

Entrevista: Caio Mário Neto, professor da GV e pesquisador do Cedes

Spacca

A defesa efetiva da concorrência é algo recente no país. Apesar de o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) existir desde 1962, foi a partir de 1994, com a Lei 8.884, que de fato começou a existir uma diretriz mais clara sobre a questão. O atraso, porém, permitiu ao Cade tirar proveito de pontos já pacificados nas economias maduras. A análise é do professor pesquisador **Caio Mário Neto**, do Centro de Estudos de Direito Econômico (Cedes) e professor Direito Econômico da Fundação Getúlio Vargas.



No recente estudo *Restrições verticais na defesa da concorrência*, ele e o professor de Direito Concorrencial e Econômico da Universidade de Tiburg (Holanda) Damien Geradin analisaram como determinados tipos de contratos são avaliados pelas autoridades de defesa da concorrência no Brasil e na União Europeia. O assunto envolve as relações entre empresas que estão na mesma cadeia produtiva, mas não no mesmo nível. É o caso de uma empresa e seu distribuidor, de um produtor e o distribuidor, ou de um fornecedor de insumo e o produtor.

No caso do Brasil, foram avaliadas cerca de 150 casos que envolviam três tipos de condutas: acordos de exclusividade, descontos condicionados e venda casada. Segundo Caio Neto, a pesquisa constatou uma oscilação grande em relação ao padrão de provas utilizado para determinar se uma determinada prática é considerada lesiva ou não para concorrência.

“Em alguns casos, apesar de não haver uma prova concreta do fechamento de mercado, o fato de a lei usar uma linguagem aberta, que fala dos efeitos potenciais da prática no mercado, o Cade diz que não consegue medir nenhum efeito real, considera que os efeitos potenciais são suficientes para definir a ilicitude e condena a prática” afirma.

Apesar da falta de critérios claros, ele diz que o discurso do Cade é correto e está alinhado com o que ocorre na Europa e nos EUA. Para ele, a chave para a análise dessas práticas é entendê-las como naturalmente ambíguas. “O que se procura entender é qual o efeito final sobre o consumidor. Ele está sendo prejudicado por uma restrição na competição ou ele está sendo beneficiado por aquele arranjo contratual?”. Essa é a grande pergunta que as autoridades responsáveis pela concorrência devem fazer, diz Caio Neto.

Leia a entrevista:

ConJur — O que é esse estudo do qual o senhor participou?

Caio Mario Neto — É um dos primeiros estudos que o Cedes desenvolveu para analisar restrições verticais no cotidiano. São contratos ou relações entre empresas que estão em uma mesma cadeia produtiva, mas não no mesmo nível da cadeia. É o caso de uma empresa e seu distribuidor, de um produtor e o distribuidor ou de um fornecedor de insumo e o produtor.

ConJur — Quem fazia parte da equipe?

Caio Mario — Eram três professores: Mário Schapiro, da escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Paulo Furquim, da escola de economia da Fundação Getúlio Vargas, e Nuno Garoupa, da escola de Illinois, nos Estados Unidos. Eles desenharam o projeto e escolheram pesquisadores para tocá-lo adiante. Fui escolhido e convidado junto com o professor Daniel Gerardian, que dá aula nos dois lados do Atlântico, em Michigan, nos Estados Unidos, e em na Bélgica. Ficamos mais de um ano no trabalho.

ConJur — Qual era o objetivo?

Caio Mario — Tentar entender como, no Brasil e na Europa, essas práticas estão sendo analisadas por autoridades concorrenciais e como poderia ser aperfeiçoado ao longo do tempo.

ConJur — Quantos casos vocês analisaram?

Caio Mario — Cerca de 150. Foi um trabalho mais qualitativo do que quantitativo. Procuramos responder à pergunta: Qual é hoje o estado da teoria econômica sobre esse tipo de prática?

ConJur — Que práticas vocês analisaram?

Caio Mario — Elegemos as principais, que são três: contrato de exclusividades, que é uma prática bastante recorrente, clássica, em termo de análise. Descontos condicionados, quando uma empresa, por exemplo, exige que um revendedor compre um determinado percentual da sua demanda para que ele tenha determinado desconto. No limite, isso pode ser equivalente a exclusividade. E venda casada, que é basicamente atrelar a venda de um produto a outro.

ConJur — O que dizem os economistas sobre essas práticas?

Caio Mario — Há um razoável consenso na teoria econômica que essas práticas têm um efeito ambíguo sobre a concorrência e sobre o mercado. Elas podem ser em algumas situações negativas, prejudicar a concorrência, e em outras situações podem ser positivas e gerar eficiências.

ConJur — Como perceber isso?

Caio Mario — Em determinados casos, um contrato de exclusividade pode impedir um concorrente de acessar distribuidores, por exemplo. Eu sou produtor de um bem x, mas não tem nenhum distribuidor disponível para distribuir meu produto, porque todos os produtores ou um produtor muito grande tem contrato de exclusividade com os distribuidores, não fica nenhum distribuidor aberto. É o que a gente chama de fechamento de mercado. Isso seria um problema.

ConJur — E quando ocorre ganho de eficiência?

Caio Mario — Em distribuição exclusiva regional, como bebidas, por exemplo. Faz sentido ter o mesmo produtor de bebidas com múltiplos distribuidores, ou seja, múltiplos caminhões passando na frente do mesmo bar com a mesma marca de bebida? É melhor o distribuidor passar na frente nos bares

uma vez a cada dois dias, ou o que for mais adequado. Por isso dizemos que há um efeito ambíguo sobre o mercado porque ele pode afetar positivamente, como nesse caso de distribuição exclusiva, ou negativamente, como no caso do fechamento de mercado.

ConJur — Que análise o estudo faz do Brasil e da Europa?

Caio Mario — As histórias são um pouquinho diferentes, apesar de culminarem em pontos muito parecidos. Na Europa, há mais tradição em defesa da concorrência. Nas décadas de 70 e 80, predominava a visão de quase ilegalidade de algumas dessas restrições. Em geral, as cortes diziam que essas práticas eram negativas para competição, e coíbiam. Isso era incongruente com a teoria econômica, que diz que essas práticas podem ser positivas em vários casos.

ConJur — E hoje?

Caio Mario — Nos últimos 15 anos a Europa deu uma guinada e passou a refletir sobre essas práticas dentro dessa chave de ambiguidade e tentando estabelecer determinados critérios para separar o joio do trigo e identificar quando essas práticas são negativas e positivas. Se você tem muitos produtores e muitos distribuidores disponíveis, o fato de se ter um contrato de exclusividade entre um produtor e um distribuidor não limita a capacidade de outros produtores acharem outros distribuidores no mercado. Em geral isso vai ser positivo porque não está restringindo a competição. O grande problema é quando temos um grande produtor e ele faz um contrato de exclusividade com muitos distribuidores. A Europa começou a fazer isso principalmente a partir de 2008.

ConJur — Como reconhecer quando é positivo e quando não é?

Caio Mario — A primeira pergunta é: há ou não há fechamento de mercado? É preciso estabelecer a extensão da prática e o quanto ela impede que competidores igualmente eficientes possam de alguma forma participar daquele mercado. Se não há fechamento do mercado, para por aí, porque a competição continua. Se há fechamento de mercado, há outras perguntas no caminho, como: As eficiências suficientes que estão sendo geradas contrabalançam o efeito negativo? O que se procura entender é qual o efeito final sobre o consumidor. Ele está sendo prejudicado por uma restrição na competição ou ele está sendo beneficiado por aquele arranjo contratual? Essa é a grande pergunta por trás de toda estrutura de análise da União Europeia.

ConJur — Poderia dar um exemplo?

Caio Mario — Imagine uma siderúrgica com contrato de exclusividade com diversas mineradoras, que com isso dificulta a compra de minério por outra siderúrgica. Esse é o tipo de discussão que se tem e é dessa forma que a Europa estruturou o debate, que está em linha com a teoria econômica predominante na academia.

ConJur — Há algo parecido no Brasil?

Caio Mario — Analisamos mais de 70 casos de contratos de exclusividade de distribuição de cigarro.

ConJur — E venda casada?

Caio Mario — Não teve nenhum caso emblemático de condenação, porque em geral o consumidor tem alternativa de comprar o produto separado.

ConJur — Houve discussão sobre desconto condicionado?

Caio Mario —

Houve discussão em relação à compra de software com desconto, casos na indústria de bebidas, em que implicava o ponto de venda. Quando o empresário comprava uma parcela grande da sua demanda de uma determinada empresa, ganhava certos prêmios por aqueles produtos. Esse foi o caso do Tô Contigo, que envolvia a Ambev.

ConJur — Quando começou a discussão sobre defesa da concorrência no Brasil?

Caio Mario — A defesa da concorrência começou a ser feita de fato a partir de 1994, com a lei 8.884. Apesar de o Cade funcionar desde 1962, e as regras de defesa da concorrência serem anteriores a 62, há um período muito grande sem livre competição efetiva. Tivemos uma economia muito amarrada e regulada, com preços definidos em geral pelo Estado. Com isso, o Cade teve um papel menos relevante na economia brasileira. A defesa da concorrência não é central na economia brasileira até meados da década de 90, quando começou uma série de reformas. Há benefícios em chegar atrasado, porque certas discussões que eram nebulosas na década de 70 já estavam consolidadas na década de 90. E esse é o caso das restrições verticais.

ConJur — E como o Cade passou a trabalhar?

Caio Mario — O Cade contrabalança aspectos positivos e negativos, e tenta chegar a uma conclusão sobre elas. Nisso o discurso do Cade é muito consistente e está alinhado com o que está acontecendo na Europa e nos Estados Unidos.

ConJur — Como é a metodologia do Cade?

Caio Mario — Há uma certa inconsistência no *standard* de prova. Em alguns casos, apesar de não haver uma prova concreta do fechamento de mercado, o fato de a lei usar uma linguagem aberta, que fala dos efeitos potenciais da prática no mercado, o Cade diz que não consegue medir nenhum efeito real no mercado atual, e considera que os efeitos potenciais são suficientes para definir a ilicitude, e condena a prática.

ConJur — Na Europa e nos Estados Unidos essas definições sobre fechamento de mercado são mais claras?

Caio Mario — Nos Estados Unidos, a preocupação começa com índices entre 30% e 40%. Apesar de ainda haver 60% dos pontos de venda ainda abertos, por exemplo, a depender das circunstâncias do mercado e da dispersão geográfica, pode haver um problema.

ConJur — O Cade não faz esse tipo de medição?

Caio Mario — Há casos em que isso é feito em grande grau de detalhe, e casos em que isso não acontece. Ou casos em que é feita uma medida, mas como está se falando sempre em efeito potencial, se torna pouco relevante. Varia muito. Há caso que o Cade mediu e chegou à conclusão de que x% do mercado estava fechado, e aquilo foi muito importante. E caso em que chegou à conclusão de que 15% estava fechado, que era pouco, mas mesmo assim, como o efeito potencial seria relevante, o Cade condenou. Há casos que ele nem mediu, há um pouco de tudo.

ConJur — Pode dar exemplos?

Caio Mario — Um caso de contrato de exclusividade no mercado de leite envolvia a Itambé. Depois de uma investigação preliminar, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que não tinha indícios de que havia um efeito negativo no mercado e mandou para o Cade. Depois de 4 anos, o Cade falou que,

apesar de não ter indícios de que houve um efeito negativo, não poderia descartar completamente o potencial efeito negativo e mandou abrir o processo administrativo, que é uma acusação formal contra a empresa. Se depois de quatro anos, não houve demonstração de um efeito real no mercado, é difícil imaginar como continuar analisando o efeito potencial. Nesse caso, o Cade abaixou muito o *standard* de provas para manter a investigação.

ConJur — Algum outro caso?

Caio Mario — Houve uma decisão muito divida do conselho que envolvia a CRT, a antiga concessionária de telefonia fixa no Rio Grande do Sul, e um contrato de exclusividade para venda de telefones celulares no varejo. Depois de uma longa investigação, o Cade identificou índices de fechamento de mercado relativamente abrangentes. Em alguns municípios, o fechamento de mercado era relevante, porque a suposição era que o consumidor não ia para outra cidade comprar um celular. Apesar disso, como havia evidência nos autos de que as outras empresas tinham crescido durante o período de investigação, tinham conseguido se desenvolver, a maioria dos conselheiros entendeu que não havia problema.

ConJur — O que é possível concluir desses dois casos?

Caio Mario — É muito difícil conciliar o caso Itambé, em que depois de quatro anos sem efeito negativo no mercado, o Cade continuou a investigação para ver se tinha um efeito potencial, e um caso como o da CRT, que, apesar de existirem índices de fechamento de mercado relevantes, como não houve efeitos negativos sobre os concorrentes, não houve a condenação. É esse tipo de exemplo que procuramos analisar qualitativamente. Há uma grande consistência do discurso da análise, que está alinhada com os parâmetros mundiais, mas certa inconsistência no padrão de prova utilizado nos casos.

ConJur — Como fazer esse tipo de detalhamento?

Caio Mario — Em exclusividade a gente fala que a primeira coisa a ser feita é exatamente a análise de fechamento com base nesse índice. Depois temos que entender diversos potenciais efeitos positivos de práticas de exclusividade. Estamos procurando identificar as diversas justificativas possíveis para aquilo, que justificativas tem que ser avaliadas, e como elas poderiam ser avaliadas de forma a entender se o fechamento de mercado ele pode ser contrabalanceado pelas eficiências ou não.

ConJur — Algum caso famoso na Europa?

Caio Mario — O da Intel. Ela vendia chips com desconto condicionado para os fabricantes de computador, e foi condenada por isso em mais de 1 bilhão de euros. Entenderam que o desconto condicionado era quase uma prática de exclusividade por parte da Intel, porque eles estavam prejudicando os demais produtores de chips, como a AMD. A grande questão é como medir quando esses descontos se tornam anticompetitivos.

ConJur — Em termo numéricos, como fica?

Caio Mario — Um fabricante compra 50% dos seus chips da Intel, por exemplo. Isso é uma parcela do mercado que em princípio a Intel já vai ter. A grande discussão surge quando a Intel diz que para ter o desconto é preciso comprar pelo menos 75% ou 80% da demanda. Ou seja, sobre esses 25% ou 30% acima dos 50% e sobre os 50% originais é que a empresa compraria sem desconto nenhum da Intel. Na prática, a Intel está usando os seus 50% cativos para alavancar sua posição para os outros 30%.

ConJur — O que fazer num caso como esse?

Caio Mario — Temos que ver qual o preço efetivo cobrado nos outros 30% para avaliar se está acima ou abaixo do custo do chip. Suponha que o desconto sobre os 80% é R\$ 100. O fato é que de qualquer forma a empresa compraria da Intel 50%. Então pega-se o preço dos outros 30% e abate os R\$ 100. Suponha que esses outros 30% custaram R\$ 300. Na verdade eles custaram R\$ 200. Se esse valor estiver abaixo do custo da Intel, ou seja, abaixo do que seria o custo de um concorrente igualmente eficiente, tem algo errado. Ela está impedindo que alguém igualmente eficiente a ela, que fabrica um chip, por exemplo por R\$ 220, consiga vendê-lo.

ConJur — **Há critérios mais simples?**

Caio Mario — Há “análise de predação”. No fundo é uma comparação do preço efetivo com o custo médio variado da empresa, que é o que as empresas concorrentes já conhecem. Procuramos abrir um leque de opções para análise dos descontos.

ConJur — **E em venda casada?**

Caio Mario — Nesse caso, o primeiro ponto a analisar é se existem dois produtos separados. Se for um produto integrado, isso não um problema. Hoje ninguém questionaria ser venda casada o seu computador com o HD, mas na origem o HD era externo ao computador. Um caso interessante foi o da Microsoft, na década de 90, quando ela foi acusada de fazer venda casada entre o Windows e o Internet Explorer.

ConJur — **O que ela argumentou?**

Caio Mario — A Microsoft dizia que os dois produtos tinham de ser integrados, porque o sistema operacional seria um grande browser no futuro. Para a empresa, se houvesse condenação por isso, estariam impedindo uma inovação importante.

ConJur — **Qual foi o resultado final?**

Caio Mario — A Microsoft prevaleceu e fechou acordo com o departamento de Justiça nos Estados Unidos. Houve algumas restrições ao comportamento dela, mas nenhuma condenação e nenhum impedimento efetivo. E de fato os outros browsers, como o Mozilla, Chrome, Firefox e Safari, ganharam mercado.

ConJur — **Essa discussão também ocorre em outros setores?**

Caio Mario — Na década de 80, nos EUA, discutiu-se se serviço de anestesia era segregado no serviço hospitalar e de cirurgia. Ali se estabeleceu um teste ou uma forma de olhar para isso. Se há uma demanda específica e direta dos usuários por um segundo produto, ele seria um produto separado. E naquele caso, o serviço de anestesiologia era separado.

Conjur — **Mas por que você faria uma cirurgia em um hospital e contrataria o serviço de um outro lugar para fazer a anestesia?**

Caio Mario — Você contrata outro médico basicamente. É possível contratar um médico, que não o do hospital, para fazer a anestesia? No fundo é essa a discussão. O hospital diz que não, porque está vendendo um pacote.

ConJur — **Mas aí não entra a questão da eficiência? Porque é muito melhor você ser tratado de maneira conjunta.**

Caio Mario —

Totalmente.

ConJur — E o segundo passo?

Caio Mario — Uma segunda discussão é se há ou não poder de mercado nos produtos. Porque se não houver, é irrelevante. Mas se uma empresa fosse detentora de 80% dos xampus do mercado e decidisse vender o produto casado com vidro de condicionador, poderia haver um problema. De outro lado, o que é mais próximo da realidade, uma empresa que tem só 5% do mercado de xampus e resolve vendê-lo junto com condicionador, problema dela. Se o consumidor não quiser comprar o produto, compra dos outros.

ConJur — O que mais é preciso analisar?

Caio Mario — Uma terceira etapa é ver se há uma coerção na compra do segundo produto, se o consumidor está sendo forçado a comprá-lo. Porque se o fabricante estiver oferecendo um pacote, mas o consumidor ainda tiver a alternativa de comprar separado o pacote, não tem coerção.

ConJur — Quais as suas perspectivas em relação estudo?

Caio Mario — O que o Cade tem feito é propor uma resolução e colocar em consulta pública. Daí vem comentários e sugestões de todos os tipos. O que a gente procurou foi dar um pontapé inicial em uma discussão que está só começando no Brasil.

ConJur — E em termos de Legislação?

Caio Mario — A Lei da Concorrência traz uma lista exemplificativa que vai depender dos efeitos reais daquela prática, e venda casada é um desses exemplos. E ela é prevista também no Código de defesa do Consumidor como uma possível prática abusiva do fornecedor. Mas o interessante é que, apesar da redação ser quase idênticas, os micro sistemas são muito diferentes. É possível imaginar casos em que o consumidor seja lesado por uma venda conjunta de dois produtos ainda que não necessariamente aquilo seja um problema de defesa da concorrência.

ConJur — Quando isso ocorreria, por exemplo?

Caio Mario — Suponha que o consumidor foi a uma farmácia, e de todos os produtos, eram vendidos conjuntamente xampus e condicionadores. Isso não significa que a competição no mercado não existe, não significa que não tenha diversas opções de xampu sem condicionador no mercado, mas ele pode em algum momento se sentir lesado porque naquela relação o que vale é a hipossuficiência do consumidor. Ainda que a competição de forma geral no mercado funcione, naquela relação do consumidor com a farmácia ele pode ter tido alguma lesão.

ConJur — Como o Judiciário tem enfrentado isso?

Caio Mario — Em venda casada, há uma certa confusão, mas nossa análise foi focada nas autoridades de defesa concorrente, ou seja, essa pesquisa foi Cade e Comissão Europeia.

ConJur — E pela sua experiência?

Caio Mario — No Judiciário, tem prevalecido a visão do consumidor. Como o objetivo das duas leis são muito diferentes, é possível ter decisões diferentes com base em cada uma das leis sobre a discussão de venda casada.

Conjur — Deveria haver alguma mudança na legislação, na lei da concorrência?

Caio Mario — Não. No resto do mundo, olhando para restrições verticais, a legislação é necessariamente ambígua. Eu acho que a autoridade tem que ter alguma liberdade para definir esses parâmetro, mesmo porque eles vão sendo aperfeiçoados ao longo do tempo. É mais uma questão de aperfeiçoar a metodologia da análise das autoridades.

Conjur — **Que balanço o senhor faz da nova Lei da Concorrência, que criou o que foi chamado de SuperCade, e como o senhor avalia a instituição?**

Caio Mario — Está sendo uma transição positiva. A lei resolve a questão de você ter três guichês diferente, SDE, Seae (Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda), e Cade de forma positiva.

Conjur — **Como o Cade analisava cada caso?**

Caio Mario — Antigamente todos os casos, inclusive os mais simples, passavam pelo Conselho. A Seae dava uma opinião, ia para o SDE dar uma opinião e daí ia para o Cade julgar. Mesmo quando o caso era muito simples, análise demora 30 ou 35 dias. Agora superintendência dá a ultima palavra e isso torna mais rápido. Também estão fazendo uma triagem rápida do que é simples ou não é simples.

Conjur — **E agora?**

Caio Mario — Se for simples, vai ser tratado de forma sumária. Em média, o caso é analisado em 17 ou 18 dias, o que é muito bom, para qualquer comparação internacional. Por outro lado, a gente ainda não viu o Cade lidando com casos muito complexos. O prazo total que a lei dá é 330 dias.

Date Created

17/03/2013