

ASPECTOS ATUAIS DO MERCADO RELEVANTE

**Fernando de Oliveira Marques**

*Advogado;
Economista formado pelas faculdades
de Direito e Economia da PUC/SP;
Professor de Direito Econômico da
Faculdade de Direito da PUC/SP;
Autor da Cartilha do CADE e da Consolidação
das Legislações de Concorrência,
Consumidor, Regulação e Defesa
Comercial (Ed. Revista dos Tribunais);
Professor da Escola Superior de Advocacia (ESA)
da OAB/SP, do Centro de Extensão Universitária
(CEU) em São Paulo e do COGEAE - PUC/SP.
e-mails:
fernando.marques@cade.gov.br
fom.cade@uol.com.br*

A importância(1) de uma acurada definição do mercado relevante foi inserida na doutrina antitruste a partir da introdução do paradigma estrutura-conduta-desempenho e, ao contrário das várias proposições já revistas, a relevância do tema permanece intacta. Entretanto, se a necessidade de uma delimitação precisa das fronteiras do mercado relevante é inquestionável, também parece o ser a sua dificuldade e as controvérsias técnicas que a envolvem, ainda mais tratando-se de mercados de produtos diferenciados.

Nota:

(1) "The importance of concentration ratios in the administration of the antitrust law makes the definition of the market in which to compute the defendant's market share critical. Given enough flexibility in market definition, high concentration becomes ubiquitous and a surprising number of innocuous mergers can be made to appear dangerously monopolistic". BORK, Robert H. The Antitrust Paradox. New York : The Free Press, fl. 147.

Em linhas gerais, a definição do mercado relevante se dá em dois estágios: primeiro identifica-se a demanda, grupo de consumidores que devem receber a proteção legal; e então, o grupo de ofertantes que atendem ou poderiam atender a essa demanda(2).

Nota:

(2) "Market definition is a two-step process. First, a group of purchasers entitled to the protection of law must be identified (for example, consumers of

corned beef in New York City). Second, the group of sellers who are serving those purchasers, or could do so if the market price rose even modestly because they sell a product that is good substitute in either consumption or production, must be identified. The output of the product together with that of its good substitute constitutes the output of the relevant market and is thus the denominator, while the output of each of the producers is the numerator, in the calculation of each producer's market share". BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, fl. 149.

Internacionalmente, tanto na jurisdição da Comunidade Européia quanto dos Estados Unidos, o mercado relevante sob a óptica do produto é definido com base no comportamento da demanda, de forma que são as preferências dos consumidores que indicam o grau de substitutibilidade dos produtos, identificando assim, quais produtos pertencem a determinado mercado relevante.

A definição do mercado relevante é especialmente significativa por dois aspectos: apurar os níveis de concentração do mercado, por meio dos market shares, e identificar a factibilidade de competidores potenciais ingressarem no mercado de modo a procurar verificar a existência e aspectos dimensionais do eventual exercício de poder de mercado. Ainda que não se considere a concentração de market share como fator suficiente à caracterizar o dano à concorrência, não se pode negligenciar a análise desse fator em conjunto com os demais aspectos pertinentes (possibilidade de entrada no mercado, efeitos da operação, p. ex.).

Diante disso, é necessário que se estabeleça um posicionamento objetivo, a fim de definir os limites mercadológicos dos efeitos, seja de uma conduta potencialmente anticoncorrencial ou de uma operação de concentração econômica, nos termos da lei, isto porque, no mais das vezes, de acordo com a definição de mercado relevante, deparamo-nos com importante disparidade nos graus de concentração, o que pode alterar sensivelmente a análise concorrencial.

Conforme se pode extrair dos aspectos introdutório apresentados, o conceito de mercado relevante é fruto da conjugação da ciência jurídica e da econômica apresentando-se em dupla dimensão: territorial e do produto ou serviço.

O CADE já se manifestou no sentido de definir mercado relevante “como o território no qual as empresas interessadas intervêm na oferta e na procura de produtos ou serviços, no qual as condições de concorrência são substancialmente distintas das prevalentes em territórios vizinhos” (3).

Nota:

(3) Voto do Conselheiro-Relator José Matias Pereira no AC n. 16/94.

Sob a óptica territorial, o mercado relevante é o espaço no qual o agente trava as relações de concorrência. Já no que tange ao mercado relevante de produto, este pode ser caracterizado a partir da noção de substitutibilidade dos produtos, ou seja a possibilidade de substituição de um produto ou serviço por outro, levando-se em consideração fatores como: a necessidade atendida, a qualidade, o preço e o tempo economicamente útil para a substituição.

Assim, sob o prisma do produto, o mercado relevante está intimamente relacionado à gama de alternativas disponíveis aos consumidores e à possibilidade de, nessas limitações, hipoteticamente ocorrer o exercício abusivo de poder de mercado.

Assim sendo, na definição do mercado relevante, é necessário indagar a substitutibilidade tanto pelo lado da oferta quanto pelo lado da demanda, uma vez que o exercício abusivo do poder de mercado somente pode se dar nos seguintes casos: o comprador ser cativo; o produto não puder ser substituído; ou na ausência de concorrentes que possam suprir a lacuna criada verificado um aumento de preço ou redução de quantidade.

No que tange à substitutibilidade, cabe elucidar que, para a definição de mercado relevante de produto ou serviço, não se faz necessário que os produtos ou serviços sejam substitutos perfeitos, o que se verifica quando a taxa marginal de substituição for constante independentemente da disponibilidade.

Um importante marco na discussão quanto à substitutibilidade na definição do mercado relevante é o famoso julgamento da operação envolvendo a Du Pont, em 1956, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu que o mercado relevante da concentração era constituído de todos os produtos flexíveis para embalagem e não só o celofane, objeto direto da operação. A partir de então, passou a ser amplamente aceita a idéia de que “o mercado é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles” (4).

Nota:

(4) SHIEBER, Benjamim M. Abusos do Poder Econômico. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, fl. 47.

Neste sentido, o Professor Calixto Salomão considera que: “para que um produto seja considerado um substituto, do ponto de vista do consumidor, é preciso demonstrar, portanto: (i) a viabilidade funcional do produto (desempenha as mesmas funções que o primeiro); (ii) a sua viabilidade econômica (os gastos incorridos em sua aquisição e utilização não são proibitivos)” (5).

Nota:

(5) Regulação e Concorrência. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, fl. 19.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência norte-americanas apontam como metodologia para a definição do mercado relevante o teste do monopolista hipotético, previsto no Horizontal Merger Guidelines. Contudo, no sistema norte-americano, a definição de mercado relevante é realizada pela autoridade pública de defesa da concorrência sendo que no Brasil, ao contrário, até o presente momento, cabe aos agentes econômicos a proposição inicial de definição do mercado relevante ainda que num primeiro momento, posto que a autoridade brasileira pode rever a definição apresentada durante sua análise no curso do processo.

Em linhas gerais, o teste do monopolista hipotético é um exercício de raciocínio para o qual o mercado relevante é considerado como sendo “um produto/serviço ou um grupo de produtos/serviços e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um pequeno mas significativo e não transitório aumento de preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos/serviços e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”. Logo, seria o lócus em que o poder de mercado poderia ser hipoteticamente exercido.

É na definição do mercado relevante que encontra sustentação grande parte da análise desenvolvida na apuração da ilicitude da conduta. Somente a partir de sua correta definição é que se pode verificar a existência de barreiras à entrada de novos concorrentes bem como os níveis de concentração nesse mercado delimitado.

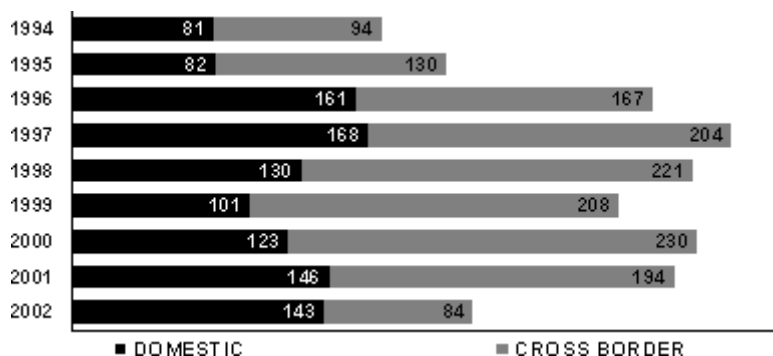
Superestimar o mercado relevante pode implicar na subestimação do poder de mercado de um agente, do mesmo modo que subestimar o mercado relevante resulta na superestimação do poder de mercado do agente.

Cabe explicar que os índices de concentração no mercado são apurados, conforme dispõe a Resolução CADE nº 20/99, pelos índices “Ci” ou pelo HHI (Índice de Herfindahl Hirschman). A opção por um ou outro método, mais do que uma opção acadêmica, no mais das vezes ocorre em função da disponibilidade de dados do caso concreto. Em ambos os casos, a importância reside mais na interpretação dos números obtidos do que propriamente na escolha, já que ambos comportam inevitáveis limitações.

No que tange às barreiras à entrada, são exemplos mais comuns: sunk costs, custos de know how, economias de escala e de escopo, elevado capital mínimo para produção ou distribuição, tecnologias protegidas por patentes, exigências sanitárias, acesso dificultado a matérias-primas essenciais, quotas de importação e mesmo tarifas alfandegárias. Assim, as barreiras à entrada podem implicar a não entrada de concorrentes ou a assimetria entre os potenciais entrantes e as firmas já instaladas, o que significa que se exige um esforço maior do entrante, mas este é possível.

O movimento da globalização econômica, à medida em que possibilitou que as empresas assumissem a forma de transnacionais, agregou ainda maior complexidade à definição do mercado relevante para fins antitruste especialmente em razão da maior facilidade de comunicação associada à difusão das unidades produtivas ao redor do globo.

A política concorrencial adotada pelas empresas transnacionais, assim como suas decisões estratégicas de concentração empresarial, no cenário atual, têm seus reflexos sentidos em diversos mercados, o que, em regra, dá ensejo à jurisdição antitruste em múltiplos países.



Os dados a seguir evidenciam a importância dos reflexos, no Brasil, das operações de concentração econômica realizadas em outros países.

Fonte: Fusões e Aquisições – KPMG, abril/2003.

Essa realidade tem feito com que nos países cujo procedimento de análise concorrencial é realizado a posteriori, nos casos de concentração econômica, ou menos célere, nos casos de condutas, a decisão seja prolatada em momento posterior à de outras jurisdições. A experiência do CADE mostra que há uma forte tendência de que as decisões estrangeiras sejam tidas por capazes de determinar, seja em seu dispositivo, ou mesmo na definição de aspectos importantes, tal como o mercado relevante, a decisão Plenária.

Entretanto, muito embora não se discuta a importância dialética dos argumentos e do dispositivo da decisão estrangeira, o que em muito contribui para as análises pátrias, é necessário ponderar a autonomia e independência dos órgãos nacionais em suas avaliações.

Não fosse meramente por razões legais ou mesmo em reafirmação à soberania do Estado Brasileiro, existem outros argumentos que afastam de forma cabal as tendências narradas. O foco na demanda da definição de mercado relevante

usualmente adotada é um aspecto que merece especial destaque, nesse sentido.

A diversidade cultural e, portanto, de hábitos de consumo, ao redor do mundo pode implicar diferentes definições de mercado relevante, haja vista que a gama de produtos ou serviços substituíveis pode não ser dotada de qualquer universalidade. Ainda mais, o estágio de desenvolvimento do mercado também é um aspecto que merece atenção das autoridades antitruste, denotando um nítido afastamento entre a definição dos mercados relevantes nos países desenvolvidos e aqueles nos em desenvolvimento.

Sobre isto, é também necessário apontarmos que a dimensão continental do Brasil, associado aos fortes regionalismos característicos da população, indica que, mesmo em território nacional, é possível que a análise concorrencial tenha de ser desdobrada em regiões especificadas, se não em razão da própria abrangência territorial do processo competitivo que se analisa, para que corresponda, com maior fidelidade, às reais escolhas dos consumidores.

Nessa linha, as diversidades sociais, econômicas e culturais devem ser criteriosamente sopesadas na definição do mercado relevante, razão pela qual se justifica e se reforça, no Brasil, uma acurada análise realizada pela autoridade nacional.