

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E ESTRUTURAS DE MERCADO

Kelly Cristina dos Santos GERUNTHO¹

Tamara de Oliveira BARBOZA²

Regina Elisemar Custódio MAIA³

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da concentração econômica e das estruturas de mercado por ela formadas. Estas estruturas, por um lado, trazem benefícios ao mercado, no sentido de promover o aumento de investimentos em tecnologias, permitindo também a realocação de recursos em setores mais produtivos. Por outro lado, podem trazer prejuízos à livre concorrência e ao consumidor, com o estabelecimento de barreiras à entrada de novos competidores ou com a prática de preços abusivos. Diante dessa dualidade de efeitos, cabe ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência promover a análise econômica e jurídica dessas operações de concentração, de modo a estabelecer um equilíbrio entre livre iniciativa e livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Concentração econômica. Estruturas de mercado. Defesa da concorrência. Direito concorrencial

INTRODUÇÃO

Esse trabalho propõe-se à análise da formação de estruturas de mercado a partir da concentração econômica e o estudo dos seus efeitos, a fim de compreender o objetivo da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - mediante o controle dos atos de concentração. Esse controle é orientado pela Lei 8.884 de 11 de junho de 1994, no artigo 54 e seguintes. A organização industrial do mundo é estruturada, na forma de oligopólios. Os oligopolistas podem competir vigorosamente uns com os outros, de forma que é possível haver uma grande inovação tecnológica e a criação de economias de escala, cujos benefícios são em parte transmitidos ao consumidor com a diminuição do custo de produção que terá reflexos no preço final do produto. Todavia, essas estruturas oligopolizadas podem trazer prejuízos ao ambiente concorrencial, como facilidade para formação de conluio entre os grandes agentes econômicos de um dado mercado. As estruturas de mercado formadas pela concentração econômica trazem, pois, uma dualidade de efeitos, de modo que o seu estudo é essencial para a tutela da concorrência.

¹ Discente do 10º período do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: Kelly.gerutnho@gmail.com

² Discente do 10º período do curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. E-mail: tamaraoliveira37@gmail.com

³ Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba. Mestre em Direito. Advogado. E-mail: arianefo@ig.com.br

1.ORIGEM E EVOLUÇÃO DA CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A doutrina associa as origens da concentração econômica no Brasil com o processo de colonização, o qual foi fundado na forte apropriação de renda por um pequeno grupo da sociedade. A desigualdade e a pobreza estão no centro desse processo e, mais do que um resultado indesejado do processo concentrador são elementos definidores da própria colonização. Nesse período, o papel desempenhado pelo Direito limitava-se a legitimar o processo de concentração de poder econômico, contribuindo fortemente para acentuar a extração de renda e, por consequência, fixando uma das bases em que se sustenta o subdesenvolvimento do país. Modernamente, as características da concentração econômica estão relacionadas ao sistema de mercado do capitalismo, voltadas ao aperfeiçoamento das relações de mercado e dos produtos e serviços. Isso não significa afirmar que a concentração deixou de possuir alguns dos traços do período colonial (principalmente no que tange à potencialidade de extração de renda e criação de pobreza). Pode-se ver uma mudança na postura do Direito, que passa a disciplinar o poder econômico com esteio em princípios constitucionais, como a livre iniciativa, a livre concorrência, a valorização do trabalho humano. Nesse percurso jurídico-legal, também se percebem mudanças no posicionamento do legislador com relação ao fenômeno da concentração econômica no que tange à sua (i) licitude. Essa em um primeiro momento, mais precisamente no contexto do Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, a fusão de empresas que visasse impedir ou dificultar a concorrência era considerada um crime contra a economia popular, que deveria ser duramente reprimida.

Embora hoje não mais se enquadre a concentração de poder econômico no direito penal (tipificado como “crime”), vê-se que já havia a preocupação das autoridades com relação ao fenômeno concentracionista que então tomava volume. Apesar da força com que esse decreto procurava punir possíveis violações à livre concorrência, Benjamin M. SHIEBER pondera que esses dispositivos não tiveram efetiva aplicação, provavelmente em decorrência da inexistência de um órgão público específico para tratar dessas situações. Em seguida, o decreto-lei nº 7.666 de 22 de junho de 1945 inovou ao estabelecer um órgão especializado para aplicar a lei, o qual foi denominado CADE (Comissão Administrativa de Defesa Econômica). Esse decreto previu que as operações de incorporação, fusão ou agrupamento de empresas que tivessem por efeito restringir a liberdade econômica das outras empresas seriam consideradas atos contrários ao interesse da economia nacional, estando sujeitas à notificação do CADE para cessar a prática, sob pena de intervenção temporária.

Posteriormente, foi editada a primeira lei antitruste brasileira sob o número 4.137 de 10 de setembro de 1962 que definiu como abuso de poder econômico a dominação de mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência por meio de coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer forma de concentração de empresas. Atualmente vige a Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, que submete a controle por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – os atos e contratos que visem à concentração econômica e que possam prejudicar ou limitar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante, ou análise demonstra a evolução do direito brasileiro diante da transformação das relações de mercado impostas pelo sistema capitalista, o que fez mudar a natureza jurídica dos atos de concentração bem como a forma do seu controle.

No Decreto-Lei nº 869 de 18 de novembro de 1938, a fusão de empresas que visasse impedir ou dificultar a concorrência era considerada um crime contra a economia popular, que deveria ser duramente reprimida. Esses atos poderão ser aprovados se, por exemplo, trouxerem aumento de produtividade e benefícios ao consumidor, ainda que prejudiquem a concorrência. A concentração econômica ganha essa abordagem mais condizente com as mudanças econômicas, não se limitando a configurar-se, pura e simplesmente, como crime ou abuso de poder. Essa mudança de perspectiva, como se verá, buscou acompanhar a evolução do mercado com a globalização, possibilitando às empresas brasileiras ocupar, progressivamente, um espaço de mais destaque no mercado internacional.

2.FORMAS DE CONCENTRAÇÃO

As concentrações econômicas são classificadas pela doutrina em três categorias: concentração horizontal (que se processa entre concorrentes), concentração vertical (na qual as partes se relacionam dentro de uma cadeia de produção, em uma relação fornecedor-produtor-cliente) e conglomerada (quando as empresas envolvidas não possuem, em princípio, qualquer relação entre si). No artigo 54, §3º da Lei Antitruste foram previstos, indiretamente, os três tipos de concentração, pois ao mencionar o critério da participação no mercado relevante referiu-se às concentrações horizontais e verticais, enquanto a referência ao faturamento bruto anual de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) pode ser atribuída à formação de conglomerados.

2.1 CONCENTRAÇÃO VERTICAL

A concentração vertical consiste na operação envolvendo agentes econômicos de uma mesma cadeia produtiva e seus canais de comercialização. Ela pode ser realizada “para trás”, quando a empresa adquirida for uma fornecedora de matéria-prima, ou pode ser “para frente”, quando a empresa adquirida utilizar na sua produção os bens gerados pela adquirente. Dessa forma, é possível indicar três tipos de consequências que podem advir dessa espécie de concentração: (I) geração de dificuldades aos concorrentes de uma das empresas envolvidas na operação; (II) criação ou intensificação das barreiras à entrada de novos concorrentes; (III) facilidade para a formação de conluio entre as empresas envolvidas. Para os adeptos da Escola de Chicago, somente haverá problemas na concentração entre fornecedor e comprador quando um deles detiver poder de mercado horizontalmente considerado, e quando houver barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes – justamente os requisitos utilizados para identificar as concentrações horizontais.

SALOMÃO FILHO critica essa concepção, ao argumento de que se o controle de concentração vertical se fundamenta no sancionamento de um aumento de

concentração no mercado horizontalmente concentrado, nada haveria a ser controlado no caso de uma concentração vertical, pois nessa situação o poder de mercado horizontalmente concentrado não se cria nem aumenta. Disso decorre que a possibilidade de realizar negócios com a empresa adquirida será eliminada para os concorrentes da adquirente. O aumento das barreiras à entrada de novos concorrentes será existente na medida em que um potencial concorrente apenas poderá ingressar no mercado relevante concentrado se puder dedicar-se, também, à atividade da empresa adquirida, o que representa aumento dos custos e dificuldade de entrada. Finalmente, a concentração vertical pode resultar no incentivo à conduta conclusiva, geralmente sob a forma de cartel, e isso se dá sob dois aspectos. Em primeiro lugar, esse estímulo está associado à maior facilidade de controle da conduta de cada participante do cartel pelos demais integrantes, sobretudo na fase de distribuição do produto. Em segundo lugar, a concentração vertical pode promover a eliminação de um comprador com poder de mercado (um monopsonio) suficiente para fazer frente ao poder dos vendedores. Diante disso, o CADE já ressaltou a importância do estudo das possíveis barreiras à entrada no contexto das integrações verticais.

2.2. CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL

A concentração horizontal consiste na integração entre empresas que atuam no mesmo mercado relevante, ou cujos produtos sejam substitutos e concorrentes entre si (ou seja, no caso de aumento do preço de um deles, o outro seria a opção dos consumidores). Em outras palavras, será considerada uma concentração horizontal aquela que envolva empresas que fabriquem ou comercializem o mesmo produto, ou empresas cujos produtos sejam tidos como substitutos um dos outros. Em se tratando de uma forma de concentração que resulta na retirada de um concorrente do mercado, temos essa espécie como a que pode oferecer maiores prejuízos à livre concorrência, o que atrai a atenção da autoridade antitruste para o controle das concentrações horizontais. A preocupação com esse tipo de concentração diz respeito, basicamente, a três possíveis efeitos prejudiciais à concorrência: (I) em mercados oligopolizados, pode haver um aumento da possibilidade de as empresas não envolvidas no ato de concentração adotar um comportamento colusivo; (II) formação de um agente em posição dominante, desestimulando a formação independente dos preços; e por fim (III) em mercados menos desenvolvidos, pode levar um agente econômico à posição de monopolista.

É importante destacar que as concentrações horizontais também podem trazer benefícios ao mercado e à economia, situações nas quais a autoridade antitruste deve aprovar essas concentrações. É o que ocorre quando uma operação promove o aumento da eficiência, que pode ser obtida com a formação de economias de escala (que reduz o custo unitário de produção).

Em razão disso, infere-se que a concentração horizontal será tanto mais favorecida pela autoridade antitruste quanto mais for demonstrado que o crescimento interno não é uma opção para as empresas. 81 O aumento da capacidade produtiva interna não será viável, por exemplo, quando o aumento de escala necessário para atingir a eficiência de produção demandar custos muito elevados ou muito tempo de investimento.

2.3 CONCENTRAÇÃO CONGLOMERADA

As concentrações conglomeradas são aquelas operações não abrangidas pelos tipos verticais e horizontais, de modo que as empresas adquirentes e adquiridas desenvolvem suas atividades em mercados relevantes diferentes e não relacionados verticalmente. Os casos que mais interessam à autoridade antitruste dizem respeito às conglomeradas que envolvem empresas cujos mercados relevantes guardam alguma relação. Isso pode se dar com a extensão geográfica, que ocorre quando a adquirente e a adquirida produzem bens similares em mercados relevantes distintos, e também com a extensão do produto, que ocorre quando as empresas produzem bens relacionados entre si de alguma forma (por exemplo, quando uma empresa que fabrica sabão em pó e detergentes resolve adquirir uma empresa que produz amaciantes).

Pode ocorrer, ainda, que os bens produzidos pelas empresas em concentração conglomerada não possuam qualquer relação entre si, originando os denominados conglomerados puros, que, todavia, não constituem objeto de preocupação da autoridade antitruste. Com relação à eficiência gerada numa concentração conglomerada, apesar de essa não ser tão evidente como nas concentrações vertical e horizontal, pode-se afirmar que, em alguns casos, a formação de conglomerados pode reduzir alguns custos, repercutindo no aumento da sua eficiência. A condição de empresa conglomerada pode, pois, permitir a compra de maior volume de matéria-prima por um preço inferior, bem como o maior aproveitamento na realização de pesquisa e desenvolvimento.

O fato de as concentrações conglomeradas originarem grandes grupos econômicos com poder em vários setores da economia torna os conglomerados grande preocupação daqueles que vêem nas concentrações a possibilidade de poderem condicionar a atuação dos poderes públicos, utilizando o poder econômico para finalidades políticas.

3. MERCADO RELEVANTE

O mercado relevante leva em consideração duas dimensões: a dimensão produto e a dimensão geográfica. A ideia por trás desse conceito é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo.

Sua definição é bastante importante na análise de um ato de concentração, pois delinear-lo em proporções excessivas pode levar à descaracterização da existência de poder de mercado, mesmo quando haja grande concentração.

3.1 MERCADO GEOGRÁFICO E MERCADO MATERIAL

Um mercado relevante geográfico compreende a área em que as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços/serviços. A definição de um mercado relevante geográfico exige também a identificação dos obstáculos à entrada de produtos

ofertados por firmas situadas fora dessa área. Um mercado relevante do produto, ou seja, material, compreende todos os produtos/serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização. Um mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendemos agrupamento.

4. CONCORRÊNCIA PERFEITA

A análise da concentração dos mercados é realizada a partir de modelos descritivos de tipos de mercado, variáveis conforme a quantidade de agentes neles atuantes. Identificam-se cinco tipos de estruturas de mercado: (I) concorrência perfeita, (II) concorrência imperfeita ou monopolística, (III) oligopólio, (IV) monopólio, e (V) o monopólio bilateral. Nesta ordem colocada, a intensidade da concorrência é máxima na concorrência perfeita, diminuindo gradativamente até a situação de monopólio bilateral. Isso deixa claro que a concentração de um mercado é questão de grau e não algo que, pura e simplesmente, existe ou não existe.

O modelo de estrutura de mercado da concorrência perfeita é o que possui maior grau de abstração, servindo de paradigma para a análise dos demais modelos. Constitui mais uma abstração teórica para explicar o funcionamento do mercado em concorrência pura do que uma descrição da realidade, servindo de contraponto aos mercados concentrados. Nenhum dos agentes econômicos será forte o suficiente para influenciar o preço, não podendo aumentá-lo (sob pena de perder suas vendas) nem diminuí-lo (sob pena de sofrer prejuízos com os custos de produção), nem reduzir unilateralmente a oferta (pois a parcela não vendida é suprida pelos concorrentes). Diante da tendência nula de obtenção de lucros a partir do modelo de concorrência perfeita torna-se impossível imaginar um processo de desenvolvimento permanente, com aumento do grau tecnológico e qualitativo de produtos, pois não há geração de recursos para investimentos de tal ordem.

Nesse modelo o preço é um dado natural e objetivo, e principalmente único para todos os agentes. Em razão disso, na concorrência perfeita não existe a figura do lucro, mas tão-somente uma remuneração do produtor pelo seu custo de oportunidade. Além disso, a concorrência perfeita pressupõe a homogeneidade do produto, ou seja, não há grau de diferenciação (qualitativa, sobretudo) entre os produtos ofertados pelos diferentes agentes econômicos. Os agentes em concorrência perfeita, ademais, possuem ampla facilidade de entrar ou sair do mercado, havendo amplo acesso a informações relevantes. Alguns modelos podem ser encontrados em alguns casos da realidade, citando como exemplo a feira livre, o mercado internacional que envolve as chamadas commodities (produtos dotados de relativa homogeneidade e alta mobilidade), e as bolsas de valores ou mercadorias.

5. CONCORRÊNCIA IMPERFEITA OU MONOPOLÍSTICA

Consiste o monopólio no regime de mercado em que o poder econômico se encontra na sua magnitude, pois retrata a situação em que apenas um agente econômico atua simultaneamente nas duas variáveis que caracterizam a compra e a venda, ou seja, o preço e a quantidade.

Por isso, quando se faz alusão a um mercado monopolizado, comumente se está a referir à existência de apenas um agente econômico atuando no mercado, o

monopolista, e de apenas um comprador do produto, o monopsonista. O que se vem percebendo, todavia, é a utilização da expressão monopólio para referir-se a mercados em que não há apenas um agente econômico atuando no mercado. Sendo rara a existência de apenas um produtor de determinado bem ou serviço (salvo nos casos de patentes), a autoridade antitruste considera monopolizado aquele mercado em que há um agente dominante e outros concorrentes, estes pequenos, e inaptos a fazer frente à força do monopolista.

Não há, na concorrência imperfeita, a atomização do mercado, e os agentes econômicos não atuam apenas em função do preço que tenha sido fixado por um mercado único. O mercado é, antes, compartimentado, de modo que em cada um desses compartimentos é possível sentir a influência de um ou alguns agentes econômicos, decorrência da existência de um certo grau de diferenciação entre os produtos.

Essa diferenciação de produtos pode constituir uma forma de obter domínio de mercados se as empresas que detém as principais marcas se valerem de práticas abusivas. Pode também, por um lado, representar um estímulo às concentrações econômicas, na medida em que a fidelidade dos consumidores e os custos de publicidade constituem uma barreira à entrada de novos agentes. Por outro lado, pode impedir o conluio entre concorrentes – preocupação central nos casos de oligopólio.

Sobre a caracterização de um mercado monopolizado, FORGIONI assim resume:

A empresa que se encontra em posição dominante tende a adotar o comportamento típico de um monopolista, aumentando preços, não prezando a qualidade de seu produto ou serviço e ainda impondo a outras agentes econômicas práticas que não adotariam, caso houvesse concorrência naquele mercado. Basta à influência, o poder de determinar as regras do jogo de forma unilateral, independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado.

O monopolista tem o poder de reduzir a quantidade oferecida ao mercado e, ao mesmo tempo, fixar o preço do bem ou serviço tão alto possível, maximizando seus lucros. Isso origina um dos problemas do monopólio, denominado pela teoria econômica de deadweightloss (peso morto), que representa a situação na qual o aumento substancial dos preços exclui uma faixa de consumidores que não está disposta a pagar aquele valor pelo produto, não havendo a transferência desses recursos aos produtores.

Percebe-se, entretanto, que o monopólio não constitui um regime de mercado absoluto, pois o poder do monopolista estará sempre limitado pela possibilidade de outros agentes econômicos ingressarem nesse mercado, atraídos pela alta lucratividade, ou ainda pela possibilidade de surgirem produtos sucedâneos (substituíveis). O monopolista pode se utilizar de diversas estratégias para manter a sua condição no mercado, como a excessiva publicidade e a prática predatória aos concorrentes que tentam ingressar no mercado, trazendo prejuízos à sociedade. Há, todavia, algumas estratégias que, apesar de reforçar a condição monopolista do agente, trazem benefícios aos consumidores e à sociedade como um todo. É o caso

do aumento nos investimentos na inovação e aperfeiçoamento dos produtos, que o monopolista realiza com vistas a aumentar o custo de inserção de potenciais competidores no mercado relevante.

Por fim, a figura do monopsônio refere-se ao monopólio do lado da procura. A atitude do monopsonista consiste em retardar ao máximo o momento das compras, a fim de forçar os vendedores a oferecer um preço mais baixo. É situação comumente enfrentada pelos produtores rurais que, para tentar se defender desse expediente recorre ao governo pedindo o arbitramento de um preço justo e razoável para o produto, ou então promovendo a sua concentração, mediante a formação de cooperativas.

6. OLIGOPÓLIO

Do grego oligos (poucos) e polein (vender), trata-se do regime em que a oferta está nas mãos de poucos agentes econômicos. Essa situação é possível tanto quando os vendedores constituem um pequeno grupo, como quando, embora haja grande número de agentes na oferta, poucos são os que possuem grande capacidade produtiva – como ocorre na indústria automobilística. A noção do que é pequeno não pode ser decidido na teoria, mas apenas na prática. Não obstante, em princípio, o critério utilizado é se as empresas levam em conta ações de seus rivais para decidir sobre suas próprias escolhas. Há o incentivo para um aumento progressivo e paralelo de preços, seguindo o comando (priceleadership) de um dos integrantes do oligopólio. Em razão dessas “parcerias” entre os oligopolistas, é provável que eles adotem os chamados procedimentos estratégicos, deixando de lado as alternativas idealmente mais benéficas para evitarem que a busca dessas alternativas resulte na abertura para outros competidores.

Esse exercício coordenado do poder de mercado por parte dos membros do oligopólio requer a existência de um sistema de informações que permita a cada um dos concorrentes saber rapidamente o comportamento do outro – motivo pelo qual quanto menor o número de participantes maior a facilidade na transmissão de informações. Além do paralelismo na atuação dos agentes econômicos, a identificação da estrutura do oligopólio exige que esse comportamento seja intencional (no sentido não acidental). A intencionalidade será constatada, por exemplo, quando houver uma reação imediata dos agentes econômicos aos movimentos dos seus concorrentes. A identificação de uma situação de comportamento interdependente intencional apresenta grande dificuldade prática. Em decorrência disso, a autoridade antitruste brasileira tem dado grande atenção à estrutura oligopolística na análise de atos de concentração, com o objetivo de evitar a formação dessas estruturas.

CONCLUSÃO

A concentração econômica é fenômeno que sustenta as bases do sistema capitalista, promovendo a inovação tecnológica na produção de bens, aumentando a

produtividade, reduzindo os custos de produção, o que permite às empresas brasileiras ganhar poder para enfrentar a concorrência internacional.

A concentração econômica já foi considerada um ilícito, de modo que o Direito ignorava qualquer possibilidade de ela poder promover efeitos positivos nas relações de mercado. Com a expansão da globalização e a consequente evolução da legislação antitruste, adota-se uma concepção mais flexível, de modo que o direito passa a admitir a possibilidade de a concentração gerar benefícios. A concentração, muitas das vezes, representa o único meio disponível ao agente econômico para implementar a sua produção, ou mesmo de manter o funcionamento da empresa diante de uma crise. Assim, à autoridade antitruste cumpre analisar esses dois lados da concentração econômica, e isso é feito mediante elementos definidos em lei ou nas Resoluções dos entes que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A prática decisória do CADE já traz certa flexibilização dessa concepção, na medida em que entende que o fato de o mercado estar concentrado não significa, necessariamente, a geração de prejuízos à concorrência. Ademais, é justamente na presunção da possibilidade de prejuízos que se justifica a atuação da autoridade antitruste brasileira, e não poderia ser diferente. Deixar o mercado à própria sorte e à sorte dos anseios dos agentes econômicos é sugerir o retorno de um pleno liberalismo econômico que já se mostrou inviável. O papel do Estado nessa situação é essencial para manutenção da ordem, seja econômica, seja social, e até mesmo política.

Isso se deve ao fato de a análise estrutural fornecer elementos que são hoje considerados essenciais no controle de atos de concentração, como a definição do mercado relevante envolvido na operação. Difícil imaginar esse estudo sem considerar a delimitação do espaço no qual os efeitos da concentração econômica poderão ser sentidos.

REFERÊNCIAS

<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-sobre-atos-de-concentracao-economica>. Acesso em 20 de outubro de 2017.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. 2 ed., rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial – as estruturas. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.