

Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência

Mario Luiz Possas (*)

1. Introdução

O conceito de mercado relevante é crucial para a análise dos efeitos anticompetitivos potenciais de operações que impliquem concentração de mercado e/ou condutas praticadas por empresas que se supõe detentoras de poder de mercado, cujo exercício abusivo incumbe à legislação e às agências de defesa da concorrência (antitruste), como objetivos essenciais, prevenir e coibir, pois é nesse *locus* - devidamente delimitado - que se dá, efetiva ou potencialmente, tal exercício.

Como se pode perceber, as noções de poder de mercado e de mercado relevante - a um tempo econômicas e jurídicas - são logicamente relacionadas de forma muito estreita. Assim como um mercado só é “relevante” para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico (definido em termos geográficos e de produto) no qual algum “poder de mercado” tenha possibilidade *a priori* de ser exercido, este último, por sua vez, também pressupõe obviamente uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido. A única diferença, como se verá adiante, é que o mercado relevante para uma determinada análise concreta é o **menor** mercado - no sentido de menor espaço econômico - que permite esse exercício; com o que mercados mais agregados que o relevante, se existirem, poderão também ensejar o exercício (inclusive abusivo) de poder de mercado.

O objetivo deste breve artigo é discutir os principais aspectos conceituais dessas duas noções, enfatizando seu significado econômico, suas interrelações e sua importância central na análise antitruste - por estarem ambas situadas, por definição, na base mesma da análise e da avaliação dos efeitos prejudiciais à concorrência, tanto de fusões e demais atos de concentração, quanto de condutas que impliquem infração à ordem econômica.

2. Mercado relevante: definição

(*) Professor titular do Instituto de Economia da UFRJ.

Na legislação brasileira, e especificamente no que importa à presente análise, o conceito de mercado relevante é utilizado principalmente nos artigos 20 e 54 da Lei 8884/94, com os objetivos gerais acima indicados na Introdução. Pode-se considerar já incorporada à experiência e à jurisprudência brasileiras¹ nessa área a aplicação da definição empregada pelos *Merger Guidelines* do Departamento de Justiça dos E.U.A., que exprime aquela noção de forma tecnicamente precisa e, dentro do possível, operacionalmente simples:

“Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”².

Esta definição envolve deliberadamente um exercício hipotético de avaliação de possível efeito anticompetitivo, expresso em termos de poder de mercado sobre preços, resultante quer de operações que acarretem aumento de concentração econômica, quer de condutas praticadas por empresas presumidamente detentoras de tal poder, em “mercados economicamente significativos - isto é, mercados que possam ser sujeitos ao exercício de poder de mercado” (*ibidem*). O que ela pretende é realizar “o simples exercício mental de determinar que tipo ou tipos de poder de mercado poderiam ser exercidos no contexto em questão”, por meio do qual “se determina que mercados precisam ser delineados”³.

Em outras palavras, é intenção expressa dessa definição que o mercado relevante seja **definido** de forma tal que o suposto exercício (abusivo) de poder de mercado - que se busca prevenir, no caso de um ato de concentração, ou reprimir, no caso de uma conduta

¹ Para um tratamento conciso das referências jurídicas internacionais e antecedentes nacionais do tema veja-se Ferreira da Rosa, J. Del Chiaro e Schuartz, L. F. “Mercado relevante e defesa da concorrência”. *In*:

² *Revista de Direito Econômico*, CADE, out./dez. 1995.

Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, 1992, p. 4. Tradução minha, assim como nos demais trechos citados adiante.

³ Werden, G. “Four suggestions on market delineation”. *The Antitrust Bulletin*. Spring 1992, p.108.

presumidamente infrativa - seja, antes de mais nada, **logicamente** possível. Para compreender melhor como essa intenção se traduz no texto acima, passemos a examiná-lo passo a passo.

Em primeiro lugar, destaque-se o mais evidente: o mercado é definido na dupla dimensão produto e geográfica. Note-se que “produto” é uma designação genérica, que pode abranger grupos de produtos; isto é, agregados de produtos não idênticos, mas “bons” substitutos - onde esse grau de substituíbilidade não é previamente determinado, mas deve ser objeto de identificação, por aproximação, pelo procedimento estabelecido na própria definição de mercado relevante.

Em segundo lugar, cabe enfatizar o objetivo central da definição mesma de mercado relevante enquanto exercício analítico. Trata-se de avaliar **preliminarmente** a possibilidade de que a atividade econômica (por exemplo, a indústria) em causa possa vir a dotar-se, em algum nível de agregação de produtos e em alguma área geográfica - que recebem então conjuntamente a designação de “**mercado**” -, de condições técnico-econômicas **estruturais** nas quais o exercício de poder de mercado em termos de preços (e quantidades) seja **logicamente possível**. No caso de uma infração essa estrutura de mercado é preexistente, enquanto no caso de um ato de concentração supõe-se que poderá resultar (pelo menos em parte) de uma operação submetida à agência antitruste. Por “estruturais” entendam-se aqui condições de tal modo enraizadas na natureza técnica, produtiva e de consumo dos produtos em questão, que a sua **simples presença possibilite, e sua ausência impossibilite de todo**, o exercício de poder econômico por meio de preços e quantidades oferecidas, independentemente de quais venham a ser as eventuais estratégias coordenadas ou os comportamentos colusivos (cartel) por parte das empresas envolvidas.

Para cumprir esse objetivo analítico estrutural, observe-se, em terceiro lugar, que se supõe uma firma hipotética - que nada tem a ver, em princípio, com a(s) firma(s) concreta(s) em causa -, maximizadora de lucros (hipótese tampouco necessariamente realista), que detenha um também hipotético monopólio da oferta - presente e futura - no mercado considerado (produto/área), em consequência do qual possa impor um aumento de preço “pequeno mas significativo e não transitório”, caracterizando assim um - mais uma vez - hipotético exercício de poder de mercado, mantidas as demais condições constantes. Como se vê, a possibilidade mesma de que tal monopolista hipotético detenha poder de mercado em termos de preço,

elevando-o para aumentar seus lucros, é **precondição** básica para que o próprio mercado possa vir a ser definido.

Finalmente, o **mercado relevante** é conceituado simplesmente como o **menor** mercado possível; isto é, o menor agregado de produtos, combinado com a menor área, que satisfazem o critério acima.

3. Fatores estruturais da definição: elasticidades da demanda e da oferta

Os requisitos econômicos para que as precondições estruturais acima indicadas estejam presentes, e um mercado relevante possa ser definido, de acordo com a teoria econômica, são claros: tanto a **demanda** pelo produto (ou grupo de produtos) quanto a sua **oferta** devem ter **elasticidades** suficientemente **baixas** de forma a assegurar que um **aumento do preço** resulte em **maiores lucros**, e não menores, a serem alcançados pela(s) empresa(s) que hipoteticamente exerce(m) poder de mercado. Na fórmula direta de H. Hovenkamp, “um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual (1) a elasticidade da demanda e (2) a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo”⁴. Nas palavras mais elaboradas de R. Posner:

“(...) o conceito de elasticidade (é) indispensável para conferir significado ao conceito de mercado. Os ganhos potenciais de colusão serão quase certamente pequenos se um pequeno aumento acima do preço competitivo vier a ocasionar uma redução proporcionalmente muito maior na quantidade demandada do produto, resultando numa receita total acentuadamente inferior sob o preço mais elevado. Em tais circunstâncias é de qualquer modo improvável que os vendedores venham a formar alguma colusão, de forma que não é preciso preocupar-se muito com uma fusão ou conjunto de fusões que reduza o seu número, com isso reduzindo os custos de colusão”⁵.

Trata-se aí, claramente, de elasticidade da **demanda**. De forma tecnicamente mais precisa, pode-se afirmar que o exercício de poder de mercado via preços pressupõe uma

⁴ Hovenkamp, H. *Antitrust*. St. Paul, Minn., West Publ. Co., 2ª.ed.,1993.

⁵ Posner, R. *Antitrust Law. An Economic Perspective*. University of Chicago Press, 1976, p.126.

demanda com elasticidade suficientemente baixa, de início, para que um aumento do preço (e redução da quantidade) produza um **aumento** nos lucros - sem o que a estratégia de elevação do preço não faria sentido⁶.

A que se deve a elasticidade da demanda? Essencialmente a dois fatores, tratados na teoria microeconômica: os efeitos substituição e renda. Deixando de lado este último, que não é quase utilizado em análise antitruste, a resposta é que a elasticidade da demanda depende essencialmente da **substituibilidade do produto** (no seu consumo) por produtos alternativos acessíveis aos compradores. Assim, quanto maior a elasticidade da demanda, maior a possibilidade de substituição do produto em questão por parte dos consumidores, uma vez que estarão por hipótese disponíveis bons substitutos àquele preço; e vice-versa.

No entanto, o argumento acima refere-se apenas à demanda. O lado da oferta, que em análise econômica é tradicionalmente tratado de forma simétrica, embora em separado, não é diretamente incorporado. Mais que isso: na análise de Posner a possibilidade de substituição na produção, e por extensão a elasticidade da oferta, é curiosamente introduzida na própria curva de demanda. Ele se refere a dois fatores que explicariam uma alta elasticidade da demanda: o primeiro deles é o tradicional, acima descrito - a existência de bons substitutos no consumo; e o segundo é a possibilidade de que “os fabricantes de algum outro produto (que não precisa ser um bom substituto no consumo) possam prontamente voltar-se para a produção desse produto, e o fariam se o seu preço seguisse subindo, porque ao novo preço poderiam obter um retorno maior fabricando esse produto em lugar daquele que estivessem produzindo até então”⁷.

Tal forma paradoxal de apresentar a substituição entre produtos no âmbito da produção (e portanto da oferta) não está incorreta, uma vez que a demanda a que se refere é aquela com que se defronta o nosso “monopolista hipotético”, e não a demanda total do mercado, que por hipótese poderá ter passado a ser em parte atendida por outros ofertantes do mesmo produto. Contudo, é evidente - e explícito - que se trata de **duas** possibilidades de **substituição** de

⁶ A explicação microeconômica convencional é a seguinte: supondo-se um comportamento monopolista - por exemplo, por cartelização ou acordo tácito de preços entre as empresas consideradas - com maximização (conjunta) de lucros, ocorrerá para tanto elevação do preço (e redução da quantidade) desde um nível, por hipótese, próximo do competitivo (pouco acima dos custos) até o monopolista. Estarão aumentando paralelamente tanto a receita marginal, até igualar o custo marginal, como a **elasticidade da demanda**. Esta última, portanto, deverá necessariamente partir de um nível **mais baixo** - possivelmente, mas não obrigatoriamente, menor que um (demanda inelástica) - até atingir o nível final correspondente à maximização dos lucros, que em monopólio é **sempre** maior que um (demanda **elástica**). Veja-se, por exemplo, Scherer, F. & Ross, D. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston, H. Mifflin, 1990 (3ª ed), pp. 21 ss.

⁷ Posner, R., *op. cit., ibidem*.

naturezas distintas, ainda que ambas **igualmente importantes** para a definição do mercado relevante. Uma é definida no âmbito do **consumo** (demanda) - associada às decisões dos consumidores e às possibilidades físicas de que as mesmas necessidades possam ser de algum modo atendidas; e a outra no âmbito da **produção** (oferta) - associada às decisões dos produtores e às possibilidades técnicas de reconversão da produção.

Como o próprio autor salienta adiante, entretanto, a definição do mercado exigirá ainda a identificação daqueles grupos de compradores e de vendedores relevantes para a aplicação da lei de defesa da concorrência, e entre esses últimos deverão estar obrigatoriamente incluídos **todos** os produtores ou **ofertantes potenciais** de produtos que sejam “bons substitutos quer no consumo, quer na produção”, inclusive para efeito de cálculo de *market shares* no mercado assim definido (p. 127).

Da mesma forma, os *Merger Guidelines* privilegiam - só que ainda mais nitidamente - o lado da demanda, afirmando expressamente que “a definição de mercado focaliza somente os fatores de substituição pela demanda - isto é, possíveis respostas dos consumidores. Fatores de substituição pela oferta - isto é, possíveis respostas da produção - serão considerados em outra parte dos *Guidelines*, na identificação das firmas que participam do mercado relevante [neste ponto acompanhando a sugestão de Posner] e na análise da entrada”⁸.

Se, como parece, ambos os “fatores de substituição” (pela oferta e pela demanda) acabam por ser considerados igualmente importantes - e, no caso da citação de Hovenkamp feita anteriormente, isso é claramente explícito -, torna-se algo intrigante o motivo para tal tratamento assimétrico no contexto específico da definição de mercado relevante por parte dos *Guidelines*.

Uma provável explicação seria a adoção, tradicional e incorporada nos *Guidelines*, do exercício hipotético de supor que todo o mercado em questão fosse ocupado por uma única firma, em consequência **monopolista**. Ocorre que em caso de monopólio, como explica a teoria microeconômica, é simplesmente **impossível** definir uma curva (ou função, como se queira) de oferta. A quantidade ofertada não é nesse caso uma função independente do preço, mas determinada simultaneamente a este pelo princípio de maximização do lucro.

A situação de monopólio, por sua vez, é muito rara nas aplicações das leis antitruste, seja em casos de aumento de concentração econômica, seja em casos de infração, que

⁸ *Horizontal Merger Guidelines, op. cit.*, p. 4.

geralmente se dão em estruturas de mercado de **oligopólio**. É bem verdade que a hipótese monopolista pode apenas estar assumindo um **comportamento oligopolista colusivo** voltado à maximização conjunta de lucros, isto é, um oligopólio cartelizado comportando-se como um monopólio, gerando com isso o efeito máximo de poder de mercado sobre preços. Ainda assim, essa hipótese permanece pouco realista, só parecendo justificar-se, do ponto de vista teórico, pela dificuldade substancialmente maior de lidar, na teoria econômica, com situações de oligopólio do que com monopólio, e pela busca de soluções analíticas determinadas e resultados operacionalmente manejáveis⁹, condições consideradas especialmente relevantes no âmbito da teoria microeconômica tradicional (neoclássica).

Exatamente no mesmo sentido deve-se interpretar a (à primeira vista) enigmática cláusula, feita na definição de mercado relevante dos *Guidelines*, de que o hipotético monopolista seja “o único produtor ou vendedor presente ou **futuro**” no mercado (*ibidem*). Com isso pretende-se impedir por hipótese, na própria definição do mercado, que surja em seguida (“no futuro”) qualquer ofertante adicional no mercado, de modo a preservar a situação inicial hipotética de monopólio frente a possíveis novos ofertantes e assim poder ignorar o comportamento da função de oferta - já que ela não existe sob monopólio -, eliminando assim a problemática interdependência entre oferta e demanda e levando à obtenção de resultados analíticos mais simples e claros, ao focalizar exclusivamente a elasticidade da demanda.

A elasticidade da demanda, no caso dos *Guidelines* (e diferentemente do trecho citado de Posner) - e nesse aspecto acompanhando a definição microeconômica convencional - estará portanto refletindo unicamente a substituição no consumo, e não na produção. Esta última - a substituição de produtos via remanejamento da produção e ampliação da oferta frente a aumentos de preço; em poucas palavras, a elasticidade da oferta - só mais adiante será introduzida, quando da análise das condições competitivas do mercado - de forma, portanto, algo oblíqua - na caracterização dos ofertantes reais e potenciais do mesmo mercado relevante, incluindo respectivos *market shares*. É fundamental ressaltar que estes **ofertantes potenciais**, assim identificados, dos produtos que compõem o mercado relevante, são eles próprios **também** constitutivos, por definição, do **mercado relevante**. Ademais, se a capacidade produtiva já instalada for utilizável de forma suficientemente ágil na produção desses produtos definidos como pertencentes ao mercado relevante, gerando assim uma oferta potencial

⁹ No mesmo sentido, com maior profundidade, veja-se Fisher, A.; Johnson, F. & Lande, R. “Price effects of horizontal mergers”. *California Law Review*, 77 (4), jul. 1989, pp. 797 ss.

suficientemente elástica dos mesmos, ela deve ser computada no cálculo da **oferta** e na delimitação dos participantes do mercado relevante - **inclusive** a eventual **capacidade ociosa** das empresas que **já atuam** no mercado em questão¹⁰.

4. Distinção analítica entre oferta potencial e entrada no mercado relevante

Em seções subseqüentes dos *Guidelines* é introduzida a análise das condições de **entrada** propriamente dita no mercado relevante, como ingrediente necessário para avaliar o risco potencial anticompetitivo de sua estrutura - mais uma vez, aplicável seja à estrutura preexistente (casos de conduta), seja à estrutura resultante de um ato de concentração. Contudo, é essencial enfatizar que esses elementos estruturais de análise relativos à maior ou menor facilidade de entrada ou à presença de barreiras à entrada, indispensáveis para caracterizar o potencial de exercício anticompetitivo de poder de mercado num dado mercado, **não fazem parte da definição** de mercado relevante, supondo-o - ao contrário da elasticidade da oferta - **já definido**.

Em toda a tradição de Organização Industrial, assim como na análise antitruste, o conceito de **entrada** num mercado refere-se especificamente à introdução de **nova capacidade** produtiva na indústria correspondente, mediante **investimento** (aquisição de ativos), por parte de um **novo concorrente**.¹¹ Tal não se verifica, evidentemente, pelo simples incremento da oferta de um produto mediante reaproveitamento de uma capacidade produtiva já existente, previamente instalada na indústria correspondente ou em outra indústria, mas que ainda não abastecia o mercado considerado, como se supôs na caracterização anterior de ofertantes potenciais do mercado.

Em outras palavras, enquanto **oferta potencial** (ou substituição na oferta) diz respeito à possibilidade de ampliar a oferta rapidamente e a baixos custos, sem necessidade de grandes investimentos, por parte de ofertantes potenciais que integram, por definição, o mercado relevante, **entrada** refere-se à possibilidade de aumento da oferta mediante ampliação de capacidade, envolvendo portanto investimentos e prazos significativos, por parte de **concorrentes potenciais** que se encontram, por definição, **fora** do mercado relevante.

¹⁰ Hovenkamp, H. *op. cit.*, p. 107.

¹¹ Bain, J., *Barriers to New Competition*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1956, cap. 1.

A análise da “entrada potencial” no mercado relevante é feita nos *Guidelines* em duas seções: a de nº 1.3 para os “entrantes” chamados “não comprometidos” (*uncommitted*), que por hipótese não necessitam de muito tempo para entrar no mercado nem de instalar nova capacidade produtiva que acarrete “custos irre recuperáveis” (*sunk costs*) - e por isso devem ser incluídos, por definição, no mercado relevante; e a de nº 3 para os entrantes potenciais no sentido habitual da literatura de organização industrial, isto é, que instalam nova capacidade e em geral apresentam algum nível de *sunk costs*, e que por isso são denominados “comprometidos” (*committed*) com a entrada.

Apesar de ambos os tipos serem denominados pelos *Guidelines* de “entradas” potenciais, o que pode dar margem a sérios mal-entendidos, está claro pelas considerações anteriores que apenas o segundo tipo (entrantes *committed*) corresponde a esta caracterização, enquanto o primeiro tipo (entrantes *uncommitted*) corresponde ao que antes denominamos “ofertantes potenciais”, que **já participam** do mercado relevante. Assim, a possibilidade de aumento de oferta por meio de novos “entrantes” de tipo *uncommitted* - geralmente derivado de reaproveitamento de ativos, redirecionamento de capacidade produtiva ou simples aquisição de ativos em condições de acesso fácil, imediato e pouco custoso - deve ser considerada **diretamente** na análise daquelas precondições lógicas e estruturais de que a concentração do mercado possa vir a ensejar exercício abusivo de poder econômico via preços, que como se viu é questão **preliminar** para o delineamento do mercado relevante; em lugar de incluí-las, enquanto entrantes potenciais, na categoria dos participantes “adicionais” de um mercado já previamente delineado.

A análise das condições de entrada proposta pelos *Guidelines*, em suma, apesar da ambigüidade acima apontada, é tecnicamente bem formulada, inclusive por essa distinção entre os entrantes potenciais “comprometidos” (*committed*) ou não (*uncommitted*) com a instalação de nova capacidade produtiva que implique *sunk costs*, isto é, custos de reaproveitamento ou realocação dos ativos quando de eventual saída do mercado, também chamados de “custos irre recuperáveis” ou “custos de saída”¹². Tal distinção, nem sempre feita em teoria da Organização Industrial, é um refinamento analítico muito útil para a análise antitruste por permitir graduar qualitativamente, em patamares diferentes, a avaliação do nível das barreiras à entrada no mercado. Coerentemente, os *Guidelines* tratam os dois tipos de condições de

¹² *Horizontal Merger Guidelines, op. cit.*, p.12.

ampliação da oferta - sem ou com entrada propriamente dita - separadamente, em seções muito distantes entre si, como observado acima. É importante que as agências de defesa da concorrência que empregam os *Guidelines* como referência técnica o façam atentamente, evitando confundir esses diferentes níveis de análise.

5. Poder de mercado e oligopólio na conceituação de mercado relevante

Apesar da razoável precisão e operacionalidade da conceituação de mercado relevante adotada nos *Merger Guidelines*, comentários anteriores já nos deram elementos que evidenciam as dificuldades técnicas de operacionalizar pelo menos dois aspectos básicos dessa definição geral, que são ali tratados de modo simplificado: o problema complexo da existência e do exercício do **poder de mercado**, reduzido ao poder de um monopolista hipotético de elevar seus preços para maximizar lucros; e a grande dificuldade de tratamento analítico da configuração de mercado mais realista, o **oligopólio** - substituído então pela análise mais simples do monopólio, cuja interdependência entre demanda e oferta, no entanto, dificulta utilizar simultaneamente ambas as elasticidades - bem como as correspondentes possibilidades de substituição - no mesmo quadro de análise.

Vejamos brevemente, em primeiro lugar, a questão do **poder de mercado**. Tributária da noção ainda mais imprecisa de “poder econômico”, da qual é uma versão mais delimitada, ela compartilha com esta última a percepção, essencialmente correta e na tradição da Economia Política, de que as relações econômicas são permeadas de relações de poder entre diferentes agentes. Desnecessário lembrar que tal visão é enfatizada pela cultura técnica e jurídica antitruste, para a qual as assimetrias de poder econômico são tão freqüentes e “naturais” no mundo real e turbulento da concorrência nos mercados capitalistas (em contraste com a imagem pacífica e homogênea difundida pelos manuais de Microeconomia, que destilam a visão ortodoxa) quanto é indispensável o recurso a leis e agências reguladoras e disciplinadoras dessa mesma concorrência.

Em particular, do ponto de vista jurídico, por mais indeterminada que seja a noção de poder econômico e complexa a sua conceituação, trata-se de formar juízo sobre seu exercício supostamente abusivo, o que impõe inexoravelmente a fixação de critérios objetivos que o

demarquem com a precisão necessária à aplicação da lei, a despeito dos prováveis constrangimentos conceituais que venha a sofrer por isso no plano da análise econômica¹³.

Em termos desta última, entretanto, são extremamente variadas as formas de manifestação de poder econômico, e uma simples tentativa de classificá-las aqui - antes mesmo de organizá-las analiticamente - seria descabida. Já a noção de poder de mercado é um pouco mais familiar e manejável na análise econômica, sendo ademais, claramente, a forma básica pela qual o poder econômico é exercido no âmbito dos mercados. Vejamos portanto, sucintamente, como tratá-la.

Na tradição da Organização Industrial, e por extensão na análise econômica antitruste, poder de mercado é simplesmente - e de forma algo simplista - definido como poder de fixação discricionária de **preços** num dado mercado. A título de exemplo, no mais conceituado livro-texto daquela disciplina, poder de mercado não é sequer discutido conceitualmente, sendo diretamente identificado a “poder de monopólio” e este, por sua vez, à capacidade de fixar preços acima do nível de custos, obtendo lucros acima do competitivo ou “normal”¹⁴. Às vezes apenas se reconhece que essa opção é restritiva, sem contudo extrair daí conseqüências. Os *Guidelines*, especificamente, definem poder de mercado [de um ou mais vendedores num mercado] como “(...)a capacidade de manter lucrativamente os preços acima dos níveis competitivos por um período de tempo significativo”, admitindo a seguir em nota de rodapé que “vendedores com poder de mercado podem também restringir a concorrência em outras dimensões além do preço, tais como qualidade do produto, serviços ou inovações”¹⁵.

A última referência dá uma indicação importante para um enquadramento conceitual mais rigoroso: o que se entende por restrições à concorrência, associadas intrinsecamente ao exercício anticompetitivo de poder de mercado, depende, obviamente, de como se conceitua a própria concorrência. Como o *mainstream* ortodoxo em teoria econômica sempre associou concorrência a concorrência **em preços** - viés do qual não escapou a literatura de Organização Industrial, bem pouco ortodoxa em suas origens -, nada mais natural que sua noção intuitiva de restrição à concorrência se reduza ao poder de fixar e manter preços acima do nível competitivo

¹³ Ver a respeito Schuartz, L. F. “Poder econômico e abuso do poder econômico no direito da concorrência brasileiro”. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano 23, nº 94, abril/junho 1994, p. 14.

¹⁴ Scherer, F. & Ross, D., *op. cit.*, p.21.

¹⁵ *Horizontal Merger Guidelines, op. cit.*, p.2.

(em geral identificado com custos marginais, aqueles aos quais se igualariam os preços se vigorasse concorrência perfeita).

À medida, porém, que se amplia o escopo da concorrência para admitir que ela possui normalmente outras formas de ação e instrumentos de disputa por espaço econômico - como particularmente no enfoque schumpeteriano, centrado na capacidade inovativa das empresas, entendida em sentido amplo¹⁶ - amplia-se paralelamente o alcance das práticas anticoncorrenciais potenciais. Ainda mais importante, no entanto, é que nesta última acepção dinâmica da concorrência, a schumpeteriana, não só se amplia o escopo da concorrência, como nela se introduz uma dimensão intrinsecamente desequilibradora, capaz de transformar as estruturas econômicas preexistentes nos mais variados graus e nos mais distintos mercados, na busca de oportunidades de ganhos privados monopolísticos, ainda que temporários, por meio do processo de **inovações** concebido por J. Schumpeter como intrínseco à concorrência no ambiente econômico capitalista¹⁷.

Em conseqüência, **concorrência e monopólio deixam de ser conceitos antagônicos**. Em particular, a possibilidade de auferir lucros monopolísticos - e com isso deter algum **poder de mercado** - passa a ser vista como um fenômeno **normal** no âmbito do processo competitivo, e não mais necessariamente como uma anomalia condenável por intrinsecamente oposta ao bem-estar social e ao interesse dos consumidores. Não só o poder de mercado passa a ser tolerável, a menos de seu exercício **abusivo** - como a jurisprudência de defesa da concorrência, bem mais que a ortodoxia econômica, está há muito preparada para admitir - como, mais que isso, torna-se até mesmo **desejável** em muitas situações, notadamente em atividades econômicas caracterizadas pelo dinamismo inovativo e tecnológico, nas quais é preciso assegurar alguma perspectiva de apropriação privada de lucros acima do “normal” para que os investimentos produtivos e em P&D, voltados a ativos específicos, de alto risco e incerteza quanto ao retorno esperado, possam ser realizados no nível e ritmo adequados¹⁸. Aliás, a própria noção do que é lucro “normal”, tão cara à teoria microeconômica convencional, inclusive a usada em análise antitruste, perde muito de seu sentido e de sua força normativa.

¹⁶ Como capacidade de **diferenciar-se** dos concorrentes em uma ou mais dimensões, não só custos e preços, em que se conquistam espaços no mercado; ver a respeito Possas, M., Fagundes, J. e Pondé, J. “Política Antitruste: um enfoque schumpeteriano”. *Textos para Discussão* nº 347, IEI/UFRJ, set. 1995, pp. 16 ss.

¹⁷ Schumpeter, J. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Londres, Allen & Unwin, 1943, cap. 7.

¹⁸ Esta é a essência do argumento de Schumpeter em *op. cit.*, cap.8.

Daí não se segue que as definições tradicionais sejam erradas ou mesmo inócuas. Concorrência ainda é em boa medida (embora, ao longo do século XX, seja cada vez menos) capacidade de concorrer em custos e preços. O fundamental a ressaltar, porém, é que essa conceituação tradicional permite identificar, senão as múltiplas formas de concorrer ou de obstruir a concorrência, a **existência** de um **potencial de exercer o poder de mercado** em **qualquer** uma de suas **formas**, e **tanto de modo inovativo quanto abusivo**. Trata-se simplesmente de tomar a possibilidade de exercer poder de mercado em **preços** num dado mercado como **indício de poder de mercado *tout court***, ainda que seja impossível estabelecer *ex ante* a natureza - inovativa ou abusiva; a forma específica - em preços ou outra variável; e a extensão em que será exercido.

Mas é este mesmo - **preliminar** - o papel da delimitação do mercado relevante enquanto espaço no qual poder de mercado **possa** ser exercido. A menos de indícios prévios de comportamento anticompetitivo por parte de uma empresa, mas que em nenhum caso bastam para formar juízo sobre sua conduta atual ou futura, nunca é possível inferir de uma posição estrutural indicativa de poder de mercado se este será empregado de forma pró-competitiva - neutra ou, em termos schumpeterianos, inovativa - ou de forma anticompetitiva - em termos jurídicos, abusiva. Poder de mercado é um instrumento de uso múltiplo, que não pode nem deve ser prejudgado em seu direcionamento potencial e, a partir disso, reprimido. A jurisprudência, nesse caso, foi sábia em acompanhar os economistas em sua simplificação desse complexo problema analítico, focalizando exclusivamente as precondições estruturais para que o poder de mercado emergja, e em sua dimensão mais simples, geral e facilmente operacionalizável: a de um poder discricionário de apropriar lucros ao fixar preços suficientemente acima dos custos.

Mesmo aceitando tais simplificações - especialmente que o poder de mercado se expresse na capacidade de elevar preços arbitrariamente - resta, para efeito de análise antitruste, uma questão conceitual importante, que tem sido objeto de controvérsia em direito antitruste nos E.U.A.: que efeito do eventual aumento de preços decorrente do exercício de poder de mercado se deseja reprimir ou prevenir? A transferência de renda dos consumidores para os produtores, resultante diretamente desse aumento de preços e concomitante redução das quantidades produzidas (no jargão microeconômico, apropriação pelos vendedores de parte do excedente do consumidor), ou a perda de eficiência econômica alocativa a ele associada (no

jargão, a perda de bem-estar social “de peso morto” imputável - já que a rigor não é transferência efetiva de renda - à elevação dos preços em monopólio ou cartel)?

A relevância da questão prende-se essencialmente à avaliação econômica da magnitude do ganho de eficiência microeconômica (importando em última análise em redução dos custos marginais) que deve ser exigido, em casos de fusão ou operações semelhantes, em contrapartida do maior poder de mercado dela decorrente. Esse *trade off* é hoje universalmente aceito, ainda que com graus variados de sofisticação técnica, na jurisprudência e na análise econômica de defesa da concorrência; diverge-se apenas quanto ao critério a ser empregado¹⁹. Enquanto a escola de Chicago tende a focalizar quase exclusivamente o critério de eficiência alocativa, a maior parte da tradição antitruste nos E.U.A., desde seus primórdios, parece apontar claramente na primeira direção²⁰. De fato, é razoável supor que a preocupação central dos legisladores com a monopolização e o maior poder de mercado tenha sido com o prejuízo direto à renda dos consumidores provocado pelos aumentos de preços, e não com o prejuízo indireto e genérico associado à ineficiência alocativa do ponto de vista paretiano, até porque esse é um tecnicismo econômico pouco compreensível fora do meio acadêmico e profissional especializado, só recentemente incorporado e difundido mais amplamente na cultura antitruste.

No que se refere à virtual ausência do **oligopólio** na análise antitruste²¹, certamente devido à sua complexidade, convém observar que já surgem esforços para superá-la²². A dificuldade mais evidente, que apenas começa a ser enfrentada, é a da **interação estratégica** entre os concorrentes, que torna os resultados dos modelos econômicos aí aplicados basicamente indeterminados e fortemente sensíveis às hipóteses comportamentais assumidas, freqüentemente *ad hoc*.

Um exemplo de abordagem do problema, embora ainda muito incipiente, é um estudo que tenta formular modelos de avaliação quantitativa do *trade off* entre ganhos de eficiência e

¹⁹ O pressuposto de que o maior poder de mercado oriundo de atos de concentração deva ser objeto de precaução sistemática por parte dos órgãos de defesa da concorrência não é alvo de controvérsia alguma. Mesmo autores de extração tão liberal quanto os expoentes da escola de Chicago reconhecem que concentração de mercado gera sempre um potencial de conduta colusiva (não há exceções, só atenuantes) e por isso deve ser tratada preventivamente (isto é, estruturalmente, e não apenas frente a indícios de conduta anticompetitiva). Parece que só no debate brasileiro atual haja quem considere o oposto: são sempre inócuos a concentração e/ou o poder de mercado que ela incrementa, até prova em contrário.

²⁰ Ver a respeito Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 783 ss.

²¹ Vale lembrar que o oligopólio só está presente de forma muito indireta, na medida em que a análise de um monopolista hipotético proposta nos *Guidelines* pode ser interpretada como um oligopólio cartelizado praticando maximização conjunta de lucros.

²² Ver por exemplo, no contexto do *trade off* entre poder de mercado e eficiência, Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 795 ss.

aumento de poder de mercado (preços) pós-concentração em mercados de oligopólio²³, no qual diferentes hipóteses sobre os comportamentos conjecturais dos oligopolistas, especificamente em relação à variável quantidade produzida, após uma suposta fusão, são tratadas num *continuum* que vai da hipótese “menos competitiva” do modelo de Cournot (cada concorrente supõe que os demais manterão constantes os seus níveis de produção frente à sua própria decisão de produção) até à “mais competitiva” (de que os rivais reagirão de forma compensatória quanto à produção).²⁴ Mesmo reconhecendo-se os méritos do pioneirismo, as limitações são ainda sérias: além de estático (não resta dúvida que a construção de modelos dinâmicos esbarra quase sempre na complexidade), supõe homogeneidade tanto nos produtos como nas características estratégicas dos concorrentes, além de limitar-se à produção como variável estratégica, como se oligopolistas fossem *price takers*.

Como as dificuldades teóricas e técnicas de tratar o oligopólio colocarão ainda por muito tempo obstáculos insuperáveis para obter resultados analíticos com um mínimo de confiabilidade, talvez seja recomendável aceitar esse fato e buscar maior dose de realismo no tratamento da questão do poder de mercado e da eficiência econômica no contexto antitruste, incorporando um enfoque dinâmico na análise das estratégias e dos efeitos da concorrência no âmbito de estruturas de mercado oligopolísticas, como nos moldes schumpeterianos acima esboçados, mesmo em detrimento de algum grau de precisão analítica que, no estado atual da arte, pode muito bem ser apenas ilusória.

Finalmente, uma última observação sobre as limitações da atual técnica de análise do poder de mercado para efeito da delimitação do mercado relevante. Trata-se da necessidade de reconhecer a **interdependência** entre os fatores estruturais envolvidos naquela delimitação - as elasticidades da demanda e da oferta - e a definição **quantitativa** do poder de mercado que se quer avaliar, para eventualmente prevenir ou punir seu abuso pela elevação do preço, isto é, **quanto** se supõe que deva aumentar o preço para configurar o suposto exercício abusivo de poder de mercado. O tema é controvertido. Nos E.U.A. trabalha-se normalmente com a hipótese de que 10% de aumento a partir de uma posição hipoteticamente competitiva seria o limiar da conduta abusiva de poder de mercado, embora 5% seja também usual.

²³ Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, pp. 795 ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 798 e Apêndice A. Os autores argumentam que seu modelo é “teoricamente neutro” por simular diferentes hipóteses de variação conjectural ao longo desse espectro, o que é facilitado pela sua formulação do problema do referido *trade off* entre eficiência e poder de mercado, ao postular como objetivo impedir que o preço que maximizaria os lucros individuais dos oligopolistas aumente. Nesse caso, argumentam, os resultados simulados são insensíveis às formas particulares das funções de reação, de demanda e de custos dos rivais.

O problema é que essas cifras são essencialmente arbitrárias, ao passo que influenciam decisivamente **na própria delimitação** do mercado relevante: dependendo das elasticidades da demanda e da oferta, o próprio conteúdo do mercado relevante teria que ser redefinido para que um hipotético aumento de preço, a partir do nível competitivo, de um monopolista ou cartel maximizador de lucros (hipótese implícita dos *Guidelines*) superasse o limiar, de 5 ou 10%, considerado.

Concentrando-nos, para simplificar, na elasticidade da demanda, e supondo uma função de demanda linear e custos unitários constantes, pode-se demonstrar que quanto mais alto o limiar de aumento de preço tomado como referência, menor a elasticidade-preço da demanda adequada para que o “mercado relevante” considerado passe no teste. Do contrário, ele **não** poderia ser aceito como mercado relevante e teria que ser **redefinido!** No caso de uma **elasticidade** da demanda **alta** demais, deve-se concluir que o suposto cartel não conseguiria elevar o preço substancialmente porque o mercado foi definido de forma **muito restrita** e precisa incluir mais produtos; e vice-versa, se a elasticidade for muito **baixa** o mercado deve ser **reduzido** para que o suposto cartel não conseguisse aumentar o preço numa proporção acima do limiar estabelecido como aceitável²⁵.

De fato, seria incompatível com a definição de mercado relevante que sua estrutura impossibilitasse o abuso de poder de mercado no nível - seja qual for - que a jurisprudência considere minimamente indicativo dessa conduta abusiva.

6. Conclusões

Viu-se que o tratamento algo superficial dado pela análise econômica antitruste - e por compreensíveis razões operacionais, também nos *Horizontal Merger Guidelines* do Dep. de Justiça dos E.U.A. - para o tema crucial, no âmbito da defesa da concorrência, do exercício abusivo de **poder de mercado** em contexto de **oligopólio** acabou induzindo à separação artificial, nos *Guidelines*, entre a análise das condições de demanda, tratada na definição mesma, e as de oferta, tratadas a seguir no contexto das condições de “entrada” no mercado. Ela não teria maiores conseqüências - e em geral não as tem, dado que ambos os aspectos,

²⁵ A respeito, ver Fisher, A. *et alii*, *op. cit.*, p. 801.

embora separados, acabam sendo abordados por etapas -, não fosse a **importância estratégica** assumida pelo conceito de **mercado relevante** na aplicação da legislação antitruste.

O principal resultado potencialmente negativo está em que o foco colocado na demanda, isto é, na possibilidade de substituição do produto pelos consumidores ou usuários, na definição do mercado relevante, tende a **subestimar** o potencial competitivo e inibidor de práticas abusivas em preços nos mercados em que existem possibilidades efetivas de aumentar a oferta por substituição na produção. Duas distorções principais, provavelmente cumulativas, são possíveis:

1. A delimitação do mercado relevante, se acompanhar **estritamente** (ao “pé da letra”, mais que o espírito) a definição dos *Guidelines*, corre o risco de tornar-se muito restritiva, subestimando sua dimensão real e possivelmente **superestimando os market shares** das empresas;
2. Associações entre empresas potencialmente **inócuas** quanto a efeitos anticompetitivos em preços (ou mesmo em outras variáveis econômicas), devido a possível substituição na produção, correm o risco de ser **desnecessariamente** questionadas pela aplicação da lei.

Para além da definição em si, há ainda o risco evidente de sua **aplicação** inadequada ou equivocada. Nesse caso, não só podem ocorrer em tese delimitações de mercado muito restritivas, como acima, mas principalmente, de forma simétrica, delimitações excessivamente **abrangentes**, devido às frequentes **dificuldades operacionais** em especificar precisamente os produtos, linhas de produtos e respectivos graus de substituição, no consumo e na produção, que eles permitem. Estas dificuldades, por maiores que sejam, devem necessariamente ser enfrentadas, devido à **importância central** do conceito de **mercado relevante** na metodologia econômica adotada para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais de associações de empresas, hoje amplamente disseminada a nível internacional, inclusive no Brasil, a partir da experiência norte-americana, nas agências e na comunidade de defesa da concorrência.

Dado que insuficiências de especificação dos produtos, ou sua classificação incorretamente agregada por falta de dados, tendem sistematicamente a delimitar **mercados demasiado amplos**, o risco sempre presente é o de analisar linhas de produto excessivamente agregadas e heterogêneas, com **participações de mercado irreais**, muito pequenas ou às vezes grandes demais, dependendo das interseções efetivas de produtos ocasionadas em cada operação específica de concentração econômica. Como ressalta G. Werden, sendo o princípio

metodológico adotado pelos *Guidelines* o do “menor mercado possível”, a presença de evidências no sentido de que duas firmas operam com produtos ou localizações suficientemente distintas para limitar a competição entre ambas pode estar indicando que elas na verdade **operam em distintos mercados relevantes**²⁶. A ênfase nesse princípio pode reduzir, ainda que não elimine, o risco, apontado por Posner, de assumir “tanta flexibilidade na definição do mercado que um número surpreendente de fusões inócuas podem vir a parecer perigosamente monopolísticas”²⁷.

Em suma, a correta definição e adequada delimitação de um ou mais mercados relevantes é **crítica** para a quase totalidade das aplicações da legislação antitruste. A definição proposta pelos *Merger Guidelines* do Dep. de Justiça dos E.U.A., além de ser a mais difundida e utilizada, fruto de muitos anos de aplicação prática e aperfeiçoamento, é conceitualmente bastante precisa, dentro dos limites operacionalmente viáveis que se propõe aplicar. Deve, portanto, continuar a ser a principal referência nesse campo. Não é, porém, perfeita, devido essencialmente à ênfase quase exclusiva na demanda, ou seja na substituição dos produtos no consumo, em detrimento da oferta, ou seja da possível substituição de produtos na produção (exceto pela inclusão de ofertantes potenciais entre os participantes do mercado, uma vez este já definido).

É fundamental ter em conta que essa ênfase **não é conceitual**, mas se deve à busca de maior simplicidade **operacional** da definição. Portanto, uma conceitualmente correta aplicação estrita dessa definição pode e deve delimitar o mercado relevante pelo critério de substituíbilidade dos produtos no consumo, mas não deve limitar-se a isto, qualificando nesse mesmo contexto, e não apenas a título de avaliação posterior de barreiras à entrada, o risco de suposto exercício de poder de mercado via preços, implícito na definição do mercado relevante, pela possibilidade de aumento potencial da oferta no mercado (“entrada fácil”, da modalidade *uncommitted*) mediante **substituição** de produtos **na produção** por reaproveitamento de capacidade já instalada. O efeito substantivo dessa providência é o de, buscando cumprir **mais fielmente o objetivo conceitual** contido naquela definição do que o próprio procedimento analítico que ela assume (a suposição de um monopolista hipotético), evitar possível **subestimação** do tamanho do mercado relevante bem como do **potencial competitivo** em

²⁶ Werden, G., *op. cit.*, p. 117-118.

²⁷ Posner, R., *op. cit.*, p. 125.

preços de que tal mercado - pelo próprio conceito de mercado relevante - deve ser considerado liminarmente possuidor.

Outras dificuldades analíticas aparentes na definição, conceituação e utilização do mercado relevante na defesa da concorrência - notadamente a superficialidade ou mesmo a omissão do tratamento das noções interligadas de poder de mercado e de oligopólio - devem-se com ainda maior nitidez à grande complexidade na formulação teórica destes temas em Economia, o que inclui, como de hábito, grandes divergências entre os economistas. Aqui, mais que em outros casos, a indeterminação econômica no plano conceitual conspira contra a premência jurídica por referências e parâmetros determinados, ainda que não rigorosos, mas somente razoáveis. Talvez um caminho prudente seja, no tradicional *trade off* entre precisão e realismo em Economia, optar por fazer pender a análise antitruste na direção do realismo, ser perda de rigor teórico, na suposição de que boa parte da precisão buscada pelos economistas do *mainstream* não significa necessariamente melhor qualidade técnica ou científica de análise.