

Mercado relevante e defesa da concorrência¹

José Del Chiaro Ferreira da Rosa² e
Luiz Fernando Schuartz³

Sumário: 1. Aspectos técnico-jurídicos. 2. Consequências das observações anteriores.

1. Aspectos técnico-jurídicos

Na determinação do grau de poder econômico de um agente, bem como da suposta abusividade de uma sua determinada prática ou conduta, a dogmática do direito de defesa da concorrência desenvolveu um instrumento teórico de suma importância, o qual está contido na noção de mercado relevante.

De acordo com o Prof. Werter Faria (*Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, 23), “os acordos entre empresas restritivos da concorrência e os abusos de posição dominante são proibidos e sancionados quando prejudicam a livre competição no território nacional ou em parte dele. Para avaliar o prejuízo, em cada caso concreto, é necessário saber em que mercado ou parcela de mercado as empresas se acham em situação de concorrência, o que, na expressão de Bernini (...), ‘pressupõe valoração, em termos de zona geográfica e de produto (e respectiva substitutibilidade), sem a qual é impossível determinar, em concreto, aqueles dados que permitem medir a relevância do prejuízo e da restrição ocasionados pela colusão’ “. “Em síntese” - acrescenta o Prof. Werter - “a definição de *relevant market* representa um verdadeiro e próprio medidor do âmbito da aplicabilidade das regras da concorrência: tal âmbito mostrar-se-á ampliado no contexto de um *relevant market* mais restrito, ao passo que tenderá a diminuir onde, ao contrário, a definição do *relevant market* se dilate.”

Desse modo, a qualificação, em um caso concreto, de um dado mercado como relevante constitui tarefa que precede logicamente qualquer análise de

1 *Importância e aplicação do conceito de mercado relevante na defesa da concorrência* é o título dado ao artigo, por seus autores. Aqui foi alterado, para adaptação à linha gráfica da RDE.

2 Ex-Secretário de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, José Del Chiaro Ferreira da Rosa é advogado.

3 Advogado, Luiz Fernando Schuartz é Mestre em Direito, pela Universidade de Frankfurt.

poder econômico, uma vez que toda concretização de um fenômeno de poder econômico se dá no âmbito de um mercado de bens ou serviços juridicamente individualizado.

Costuma-se, na doutrina pátria do direito de defesa da concorrência, chegar ao conceito de *mercado relevante* recorrendo-se à definição de *relevant market* da doutrina norte-americana. Esta definição está bem sintetizada em fórmulas de autores norte-americanos conhecidos, como Hovenkamp e Sullivan. Para Hovenkamp (*Economics and Federal Antitrust Law*, 59), o *relevant market* é “o menor mercado no qual a elasticidade da demanda e da oferta é suficientemente baixa, de modo que uma empresa com 100% de tal mercado poderia, lucrativamente, reduzir a sua produção e aumentar os seus preços substancialmente”. Sullivan (*Antitrust*, 41), mantendo intacta a idéia central exposta por Hovenkamp, nos diz que “definir um mercado em termos geográficos e de produto é o mesmo que dizer que se os preços de um produto para uma determinada área fossem substancialmente aumentados ou o seu volume substancialmente reduzido (mantida constante a demanda), uma oferta proveniente de outras fontes não ocorreria de uma maneira suficientemente rápida e em quantidades suficientemente grandes para restaurar os antigos preços e volume.”

Deixando, por ora, de comentar a insistência nos fatores *preço e volume* por parte da doutrina norte-americana, gostaríamos de chamar a atenção para aquilo que as referidas definições têm de mais importante e de aplicável, a nosso ver, ao contexto brasileiro.

Em *primeiro lugar*, a noção de mercado relevante é um instrumento teórico desenvolvido para fins de aplicação de normas jurídicas. Não se trata, por isso, de mero conceito de ciência econômica, uma vez que, em termos de aplicação do Direito, toda a discussão se orienta em torno de um problema com vistas a sua solução, ou seja, a uma decisão final. A noção de mercado relevante representa, assim, um ponto de interseção entre Direito e Economia. Deste modo, sobre o modo de raciocínio em princípio aberto e interrogativo do economista, incide o pensamento dogmático do jurista com o seu traço mais característico, qual seja, a preocupação com a decidibilidade de conflitos jurídicos. Podemos dizer, então, que a noção de mercado relevante implica, do ponto de vista teórico, a incidência do modo de pensar dogmático do jurista sobre conhecimentos científicos de natureza econômica acerca de um mercado em suas dimensões de produto, espacial e temporal.

Vale a pena insistir sobre este ponto. Todos que lidamos, doutrinária ou praticamente, com o direito de defesa da concorrência, sabemos que um conhecimento relativamente aprofundado da matéria pressupõe a posse de algumas noções econômicas básicas. Isto, contudo, não altera a natureza precipuamente jurídica dos métodos e instrumentos conceituais dos quais

devemos obrigatoriamente partir ao buscar descrever, invocar ou aplicar as *normas jurídicas* disciplinadoras da concorrência.

Em *segundo lugar*, o conceito de mercado relevante está construído sobre a base de uma demanda e de uma oferta não reais, mas potenciais (Cabanelas, *Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia*, 315, nota 257). Isto significa que a questão fundamental não é saber se o agente A *efetivamente* compete com o agente B, mas sim se este último *competiria* com aquele, caso determinadas condições fossem preenchidas. Diísto resulta que o conceito que examinamos fundamenta-se na construção de um modelo hipotético, ou seja, na elaboração de uma prognose. Este dado é importante na medida em que explica, entre outras coisas, o caráter flexível e dinâmico da legislação de defesa da concorrência.

Como dissemos acima, o conceito de mercado relevante costuma ser desmembrado em três dimensões: de produto, espacial e temporal. Segundo Ernst Gellhorn (*Antitrust Law and Economics*, 97-8), a definição do *product market* no qual opera um dado ofertante é uma tentativa de determinar todos os produtos [ou serviços] substitutos disponíveis aos demandantes dos produtos [ou serviços] do ofertante em questão. Em outros termos, a dimensão do produto (*product market*) diz respeito às características do produto ou serviço comercializado, ao seu caráter único ou intercambiável, à sua homogeneidade, utilidade etc., as quais determinam, normalmente do ponto de vista do consumidor, os respectivos graus de substitutibilidade (Rittner, *Wettbewerbs und Kartellrecht*, 169). Em relação à definição mais ou menos precisa do *product market*, comenta Gellhorn (op. cit., 98): “se a definição for feita de maneira muito restrita e determinados produtos substitutos forem excluídos, então a capacidade [da empresa] de influir nos preços e no volume terá sido superestimada; se produtos não-substitutos forem incluídos, o *market share* [da empresa] (e inferencialmente o seu poder de mercado) terá sido subestimado, uma vez que alguns dos produtos incluídos terão um impacto insignificante sobre o poder [da empresa] de fixar os seus preços”.

A dimensão espacial do mercado relevante (*geographic market*) foi definida por Hovenkamp (op. cit., 70; ver também Sullivan, op. cit., 67) como sendo constituída por uma área geográfica determinada do país, na qual uma empresa pode aumentar os seus preços sem que (i) um grande número de seus consumidores busque fontes alternativas de oferta localizadas fora da referida área, ou (ii) ofertantes localizados fora da mesma possam, rapidamente, nela penetrar com produtos substitutos.

Geograficamente, um mercado relevante pode ser local, regional ou nacional (sobre *mercados internacionais*, ver Sullivan, op. cit., 70-2). A área de concorrência real ou potencial pode ser qualquer área geográfica comercialmente significativa. Se os ofertantes de uma dada área tomam suas decisões

de política empresarial e comercial sem ter que se preocupar com ofertantes localizados fora da referida área, então temos um mercado relevante especialmente considerado; se, ao contrário, os ofertantes devem preocupar-se com os ofertantes situados fora de sua respectiva área, seja porque estes podem, com um relativo grau de facilidade, oferecer seus produtos ou serviços naquela ou, ainda, porque os demandantes podem buscar produtos ou serviços alternativos em outras áreas, então o mercado foi definido restritivamente demais.

A respeito do conceito espacial de mercado, o Prof. Modesto Carvalhosa (*Poder Econômico*, 24) assevera que aquele “compreende hoje, não mais o local onde se encontra o estabelecimento do comerciante, porém aquela área onde a empresa entra [ou pode vir a entrar] em contato com seus compradores.

Não se podem considerar concorrentes duas empresas que têm seus estabelecimentos num mesmo território, mas vendem seus produtos em áreas comerciais diversas.

A *contrario sensu*, devem ser consideradas concorrentes duas empresas estabelecidas em territórios diferentes, mas que desenvolvem [ou podem vir a desenvolver] suas atividades na mesma área comercial”.

Embora à dimensão *temporal* do mercado relevante não se costume dar a devida atenção doutrinária, a sua importância dificilmente poderia ser exagerada. A dimensão temporal, vai nos dizer Cabanellas (*op. cit.*, 307), incide sobre as outras duas. Com efeito, se, de um lado, uma redução exagerada da dimensão temporal praticamente neutraliza o conceito de concorrência potencial, de outro, a sua ampliação desmesurada torna ineficaz a aplicação de qualquer direito de defesa da concorrência (Rittner, *op. cit.*, 170). Nesse sentido, leciona Cabanellas (citado por Werter Faria, *op. cit.*, 24): “quanto maior for o período considerado para avaliar a reação da oferta e da procura, em face da conduta cujo mercado relevante se cuida de determinar, tanto maior será a amplitude do mercado.”

Retornando às fórmulas de Hovenkamp e Sullivan, caberia, então, fazer incidir sobre as mesmas o elemento temporal. Na verdade, as referidas fórmulas já implicam este elemento, mas o explicitam em termos altamente restritivos, utilizando advérbios tais como “imediatamente”, “rapidamente” e “prontamente”. Tal restritividade deve, em razão dos argumentos acima apontados, ser preterida em favor de um conceito mais elástico, mais facilmente generalizável, que esteja mais próximo das circunstâncias concretas referíveis a cada mercado específico. Nossa proposta está contida na expressão “período razoável de tempo”.

Ao acenarmos para a necessidade de a dimensão temporal ser operacionalizada por meio daquilo que tradicionalmente se rotulou de conceito

jurídico indeterminado, buscamos evitar a fixação apriorística de quantidades invariáveis de tempo para a verificação de câmbios nos comportamentos mercadológicos de ofertantes e demandantes, posto que tal fixação traria consigo, em virtude da existência de mercados altamente diferenciáveis, um grande risco de arbitrariedade e injustiça.

Um alto grau de responsabilidade assiste, assim, ao aplicador da legislação de defesa da concorrência. Como vimos, a definição dos limites de um dado mercado praticamente pré-direciona a análise de poder econômico. Se os limites foram traçados restritivamente demais, tomar-se-á um mercado efetiva ou potencialmente competitivo por um mercado concentrado e rígido; de outra parte, ampliando-se desmesuradamente estes limites, cai-se no perigo oposto, qual seja, subestimar o poder dos agentes no mercado.

Gostaríamos de, agora, comentar a importante questão que foi deixada em aberto no início do presente trabalho, qual seja, a insistência nos fatores *preço* e *volume* na qualificação de um dado mercado como relevante.

Esta questão se torna aguda ao procurarmos transpor as definições tradicionais de mercado relevante a setores econômicos regulamentados. Com efeito, a utilização do preço, bem como a referência ao volume como critérios, pressupõem, para o agente econômico, um poder de disposição em relação a estas variáveis. Como sabemos, este poder de disposição falta, no contexto brasileiro, a agentes operantes em alguns setores econômicos nos quais os preços são verticalmente fixados (às vezes o agente conta com uma pequena margem, que é, contudo, insignificante para efeitos concorrenciais) e as quantidades produzidas estão sujeitas a restrições variadas. Nestes casos, os critérios nos quais devemos pautar o nosso juízo devem ser buscados em outras variáveis, tais como qualidade, eficiência, segurança etc.

Nesse sentido, o Prof. Mário Luís Possas, em recente simpósio organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo - IBRAC, em São Paulo, afirmou em caráter geral que “a concorrência entre os agentes capitalistas, as empresas particularmente, vêem, crescentemente, ao longo deste século, se traduzindo em concorrência nas mais variadas formas: por diferenciação de produto [ou serviço], por inovação (...) etc.].” E concluiu o citado professor: “Qualquer regulação que se detenha exclusivamente em preços estará cometendo um erro grave. Aliás, regulação inclui defesa do consumidor, e é notório que se defende o consumidor não só o defendendo contra preços abusivos [cuja fixação, no caso de preços tabelados, independe totalmente da vontade do empresário], mas também o defendendo contra a qualidade inadequada do produto [ou serviço].”

Do ponto de vista do direito de defesa da concorrência, caberia acrescentar, por último, que a noção de *consumidor* não pode ser tomada em um sentido estrito. O mercado relevante não pode ser rigorosamente definido

como o conjunto de interações econômicas existentes entre ofertantes e consumidores no sentido emprestado a este termo pelo Código de Defesa do Consumidor, mas como um sistema internacional e econômico entre ofertantes e demandantes *lato sensu*. Deste modo, da fabricação ou produção de um determinado bem ou prestação de um dado serviço até o consumo final admitem-se as mais variadas constelações verticais de mercados relevantes, os quais podem e devem ser, para efeitos de aplicação da legislação de defesa da concorrência, destacados da cadeia econômica total e tratados autonomamente.

Ademais, a admissibilidade desta operação intelectual de abstração reside em uma razão muito simples, quase tautológica, a saber, a legislação de defesa da concorrência não tem como preocupação primária proteger o consumidor em abstrato (isto é função do Direito do Consumidor), mas sim defender a livre concorrência. Implícita em nossa exposição está, de outra parte, a afirmação de que uma concorrência livre nos vários mercados relevantes possíveis acaba sendo altamente benéfica ao consumidor final, visto que a redução geral de preços e a melhoria da qualidade e da eficiência são conseqüências tangíveis da competição entre empresas concorrentes.

No conceito de concorrência potencial, entretanto, está também implícita a possibilidade de, em um caso limite, estarmos diante de uma situação (performance) competitiva de mercado mesmo no caso de um monopólio, isto é, de um único ofertante. Para isso, basta que este não pratique preços monopolísticos e mantenha, ademais, a proporção preço/qualidade dentro dos parâmetros da razoabilidade.

O que vai dizer o que é e o que não é razoável em cada caso concreto são, uma vez mais, as características globais de cada mercado relevante específico, nas quais devemos incluir, sempre, o modo de relacionamento entre os agentes atuantes no mercado em questão e o momento global da economia nacional e, em alguns casos, até mesmo mundial.

2. Conseqüências das observações anteriores

Não obstante, a teoria econômica de subsídios para o legislador considerar não recomendável a concentração de empresas e até de capitais e, ainda, de criar mediante lei, mecanismos impeditivos da concentração, a exemplo do previsto no art. 13, da Lei nº 8.158/91, impõe-se ao aplicador do Direito não considerar toda concentração e todo o poder econômico, em si, como abusivos.

O advogado, de modo diverso dos demais profissionais, bem sabe que o abuso do poder econômico, ou qualquer outra prática a este atribuída ou mesmo conjecturada como dele emanada, tão só pela condição de sua existên-

cia, não pode, de modo algum, prescindir das efetivas e concretas análises de enquadramento da conduta, através da possibilidade, ou não, da tipificação. Este fato é mais notório, quando se analisam as condutas compreendidas no alcance da Lei nº 4.137/62.

Destarte, ao advogado - de posse dos fatos concretos, pois, e não abstratos ou apenas imputados - compete verificar o enquadramento das práticas ocorridas mediante a análise da tipificação, enquanto que sob o enfoque do economista, competiria examinar, em tese, as conjeturas da ciência econômica, em instantes históricos pretéritos àquele em que o advogado passou a atuar.

Afinal, nos precisos termos da vigente Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, bem como “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (art. 5º, incisos II e XXXIX).

As considerações acima, não obstante sua evidência, não podem deixar de ser aludidas, pois é sabido que, no afã de discussões econômicas - em especial aquelas no âmbito da política econômica, que, na verdade, deveria encerrar contornos distintos da própria política de defesa do livre mercado - surgem opiniões que poderiam ensejar confusões, inclusive distorcer fatos e, nestas condições peculiares, porém freqüentes em nosso cotidiano, por equívoco serem afastados os mais rudimentares princípios do ordenamento jurídico, dando margem ao surgimento de posturas de interpretação legal contrárias ao que dispõe a própria legislação.

Neste sentido nunca é demais recordar que, por várias oportunidades, os princípios rudimentares do Direito foram colocados à margem, sendo imposto a *posteriori* o restabelecimento do denominado *statu quo ante*, a exemplo dos recentes planos econômicos, a exemplo dos recentes planos econômicos.

Assim, o Direito Econômico - ainda que trate de questões afetas à ciência econômica - impõe ao advogado o dever de verificar as questões dele decorrentes sob a óptica do ordenamento jurídico, a qual em muito difere da dinâmica e das conseqüências dos aspectos mercadológicos e até mesmo especificamente econômicos, com os quais lidam os economistas.

O mercado relevante desponta, assim, como elemento balizador de fatos diante do mercado livre em que se pretenda possa prevalecer a concorrência dos agentes econômicos. No contexto do mercado relevante, deverão ser verificados se os fatos ocorridos foram, ou não, contrários à ordem jurídico-econômica vigente na oportunidade.

Importa salientar que, se a conduta do responsável por um fato ocorrido - embora possa representar algum prejuízo a algum agente econômico - não

era contrária à ordem jurídica instituída, não poderá o aplicador do Direito reputar tal atitude como abusiva e/ou contrária à lei.

Aliás, embora óbvio, não se pode deixar de ressaltar que o abuso do poder econômico só pode ser praticado por quem detém, de fato, o poder econômico. O poder econômico, por si só, não é contra a lei.

O exercício do poder econômico com o fim de sua preservação, ou, inclusive, no que diz à manutenção da posição detida no mercado, não é contra a lei; apenas o será se, e somente se, este poder for abusivamente exercido, nos termos antes e já definidos em lei.

Por derradeiro, há que se ponderar que o aplicador da lei, qual seja, o advogado - diferentemente do legislador que considerará o fato social - deverá se ater ao texto legal e, nessa condição, haverá de se abstrair de posições sociológicas e políticas.

O poder econômico e a concentração de capitais, para o advogado, é uma realidade que deve ser verificada no atinente à conduta do mesmo no mercado. Já para o economista, o poder econômico é uma conjectura que poderá ser analisada, inclusive, no que tange a sua conveniência ou não e, para tanto, poderá também considerar aspectos sociológicos e políticos.

Por outro lado, a que se lembrar que a simples intenção de participar de um mercado relevante não é, em si mesma, condição suficiente para tanto, posto que esta condição compreende também aspectos outros, tais como capacidade, tecnologia, eficiência etc. Nesse sentido, aliás, Modesto de Souza Barros Carvalhosa já alertava em sua obra citada, que "... não se pode, hodiernamente, falar mais em direito individual e generalizado de concorrência, como seja o direito de acesso ao mercado daqueles que, simplesmente, têm o intento de nele intervir. Para que esse direito surja há que presumir-se uma estrutura da empresa aspirante ao ingresso, que preencha os requisitos técnicos e econômicos capazes de atender à feição moderna da Economia, na forma como já vem sendo atendida pelas grandes empresas componentes do mercado".

Esta situação se aplica a empresas que já se acham no mercado relevante e que - em razão da própria essência do direito concorrencial - não poderiam ver na Lei de Defesa da Concorrência e na legislação de combate ao abuso do poder econômico a garantia à sua sobrevivência, direito individual, naquele mercado.

Com efeito, o objeto da tutela dessas legislações é o mercado, o qual deve ser o mais eficiente para toda a sociedade. Assim, a única hipótese securatória da manutenção de um agente econômico no mercado é a sua capacidade de atuação com a desenvoltura, a eficiência e custos operacionais

e preços a serem praticados em níveis condizentes com a realidade, isto é, com o instante econômico vivido.

No Brasil de hoje, aquelas empresas que se acomodaram, em face da política econômica prevalecente, acabaram perdendo o que se pode denominar de "poder de competitividade". A ilustrar essa situação, é de se mencionar o impacto que a redução de alíquotas, para certos produtos importados, vem representando para algumas indústrias brasileiras.

Cabe, pois, ao aplicador da lei, valer-se da necessária serenidade, até mesmo para diferenciar do sentido de justiça que lhe é imanente, o direito individual de um agente econômico - em tese ofuscado pelo poder econômico de outro, no mercado relevante objeto de análise - do direito de todos. Este último direito é o objetivo primordial da economia de mercado, na qual o poder econômico, quando exercido pelo agente individualizado, de forma não abusiva, poderá estar viabilizando.

Em conclusão, o exame do mercado relevante em cada caso é importante, na medida em que este conceito funciona como um instrumento dogmático, necessário e altamente refinado, para indicarmos os limites do universo no qual pretendemos defender a concorrência.

O Estado, mediante seus órgãos competentes, em sua função de tutela da própria concorrência, deve, antes de mais nada, delimitar tecnicamente o campo em que esta se desenvolve ou poderia desenvolver-se, sendo esta delimitação operacionalizada por meio do conceito de mercado relevante.