

ADITAMENTO DE VOTO (RENAULT DE FREITAS CASTRO)

Tendo em conta o voto-vista apresentado pela Conselheira Lucia Helena Salgado na 79ª Sessão Ordinária, de 06 de maio corrente, adito meu voto nos termos a seguir.

1. Tanto a análise realizada quanto o próprio “remédio” recomendado pela Conselheira Lucia Helena parecem partir do princípio de que o mercado afetado pela operação é unicamente aquele das cervejas premium, quando, ao longo de todo o processo, como também no caso Antarctica/Anheuser-Busch (A. C. nº /95), foi amplamente demonstrado, sem que tenha havido qualquer contestação fundamentada ou discordância definitiva, que o mercado afetado por ambas as operações, o mercado relevante, é o de cerveja como um todo, não sendo correta ou aceitável a diferenciação, para efeito de análise antitruste, em segmentos como o de cervejas comuns e de cervejas premium, por exemplo.

2. Isto, principalmente porque foi demonstrado que a cerveja é praticamente a mesma em qualquer dos “segmentos”, em geral do tipo pilsen, variando muito mais em decorrência de artifícios como propaganda, embalagem, preço etc. Reforça essa constatação o fato das próprias Requerentes, como também renomados especialistas, reconhecerem que o consumidor dificilmente distingue entre sabores de cervejas.

3. Sendo o mercado relevante o de cerveja em geral, e não o de cerveja premium, não é cabível limitar o alcance e a aplicação do remédio ao segmento premium só porque este é o nicho de mercado onde concorrem as cervejas Miller, como se a limitação à concorrência e aumento de poder de mercado decorrente da transação ocorresse apenas nesse segmento. Isto contradiz os fatos e não ocorre na realidade.

4. Primeiro porque, como informaram empresas entrevistadas, a cerveja Miller é percebida como concorrente até mesmo por pequenas cervejarias que não concorrem no segmento premium, mas que para ela perdem mercado em decorrência da maior preferência dos revendedores por marcas ou portfólios amparados por fortes campanhas publicitárias. Vale lembrar também que, não sendo nítida a distinção de qualidades intrínsecas ao produto, é grande a substituíbilidade entre as diversas marcas e tipos, fazendo com que o ganho de mercado de uma marca ou tipo corresponda à perda de mercado de outra

marca ou tipo, não necessariamente no mesmo segmento. Não fosse assim, ter-se-ia, obrigatoriamente, mais de um mercado relevante.

5. Em segundo lugar porque a faixa de mercado onde vegeta a débil concorrência hoje contraposta às empresas líderes não é o segmento premium, de menor tamanho e composto de cervejas mais caras e sofisticadas, mas sim o segmento de cervejas comuns de baixo preço, único onde é possível a sobrevivência de concorrentes que, sem poder econômico, ganham alguma escala explorando áreas e regiões descartadas pelas líderes, por serem de atratividade relativamente menor, como por exemplo, a periferia de grandes cidades, regiões interioranas menos prósperas etc. A única exceção a essa regra talvez seja o caso da Cerpa, empresa que se notabilizou pelo relativo êxito obtido em sua especialização no segmento premium, com a marca Cerpa Export, apoiada por contrato de engarrafamento mantido com a Antártica, mas que teve início e ganhou impulso graças ao crescimento da marca no segmento de cervejas comuns.

6. Em contrapartida, a recente entrada do Grupo Cibra no Brasil, que pretende concorrer no segmento comum, com um investimento inicial comparável ou superior ao da joint venture Brahma/Miller, e a história de sucesso da Schincariol, única cervejaria que conquistou participação significativa no mercado, graças ao segmento de cervejas comuns, de baixo preço, são demonstrações concretas de que para enfrentar a concorrência das líderes é preciso atingir escala só alcançável com a produção e venda de cervejas comuns.

7. Esta, portanto, a estratégia comercial escolhida por virtualmente todas as pequenas empresas produtoras de cerveja instaladas no país: procurar ocupar as faixas de mercado descartadas pelas líderes, o mercado de menor poder aquisitivo, menos lucrativo, mas o único onde é possível ganhar escala de viabilidade. É nesse segmento - o das cervejas comuns, de baixo preço -, que é menor a presença das líderes. É esta a parte do mercado menos sujeita ao poder de domínio das grandes marcas, garantido principalmente por fantásticos investimentos em propaganda e exercido por meio do controle do sistema de distribuição. É aí, portanto, onde as empresas pequenas têm melhores condições de contornar as elevadas barreiras à entrada e

onde têm alguma chance de crescimento, e não no segmento premium, onde é evidente a forte presença e a voraz estratégia de ocupação das líderes.

8. Inaceitável, desse modo, por incoerente, a sugestão contida no voto-vista de que o segmento premium, por ser o mais dinâmico, é onde se deve estimular a entrada e a maior concorrência de outras empresas, numa pretensa forma de compensar, de modo simétrico, a entrada privilegiada da Miller, associada com a Brahma. Ora, é exatamente por ser o mais dinâmico e também o mais lucrativo que este segmento é o mais visado pelas líderes, como demonstram os empreendimentos Brahma/Miller, Antartica/Budweiser e Carlsberg/Skol.

Pretender induzir empresas sem poder de mercado a disputar este segmento com as grandes equivale a sugerir a alguém caminho mais arriscado e perigoso, mesmo sabendo de rotas mais seguras. Além disso, por que pretender induzir tais empresas a tão forte e brusca mudança de estratégia sem que qualquer sondagem ou investigação tenha sido feita para verificar-se a viabilidade desse curso alternativo? Onde, nos autos ou fora deles, se encontra respaldo para a suposta “constatação” de que as pequenas cervejarias só não disputam o segmento premium por falta de capacidade de envasamento?

9. Carece de qualquer fundamento, também, a afirmação de que a distribuição de cervejas premium pode ser feita diretamente, sem se confundir com o sistema de distribuição das cervejas comuns. Aqui, novamente, parece ter sido o caso da Cerpa e o caso isolado da cerveja mexicana Corona, distribuída no Brasil pelo grupo Arisco, as exceções que inspiraram a regra. Segundo esta errônea dedução, as cervejas premium, por serem, em geral, destinadas a pontos de consumo diferentes daqueles das cervejas comuns, não teriam seu mercado tão fortemente dependente da rede de distribuição quanto as cervejas comuns. A equivocada dedução prossegue para concluir que a Miller, portanto, não teria se beneficiado da rede de distribuição da Brahma, pretendendo, assim, justificar que esta rede nada tem a ver com a transação em apreço.

10. Como afirmou a Conselheira no debate ocorrido em plenário, em sua opinião a rede de distribuição já existia antes da operação, não a afetando e nem tendo sido por ela afetada. Se assim fosse, na realidade, tal conclusão justificaria também, na opinião da ilustre Conselheira, que o remédio indicado não alcançasse a distribuição e se restringisse, como por ela sugerido, a proporcionar a pequenas cervejarias a possibilidade de envasar cervejas premium em fábricas da Brahma, o que asseguraria a simetria tão reivindicada pelas Requerentes, em relação às restrições à concorrência que teriam sido impostas pela operação. É preciso que se lembre

que a rede de distribuição da Brahma foi, reconhecidamente, o maior atrativo da operação do ponto de vista da Miller, que sequer considerou a possibilidade de explorar os canais de distribuição da Philip Morris, sua controladora, para comercializar seus produtos no Brasil.

11. Aí está, claramente, a inequívoca demonstração de que o voto-vista entra em contradição com o voto da própria Conselheira no caso Antarctica, pois acaba por aceitar a definição mais restrita do mercado relevante, aquele afetado pela operação, como sendo apenas o de cervejas premium, diferentemente do seu voto no caso Antarctica e do voto do Relator no presente caso. Pior do que a contradição apontada, o voto-vista demonstra, com esta mudança, desconhecimento ou desconsideração acerca do próprio escopo da operação, que inclui como componentes mais importantes, a distribuição e o marketing da cerveja, as mais fortes barreiras à entrada nesse mercado. É preciso lembrar que a admissão desse tipo de mudança na definição do mercado relevante pode invalidar toda a análise realizada e todas as conclusões que fundamentam tanto o presente caso como o caso Antarctica/Anheuser-Busch.

12. Pretende o voto-vista, com uma simples e não fundamentada mudança repentina de entendimento, jogar por terra todas as evidências trabalhosamente reunidas nos autos, em fatos e depoimentos, em doutrina e jurisprudência, a demonstrar que o poder de mercado da Brahma se manifesta, entre outras formas, principalmente por meio do controle que detém sobre o sistema de distribuição, este sim, a mais forte barreira à entrada e ao crescimento, como claramente identificado nos autos.

13. Tanto é assim que grande parte das pequenas empresas do setor opera com capacidade ociosa de 40% a 60%, o que mostra que seu grande problema é a dificuldade de acesso a mercados em virtude, principalmente da sua precária rede de distribuição e da falta de recursos para investimento em propaganda. Não pode haver mais clara evidência de que o remédio indicado pelo voto-vista erra o alvo por grande distância. Se alguma compensação para a concorrência há de ser buscada para contrabalançar as limitações impostas pela operação, esta há de ser relacionada à distribuição, e não à produção ou envasamento. A questão do envasamento, ademais, é sintoma e não causa e é assim tratada também no meu voto.

14. Acrescente-se, ainda, que o fato de as Requerentes já terem se manifestado prévia e favoravelmente a respeito da proposta do voto-vista não deve ser utilizado como trunfo para que a preferência do Plenário recaia sobre a citada proposta, como se a legitimidade e qualidade da decisão do CADE dependessem da prévia aprovação dos requerentes. Se é certo que a negociação antecipada com os interessados aumenta o grau de exe-

quibibilidade da decisão do CADE, não é menos verdadeiro que esta decisão deve considerar mas nunca pautar-se pelas preferências dos requerentes. Não se aplica ao caso, por razões que dispensam explicações, a máxima segundo a qual, uma péssima solução negociada é melhor do que uma boa solução imposta. Não chega a tanto a liberdade do CADE no exercício de sua função de preservar um bem jurídico cujo titular é a coletividade.

15. Quanto ao estudo que se propõe seja realizado para verificar a importância do sistema de distribuição, este não só pode como deve ser realizado pela SDE, órgão que tem competência para isso, ao contrário do CADE, cuja função precípua é julgar, decidir, e não comandar estudos. Aliás, a SDE já deu os primeiros passos nesse sentido, como informou-me, recentemente, membro daquela Secretaria.

16. Independentemente da oportunidade e conveniência de se promover estudo sobre o assunto, considero desprovido de fundamento o argumento do voto-vista, segundo o qual, o problema antitruste no presente caso limita-se ao fortalecimento da posição dominante da Brahma em virtude da estratégia de posicionamento de produto, o que, ainda segundo aquele voto, é simples barreira estratégica que não se confunde com a barreira estrutural representada pelo sistema de distribuição. Como demonstrei fartamente em meu relatório e voto, é precisamente a barreira representada pela rede de distribuição a que maior limitação exerce sobre o crescimento das empresas de menor porte. Aqui, não importa a denominação que se dá a essa barreira, se estrutural ou estratégica.

17. O fato é que, se o objetivo da decisão do CADE for o de compensar o mercado pela limitação ou dano a ele causado pela operação, é evidente que isso não será conseguido mediante os contratos de envasamento propostos no voto-vista, e muito menos por um mero estudo, pois o gargalo tantas vezes identificado e reconhecido pelas próprias empresas fabricantes é o acesso ao sistema de distribuição e não exatamente a falta de capacidade de produção ou de envasamento.

18. Quanto ao voto-vista do Senhor Presidente, ora apresentado, registro minha discordância quanto à afirmação de que “os fatos novos que motivaram a reapreciação pelo CADE residiram precisamente nas alterações que as requerentes estariam dispostas a realizar para evitar os efeitos anticoncorrenciais”. Se isso fosse verdade, a reconsideração não poderia sequer ser conhecida pelo Plenário, já que tal disposição somente foi manifestada após a entrada formal do Pedido de Reapreciação.

19. Por outro lado, não posso admitir que o voto da Conselheira Lucia Helena contemple, naquilo que o voto do Senhor Presidente chama de virtudes, as principais manifestações expressas por este Plenário, o que só seria verdadeiro se as medidas sugeridas pela Conselheira se estendes-

sem, de modo efetivo, à rede de distribuição, barreira por todos reconhecida como a mais forte existente, no caso.

20. Quanto à proposição de eliminar dos acordos entre Brahma e Miller as referências a preços de outro produtos, esta é, na verdade, questão menor que, ademais, objeto de proposição do Relator acatada por unanimidade na primeira apreciação do caso e que só poderia mesmo ser mantida. Incorporar esta proposição do Relator é, por assim dizer, questão obrigatória. Sua exclusão, esta sim, seria mais do que inaceitável; seria absurda.

21. Devo acrescentar que se aplica igual e integralmente ao voto do Relator a alegação do voto do Senhor Presidente de que a proposta da Conselheira Lucia Helena “oferece um conjunto de compromissos baseados exclusivamente em mecanismos de mercado e cujo efeito só pode ser positivo para a livre concorrência e para a livre iniviativa”. Vale dizer, a proposta do Relator, tanto quanto a da Conselheira, baseia-se, igualmente, em mecanismos de mercado e seus efeitos só podem ser positivos nos sentidos mencionados.

22. Reitero, finalmente, que em nenhum ponto do meu voto ou de qualquer manifestação minha sobre o caso, há sequer a sombra de sugestão de que a existência de cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição de cerveja seja, por si só, ilícita ou prejudicial à concorrência. Pelo contrário, o que destaquei em meu voto é que tais cláusulas devem ser cuidadosamente estudadas em cada caso e circunstância, uma vez que, se existe a possibilidade de que estas sejam anticoncorrenciais, por dificultar a outras empresas o acesso a mercados, existe também a chance de que seu emprego contribua com maior eficiência ao mercado, assegurando maior controle do processo de vendas por parte do fabricante, dentre outros possíveis efeitos positivos.

23. Registradas estas observações, mantenho integralmente meu voto, em nome da coerência aos princípios que nortearam sua elaboração e da lealdade aos que acompanharam meu voto inicial no presente Ato de Concentração.

É o aditamento que ora faço.

Em 13 de maio de 1998.
RENAULT DE FREITAS CASTRO

VOTO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER DE OLIVEIRA

A apreciação do AC 58/95 ensejou discussão exaustiva pelo CADE dos vários aspectos envolvidos nesta operação.

A ênfase da reapreciação pelo CADE da decisão relativa ao AC 58/95 pode recair sobre dois pontos:

- a análise dos fundamentos da primeira decisão à luz dos fatos novos que levaram à reapreciação deste caso;
- o exame dos efeitos concretos sobre o mercado de alterações que as requerentes possam efetuar na operação de sorte a evitar impactos anticoncorrenciais.

Entendo que a ênfase no segundo ponto é a mais apropriada uma vez que:

i) o intenso e saudável debate por ocasião da primeira Decisão do CADE praticamente esgotou os diferentes aspectos da primeira questão;

ii) os fatos novos que motivaram a reapreciação pelo CADE residiram precisamente nas alterações que as requerentes estariam dispostas a realizar para evitar efeitos anticoncorrenciais.

Acompanhei com atenção o rico entrelaçamento de idéias que teve lugar ao longo de todo o processo de apreciação e reapreciação e ilustram as vantagens de um órgão transparente e colegiado como o CADE. Acompanhei, em particular, as proposições discutidas na 79^a Sessão Ordinária.

Estou convencido de que os principais aspectos foram abordados e de que o CADE tem condições, uma vez mais, de oferecer uma decisão criteriosa e equilibrada.

Acredito que o voto de vista da ilustre Conselheira Lucia Helena Salgado contempla as seis principais manifestações expressas por este Plenário em relação à operação em tela:

1. Incorpora a proposição do ilustre Conselheiro Relator no sentido de eliminar de todos os acordos sob exame quaisquer referências a: i) preços de produtos produzidos e/ou importados pela Skol; ii) preços de produtos da CCB.

2. Indica o caminho correto para enfrentar a questão da distribuição como barreira à entrada neste setor ao determinar a realização de estudo que

sirva como parâmetro para decisão - neste caso, não relativa a uma operação específica - mas ao conjunto do mercado relevante de cerveja.

3. Atende à justa preocupação do ilustre Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro no sentido de definir prazo e escopo do referido estudo. De fato, tal aspecto foi contemplado em cuidadosa Nota Técnica elaborada pela assessoria do CADE que endosso plenamente e que acredito complementar de forma adequada o voto de vista proferido pela Conselheira Lucia Helena Salgado.

De acordo com a nota, que por sua vez se inspirou no trabalho do Conselheiro Relator e cujo teor em largos traços já se encontra no voto de vista da Conselheira Lucia Helena Salgado, um exame criterioso da questão da distribuição exige:

i) diagnóstico da atual estrutura de distribuição a partir de uma avaliação dos seguintes itens principais: importância relativa das redes próprias de distribuição direta vis-à-vis os independentes, grau de padronização efetiva dos contratos, alternativas aos atuais mecanismos de distribuição e análise do poder de barganha entre produtores e distribuidores. Neste ponto deverão ser estimadas as estatísticas de restrição vertical (IRV) e das taxas de cobertura (TC).

ii) análise de custo-benefício dos efeitos da estrutura detectada em i) sobre o mercado, envolvendo, potencialidade anticoncorrencial das cláusulas de exclusividade, de um lado, e seus eventuais efeitos pro-competitivos, de outro. Ressaltem-se, dentre estes últimos, a existência de economias de escopo e escala, o potencial de redução dos custos de transação, a eliminação da falha de mercado caracterizada pelo “problema da carona”(free-riding) e a comparação entre os impactos sobre a concorrência intra-marcas versus a concorrência inter-marcas.

iii) proposição de alternativas de caráter estrutural ou de natureza compensatória. Destaquem-se dois aspectos sobre este ponto: a) qualquer diretriz teria de ser fruto, portanto, de detalhada análise de razoabilidade, descartando-se a condenação de per se da cláusula de exclusividade; b) qualquer diretriz derivável do estudo proposto deveria ser de aplicabilidade geral e não específica e esta ou aquela operação.

Conforme apontado no voto de vista da Conselheira Lucia Helena Salgado, este estudo deverá ser empreendido por consórcio de entidades de pesquisa conveniadas com o CADE, sob a coordenação deste órgão. Entendo ser pertinente a inclusão neste consórcio de instituições estrangeiras que já

têm relação sistemática de cooperação com o CADE, destacando-se em particular, as agências de defesa da concorrência da Argentina e dos EUA.

4. Estabelece parâmetros contratuais derivados da boa doutrina e/ou de práticas habituais de mercado.

5. Oferece um conjunto de compromissos baseados exclusivamente em mecanismos de mercado e cujo efeito só pode ser positivo para a livre concorrência e para a livre iniciativa.

6. Reflete exercício economicamente saudável e juridicamente sólido de negociação efetiva dos termos do compromisso de desempenho a serem assumidos pelas requerentes ao abrigo do artigo 58.

Note-se que estas duas últimas propriedades 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 deste CADE, minimiza custos privados e maximiza benefícios sociais.

Pelo exposto, acompanho o voto de vista da Conselheira Lúcia Helena Salgado com os acréscimos inspirados nas preocupações expressas pelo Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro.

Nos termos do artigo 55 da Lei 8.884/94, o Plenário do CADE promoverá acompanhamento desta Decisão.

Brasília, 13 de maio de 1998.

GESNER OLIVEIRA
Presidente do CADE

