz que “A behavioral study by economists

aluguel de equipamento e com o custo de oportunidade do dinheiro no tempo, 30 dias para compras com cartões de crédito e 02 nas de débito. Resulta que apesar da mesma finalidade uma variação de preços nas medidas do teste do monopolista hipotético não estimularia a substituição dos cartões por outros meios de pagamento, o que os coloca em mercados relevantes distintos.

Em uma análise⁴⁰, entre os tipos de cartões considerados no estudo⁴¹, de crédito e de débito, percebe-se que devido às suas características eles estão em mercados relevantes diversos. Essa observação leva em conta que os cartões de crédito oferecem parcelamento de débitos, linhas de crédito e programas de fidelidade com recompensas pela utilização contínua, a emissão do cartão bem como de seu limite de crédito estão sujeitas à aprovação por parte do emissor. Enquanto que os cartões de débito não oferecem nenhuma dessas vantagens, apenas o pagamento eletrônico e taxas geralmente menores, e são fornecidos a qualquer correntista. Ainda mais, mesmo com as diferenças de custo do dinheiro no tempo e taxas, os estabelecimentos aceitam os dois tipos de cartões. Desse modo, outros meio de pagamento, crédito e débito encontram-se em mercados relevantes separados.

A dimensão geográfica é considerada como nacional para ambas as modalidades em exame de cartões. Defini-la não suscita grandes controvérsias, pois existem significativas barreiras para a internacionalização do serviço. Isso pelas seguintes razões:

a) Para o portador, muitas vezes existem restrições contratuais que exijam que o portador resida no território em que a empresa está sediada, e também estar nessa mesma área representa comodidade ao consumidor. Apesar de ser diferencial a possibilidade de compras no exterior, a compra no território nacional é a regra e a rede de aceitação dentro do país tem primordial importância.

b) Para o estabelecimento, há dificuldades de infra estrutura. Igualmente para os consumidores, as compras por nacionais dentro do território do país constitui a regra, então a base de cartões tem enorme valor.

c) Outras barreiras. Limitação territorial para emissores e credenciadores impostas pelas bandeiras, estratégias de negócios diferenciadas para cada país e concorrentes estrangeiros que queiram vir atuar no Brasil encontrarão significativas barreiras.

at the Sloan School of Business at the Massachusetts Institute of Technology found that customer willingness to pay may increase by as much as 100% when consumers use credit cards instead of cash.”

⁴⁰ Essas e outras informações subsequentes provém do já mencionado relatório BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010.

⁴¹ Não estão sendo considerados os cartões *private label*, de saque e os prépagos.

Na dimensão do produto é preciso realizar análise separada para os dois tipos e cartões. Quanto ao cartão de débito os emissores geralmente não tarifam o portador pela sua utilização e não se pode tarifar sua emissão⁴². Os bancos comumente ao fornecer o cartão dão a opção de se escolher entre umas das duas bandeiras, estando o cartão relacionado a uma cesta de produtos utilizada pelo correntista^{43 44}, e ao contrário do que diz o supramencionado relatório, o mercado relevante deve ser analisado no lado da emissão considerando-se a cesta de produtos com a qual o cartão é fornecido. A quebra de monopólio no credenciamento dos estabelecimentos leva a uma competição entre credenciadores e a questão do mercado relevante segue a mesma argumentação do mercado relevante de bandeiras nos cartões de crédito.

Nos cartões de crédito consideraremos separadamente o lado dos credenciadores e o lado dos emissores. No mercado de credenciamento, o relatório conjunto BACEN, SDE e SEAE⁴⁵, analisou o credenciamento do produto de crédito pelas duas bandeiras com maior participação de mercado, Visa e MasterCard. O credenciamento do produto de crédito de cada bandeira foi considerado o substituto mais próximo da outra, porém não se verificou substitutibilidade efetiva entre esses produtos. De acordo com o relatório, 95% dos estabelecimentos que participaram da pesquisa utilizada em sua elaboração aceitam mais de uma bandeira e na maioria dos casos as duas aceitas são Visa e MasterCard. Pela dupla aceitação inferiu-se que essas bandeiras não são substitutas, mas complementares, e o credenciamento de cada uma delas seria um mercado relevante.

Essa visão apresenta falhas, pois se analisou separadamente o lado do credenciador e do emissor. Deve-se assumir que os estabelecimentos agem racionalmente e que em M2L existe a questão do “ovo e da galinha”⁴⁶. Com isso em mente, seria lógico que os estabelecimentos optassem por reduzir seus custos no pagamento de taxas ao credenciador.

⁴² Resolução nº 3.518 do Conselho Monetário Nacional proibiu a cobrança de tarifas pelo fornecimento desses cartões.

⁴³ Voto proferido no ato de concentração 08012.000810/2009-85. Banco do Brasil S.A. e Banco Votorantim S.A. Relator Conselheiro Olavo Zago Chinaglia. “Quanto à dimensão produto, tem-se hoje que os bancos tendem a atuar de forma cada vez mais abrangente e diversificada, oferecendo aos seus clientes um amplo portfólio de produtos e serviços, que incluem recebimento de depósitos, concessão de crédito, gestão de recursos de terceiros, operação de planos de previdência privada, prestação de serviços de exportação, emissão de cartões de pagamento, vendas e corretagem de seguros, dentre vários outros que poderiam ser citados.” p. 3-4.

⁴⁴ Propõem-se que o mercado relevante seria o das cestas de produtos oferecidas pelos bancos, sem considerar a bandeira.

⁴⁵ BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 81 – 83.

⁴⁶ EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002, p. 88. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

Com a quebra do monopólio de credenciadores sobre bandeiras⁴⁷ existe concorrência entre as entidades que credenciam. Já a concorrência entre as bandeiras nessa ponta do mercado é mais hipotética do que real, e a análise do mercado relevante para fins de política antitruste deve voltar-se para o lado dos emissores e a relação destes com o consumidor. Porque a não ser que um percentual crítico de consumidores optasse por uma única bandeira, não seria economicamente viável para os estabelecimentos fazerem essa escolha (questão do “ovo e da galinha”). No plano prático, apesar de ter a mesma finalidade, estrutura e, muitas vezes, os mesmo usuários as bandeiras não são substitutas (uma ou outra), nem complementares (uma e outra), mas produtos distintos da perspectiva dessa ponta do mercado (é preferível possuir as duas mas não há a necessidade ou a relação direta de complementaridade que implique em uma e outra)⁴⁸.

No mercado de emissão, o mesmo relatório, na busca dos possíveis substitutos que pertenceriam ao mesmo mercado que o produto oferta de cartão de crédito por uma dessas duas bandeiras observou que “os resultados apontaram para a troca do banco emissor dentro do mesmo esquema e não para a troca de bandeira”⁴⁹. Concluindo, por fim, que existem mercados relevantes diferentes para os emissores de cada uma dessas bandeiras⁵⁰.

Os bancos, comumente, oferecem tarifas iguais ao ofertarem as bandeiras Visa e MasterCard. São as proprietárias do esquema que definem as taxas de intercâmbio e que negociam preços na relação emissor-proprietário. Os emissores, por sua vez, definem a tarifa ao portador. Quando ocorre relação de substitutibilidade, como menciona o relatório e com o qual concordamos, ela nesse lado do mercado não ocorre entre as bandeiras, mas entre emissores. Destarte, mesmo que um emissor ofereça cartões das duas bandeiras, há dois mercados relevantes diferentes, o da função de emissão de cartões Visa e o da função de emissão de cartões MasterCard. Para efeitos de análise da política antitruste, são esses dois mercados relevantes (emissores Visa e emissores MasterCard) que devem receber a maior atenção. Já que no M2L há *feedback* do efeitos de um ato em um lado, no outro, e que o lado do portador é o que tem a maior elasticidade-preço da demanda é essa ponta que mais influencia o mercado.

⁴⁷ Ver: recurso voluntário nº 08700.003097/2009-73 e recurso voluntário nº 08700.003085/2009-49. Caso Visa/Visanet.

⁴⁸ Adota-se posicionamento contrário ao Relatório Sobre a Indústria de Cartões de Pagamento quanto ao argumento da complementaridade.

⁴⁹ BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010, p. 81.

⁵⁰ Não serão considerados os cartões que operam em plataformas de três partes, pela sua baixa participação no mercado.

5. Conclusões

Como é lembrado por Bellamy e Child⁵¹, a definição de um mercado relevante pode mudar ao longo do tempo, por modificações nas condutas ou estruturas do setor. Por isso a cada caso que surge é necessário avaliar novamente o mercado relevante. A questão reside muito mais na proposição de enfoques de análise diferentes.

Ao analisar um mercado de dois lados é imprescindível considerar a interdependência entre os dois lados. Os efeitos de um ato em um dos lados só são realmente compreendidos quando se tem em conta também os efeitos no outro lado e o *feedback* entre ambos⁵².

O presente trabalho considera os cartões de pagamento em mercado relevante diverso dos demais meios de pagamento. Insere os cartões de débito na cesta de produtos ofertada pelos bancos aos correntistas e propõe que seu mercado relevante do lado do portador seja compreendido em conjunto com os demais produtos da cesta. Quanto aos cartões de crédito do lado dos credenciadores e estabelecimentos (e o mesmo é válido para esse lado dos cartões de débito), entende que os credenciadores estão no mesmo mercado relevante e que as bandeiras por eles oferecidas, sem monopólio, estão em mercados diversos. Isso porque não seria racional os estabelecimento considerarem as bandeiras como substitutas e adotarem apenas uma, o que resultaria certamente em prejuízo. No lado dos emissores vê dois mercados relevantes distintos entre os emissores de cada bandeira, Visa e MasterCard.

Ainda, defende que o enfoque a ser dado pela política concorrencial ao analisar o mercado relevante de meios de pagamento deve ocorrer no lado emissor-portador, por ser o lado mais sensível à variações de tarifas e é o portador é a ponta que poderia desencadear efeitos que modificassem significativamente os dois lados. Por último vale lembrar a lição de Paula A. Forgioni⁵³ de que a definição de mercado relevante é instrumental e atende a objetivos da política econômica.

⁵¹ BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008, p. 253. (1679 p.).

⁵² EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002, p. 64. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou doi:10.2139/ssrn.332022. Acesso em 10/12/2012.

⁵³ FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2ed, 2.tir. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

6. Referências Bibliográficas

AKERS, Douglas, GOLTER, Jay, LAMM, Brian, and SOLT, Martha. Overview of Recent Developments in the Credit Card Industry. 2005. Disponível em <http://www.fdic.gov/bank/analytical/banking/2005nov/article2.pdf>. Acesso em 21/04/2013;

BACEN, SDE, SEAE. Relatório Sobre a Indústria de Pagamentos. 2010. (297 p.);

BELLAMY & CHILD - European Community law of competition. Sixth edition. New York: Oxford University Press 2008 (1679 p.);

COMMISSION NOTICE on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C372/03). Disponível em [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):EN:NOT). Acesso em 21/04/2013;

ECONOMIDES, Nicholas and White, Lawrence J., One-Way Networks, Two-Way Networks, Compatibility, and Public Policy (December 1994). EC-93-14. (26 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=6519>. Acesso em 21/04/2013;

EMECH, Eric and Thompson, T. Scott. Market Definition and Market Power in Payment Card Network. (September, 2005). (28 p.);

EVANS, David S., The Antitrust Economics of Two-Sided Markets. 2002. (89 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=332022> ou [doi:10.2139/ssrn.332022](https://doi.org/10.2139/ssrn.332022). Acesso em 21/04/2013;

_____. Lighetening Up Market Definition (May 1, 2010). RESEARCH HANDBOOK ON THE ECONOMICS OF ANTITRUST LAW, Einer Elhauge, ed., New York: Edward Elgar, 2010. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1599270>. Acesso em 21/04/2013;

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 2ed, 2.tir. ver e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005;

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice. Third Edition. Thomson/West, 2005. (841 p.);

POSNER, Richard. A. Economic Analysis of Lar. Sixth Edition. New York: Aspen Publishers, 2003. (747 p.);

PRIEST, George L., Rethinking Antitrust Law in an Age of Network Industries (2007). Yale Law & Economics Research Paper No. 352. (42 p.) Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1031166>. Acesso em 21/04/2013;

SALGADO LUCIA, HELENA. - "O CONCEITO DE MERCADO RELEVANTE", in Revista de Direito Econômico nº 26, Brasília: Setembro/Dezembro de 1997;

TOSZA, Katarzyna. Payment Card Systems as an Example of two-sided Markets - a Challenge for Antitrust Authorities. 2009. Disponível em <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/23822>. Acesso em 21/04/2013;

WHITE, Lawrence J., Market Definition and Market Power in Payment Card Networks: Some Comments and Considerations (January 1, 2006). Disponível em <http://ssrn.com/abstract=887506> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.887506>. Acesso em 21/04/2013.