

Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999
(publicada no Diário Oficial da União de 28.6.99)

*Dispõe, de forma complementar, sobre o
Processo Administrativo, nos termos do art.
51 da Lei 8.884/94.*

O Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, no uso de suas atribuições legais e tendo em vista o disposto nos artigos 7º, XIX e 51 da Lei 8.884/94 e no art. 26, III do Regimento Interno, aprovado pela Resolução nº 12 (CADE), de 31 de março de 1998,

RESOLVE:

Art. 1º – O Conselheiro-Relator verificará se o processo está devidamente instruído, com os elementos necessários à formação de sua convicção, tendo em vista os Anexos I e II desta Resolução, que têm caráter meramente orientativo.

Art. 2º - O Conselheiro-Relator, em até 60 (sessenta) dias da data de distribuição, mediante despacho, dará ciência ao Plenário, da necessidade, ou não, de instrução complementar meio de carta registrada com aviso de recebimento, fac-símile ou correio eletrônico, sujeitos os dois últimos à confirmação.

Art. 3º – Concluída a instrução do processo, o Relator deverá incluí-lo em pauta para julgamento, com a maior brevidade possível.

§ 1º Iniciado o julgamento, a solicitação de diligências complementares pelo Plenário implicará a retirada de pauta do processo pelo Relator.

§ 2º Cumprida a diligência, o processo será reincluído em pauta pelo Relator, iniciando-se novo julgamento.

Art. 4º – Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União

GESNER OLIVEIRA

Presidente do CADE

ANEXOS

A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos artigos 20 e 21 da Lei 8884/94. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor.

As definições e classificação contidas no Anexo I não exaurem o universo de práticas que, em determinadas circunstâncias, podem ser consideradas como infração à ordem econômica. Os passos básicos na análise de práticas restritivas do Anexo II, da mesma forma, servem tão-somente para explicitar roteiro de análise habitual da autoridade, assegurando a transparência dos procedimentos e critérios adotados pelo CADE.

Ambos os Anexos contribuem, dessa forma, para instruir o público acerca das infrações à ordem econômica nos termos do Inciso XVIII do Artigo 7º da Lei 8884/94.

ANEXO I

PRÁTICAS RESTRITIVAS: DEFINIÇÕES E CLASSIFICAÇÃO

A. PRÁTICAS RESTRITIVAS HORIZONTAIS

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

Em geral, tais práticas pressupõem a existência ou a busca de poder de mercado sobre o mercado relevante. Em diferentes graus, algumas podem também gerar benefícios em termos de bem-estar ao mercado (“eficiências econômicas”), recomendando a aplicação do “princípio da razoabilidade”. Desse modo, é preciso ponderar tais efeitos vis-à-vis os potenciais impactos anticompetitivos da conduta. Portanto, uma prática restritiva somente poderá gerar eficiências líquidas caso as eficiências econômicas dela derivadas compensem seus efeitos anticompetitivos. As situações mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.

Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

2. Outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica.

Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quanto pela necessidade de avaliar eventuais eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade.

3. Ilícitos de associações profissionais: quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrências entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.

4. Preços predatórios : prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.

B. PRÁTICAS RESTRITIVAS VERTICAIS

As práticas restritivas verticais são restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado (“de origem”) sobre mercados relacionados verticalmente – a “montante” ou a “jusante” – ao longo da cadeia produtiva (mercado “alvo”).

As restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos, ou ainda quando aumentam a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores, pela constituição de mecanismos que permitem a superação de

obstáculos à coordenação que de outra forma existiriam.

Assim, em casos de restrições verticais, a análise da interação entre diferentes mercados relevantes adquire particular importância. Isto porque uma determinada conduta no mercado alvo pode ter como principal efeito sobre a concorrência não simplesmente seu impacto no mercado alvo em questão, mas no mercado de origem, onde eventualmente tenha havido um reforço da posição dominante em virtude da conduta vertical em questão. A fixação de preço de revenda discutida adiante, pode, por exemplo, aumentar a probabilidade de êxito de um cartel em virtude da redução dos custos de monitoramento das empresas participantes, visando evitar a desobediência ao acordo ilícito.

Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados vis-à-vis os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade. Tais benefícios estão frequentemente relacionados à economia de custos de transação para os produtores/ofertantes, seja evitando que a intensificação da concorrência intra-marcas leve à proliferação de condutas oportunistas dos revendedores, fornecedores e/ou dos concorrentes, em prejuízo da qualidade dos serviços e em detrimento da sua reputação, seja assegurando ao revendedor/fornecedor remuneração adequada para incentivá-lo a alocar recursos à oferta de bens e serviços.

As condutas mais comuns, ainda que outras sejam possíveis, são:

1. Fixação de preços de revenda: o produtor estabelece, mediante contrato, o preço (mínimo, máximo ou rígido) a ser praticado pelos distribuidores/revendedores.

Existe nessa conduta ameaça efetiva de sanções pelo descumprimento da norma de preços. Na maioria dos casos, é a fixação de preços mínimos (ou rígidos com a função de mínimos) que oferece riscos anticompetitivos efetivos, geralmente relacionados:

- (i) à maior facilidade de coordenar ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços entre os produtores (mercado “de origem”), quando facilita o monitoramento de preços de venda aos consumidores ou serve ao propósito de preservar acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo o desenvolvimento de novos sistemas de distribuição mais eficientes; e
- (ii) ao aumento unilateral de poder de mercado do produtor, na medida em que

permita o mesmo efeito anterior de inibir a entrada de novos distribuidores mais competitivos. No caso específico de serviços pós-venda, esse tipo de restrição permite ainda, em princípio, a exploração monopolista dos usuários após a compra dos produtos, quando as alternativas oferecidas a estes se reduzem drasticamente.

Como nas demais restrições verticais, a possibilidade de benefícios decorrentes da redução de custos de transação deve ser considerada e levada em conta na avaliação dos efeitos líquidos sobre o mercado. Quanto à fixação de preços máximos de revenda, podem oferecer riscos anticoncorrenciais em condições nas quais os distribuidores/revendedores do mercado “alvo” tenham poder de mercado e agreguem valor substancial ao produto/serviço, e em que haja intenção e possibilidade do produtor eliminá-los do mercado.

2. Restrições territoriais e de base de clientes: o produtor estabelece imitações quanto à área de atuação dos distribuidores/revendedores, restringindo a concorrência e a entrada em diferentes regiões.

Tal prática facilita: (i) comportamentos colusivos e tendentes à formação de cartéis entre os produtores/distribuidores, na medida em que sejam utilizados como instrumento de monopolização dos mercados locais pelos distribuidores ou que aumentem os custos das empresas rivais, estimulando-as a reduzir quantidades e aumentar seus preços, e dessa forma, a participar da colusão; e (ii) a elevação unilateral do poder de mercado de um produtor.

Tais restrições elevam os custos de entrada em mercados geográficos contratualmente delimitados na medida em que a extensão do mercado não coberto pelo contrato não seja economicamente atrativa a novos distribuidores/revendedores; ou ainda, restringem o acesso de competidores efetivos aos consumidores potenciais, na medida em que dificultam que distribuidores ou revendedores rivais vendam para os consumidores localizados na área sujeita à exclusividade. Pode ocorrer também a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda, caso estes envolvam custos elevados de mudança e a ocorrência de situações em que o comprador se torna cativo (“lock in”), por não possuir alternativas viáveis de consumo desses serviços. Analogamente, os possíveis benefícios em termos de economia de custos de transação devem ser considerados na avaliação

3. Acordos de exclusividade: os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar os bens dos rivais.

Os efeitos potenciais anticompetitivos estão associados: (i) à implementação de condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização, no mercado “de origem”, quando são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; ou (ii) ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que

impõe a exclusividade, por meio do “bloqueio” e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento de distribuição (ou de fornecimento de insumos), o que pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou indiretamente por aumento de custos dos rivais.

Os possíveis benefícios da prática envolvem novamente a economia de custos de transação, ao buscar a contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos. Devem ser cuidadosamente ponderados, como sempre, na avaliação final.

4. Recusa de negociação: o fornecedor ou comprador, ou conjunto de fornecedores ou compradores, de determinado bem ou serviço estabelece unilateralmente as condições em que se dispõe a negociá-lo, em geral a um distribuidor/revendedor ou fornecedor, eventualmente constituindo uma rede própria de distribuição/revenda ou de fornecimento.

Os efeitos anticompetitivos potenciais estão relacionados principalmente ao “bloqueio” dos e/ou o aumento das barreiras à entrada nos canais de distribuição ou fornecimento, como no item anterior (incluindo possível aumento de custos de rivais), bem como os efeitos relacionados aos serviços pós-venda indicados no item 2 acima. As possíveis eficiências econômicas são essencialmente as mesmas do item anterior. Em geral, esta prática é utilizada em conjunto com outras práticas verticais anticompetitivas, tais como acordos de exclusividade ou fixação de preços de revenda, como forma de retaliação contra distribuidores/fornecedores relutantes em aderir à prática anticompetitiva.

Quando a prática é conduzida por controlador de infra estrutura essencial requer exame mais específico de seus efeitos sobre a concorrência.

5. Venda casada: o ofertante de determinado bem ou serviço impõe para a sua venda a condição de que o comprador também adquira um outro bem ou serviço. Os principais efeitos anticompetitivos estão relacionados à “alavancagem” de poder de mercado de um produto para outro, elevando abusivamente os lucros em detrimento dos adquirentes e, em última análise, do consumidor, ao mesmo tempo em que promove o “bloqueio” do segmento a jusante (em geral, de distribuição) para concorrentes efetivos e potenciais (aumento das barreiras à entrada).

A prática de vendas casadas também pode constituir uma forma de burlar os limites de taxa de retorno e preço em indústrias reguladas, na medida em que a empresa seja capaz de incrementar o preço total pela inclusão obrigatória de um novo produto ou serviço ao “pacote”. Efeitos anticompetitivos sobre serviços

pós-venda também podem ocorrer. Possíveis eficiências econômicas da mesma natureza dos casos anteriores devem ser avaliadas, com ênfase na possibilidade de se tratar de produtos complementares de tipo “sistema” e/ou de apresentarem economias de escopo na produção.¹¹⁸

6. Discriminação de preços: o produtor utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

Esta prática, amplamente disseminada nas economias modernas, não é intrinsecamente anticompetitiva, na medida em que, embora aumentando os lucros do produtor, pode não afetar o bem-estar dos consumidores ao não restringir, ou até ao aumentar, o volume de transações no mercado. A análise específica se torna particularmente relevante neste caso, especialmente pela variedade de formas em que pode ocorrer a discriminação de preços.

Em serviços de utilidade pública, a discriminação de preços reflete, com frequência, a presença de categorias de consumidores com níveis muito dispare de consumo; diante de elevadas economias de escala, torna-se em geral eficiente cobrar menos de consumidores de volumes maiores. Na mesma direção, quando o custo marginal de fornecimento de um serviço aumenta significativamente em certos intervalos de tempo, comumente denominados “períodos de pico”, o estabelecimento de preços diferenciados constitui prática eficiente.

Quando uma empresa discrimina entre dois ou mais grupos de consumidores com curvas de demanda com diferentes elasticidade, a análise deve ser cuidadosa, pois o impacto de tal prática sobre o bem estar depende de vários fatores a respeito dos quais a autoridade nem sempre dispõe de informação segura.

Em certos casos, a discriminação de preços pode estar indicando uma variante de recusa de vendas ou de venda casada; sob essas formas indiretas, é uma prática relativamente frequente em setores regulados abertos à concorrência.

Em situações em que uma empresa tem controle parcial ou total sobre uma rede ou infra-estrutura essencial, a discriminação de preços pode servir para elevar o custo do concorrente, com efeitos nocivos à livre concorrência.

¹¹⁸ Ocorre economia de escopo quando o custo da produção conjunta de mais de um bem ou serviço é menor do que o custo da produção de cada um deles de forma isolada. Um indicador de economia de escopo, E_e , pode ser calculado da seguinte forma: $E_e = [C(a) + C(b) - C(a,b)]/[C(a,b)]$, onde $C(a)$ e $C(b)$ constituem, respectivamente, os custos de produção individual dos bens a e b e $C(a,b)$ representa o custo da produção conjunta dos referidos bens.

ANEXO II

CRITÉRIOS BÁSICOS NA ANÁLISE DE PRÁTICAS RESTRITIVAS

A. APRESENTAÇÃO

O principal pressuposto, a ser verificado preliminarmente pela análise, é que condutas prejudiciais à *concorrência*, e não apenas a concorrente(s), em geral, requerem a pré-existência, a alavancagem de um mercado para outro ou a busca de posição dominante no mercado relevante por parte de quem a pratica.

Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos constituem condições *necessárias*, mas *não suficientes*, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios (“eficiências”) compensatórios.

Os passos básicos dessa análise são:

1. *Caracterização da conduta*

1.1. Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal

1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos.

2. *Análise da Posição Dominante*

2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s).

2.2. Estimativa das participações no conjunto das empresas no(s) mercado(s) relevante(s).

2.3. Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).

3 *Análise da conduta específica*

3.1. Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).

3.2. Exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta.

3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.

B. DETALHAMENTO

1. *Caracterização da conduta*

1.1. *Identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal*

O passo inicial da análise de uma prática de mercado é a caracterização de sua natureza anticoncorrencial, identificando-se claramente a autoria da conduta, os produtos e mercados envolvidos (p. ex., se horizontal ou vertical, e de que tipo), sua racionalidade do ponto de vista de quem a pratica e uma análise

preliminar de seus efeitos prováveis sobre o (s) mercado(s), seguida de uma primeira proposta de enquadramento legal.

1.2. Verificação da existência de evidências suficientes da conduta nos autos
A adequada instrução do processo supõe que os autos reúnam evidências suficientes da prática em questão, que não precisam restringir-se à prova documental, inclusive evidências circunstanciais como a ausência de racionalidade econômica para a adoção de conduta que não a da prática ilícita.

2. Análise das condições estruturais e/ou institucionais

2.1. Delimitação do(s) mercado(s) relevante(s)

O mercado relevante constitui o espaço - em suas dimensões produto ou geográfica - no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. Mediante o "teste do monopolista hipotético", o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (ou, a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo.

A possibilidade de substituição constitui a variável chave na identificação do mercado relevante, uma vez que a livre concorrência depende da possibilidade do exercício de escolha por parte dos consumidores. Assim, um mercado relevante, em sua dimensão produto, compreende todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização.

Por sua vez, em sua dimensão geográfica, um mercado relevante compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos e serviços.

Em casos de abuso de posição dominante, a definição do mercado relevante requer cuidado adicional. Com efeito, em se tratando de situação em que o agente investigado possivelmente já tenha elevado seu preço em nível superior ao competitivo, a metodologia implícita no teste monopolista hipotético mencionado acima acarreta distorções.

De fato, uma vez que o ponto de partida do exercício passa a ser um patamar já de preço de monopólio, o aumento final de preço suposto poderia induzir a uma superestimativa das possibilidades de substituição. Isto tornaria o mercado relevante artificialmente amplo, subestimando a participação da empresa sob investigação. A fonte da distorção residiria, portanto, na aceitação do ponto inicial de preço como a referência de preço competitivo em contradição com a natureza mesma do objeto sob investigação, envolvendo unidade detentora de posição dominante.¹¹⁹

¹¹⁹ Embora o problema apareça de forma mais clara em casos de abuso de posição dominante, o cuidado apontado também deve ser tomado na análise de atos de concentração, especialmente nas jurisdições, como a brasileira, em que a legislação faculta a notificação a posteriori, permitindo dessa forma que ajustes anticoncorrenciais possam ocorrer antes que a autoridade antitruste tenha prolatado sua decisão.

2.1.1. Determinação dos produtos suficientemente bons substitutos do ponto de vista da demanda para comporem o(s) mercado(s) relevante(s) na dimensão produto.

2.1.2. Determinação da dimensão geográfica do(s) mercado(s) relevante(s) já definido(s) em termos de produto.

Para a delimitação de cada mercado relevante nas dimensões produto e geográfica devem ser levadas em consideração as seguintes informações:

- a eficácia, a qualidade e a conveniência relativa dos produtos substitutos;
- a evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas;
- os custos de consumir produtos substitutos provenientes da mesma ou de outras áreas;
- o tempo necessário para promover a eventual substituição; e
- evidências de que os consumidores desviariam sua demanda ou levariam em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudança nos preços relativos ou em outras variáveis competitivas.

2.2. *Estimativa das participações no(s) mercado(s) relevante(s).*

2.2.1. Determinação das firmas participantes do(s) mercado(s) relevante(s), inclusive as entrantes não comprometidas (isto é, que não têm custos significativos de entrada e saída), levando-se em consideração a elasticidade da oferta.

2.2.2. Cálculo das participações de mercado dos participantes no(s) mercado(s) relevante(s), particularmente da(s) empresa(s) acusada(s) da prática.

É a partir do mercado relevante construído em 2.1 que será definida a participação de mercado de cada um dos agentes, servindo como um indicador útil para uma avaliação inicial acerca do potencial de abuso de posição dominante. Qualquer participação de mercado calculada fora de um mercado relevante é de escasso interesse do ponto de vista da defesa da concorrência. Por exemplo, as participações de mercado no segmento de higiene bucal constituído por pasta de dente, escova de dente, fio dental e enxaguante dental carecem de sentido do ponto de vista da defesa da concorrência dado que esses bens não são substitutos do ponto de vista da demanda ou da oferta. Constituem, portanto, quatro mercados relevantes distintos. Assim, a variável participação de mercado só faz sentido do ponto de vista do CADE para cada um desses produtos específicos.

Há diversas formas de mensuração da participação de cada agente no mercado relevante:

- Faturamento de cada agente no faturamento total do mercado relevante;
- Quantidade total vendida de cada agente na quantidade total vendida no mercado relevante;
- Capacidade produtiva de cada agente do produto relevante na capacidade produtiva existente total no mercado relevante.

O faturamento é freqüentemente utilizado, embora o grau de adequação da variável escolhida dependa de diferentes fatores como a disponibilidade de informação, o papel da capacidade produtiva como definidora de poder de mercado, as diferenças de preços entre bens integrantes do mesmo mercado relevante de produto (o que torna a medida de faturamento mais condicionada por preço do que por quantidade), entre outros.

Por exemplo, no caso de medicamentos, a capacidade produtiva pode ser uma restrição pouco relevante comparativamente à marca e patentes. Por sua vez, a utilização da participação na quantidade total em termos físicos depende naturalmente do grau de homogeneidade do produto. Na mesma direção, outras variáveis poderiam ser cogitadas para certos setores, como a participação no total de depósitos do sistema bancário quando se tratar de um ato de conduta neste segmento, ou no total de exportações quando a produção for inteiramente voltada para o mercado externo e o acesso à infra-estrutura de escoamento da produção para o resto do mundo for decisiva nas relações de concorrência.

2.3. *Análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais (barreiras à entrada), no(s) mercado(s) relevante(s) (incluindo condições institucionais).*

2.3.1. Cálculo do grau de concentração do(s) mercado(s) relevante(s), utilizando-se o HHI ou semelhante.

Os índices de concentração utilizados também podem variar sobretudo em função da disponibilidade de dados em cada caso específico. Note-se que não há índices melhores ou piores para este ou aquele país. Como em toda aplicação estatística, a autoridade deve ser cuidadosa em sua interpretação, procurando depreender seu significado técnico e inevitáveis limitações.

Há dois tipos de índices mais comumente utilizados: os índices “Ci” e o índice de Herfindahl Hirschman, discutidos em seguida.

”Índices Ci”

Os índices “Ci” medem a participação percentual das “i” maiores empresas no mercado relevante. Assim, pode-se utilizar o “C2” que é a participação percentual das 2 maiores empresas no mercado, o “C3” das três maiores e assim por diante.

O Quadro 1 contém dados hipotéticos acerca das participações de mercado das empresas participantes nos dois mercados, A e B.

Quadro 1

Participações de Mercado das Empresas Integrantes dos Mercados Relevantes A e B
(em percentual do faturamento)

Ordenamento das Empresas	Mercado A	Mercado B
Empresa 1	50%	20%
Empresa 2	15%	20%
Empresa 3	10%	20%
Empresa 4	5%	20%
Empresa 5	5%	20%
Empresa 6	5%	-
Empresa 7	5%	-
Empresa 8	5%	-

O C2 do Mercado A é 65% (50% da Empresa 1 somado aos 15% da Empresa 2), o C3 é 75% e o C4 é 80%. Naturalmente, C8 é 100%, pois compreende todo o Mercado A, do qual participam oito empresas.

Note-se que o C2 para o Mercado A (65%) é maior do que C2 para o Mercado B de 40% (soma dos 20% das empresas 1 e 2). Mas o C4 do Mercado A é de 80% (50+15+10+5), igual ao C4 do Mercado B (20+20+20+20), embora seja razoável presumir uma posição dominante mais acentuada da Empresa 1 no Mercado A, dado o seu controle sobre metade do mercado. Resta claro que este tipo de índice não contém informação suficiente em determinados casos. O HHI descrito em seguida pode ser útil para superar tal dificuldade.

Índice de Herfindahl Hirschman (HHI)

O índice de Herfindahl Hirschman (HHI) corresponde ao somatório dos quadrados das participações de cada empresa no mercado. No exemplo da tabela acima, o HHI é calculado da seguinte forma para os Mercados A e B:

HHI do Mercado A = $50^2 + 15^2 + 10^2 + 5^2 + 5^2 + 5^2 + 5^2 + 5^2 = 2500 + 225 + 100 + 25 + 25 + 25 + 25 + 25 = 2950$

HHI do Mercado B = $20^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 + 20^2 = 2000$

Diferentemente do CR4, neste caso, o HHI capta a maior concentração do Mercado A relativamente ao Mercado B (2950 contra 2000).

O HHI varia de 0 a 10000. Em um mercado semelhante ao modelo de concorrência perfeita com um número muito grande de unidades, o valor das participações individuais de mercado é insignificante e o HHI tende a zero. No extremo oposto, sob regime de monopólio, em que há apenas uma empresa, sua participação é 100% e o HHI correspondente é 10000 (100^2).

O Quadro 2 compara sucintamente os dois tipos de índices:

Quadro 2
Breve Comparação entre os Índices “C_i” e o HHI

Propriedades/Índices	C _i	HHI
Grau de informação trazida pelo índice	Pequena. No exemplo do Quadro 1 o CR4 dos Mercados A e B é igual a despeito de uma curva de concentração visivelmente mais acentuada no Mercado A.	Grande. O HHI capta maior volume de informação acerca de concentração.
Volume de informação requerido para calcular o índice	Pequena. Os dados de faturamento das empresas líderes estão, em geral, disponíveis	Grande. Em mercados que possuem uma franja significativa de pequenas empresas, o volume de informação requerido pode tornar o cálculo proibitivo. Quanto maior a participação dessa franja no total do mercado relevante, maior o erro que deverá ser incorrido na estimação das participações nessa franja.
Relação com o índice de poder de mercado de uma firma, c omo o índice de Lerner = $L = \frac{p - C_m}{p}$.	O C1 em um modelo simples de oligopólio de Cournot guarda uma relação direta com o índice de Lerner, isto é, com uma medida de poder de mercado.	O HHI em um modelo simples de oligopólio de Cournot guarda uma relação direta com a média ponderada dos índices de poder de mercado das firmas oligopolistas, sendo a participação de mercado de cada unidade o fator de ponderação.

2.3.2. Análise dos padrões de concorrência no(s) mercado(s) relevante(s), verificando-se se a prática alvo da acusação é comum a todos os seus participantes, e por que motivo.

2.3.3. Aferição do grau de rivalidade (concorrencial, estratégica e tecnológica) entre os participantes no(s) mercado(s) relevante(s).

2.3.4. Avaliação das barreiras à entrada

Na aceção pioneira de Bain, as barreiras à entrada dizem respeito às condições que permitiriam que as firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante pudessem perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes.

Destaquem-se alguns dos exemplos mais comuns de fontes de barreiras à entrada:

- Economias de escala;
- Economias de escopo;
- Requerimentos de capital mínimo para a entrada elevados, tanto para a produção como para a distribuição;
- Fatores institucionais, como tarifas, quotas e regulações sanitárias;
- Tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes;
- Custo de aprendizado;
- Acesso difícil a matérias-primas;
- Lealdade do consumidor à marca;
- Elevada parcela de custos irrecuperáveis (sunk costs)

Tendo em vista as restrições dadas pelas barreiras à entrada existentes, o analista de defesa da concorrência deve avaliar qual a probabilidade de firmas atuando fora do mercado relevante entrar neste último de forma suficientemente rápida e com um volume de produto suficientemente alto para contestar as firmas estabelecidas.

Neste esforço, é útil, por vezes, a abordagem de Stigler na qual as barreiras à entrada residiriam em fontes de assimetrias entre firmas estabelecidas e potenciais entrantes. Constituiriam custos que devem ser incorridos pelo entrante, mas não pela firma estabelecida, justificando, por exemplo, a ênfase na parcela de custos irrecuperáveis associados à entrada em um determinado mercado relevante.

Avaliação das Barreiras à Entrada e as Perspectivas de Rentabilidade no Mercado Relevante em Questão

Note-se que a dimensão das barreiras a entrada está relacionada às perspectivas de rentabilidade em um determinado setor. Assim, se as chances de lucratividade em um segmento são mediocres, barreiras que em outros ramos seriam consideradas pequenas, ou até mesmo insignificantes, podem representar obstáculos ao ingresso de competidores.

Este tipo de análise permite aquilatar a dimensão das barreiras à entrada. Um projeto de entrada em determinado mercado tem uma probabilidade de êxito e

de seu complemento, de fracasso. Daí ser possível estimar a probabilidade de sucesso associada a um lucro esperado zero.¹²⁰ Se esta for alta relativamente a um nível que se considera como sendo uma boa estimativa da probabilidade de êxito, a barreira deve ser considerada elevada.

2.3.5. Exame do grau de exposição do(s) mercado(s) relevante(s) à concorrência por importações.

3. Análise da conduta específica

3.1. *Avaliação dos danos anticoncorrenciais da conduta sobre este(s) (ou outros) mercado(s).*

Os prejuízos à concorrência resultantes de práticas restritivas, como visto no Anexo I, variam principalmente em função de as práticas em questão serem caracterizadas como horizontais ou verticais.

3.1.1 No caso das práticas *horizontais*, o principal efeito anticoncorrencial é o de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado relevante, seja a curto prazo (cartéis e outros acordos entre empresas, tabelamentos de associações de profissionais), seja a médio ou longo prazos (preços predatórios).

3.1.2 No caso das práticas *verticais*, os principais efeitos anticoncorrenciais são: a facilitação da implementação de práticas concertadas (cartéis, etc.), ou o reforço unilateral de poder de mercado de uma empresa dominante, no mercado relevante “de origem” (comum a todas as práticas); o “bloqueio” do mercado relevante “alvo” da prática para concorrentes efetivos ou potenciais (aumento das barreiras à entrada), inclusive por aumento de custos de rivais; a exploração monopolista dos usuários de serviços pós-venda; e a atenuação da concorrência entre ou intra-marcas.

Na investigação dos possíveis efeitos anticompetitivos das práticas verticais, as seguintes informações básicas deverão ser levadas em consideração:

- a proporção do(s) mercado(s) relevante(s) alvo(s) atingida pelas condutas verticais investigadas;
- a duração das práticas restritivas;
- a magnitude das barreiras à entrada no(s) mercado(s) envolvido(s) na prática restritiva;
- o grau de concorrência inter-marcas;
- o grau de substituíbilidade entre as marcas concorrentes;
- os diferenciais de preços dos produtos equivalentes de marcas distintas;
- as condutas prévias das empresas atuantes no(s) mercado(s) relevante(s) em termos de comportamentos coordenados; e
- os níveis de consumo vigentes antes e depois da prática vertical.

¹²⁰ O valor esperado do lucro associado ao ingresso em um determinado mercado pode ser expresso como: $E(P) = P_s S + (1 - P_s)(-F)$, onde: P é o lucro e $E(P)$ é o lucro esperado; P_s é a probabilidade de sucesso, quando se obtém o ganho S ; $1 - P_s$ é a probabilidade de fracasso quando se perde a quantia $-F$. Sobre a hipótese de lucro zero, isto é, de meramente equilibrar ganhos e perdas, $E(P) = P_s S + (1 - P_s)(-F) = 0$, de onde $P_s = F/(S+F)$. P_s constitui, assim, um possível indicador de barreira à entrada.

3.2. *Exame de possíveis eficiências econômicas geradas pela conduta.*

Como indicado no **Anexo I**, a aplicação da regra da razoabilidade requer para todas as práticas anticompetitivas a identificação e avaliação de possíveis benefícios ou aumentos de eficiência a elas associados.

3.2.1. No caso das práticas horizontais, eventuais benefícios podem estar relacionados apenas à realização de investimentos que incorporem - ou à interação entre ativos complementares já existentes, que proporcionem - maior eficiência produtiva ou tecnológica, em determinados acordos entre empresas; ou o suporte à qualidade dos serviços prestados, em certos casos de preços tabelados por associações de profissionais.

3.2.2. No caso das práticas verticais, os principais dentre os possíveis benefícios/eficiências a elas associados consistem na redução de custos de transação, expressa na detenção de comportamentos oportunistas (“free rider”) de modo a preservar/incentivar a qualidade dos serviços nos mercados “alvo” (distribuição, pós-venda, etc.) e proteger a reputação e os investimentos em ativos específicos de empresas no mercado “de origem”. Em certos casos podem ainda estimular a consecução de economias de escala e de escopo no mercado “alvo”, ou ainda proteger o desenvolvimento tecnológico no mercado “de origem”. No caso específico da fixação de preços máximos de revenda, é preciso considerar a hipótese de que ela permita eliminar a possibilidade de exercício de poder de mercado por parte dos distribuidores.

Na avaliação dos possíveis benefícios (eficiências) econômicos das práticas restritivas verticais deve-se investigar se as relações contratuais entre as empresas em questão, na ausência da prática sob análise, são vulneráveis a ações oportunistas de qualquer uma delas, o que exige basicamente informações sobre: — características do produto ou serviço que está sendo transacionado, de maneira a estimar os custos que cada parte de um hipotético contrato simples de compra e venda teria em monitorar o cumprimento dos termos contratuais pela outra parte;

— os custos de busca de alternativas para comprar ou vender o mesmo produto ou serviço, caso o hipotético contrato simples de compra e venda seja desfeito. Estes custos dependem da realização de investimentos em ativos específicos por uma ou ambas as partes, ou seja, ativos especializados que perdem valor quando utilizados em transações com outros agentes. A especificidade dos ativos pode decorrer de: (i) localização geográfica, (ii) características físicas de equipamentos, (iii) capacitações tecnológicas especializadas, (iv) capacidade produtiva dimensionada para a demanda de um grande cliente.

Quando as práticas envolverem relações entre produtores e distribuidores/prestadores de serviços pós-venda (manutenção, etc), a investigação das possíveis eficiências deve-se fazer a partir de um conjunto de informações específico, que abrange:

— características físicas dos produtos comercializados, especialmente as que levam os consumidores a depender de uma oferta complementar de serviços, seja para a escolha do produto, seja para sua correta utilização e/ou manutenção;

— características dos consumidores que afetam sua dependência de terceiros no que se refere aos serviços acima mencionados;

— características dos canais de distribuição dos produtos, identificando os agentes que têm poder efetivo de influenciar as decisões do consumidor;

— identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores em ativos fixos utilizados pelos distribuidores/prestadores de serviços pós-venda, estimando a possibilidade de que sejam utilizados por estes últimos para alavancar vendas de produtos de produtores concorrentes;

— identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores no treinamento de distribuidores/prestadores de serviços pós-venda, estimando a complexidade das capacitações envolvidas e a possibilidade de estes últimos utilizarem os conhecimentos obtidos para alavancar vendas de produtos de produtores concorrentes;

— identificação e avaliação dos investimentos efetuados pelos produtores em propaganda e marketing que levam os consumidores a procurar seus distribuidores, mas permitem a estes desviá-los para a aquisição de produtos de produtores concorrentes que oferecem uma maior margem na comercialização;

— estimativa de variáveis que podem afetar os custos que o produtor incorre no monitoramento do desempenho dos distribuidores e prestadores de serviços pós-venda, tais como o número e a distribuição geográfica dos distribuidores, prestadores de serviços e clientes;

— identificar a possibilidade, avaliando-a se possível, de o produtor recompensar individualmente os distribuidores em função do esforço de venda realizado.

3.3. Avaliação final (ponderação) dos efeitos anticompetitivos e das eficiências econômicas da conduta.

Como já mencionado, a análise da conduta específica, baseada no princípio da razoabilidade, conclui-se com a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão. Dada a dificuldade de mensuração desses efeitos, seja porque muitos deles são apenas potenciais, seja pelos problemas intrínsecos de mensuração dos custos de transação (presentes nos benefícios potenciais de quase todas as práticas verticais), é inevitável que a análise seja em grande parte qualitativa, devendo entretanto ser procedida de forma minuciosa e criteriosa.