

VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO

1. Em relação à avaliação dos impactos concorrenciais da *joint-venture* realizada entre a Cia. Cervejaria Brahma-CCB, Miller Brewing Company - MBC e Miller Brewing M1855, Inc. gostaria de manifestar-me sobre três questões principais. Em primeiro lugar, reafirmar minha posição sobre o caráter pró-competitivo da operação, tendo em vista que ela aumenta a concorrência entre as empresas incumbentes, no que se refere à dimensão *portfólio de produtos* e, é neutra em relação às barreiras já existentes nesta indústria. Em segundo lugar, colocar uma posição sobre o papel desempenhado pela teoria econômica no julgamento de casos antitruste e, em particular, discutir a hipótese de “fechamento de mercado” via proliferação de marcas. Finalmente, faremos um rápido comentário sobre o alcance de compromissos de desempenho em casos como o presente.

I. Alianças Estratégicas e Barreiras à Entrada

2. Em relação ao primeiro aspecto, reafirmando posição externada no primeiro julgamento, adequadamente descrita nos parágrafos 17 a 21 do Relatório do Conselheiro Renault de Castro, considero que a operação em exame não apresenta danos ao processo concorrencial, com exceção das cláusulas de preços citadas. Esta posição baseia-se em meu entendimento sobre o vigor concorrencial na indústria de cervejas e na inaplicabilidade da Doutrina da Concorrência Potencial ao presente caso.

3. Pode-se encontrar outros motivos na *joint-venture*, que transcendem a busca de poder de mercado no Brasil. No caso da Brahma, a associação, além de facilitar a ampliação de sua participação internacional, em particular no mercado americano, traria algumas vantagens em termos de ganhos gerenciais e tecnológicos e, a ampliação de seu portfólio de produtos. Do lado da Miller, o principal ganho, parece ser a facilidade de entrada no mercado brasileiro, seguindo a estratégia de expansão das principais cervejarias internacionais, conforme matéria do *Financial Times* citada pelo Conselheiro-Relator, em seu voto no primeiro julgamento (11/06/97).

4. Todavia, concordo com as barreiras à entrada identificadas no setor produtor de cervejas na análise do Conselheiro-Relator, quais sejam: a) rede de distribuição; b) marcas e c) capacidade produtiva. O Conselheiro-Relator enfatiza o acesso à rede de distribuição como a principal barreira neste setor. A capacidade produtiva em seu parecer não é um problema significativo no

momento para o mercado brasileiro, tendo em vista a existência de ociosidade entre 40 a 60% nas pequenas cervejarias.

5. Acompanho o Conselheiro-Relator, no que se refere à importância das barreiras à entrada neste setor. A própria estratégia de alianças dos principais *players* internacionais - de expandir-se via associações com cervejarias locais - é indicativa da existência destas barreiras. Todavia, não considero que a atual operação tenha trazido qualquer acréscimo às barreiras já existentes. O sistema de distribuição da Brahma já estava constituído e não foi afetado pelo acordo com a Miller. Como já foi colocado no Relatório do primeiro julgamento, a rede de distribuição da Brahma possuía 700 revendedores com capacidade de atingir um milhão de pontos de vendas¹. O acesso à rede de distribuição é efetivamente uma barreira aos novos ingressantes, todavia, a rede da Brahma não foi afetada pelo acordo.

6. Se a rede de distribuição não se alterou e, se a capacidade produtiva da Brahma também não é significativamente afetada pela *joint-venture*, algum efeito anti-concorrencial como consequência do aumento de barreiras à entrada, só pode existir se for resultado do aumento do portfólio de produtos da Brahma, tema que comentaremos no próximo tópico. Uma outra possibilidade de efeito anti-concorrencial decorre da aplicação da “Doutrina do Concorrente Potencial”, cujas condições de aplicação – em particular a constatação de que **“as vantagens de entrada da firma adquirente são possuídas por menos de três outras firmas”** (conforme a pg. 8 de meu voto no primeiro julgamento) – em meu entendimento, não estão presentes no caso em tela. Além disso, a entrada recente da Cintra, cervejaria portuguesa, via compra de fábrica desativada da Kaiser, conforme citação no § 99 do Relatório do Conselheiro Renault de Castro, comprova, em meu entender, a existência de outros possíveis entrantes que não a Miller ou, a Anheuser-Bush.

II. Concorrência e Portfólio de Produtos

7. No que se refere à ampliação do portfólio de produtos da Brahma, por intermédio da *joint-venture*, a possibilidade de aumento de poder de mercado poderia ocorrer via o fechamento do mercado para potenciais concorrentes, ou, via a maior facilidade de conluio entre as cervejarias incumbentes. Quanto ao segundo aspecto, conforme já ressaltai em meu Voto no AC 083/96, se é certo que a *“diferenciação de produtos por uma mesma empresa diminui a elasticidade da sua demanda, pois, consumidores com preferências distintas são atendidos por vários produtos da mesma empresa e, (...) o mesmo con-*

¹ De acordo com o Conselheiro-Relator, a rede de distribuição é uma barreira estrutural, ao passo que, as marcas seriam apenas estratégicas.

sumidor pode substituir bens sem trocar de fornecedor”, temos por outro lado que *“tratando-se de um oligopólio, a introdução de novas marcas por uma empresa aumenta o grau de heterogeneidade presente no mercado, diminuindo as possibilidades de conduta concertada”*. Deste modo, a maior diferenciação dificulta a coordenação aumentando a concorrência².

8. Restaria examinar, portanto, a possibilidade de fechamento de mercado. Neste caso, é importante relembrar a lição de Hovenkamp (1994: 472-73)³ ao expor a teoria sobre os impactos da diferenciação de produtos, *“que em conjunto com grandes doses de publicidade, pode deter a entrada por negar aos potenciais competidores uma oportunidade para entrar em nicho lucrativo do mercado. (...) Esta foi a reivindicação básica no ataque fracassado lançado pela FTC sobre a indústria de cereais ready to eat”*, para colocar mais adiante que *“se qualquer dessas coisas deve ser considerada como uma barreira, ela conta exatamente da mesma maneira que produzir um bem superior é barreira à entrada. Qualquer vez que os incumbentes estiverem dando aos clientes o que eles desejam, os novos entrantes terão dificuldades em conseguir lucros”*.

9. No caso brasileiro, a conquista de 6% do mercado pela marca Bavária da Cervejaria Antártica, em um período de menos de 12 meses, serve como um indicativo do caráter pró-competitivo da ampliação do portfólio de marcas e da contestabilidade da posição das principais marcas.

10. Todavia, hipoteticamente, é possível considerar a alternativa de fechamento de mercado via aumento de portfólio. Esta foi colocada no Voto de Vista da Conselheira Lúcia Salgado, contradizendo a posição do Conselheiro-Relator, que vislumbrou na rede de distribuição a principal barreira nesta indústria. Conforme o Voto de Vista, o dano à concorrência na presente operação é *“identificado com o fortalecimento da **posição dominante da Brahma** (grifo meu), que – por meio da associação com a Miller – ampliou e renovou o seu portfólio incorporando cerveja antes importada do segmento prêmio, o de maior dinâmica no mercado (...) 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.”* (Voto de Vista, página 2).

2 Além disso, como já coloquei em meu voto no AC 083/96, “a introdução de uma nova marca amplia as possibilidades de escolha do consumidor e, mesmo que a diferenciação pudesse levar a um eventual aumento de preços (o que depende efetivamente de uma série de outros fatores) em função de uma eventual ampliação da participação da empresa no mercado, esta ampliação de opções é, sem dúvida, condição para a melhora de qualidade do produto”.

3 Hovenkamp, H. 1994. Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice. St. Paul (Minn.): West Publishing Co.

11. Empiricamente, existem motivos para duvidar da existência de posição dominante por parte da Brahma. Afinal, **posição dominante** é definida como uma **situação de independência em relação ao comportamento dos concorrentes** e, é difícil caracterizar esta situação, quando, como vimos, a Antártica aumentou sua participação de mercado rapidamente com a marca Bavária. Também é difícil – em termos de fatos observados – considerar que a aliança com a Miller – que detinha menos de 0,5% do mercado de cervejas – tenha reduzido significativamente a concorrência para a Brahma. A não ser que o mercado relevante fosse redefinido como o de cervejas *premium*, ao contrário da definição aceita no primeiro julgamento.

12. Todavia, a posição adotada no Voto de Vista (pg. 1) assume que “*A análise antitruste apresenta uma natureza eminentemente prospectiva, tanto dos aspectos anticompetitivos como da 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 ao setor e, principalmente, o atual estágio de evolução do saber econômico que proporciona modelos de avaliação e previsão.*” (grifo meu).⁴

13. Aqui, devemos fazer um comentário sobre a função da utilização dos modelos econômicos na análise antitruste. O Conselheiro Antônio Fonseca, no julgamento do AC 54/95⁴, levantou a questão da inadequação da utilização de teoria dos jogos na análise antitruste, devido aos pressupostos abstratos utilizados por essa teoria, ela não poderia servir de fundamentos de decisões. Na verdade, o comentário serve para todos os modelos econômicos, não apenas para a teoria dos jogos. Em meu entendimento, os fatos e a norma legal são os fundamentos da decisão. Todavia, os resultados da teoria econômica e, portanto, dos seus modelos, servem como instrumento para a organização de fatos e de conjecturas sobre a realidade. De modo que, os resultados dos modelos não podem ser considerados como provas, mas como instrumentos auxiliares para a tomada de decisão, dependendo fundamentalmente de **embasamento empírico** para que estes resultados sejam considerados.

14. No Voto de Vista (pg. 6) da Conselheira Lúcia Salgado, se supõe que o posicionamento dos produtos detém a entrada de novos concorrentes, tendo em vista que as firmas incumbentes já incorreram em custos irre recuperáveis de entrada, que não poderiam ser suportados por novas firmas. Esta afirmação pode ser discutida sob dois aspectos, empírico e teórico. Em primeiro lugar, sob o ponto de vista empírico, avaliar quais são os indícios de que os incumbentes utilizaram – de maneira efetiva – a proliferação de marcas para impedir a entrada de novos produtos. A entrada da Cintra e o recente aumento da par-

4 Envolvendo a Cia. Petroquímica do Sul (COPESUL), OPP Petroquímica S/A, Poliolefinas S/A e Polisul Petroquímica S/A.

ticipação da Bavária, às custas da Brahma, em meu entendimento apontam na direção contrária.

15. Em segundo lugar, avaliar a própria viabilidade econômica de abuso de posição dominante devido à proliferação de marcas. O Voto de Vista sustenta esta hipótese utilizando o modelo de Hotelling (vide páginas 7 a 10 do referido Voto). Neste modelo, se supõe que os consumidores se distribuem uniformemente num espaço linear, cuja distância máxima foi normalizada para 1. Supondo que os consumidores incorrem com o custo de transporte para acessar o produto, os produtores (inicialmente parte-se de uma situação com dois produtores, que chamaremos de *A* e *B*) concorrendo em preços, atingem um equilíbrio Bertrand-Nash⁵, onde consideram que os consumidores incorrem em um custo para buscar o produto de seu concorrente. Assim, os consumidores mais próximos do produtor *A* incorrerão em um custo de transporte mais elevado para comprar de *B*. Ora, *A* sabe então que poderá cobrar pelo *custo de oportunidade* destes consumidores, aumentando o seu preço sem perder todos os seus clientes. O produtor *B* faz o mesmo em relação aos consumidores que lhe são próximos.

16. Estas hipóteses justificam porque, em equilíbrio (como se vê na página 8), cada empresa ficará com metade do mercado e, se os custos variáveis forem zero⁶, os preços das firmas serão iguais ao valor do custo unitário de transporte (*t*)⁷ e os lucros de cada uma delas iguais a $t/2$ ⁸.

17. Note-se que quando os economistas falam em maximização de lucros, eles falam do lucro econômico bruto, ou seja, a remuneração “normal” do capital já está incluída no custo variável e, além disso, o custo fixo ainda não foi deduzido. De modo que o custo fixo deve ser retirado para que tenhamos o lucro supra normal da empresa. Se considerarmos o custo de entrada como um

5 A caracterização de um equilíbrio Bertrand-Nash deve-se a: a) Bertrand, porque os produtores fixam a variável preço (ao contrário do modelo Cournot, onde fixam a quantidade ofertada) e b) Nash, porque cada produtor está escolhendo o preço que maximiza os seus lucros dado o preço fixado por seu rival.

6 Portanto, também o Custo Marginal será zero, já que ele é definido como o Custo Variável da última unidade produzida.

7 Na verdade, eles deveriam ser iguais à soma do Custo Marginal, que já inclui o retorno normal do capital, e do custo de oportunidade – dado pelo custo unitário de transporte – que cada consumidor deve pagar. O segundo componente ocorre porque os consumidores enfrentam duas empresas com poder de monopólio que cobram do consumidor o que ele teria de pagar se fosse comprar do concorrente.

$$\pi = p_A \left(\frac{p_A - p_B + t}{2t} \right)$$

8 Por exemplo, o lucro da firma A é dado por $\pi_A = p_A \left(\frac{p_A - p_B + t}{2t} \right)$ onde π , p_A , p_B e t são, respectivamente, o lucro da firma A, o preço da firma A, o preço da firma B, e o custo unitário de transporte. Se fizermos $p_A = p_B = t$, teremos que $\pi = t/2$.

custo não recuperável (portanto, grosso modo, como um custo fixo), o lucro econômico líquido da firma é dado pelo lucro econômico bruto (?) menos o custo fixo (F , de acordo com a notação do Voto de Vista).

18. Obviamente, nenhuma firma entrará num mercado se o lucro econômico líquido for negativo. Assim, o exercício realizado no Voto de Vista consiste no seguinte: considera como constante o custo fixo de entrada e mostra que quanto maior o número de firmas, maior a proximidade do consumidor de alguma firma concorrente e, portanto, menos ele pagará pelo produto do seu fornecedor inicial, pois o custo de oportunidade de transporte cai. Isto implica também que o lucro de cada firma diminui. Ora, se o lucro de cada firma é decrescente quando aumenta o número de firmas e, o custo fixo de entrada é constante, teremos um momento em que nenhuma firma poderá entrar e ter um lucro maior do que zero. Neste momento a **entrada é bloqueada**.

19. Além disso, se considerarmos que em vez de distância geográfica, o valor “ t ” mede a dificuldade de atingir o “gosto” do consumidor⁹ e, que ao invés de considerarmos a entrada de novas “firmas”, consideramos a entrada de novas “marcas” – que podem pertencer à mesma firma – chegaremos à conclusão que existe um número máximo de marcas comportada pelo mercado.

20. Daí conclui o Voto de Vista (página 10), “*tendo bloqueado a entrada, a firma instalada pode elevar seus preços p_A e p_B acima do nível concorrencial, sem receio de que com isto venha a provocar a entrada de um concorrente.* “. Isto definiria, hipoteticamente, a posição dominante e, a possibilidade de seu abuso, pois, “*esse alargamento de portfólio (...) permite à firma instalada, protegida por essas barreiras estratégicas à entrada, manter preços de monopólio.*”.

21. A afirmação anterior supõe que, inicialmente, uma firma ocupa o mercado com as marcas e, posteriormente, aumenta os preços ao nível de preços de monopólio. Todavia, este raciocínio é inválido, dados os pressupostos do modelo. Em primeiro lugar, se um número de marcas é definido a partir de um nível de preços para cada marca, que é um equilíbrio Bertrand-Nash, este já é o nível que maximiza os lucros, não faz sentido afirmar que, “**posteriormente**”, os preços seriam aumentados, pois eles seriam maiores do que o nível de preços que maximiza os lucros. Este novo nível de preços (preços de monopólio ao invés de Bertrand-Nash) só seria possível se não existisse a concorrência entre as marcas, o que invalida a hipótese central do modelo.

9 Por exemplo, o consumidor que gosta mais de Miller do que Bavária, está disposto a pagar mais pela primeira. Uma analogia poderia afirmar que a Miller está mais próxima no “espaço de gostos” deste consumidor do que a Bavária.

22. Outra possibilidade é dada por um aumento exógeno de “ t ”, ou seja, do custo ou dificuldade de acesso do consumidor ao bem. Podemos considerar, por exemplo, neste caso, um aumento da fidelidade à marca. Assim, se existe agora um $t' > t$ isto implica um $p' > p$ no equilíbrio com dois produtores (ou duas marcas).

23. Todavia, isto implicaria um aumento dos lucros auferidos por cada marca e, portanto, o aumento do número de marcas que é suportado pelo mercado. Assim, por exemplo, suponhamos que a Brahma em conjunto com a Miller tivessem, como neste modelo, a capacidade de bloquear¹⁰, aos preços atuais, a entrada de novos concorrentes. Se os preços subissem, isto aumentaria os lucros de cada marca no mercado, de modo que, estes lucros ficariam maiores do que o custo de entrada, atraindo novos concorrentes e reduzindo o lucro líquido.

24. Este raciocínio pode ser melhor demonstrado através do modelo de “cidade linear” de Salop (1979)¹¹, onde se considera a distribuição dos consumidores num círculo com perímetro igual a 1. Cada firma (ou marca) vende seus produtos em duas vizinhanças com tamanho $[0; 1/n]$, onde “ n ” é o número de firmas (ou marcas) estabelecidas. Com as mesmas hipóteses do caso anterior em relação à fixação de preços¹² e ao custo de entrada (o lucro econômico bruto é maior ou igual ao custo de entrada), temos que:

a) Em equilíbrio, o preço que maximiza o lucro de cada firma (ou marca) é dado por $p = c + \frac{t}{n}$, onde “ c ” é o custo marginal, “ t ” o custo unitário de transporte (ou de acesso) e, “ n ” o número de firmas (ou marcas). Fica claro que o **preço de equilíbrio cai quando aumenta o número de firmas**;

b) lucro bruto é dado por $\pi = (p - c) \left(\frac{p_i + t/n - p}{t} \right)$, onde p_i é o preço do concorrente e, o lucro líquido¹³ é $(p - c) \left(\frac{1}{n} \right) - F$;

c) Quando maximizamos o lucro bruto e o igualamos ao custo de entrada (ou seja, $? = F$), teremos o lucro líquido igual a zero, logo,

10 Ou seja, o lucro líquido de cada marca seria igual ao custo de entrada.

11 Para uma descrição sucinta deste modelo, vide Tirole, J. The Theory of Industrial Organization. Cambridge (Mass.): MIT Press, 1988, Cap. 6.

12 O equilíbrio também é Bertrand-Nash, embora, neste caso, o Custo Marginal “ c ” seja constante e maior do que zero.

13 Supondo que todos os produtos (ou marcas) tem o mesmo preço, portanto $p = p_i$. Esta hipótese é razoável, pois consideramos que cada marca tem a mesma fidelidade por parte de seus consumidores. Neste modelo, não há nenhuma outra diferenciação, que pudesse nos levar à outra presunção.

$(p - c)\left(\frac{1}{n}\right) - F = \frac{t}{n^2} - F = 0 \therefore n^* = \sqrt{\frac{t}{F}}$ ¹⁴, onde “n*” é o número má-

ximo de firmas (ou marcas) que o mercado comporta, supondo que nenhuma firma tem prejuízo. Vemos que “n*” aumenta quando “t” aumenta.

1. Pode-se concluir que se “t” e, portanto “p”, aumentam, cresce também o número de marcas (ou firmas) que o mercado comporta (n*). Isto **invalida a possibilidade** – no âmbito deste modelo - de que uma firma pratique a proliferação de marcas e, posteriormente, aumente os preços, pois isto implicaria a entrada de novas marcas (ou firmas) e redução do lucro líquido das firmas a zero.

2. De modo que, concluindo, não encontramos razões de fato ou na teoria econômica - entre as apresentadas no Voto de Vista - que justifiquem a existência de posição dominante por parte da Brahma, ou que fundamentem a possibilidade de prática de preços de monopólio, devido ao aumento do portfólio de marcas, por parte da aliança Brahma-Miller. Note-se que mesmo se o modelo econômico fosse consistente com a existência de posição dominante e fixação de preços de monopólio, seria necessário mostrar evidências empíricas de sua validade. Tarefa desnecessária neste caso, tendo em vista os problemas apontados anteriormente.

IV. Decisão e Compromisso de Desempenho

3. Em meu entendimento, como a operação não apresenta aspectos anti-concorrenciais – com exceção das cláusulas de preços já mencionadas – sou pela aprovação da operação sem condições adicionais, que não a revogação das cláusulas referidas. Todavia, como o Compromisso de Desempenho foi aceito previamente pelas Requerentes e, não traz efeitos danosos às mesmas, não me oponho aos Termos do Compromisso proposto pelo Voto de Vistas da Conselheira Lúcia Salgado.

4. Um último comentário merece ser feito ao Compromisso de Desempenho, em particular com referência ao Voto do Presidente, Gesner de Oliveira. Afirma ele, (na página 3 de seu Voto), em apoio ao Compromisso de Desempenho proposto pela Conselheira Lúcia Salgado, “*Note-se que estas duas*

14 Este resultado se obtém substituindo o preço que maximiza os lucros $p = c + \frac{t}{n}$ na

equação de lucro líquido $(p - c)\left(\frac{1}{n}\right) - F$.

*últimas propriedades*¹⁵ me permitem aderir ao voto de vista, mesmo **sem uma avaliação definitiva dos efeitos líquidos sobre o bem estar** que a operação original poderia ter. Tal questão perde importância frente a uma solução engenhosa que, em sintonia com a jurisprudência recente do CADE, **minimiza custos privados e maximiza benefícios sociais**.” (grifos meus).

5. Sobre esta posição externo as seguintes dúvidas, quanto à falta de uma avaliação dos efeitos sobre o bem-estar e, sobre a legitimidade de imposição de um Compromisso de Desempenho tendo como base a “minimização de custos privados e maximização de benefícios sociais”.

6. Quanto ao primeiro aspecto, parece haver uma contradição, pois se é aceito que a solução “**minimiza custos privados e maximiza benefícios sociais**”, implicitamente ao menos, há uma avaliação dos efeitos sobre o bem estar.

7. Em relação ao segundo aspecto, entretanto, a dúvida é mais crucial. Não me parece que a Lei 8.884/94, que em seu Art. 1.º afirma que “*Esta Lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico*” tenha atribuído ao CADE um papel de “Planejador Social”. Este, é um ente abstrato¹⁶ - dotado de conhecimento perfeito sobre as preferências de todos os consumidores e sobre a função de custos dos produtores – utilizado na teoria econômica apenas com o intuito de calcular situações teóricas de máximo bem estar social.

8. Ao CADE, não cabe escolher entre diferentes configurações de mercado para “**minimizar custos privados e maximizar benefícios sociais**”, cabe-lhe apenas prevenir e reprimir infrações à ordem econômica. O máximo bem estar social, será atingido como resultado do funcionamento normal do mercado, garantido pelos princípios constitucionais da *liberdade de iniciativa e da livre concorrência*, não por “escolha” do órgão de defesa da concorrência.

9. Assim, mesmo se o Art. 54 da Lei permita a autorização pelo CADE, sob certas condições, de atos que possam ser danosos à concorrência, este **poder de autorizar está limitado** ao cumprimento de certas condições definidas nos incisos I a IV do § 1.º. Seja em termos de melhorias de produtividade, qualidade, desenvolvimento tecnológico, seja de divisão de ganhos deste ato entre produtores e consumidores. Não significa, o poder de definir ou es-

15 O Presidente refere-se aos itens 5 e 6 de seu Voto, onde afirma que os compromissos são baseados em mecanismos de mercado com efeito positivo para a livre concorrência e livre iniciativa e, que os compromissos resultam de negociação com as Requerentes.

16 Muitas das críticas às falhas de governo, advém do fato que o Estado não possui as características do “Planejador Social”, não tem informação perfeita, é sujeito à ação de lobbies etc., portanto sua política pode não ser maximizadora de bem estar.

colher entre configurações de mercado, que em sua visão maximizem o bem estar social, mesmo quando o ato for danoso à concorrência.

Brasília, 13 de Maio de 1998.

Arthur Barrionuevo Filho

Conselheiro do CADE