

Suplemento Eletrônico

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Ano 2 número 5
Junho 2011

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC**

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

Presidente: Marcelo Procópio Calliari

Diretora de Publicações: Leonor Cordovil

Editor assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial: Barbara Rosenberg, Bernardo Macedo, Joao Paulo Garcia Leal, Lucia A.L.de Magalhães Dias, Mauro Grinberg, Paolo Mazucatto, Pedro Dutra, Rabih Nasser, Ricardo Inglez de Souza, Vicente Bagnoli, Viviane Araujo Lima.

O Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal. Fechamento dia 20 de cada mês.

Ano 2 número 5
Junho de 2011

SUMÁRIO

ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E O ÍNDICE DE DOMINÂNCIA

Bruno Dario Werneck, Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Villela Mafra 4

OPORTUNIDADES DE VENDAS E SUFICIÊNCIA NA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE ENTRADA PELA SEAE

Jorge Fagundes, Marcos Lima, Marislei Nishijima e Maria Margarete da Rocha... 7

ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E O ÍNDICE DE DOMINÂNCIA

**Bruno Dario Werneck,
Gustavo Flausino Coelho e
Ricardo Villela Mafra¹**

1. Introdução

Recentemente, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) emitiu dois pareceres no âmbito de atos de concentração ocorridos nos mercados de pedra britada, cimento e serviços de concretagem². As operações destes setores têm desafiado a capacidade analítica dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) devido à sua alta complexidade, em razão de participações minoritárias entre concorrentes e níveis de capacidade instalada e ociosa que supostamente podem alterar as condições de entrada nos mercados. Neste contexto, a análise da SEAE – responsável pela instrução de atos de concentração submetidos ao SBDC³ – torna-se cada vez mais complexa e aprofundada, utilizando-se de diversos instrumentos para averiguar os efeitos concorrenciais potenciais. Entre eles, pode-se citar o Índice de Dominância, aplicado nos pareceres supracitados para mensurar as condições de rivalidade nos mercados em questão. Tendo em vista esta abordagem diferenciada, é importante fazer breve análise acerca desse instrumento, de modo a entender sua racionalidade, pressupostos e histórico de utilização.

2. O Índice de Dominância

O Índice de Dominância (“ID”) foi desenvolvido por Garcia Alba⁴ e é frequentemente utilizado pela *Comisión Federal de Competencia*, a autoridade antitruste mexicana. De acordo com a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”)⁵, “o ID é usado de forma complementar com o HHI. Uma característica peculiar daquele é que ele diminui quando as partes

¹ Sócio, advogado e estagiário, respectivamente, do escritório Tauil & Chequer Advogados associado a Mayer Brown LLP.

² Parecer nº 06123/2011/RJ e parecer nº 06124/2011/RJ, ambos emitidos em 18 de fevereiro de 2011, relativos, respectivamente, aos atos de concentração nº 08012.001875/2010-81 e nº 08012.002018/2010-07.

³ Nos termos da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 33/2006.

⁴ GARCIA ALBA, I., P. Un índice de dominación para el análisis de la estructura de los mercados. El Trimestre Económico, vol. LXI, n. 243, 1994, citado pelos pareceres nº 06123/2011/RJ e 06124/2011/RJ.

⁵ OECD. Substantive Criteria used for Merger Assessment. Paris, 2002, p. 232.

envolvidas na operação são pequenos concorrentes no mercado, de forma que presume-se que a concorrência é beneficiada com um ‘novo forte’ agente⁶. Consequentemente, o índice aumenta quando a soma das participações das partes envolvidas na operação supera a dos demais concorrentes. Logo, o índice reflete o fato de o aumento de *market share* de concorrentes que não sejam líderes de mercado poder acirrar a concorrência⁷.

De acordo com a SEAE, a racionalidade da aplicação do ID é a seguinte: (i) se o ID após a fusão é maior que 0,25, a análise deve prosseguir, independentemente de aumento ou diminuição de seu valor; (ii) se a variação do ID é positiva e menor que 0,25, a operação não prejudica a concorrência; e (iii) se a variação do ID é negativa e inferior a 0,25, a operação não prejudica a concorrência.

3. Méritos do ID em relação ao Índice Herfindahl-Hirschman

Por ser complementar ao Índice Herfindahl-Hirschman (“HHI”), o ID adiciona um elemento antes não considerado: a existência de concorrentes que podem contestar o líder. O HHI reflete variações na participação de mercado geradas por atos de concentração; entretanto, nem sempre tais variações prejudicam a concorrência. Herbert Hovenkamp, por exemplo, critica o fato de o HHI considerar um mercado no qual os quatro maiores concorrentes têm tamanhos diferentes – um com 25% de *market share*, dois com 20% e outro com 15% – menos competitivo do que outro no qual os quatro agentes líderes têm 20% de participação cada⁸. Ademais, afirma o autor:

Se a maior preocupação em uma operação é dominância por um único concorrente, operações que criam ou aumentam a participação de líderes de mercado seriam vistas com mais cautela do que aquelas que simplesmente fazem concorrentes não-líderes maiores, ainda que diminuindo a diferença absoluta em tamanho dos agentes. [...] Esta operação em particular poderia aumentar o preço de equilíbrio de Cournot e tornar o conluio mais fácil de organizar, mas poderia diminuir a ameaça de condutas unilaterais exclusionárias.⁹

⁶ Tradução livre de “[t]he ID is used complementarily with the HHI. A peculiar characteristic of the former is that it diminishes when the merging parties are minor competitors in the market so that presumably competition is enhanced by a ‘new stronger’ agent”.

⁷ SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira; LIMA, Marcos André de. Documento de trabalho nº 13 da SEAE. Índices de Concentração. Março de 2002, p. 7.

⁸ HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 3ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2005, p. 519.

⁹ Tradução livre de: “[i]f our underlying merger concern is single firm dominance, we would be more suspicious of mergers that create or enlarge dominant firms than of mergers that simply make a nondominant firm larger, perhaps decreasing the absolute variation in firm size. [...] This particular merger would increase the Cournot equilibrium price, and

Deste modo, o ID pode auxiliar a análise de atos de concentração considerando aspectos que o HHI falha em apontar, especialmente porque a possibilidade do exercício unilateral de poder de mercado pode depender não só do porte do agente infrator, mas também do tamanho dos seus concorrentes¹⁰.

4. Conclusão

A complexidade crescente dos casos submetidos ao SBDC, assim como a importância do direito da concorrência para a economia e para a tomada de decisões no âmbito empresarial, fazem com que técnicas refinadas de análise sejam aplicadas para a correta mensuração dos efeitos concorrenciais de atos de concentração. Neste sentido, é natural que os órgãos brasileiros de defesa da concorrência utilizem-se da experiência de autoridades estrangeiras em relação a métodos desenvolvidos na análise de casos complexos para averiguar os aspectos concorrenciais de operações. Não obstante, é importante salientar que, assim como HHI e o C4, o ID é uma ferramenta instrumental à disposição das autoridades antitruste brasileiras e seus resultados não devem ser considerados de forma absoluta. Cabe avaliar todas as condições de mercado que possam afetar o comportamento dos agentes e utilizar esses dados em conjunto com o ID, de forma a alcançar o resultado mais realista dos efeitos concorrenciais de um ato de concentração.

make collusion easier to manage, but it might reduce the threat of single firm exclusionary practices”.

¹⁰ OECD. Evidentiary issues in proving dominance. Paris, 2006, p. 143.

OPORTUNIDADES DE VENDAS E SUFICIÊNCIA NA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DE ENTRADA PELA SEAE

Jorge Fagundes, Marcos Lima,
Marislei Nishijima e Maria
Margarete da Rocha*

I – Introdução

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE – tem utilizado sistematicamente uma abordagem “heterodoxa” e, em nossa opinião, inconsistente com a metodologia do Guia H e a jurisprudência brasileira no que tange ao cálculo de oportunidades de venda e ao exame da suficiência da entrada em atos de concentração horizontais.

Nesse artigo, demonstraremos que a abordagem da SEAE, que começa a ter reflexos nos julgamentos do CADE, subestima a entrada como força disciplinadora do exercício de poder de mercado das Requerentes, implicando num exame excessivamente rigoroso de atos de concentração horizontais.

II – Análise das Condições de Entrada e o Guia H

Como se sabe, para que o exercício de poder de mercado seja considerado improvável, faz-se necessário que a entrada seja provável, tempestiva e suficiente.

A entrada será considerada provável quando for economicamente lucrativa a preços pré-concentração e quando estes preços puderem ser assegurados pelo possível entrante, o que ocorrerá quando a escala mínima viável (EMV1) for inferior às oportunidades de venda (OV) no mercado a preços pré-concentração. Tradicionalmente, a entrada é provável se a EMV for menor que as OV. Para a verificação da tempestividade da entrada, é considerado aceitável pelo SBDC o período de 2 anos, aí incluídas todas as etapas para a entrada em um determinado mercado.

Já para a análise da suficiência da entrada, esta será verificada sempre que todas as oportunidades de venda forem aproveitadas por um entrante potencial.

* Associados da F&A Consultoria Econômica.

¹ Escalas Mínimas Viáveis (EMV) são o menor nível de vendas anuais que o entrante potencial deve obter para que seu capital seja adequadamente remunerado. Ou seja, trata-se da menor escala de vendas que torna a entrada lucrativa para um entrante, aos preços pré-concentração. Não deve ser confundida com a escala das Requerentes e mesmo de outros rivais.

A lógica é simples: se houver OV não preenchidas, haverá um excesso de demanda e o preço subirá.

As oportunidades de vendas (OV) são parcelas de mercado potencialmente disponíveis aos entrantes, ou seja, os aumentos esperados das vendas em relação ao tamanho inicial do mercado, derivados de quatro fontes diferentes:

(i) a restrição da produção derivada do exercício de poder de mercado pelas empresas estabelecidas: se a fusionada aumenta preços, há uma redução de sua demanda, que pode ser capturada pelo entrante;

(ii) a redução da oferta das empresas instaladas como reação à entrada: após a entrada, a fusionada pode reduzir sua oferta para evitar queda no preço de equilíbrio;

(iii) a capacidade da empresa entrante de apropriar-se de parte do mercado das empresas instaladas: a entrante pode conquistar clientes que antes eram servidos pela fusionada, a partir de sua maior eficiência; e

(iv) a capacidade do entrante de capturar uma parcela significativa de crescimento de mercado: o entrante pode absorver a nova demanda, derivada do crescimento natural do mercado total.

III – Posicionamento da SEAE

A SEAE/MF em diversos casos recentes – vide, por exemplo, Perdigão/Sadia e JBS/Bertin - tem adotado uma posição que contraria o Guia H. De fato, a SEAE:

(i) tem calculado as oportunidades de vendas com base exclusivamente no crescimento esperado do mercado no ano subsequente ao da operação; e

(ii) examinado a suficiência com base na comparação da capacidade ociosa (CO) das requerentes com as oportunidades de vendas: se a CO é maior do que as OV, então a SEAE conclui que a entrada não é suficiente, posto que as Requerentes poderiam supostamente ocupar as oportunidades de vendas, não deixando espaço para o entrante preencher sua EMV.

IV- Equívocos do Posicionamento da SEAE

Em nossa opinião, ambos os posicionamentos da SEAE são equivocados.

Em relação ao primeiro aspecto, nos parece claro que as oportunidades de vendas ficam subestimadas, por dois motivos:

(i) a exclusão de outras fontes de OV, a saber: desvio de demanda, espaço gerado pela fusionada e eventuais conquistas de market share baseadas na maior eficiência do entrante; e

(ii) cálculo da OV associada ao crescimento do mercado com base somente na projeção de demanda de um único ano, ao invés de dois. Com efeito, o Guia H considera a entrada tempestiva se ocorrer em 2 anos. Logo, nos parece razoável, aliás, como reconhecido da jurisprudência do CADE, que as oportunidades de vendas sejam calculadas nesse período. Um exemplo ajuda a esclarecer a questão.

Suponha que as firmas em determinado ano (t) vendessem 1000 unidades de um determinado produto. Neste mesmo ano, uma firma decide ingressar no mercado. A taxa esperada de crescimento da demanda neste mercado seria de 5% ao ano. Dessa forma, em $t+1$, a demanda seria de 1050 unidades/ano e, em $t+2$, este número seria 1102,5/ano. Logo, o volume adicional que não estava disponível quando a firma decidiu pelo ingresso no mercado seria de 102,5 unidades/ano. Este volume/ano – um fluxo - pode ser todo apropriado pelo entrante. Se a EMV for, digamos, de 100 unidades/ano, então essa será menor do que a OV, tornando a entrada provável: ao final do segundo ano, o entrante estaria ocupando toda a sua capacidade produtiva com vendas de 100 unidades/ano.

Ao não considerar as oportunidades de vendas em 2 anos, a SEAE/MF está adotando postura inconsistente com o Guia H e o prazo ali definido para avaliação da entrada.

Em relação a metodologia de avaliação da suficiência usada pela SEAE em casos recentes, além não encontrar amparo na literatura, jurisprudência ou no Guia H, a mesma também padece de amparo lógico.

De fato, a comparação realizada pela SEAE pressupõe, entre outras hipóteses:

(i) que a fusionada irá reagir a entrada aumentando a sua oferta e ocupando todas as OV. Ora, não somente tal reação não é a única possível, já que a fusionada pode querer acomodar a entrada, reduzindo ou mantendo sua oferta para não afetar o preço, como, se isso de fato viesse a ocorrer (reação agressiva), o preço de equilíbrio no mercado permaneceria no mesmo nível pré-operação, não havendo efeito anticompetitivo. Assim, ou bem o entrante ocupa as OV (entrada suficiente) ou a fusionada o faz, sendo o resultado o mesmo em ambas as situações: inexistência de aumentos de preços; e

(ii) que a fusionada de fato pode usar sua capacidade ociosa. Em muitos casos, tal capacidade ociosa deve ser mantida para lidar com imprevistos ou sazonalidades d mercado; e

(iii) que a simples existência de capacidade ociosa da fusionada é suficiente para que a mesma possa capturar todas as oportunidades de vendas, ou seja, que a rivalidade é virtualmente nula.

Nota-se, portanto, que a forma de análise da SEAE na dimensão suficiência da entrada é simplista e, no limite, levaria sempre a rejeição da entrada como antídoto contra o possível exercício de poder de mercado em AC horizontais. Isso porque mesmo que a fusionada não disponha de capacidade ociosa, supondo que a entrada é tempestiva, então a mesma poderia ampliar sua oferta em menos de 2 anos, ocupando a OV e impedindo a sua captura pela entrante, que também estaria construindo sua capacidade produtiva no mesmo período!!!

V – Conclusões

A forma de cálculo das oportunidades de vendas e o método de exame da suficiência da entrada por parte da SEAE, além de contrariarem o Guia H e a jurisprudência do CADE, não guardam lógica com a teoria econômica. Tal fato, além de gerar insegurança jurídica, implica em conseqüências graves sobre a análise das condições de entrada, gerando um viés negativo contra a aprovação de atos de concentração.