

Ministério da Justiça

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE
ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08000.020.471/97-70.

REQUERENTES: Kellogg do Brasil & Cia. e Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda.

RELATOR: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo

ACÓRDÃO

Ementa: Ato de concentração. Aquisição do negócio de cereais matinais da Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda. pela Kellogg do Brasil & Cia. Obrigatoriedade de apreciação da operação pelo CADE, tendo em vista que o ato é alcançado pelos parâmetros previstos no § 3º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Apresentação tempestiva. Mercado relevante nacional de cereais matinais para consumo. Estrutura de mercado concentrada. Geração de eficiências e benefícios compartilhados com o consumidor. Atendimento a condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Aprovação da Operação sem restrições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, por maioria, aprovar o presente ato, sem restrições. Vencido o Conselheiro Celso Campilongo, que votou pela desconstituição da operação, nos termos do seu voto. Participaram do julgamento o Presidente do Conselho, Substituto, Mércio Felsky, e os Conselheiros João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso Arinos de Mello Franco Neto. Ausente, justificadamente, o Presidente João Grandino Rodas. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo.

Brasília, 21 de março de 2001 (data do julgamento).

AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

Conselheiro Redator do Acórdão

JOÃO GRANDINO RODAS

Presidente do Conselho

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR¹⁵⁵ CELSO FERNANDOCAMPILONGO

I – INTRODUÇÃO

No direito, de modo geral, as fórmulas prontas são de pouca utilidade para a resolução dos litígios. Com o direito da concorrência não é diverso. Decidir significa escolher entre alternativas. Onde não há possibilidade de escolha não há o que decidir. Na grande maioria das vezes, no exame dos atos de concentração, as decisões emergem de modo cristalino, evidente e irretorquível. Em outras ocasiões – poucas, é verdade – o dilema das decisões, para usar a expressão de GUIDO CALABRESI, nos coloca diante de “escolhas trágicas”. Paradoxos surgem por todas as partes e as soluções se apresentam, simultaneamente, como pró-concorrenciais e anticompetitivas. A indeterminação dos conceitos jurídicos e as controvertidas relações causais construídas pela análise econômica agravam as perplexidades de quem deve, obrigatoriamente, decidir (a proibição do “*non liquet*”, no processo administrativo, está inserida no artigo 93 da Lei 9.784/99). Talvez por isso, sem justificar a demora no julgamento do presente ato de concentração, a decisão tenha sido tão retardada. Não bastasse a complexidade do caso, fatores alheios à vontade do CADE, como a mudança legal da composição do Conselho, a interrupção da votação anteriormente iniciada e os desdobramentos procedimentais daí advindos atrasaram, ainda mais, a resposta. Em resumo, estamos diante de um “*caso difícil*”.

Uma palavra inicial deve ser dita sobre a desconsideração, aprovada em plenário, quer dos três primeiros votos prolatados quer do segundo parecer elaborado pela Procuradoria do CADE. Quanto aos votos, basta lembrar que o Regimento Interno do CADE, em seu artigo 17, § 4º, prevê a possibilidade de que, cada Conselheiro promova as diligências que entenda necessárias para seu convencimento, inclusive com o pedido de vista dos autos, e modifique seu voto até o final da votação. Ora, no caso em exame, após o voto da antiga Relatora e de dois outros ex-Conselheiros, um dos julgadores pediu vista do processo e promoveu diligências. Nesse período, suspensa a votação, concluíram-se os mandatos legais dos três ex-Conselheiros que haviam votado. Nessas condições, não poderiam eles, sem mandatos, exercer o direito de voto na

¹⁵⁵ Além dos agradecimentos de praxe ao pessoal do meu gabinete – Fernanda Baeta e Fernando Gomes de Oliveira – contei, na preparação do voto, com a valiosa pesquisa de Roberto Teixeira Alves e Alexandre Gheventer, economistas do CADE, a quem, igualmente, fico grato.

sua plenitude, quer por desconhecerem o teor dos demais votos quer por ignorarem o resultado das diligências promovidas. Assim, sem qualquer juízo de valor sobre os votos anteriormente lançados, o cômputo daqueles votos macularia a decisão, às escâncaras, de nulidade absoluta. O mesmo se diga sobre o segundo parecer da Procuradoria: em primeiro lugar, por não haver previsão legal para a nova manifestação; em segundo lugar, por estar expressamente amparado, inclusive com transcrições, em voto que deveria ser desconsiderado. Por tudo isso, em rigorosa observância a princípios elementares do processo administrativo – e não por qualquer outra razão – aquelas posições serão deixadas de lado.

Se é verdade, de um lado, que o controle das concentrações não pode estar adstrito a parâmetros dogmáticos formalistas, à moda da “Jurisprudência dos conceitos”, também é correto dizer que os atos de concentração não comportam exame orientado apenas por referências a valores econômicos, à moda da “Jurisprudência dos interesses”, para citar um debate clássico na Teoria do Direito. No direito da concorrência é particularmente clara a abertura do sistema jurídico para os influxos do sistema econômico – sopesando não apenas pressupostos econômico-matemáticos, mas também valorativos e distributivos – e o fechamento do sistema jurídico, que só é capaz de processar essas informações em termos normativos, vale dizer, identificando a esfera jurídica como importante em si mesma¹⁵⁶. A decisão aqui prolatada tentará atingir esse equilíbrio: traduzir a análise econômica para a linguagem normativa do artigo 54 da lei antitruste.

O controle das concentrações não resiste à aplicação de modelos pré-fabricados. A singularidade dos casos e dos mercados em questão expõe as decisões, inevitavelmente, a elevada variabilidade. Soluções encontradas para um mercado específico dificilmente são transportadas para outros mercados. Mas isso não significa, de nenhum modo, ausência de parâmetros legais, absoluta liberdade do aplicador da norma ou sujeição incondicional a esquemas econômicos causais. As relações de causalidade – no campo jurídico mas também em outras áreas do conhecimento -, geralmente só podem ser identificadas, com precisão, “a posteriori”. Por isso, o direito da concorrência trabalha com as noções de **possibilidade** de dano ao mercado, **potencialidade** de ofensa à competição, benefícios **visados** pela operação. Entretanto, como não é dado ao direito predizer o futuro, suprimir riscos ou eliminar antecipadamente conseqüências inesperadas da decisão, é impossível aprovar ou desaprovatar atos de concentração com a suposta certeza de que serão pró-competitivas ou anticoncorrenciais. De modo singelo, a decisão do CADE,

¹⁵⁶ Ver, em sentido análogo, Calixto Salomão Filho, Direito concorrencial, São Paulo, Malheiros, 1998, especialmente pp.24-28.

nos atos de concentração, não pode encontrar supedâneo seguro em relações de causalidade infinitos. Daí o socorro – no campo do sistema jurídico e, particularmente, no controle das concentrações econômicas –, a padrões normativos que viabilizem a decisão. No direito brasileiro, essas referências estão, basicamente, no artigo 54, parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei 8.884.

II – TEMPESTIVIDADE

A operação foi realizada em 30 de julho de 1997. O ato foi notificado ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 20 de agosto de 1997. Conseqüentemente, a notificação da concentração foi tempestiva.

III – MERCADO RELEVANTE

III.A. Dimensão do Produto

Defino o mercado relevante, na dimensão do produto, seguindo a mesma linha dos pareceres da SEAE e da SDE, como sendo o de “cereais matinais prontos para o consumo”. Incorreto incluir, nessa definição, todo e qualquer produto consumido no café da manhã. Pão com manteiga, sucos, aveia e “maizena”, por exemplo, quer pela forma de preparo quer pelas características de paladar, não são substitutos dos cereais matinais prontos para o consumo. Acrescente-se a isso o fato de que alguns desses produtos – como a aveia em flocos e outros – apesar de constarem da lista de produtos fabricados pela Superbom, não foram objeto do negócio realizado com a Kellogg. A suposta elevada elasticidade-preço da demanda, apesar de importante para a caracterização de mercado relevante, não é suficiente para na definição sejam incluídos todos os substitutos imperfeitos apontados pelas Requerentes. Por fim, vale mencionar que a jurisprudência e a doutrina internacionais, em casos análogos aos destes autos, delimitam como mercado relevante o de cereais materiais prontos para o consumo.

O mercado de “cereais prontos para o consumo” é do tipo “produto diferenciado”: multiplicação de marcas, apresentações, sabores, quantidade de açúcar, faixas de consumidores, etc. Mas isso não significa, de modo algum, que entre esses “produtos diferenciados” não exista concorrência. Também não se pode segmentar o mercado de “cereais prontos para o consumo” nas categorias “premium” e “popular”, como se os cereais Kellogg concorressem

exclusivamente com os produtos Nestlé, na primeira categoria, e os cereais Superbom disputassem o mercado apenas com concorrentes “populares”, como, por exemplo, a Nutrifoods.

As múltiplas estratégias mercadológicas de diferenciação do produto visam atingir o maior número de clientes, nunca estabelecer limites de competição entre produtos do mesmo tipo. Tudo isso confirma, “*venia concessa*”, o acerto da definição de mercado aqui adotada: “cereais matinais prontos para o consumo”.

III.B. Dimensão Geográfica

O mercado relevante, do prisma geográfico, é o nacional. Importações e exportações, quando ocorrem, são circunstanciais e irrelevantes para a determinação dos limites espaciais do mercado.

IV – BARREIRAS À ENTRADA

Antes de mais nada, é preciso ressaltar que a própria evolução recente dos dados de mercado, em si, já demonstra a existência de elevadas barreiras à entrada. Um mercado com um índice de HHI que tem se estabilizado em um patamar de 4.000 pontos ou mais¹⁵⁷ desde 1997 (isto é, desde a aquisição), no qual todas as entradas, com exceção da Nestlé, tem sido residuais ou efêmeras, muito embora as margens de lucro da empresa líder tenham se elevado nos últimos anos, demonstram que as condições para uma entrada efetiva não são fáceis. Certamente, o que interessa não é o número total de empresas, mas o número de concorrentes importantes. A própria Nestlé, como se verá mais adiante, é tipicamente uma exceção que confirma a própria regra.

IV.A. Tamanho do Mercado

Em primeiro lugar, como se depreende das investigações realizadas, trata-se de um mercado pequeno. Portanto, com uma importante barreira natural à entrada associada a problemas de economias de escala. Tal fato agrava-se quando há a informação de que o mercado tem apresentado redução de de-

¹⁵⁷ Lembrando que nos *Guidelines* norte-americanos, mercados com HHI superiores a 1.800 já são considerados altamente concentrados.

manda total desde 1998. Há que se observar que, a despeito desta redução de demanda, a empresa líder tem elevado suas margens brutas de lucro.

Mais uma vez, não interessa se existem condições fáceis para a entrada residual de empresas na franja do mercado. O importante é que apenas um número finito de empresas competitivamente relevantes é viável, e que estas empresas podem obter lucros supranormais sem a ameaça de entrada¹⁵⁸.

Evidentemente, um número pequeno de empresas não significa ausência de competição quando a concorrência potencial (a ameaça de entrada) serve para disciplinar as empresas já estabelecidas. Esta argumentação, desenvolvida por Baumol, Panzar e Willig¹⁵⁹, baseia-se na idéia de que, na ausência de sunk costs (custos irrecuperáveis), a mera ameaça de entrada seria suficiente para a eliminação do poder de mercado. Pelas informações recolhidas durante a fase investigatória, não parece ser este o caso. Por exemplo, a Bauducco explica que não ficou no mercado por tratar-se de “um mercado pequeno, com baixa lucratividade, uma vez que a importação não permitia uma rentabilidade adequada”. Outras empresas, como Parmalat e Mococa, também foram obrigadas a sair do mercado por não terem obtido a rentabilidade que esperavam por outras razões, algumas associadas a custos “irrecuperáveis” em algum grau, como gastos e propaganda e marketing e investimentos em linhas de produção próprias. Portanto, o mercado de cereais prontos para consumo parece possuir baixo grau de contestabilidade. A evolução crescente das margens de lucro após a operação confirma esta hipótese.

IV.B. Diferenciação do Produto

Há duas formas de diferenciação do produto: real e informacional. A primeira é menos importante para a determinação de barreiras à entrada, ainda mais no presente caso, em que não existem segredos industriais, patentes ou propriedade de ativos exclusivos. Assim, em princípio, as empresas entrantes podem produzir produtos idênticos aos da firma estabelecida. Ainda assim, as diferenças de qualidade entre produtos neste segmento sugerem que a concorrência direta com a Kellogg exige vultosos investimentos. Como as próprias requerentes afirmam em memorial datado de 02 de maio de 2.000, “para atuação no segmento denominado “Premium”, os custos de entrada podem ser

¹⁵⁸ O argumento, clássico em economia industrial, foi desenvolvido por J. Bain em *Barriers to New Competition*, Cambridge, Harvard University Press, 1956.

¹⁵⁹ Baumol, W., J. Panzar e R. Willig. 1982. *Contestable Markets and the Theory of Industry Structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.

mais altos, dependendo do tamanho da fábrica e do volume de produção que se quer atingir, estimando-se que os investimentos realizados pela Nestlé, para a construção de sua fábrica em Caçapava, embora não divulgados, tenham se situado entre R\$ 30 milhões e R\$ 40 milhões”. Há a possibilidade de entrada a custos menores, porém desde que o produto seja qualitativamente inferior, o que tem claras implicações reputacionais negativas.

Outra fonte de diferenciação do produto tem caráter informacional, por exemplo, pelo acúmulo de esforços de propaganda e marketing para tornar uma marca conhecida. Há informações suficientes nos autos para se concluir que estes esforços não são irrelevantes. Por exemplo, uma das razões citadas pela empresa Mococa para sua saída do mercado deveu-se à “desconfiança, por parte dos varejistas, sobre o poder de nossa marca dentro da categoria”. Por sua vez, a Nestlé, principal concorrente da Kellogg, estima que as despesas com marketing e propaganda para uma nova marca seriam de aproximadamente R\$ 15 milhões e para extensão de novos produtos seriam necessários de R\$ 3 milhões a R\$ 5 milhões. Não se deve esquecer também que o consumo continuado de produtos já estabelecidos de marca Nestlé reduz seus esforços em propaganda e marketing, devido à sua reputação pré-existente.

Barreiras à entrada de natureza informacional não estão relacionadas somente aos gastos pecuniários em propaganda e marketing. Bain (1956), por exemplo, argumenta que consumidores tendem a ser fiéis a marcas pioneiras, o que também corresponderia a uma barreira à entrada. O consumidor tem informação imperfeita sobre a qualidade dos produtos e o ganho informacional derivado da experiência tende a ser custoso. Mesmo que sejam idênticos, o consumidor irá preferir o produto do qual ele tem mais informações, no caso, da Kellogg, que é uma marca pioneira cuja qualidade é suficientemente visível em razão do consumo continuado do produto, ou da Nestlé, devido à reputação construída em anos em segmentos alimentícios fronteiriços, mas que ainda assim, foi obrigada a assumir os custos supra-referidos.

Não se nega a existência de outras estratégias comerciais neste mercado. Porém, a baixa qualidade do produto ou o baixo grau de reputação ou de informação sobre o produto implica, necessariamente, restrição da empresa à franja ou em nichos específicos. A dificuldade de acesso aos espaços nos canais de distribuição é, antes, consequência destas assimetrias de qualidade, reputação e informação, mas que, evidentemente, acabam por reforçar as dificuldades das empresas localizadas na franja de crescerem e contestarem o poder de mercado da empresa líder.

Muito significativo notar, a partir do exame das informações sobre o mercado de cereais prontos para o consumo elaboradas pela ACNielsen Brasil, trazidas aos autos com o memorial juntado pelas requerentes em 9 de ja-

neiro de 2001, que, na realidade, desde a operação, praticamente apenas duas frentes de concorrentes cresceram de modo significativo: a Nestlé, que saltou de 12%, em 1997, para aproximadamente 20%, em 2000; e os “marcas próprias” dos grandes supermercados, que pularam de 1,2%, no início de 2000, para expressivos 4,9%, em novembro de 2000. Perfeitamente possível, a partir desses dados, concluir que as barreiras à entrada de novos competidores são elevadas. Cresceram no mercado apenas um gigante do setor alimentício – a Nestlé – e marcas próprias que contam com um acesso facilitado aos canais de distribuição. Registre-se que nenhum concorrente ampliou sua participação de modo expressivo após a operação. Alguns deles, como são os casos das próprias Kellogg e Superbom, estagnaram ou diminuíram as respectivas participações de mercado (ver o quadro abaixo).

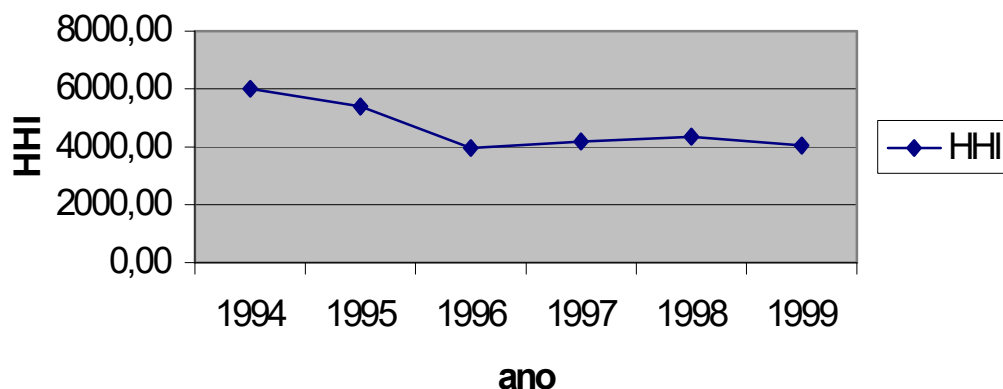
| | Kellogg | Superbom | Nestlé | Nutri-foods | Grain-mills | Oetkes | Xereta | São Braz |
|------|---------|----------|--------|-------------|-------------|--------|--------|----------|
| 1997 | 55% | 8% | 12% | 10% | 0% | 1% | 4% | 1% |
| 2000 | 46,9% | 8,1% | 18,2% | 9,9% | 2,2% | 1,1% | 1,7% | 0,6% |

V – SOBRE O PODER DE MERCADO APÓS A OPERAÇÃO

Do ponto de vista da análise dos dados de *market-share*, claramente, a operação elevou o grau de concentração, em um primeiro momento, em um mercado que já caracterizava-se por ser altamente concentrado, conforme tabela abaixo¹⁶⁰.

¹⁶⁰ Não foi considerada a participação de mercado de “outros”. Entretanto, como as participações das empresas neste item são inferiores a 1%, há pouca alteração nos resultados do cálculo do HHI.

Evolução do HHI - 1994 a 1999



Poder-se-ia argumentar que o HHI, em 1999, estava em um patamar próximo a 1996, em razão de diversas entradas que ocorreram a partir deste ano, bem como do crescimento da concorrente Nestlé. Desta forma, tais acontecimentos acabariam por implicar a neutralização da elevação de poder de mercado decorrente da operação. Entretanto, esta interpretação sobre o comportamento do mercado é claramente equivocada quando acompanhada de considerações de natureza qualitativa.

Em primeiro lugar, a operação claramente foi motivada pela preocupação da Kellogg, de natureza estratégica, em fortalecer sua posição de mercado, que até 1996 era de franco declínio, ainda que sua condição de líder do mercado, pelo menos em termos de *market-share*, estivesse longe de ser contestada. Sem dúvida, a operação implicou a eliminação de um importante concorrente direto no mercado de cereais prontos para consumo: exatamente a eliminação daquele concorrente que mais contribuía para a erosão do poder de mercado da Kellogg. O fato é que o mercado seria hoje superior, em termos concorrenciais não houvesse sido realizada a operação.

Em segundo lugar, o argumento relativo às entradas ocorridas desde 1996 não resiste a uma avaliação mais cuidadosa. O que se observa, desde 1996, é que 1) empresas, algumas com marcas fortes em outros segmentos alimentícios, não obtiveram sucesso e saíram do mercado de cereais para pronto consumo após breve período (Parmalat, Bauducco e Mococa); 2) outras empresas tem reduzido sua participação ou se mantido na franja do mercado, sem qualquer capacidade de estabelecer concorrência direta com a empresa líder (São Braz, Xereta, Oetker e Grain Mills); e 3) tendência de redução da participação de mercado da Nutrifoods. De fato, as principais razões para a pequena redução do grau de concentração após 1997 devem-se ao rápido au-

mento da participação de mercado da Nestlé, tendendo o mercado a configurar-se como duopólio, ainda sob larga liderança da Kellogg, e ao crescimento das marcas próprias.

Como orienta a boa técnica antitruste, não basta verificar a existência da entrada, é preciso avaliar se a mesma é “suficiente”. Não ficou demonstrado que estes pequenos concorrentes tivessem saído – ou que poderão sair em algum momento - de sua condição periférica e, assim, contestar a empresa líder. A existência efêmera de grandes empresas neste mercado reforça a percepção de que estas entradas não podem ser usadas como argumento de mecanismo disciplinador do poder de mercado da Kellogg.

Em terceiro lugar, não me parece que a maior participação da Nestlé tenha compensado os prejuízos decorrentes da saída da Superbom. Na verdade, a eliminação da Superbom, associada à elevação da participação da Nestlé modificou radicalmente a dinâmica da concorrência porque Nestlé e Kellogg concorrem via marca e não preço, conforme demonstram a convergência dos preços médios entre Kellogg e Nestlé e o aumento das margens brutas de lucro após a operação, em nenhum momento contestado pelas requerentes. Assim, a operação gera sérias preocupações do ponto de vista concorrencial por ter eliminado o efeito preço resultante da presença da Superbom no mercado, e ter facilitado a consecução de comportamentos colusivos.

A operação resultou na eliminação de uma empresa que concorria via preços, que obrigava a líder a também reduzir seus preços, por sinal bem mais elevados que a média internacional. Desta forma, a Superbom aproximava-se do conceito de competidor *maverick*, por ter atuado como elemento disciplinador do poder de mercado da empresa Kellogg. Por conseguinte, o resultado da aquisição da Superbom foi 1) o aumento da possibilidade de coordenação implícita entre Kellogg e Nestlé, pelo menos em termos de política de preços; e 2) a geração de condições propícias para condutas predatórias, por exemplo, mediante subsídios cruzados, financiando preços reduzidos contra concorrentes que competem mais via preços (como a Nutrifoods) e elevando preços em situações em que a Nestlé tenha maior presença de mercado.

Esta última possibilidade não é uma hipótese inverossímil. Recentemente, o Plenário do CADE arquivou um processo administrativo de denúncia de preços predatórios da Nutrifoods contra a própria Kellogg¹⁶¹. A decisão do Plenário pelo arquivamento deveu-se à demonstração, pela Conselheira-Relatora, da tendência de alta dos preços médios no mercado de cereais prontos para consumo. Entretanto, naturalmente, a *média* esconde comportamentos mais complexos, como, por exemplo, a prática de subsídios cruzados. Portan-

¹⁶¹ PA 08012.000349/98-10, julgado em 10.05.00.

to, em princípio, não vejo paradoxo entre preços médios tendencialmente crescentes e comportamentos predatórios específicos visando a eliminação de determinado concorrente.

VI – EFEITOS OBSERVADOS

Em 30 de julho de 1997 foi realizada a operação. Passados 3 anos e meio já é possível avaliar os efeitos da aquisição da Superbom sobre o mercado de cereais matinais. A tabela abaixo mostra a evolução percentual dos preços médios reais praticados pela Kellogg do bimestre de junho/julho de 1997 a fevereiro/ março de 2000. Os preços correntes da Kellogg foram deflacionados pelo Índice Nacional de Preços do Consumidor-INPC do IBGE.

Kellogg - Evolução dos preços de cereais prontos para consumo – deflacionados pelo INPC do IBGE

| Período | Evolução | Evolução Após a Operação |
|----------------|-----------------|-------------------------------------|
| Ago-Set/95 | 100 | - |
| Out-Nov/95 | 94 | - |
| Dez-Jan/96 | 98 | - |
| Fev-Mar/96 | 92 | - |
| Abr-Mai/96 | 88 | - |
| Jun-Jul/96 | 83 | - |
| Ago-Set/96 | 74 | - |
| Out-Nov/96 | 68 | - |
| Dez-Jan/97 | 69 | - |
| Fev-Mar/97 | 67 | - |
| Abr-Mai/97 | 65 | - |
| Jun-Jul/97 | 65 | 100 |
| Ago-Set/97 | 60 | 94 |
| Out-Nov/97 | 59 | 91 |
| Dez-Jan/98 | 61 | 95 |
| Fev-Mar/98 | 64 | 99 |
| Abr-Mai/98 | 65 | 101 |

| | | |
|------------|----|-----|
| Jun-Jul/98 | 64 | 99 |
| Ago-Set/98 | 65 | 100 |
| Out-Nov/98 | 67 | 103 |
| Dez-Jan/99 | 70 | 109 |
| Fev-Mar/99 | 70 | 109 |
| Abr-Mai/99 | 71 | 110 |
| Jun-Jul/99 | 70 | 108 |
| Ago-Set/99 | 71 | 110 |
| Out-Nov/99 | 71 | 110 |
| Dez-Jan/00 | 71 | 109 |
| Fev-Mar/00 | 70 | 109 |

Fonte: AC Nielsen, INPC-IBGE. Elaboração CADE

Conforme pode-se observar na tabela I, os preços reais praticados pela Kellogg mantiveram-se estabilizados nos primeiros 12 meses após a operação. Assim, a Kellogg conseguiu, após a operação, deter o movimento de queda dos preços observado desde o início da série (setembro/agosto-95). A partir do final de 1998, os preços passaram a experimentar aumentos reais em torno de 9 a 10%, que foram mantidos até março de 2000.

O próximo gráfico mostra a evolução dos preços médios reais (preços correntes deflacionados pelo INPC do IBGE), de agosto-setembro de 1995 a fevereiro-março de 2000, dos principais ofertantes de cereais matinais prontos para o consumo.

Fonte: AC Nielsen/INPC-IBGE. Elaboração CADE.

Conforme se verifica no gráfico acima, após a data da operação (indicada através da linha vertical no gráfico) os preços experimentaram uma leve redução até o final de 1997, passando, então, a seguir uma trajetória ascendente até o último período disponível, fevereiro e março de 2000, sustentando um aumento real de preço em torno de 10%, após a operação.

Deve-se concluir, após o exame destes dados, que:

1.a operação permitiu à Kellogg praticar aumentos reais de preços, de forma regular e permanente, alcançando o percentual de 10% de incremento real após a operação, mesmo diante de uma conjuntura de retração da demanda verificada a partir de 1998¹⁶²;

2.A Nestlé, que ingressou no mercado 1 ano antes da operação, acompanhou a tendência dos preços da Kellogg, observando-se uma alta correlação entre os preços das duas empresas, o que revela que a Nestlé não concorre em preços com a Kellogg, o que facilitou o processo de acomodação a nova concorrente, sem acarretar reduções de preços no mercado;

3.Os preços dos demais ofertantes apresentaram evolução semelhante à da Kellogg, mostrando que, apesar da redução da participação de mercado da Kellogg em 1999 (menos 6%) e 2000 (menos 4%), esta conseguiu praticar preços reais crescentes, assegurando, a partir da operação, a preservação da sua posição de líder de preços do mercado nacional de cereais prontos para o consumo.

A evolução dos preços pelo INPC, devidamente deflacionados, como demonstra o quadro acima, revela que o declínio – bastante acentuado até a data da operação – foi estancado, coincidentemente, após o negócio. Ainda mais: a operação não só auxiliou na reversão da tendência de queda dos preços como criou condições para a discreta recuperação de margens. Vale ressaltar que a Kellogg, depois da operação, mesmo perdendo participação no mercado – e tendo que enfrentar (i) concorrentes eventuais (vários entrantes à época do negócio, com produtos importados), (ii) a expansão das “marcas próprias” e, principalmente, (iii) um grande competidor como a Nestlé –, manteve seus preços e acompanhou, em sintomática convergência com a Nestlé, a alta.

Duas conclusões parciais podem ser extraídas desse contexto: (i) que o mercado, inclusive quanto à determinação de sua dinâmica de preços, está suficientemente marcado por um duopólio (Kellogg - Nestlé); (ii) que os entrantes periféricos (importados, marcas próprias, pequenos fabricantes) ou as “franjas” do mercado não têm condições de atuar como concorrentes contestadores da marca líder. A conclusão geral, obviamente, só pode ser a de que,

¹⁶² Em 1997, as vendas nacionais de cereais prontos para consumo atingiram 17.578 toneladas, contra 15.765, em 1998 e 12.989 toneladas em 1999.

neste caso específico, a aquisição da Superbom pela Kellogg eliminou o concorrente fundamental e deteriorou o ambiente concorrencial.

Em memorial datado de 09.01.01, a requerente argumenta que as linhas Kellogg e Superbom têm sofrido quedas constantes de *market-share*, o que demonstraria ausência de poder de mercado. Entretanto, observa-se que a queda do volume comercializado da Kellogg entre 1997 e 1999 não se deveu ao crescimento das concorrentes. Na verdade, os volumes comercializados pela Nestlé se mantiveram relativamente estáveis durante este período. No caso da Nutrifoods e de outros, os volumes comercializados chegaram a cair. Portanto, pelos dados do período, é fácil concluir que a redução do volume comercializado pela Kellogg não decorreu de eventual perda de seus clientes para concorrentes, mas se tratou de uma opção de política comercial da própria Kellogg. Neste sentido, é interessante perceber que, no período pós-operação, os preços reais, deflacionados pelo IGP-DI, tiveram aumento de cerca de 10%. Sabe-se que a capacidade de manipulação da oferta com o objetivo de regular preços é típica de empresas com poder de mercado.

É importante frisar este ponto: a queda de *market-share* da Kellogg não se deveu ao aumento da pressão concorrencial da Nestlé e de outros concorrentes. Em termos de volumes comercializados, estas empresas não têm crescido desde 1997. A redução das quantidades comercializadas pela Kellogg, antes, deriva de uma tentativa, por sinal bem sucedida, de recuperar preços, que estavam em franco declínio até a operação.

Os dados parciais de 2000 indicam nova queda de *market-share*, desta vez em um aparente contexto de crescimento. Novamente, quero argumentar que esta queda de *market-share* não implicou a redução do espaço de atuação da Kellogg para as suas principais concorrentes uma vez que, em termos de volumes comercializados, praticamente não houve alteração em relação a 1999.

A redução da participação percentual de mercado da Kellogg em 2000 deveu-se quase que exclusivamente à introdução de marcas próprias. Entretanto, não parece ser razoável considerar marca própria como uma concorrente efetiva da Kellogg. Não quero negar a importância da marca própria, mas em termos concorrenciais, sua influência é necessariamente localizada. Isto porque 1) a grande maioria dos canais de varejo existentes não têm, e provavelmente jamais terão, marca própria, e 2) é improvável a expansão da marca própria para além de sua rede de varejo específica. Portanto, por razões intrínsecas, a marca própria não tem potencial de crescimento, a não ser aquele vinculado ao crescimento da rede de varejo a que pertence, e sua participação, embora importante em situações localizadas, sempre será periférica.

VII – EFICIÊNCIAS

O §1º do artigo 54 da Lei 9.8884/94 autoriza ao CADE a aprovar Atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços,” desde que atendam às seguintes exigências:

I- tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Segundo interpretação dada pela Resolução CADE nº 15/98, no item 1.9 do seu anexo V, “entende-se por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno”. Note-se que o disposto no inciso I do § 1º do artigo 54 refere-se a eficiências suficientes para compensar o dano à concorrência.

Ademais, o inciso III do §1º do artigo 54 estabelece como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências, que estes não acarretem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços.

Deve-se ressaltar que a experiência internacional igualmente não autoriza operações que provoquem reduções substanciais da concorrência. Consta nas Merger Guidelines das agências norte-americanas de defesa da concorrência que “o exame das eficiências tiveram alguma relevância somente nos casos em que os efeitos anticompetitivos das operações não foram muito elevados. Isto porque, do ponto de vista destas agências, eficiências quase nunca

justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio”¹⁶³.

A Comissão Europeia, da mesma forma, somente aceita compensar os danos à concorrência com as eficiências quando a operação não tenha eliminado a concorrência efetiva nem acarretado dominação de mercado, esta presumida quando se alcança participações de mercado superiores a 50%¹⁶⁴. Assim, em operações que provoquem graus de concentração superiores a 50% não cabe mais o exame das supostas eficiências compensatórias.

No caso em tela, as eficiências apresentadas pela Kellogg foram as seguintes:

a) Adoção dos padrões técnicos e de qualidade da Kellogg às linhas de produção dos produtos Superbom (elevação do nível de higiene, eliminação de contaminação e controle de qualidade das matérias primas e dos produtos finais);

b) Melhoria da rede de distribuição dos produtos Superbom; e

c) Redução de custos unitários médios. Segundo tabela apresentada pelas Requerentes¹⁶⁵, houve uma redução o custo unitário total dos produtos Superbom de R\$ 2,71, em 1997, para R\$ 1,95%, em 1999. Considerando que o INPC evoluiu 2,06%, em 1998, e 7,63, em 1999, a redução de custos obtida pela Superbom, de 1998 a 1999, foi de, aproximadamente, 33%. Quanto aos produtos Kellogg, a redução do custo médio total foi substancialmente menor, cerca de 13% no mesmo período;

Quanto aos itens a e b, tratam-se de eficiências não quantificadas pelas Requerentes, sendo ainda questionável se a melhoria de qualidade do produto e a ampliação da rede de distribuição sejam eficiências estritamente decorrentes da operação.

Quanto à redução de custos unitários de produção, parece claro que a Superbom obteve ganhos apreciáveis de produtividade após a operação. No entanto, estes ganhos deveriam ter sido repassados aos consumidores, con-

¹⁶³ Seção 4 das *Horizontal Merger Guidelines* (revisada e atualizada pelo DOJ e FTC em 04/08/1997). “In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly”. Nos EUA, tem sido presumida a existência de poder de monopólio quando empresas possuem participações de mercado a partir de 50%.

¹⁶⁴ Caso C-62/86, Akzo/Chemie B.V., 1991.

¹⁶⁵ Memorial protocolizado em 25 de julho de 2000. fl. 51.

forme comando do inciso II do §1º do artigo 54. A tabela abaixo mostra que os preços dos produtos Superbom experimentaram redução de preços em torno de 10 a 15% após a operação. Assim, para os produtos Superbom pode-se dizer que houve compartilhamento dos ganhos entre os consumidores.

Superbom - Evolução dos preços de cereais prontos para consumo – deflacionados pelo INPC do IBGE (em reais)

| Período | Superbom (preços constantes) | Evolução (preços constantes) | Evolução (após a operação) |
|----------------|---|---|---------------------------------------|
| Ago-Set/95 | 10,10 | 100 | |
| Out-Nov/95 | 8,79 | 87 | |
| Dez-Jan/96 | 8,62 | 85 | |
| Fev-Mar/96 | 8,22 | 81 | |
| Abr-Mai/96 | 8,13 | 80 | |
| Jun-Jul/96 | 7,84 | 78 | |
| Ago-Set/96 | 7,16 | 71 | |
| Out-Nov/96 | 6,86 | 68 | |
| Dez-Jan/97 | 7,11 | 70 | |
| Fev-Mar/97 | 7,10 | 70 | |
| Abr-Mai/97 | 6,67 | 66 | |
| Jun-Jul/97 | 6,35 | 63 | 100 |
| Ago-Set/97 | 6,09 | 60 | 96 |
| Out-Nov/97 | 6,37 | 63 | 100 |
| Dez-Jan/98 | 5,82 | 58 | 92 |
| Fev-Mar/98 | 5,80 | 57 | 91 |
| Abr-Mai/98 | 5,58 | 55 | 88 |
| Jun-Jul/98 | 5,11 | 51 | 81 |
| Ago-Set/98 | 5,04 | 50 | 79 |
| Out-Nov/98 | 5,02 | 50 | 79 |
| Dez-Jan/99 | 5,28 | 52 | 83 |
| Fev-Mar/99 | 5,33 | 53 | 84 |
| Abr-Mai/99 | 5,40 | 53 | 85 |
| Jun-Jul/99 | 5,40 | 54 | 85 |
| Ago-Set/99 | 5,56 | 55 | 88 |

| | | | |
|------------|------|----|----|
| Out-Nov/99 | 5,49 | 54 | 87 |
| Dez-Jan/00 | 5,33 | 53 | 84 |
| Fev-Mar/00 | 5,50 | 54 | 87 |

Fonte: AC Nielsen/INPC-IBGE. Elaboração CADE.

Entretanto, quando se observa a evolução dos preços dos produtos Kellogg, para uma redução do custo unitário total de mais ou menos 13% após a operação, os consumidores se defrontaram com um aumento real de preços de aproximadamente 10%. Estes dados indicam que a Kellogg, que estava sofrendo os efeitos da concorrência da Superbom (em preços) e da Nestlé, encontrando dificuldades para manter suas margens e preços de monopólio, utilizou a marca Superbom para neutralizar a concorrência em preços encetada por Nutrifoods, Xereta e pelas marcas próprias (basicamente redes de supermercados), conseguindo, desse modo, manter e até ampliar sua margem, persistindo na política de preços elevados, em detrimento dos consumidores e da concorrência.

Sendo assim, considero que as eficiências obtidas não compensaram o dano acarretado pela operação. De um lado, a quantificação das eficiências não foi realizada, e, mesmo que o fosse, dificilmente poderia compensar a redução da intensidade competitiva provocada pela operação, já que, conforme demonstrado, os ganhos obtidos em termos de aumento de produtividade não foram repassados aos consumidores. Por outro lado, o inciso III do §1º do artigo 54 estabelece – como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências –, que estes não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Assim, como a presente operação acarretou substanciais prejuízos ao mercado, entendo que a concentração em tela não preenche as condições para ser aprovada.

Não há nos autos justificativas plausíveis que permitam afastar o perigo de abuso de poder de mercado da nova estrutura. Em casos de elevada concentração, as eficiências devem ser examinadas sempre “cum grano salis”. Nessas situações, o poder de mercado é pressuposto. Não basta, assim, associar eficiência à habilidade de produzir com custos menores. O ganho de eficiência só autoriza a concentração na hipótese de estudar suas vantagens também ao bem-estar do consumidor. E, aqui, a existência de efetiva concorrência serve como baliza, inclusive constitucional, para a avaliação da dominação de mercado. A livre concorrência não é nem um valor em si nem em valor absoluto. Porém, a efetiva pluralidade, real ou potencial, de alternativas de escolha entre produtos – ou, de outro modo, a manutenção de elevada taxa de complexidade (de opções de seleção) no mercado relevante –, para todos os atores do

mercado, é uma referência fundamental para o direito antitruste. Se a concentração suprime incentivos à redução de preço, facilita comportamentos anti-competitivos unilaterais, elimina competidor agressivo e diminui as alternativas dos demais concorrentes e dos consumidores – e é este o caso dos autos – o remédio antitruste deve ser utilizado com o objetivo de restaurar o sistema concorrencial e a liberdade de escolha do consumidor. Confira-se, nesta linha, o escílio de Calixto Salomão Filho:

“ Não é possível saber se a maximização da eficiência atende a seus interesses. É impossível garantir que não haja qualquer perda social, isto é, não se pode dizer que todas as perdas sociais ocasionadas por uma concentração que exclui concorrentes do mercado encontrarão suficiente compensação no benefício para os consumidores consistente na diminuição de preço decorrente de algum ganho de escala. A diminuição da possibilidade de escolha do consumidor (talvez não por preço, mas por qualidade do produto) e a concessão de poder sobre o mercado a um produtos que pode vir a utiliza-lo no futuro para aumentar os preços de forma a suplantam o benefício decorrente de sua própria redução de custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados.”

VII – SOLUÇÃO ESTRUTURAL “versus” COMPORTAMENTAL

Embora a experiência brasileira referente a medidas estruturais ainda seja escassa, há a percepção crescente de que soluções desta natureza tendem a ser mais eficazes para o afastamento dos danos à concorrência do que soluções comportamentais. Tal percepção está explícita no voto da Ilustre Conselheira Hebe Romano, relatora do AC nº 08012.005846/99-12 (AMBEV), ao propor o chamado “conjunto integrado de medidas”:

“Soluções institucionais, de natureza comportamental, visando o estabelecimento de compromisso da empresa em compartilhar

as eficiências alegadas na forma de menores preços, na prática, não são eficazes. Em primeiro lugar, porque seu efeito é limitado no tempo. Após o término do compromisso, e cumpridas as obrigações da compromissária junto ao órgão antitruste em repassar benefícios aos consumidores, não há mais restrições legais, do ponto de vista da legislação concorrencial, em voltar a exercer seu poder de mercado, elevando os preços finais”.

Em segundo lugar, porque há o problema da assimetria informacional entre a compromissária e o órgão antitruste. Ainda que as informações sobre preços efetivamente praticados normalmente sejam auditados por alguma empresa de auditoria, o que assegura maior veracidade às informações prestadas, podem ser fornecidas diversas razões plausíveis para o descumprimento de metas de redução de preços, tais como, redução da produtividade, elevação de determinados custos, etc.

Em terceiro lugar, porque muitas das eficiências levam em consideração determinada expectativa sobre o comportamento futuro do mercado e da economia em geral, que muitas vezes pode não efetivar-se. Esta tem sido uma justificativa comum em diversos termos de compromissos, principalmente daqueles efetivados após a implementação do real, entre 1995 e 1996.

Em quarto lugar, a imposição governamental de metas de preços trata-se de uma intervenção direta sobre decisões típicas de mercado, e que, portanto, desconsidera variáveis de natureza estratégica e comercial. Estas variáveis são dinâmicas no tempo e o compromisso caracteriza-se, até para a maior segurança legal, pelas rigidez. Desta forma, compromissos comportamentais podem ter efeitos perversos sobre o processo concorrencial, o

que seria um típico caso de uma consequência imprevista da política antitruste.

Por fim, a obrigatoriedade de reduzir preços pode corroborar para comportamentos de abuso de posição dominante, excluindo concorrentes do mercado em razão do desempenho competitivo superior da empresa dominante. O problema não é a saída de empresas menos eficientes, que faz parte do processo concorrencial. O problema é que a empresa dominante obteve ganhos de eficiência de forma não natural, mediante uma operação de concentração, resultando em amplo desequilíbrio de forças em um curto espaço de tempo. Neste caso, obrigar que a empresa mantenha metas de redução de preços pode ter efeitos negativos no bem-estar do consumidor no longo prazo, uma vez que, ao final do compromisso, possivelmente a compromissária teria reforçado seu poder de mercado.”

Na mesma linha, de acordo com o ex-Conselheiro Ruy Santacruz:

“Os compromissos de desempenho impostos pelo CADE para aprovar algumas das operações examinadas foram, na sua ampla maioria, comportamentais (isto é, relativos a níveis de preços, emprego, investimento, exportação, etc.) e dessa forma, exigem uma estrutura de acompanhamento por parte do aparelho burocrático razoavelmente sofisticada, criando uma forma de intervenção incompatível com a regulamentação moderna dos mercados. Por outro lado, a assinatura de compromissos comportamentais por prazos de 5 ou 10 anos, ao colocar rédeas no planejamento estratégico da empresa e na execução da sua política comercial (fixando volumes de exportação, níveis de emprego, etc.) reduz a liqui-

dez dos ativos transacionados dificultando sua venda posterior; o que certamente tem efeito inibidor sobre o investimento ao modificar preços de mercado desses ativos comprometidos com metas. Além de enrijecer a decisão empresarial, retirando eficiência da firma e, portanto, do mercado”¹⁶⁶.

Em países onde a jurisprudência é mais sólida, esta tendência é muito nítida. Deve-se destacar recente estudo do FTC sobre a eficácia das ordens de venda de ativos (divestiture)¹⁶⁷ entre 1990 e 1994. A utilização de soluções estruturais nos EUA não é nova e é anterior à implementação do Hart-Scott-Rodino Act (1976)¹⁶⁸. No caso DuPont (1961), considerou-se que “divestiture has been called the most important of antitrust remedies. It is simple, relatively easy to administer, and sure”. Várias cortes e agências norte-americanas têm acompanhado esta orientação nas últimas décadas. O que o estudo procura destacar é que 1) ordens de venda tendem a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados; e 2) ordens de venda envolvendo um negócio inteiro, que seja organicamente independente e sustentável, tendem a ter mais sucesso de que ordens de venda de determinados ativos selecionados. O estudo ainda faz uma série de recomendações, tais como, a necessidade da aprovação do comprador pela Comissão, reduzir ao máximo os períodos de ordem de venda, o uso do trustee (equivalente a um auditor independente) para monitorar transferência de tecnologia, dentre outras recomendações.

Apenas em determinadas situações, principalmente quando envolvem relações verticais, soluções comportamentais podem ser eficazes. Como argumentam Parker e Balto, “behavioral relief is typically a less satisfactory solution than structural relief, since it often involves some sort of ongoing regulation. But that does not mean that it is never used. In appropriate cases, the Commission has used behavioral relief such as firewalls and nondiscrimination provisions, particularly to remedy vertical concerns. For example, in the Time Warner/Turner Transaction, the Commission approved the merger based

¹⁶⁶ Santacruz, R. (1998). “Prevenção Antitruste no Brasil: 1994/1996”. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, in Relatório Anual 1998/99; CADE; p. 77.

¹⁶⁷ FTC, Bureau of Competition, “A Study of the Commission’s Divestiture Process” (1999) www.ftc.gov/os/1999/9908/ind_ex.htm#6

¹⁶⁸ Que, como se sabe, passou a determinar que a notificação fosse prévia à fusão.

on a wide variety of behavioral rules. In other cases, a behavioral approach may be inadequate”¹⁶⁹.

Sabe-se que o atual quadro institucional-legal compromete a função preventiva da análise antitruste, tendo em vista que, dada a não obrigatoriedade de notificação prévia, o órgão antitruste tipicamente depara-se com uma situação em que precisa encontrar uma solução adequada para o restabelecimento da situação concorrencial prévia anos depois da operação ter sido consumada. Assim, o mero desfazimento do negócio, hoje, é impensável: alguns ativos da empresa adquirida podem não existir mais, empregados-chave talvez tenham sido demitidos por duplicidade de funções, etc. Desta forma, deve-se ressaltar que os ativos a serem postos à venda pela Kellogg deverão ser equivalentes (e não, necessariamente, os ativos originais) aos ativos da Superbom adquiridos à época. É importante que este “pacote” de ativos, tangíveis e intangíveis, constitua uma entidade econômica completa, suficientemente rentável e capaz de gerar efeitos concorrenciais importantes e imediatos. A tarefa não é simples e imagino que apenas através de uma empresa de auditoria independente, e com base em algum tipo de pesquisa de mercado, é que se poderá determinar o tamanho e conteúdo minimamente necessário para este “pacote” de ativos.

Portanto, concluo que a forma adequada de afastar o dano concorrencial ocasionado pela operação é a venda de um conjunto de ativos, equivalente a um negócio econômico inteiro, no intuito de recompor a concorrência de forma imediata e auto-sustentável.

IX - DECISÃO

Conforme o exposto, a transação em exame resultou na concentração do mercado de cereais matinais prontos para o consumo. Não resta dúvida de que a operação significou a incorporação da principal concorrente com o objetivo de manter e ampliar posição dominante e poder de mercado.

Os argumentos desenvolvidos pela Requerente não demonstram nem comprovam a efetivação das eficiências alegadas e não satisfazem os requisitos do § 1º do artigo 54 da Lei 8.884/94. Vale lembrar que as noções de eficiência e de concorrência não devem ser conflitantes, uma vez que é a própria concorrência que deve determinar as eficiências.

Inexistem, portanto, eficiências que justifiquem a eliminação da concorrência no mercado de cereais matinais prontos para o consumo. Os

¹⁶⁹ Parker, Richard G. & David A. Balto. “*The Evolving Approach to Merger Remedies*” (2000). www.ftc.gov

ganhos financeiros para as Requerentes podem ser certos e significativos, mas os benefícios para o consumidor são duvidosos ou inexistentes.

Diante dos motivos expostos, voto pela desconstituição da operação, que se realizará nos seguintes termos :

A) a Kellogg deverá alienar os ativos da Superbom ou ativos equivalentes àqueles adquiridos quando da realização do ato – de modo a envolver um negócio inteiro, independente e sustentável no mercado relevante de cereais matinais prontos para o consumo –, a um terceiro interessado com participação de mercado, nos últimos seis meses, não superior a 10%, aprovado pelo plenário, e que, simultaneamente, apresente-se como competidor capaz de sustentar a marca;

B) a Kellogg deverá alienar todos os elementos de propriedade intelectual, vale dizer, registros, pedidos e direitos inerentes à marca Superbom no mercado relevante;

C) a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada à época da aquisição, mas deverá, necessariamente, envolver os ativos relacionados na alínea “B”. caso o comprador opte por esta alternativa, a Kellogg deverá alienar tais instrumentos (equipamentos e maquinarias) a outro interessado;

D) a alienação deverá ter preços e condições de pagamento lastreados em avaliação realizada por empresa idônea do ramo, sendo toda a operação de alienação acompanhada por empresa de auditoria de reconhecida reputação, inclusive habilitada para monitorar a eventual transferência de tecnologia e de informações comerciais e industriais, apresentada pela Kellogg ao Plenário do CADE, previamente, no prazo de 15 dias a contar da publicação da decisão;

E) o futuro adquirente dos ativos da Superbom ficará sub-rogado em todos os direitos definidos no “Instrumento Particular de Cessão e Transferências de Ativos e Outras Avenças” bem como em seus anexos e instrumentos complementares, desde que compatíveis com as obrigações, faculdades e limites estabelecidos na presente decisão;

F) no prazo de 30 dias, iniciados a partir da assinatura do termo de responsabilidade, nos termos da Resolução CADE n.º 13/98, o laudo pericial deverá ser encaminhado ao Plenário e, no prazo de 60 dias, a contar da publicação da ata da Sessão Ordinária que aprovou o laudo, conforme disposto no artigo 25 da Lei 8.884/94, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e intervenção judicial para execução da decisão;

G) a Kellogg deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação.

É o voto.

Brasília, 17 de janeiro de 2001.

Celso Fernandes Campilongo

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08000.020.471/97-70.

REQUERENTES: Kellogg do Brasil & Cia. E Produtos Alimentícios Superbom Indústria e Comércio Ltda.

RELATOR: Conselheiro Celso Fernandes Campilongo.

VOTO VOGAL DO CONSELHEIRO JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

1. PRESSUPOSTOS LEGAIS DE EXAME DO ATO DE CONCENTRAÇÃO - O legislador dispõe, no § 6º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que, *"após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias"*.
2. Estamos diante de mandamentos imperativos emitidos pelo Legislador, em que o futuro equivale a um imperativo - será emitido, manifestar-se-á e deliberará -. É verdade também que o dispositivo do § 8º do mesmo artigo permite a suspensão dos prazos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo.
3. Tal elasticidade legal não justifica, entretanto, o alongamento eterno do processo.
4. É verdade também que a lei determina que a eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação.
5. Há que salientar-se, entretanto, que se o ato de concentração tem sua eficácia condicionada à sua aprovação, o mesmo não acontece com todos os demais atos praticados pela empresa em suas relações jurídicas com terceiros.
6. Não se há de pensar que todos os contratos supervenientes ao ato de concentração tenham sua eficácia dependente da aprovação do CADE. Seria o absurdo jurídico, congelar-se todo o relacionamento jurídico das Reque- rentes com outras empresas. Todas as admissões e demissões de empregados estariam também condicionadas? Os contratos de compra-e-venda estariam também com sua eficácia suspensa? Todos os contratos de distribuição estariam também com sua eficácia suspensa?

7. É importante observar que o presente ato de concentração se concretizou em 30 de julho de 1997, foi apresentado em 20 de agosto de 1997, e somente em 23 de janeiro de 2001 está sendo julgado pelo CADE. São três para quatro anos de eficácia suspensa???
8. Saliente-se que o CADE, em 1997, quando o ato foi apresentado, poderia, como lhe faculta o artigo 83 da Lei 8.884/94, ter emanado uma medida cautelar, tal como foi feito no caso AMBEV, para, aí sim, dar efeito suspensivo a todos os atos jurídicos que viessem a ser praticados. E para que terceiros que viessem a contratar com as Requerentes soubessem que todos aqueles atos estariam com sua eficácia suspensa. Seria, no mínimo, o respeito ao princípio fundamental do Direito, que é o princípio da boa fé.

A ECONOMIA COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE E DECISÃO

9. RICHARD POSNER, em obra magistral sobre o relacionamento entre o Direito e a Economia, mostra a necessidade do estudo desta ciência para que as questões antitruste possam ser decididas adequadamente. Mas salienta que a Economia é um INSTRUMENTO. Ora, se assim é, não se pode aceitar a tese de que o instrumento adquira supremacia sobre a ciência que dele se utiliza. O trator, a escavadeira, a enxada são instrumentos nas mãos do homem que os manuseia, mas seria impensável admitir-se que a enxada passasse a guiar o homem.
10. Afirma POSNER que *"o campo antitruste está precisando de um completo repensamento quer de seus aspectos substanciais quer dos administrativos, e o instrumento intelectual essencial para esta reestruturação, eu creio - além da simples lógica e do senso comum, que são materiais escassos neste como na maioria dos campos - é a ciência da Economia. ... O trabalho dos economistas fornece pelo menos um ponto de partida para esta análise"* (¹).

A ORDEM ECONÔMICA COMO PONTO BÁSICO

11. Como já assinalei alhures *"a Constituição econômica opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica. Tem esta por finalidade estabelecer os princípios e regras, informadores das normas que re-*

¹ Antitrust law: An economic perspective. 1976. p. 3.

gerão as relações econômicas. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta: a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico...." E acrescento também que "a Constituição econômica tem seu quadro contextual no todo da Constituição política, cujos princípios devem traçar os parâmetros para aquela. Não pode haver conflito entre os princípios estabelecidos pela Constituição econômica e os adotados pela Constituição política. A respeito dessa necessidade contextual, faz Manuel Afonso Vaz severo reparo às posições assumidas por Gomes Canotilho e por Vital Moreira. A respeito da imperiosidade dessa adequação contextual, assim se expressa ele:

"A Constituição econômica é, pois, uma parte da Constituição Política e o seu objeto não se confunde com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição econômica não se pode separar da Democracia nem das exigências de um Estado de direito. A Constituição econômica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não, propriamente, da Constituição."

"Concluindo, diremos que não é a expressão Constituição econômica que de per si, se torna sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queira referir. De resto, a expressão, em si mesma, fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política" (2).

12. Ora, não se pode aplicar o instrumento econômico sem desconhecer um princípio elementar do Direito, qual seja o instituto do ato jurídico perfeito, garantido no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, e que se constitui no fundamento da segurança jurídica. Ressalte-se o que a este respeito sustenta RECASÉNS SICHES, quando afirma que o princípio fundamental do Direito não é a Justiça (posto que esta seja sempre a estrela-guia de todas as tomadas de decisão e de posição), mas a segurança.

² Cf. meu Direito Econômico, 4ª ed. 2001, p. 54-55

13. No decurso de três para quatro anos, em que demorou a análise do presente ato, inúmeros contratos e distratos foram realizados. Deverão ser todos eles respeitados, ou deverão ser todos eles desfeitos para se ter a alegria de utilizar o novo instrumento econômico.
14. Creio que exista alguma diferença entre realizar experimentos de explosão nuclear num deserto (posto que questionáveis sob vários aspectos, principalmente o ambiental) e realizar a mesma experiência nuclear sobre Yroshima e Nagasaki.
15. E as relações trabalhistas que se constituíram e se desconstituíram nesse mesmo período em razão, em função e consequência do ato de concentração. Deverão elas ser também reconstituídas, ou o que interessa para o instrumento econômico é somente a troca de ações, reconstituição de maquinário velho, imposição de venda de maquinário?

ESSENCIALIDADE DO PRODUTO

16. Dizer, como está afirmado no voto do ilustre Relator que *"saber se o produto é essencial ou não, atinge uma larga camada da população ou não, gera felicidade ou não, para exemplificar, significa adentrar terrenos que se divorciam dos principais objetivos do direito antitruste: identificar o poder de mercado e coibir o seu abuso"*.
17. Ora, a essencialidade do bem, sua necessidade para o consumidor tem estreita diferença para o estabelecimento do poder de mercado. Ou os conceitos de elasticidade ou inelasticidade da demanda não existem mais? Ou só existem quando é conveniente invocá-los?
18. A essencialidade de um bem não pode ser vista em abstrato. A realidade social e econômica deve ser sempre levada em conta. Sem a gordura das focas e baleias, os esquimós não sobrevivem. Aquele bem lhes é essencial.
19. Ora, levando em conta a realidade brasileira, em que o salário-mínimo nem chega a 100 (cem) dólares, pensar que cereais matinais prontos para consumo sejam um bem essencial é no mínimo desconhecer o Brasil. O brasileiro mal tem dinheiro suficiente para um café da manhã com café-com-pão-com-margarina. Acreditar que cereais matinais lhe sejam um bem essencial é querer ser muito crédulo.

MENSURAÇÃO DAS BARREIRAS À ENTRADA

20. Os defensores do índice HHI para mensuração da concentração econômica, talvez não tenham jamais levado em conta a diferença entre a realidade norte-americana e a brasileira. Como assinala o Prof. MODESTO CARVALHOSA este índice não se presta a mensurar a realidade brasileira.
21. O próprio SCHERER, na introdução ao seu livro "*Industrial market structure and economic performance*" afirma que as análises empíricas neste volume serão com o fim de tratamento do livro relacionadas com a economia dos Estados Unidos ⁽³⁾. O próprio SCHERER chama a atenção para as limitações dos índices de concentração ⁽⁴⁾.
22. O próprio voto revela que a participação da NESTLÉ cresceu no setor de cereais matinais prontos para consumo. Revela também que a participação da KELLOGS caiu, no período de 1997 até 2000, de 55% para 46,9%. Outras empresas entraram nesse mercado, o que demonstra que as barreiras à entrada não são tão significativas. E o próprio voto do Eminent Reporter mostra que a evolução de elevação de preços ocorreu com todas as empresas do setor. Qual a razão dessa elevação? Pode ser atribuída exclusivamente ao poder de mercado da KELLOG?

DESCONSTITUIÇÃO

23. Repito aqui integralmente as razões por mim proferidas no Ato de Concentração nº 08000.000588/97-64, em que rejeito a hipótese de desconstituição de atos de concentração depois de decorridos mais de três ou quatro anos de sua realização.

DESCONSTITUIÇÃO - DIFERENÇAS

³ Industrial market structure and economic performance, 2nd ed.1980, p.2. Repete ele esta restrição no capítulo 3º, ao afirmar: "*we begin our exploration of structure-conduct-performance links by surveying some structural features of modern industrial economies, with emphasis on the United States*". (p. 45).

⁴ Ob. Cit., p. 59: **The limitations of concentration ratios.** To see this, we must consider more carefully some of the assumptions and limitations of the concentration index approach. The most widely used concentration ratio tells the percentage of all industry sales made by the leading four firms.

24. As normas jurídicas devem ser aplicadas em consonância com a cultura peculiar a cada país. Não se podem aplicar normas de um país de cultura romano-germânica a um outro de lastro oriental, quer muçulmano, quer confucionista ou taoísta.
25. GIORGIO BERNINI divide os países que aplicam legislação destinada a proteger a lealdade no comércio em três grupos. No primeiro figuram isoladamente os Estados Unidos; no segundo o Canadá, a Inglaterra, a Alemanha, a França, etc. e no terceiro os países em desenvolvimento (⁵). Observe-se, a este respeito, que, ao aplicar as normas relativas à concorrência, não se podem olvidar os dispositivos contextuais estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal. No Título VII da Constituição Federal, em que se insere o artigo 170, está retratada a nossa Constituição Econômica, que, na sua configuração, não se restringe ao Título VII, mas tem raízes em todos os demais títulos, como reflexo legal e normativo da constituição substancial da cultura brasileira. Uma visão de direito comparado nos convence da necessidade de termos diante de nós todas as normas pertinentes à ordem econômica brasileira. É o que vemos no Competition Act do Canadá (L.R.C. 1985) que, no seu artigo primeiro, assim estabelece:

“A presente lei tem por objetivo preservar e favorecer a concorrência no Canadá, com a finalidade de estimular a adaptabilidade e a eficiência da economia canadense, de melhorar as oportunidades de participação canadense nos mercados mundiais tendo em conta simultaneamente o papel da concorrência estrangeira no Canadá, de assegurar à pequena e média empresa uma oportunidade honesta de participar da economia canadense, assim como com a finalidade de assegurar aos consumidores preços competitivos e uma escolha de produtos”.

⁵ La tutela della libera concorrenza e i monopoli: Studi di diritto comparato. Milano, Giuffrè, 1963.

26. Esta exigência de uma visão contextual está consignada também na Lei brasileira de proteção da concorrência – Lei n. 8.884/94 -, que, no seu artigo primeiro, repete todos os parâmetros fixados nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal. O artigo 54 da Lei 8.884/94 deve ser analisado dentro da moldura do artigo primeiro, que é um importante lembrete da exigência constitucional de uma Constituição econômica brasileira.
27. Não se há de querer aplicar a países em desenvolvimento conceitos, técnicas e instrumentos a que os Estados Unidos somente chegaram depois de quase cem anos da promulgação da Lei Sherman, sem contar os casos julgados anteriormente a ela, como herança do Common Law inglês, como por exemplo *The Case of Monopolies*, julgado em 1602, e *Mitchel v. Reynolds*, julgado em 1711.
28. À aplicação do HART SCOT RODINO IMPROVEMENT ACT, de 1976, os Estados Unidos somente chegaram depois de larga experiência. E mesmo hoje, depois de quase trinta anos de vigência dessa lei alteradora do CLAYTON ACT, algumas considerações críticas são levantadas, como o fez recentemente ROBERT PITOFSKY, presidente da FTC, em palestra realizada no Law Seminars International, em 17 de fevereiro de 2000.
29. Basta uma leitura atenta dos comentários feitos por WILLIAM BAER ao Horizontal Merger Guidelines, para saber-se que os órgãos antitruste dos Estados Unidos somente vieram a conseguir uma aplicação mais eficiente das ordens de desconstituição - *divestiture* - depois da promulgação do HSR. É importante salientar que as apresentações dos atos são prévias. Assim sendo, as exigências de desconstituição são também prévias.
30. As considerações de PITOFSKY foram feitas com relação ao “Study of the Commission’s Divestiture Process”, publicado pela Federal Trade Commission em 1999.
31. As diferenças entre o Direito americano e o Direito europeu (principalmente após o Regulamento 4064/89 do Conselho) e o Direito brasileiro surgem a partir da exigência do momento da notificação, que, naqueles direitos é prévia e no brasileiro pode ser prévia (o que raramente acontece, até porque não interessa às empresas) ou pode ocorrer no prazo máximo de 15 dias úteis após a realização do ato.

32. Acentue-se que a finalidade da reestruturação (através de uma possível desconstituição) é de restaurar a concorrência. O direito alienígena é claro em exigir que as medidas de reestruturação não deverão ser adotadas se não houver probabilidade de restaurar-se plenamente a concorrência perdida em razão da fusão.
33. A aplicação do Hart Scott Rodino Act e do Regulamento 4064/89 exige que as empresas, ao notificar a proposta de fusão ao órgão de controle, apresentem também o provável comprador (ou compradores) de um negócio em funcionamento (*an on-going business*), de um pacote de ativos (*divestiture of assets selected to facilitate entry*), ou as medidas de licenças (*licensing remedies*).
34. Com relação ao comprador ou compradores, assinala PITOFISKY que “a questão chave inclui saber se obterão ativos suficientes para operar um negócio efetivamente competitivo, e se terão suficientes incentivos, competência, recursos e experiência para restaurar a concorrência” (6).
35. Tal exigência, no Direito americano, é possível, com as restrições que apontam tanto o STUDY acima mencionado, quanto a análise crítica de PITOFISKY, a partir da exigência legal de notificação prévia. Finalizando suas considerações, afirma o Presidente da Federal Trade Commission:

“Espero ter deixado claro que a FTC tem estado e permanece propensa a analisar as propostas de reestruturação, mesmo aquelas que sejam abertamente extensas e complicadas, se for provável que a reestruturação irá preservar a concorrência. Em anos recentes, contudo, temos visto

⁶ “How effective is the proposed solution? - The law is clear that divestiture and other restructuring remedies should not be adopted unless they are likely to restore fully the competition lost as a result of the merger. But what factors should an agency like the FTC look to in assessing the effectiveness of the proposed solution? - With respect to the buyer or buyers, key questions include whether they will obtain assets sufficient to operate an effective competitive business, and whether they have sufficient incentives, competence, resources and experience to restore competition” (PITOFISKY, R. The nature and limits of restructuring in merger review, Cutting Edge antitrust Conference – Law Seminars International – February 17, 2000 – Empire Hotel, New York, N.Y.).

propostas mais freqüentes que são tão extensas e complexas, que é impossível predizer com alguma confiança que a concorrência será restaurada e o bem estar do consumidor protegido.

Uma derradeira questão. Deve ficar claro que o ônus de apresentar uma proposta adequada de reestruturação deve ser dos patrocinadores da fusão. Eles têm maior probabilidade de possuir mais extensa informação sobre a sua empresa e o efeito da proposta do que quaisquer funcionários do órgão de execução. A tarefa da FTC é a de tornar claras quais as suas restrições sobre a transação proposta e tornar disponível para um diálogo construtivo sobre como os problemas poderão ser adequadamente resolvidos. Não é tarefa da FTC propor soluções - na verdade até faço reservas sobre se a FTC seria qualificada para desempenhar esse papel” (7).

36. Trago, assim, uma justificativa para não determinar, neste caso, qualquer medida desconstitutiva. Não com base no fato de o processo ter tido seu início no começo de 1997 e de não ser razoável aplicar às requerentes alguma determinação que poderia parecer injustificada dado o lapso de

⁷ *“I hope I have been clear that the FTC has been and remains willing to consider restructuring proposals, even those that are fairly extensive and complicated, if it is likely that the restructuring will preserve competition. In recent years, however, we have seen more frequent proposals that are so extensive and complex that it is impossible to predict with any confidence that competition will be restored and consumer welfare protected. - One final point. It should be clear that the burden of coming forward with adequate restructure proposals should be on the sponsors of the merger. They are likely to have more extensive information about their industry and the effect of the proposal than any set of enforcement officials. The FTC’s job is to make clear what its reservations are about the proposed transactions and to be available for a constructive dialogue on how any problem can be adequately addressed. It is not the FTC’s job to propose solutions – indeed I have reservations about whether the FTC is always qualified to play that role” (PITOFISKY, R., Ibid.).*

tempo decorrido na tramitação do processo: três anos de instrução e de julgamento.

37. A minha justificativa para não impor qualquer restrição à operação comunicada aos órgãos de defesa da concorrência, em começos de 1997, depois de já realizada a aquisição de que trazem notícia os autos, não se funda na morosidade processual, mas sim na impossibilidade de fazê-lo, com base nas considerações agora expendidas e em decorrência da própria falha legislativa que merece ser corrigida. Assinalo mais uma vez que tal falha existiu também no Direito norte-americano e no Direito europeu, corrigida, no primeiro caso, em 1976, e, no segundo, em 1989.
38. O Projeto de Lei nº 834, de 1999, que tramita no Congresso Nacional, propõe a alteração do dispositivo constante do § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94 para determinar que os atos previstos no *caput* daquele artigo sejam apresentados previamente.
39. Assim será possível analisar propostas de reestruturação, com a finalidade de preservar a concorrência e de assegurar o bem estar do consumidor.

PENSAMENTO NORTE-AMERICANO

40. Não é possível invocar a jurisprudência nem imitar o pensamento norte-americanos, sem analisar as diferenças substanciais entre as realidades sociais, econômicas e jurídicas. Vamos invocar mais uma vez o pensamento de POSNER sobre a desconstituição.
41. Observa este autor que a maioria dos estudiosos de antitruste insistem em que os mercados altamente concentrados deveriam ser forçosamente desconcentrados. Ele discorda dessa premissa, porque os custos de uma política de desconcentração seriam desproporcionados com os prováveis ganhos. Afirma que suas objeções se aplicam igualmente ao caso de fracionar uma empresa julgada culpada de monopolização. Os remédios estruturais como a desconcentração (*divestiture*) deveriam ficar confinados à desconcentração de **ativos recentemente adquiridos por uma fusão ilegal**.⁽⁸⁾
42. Analisando 11 (onze) dentre 14 (quatorze) casos de **desconcentração**, conclui que o resultado não foi construtivo.

⁸ Antitrust law: An economic perspective. 1976. p. 78

CONCLUSÕES

43. Uma leitura, até mesmo superficial, da decisão, revela desde logo que o custo de realização da desconstituição ultrapassará em muito os ganhos com a operação. Nem será preciso analisar item por item para se chegar a essa conclusão.
44. Poder-se-á dizer que vai ser um exercício intelectual, de caráter absolutamente teórico, de como se possa processar uma operação de desconstituição de uma operação que já se consolidou com o tempo. Será uma forma violenta de intervenção no mercado, em lugar de dedicar tempo precioso para a fiscalização de condutas anticoncorrenciais no mercado.

Brasília-DF., 21 de março de 2001.
João Bosco Leopoldino da Fonseca
Conselheiro do CADE

VOTO DE VISTA DO CONSELHEIRO AFONSO ARINOS DE MELLO FRANCO NETO

Motivação do Pedido de Vista

A minha principal intenção com o pedido de Vista deste processo, foi de examinar se a perspectiva da distinção entre os mercados diferenciados, definidos pelas diferentes variedades de produtos fabricados pelos participantes, poderia oferecer novas conclusões de mérito. Mais especificamente, pretendo verificar, a partir dos dados contidos nos autos e de outros que foram solicitados através de diligências do meu gabinete, se os comportamentos de quantidades e preços desagregados por produto da Kellog e da Superbom, podem trazer algum significado não indicado pelos dados agregados que foram empregados no Relatório e no Voto do I. Conselheiro Celso Campilongo.

Mercado Relevante de Produto

O mercado relevante do produto foi considerado pelos pareceres da SEAE e da SDE como sendo o de cereais prontos para o consumo de uma forma agregada, isto é, considerando-se todos os diferentes produtos de cada fabricante como um único bem, cujo preço seria a média ponderada pelas quantidades vendidas (em toneladas).

O mercado de cereais prontos para o consumo é, na realidade, composto por muitas variedades de produtos. Aos olhos dos consumidores, a diferenciação entre as variedades pode ser definida em função das diferentes composições do alimento e também das marcas dos fabricantes. Os cereais podem diferir na dimensão da sua composição, quanto ao tipo de grãos usados como base (milho, arroz, etc), grau de açúcar, forma das unidades (flocos, grãos, etc), textura, presença de outros ingredientes, etc. A diferenciação dos produtos também pode se dar dentro de cada composição, entre as marcas dos fabricantes, que adquirem significado importante para o consumidor em função da reputação construída pelos investimentos em propaganda e marketing.

As múltiplas possibilidades de diferenciação dos produtos significam que é arriscado comparar as condições de comercialização, preços praticados e quantidades vendidas, dos produtos de cada fabricante de forma agregada. A agregação de todas as variedades de uma marca em um único “produto” pode estar tratando como perfeitos substitutos produtos diferenciados aos olhos dos consumidores. Enquanto pode ser natural a hipótese de que as variedades de

cereais produzidas por um fabricante sejam boas substitutas pelo lado da oferta, a mesma hipótese pode não valer pelo lado da demanda.

Devido à diferenciação das variedades, o mercado de cereais prontos para o consumo não pode ser considerado como um mercado tradicional em que interagem firmas anônimas produzindo bens homogêneos.

Em primeiro lugar é possível que uma determinada variedade produzida pelo fabricante de uma determinada marca, seja um substituto imperfeito de todas as outras variedades e marcas. Essa característica conferiria ao fabricante um certo nível de poder de mercado naquela variedade que seria incontestável por qualquer outro fabricante. As características intrínsecas da combinação exclusiva de variedade e marca podem conferir a um fabricante um certo poder de monopólio natural naquela variedade.

Também é possível que uma variedade de uma determinada marca seja um concorrente de diferente significado para cada uma de duas outras variedades quaisquer. Duas marcas diferentes podem ser concorrentes fracas em variedades de composição diferente, mas podem ser concorrentes fortes no mercado de uma variedade de composição equivalente.

O poder de mercado de cada marca em cada variedade produzida, e as características de substituíbilidade entre as diferentes variedades produzidas com diferentes marcas, são elementos importantes para se examinar o mercado de cereais prontos para o consumo.

O exercício do poder de mercado criado por uma concentração exige que a demanda pelo produto da firma seja ou se torne relativamente inelástico ao preço com a operação. Somente com uma demanda inelástica é possível para a firma (ou grupo de firmas) aumentar o seu lucro com um aumento do preço e a conseqüente redução da quantidade vendida. O valor da elasticidade da demanda ao preço do próprio produto significa a variação percentual da quantidade de produto que será desviada para outros produtos depois de uma elevação de 1% no preço do produto. A elasticidade da demanda ao preço próprio é então a variável principal para se definir o mercado relevante em termos do produto, já que seu valor indica quanto os consumidores substituirão o consumo de um bem cujo preço aumenta.

Enquanto a elasticidade da demanda ao preço próprio indica quanto da demanda será perdida com um aumento do preço, uma outra questão de natureza diferente é saber qual produto ficará com quanto da demanda substituída do

primeiro. A avaliação destas quantidades é fornecida pelas elasticidades cruzadas da demanda. Esses números significam a variação percentual da demanda por um produto quando o preço de um outro produto se eleva em 1%. As elasticidades cruzadas da demanda são importantes para indicar quais os produtos que são mais substituíveis entre si, e portanto, para se avaliar os efeitos de concentrações entre as diferentes firmas participantes do mercado.

Pretendo examinar aqui alguns aspectos do comportamento dos preços praticados e das quantidades vendidas dos produtos fabricados por Kellogg e Superbom desde a operação, com o intuito de avaliar o grau de poder de mercado e de substituíbilidade entre produtos revelados por aquele comportamento. Assim, com respeito à definição de mercado relevante de produto adotada pelo i Conselheiro Relator, que seguiu os pareceres da SEAE e da SDE, incluo a observação de que devem ser consideradas as possibilidades de substituíbilidade tanto entre as diferentes variedades de uma mesma marca, quanto entre variedades similares entre marcas diferentes.

Os Riscos da Operação levantados pelo Relator

De acordo com o Voto, as possibilidades de efeitos anticoncorrenciais levantadas pelo Conselheiro-Relator estão centradas em torno dos seguintes temas, segundo suas próprias palavras:

"Passados mais de três anos da realização da operação, poder-se-ia argumentar que seus efeitos estão demonstrados. Os números fariam por si: quando da operação, em 1997, as requerentes, somadas, logravam uma participação de mercado de 63% (55% pertencentes à Kellogg); ao final de 2000, esse "market share" teria encolhido para 53% (46,9% da Kellogg); Como conciliar esse encurtamento com a tese de que a operação deteria **potencial** anticoncorrencial? Convenhamos: a tarefa não é simples. A análise não pode descurar de dois aspectos. Em primeiro lugar, estando o caso "sub-judice" - após o revés representado pelos votos anteriormente lançados -, parte das possibilidades e dos objetivos visados pela concentração talvez tenham tido eficácia contida, no aguardo da aprovação da operação, para só então liberar totalmente suas potencialidades. Em segundo lugar, mesmo que o "market share" seja um indicador importante, é necessário examiná-lo à luz de outros elementos: o comportamento dos preços, as barreiras à entrada e a dinâmica do mercado em questão. Muito mais do que participação no mercado, são esses elementos que permitem aferir os danos à concorrência e ao consumidor."

"Sem dúvida, a operação provocou a eliminação de um importante concorrente direto no mercado de cereais prontos para o consumo: exatamente a eliminação daquele concorrente que mais contribuía para a erosão do poder de mercado da Kellog. O fato é que o mercado seria hoje superior, em termos concorrenciais, se a operação não tivesse sido realizada."

"A existência efêmera de grandes empresas neste mercado reforça a percepção de que essas entradas não podem ser usadas como argumento de mecanismo disciplinador do poder de mercado da Kellog."

"Nestlé e Kellog concorrem via marca e não preço, conforme demonstram a convergência dos preços médios e o aumento das margens brutas de lucro após a operação, em nenhum momento contestados pelas requerentes. Assim a operação gera sérias preocupações do ponto de vista concorrencial por ter eliminado o efeito preço resultante da presença da Superbom no mercado, e ter facilitado a consecussão de comportamentos colusivos."

"Como explicar que a Kellog, perdendo mercado e volume de vendas, não reduza preços e acompanhe o movimento de elevação de sua principal concorrente? Kellog e Nestlé, como se disse, praticam preços convergentes, não preços competitivos."

"O que fica claro, independentemente de prova de acordo, é a facilitação de ações coordenadas, típicas de mercados oligopolizados, entre Kellog e Nestlé. No caso, ambas são beneficiárias, por estranho que possa parecer, da eliminação da Superbom como verdadeira concorrente."

"O decréscimo na participação de mercado e a diminuição dos preços da Kellog - ambos em acentuada queda até a data da operação - foram detidos com a concentração. Mais ainda: a Kellog viu-se liberada da pressão que sofria daquele concorrente e voltou a aumentar seus preços após a aquisição."

"Qual a justificativa para a operação a não ser o intuito deliberado de eliminar concorrente?"

"..estes dados confirmam a idéia de utilização da Superbom como marca de combate no segmento de concunidores em que a variável preço é relativamente mais importante. A hipótese de prática de subsídios cruzados, a se observar pela evolução dos preços da Kellog e da Superbom, não parece ser irrazoável."

“Duas conclusões parciais podem ser extraídas desse contexto: (i) que o mercado, inclusive quanto à determinação da sua dinâmica de preços, está suficientemente marcado por um duopólio (Kellog-Nestlé); (ii) que os entrantes periféricos (importados, marcas próprias, pequenos fabricantes) ou as “franjas” do mercado não têm condições de atuar como concorrentes contestadores da marca líder. A conclusão geral, obviamente, só pode ser a de que, neste caso específico, a aquisição da Superbom pela Kellog eliminou o concorrente fundamental e deteriorou o ambiente concorrencial.”

Análise das Questões Levantadas pelo Voto do Relator

A primeira questão que pretendemos abordar, que parece ser de fundamental importância para a conclusão do Relator é: a operação teria sido motivada pela razão anticoncorrencial de eliminação de um concorrente, que efetivamente impunha uma limitação ao exercício de poder de mercado pela Kellog?

À época da operação, a participação da Superbom no mercado de cereais prontos para o consumo era de apenas 5,4% em faturamento e de 7,1% em quantidade vendida (toneladas). As participações da Kellog eram de 59,2% em faturamento e 55,3% em quantidade vendida (toneladas). Segundo o Conselheiro Relator "...há dados de que a capacidade ociosa da Kellog seria superior à capacidade instalada da Superbom". Dada esta desproporção de participação no mercado e capacidade de produção, qual seria a chance de que a Superbom pudesse disciplinar o preço praticado pela Kellog? A Superbom não poderia disciplinar a política de preços da Kellog sem também disciplinar simultaneamente a dos outros participantes do mercado, incluindo outras grandes como Nestlé e Nutrifoods. Com 5,4% das vendas de onde nasceria tal capacidade?

Algumas indicações claras de que a Superbom efetivamente não era um concorrente da Kellog que efetivamente ameaçasse seu poder de mercado, podem ser retirados do comportamento observado dos dados desagregados de preços e quantidades vendidas dos seus produtos.

Em resposta a Ofícios, as requerentes juntaram aos autos as seguintes informações:

1. Evolução mensal (a partir de 1995 até hoje) e individualizada para cada um dos produtos do preço e quantidade de venda a varejistas de todos os produtos Kellogg e Superbom antes e após a operação, indi-

cando quais produtos tiveram a sua produção descontinuada após a operação e quando tal interrupção ocorreu.

2. Quadro comparativo entre as linhas não apenas dos produtos das linhas “Superbom 2000” e “Kelloggs 2000”, mas que menciona também os produtos descontinuados da Superbom com relação aos produtos atuais da linha “Kelloggs”.

Assim foram realizadas comparações gráficas das trajetórias dos preços reais, deflacionados pelo INPC - Alimentos e Bebidas/IBGE, e das quantidades vendidas dos produtos em cada grupo ou categoria de produtos definida pelos requerentes como Especificação/Descrição das linhas de produtos. Esta divisão em categorias é baseada na composição dos produtos e é a que usamos para definir grupos de produtos com uma presumível alta substituíbilidade da demanda. Apesar de natural, esta categorização carrega certa dose de arbitrariedade da qual, no entanto, é difícil de escapar sem o apoio de técnicas estatísticas e econométricas sofisticadas¹.

¹ Quanto a este ponto, ver "Market Definition with differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger", Daniel L Rubinfeld. *Antitrust Law Journal*, vol. 68 Issue1, 2000.

| Comparativo entre as linhas | | |
|--|--|--|
| Linha Superbom 2.000 | Especificação/Descrição | Produtos semelhantes na Linha Kellogg's 2000 |
| SB Corn Flakes 200g SB Corn Flakes 400g Corn Flakes Superbom 1kg Corn Flakes Superbom 5kg Corn Flakes Natural Fruti-gran 200g | Cereal natural a base de milho | Corn Flakes 200g Corn Flakes 500g |
| SB Skarchitos 300g SB Skarchitos 500g Kruska Açucarado 1kg Kruska Açucarado 5kg Corn Flakes Açucarado Frutigran 300g | Cereal açucarado a base de milho | Sucrilhos 300g Sucrilhos 730g |
| SB Choco Croc 300g SB Choco Croc 500g Choco Croc 1kg Choco Croc 5kg Corn Flakes Chocolate Frutigran 300g | Cereal sabor chocolate a base de milho | Sucrilhos Chocolate 320g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal sabor banana a base de milho | Sucrilhos Banana 300g |
| Kruska Mel 300g Kruska Mel 1kg Kruska Mel 5kg Corn Flakes Mel Frutigran 300g Corn Flakes Mel Frutigran 500g | Cereal natural a base de milho com mel | <i>Não existe produto semelhante</i> |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal sabor chocolate a base de farinha de trigo (em formato de bolinhas) | Chokos.com.br 200g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal sabor chocolate a base de arroz | Choco Krispis 320g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal sabor mel a base de farinha de aveia | Honey Nuto's 240g Honey Nuto's 300g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal sabor frutas a base de milho, farinha de trigo | Froot Loop's 230g |

| | | |
|---------------------------------------|---|----------------------|
| | e aveia | |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Cereal a base de farelo de trigo rico em fibras alimentares | All Bran 250g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Mistura de vários cereais com frutas desidratadas e mel | Musli 350g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Mistura de vários cereais com frutas desidratadas e gotas de chocolate ao leite | Musli Chocolate 300g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Mistura de vários cereais com coco e cobertura de açúcar | Granola 300g |
| <i>Não existia produto semelhante</i> | Mistura de vários cereais com coco, amêndoas, canela e cobertura de açúcar | Granola Canela 280g |

Obs. As apresentações da Linha Superbom que foram descontinuadas estão em negrito

O exame do gráfico dos Preços/Kg deflacionados pelo INPC – Alimentos e Bebidas do IBGE, para todos os produtos da Kellog e da Superbom, desde jan/95 até dez/200, indica que o patamar de preços praticados depois da operação já era o mesmo desde o final de 1996, seis meses antes da operação. Também se pode notar que o período de mais forte redução dos preços reais coincide com o ano de 1996, quando se verificou a maior concentração de ingressos de novas empresas no mercado. Esses dados levam a crer que pode ser falsa a conclusão de que foi a compra da Superbom que permitiu a estabilização dos preços e estancou um processo de queda constante até aquela data. Com efeito, os preços reais praticados por Kellog e Superbom já se encontravam nos patamares atuais desde o final do ano de 1996.

Segundo mostra o gráfico dos Produtos Kellog sem Semelhantes da Superbom, durante o ano de 1996, quando ocorreu a maioria das entradas de novos participantes no mercado, os preços reais da Kellog sofreram uma redução considerável, e de lá para cá vêm mantendo uma relativa estabilidade de níveis. Note-se que, como não havia concorrência direta de produtos similares da Superbom para este grupo de produtos da Kellog, é razoável de se supor que a razão para a queda dos preços não haveria de ter sido a concorrência da Superbom, facilitando a conclusão de que os preços caíram por efeito do aumento da concorrência de outros participantes do mercado em 96. Observan-

do-se o gráfico de Quantidades Vendidas para esses produtos, verifica-se uma queda gradual das vendas desde a operação, o que pode ser evidência de que a concorrência dos outros participantes do mercado não necessariamente cessou com a operação. Ao contrário do que conclui o Relator, a queda gradual das quantidades vendidas dos produtos da Kellog sem semelhantes da Superbom, a preços reais aproximadamente estáveis, pode significar uma continuidade da pressão concorrencial após a operação.

O exame nos gráficos, do comportamento de preços reais e quantidades vendidas nos mercados de Produtos da Superbom sem Semelhantes da Kellog, também é informativo. É natural se supor que esses produtos sofressem pouca concorrência dos produtos da Kellog, que não oferecia similares à época. Por isso se permite supor também, que a política de preço praticada pela Superbom para esses produtos fosse uma resposta aos preços de outros concorrentes que não a Kellog. Note-se que desde o início de 1996 até a véspera da operação os preços reais de todos esses produtos da Superbom caíram consistentemente, enquanto a quantidade vendida de cada um deles também caiu. Esse comportamento revela que, se a Superbom estava reduzindo seus preços, o estaria fazendo por razões defensivas e não como resultado de uma política deliberadamente agressiva de um competidor “maverick”, conforme interpretado pelo Relator. Com a redução dos seus preços para esses produtos, a Superbom poderia estar simplesmente tentando manter, e sem sucesso, as suas vendas, num mercado cada vez mais acirradamente disputado pelos novos concorrentes que ingressavam.

Nos mercados de Cereal Natural à base de Milho e de Cereal Açucarado à Base de Milho, conforme pode ser observado nos respectivos gráficos, a política de preços praticada pela Kellog foi semelhante. Houve uma queda marcante durante o período de entrada de novos concorrentes em 1996/1997, até a operação. Depois da operação, a Kellog procura manter os preços reais dos seus produtos em um patamar aproximadamente constante até o fim de 2000. Enquanto isso promove uma redução brusca, de aproximadamente 50%, nos preços dos produtos semelhantes da Superbom logo depois da operação, mantendo-os em um nível aproximadamente constante até o final de 2000. Quando se examina o efeito dessas políticas de preços nos gráficos das Quantidades Vendidas desses produtos da Kellog e da Superbom, constata-se o seguinte. As quantidades vendidas dos produtos Superbom geralmente aumentam com a queda dos seus preços, enquanto as quantidades vendidas dos produtos da Kellog ou declinam lentamente, ou se mantêm aproximadamente estáveis.

Ora, a reação da demanda pelos produtos Kellog e Superbom nesses grupos revela características importantes sobre a substituíbilidade entre os produtos das duas marcas. Em primeiro lugar, fica aparente que uma queda significativa dos preços dos produtos da Superbom com relação aos preços dos produtos similares da Kellog, não foi capaz de influenciar decisivamente a demanda pelos produtos da Kellog. Ou seja, os produtos da marca Kellog nestas categorias, Cereal Natural à base de Milho e de Cereal Açucarado à Base de Milho, têm uma demanda relativamente insensível aos preços dos produtos semelhantes da Superbom.

Dado que esses produtos são responsáveis pela maior parte das vendas, tanto de Kellog quanto de Superbom, este fato implica que possivelmente não há racionalidade na conclusão de que a intenção da Kellog quando comprou a marca Superbom, seria simplesmente uma de eliminação de concorrente. A eliminação do concorrente só seria interessante para a Kellog no caso dos produtos da Superbom serem altamente substitutos dos produtos da Kellog. Nesse caso, a estratégia ótima para a Kellog deveria ser a retirada dos produtos similares da Superbom que concorressem diretamente com os seus próprios da marca Kellog, com o subsequente aumento dos preços desses últimos. No entanto não foi isso que se verificou posteriormente à operação. Ao contrário, a Kellog reduziu os preços dos produtos da Superbom enquanto procurava manter os preços dos seus produtos em um patamar estável. A política de preços praticada pela Kellog para os produtos semelhantes da Superbom depois da operação indica que os produtos similares de ambas eram fracos concorrentes em preço.

Qual poderia ter sido então a intenção da Kellog quando adquiriu a Superbom, se não fosse a eliminação de um concorrente importante? O exame dos gráficos do comportamento dos preços dos Cereais Sabor Chocolate é revelador, e também confirma aqueles verificados nos mercados de Cereais Naturais e Açucarados. Depois da operação, a Kellog, que não tinha produto semelhante da sua marca nesse grupo, reduziu drasticamente os preços dos produtos Superbom e lançou um produto similar com marca Kellog (Choco Sucrilhos 320g) a um preço aproximadamente 50% mais alto. O reflexo sobre as quantidades vendidas foi diferente do observado nos mercados dos outros dois grupos de produtos. A demanda pelo novo produto da Kellog caiu gradativamente enquanto a demanda pelos produtos da Superbom cresceu, até que se iguallassem em fins de 2000.

Os indícios, em todos os grupos de produtos, são de que a Kellog pretendia pôr em prática uma política de discriminação de preços entre seus produtos e

os semelhantes da Superbom, aproveitando uma provável e pressentida inelasticidade da demanda pelos produtos da marca Kellog às variações dos preços dos produtos semelhantes da Superbom. A racionalidade para tal política de preços poderia ser encontrada na possível intenção deliberada de promover uma segmentação de mercados que permitisse à Kellog cobrar preços altos de uma camada da demanda que fosse mais inelástica a preços e simultaneamente vender mais a preços mais baixos para a fração da demanda elástica a preços. A estratégia de segmentação de mercados é reconhecida pela teoria econômica como vantajosa para firmas com poder de mercado nos seus produtos, e que enfrentam demandas diferenciadas na população. Note-se que a Kellog não poderia praticar este tipo de discriminação de preços usando uma única marca para vender produtos semelhantes!

Uma política de discriminação de preços com vistas à segmentação de mercados, que poderia estar sendo praticado pela Kellog, contudo, geraria dados de preços consistentes também com a interpretação de que a Kellog poderia estar usando a Superbom como “marca de combate” contra as concorrentes, praticando nos produtos da Superbom preços artificialmente baixos, subsidiados por preços altos dos produtos Kellog. Esta segunda interpretação, no entanto, fica prejudicada por pelo menos duas razões. A primeira é que tal conduta não poderia ser rentável se praticada por um período de tempo tão longo quando o que se observou aqui, principalmente levando-se em consideração as altas taxas de desconto (juros) brasileiras, fundamentais para se definir a rentabilidade de uma operação que visa benefícios futuros à custa de prejuízos presentes. A segunda é que, conforme foi verificado nos autos, as margens brutas de ambas empresas, Kellog e Superbom, foram positivas e relativamente altas durante a maior parte do período pós-operação, o que reduz a plausibilidade de que as receitas da Kellog pudessem estar sendo utilizadas para financiar os prejuízos decorrentes dos preços baixos da Superbom durante o período.

Finalmente, as condições de entrada e contestabilidade do mercado não parecem tão limitadas quanto acredita o Relator, à luz dos eventos do período 1996/1997. Segundo as requerentes, é necessário um investimento inicial de cerca de R\$5 milhões para a construção de uma planta com capacidade de produção de aproximadamente 1200 toneladas por mês, quatro vezes a capacidade instalada da Superbom, que era de 300 toneladas por mês.

Em termos tecnológicos, não há barreira relevante à entrada de novos concorrentes no mercado. Trata-se de uma tecnologia de fabricação madura, sem inovações recentes ou proteção de patentes. O método tradicional, usado por Kellog e Superbom, consiste em cozinhar os grãos descascados e desgermina-

dos para depois aplastar-los (transformar em flocos) e torr -los. O método de extrusão, mais moderno (datado dos anos 50), na essência não difere muito, mas   mais barato. Como se viu, o custo de implanta o de uma unidade produtiva   relativamente baixo, havendo muitas op oes de fornecedores nacionais para os equipamentos.

Previamente   opera o, houve muitas entradas de novos fornecedores e algumas saídas. O quadro em 1997, depois da opera o, era o seguinte:

| Empresa | Ingresso | Saída |
|-------------|----------|----------|
| Superbom | 1986 | 1997 |
| Nutrifoods | 1 sem 97 | - |
| Bauducco | 1 sem 95 | 2 sem 96 |
| Mococa | 2 sem 95 | 2 sem 96 |
| Xereta | 1 sem 95 | - |
| Parmalat | 1 sem 96 | - |
| Nestlé | 2 sem 96 | - |
| Grain Mills | 1 sem 97 | - |

A entrada e a subsequente saída de empresas no mercado, em curtos períodos de tempo, indicam que os custos irrecuperáveis envolvidos são baixos, no que concerne ao estabelecimento de uma estrutura produtiva e sua posterior desmobiliza o. Este padrão de comportamento revelado, assim como os depoimentos de vários fornecedores nos autos, indicam que essas entradas e posteriores saídas significam tentativas de aferi o do mercado, cujo potencial seria desconhecido ex-ante devido às incertezas relacionadas com a receptividade do público e dos revendedores com a nova marca. Note-se, ademais, que não há nos autos indica oes de que as frustra oes das tentativas de entrada no mercado, tenham sido resultado de conduta anticoncorrencial unilateral ou concertada contra os entrantes. Fica assim configurado que as barreiras   entrada são, por natureza, indissociáveis do apelo da marca e, portanto, relacionadas com investimentos em marketing e esforços de vendas junto aos distribuidores. Isto quer dizer que as barreiras   entrada são altas para fabricantes que não possuem uma marca forte e que, portanto, teriam ainda que incorrer nos investimentos necessários para alcançar uma escala comercial alta. Por outro lado, significa que empresas que já tenham uma marca associável com os produtos no mercado de cereais prontos para o consumo, enfrentam um custo relativamente baixo de entrada. Também significa que empresas que já tenham canais de comercializa o   sua disposi o são contestadores naturais do mercado, como   o caso das marcas próprias vendidas por cadeias de supermercados.

Concluindo, mesmo que a associação com uma marca célebre pareça ser uma barreira à entrada relevante no mercado, não foram poucas as tentativas realizadas em 96/97, o que demonstra pelo menos que as firmas que tentaram ingressar no mercado não estavam convencidas das dificuldades. O grau de contestabilidade no mercado também foi suficiente para permitir a entrada da Nestlé (18,2% em 2000) e a penetração das marcas próprias dos grandes supermercadistas (5% em 2000).

Em resumo, considero que, o exame dos dados desagregados disponíveis sobre a operação, permitem concluir que não houve motivação ou efeito anti-concorrencial relacionado com a operação. Levando-se em conta também, que os maiores custos à entrada se restringem à identificação da marca com o produto, considero que a operação não restringiu as condições concorrenciais do mercado, e portanto, voto pela sua aprovação sem restrições.

É o voto.

Brasília, 20 de março de 2001.

Afonso Arinos de Mello Franco Neto

