O conceito de mercado relevante[1] [2]

Lucia Helena Salgado[3]

Como ponto de partida da reflexão sobre o tema provocada pela experiência brasileira recente na análise de atos de concentração, deve-se lembrar que a análise econômica de atos de concentração e práticas restritivas parte de um conceito básico: *poder de mercado*, de modo que a delimitação do mercado relevante não pode prescindir dessa noção. Na verdade, o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, criado pela prática norte-americana, cujo significado é o de delimitar as fronteiras do espaço econômico da análise antitruste. Parte da noção usual de mercado — espaço composto pelo produto e seus substitutos próximos — e acentua a relação intrínseca existente entre o poder de mercado e o universo de escolhas do consumidor. Quanto mais alternativas dispõe um consumidor em determinado mercado, menor a possibilidade do poder de mercado[4] ser exercido na forma de aumento de preços[5]. Ademais, o poder de mercado de uma firma é inversamente proporcional ao número de substitutos com que seu produto se defronta no mercado. De onde a importância para a análise do poder de mercado da existência de substitutos para um produto relevante.

Existe uma enorme discussão na literatura especializada sobre os critérios de definição do mercado relevante e a polêmica mais acirrada detém-se sobre a utilização dos conceitos de substituibilidade de demanda e de oferta, este último também apresentado como flexibilidade de oferta. A questão gira em torno da existência ou não de precedência teórica, ou de hierarquia conceitual entre as noções de substituibilidade de demanda e de oferta. Subjacente

1 O título original "O conceito de mercado relevante na análise de atos de concentração" foi alterado para adequação à linha editorial da RDE.

2 Preparado para o III Seminário Internacional de Direito da Concorrência — *Competition Policy and Economic Reform*, 10-13 julho de 1997, Rio de Janeiro, OECD, CADE, IBRAC, WORLD BANK, FGV.

3 Economista, Mestre em Ciência Política (IUPERJ), Doutora em Economia (UFRJ), Lucia Helena Salgado é Conselheira do CADE, Professora Assistente da Faculdade de Ciências Econômicas (UERJ) e Pesquisadora Plena no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

4 Ou, na expressão do roteiro de fusões norte-americano, o poder de um monopolista hipotético.

5 O poder de mercado pode ser exercido de outras formas, a depender do padrão de concorrência predominante no mercado. Voltarei a esse ponto mais adiante.

está a necessidade de distinção entre os conceitos de indústria e de mercado, cuja clara distinção tem sido sempre necessário realizar na prática.

O conceito de mercado não se confunde com o de indústria e se no caso da indústria o processo produtivo, a tecnologia utilizada, assim como os insumos, são fundamentais para delimitar seus contornos, para a definição do mercado o que importa é a ótica da demanda e daí a ênfase na substituibilidade dos produtos, da perspectiva do agente consumidor[6]. A flexibilidade na oferta é importante para identificar os produtores que podem vir a ofertar para um determinado mercado previamente delimitado, diante de oportunidades de realização de lucro extraordinário — em outras palavras, para identificar os competidores potenciais — nunca para delinear os contornos de um mercado relevante. Nessa perspectiva, o mercado de produto relevante para a análise antitruste é aquele que, delimitado pelo escopo das alternativas disponíveis aos consumidores, o poder de mercado, se existente, pode ser exercido. Como o conceito de mercado não se confunde com o de indústria, as interseções entre ambos passam pelo critério da substituibilidade da perspectiva do consumidor.

Em um ato de concentração recentemente analisado, de aquisição da Mineração Floral anteriormente da Bayer pela Nitroquímica[7] havia dois mercados afetados pela operação, o de fluorita grau ácido e fluorita grau metalúrgico. O que distinguia os dois mercados era o uso diferenciado e não intercambiável entre as duas apresentações do mineral processado, assim como a composição da clientela e o fato de não haver substitutos para esses insumos, nos processos produtivos em que são utilizados. A Requerente alegou a existência de flexibilidade de oferta para definir apenas um mercado representada pelo fato do mesmo veio de fluorita poder dar origem às duas apresentações, na medida em que seja incluída mais uma fase de processamento do mineral. O CADE entendeu porém que, se a flexibilidade era sem dúvida importante para indicar os participantes efetivos e potenciais do mercado, não autorizava uma delimitação mais ampla do mercado relevante para a análise dos efeitos da operação.

Considero metodologicamente adequado o recurso analítico da determinação seqüencial, com o encadeamento lógico dos passos de determinação, embora na realidade os fenômenos ocorram simultaneamente. A definição seqüencial é um recurso analítico de abordagem da realidade; na realidade obviamente ocorrem determinações simultâneas e sobredeterminações. Tratar a realidade sem redução analítica é supor que tudo explica tudo, de forma que nada acaba explicando nada.

---

6 Este pode ser, por sua vez, uma indústria ou conjunto de indústria, se trata de um bem intermediário.

7 AC 22/95.

A determinação seqüencial adequada a ser seguida na prática compreende:

a) a delimitação do mercado — em suas dimensões produto e geográfica;

b) a identificação das barreiras à entrada, assim como as condições de entrada;

c) a descrição da estrutura do mercado (tanto da oferta, quanto da demanda);

d) a identificação do padrão de competição e, finalmente,

e) os competidores ou entrantes potenciais.

Há, portanto, uma hierarquia conceitual na delimitação do mercado relevante entre substituibilidade de demanda e de oferta. Essa afirmação merece qualificações, entretanto. Isso porque existem sobredeterminações que devem ser levadas em consideração. Por exemplo, o padrão de concorrência afeta a forma como é exercido o poder de mercado e esse afeta a delimitação do mercado. A competição por diferenciação, por exemplo, pode segmentar mercados e no limite separá-los. Em casos envolvendo firmas que concorrem por meio de diferenciação, o esforço das empresas é tornar seus produtos tão distantes dos outros dentro do espaço de produto, a ponto de formarem mercado cativos. Os produtos deixam de ser substitutos perfeitos entre si. Nestas condições, a competição pode ser segmentada, com os produtores competindo mais diretamente com aqueles que vendem substitutos próximos.

Um exemplo em que a forma de competição afeta a delimitação do mercado foi outro caso recentemente analisado pelo CADE, a aquisição do Laboratório Sidney Ross da Sterling pela Smithkline Beecham[8].

O caso envolvia as peculiaridades da indústria farmacêutica que dão ensejo a alternativas de recortes para a definição de mercado relevante, sendo a divisão por classes terapêuticas a mais evidente. Tal divisão acentua os princípios ativos dos medicamentos indicados para doenças ou afecções específicas. Um outro recorte possível, que segmenta igualmente demanda e oferta nessa indústria, seria entre mercado ético — produtos sujeitos à venda por prescrição médica — e mercado de venda livre — OTC, o *Over The Counter*, no jargão do setor.

Ocorre que ambos os recortes se sobrepõem, na medida em que expressam características complementares dos produtos em questão. Assim, ambos deveriam ser considerados na definição do mercado relevante.

---

8 AC 22/94.

Um outro aspecto crucial considerado foi que os medicamentos sujeitos ao regime de venda livre apresentam importante singularidade: a de competirem por diferenciação, com intensivo uso da propaganda como arma na concorrência. Não pôde passar despercebido o fato de que a indústria de medicamentos no segmento de venda livre é das principais anunciantes na mídia, sobretudo a televisiva. Mais que isso, a história da propaganda está intimamente associada à dinâmica desse mercado. Vale notar o depoimento da empresa adquirida[9] em que registra no histórico que traça da empresa, textualmente, que "(...) a The Sydney Ross Co. além de trazer bons produtos foi responsável praticamente pela introdução da publicidade [referindo-se ao Brasil] contribuindo na formação dos profissionais pioneiros da área."

A propaganda associa determinado medicamento à eficácia terapêutica, que por sua vez nem sempre encontra respaldo nos princípios ativos que o medicamento carrega. É também um fato de proporções históricas que o risco para a saúde da população envolvida na venda de fórmulas que prometem curas milagrosas está na origem da atividade regulatória extremamente rigorosa do FDA (Food and Drugs Authority), para citar o exemplo mais notório. A despeito da vigilância das autoridades públicas no Brasil, não chega a ser incomum verificar-se que a apregoação de propriedades terapêuticas não guarda correspondência com a composição química de determinados medicamentos.

Assim, seria desconhecer a importância da competição por diferenciação, com o uso intensivo de propaganda para construção de imagem e reputação, fazer uso exclusivo do recorte por classes terapêuticas na definição do mercado relevante para o caso em questão. A conclusão imediata foi que o medicamento Sonrisal, fabricado pela Sydney Ross Co. e vendido para o público como a solução "contra a azia e má digestão" — tal como ecoa a propaganda em nossos ouvidos, por décadas de repetição — faria parte do mercado relevante afetado pela operação. O mercado relevante definido para a análise da operação foi, portanto, o de antiácidos e correlatos, englobando produtos de diferentes classes terapêuticas, como antiácidos puros, laxantes salinos orais, analgésicos. A delimitação do mercado incluiu o medicamento Sonrisal, produzido pela Sydney Ross. O Sonrisal representou 50% do faturamento de R$ 34 milhões da Sydney Ross Co. em 1994. No mesmo mercado relevante de antiácidos e correlatos, a empresa produz o Sal de Frutas Andrews. O produto Alka Seltzer da Bayer é também apresentado como alívio para as mesmas indisposições. É sem dúvida significativo que apenas os laboratórios Bayer e Dorsay tenham se posicionado contra a operação. O primeiro fabrica o produto concorrente mais próximo do Sonrisal, enquanto o segundo atua no

9 Às fls. 998 do processo.

segmento de antiácidos propriamente ditos como o Estomazil. O posicionamento dos concorrentes é sempre um bom indicador das características da rivalidade nos mercados.

Nesse caso, o CADE definiu um mercado relevante mais amplo do que o definido pela Requerente e incorporado aos pareceres técnicos no processo, o que desqualifica o argumento de que a autoridade antitruste *sempre* opta por uma definição mais estreita de mercado relevante.

A flexibilidade da oferta também afeta a delimitação de mercado, por isso é importante perguntar aos agentes quais outros são percebidos como concorrentes, essa informação refina a fornecida pela demanda. Em um caso em análise atualmente, a resposta dos fabricantes sobre quais são os seus competidores percebidos será fundamental para delimitar com precisão esse mercado. Foi o que aconteceu por exemplo no caso FTC vs. Coca-Cola, em que foram levadas em consideração na definição do mercado relevante considerações sobre oferta. "Executivos de companhias de refrigerantes quando questionados indicaram que seus principais competidores eram outros produtores de refrigerantes. Suas estratégias de preço e marketing foram desenvolvidas com um olho em direção a outros produtores de refrigerantes. E não, como alegava o defendente, em direção aos vendedores de sucos de frutas, leite, café, chá e outras bebidas..." (White, 1994, p. 80). Importante também para a definição foram as respostas de vários executivos da indústria que acreditavam que os produtores poderiam elevar coletivamente os preços (em 10%), sem que os consumidores migrassem para outras bebidas[10].

Existe uma especificidade importante no caso brasileiro, a alta elasticidade renda de determinados bens, que leva à migração do consumo de um mercado para outro. O efeito substituição causado pelo aumento de renda — efeito substituição estrutural da demanda de um mercado para outro — parece ser um fenômeno típico de países em desenvolvimento. Isso pode em tese ampliar o escopo do mercado relevante, porque o que está em questão é a proximidade dos bens dentro do espaço de produto. A proximidade dos bens em um espaço de produto verifica-se a princípio através de sua *eficácia* na realização do propósito a que se destina (associado à satisfação do consumidor), da sua *disponibilidade,* ou seja, da existência de um conjunto de transações organizadas em torno do bem e seu *preço relativo.* Observei esse fenômeno em dois casos, na definição do mercado relevante de aspiradores de pó na aquisição da Umuarama pela Eletrolux[11] e no mercado de cerveja, na associação Antarctica/Anheuser-Bush[12].

---

10 Tais posicionamentos foram confirmados com estudos econométricos de elasticidade-preço cruzada, tipicamente estudos de demanda, com base em dados de vendas semestrais e quinzenais que mostraram ser possível aos produtores de refrigerantes exercer poder de mercado coletivamente.

Intuitivamente, definição tão restrita como a que identificava o mercado relevante no primeiro caso como o de aspiradores de pó não me pareceu adequada, de modo que procurei tratar um pouco mais detidamente o ponto. Como se sabe, uma definição precisa das fronteiras de um mercado relevante requer o cálculo, ou ao menos indicações, da elasticidade-cruzada entre o bem em questão e seus substitutos próximos. Posner, entretanto, já lembrou que "(s)e nós soubéssemos qual é a elasticidade de demanda com que se depara um conjunto de vendedores, seria redundante perguntar se o grupo constituía um mercado economicamente significante. O efeito de outros vendedores na habilidade dos membros do grupo colidirem efetivamente seria automaticamente registrado na medida da elasticidade, junto com todos os outros fatores relevantes para os ganhos potenciais oriundos da colisão, que nossa ignorância nos compele a excluir da análise antitruste."[13]

Naquele caso, ao se buscar substitutos, verificou-se haver outros bens, como a vassoura, de piaçava, pelo ou específica para tapete e carpete, assim como o rodo e o escovão que cumpririam, como o aspirador de pó e de água, a função de limpeza de assoalhos, embora apresentassem desempenho e conveniência de uso distintos. A questão a fazer era se outros substitutos seriam suficientemente próximos para configurarem em conjunto um mesmo mercado relevante[14].

Uma das dificuldades de se considerar instrumentos de limpeza tradicionais, como a vassoura, parte do mercado relevante composto pelo aspirador de pó é o diferencial de preço observado no caso brasileiro. A vassoura de pêlo e piaçava tem preço em torno de R$ 5,00; a específica para carpete tem preço de R$ 15,00, enquanto o aspirador de pó tem preço final em torno de R$ 150,00. O teste norte-americano para a inclusão de substitutos em um mercado relevante consiste na possibilidade de migração de consumidores para produtos próximos se houver aumento de 5 a 10% no preço do produto em questão. Como a distância em termos de preços entre aspirador e vassoura é muito grande, um aumento de preços da ordem de 5 ou 10% não provocaria um efeito substituição em direção às vassouras. Se fosse necessário que o preço do aspirador de pó triplicasse para que os consumidores preferissem recorrer à velha vassoura, então a relação de substituibilidade entre os bens seria muito fraca. Entretanto, parece ser alta a elasticidade renda do produto. No caso analisado, a demanda por aspiradores de pó é no Brasil pequena e estagnada, não apenas por razões

11 AC 62/95.

12 AC 83/96.

13 Posner, Antitrust Law, An Economic Perspective — Univ. of Chicago Press, 1976.

14 Um problema análogo na definição de mercado relevante foi revelado no recente caso *US vs. Gillette Company, Civil Action nº 93-0573*, 5 de maio de 1993.

de hábito[15] mas, principalmente, de renda. É um bem de elevada elasticidade-renda, como indicam as informações de aumento espetacular da demanda após o Plano Real, que significou aumento de renda, principalmente nos extratos mais baixos. É de se presumir que esses consumidores que passaram a adquirir aspiradores de pó, com exceção das novas famílias formadas, já realizavam serviço de limpeza doméstica, de modo que houve efetivamente um efeito substituição de vassouras para aspiradores de pó provocado pelo aumento de renda real dos consumidores.

No segundo caso a suscitar as mesmas questões, verificou-se haver indicações da existência de alta elasticidade-renda entre cerveja e cachaça, uma vez que com a estabilização da economia houve migração de consumidores de cachaça para cerveja. Houve incorporação de milhões de consumidores ao mercado de cerveja desde o Plano Real, e não haveria por que supor que esses consumidores eram abstêmios antes de se entregar ao prazer da cerveja.

Esses mercados adjacentes, de onde se origina a expansão da demanda provocada pelo aumento de renda real do consumidor pode ser considerado espaço potencial de expansão do mercado. Pode-se perceber neste ponto uma característica de economias em transformação e desenvolvimento, é dizer, não estagnadas.

A outra dimensão na definição de mercado relevante a se considerar é a geográfica.

Menos por conservadorismo jurisprudencial e mais por cuidado conceitual vejo com ceticismo a definição de mercado mundial, internacional, como conseqüência de uma economia aberta e globalizada. Aqui, como no tratamento da dimensão produto, é importante lembrar que o conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, de modo que a questão é onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação. Teoricamente pode-se imaginar operações com efeito tão amplo, tão genérico, a ponto de afetar todo o planeta, mas na análise cotidiana tais casos constituem a exceção.

Identifico em realidade uma confusão preocupante entre conceitos muito distintos. Uma coisa é o *processo de formação de preços,* que para determinados produtos é mundial, porque são bens homogêneos, com significativos fluxos comerciais externos às fronteiras domésticas, porque são cotados em bolsas de mercadorias internacionais. Para esse tipo de bem existe um preço de

15 Cabe lembrar que nos Estados Unidos, onde poucos lares deixam de dispor de aspiradores de pó, a contratação de empregados domésticos, em bases permanente ou temporária, configura uma exceção, o que significa que as próprias famílias realizam o serviço doméstico de limpeza. Isto em parte explica o expressivo uso do equipamento nas residências, em contraste com o que ocorre no Brasil. De outra lado, há diferenças regionais, associadas tanto ao clima — e portanto tipo de assoalho usado — quanto à renda, que explicariam em parte o baixo consumo nos estados do norte e nordeste brasileiros.

referência internacional que, a depender do ambiente institucional que regula o comércio internacional, funcionará como parâmetro mais ou menos próximo para a definição dos preços domésticos.

Outra coisa é o *processo concorrencial,* ou seja, a intensidade dos fluxos comerciais em um determinado espaço geográfico, que tornam certos agentes-chave na determinação da oferta e demanda nesse espaço, onde são definidas as condições de concorrência a partir da rivalidade entre esses mesmos agentes. Que agentes são considerados pelos outros na definição de suas estratégias de expansão e de competição? Empiricamente, tais espaços de competição são mais freqüentemente nacionais ou regionais do que internacionais. A definição geográfica de mercado deve incluir apenas os compradores e vendedores que são importantes para explicar as condições de oferta e demanda em um determinado espaço. transações entre o mercado interno e externo que justifique a ampliação das fronteiras do mercado. O que caracteriza a delimitação geográfica do mercado é a intensidade das transações em um determinado território. Não existe tal coisa como uma dicotomia entre mercado nacional e mercado internacional. Um mercado pode compreender perfeitamente dois ou três países, duas ou três cidades, se a intensidade das relações comerciais entre essas unidades puder influenciar de forma determinante[16] — as estratégias de crescimento e ocupação de mercado, ou seja, de concorrência, das firmas aí operantes.

No caso Nitroquímica já citado, a Requerente apresentou o mercado geográfico como mundial . A despeito do fato de haver oferta abundante e a preço competitivo no mercado internacional e a alíquota de importação ser a TEC de 10%, o baixo valor do insumo *vis-à-vis* o custo de transporte torna não econômica a importação em volumes pequenos. Ademais, as proporções utilizadas do insumo por grande parte dos clientes, sobretudo no mercado de fluorita grau metalúrgica são reduzidas *vis-à-vis* a produção final. Não há, por um lado, importação economicamente viável em pequena escala; por outro lado, não há demanda individual por grandes quantidades de fluorita grau metalúrgico. Só a importação em *pool* é viável nesse mercado. Contudo, para um cliente hipotético, desde que equivalentes os preços domésticos e internacional[17], é presumivelmente mais econômico adquirir a fluorita no mercado doméstico na quantidade compatível com as necessidades de seu processo produtivo, do que buscar no mercado agentes com necessidades similares às suas, participar da organização de um *pool* de importadores para adquirir o produto no mercado externo, negociar os termos do contrato de aquisição conjunto dentro do *pool* e com o fornecedor ou fornecedores estrangeiros. Assim, os custos de transação

16 E entenda-se aí mais do que qualquer outro recorte no fluxo de transações comerciais.

17 Considerando inclusive o custo de internação.

associados à organização de um *pool* de importadores são de magnitude suficiente para se constituírem em barreira à entrada. O fato de não ter havido importações de ambos os produtos nos anos de 1994 e 1995, justificado pela Requerente com a alegação de que a escala das importações nos anos anteriores fora suficiente para suprir a oferta, fala por si.

No caso Arco e Olin (AC 111/96), não obstante os preços internacionais, para todos os bens homogêneos comercializados globalmente, serem variáveis importante na determinação dos preços internos, desde a abertura comercial, não obstante 16% da oferta interna de TDI corresponder a importações, o custo de internação ser relativamente baixo, da ordem de 7%[18] e a tarifa de importação ser a TEC de 14%, *esses fatos, por si ou em conjunto, não tornam o mercado internacional*[19].

As importadoras Arco e Olin adquirem o produto no exterior mas o transacionam no mercado doméstico. Sua carteira de clientes é composta por empresas produtoras de espuma destinadas às indústrias de colchões e estofamentos de automóveis e, em menor escala, às indústrias de tintas à base de poliuretano e plásticos (fl.5). Todas essas transações realizam-se dentro das fronteiras nacionais. A dimensão geográfica do mercado afetada pela operação é portanto nacional.

Há qualificações importantes à análise dos fluxos de comércio, que recomendam o cuidado na ampliação apressada das fronteiras geográficas do mercado relevante. Por exemplo, o fato da maior parte da produção de um determinado produto relevante ser destinada à exportação confere à primeira vista dimensão geográfica internacional a esse mercado. Tal fato em regra decorre de vantagens absolutas de custo que não são suficientemente consideradas. O fato de verificar-se um volume relativamente diminuto de importação para um produto, a despeito da ausência de barreiras tarifárias, pode decorrer justamente desse fator, que torna não-econômica a importação de um bem cuja produção nacional apresenta vantagens de custo significativas. Tal fato pode — repito, a despeito da ausência de barreiras comerciais e da natureza de *commodity* de um bem — conferir poder de mercado aos produtores doméstico e, assim, recomendar a análise dos efeitos da operação em território mais restrito.

Os preços internacionais são, sem dúvida, desde a abertura comercial, parâmetro de determinação dos preços internos para todas as *commodities* — bens homogêneos com cotação internacional — produzidas no Brasil. Se porém a competição em território nacional é acirrada, o que se denota por exemplo na

---

18 O custo de produtos importados refere-se principalmente às despesas portuárias e encargos alfandegários, calculados como percentual do preço F.O.B. do produto.

19 Ver, a respeito da definição de mercado geográfico, meu voto no AC 22/95, apresentado nesta mesma sessão ordinária (36ª, em 7/5/97).

disputa pela melhor relação preço/qualidade, serviços aos clientes etc., deve-se tratar com mais cuidado a dinâmica competitiva tal como se apresenta ao nível doméstico. Se a rivalidade doméstica entre as firmas é fundamental para determinar estratégias empresariais de expansão, o padrão de competição doméstico forma um espaço próprio, que exige o exame dos efeitos da operação e a eventual constituição de posição dominante no interior das fronteiras nacionais. De outra parte, a intensa rivalidade doméstica quando existente obriga os grupos a buscarem aumentar eficiência, para ocupar e manter espaços de mercado, o que se traduz em maior competitividade externa para o produto brasileiro. Assim, a presença do produto brasileiro no mercado externo pode ser uma decorrência, para além de vantagens comparativas absolutas, do maior grau de rivalidade dentro das fronteiras nacionais, que obrigam as empresas a gerar eficiência. É preciso portanto diferenciar o espaço geográfico que é afetado pela operação da forma de determinação de preços.

A definição de mercado relevante, tarefa básica da análise antitruste, revela a verdadeira dimensão desse trabalho: embora as ferramentas fornecidas pela análise econômica sejam fundamentais, a começar pelas estimativas de elasticidade-preço cruzada entre substitutos próximos, não são suficientes e sequer condição essencial para a análise. A pesquisa qualitativa, diria até sociológica, aplicada à tentativa de captar a natureza da rivalidade existente em um mercado e apreender a percepção dos agentes no mercado sobre a composição da concorrência, a jurisprudência comparada assim como a intuição do analista são ferramentas de importância não desprezível, embora por vezes subestimadas.