
VOTO DE VISTA NO AC 58/95¹ LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

1. Um comentário metodológico sobre a natureza da análise antitruste

Diante da constatação da ocorrência do previsto no caput do art. 54 da lei, a autoridade em concorrência deve guiar sua ação no sentido de garantir que as exigências inscritas no parágrafo primeiro do mesmo artigo sejam cumpridas. Tal intervenção cirúrgica pode assumir duas formas, seja para afastar o dano à concorrência uma vez identificado o fator que confere a posição dominante resultante ou fortalecida pela operação, seja para explorar o potencial e garantir a realização das eficiências compensatórias. Da mesma forma como a operação não pode exceder os limites a que se propõe - tal como dispõe o inciso IV do par. primeiro do art. 54 - os remédios compensatórios e/ou saneadores devem restringir-se em sua amplitude e impacto aos elementos que visam alterar, de modo a adequar uma operação de concentração ao marco legal antitruste brasileiro. Isso é o que sugere o par. nono do mesmo art. 54.

A análise antitruste apresenta uma natureza eminentemente prospectiva, tanto dos aspectos anticompetitivos como de geração de eficiências. Para se avaliar os efeitos prováveis de uma operação, conta-se com as informações disponíveis pelas partes interessadas, consultas ao mercado, o histórico de funcionamento do setor e, principalmente, o atual estágio de evolução do saber econômico, que proporciona modelos de avaliação e previsão. Diante de problemas antitruste mais complexos - quando não são imediatamente evidentes as implicações sobre o mercado das condutas de firmas dominantes - a análise prospectiva ganha maior destaque, amparada em modelos com maior ou menor grau de formalização, propiciados pelo atual estágio do conhecimento econômico.

É interessante notar que não apenas a verificação dos danos correntes ou potenciais à concorrência depende de uma análise prospectiva, mas também o exame de eficiências a serem gerados pelas operações. O padrão estrito de prova observado pelo sistema judiciário norte-americano, seguindo o marco legal daquele país que entende como crime a monopolização ou tentativa de monopolização de um mercado, explica as sérias exigências feitas pela Suprema Corte para aceitar as alegações de que a concorrência potencial está

¹ A elaboração deste voto contou com a colaboração de Carla Naves e Marcelo Caliani.

sendo afetada². É a mesma Suprema Corte que, pelas mesmas razões, até o presente não aceita alegações de eficiências como atenuante para aprovar atos de concentração tidos como lesivos à concorrência.

Em contraste, a autoridade brasileira, como se sabe, tem sido bastante mais flexível e atenta às especificidades do processo de reestruturação por que passa a produção doméstica de bens e serviços na adoção de seus padrões de prova.

2. Significado da Operação da Perspectiva Concorrencial

Sinteticamente, o dano à concorrência gerado pela presente operação é identificado com o fortalecimento da posição dominante da Brahma, que - por meio da associação com a Miller - ampliou e renovou o seu portfolio incorporando cerveja antes importada do segmento prêmio, o de maior dinâmica no mercado, reposicionando-se por conseguinte com relação à pressão competitiva exercida pelas novas empresas estabelecidas no mercado - que estabeleceram uma estratégia de down pricing - e da pressão competitiva representada pelas cervejas prêmio importadas. A pressão competitiva representada pela Miller foi neutralizada com a aliança estratégica, de modo que as dificuldades de expansão das cervejarias de menor porte aumentaram com a associação, uma vez que boa parte de seu potencial de crescimento está associado ao nicho de mercado em que presentemente opera a Miller em sua associação com a Brahma.

Passo a detalhar as razões que me levam a este entendimento.

A Brahma detém a posição dominante no mercado de cervejas brasileiro. Nos últimos anos, porém, o mercado vinha experimentando mudanças, tanto do lado da demanda quanto da oferta e, conseqüentemente, na intensidade do processo competitivo. Tais mudanças poderiam resultar em perda de posição por parte da firma dominante e em maior dinamismo competitivo no mercado.

A mudança institucional representada pela extinção do controle de preços e a abertura comercial somada ao novo ambiente de expansão econômica gerado pela estabilidade monetária proporcionou condições para a alteração da estru-

² Tratam-se das quatro condições, o mercado relevante ser concentrado, a concorrência potencial estar sendo significativamente afetada, a existência de um número limitado de empresas nas mesmas condições de concorrência potencial e a entrada seria viável de outra forma que não através da operação.

tura da demanda e da oferta no mercado de cerveja. Na primeira dimensão, o perfil da demanda alterou-se com a incorporação de novos contingentes de consumidores ao mercado, em particular o consumidor de baixa renda, sensível a opções mais atrativas em termos de preço e o consumidor jovem, sensível a novas opções de marcas e sabores³.

Na segunda dimensão, da oferta, duas empresas, até o início dos 90 atuando na franja do mercado, adotaram a estratégia de down pricing com relação às marcas líderes e com isto abocanharam parte significativa do crescimento da demanda verificado após a estabilização da moeda. Ainda na dimensão da oferta, as importações no mesmo período experimentaram notável crescimento. O acesso a marcas importadas expôs a demanda renovada - pela incorporação do público jovem e pela melhoria do poder de compra - ao apelo da novidade que movimenta a dinâmica de mercados de bens de consumo diferenciados como o que se examina. O crescimento das importações de cervejas entre 1994 e 1995⁴, se por um lado foi estimulado pela queda temporária de alíquotas de importação e pela valorização cambial, de outro foi incentivada pela demanda cronicamente desatendida durante o período de verão.⁵

É importante mencionar que a expansão da demanda mais sensível a preço, representada pela incorporação do contingente de renda mais baixa ao mercado consumidor, foi um fenômeno tipicamente once and for all, que já se esgotou. O mesmo fenômeno reproduziu-se em outros mercados de bens de consumo duráveis e não-duráveis, com o retorno das taxas de crescimento a seus padrões históricos. Já a expansão da demanda representada pela incorporação do contingente de jovens ao mercado consumidor, assim como as mudanças de hábitos de consumo, que tendem a substituir as embalagens retornáveis de 600 ml, que são tradicionais no mercado brasileiro, por embalagens não retornáveis, mais convenientes para boa parcela dos consumidores e sabidamente

3 O potencial de crescimento do mercado de cerveja brasileiro está associado em grande medida à distribuição demográfica, que revela um grande contingente de população jovem - 42% da população brasileira está abaixo de 20 anos. As faixas etárias correspondentes aos consumidores potenciais de cerveja - entre 20 e 60 anos - deverão crescer, de acordo com estimativas do IBGE à taxa de 2.2% ao ano até 2005, enquanto a estimativa de crescimento da população consolidada é de 1.2%. in Marisa Cavalheiro - "Brahma", Crédit Agricole Indosuez, Emerging Markets, March, 1998.

4 A expansão das importações foi de 0,12 milhões de hl em 1993 para 2,98 milhões de hl em 1995, apesar do retorno das tarifas de importação para patamares elevados no último ano de 2 para 20%. (Castro, R. - Relatório AC 58/95, in Revista do IBRAC, vol. 4, número 4, abril de 1997, pp. 91.

5 Ver a respeito Castro, R., op. cit. pp. 87 e meu voto no AC. 83/96, pp.36.

preferidas pelas redes de supermercados, que representam já cerca de 30% da distribuição de cervejas no território brasileiro. Como revela um recente relatório setorial⁶, “as embalagens retornáveis têm perdido espaço de forma significativa nos últimos três anos. Essa tendência facilita os requisitos de distribuição no sentido de que caminhões não são necessários para coletar garrafas vazias” (pp. 16, tradução livre). Esse é um movimento estrutural - quero dizer, auto-sustentado e de longo prazo - com implicações sobre a dinâmica da concorrência nesse mercado.

Mercado de Cerveja por Tipo de Apresentação

Mercado de Cerveja (% do volume)

	1993	1994	1995	1996
garrafas	95,8	93,2	89,4	84,8
garrafas descartáveis	0,7	1,2	1,6	2,2
latas	3,5	5,6	9,0	13,0

Fonte: Nielsen Institute of Research apud Credit Agricole Indosuez

Apresentação Brahma (% do volume)

	1993	1994	1995	1996
garrafas	90,0	88,0	87,0	88,0
garrafas descartáveis	2,0	2,0	2,0	1,0
latas	8,0	10,0	11,0	11,0

Apresentação Antarctica (% do volume)

	1993	1994	1995	1996
garrafas	96,5	93,0	89,3	89,7
garrafas descartáveis	0,2	1,0	1,5	1,9
latas	3,3	6,0	9,2	11,4

Apresentação Kaiser (% do volume)

	1993	1994	1995	1996
garrafas	93,7	91,4	91,0	84,4
garrafas descartáveis	1,3	2,4	2,4	2,0
latas	5,0	6,2	6,2	13,6

Fonte: Nielsen Institute of Research apud Credit Agricole Indosuez

⁶ Marisa Cavalheiro, op. cit.

Forçando mais uma vez a analogia com o mercado norte-americano que apresenta características estruturais muito similares ao mercado brasileiro de cerveja, o segmento prêmio é lá o que apresenta maior taxa de crescimento e também as marcas mais tradicionais vêm apresentando uma tendência ao declínio junto ao gosto do consumidor, o que se expressa pela perda de market share frente a novas opções, em particular cervejas importadas que atuam no segmento prêmio.⁷

As alianças estratégicas, aqui como lá representam uma estratégia defensiva de proteção de posições dominantes de mercado, diante da ameaça de entrada no segmento mais dinâmico, de maior potencial de crescimento e de diferenciação, o segmento prêmio. No Brasil, tanto a aliança analisada no AC 83/96 quanto a presentemente examinada representam a adoção, por parte das empresas líderes, de uma estratégia defensiva de posicionamento de produtos visando desencorajar nova entrada.

O resultado é socialmente ineficiente na medida em que o consumidor estaria melhor situado se exposto à disputa pelo mercado e à possibilidade de nova entrada e expansão de empresas já atuantes para novos segmentos e não sujeito a uma estrutura de mercado sedimentada por estratégias de exclusão.

Tirole (1993) observa acerca dos aspectos estratégicos do posicionamento de produtos que "uma escolha de produtos pode deter entrada ou afetar uma escolha subsequente de produto por parte de um rival." Uma firma que detém inúmeras marcas pode ocupar todo o espaço de produto, não deixando espaço para a entrada de outra firma - essa possibilidade é ainda mais provável quanto mais viável for o impedimento da entrada (preemption) é viável. A detenção é tão mais viável quanto mais expressivos os custos irrecuperáveis associados à entrada vis a vis a rentabilidade esperada a longo prazo da operação nesse mercado. Ademais, uma instalada tem um incentivo ainda maior do que uma entrante para introduzir novos produtos, por já ter "pago" os custos irrecuperáveis de entrada. As firmas instaladas em um mercado podem ter o interesse de multiplicar sistematicamente a variabilidade de seus produtos de modo a dissuadir a concorrência, criando assim uma barreira à entrada. Isto é possível se existem custos irrecuperáveis: a empresa em questão cria um portfólio que não deixa aos entrantes potenciais mais que nichos, ou nem isso, onde a parcela de mercado inexplorado é estreita demais para cobrir os custos irrecuperáveis.

⁷ ver a respeito meu voto no AC 83/96, reapreciação, pp. 33.

A estratégia adotada é a consagrada na literatura como a de posicionamento de produtos como forma de detenção da entrada⁸ - até o início dos 90, na ausência de ameaça de entrada, havia dois flancos abertos no mercado brasileiro de cerveja, correspondentes aos dois extremos no espaço de produto: o segmento baixo preço e o segmento prêmio. Ocupar por meio da aliança com a Miller o nicho de mercado prêmio significava manter os mesmos parâmetros de competição dentro do mercado - em particular uma posição de portfolio equivalente a da Antarctica⁹, desencorajando nova entrada, ao inviabilizar a exploração de nicho capaz de proporcionar rentabilidade esperada superior aos custos de instalação¹⁰. A expansão e renovação do portfolio, para além das extensões da marca Brahma, através da aliança estratégica, permitiu ocupar o nicho de maior dinamismo no mercado de cerveja, onde a concorrência das cervejas importadas exercia maior pressão. A entrada no mercado de cervejas apresentava duas possibilidades: o segmento baixo preço e o segmento prêmio. Em um extremo, o crescimento da Kaiser e da Schincariol vinham exercendo grande pressão sobre a posição dominante detida pelo grupo Brahma, no outro extremo, a mesma pressão era exercida pelas importações e pelo crescente interesse de cervejarias não instaladas no mercado brasileiro.

A entrada em qualquer mercado, como se sabe, dá-se em etapas; em um mercado de bens diferenciados significa explorar nichos ainda não ocupados pelas empresas instaladas, considerando-se que os gostos dos consumidores distribuem-se linear e continuamente ao longo do espaço de produto. A possibilidade de entrada nessas condições depende da avaliação do retorno esperado vis a vis os custos de instalação e operação no nicho verificado.

3. Fundamentação teórica da análise

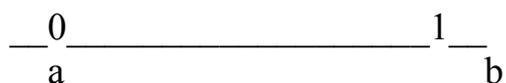
8 Ver a respeito *Économie Industrielle appliquée* - Godefroy Dang Nguyen, Vuibert, 1995., Jean Tirole, *the Theory of Industrial Organization*, MIT, 1983; Michel Glais et Philippe Laurent - *Traité d'Économie et de Droit de la Concurrence*, PUF, 1983 R. Schmalensee, *Entry Deterrence in the read to eat breakfast cereal industry* in *Bell Journal of Economic*, 1978 e *Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands* - *The American Economic Review*, June, 1983.

9 A reativação de marcas regionais também é parte da disputa entre as líderes e expressão da estratégia de ocupação de nichos e ampliação de portfolios.

10 É importante lembrar que, de acordo com a linha mais recente de discussão teórica incorporada à análise antitruste - o que se tem chamado de nova economia industrial - a estrutura industrial não é necessariamente um determinante exógeno da conduta e do desempenho e pode ser manipulada estrategicamente pela firma.

É possível demonstrar que a escolha de posicionamento de produtos pode desencorajar e mesmo deter a entrada utilizando-se o modelo de Hotelling¹¹. Se a escolha entre dois produtos por parte do consumidor depende menos de critérios objetivos, que indicariam a necessidade de análise em um espaço multidimensional mas de pura subjetividade, esta pode ser representada pela projeção de diferenças de gosto sobre o segmento $[0,1]$, com duas marcas localizadas nos dois extremos.

O modelo supõe que os consumidores se diferenciam entre si pelos seus gostos, o que permite representá-los sobre um segmento $(0,1)$. O posicionamento de um produto determina uma "distância psicológica" dos consumidores com relação a ele. Consideremos o caso de dois produtos situados às extremidades do segmento $(0,1)$, ou seja os mais diferenciados entre si. Suponhamos que o mercado é inteiramente coberto, quer dizer que os preços são suficientemente baixos para que cada consumidor situado sobre o eixo $[0,1]$ procure um bem de variedade a ou b.¹²



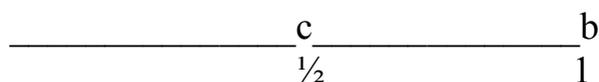
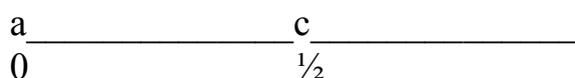
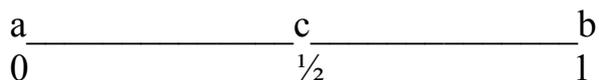
O produto a tem por mercado o segmento $[a,y]$ e o produto b o segmento $[y,b]$ onde y é a coordenada do consumidor marginal, ou seja, indiferente a comprar a ou b. A desutilidade criada pela distância x do bem a para o consumidor é representada por um custo adicional t que se soma ao preço p . O custo total expresso em utilidade pelo consumidor do tipo x de consumidor a ou b será então $p_a + t.x$ e $p_b + t(1-x)$, respectivamente.

Admitamos que os dois produtos têm a mesma função de custo, que incluem apenas os custos irrecuperáveis: $C(q) = F$. Calculando o nível de preços que

¹¹ Reproduzo aqui simplificada a versão apresentada por Nguen, op. cit, para o modelo de Hotelling com posicionamento estratégico de produto.

¹² Se os preços forem muito altos, para alguns consumidores situados à determinada distância dos bens disponíveis, a utilidade do consumo será negativa, o que fará com que parte do mercado não seja atendido e que os dois produtores ocupando os extremos do mercado de produto desfrutem de posições de monopólios em seus respectivos segmentos. A satisfação ou excedente propiciada pelo consumo de i é dada por $s_i(x) = s^* - p_i - t.x$, onde s^* corresponde à satisfação plena, quando o bem é gratuito e atende perfeitamente ao desejo do consumidor e x é a distância entre o bem e o consumidor.

maximiza os lucros¹³, encontra-se $p_a = p_b = t$, $y = 1/2$ e os lucros são iguais a $t/2$ ¹⁴ essas receitas deverão servir, para cada um dos produtos, para cobrir os custos fixos, o que impõe a condição $t > 2F$. Suponhamos agora que há três variedades (ou marcas) de produto possíveis, situadas em 0, $1/2$ e 1. De fato é como se houvesse duas sub-populações repartidas entre os segmentos $(0, 1/2)$ e $(1/2, 1)$ e em cada extremidades desses segmentos um produto seja posicionado.



A variedade intermediária c terá um mercado duas vezes maior que os de a e de b. Seu custo de instalação é então $2F$ ¹⁵ e o mercado será servido por essas três variações se e somente se $t > 4.F$ ¹⁶ Se essa última condição for respeitada, o equilíbrio com livre entrada será caracterizado pela presença no mercado de três firmas, uma ocupando o centro mas tendo os custos de instalação duas vezes mais altos, as outras duas ocupando os nichos a cada uma das extremidades.

Resumindo, se $t > 2.F$, o modelo de Hotelling mostra que é possível a operação de duas firmas ou a oferta de duas variedades situadas às extremidades do segmento $[0,1]$. Se $4.F \leq t \leq 2F$, é possível a concorrência entre três variedades, situadas a 0, $1/2$ e 1.

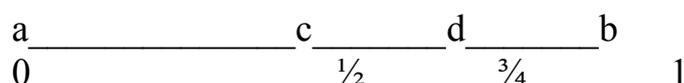
13 Em um equilíbrio de Nash-Bertrand, que significa que o par de preços de equilíbrio é tal que o preço de cada firma maximiza seus lucros dado o lucro da outra firma.

14 Os preços de equilíbrio no modelo de Hotelling são iguais e superiores ao custo marginal. A diferenciação confere poder de mercado às firmas, de modo que, diferentemente do modelo de Bertrand, os lucros aqui são positivos. Se $t = 0$, os lucros se anulam. t representa um custo psicológico que permite às empresas cobrar mais do que os seus custos de fabricação, o que é a expressão do poder de mercado das firmas.

15 Porque os custos de instalação são indivisíveis.

16 O lucro de uma variedade localizada em um extremo é agora $t/4$. O da variedade intermediária é $2 \cdot t/4$ mas seu custo de instalação é $2F$.

Dito isso, vê-se que é possível para apenas uma empresa em certas condições bloquear a entrada no mercado, se puder instalar-se primeiro e fabricar diversas variedades. É suficiente produzir um em a (nicho) e a outra em d situada por exemplo à abcissa $\frac{3}{4}$, como a seguir:



Com efeito, um entrante potencial não poderá localizar sua variedade entre a e d (por exemplo, e na abcissa $\frac{3}{8}$) porque suas perspectivas de lucro nesse caso serão $3.t/8 - 2.F$. A entrada é efetivamente bloqueada se $F > 3.t/16$. Vê-se então que em um mercado em que as condições estruturais permitiriam a concorrência entre as variedades de produtos (ou marcas), a entrada de dois concorrentes pode ser efetivamente bloqueada em razão da política de localização do primeiro entrante no mercado¹⁷. Nesse caso, o mercado é monopolizado por uma firma com apenas duas variedades. Tendo bloqueado a entrada, a firma instalada pode elevar seus preços p_a e p_d acima do nível concorrencial, sem receio de que com isto venha a provocar a entrada de um concorrente. Se mesmo assim a entrada se desse, os preços poderiam ser baixados até o ponto em que a entrante realizasse prejuízo. É demonstrado portanto ser possível construir uma barreira estratégica à entrada ocupando diversos segmentos dentro do espaço do produto.

Este modelo simples explicita o seguinte: uma firma que se defronta com uma demanda diversificada e possui a vantagem de ser a primeira no mercado pode ter o interesse de expandir o seu portfolio posicionando seus produtos de modo a dissuadir a concorrência. Esse alargamento de portfolio pode ser socialmente ineficiente uma vez que permite à firma instalada, protegida por essas barreiras estratégicas à entrada, manter preços de monopólio¹⁸.

17 Intuitivamente, basta perceber que “sobra” um segmento de mercado muito estreito para proporcionar uma rentabilidade positiva, ou seja, receitas maiores do que custos.

18 On constate donc que, par une entente (plutôt tacite que explicite), les entreprises en place sur un marché ont intérêt à augmenter le nombre de marques offertes aux consommateurs, leur effort de promotion et à maintenir leurs prix à un niveau élevé. Cette stratégie sera plus efficace et plus sûre que celle consistant à utiliser une politique de prix dissuasif (prix limite). De plus, elle peut plus facilement échapper à la vigilance des autorités antitrusts. Enfin, lorsque les entreprises en place sont en mesure de saturer l'espace économique avant que n'apparaisse la menace d'entrée, il est beaucoup plus facile de dissuader les concurrents potentiels de tenter leur chance. En effet, dans le mesure où le repositionnement des marques est coûteux, il y a peu de chance pour que les entreprises "se poussent" pour laisser de l'espace aux nouveaux arrivants." Pp. 413/4. Michel Glais et Philippe Laurent - Traité d'Économie et de Droit de la Concurrence, PUF, 1983

4. Sobre a solução levantada para sanar os prejuízos à concorrência gerados pela operação

A proposta apresentada pelo Relator revela uma lúcida análise das características estruturais do mercado brasileiro de cerveja. Contudo, o diagnóstico realizado e os remédios prescritos não decorrem dos efeitos da operação, mas das características desse mercado. Não é por resultado da operação que há barreira à entrada e desenvolvimento de empresas associadas às necessidades de montagem e operação de uma rede de distribuição nesse mercado, mas por características estruturais.

Com respeito ao diagnóstico relativo ao acesso à rede de distribuição - que a imposição de exclusividade bloqueia a entrada de novos competidores no mercado, constato os seguintes pontos:

1) de fato, a constituição de uma rede própria de distribuição é importante barreira à operação em escala nacional nesse mercado, em virtude sobretudo da dimensão e capilaridade do território e da revenda; junte-se a isso a tradição de consumo de cerveja em vasilhames retornáveis de 600 ml;

2) não é outra a razão que desestimula a entrada de novo de empresas de porte internacional e explica a opção pela formação de alianças estratégicas, como as quatro hoje existentes entre cervejarias de dimensão nacional e cervejarias estrangeiras;

3) a doutrina e a jurisprudência antitruste indicam que o tratamento a ser dado às cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição deve se dar de acordo com a regra da razoabilidade, pois, se de um lado há a possibilidade de eficiências serem geradas com um melhor controle da qualidade do serviço fornecido (distribuição do bem), o maior comprometimento do distribuidor com a imagem associada à marca, o menor risco do consumidor adquirir um produto por outro, etc., por outro cláusulas de exclusividade em distribuição, em mercados concentrados, podem inviabilizar a operação de novos agentes no mercado, o que implica um resultado socialmente ineficiente;

4) é fato também que a indústria de cervejas é espaço por excelência de atuação de grupos estratégicos, o que significa dizer que nesse mercado podem conviver, com eficiência e rentabilidade, cervejarias com atuação diversa e orientadas para espaços de mercado - em termos geográficos e de produtos - distintos. Quero dizer que o fato de uma cervejaria ter atuação regional ou

local não significa dizer que é ineficiente, fadada ao desaparecimento ou vítima das dificuldades de expansão impostas pelas grandes empresas do setor. O modo de atuação, concorrência e expansão dessas cervejarias revela uma das virtudes da economia de mercado, o fato de que a convivência de diferentes soluções empresariais implica geração de lucros, empregos e satisfação para os consumidores, estes ao dispor de leque mais variado de opções.

5) A barreira à entrada associada à necessidade de montagem ou acesso a uma rede de distribuição capilarizada é de natureza estrutural e não estratégica; não foi criada ou elevada pela operação que ora se examina; como tal, por não ser associável facilmente ao dano detectado sobre a concorrência e por conseguinte, não me parece adequado que seja objeto do remédio antitruste que se deve ministrar. Se a análise do setor provocada pelo exame da operação detectou indícios de problemas que se afastados redundariam em um mercado com menores barreiras à entrada, à mobilidade e à expansão, cabe ao Cade dar prosseguimento a esta investigação de modo a obter uma resposta definitiva sobre as questões levantadas, o que transcende de muito o escopo desta operação e implica um exame do funcionamento do mercado como um todo.

Sendo assim, a partir do profundo diagnóstico e do quadro traçado pelo Relator, cabe encaminhar um estudo detalhado dos efeitos líquidos sobre bem-estar das cláusulas de exclusividade constantes dos contratos de distribuição no mercado de cerveja. Sugiro que o Cade comande um estudo, com o concurso de algumas das entidades conveniadas, IPEA e BNDES, com o apoio de consultoria especializada e requisitando cópia dos resultados dos estudos hoje em elaboração na SEAE e SDE, de modo a concluir sobre a necessidade e viabilidade de, do ponto de vista da política de concorrência, determinar alterações nos contratos de exclusividade na distribuição que organizam essa atividade no setor.

6) Existe um movimento hoje gerador de mudanças nas condições de distribuição que tende a tornar relativamente menos importante as redes de distribuição exclusiva. No segmento prêmio a distribuição se dá integralmente de forma direta, porque destinada a supermercados, lojas de conveniência e restaurantes nos grandes centros urbanos. A entrada nesses segmentos não está sujeita à barreira estrutural representada pela rede de distribuição, mas sim à barreira estratégica representada pela ocupação de todos os nichos de mercado (saturação do mercado com a proliferação de marcas), que desencoraja a concorrência potencial e inviabiliza a nova entrada ao tornar a rentabilidade esperada menor do que os custos de entrada irrecuperáveis.

Quanto aos aspectos anticompetitivos associados às referências a preços e agudamente identificados pelo Relator, devem sem qualquer dúvida ser eliminados por meio das alterações contratuais já indicadas. A bem da clareza, reproduzo aqui os termos do Conselheiro Renault de Freitas Castro:

a) As Requerentes devem obrigar-se a eliminar todas as referências a preços de produtos produzidos e/ou importados pela Skol de todos os Acordos, a exemplo do estabelecido na Cláusula 2, item 2.1.3 do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller.

b) As Requerentes devem obrigar-se a eliminar todas as referências a preços de produtos CCB de todos os Acordos, a exemplo do estabelecido na Seção 4.1(i) do Acordo de Produção por Contrato e Assistência de Distribuição e da Seção 3.1.1(a) do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller.

c) As Requerentes devem obrigar-se a eliminar todas as referências a qualquer relação de preços entre a “Cerveja Miller Licenciada”, “Cerveja Miller Importada” e “Cerveja Importada pela Skol” e as “Cervejas Miller Adicionais”, a exemplo do estabelecido na Seção 4.6.2 do Acordo de Associação de Empresa para o Brasil.

Com relação às medidas de caráter fiscal definidas pelo Relator decorrem no meu entender do profundo diagnóstico realizado sobre o mercado cervejeiro e não do significado e efeitos da presente operação e por essa razão não as acolho.

5. A Solução ora proposta

Identificado o dano à concorrência gerado pela operação com o fortalecimento da posição dominante da Brahma em virtude da estratégia de posicionamento de produto, entendo que é este o aspecto que deve ser tratado na busca de solução para o problema antitruste. A possibilidade de entrada no segmento prêmio, seja de novos players, seja como expansão de cervejarias regionais já operantes e por conseguinte o surgimento de novos participantes no mercado de porte diferenciado, como indicaria a dinâmica desse mercado em condições normais, tornou-se menos provável diante da aliança estratégica comandada pela firma dominante¹⁹.

19 No relatório setorial sobre cerveja elaborado pelo BNDES (AO1/GESET2), 1995, lê-se que: “o setor [de cervejas] está em queda também nos Estados Unidos, porém com expansão das microcervejarias. A moda está nos brewpubs, restaurantes que elaboram e servem as suas

Retomando o primeiro ponto deste voto, noto que, ao contrário do caso examinado no AC 83/96, não há nesta operação eficiências compensatórias a serem examinados em virtude, não apenas do formato da operação, mas, sobretudo, das condições de eficiência e rentabilidade em que já operava a empresa dominante, que comanda a presente operação.

Neutralizar o dano à concorrência aqui, significa, pois, repor condições para que a dinâmica concorrencial própria desse mercado se expresse plenamente, para o que a própria dominância da Brahma pode operar como veículo, sem que sejam afrontadas as regras de mercado, traduzidas emblematicamente no princípio da busca de lucro.

Note-se que recriar condições de entrada e operação no segmento prêmio para pequenas e microcervejarias está longe de significar a proteção da pequena empresa como um fim em si, dissociado da preocupação com a eficiência econômica. Criar oportunidades para operação no segmento prêmio de cervejaria regional, pertencente a grupo estratégico distinto das grandes cervejarias nacionais e para a expansão de micro-cervejarias significa restabelecer a pluralidade e a dinâmica do mercado de cervejas que foram proporcionadas pelo movimento de abertura comercial e pelo fim do controle de preços no início dos anos 90. Em países de economia de mercado em consolidação como o Brasil, o poder público deve manter-se atento para evitar, através de sua autoridade em concorrência, que as barreiras ao comércio e à concorrência antes impostas pela intervenção generalizada do Estado não sejam repostas pela atuação estratégica das empresas dominantes, visando desencorajar a entrada de novos rivais²⁰.

Relembro que a indústria de cervejas é um exemplo clássico de espaço em que se organizam grupos estratégicos distintos, no sentido de Porter e Caves (1977)²¹: ao mesmo tempo em que as economias de escala justificam a presença de grandes firmas, multiproduto e de dimensão internacional, há empresas de tamanho significativamente mais reduzido e que nem por isso são me-

próprias cervejas. Segundo a Associação Latino-Americana dos Fabricantes de cerveja (Alafacce), o negócio das microcervejarias parece ser muito lucrativo, pois o preço de venda chega a superar, em mais de dez vezes, o custo de fabricação.” pp.9

20 Como exemplo histórico, lembre-se que este princípio guiou a formação do mercado comum europeu e a ênfase na política de concorrência naquele espaço.

21 Um grupo estratégico é um conjunto de firmas que se utilizam do mesmo conjunto de medidas estratégicas para concorrer e seguem a mesma estratégia ou estratégia similar a longo prazo.

nos rentáveis²². Por exemplo, no mercado alemão, a Heineken, que produz em todo o mundo defronta-se com cervejarias cuja capacidade de venda não se estende a um raio superior a 30 km de sua única unidade. A existência desses grupos demonstra que o processo concorrencial é multifacetado - há economias e vantagens diferentes a serem exploradas - e não é necessariamente eliminatório e darwinista.²³

Dito isso, entendo que há um efeito negativo sobre a concorrência representado pelo fortalecimento da posição dominante da Brahma por meio da estratégia de ampliação de portfolio e ocupação do segmento prêmio, que reduziu o dinamismo concorrencial do mercado. O dano, contudo, é passível de neutralização se forem estabelecidas condições de mercado para que empresas de portes variados e dispostas a disputar novos nichos aí operem - tal como se daria na ausência da estratégia de posicionamento de produtos pela firma dominante.

Tais condições podem ser proporcionadas pela oferta, por parte da empresa dominante de dois tipos de contrato, ambos visando neutralizar diretamente o efeito anticompetitivo identificado na operação em questão. Portanto, ambas as medidas descritas adiante têm por objetivo facilitar a entrada e/ou desenvolvimento de competidores no nicho de mercado equivalente ao segmento prêmio de cervejas.

São as medidas propostas:

1) Contrato para envasamento em embalagens não-retornáveis (garrafas e latas de alumínio).

Esta é a medida central do compromisso de desempenho proposto, dado que se destina a remediar o que foi identificado em diligências realizadas pelo Relator com pequenas cervejarias como uma das principais barreiras para a

22 É esse fator que está por trás, por exemplo, da competitividade internacional da pequena empresa italiana.

23 Ver Dang Nguyen, op. cit.; ver também Caves, R. and Porter, M. 1977, "From Entry Barriers to Mobility Barriers: Conjectural Decisions and Contrived Deterrence to New Competition", in *Quarterly Journal of Economics*, 91, 2 (May), pp. 241-261; "Strategic Groups and the Demand for Beer" - Victor Tremblay - *The Journal of Industrial Economics*, vol XXXIV - December 1985, n. 2 e The determinants of horizontal acquisitions: evidence from the US brewing industry - Victo Tremblay and Carol Horton Tremblay - *The Journal of Industrial Economics* - September 1988, vol XXXVII, n. 1

entrada no nicho de cerveja premium, qual seja, a capacidade de envasamento nas embalagens típicas deste segmento (latas de alumínio e garrafas não retornáveis) - sunk cost que representa um componente importante do risco envolvido na entrada. Assim, se a associação gerou ou ampliou barreiras estratégicas à entrada, particularmente no segmento prêmio, sua aprovação deve ser condicionada a uma redução das mesmas barreiras, poupando uma entrante do custo irre recuperável da instalação da uma linha de envasamento para embalagens não-retornáveis. A eliminação do custo relativo à instalação da linha de envasamento para cerveja prêmio, no momento inicial quando há dúvidas quando ao futuro desempenho do produto, reduz drasticamente o risco da iniciativa, facilitando a entrada de uma nova concorrente no segmento.

Assim, pelo Compromisso a ser assumido, a requerente Brahma concorda em disponibilizar, por meio de contrato de encomenda, parcela da sua capacidade de envasamento para que uma pequena cervejaria já em atividade no mercado relevante possa envasar sua cerveja nas embalagens típicas do segmento premium. De forma a evitar uma interferência traumática e artificial, os mecanismos escolhidos para implementar esta decisão são, como vem-se tornando saudável tradição deste Conselho, aqueles típicos de mercado.

A seleção da empresa que contratará o envasamento será feita por meio de oferta pública, estando habilitadas a participar cervejarias que tenham registrado participação inferior a 10% no mercado nacional de cerveja em 1997. A limitação justifica-se na medida em que o efeito nocivo da proliferação de marcas e da ocupação deste nicho estratégico afeta de forma totalmente desproporcional os outros dois maiores players do mercado relevante (Antarctica e Kaiser, também já por si associados a grande grupos internacionais voltados para o segmento prêmio) e os pequenos competidores. É a participação destes no segmento específico que poderia contrabalançar o dano à concorrência provocado pela operação. A partir de um preço mínimo equivalente ao do envasamento da cerveja de marca Miller pela Brahma, será a livre disputa entre as interessadas que determinará o preço a ser pago pelo contrato de envasamento.

Da mesma forma, é o volume de cerveja Miller envasado pela Brahma que deve servir de parâmetro para o contrato de envasamento por encomenda, de forma que este fique vinculado àquele, aumentando a disponibilidade de envasamento para a empresa vencedora da oferta sempre que a produção e envasamento de Miller pela Brahma aumentarem. É possível, no entanto, que a pequena cervejaria vencedora não tenha condições de acompanhar pari passu o volume envasado de Miller, seja no início do contrato seja em decorrência

dos aumentos verificados ao longo da sua vigência. Assim, o contrato preverá, para a contratante, a opção - e não a obrigação - de aumentar o volume de sua cerveja envasada pela Brahma até o total equivalente da Miller.

Prevê-se um piso de 17 mil hectolitros por mês para a encomenda, valor mínimo necessário, segundo as requerentes, para que o envasamento se faça de forma economicamente viável, dadas as exigências técnicas de ajustes no maquinário para troca de rótulos, de tampas e de caixas de empacotamento e a completa assepsia da linha de envasamento para substituição da cerveja a ser envasada. Tais trocas e limpeza, esta indispensável para evitar qualquer tipo de contato entre os extratos, exigem a paralisação da linha por várias horas (seis horas para cerveja em embalagem opaca, 13 horas para cerveja em embalagem transparente, resistente à luz, com custos respectivamente de US\$ 173 mil e US\$ 449 mil). Um set-up completo da linha de envasamento para volumes menores encareceria de tal forma o produto que afetaria de forma irrecuperável sua competitividade.

O prazo de duração do contrato está previsto em dois anos, renováveis por mais dois, com opção de mais um ano. Este escalonamento justifica-se para dar maior flexibilidade à empresa contratante de reagir ao seu desempenho verificado no mercado, ainda assegura um mínimo de previsibilidade contratual para a Brahma.

Pesquisa realizada pela empresa americana Copernicus Marketing Investment Strategy Group e citada pelas requerentes indica que 90% dos novos produtos lançados no mercado norte-americano de bens de consumo desaparecem no prazo de dois anos. Aqueles que não derem sinais de estarem se firmando nesse período dificilmente terão alguma chance no mercado.

Casos concretos de marcas que foram descontinuadas no Brasil em prazo semelhante, como o das marcas Malt 90 e Skol Ice, da própria Brahma, e ainda Carlsberg e Olson, sugerem que o comportamento do mercado de cerveja no Brasil é semelhante ao dos Estados Unidos, e que marcas que não derem sinais de estarem encontrando seu espaço no mercado nesse intervalo de tempo dificilmente terão alguma chance de viabilidade econômica -ainda mais se não tiverem a retaguarda de uma grande empresa com capacidade para suportar despesas com propaganda e outras durante um certo período.

Assim, se a cervejaria contratante puder constatar, nos dois anos iniciais, que não vê chances de se afirmar no mercado, poderá simplesmente encerrar o

contrato. Não é evidentemente função do CADE, nem propósito desta decisão, buscar preservar uma empresa que se mostre pouco competitiva no mercado. Reduzida a barreira à entrada, compensando o aumento provocado pela associação, cabe à cervejaria contratante estabelecer-se por mérito próprio.

Em dois anos a contratante pode contudo deliberar que sua posição no mercado está firme o suficiente para justificar o investimento numa linha de envasamento própria, de forma que não tenha mais que contratar e pagar à Brahma pelo serviço. Segundo informações obtidas no mercado, o prazo necessário para a implantação de uma linha de envasamento é de até um ano. Assim, a contratante prorrogaria o contrato de envasamento por mais um ano, tendo tempo para montar sua própria linha e a partir daí funcionar por conta própria como mais uma competidora no mercado.

É possível contudo que em dois anos a empresa ainda não possa ter dados suficientes para avaliar suas chances no mercado, ou ainda que não possa considerar seu produto está fixado no mercado. Poderá então unilateralmente estender a duração do contrato com a Brahma por mais dois anos.

A partir deste ponto, a empresa deverá ter informações suficientes para decidir se continua no segmento ou não, mas por conta própria. Se julgar economicamente interessante montar sua própria linha de envasamento, poderá prorrogar o contrato por mais um último ano, com o compromisso de realizar tal investimento. Se não, pode simplesmente abandonar o nicho específico encerrado o quarto ano do contrato, ou alternativamente, agora por livre iniciativa de ambas as partes, prorrogar o contrato pelo prazo que desejarem.

O Termo de Compromisso deverá vedar qualquer outro tipo de vínculo entre a contratante e a Brahma, já que uma eventual aproximação entre elas poderia comprometer o objetivo da decisão, que é o de possibilitar a entrada de mais um competidor no mercado.

2) Contrato para Programa de Auxílio Técnico

Este contrato destina-se não a pequenas, mas a micro-cervejarias, visando estimular sua participação no mercado por meio da difusão de conhecimento técnicos e gerenciais e com isso ampliar a escolha do consumidor. O aumento do número de marcas de diferentes produtores, como se sabe, além de aumentar o bem estar, contribui para diluir o poder da empresa dominante no mercado, reduzindo o impacto anticoncorrencial da associação.

Além do mais, permite que a dinâmica plural que é própria desse mercado se expresse, o que implica a convivência de empresas eficientes de porte econômico e escopo de atuação muito distinto, a partir da plataforma fornecida pela expertise acumulada pela empresa dominante e incorporada por meio de sua associação com a Miller.

O contrato tem como objeto um pacote composto por três elementos:

- I. Orientação de gestão específica para administração de cervejarias (consubstanciada na participação em curso interno da CCB conhecido como MBA da Brahma)
- II. Assistência técnica relativamente à engenharia de montagem e expansão de micro-cervejaria.
- III. Transferência de tecnologia visando a melhoria da qualidade da produção, incorporando as melhores práticas (best practices) disponíveis à Brahma nesta área.

Da mesma forma que o contrato de envasamento, também este deverá ser implementado por meio de instrumento de mercado. Três empresas serão selecionadas para participar do Programa de Auxílio Técnico, através de oferta pública. O contrato terá duração de cinco anos, usual no mercado relativamente a acordos de tipo assistência técnica, renovável por mais cinco a critério das contratantes.

Por fim, com base na valiosa experiência acumulada por este CADE, o Termo de Compromisso de Desempenho que integra este voto, prevê ainda uma série de mecanismos relativos ao aspecto operacional das ofertas públicas previstas, sempre visando facilitar sua realização e melhorar sua receptividade junto ao mercado.

Devo esclarecer que as cláusulas e condições que dão forma aos dois tipos de contrato foram previamente acordadas com as requerentes, em prosseguimento às negociações mantidas entre o Relator e as mesmas. Tais cláusulas e condições compõe o Termo de Compromisso de Desempenho que ora submeto à apreciação do Plenário.

Isto posto, voto pela aprovação da joint-venture realizada entre Brahma e Miller condicionada à assinatura em quinze dias a contar da publicação do acordo do Termo de Compromisso de Desempenho, em anexo.

Brasília, 06 de maio de 1998.

Lucia Helena Salgado e Silva
Conselheira do CADE

