

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA

PROFERIDO NA 8ª SESSÃO EXTRAORDINÁRIA REALIZADA EM 18 DE JUNHO DE 1997

I. Introdução: Política de Concorrência como Pilar do Desenvolvimento não Excludente.

Ao deparar-se com um problema concorrencial e ter que decidir sobre o remédio adequado, a política de concorrência enfrenta um dilema que pode ser resumido nos seguintes termos:

RESULTADO	REMÉDIO	
	estrutural	comportamental
Custo privado*	alto	baixo
Benefício público**	alto	baixo

* Mais elevado quando medidas estruturais são adotadas. Em geral, essas atingem o próprio investimento realizado. Já os remédios comportamentais, como multas ou ordens de cessação resultam em custos privados menores, associados à redução do faturamento;

** Maiores quando resultantes de medidas estruturais, que proporcionam uma resolução, senão definitiva, de longo prazo, em contraste com os resultados temporários que se obtém com remédios comportamentais.

A priori, não há como se dizer qual seja o tipo de remédio ideal a ser aplicado³⁵. O quadro-resumo acima mostra que das soluções possíveis nenhuma se apresenta como claramente superior. Somente a quantificação, em cada caso, de custos e benefícios de cada alternativa permitiria a melhor escolha. Esse cálculo, sabe-se, não é trivial e demanda tempo e informações, recursos escassos no Sistema de Defesa da Concorrência.

Nessa situação, cabe ao julgador adotar a alternativa que, com maior segurança, garanta o melhor funcionamento do mercado e, por conseguinte, resulte em maior bem-estar.

Não há porque se iludir. Da perspectiva privada, do agente econômico atuante no mercado, a concorrência é uma fonte de aborrecimento e

35 Em cada caso é preciso ponderar os ganhos e as perdas envolvidas na escolha. Este, aliás, é um programa de pesquisa acadêmica importante a ser desenvolvido.

pressão. O sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranqüila e não seria racional se não fosse dessa maneira. O motor do capitalismo é a inovação, que nada mais é que a obstinação em levar ao mercado algo novo, exclusivo, vale dizer, ter seu monopólio, ao menos por algum tempo. É justamente o empenho de se tornar monopolista - auferir lucro econômico ou supra normal - o que sustenta a dinâmica concorrencial.

A concorrência é um valor, um bem, da perspectiva pública, da sociedade, não da perspectiva privada. Por isso a necessidade de uma política de Estado de defesa da concorrência. Essa política de Estado está longe de se confundir com políticas de governo, que buscam resultados de curto prazo. Políticas e ações de governo que visem monitorar condutas e desempenhos, levando as empresas a agir como o governo determina e não como o mercado as orienta, estas sim são movidas pela nostalgia intervencionista.

Stigler, um dos expoentes da escola de Chicago, em passagem interessante, diz:

“A competição... é por amplo e antigo consenso altamente benéfica para a sociedade quando imposta - sobre os outros. Toda indústria que pode bancar um porta-voz tem enfatizado ao mesmo tempo sua devoção a esse princípio geral e a necessidade prioritária de reduzir a competição dentro de seu próprio mercado, porque nesse caso a competição não funciona bem. Os médicos devem proteger seus pacientes contra os curandeiros (não licenciados)...Os fazendeiros devem proteger os consumidores contra a fome e isso deve ser feito restringindo a produção e fornecendo subsídios aos produtores...”³⁶

Não à toa, foi Stigler, esse expoente de Chicago, a dizer que se há alguma política que realmente visa o interesse público, essa política é a defesa da concorrência.

A política de concorrência, informada por um século de experiência, de debates, de erros, de acertos, não quer substituir o mercado. Ela contribui para compatibilizar o interesse privado de realização de lucro supra normal e o interesse público da pluralidade de oferta e da possibilidade de contestação de posições de mercado.

Até porque o julgador é humano e falível e a experiência de tecnocracia arrogante, sustentada pelo autoritarismo, já nos demonstrou à sobeja os malefícios que daí podem resultar, o melhor caminho é valer-se da Lei.

A Lei 8884/94 nos ensina como procurar compatibilizar interesses público e privado, de modo que os objetivos privados se realizem sem que sejam causados danos à sociedade. A grande genialidade do artigo 54 da Lei,

36 J. Stigler, “Can Regulatory Agencies Protect Consumers?”, 1982, pp.9

que é pouco explorada, é que atos que possam resultar em redução da concorrência podem ajustar-se à legalidade antitruste desde que – além de gerar eficiências e não eliminar significativamente a concorrência:

- 1) os benefícios da operação sejam compartilhados com a sociedade; e
- 2) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que os objetivos econômicos da operação sejam alcançados.

Nisto reside a essência da compatibilização de interesses, público - o fortalecimento do mercado - e privado - exploração das possibilidades de realização de lucros.

É essa compatibilização de interesses a base do desenvolvimento econômico não excludente. Em interessante artigo sobre industrialização, desenvolvimento e dependência, Fritsch e Franco apontam a ausência de uma política de defesas da concorrência, substituída por ações governamentais de apoio ao poder de mercado de empresas nacionais, como um dos elementos que criou e sustentou uma estrutura não-competitiva no Brasil ³⁷.

O resultado é conhecido. Em editorial de 15 de junho do corrente, a Folha de São Paulo afirma que “[n]o Brasil, vingou o 'capitalismo selvagem'”. Há, portanto, um enorme atraso no que se refere à coersão dos cartéis, à defesa dos consumidores ou à garantia de direitos autorais ou da propriedade intelectual.

Esse modelo de desenvolvimento, que faliu nos anos 80 e foi responsável pela distribuição de renda e riqueza mais vergonhosa do planeta, sustentava-se sobre um tripé excludente de compatibilização de interesses, orquestrado pelo Estado, formado pelo empresariado nacional, as transnacionais instaladas no país e a burocracia estatal.

O novo padrão de desenvolvimento, em contraposição, deve buscar resultados sociais melhores do que o velho modelo nos legou. Somente a regência do mercado conseguirá tal objetivo. O Mercado, como bem público a ser preservado, para funcionar requer concorrência. Concorrência significa pluralidade de ofertantes e insegurança com relação às posições de mercado conquistadas. Este é um direito da sociedade cujo instrumento de defesa é a lei.

A lei brasileira, que incorpora o que há de mais moderno nos ensinamentos sobre defesa da concorrência, aponta a solução para o problema da compatibilização de interesses.

37 FRITSCH, W. and FRANCO, G. H. B. “Efficient Industrialization in a Technologically Dependent Economy: the Current Brazilian Debate, in Competition and Economic Development, OECD, Paris, 1991.

Citando novamente o mesmo editorial da Folha de São Paulo, “decisões como a proibição do uso de uma marca de pasta de dentes por uma grande empresa ou a que determina que uma associação entre grandes cervejarias seja cancelada, anunciadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, são exemplos do compromisso com a criação de condições que aumentem a eficiência dos dispositivos de mercado, sem a aceitação cega dos seus mecanismos ou de seus resultados.”³⁸

É por isso que quando detectado um problema concorrencial, deve-se procurar propor soluções que tragam a operação em exame para a legalidade da defesa da concorrência, minimizando o custo privado envolvido na alteração e maximizando o benefício público resultante não apenas da manutenção, mas da promoção da concorrência.

Promover a concorrência é estimular a entrada, o estabelecimento de novas fontes de competição. Este é o sentido contemporâneo de uma política de concorrência positiva – em oposição ao significado negativo e original da política de concorrência traduzido na expressão “antitruste”. Estimular a entrada significa evitar que se erijam barreiras, que se criem dificuldades ao estabelecimento de novos participantes no mercado.

Quando da visita do Dr. Shiam Khemani do Banco Mundial ao Cade ano passado, teve-se a oportunidade de aprender que a existência e aplicação rigorosa de uma lei de concorrência é fator de atração do investimento externo, ao oferecer segurança jurídica ao investimento, sinalizando que o ambiente legal encontrado em nosso país é o mesmo com que o capital internacional está familiarizado. Aqui como lá ele não estará sujeito a situações anticoncorrenciais, nem a práticas de governo arbitrárias, mas sim ao estrito rigor da Lei.

É tão cristalino que uma política de concorrência ativa, corajosa, criativa é o melhor aliado à entrada de novos players e que os players que realmente importam, que são capazes de afetar positivamente a dinâmica concorrencial, são predominantemente as grandes empresas ainda não instaladas no país – atentas às possibilidades de ganho e expansão em um dos mercados mais promissores do planeta - que só pode causar espanto a associação entre política de concorrência ativa e xenofobia. O tempo e os fatos encarregar-se-ão de evidenciar o erro dessa interpretação.

Para encerrar esta digressão, volto a lembrar que a natureza excludente do desenvolvimento que condenou à miséria milhões neste país pode ser em boa parte explicada pela ausência de concorrência e pela proteção à ineficiência que caracterizou o modelo de substituição de importações, sustentado

38 Folha de São Paulo, “Regulação, Novidade é Aqui”, 15.06.97, fls. 02.

pelo equilíbrio de interesses do capital nacional, transnacional e estatal, sob a égide do Estado.

O desenvolvimento que se procura hoje, cujos frutos são partilhados na sociedade tem como uma de suas bases a promoção da concorrência. Isto significa essencialmente estimular a entrada de novos participantes e afastar obstáculos ao funcionamento eficiente e autônomo dos mercados, justamente a antítese da xenofobia e do intervencionismo.

Mercado Relevante

1.1. Dimensão Produto

Muitas das considerações que farei sobre a definição de mercado relevante, assim como sobre a dinâmica concorrencial no mercado afetado pela operação partem de estudos em organização industrial sobre a indústria cervejeira³⁹, notadamente os artigos de Kenneth Elzinga⁴⁰ e Douglas Greer⁴¹. Neste caso em particular, a situação norte-americana em muito se assemelha à brasileira, sobretudo por conta da dimensão continental de ambos os mercados e seu tamanho absoluto, que delineiam o jogo competitivo em cada ambiente; constitui, portanto, procedimento metodologicamente correto assumir que várias das hipóteses e conclusões de estudos norte-americanos aplicam-se sem maior dificuldade ao caso brasileiro.

O mercado relevante para a análise do impacto sobre a concorrência da presente operação é o de cerveja. Embora o processo de produção de cervejas o distingua nitidamente com relação à produção de outras bebidas, alcoólicas ou não, a delimitação do mercado parte da percepção dos consumidores quanto à existência de substitutos próximos. Não existem, até onde sei, estudos no Brasil que possam balizar o cálculo das elasticidades-cruzadas entre as diversas bebidas, mas os estudos norte-americanos mencionados indicam que a elasticidade-cruzada de demanda é alta entre as diversas cervejas, de diferentes tipos (stout, bock, pielsen, leager, ale, pale ale, etc.), enquanto a elasticidade-cruzada de demanda entre cerveja e outras bebidas alcoólicas é baixa. Assim, a delimitação do mercado relevante, na dimensão produto, como o de

39 Que por sua vez, partem de inúmeros estudos anteriores citados em bibliografia. Existe nos Estados Unidos, em virtude da forte tradição em estudos de organização industrial, uma vasta bibliografia sobre a indústria cervejeira e dela me beneficiei.

40 “The Beer Industry”, in The Structure of the American Industry, Walter Adams ed., Macmillan, 1990.

41 “Beer: Causes of Structural Change” in Industry Studies, Larry Duetch ed., Prentice-Hall, 1993.

cervejas, independente de seu tipo, sabor ou método de produção, é amparada na indicação fornecida pela alta elasticidade-cruzada entre cervejas e a baixa elasticidade-cruzada entre cervejas e outras bebidas. Mais precisamente, de acordo com Greer (op. cit.), a elasticidade-cruzada entre cerveja e refrigerante, por exemplo, é próxima de zero. Em contrapartida, a elasticidade preço da demanda de cerveja é baixa, entre 0.7 e 0.9; é uma indicação de que não há de fato substituto próximo para o produto.

Esses cálculos de elasticidade-cruzada incorporam os gostos e os hábitos dos consumidores norte-americanos, além da renda. São aqui utilizados como proxy dos valores que seriam encontrados no Brasil. Esses valores poderiam diferir, por força da diferença de gostos, hábitos e renda, indicando por exemplo, que existe alta elasticidade-preço e renda entre cerveja e cachaça. Há indicações nesse sentido, que com a estabilização da economia houve migração de consumidores de cachaça para cerveja. Como será destacado mais adiante, houve a incorporação de milhões de consumidores ao mercado de cerveja desde o Plano Real, e não há por que supor que esses consumidores eram abstêmios antes de se entregar ao prazer da cerveja. Apenas que anteriormente a cerveja era um bem de baixa acessibilidade, em função da renda. De todo modo, como já acentuei em outras oportunidades, na ausência de cálculos de elasticidade precisos, a definição mais restrita do mercado relevante, porque mais segura, é sempre a indicada.

Note-se ainda que o cálculo preciso de elasticidades é tão mais necessário para a análise antitruste quanto mais crucial seja delimitar o mercado relevante para verificar se há ou não concentração ou aumento de concentração no espaço afetado. No caso em questão, a análise focaliza – como se verá -- outros aspectos do problema concorrencial, a saber, barreiras à entrada, condições de entrada e concorrência potencial; cálculos exatos das elasticidades correspondentes a esse mercado têm importância absolutamente secundária para o entendimento do problema em questão.

No caso brasileiro, conforme o Conselheiro Renaut de Freitas Castro, em seu relatório do AC 58/95, no caso do típico consumidor de cerveja, pertencente às classes de renda baixa e média,

“... se o preço da marca preferida de cerveja comum se eleva, a alternativa que se apresenta de imediato é a cerveja de menor preço entre as marcas nacionais menos conhecidas e, mais recentemente, entre as cervejas importadas, demonstrando, por um lado, a reduzida fidelidade à marca e, por outro, o forte apelo exercido pelos preços na escolha dos consumidores.” (fls. 1514)

A segmentação de mercado em três níveis - baixo preço, regular e prêmio - é parte da estratégia de competição nesse mercado, como será discutido em pormenor mais adiante, e não autorizaria o recorte em três mercados discriminados.

1.2. Dimensão Geográfica

A par da existência de um número reduzido de empresas regionais, cujo raio de atuação espacial é limitado, a grande maioria das empresas cervejeiras instaladas no país oferta seu produto em escala nacional. Por outro lado, os fluxos de comércio para além das fronteiras nacionais são inexpressivos e, como se sabe, a definição geográfica de mercado deve incluir apenas os compradores e vendedores que são importantes para explicar as condições de oferta e demanda em um determinado espaço. Assim, considero neste caso o espaço geográfico relevante para a análise o delimitado pelas fronteiras nacionais.

No Brasil como nos Estados Unidos, as marcas regionais desempenharam algum papel no passado. Lá, o vigor dos mercados regionais conferiu importância às marcas regionais até o final dos anos 80, quando consolidou-se a tendência à orientação nacional dessa indústria. Outro fator importante tem sido a aplicação da legislação antitruste naquele país, que incentiva as empresas a buscar o crescimento interno e o aumento de eficiência como estratégia de expansão, em oposição ao crescimento por aquisição⁴². No Brasil, ao con-

42 A principal fusão barrada pela Divisão Antitruste nos anos recentes foi a Heileman-Schlitz, que teria resultado em uma firma com 16% do mercado nacional (H. tinha 7.6% em 1980 e S. 8.5%). Ambos eram os dois líderes repentinos nas vendas de bebidas de malte (Malt liquor) 67% desse segmento em 1980. A marca da Schlitz “Old Milwaukee” - uma das cervejas de preço popular mais vendidas - rivalizava cabeça-a-cabeça com as cervejas de preço popular da Heileman - Carling Black Label, Blatz e Wiedemann. A rivalidade independente nesses segmentos seria perdida como resultado da fusão. O ponto acentuado pelo DOJ foi que “...a forte rivalidade nas marcas de preço popular não só beneficia os consumidores que favorecem esse segmento como também aqueles que compram cervejas prêmio, dado que a competição ao nível do preço popular puxa para baixo os preços das cervejas prêmio.”(Elzinga,

trário, ao longo das décadas de 70 e 80, a grande maioria das empresas com presença regional foi incorporada pelas duas maiores companhias, Antarctica e Brahma. Uma das justificativas seria a maior capacidade das grandes empresas de arcar com os custos da distribuição nacional. Note-se que o custo de transportar cerveja tende a ser alto vis a vis o valor do produto porque cerveja é, afinal, principalmente água.

2. Estrutura, Padrão de Competição e Barreiras à Entrada no Mercado de Cerveja

A estrutura do mercado de cerveja evoluiu de uma situação de desconcentração e regionalização para a consolidação de uma estrutura concentrada em escala nacional. Atualmente é a seguinte a configuração do mercado de cerveja no Brasil:

Tabela 1

Participação no Mercado Brasileiro de Cerveja por Marcas (em %)

Cerveja	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	Média
Brahma	37,8	38,1	38,0	37,4	35,2	33,3	31,4	35,9
Antarctica	40,8	37,8	35,1	34,0	31,5	30,2	31,9	34,5
Skol	12,5	12,7	13,3	14,2	15,0	16,8	15,2	14,2
Kaiser	7,9	9,8	11,6	11,5	13,6	13,9	14,6	11,8
Schincariol	0,2	0,8	1,2	2,1	3,8	4,7	5,4	2,6
Outros	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9	1,1	1,5	1,0

Fonte: Nielsen apud BNDES. Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AO1/GESET 2).

op. cit. pp. 138). É interessante mencionar que a primeira ação da Divisão Antitruste na indústria de cerveja foi justamente contra a Anheuser-Bush, a líder da indústria, em 1958, que comprou a cervejaria Miami da American Brewing Company. O governo argumentou com sucesso que a fusão iria eliminar a American Brewing como uma cervejaria independente e eliminar a sua rivalidade com a Anheuser-Bush na Florida. O julgamento final obrigou a Anheuser-Bush a vender a cervejaria e impediu-a de adquirir qualquer outra por 5 anos sem a aprovação do tribunal. Como resultado da ação, a Anheuser-Bush abandonou sua política de adquirir cervejarias rivais e adotou um programa de construir plantas grandes e eficientes.

Tabela 2

Participação das Empresas no Mercado Brasileiro de Cerveja (em %)

Cerveja	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	Média
Brahma ⁽¹⁾	50,3	50,8	51,3	51,5	51,2	50,1	46,6	50,3
Antarctica	40,8	37,8	35,1	34,0	31,5	30,2	31,9	34,5
Kaiser	7,9	9,8	11,6	11,5	13,6	13,9	14,6	11,8
Schincariol	0,2	0,8	1,2	2,1	3,8	4,7	5,4	2,6
Outros	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9	1,1	1,5	1,0

Fonte: Nielsen apud BNDES. Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AO1/GESET 2). Elaboração CADE.

Nota: Participações relativas às vendas com as marcas Brahma e Skol.

A concentração nesse mercado é ímpar: os três principais grupos são responsáveis por mais de 90% da oferta doméstica.

É interessante notar a similaridade entre a estrutura de mercado nos Estados Unidos e no Brasil. Naquele país, a participação combinada das duas maiores empresas subiu de 8.8% em 1947 para 29.9% em 1970 e 67.3% em 1990. O C4 subiu de 17.1 para 86 ao longo desses anos. Assim, um oligopólio concentrado emergiu do que originalmente era uma coleção difusa de cervejarias relativamente pequenas. Curiosamente, da perspectiva do consumidor a concentração não se alterou, mas sim a identidade dos ofertantes, de firmas regionais para nacionais.

Tabela 3

Taxas de concentração da Indústria americana de cerveja - anos selecionados, 1947-1990

ANO	2 maiores (C2)	4 maiores (C4)	8 maiores (C8)
1947	8.8	17.1	26.0
1950	11.9	22.0	33.6
1955	13.3	22.1	36.3
1960	16.0	27.0	42.9
1965	20.1	34.4	52.1
1970	29.9	44.2	61.2
1975	38.8	57.7	76.7
1980	49.5	66.4	88.7
1985	58.9	80.8	96.7
1990 ⁽¹⁾	67.3	86.0	98.4

Fonte: Weinberg and Associates, Brewing Industry Research Program, apud Greer, op. cit.

Nota: (1) estimado

Tabela 4

Participações no mercado nacional das quatro maiores, anos selecionados (em %)

ANO	Anheuser-Busch	Miller	Coors	Stroh-Schlitz
1947	4.1	0.9	0.5	5.5
1950	5.8	2.5	0.8	6.7
1955	6.5	2.6	1.2	9.2
1960	9.6	2.7	2.2	8.8
1965	11.6	3.6	3.5	10.8
1970	17.8	4.1	5.8	14.8
1975	23.4	8.5	7.9	18.9
1980	28.4	21.1	7.8	11.9
1985	38.1	20.8	8.3	12.9
1990 ⁽¹⁾	44.6	22.7	9.9	8.6

Fonte: Weinberg and Associates, Brewing Industry Research Program, apud Greer, op. cit.

Nota: (1) estimado

Uma das razões para a consolidação da indústria em um oligopólio diferenciado são as economias de escala. Uma notória pesquisa conduzida por Sherer resultou na definição do tamanho mínimo eficiente de planta de 4.5 milhões de barris; já uma planta 1/3 menor teria custos 5% mais altos.⁴³ Das economias de escala ao nível da firma, associadas a operações multiplantas, a de propaganda é a mais importante. Tais economias dão a uma empresa com 3 a 4 plantas substanciais vantagens sobre uma com apenas uma planta. Assim, razões técnicas explicariam a predominância de plantas com capacidade para produzir em torno de 4.5 milhões de barris e firmas com 4 plantas em média⁴⁴.

43 Embora sejam estimativas antigas (datam de fins dos anos 60 e início dos anos 70), servem de parâmetro, posto que não houve nessa indústria mudanças técnicas significativas que tenham alterado os efeitos da escala sobre custos. Nos Estados Unidos, de 1960 a 1987, o número de cervejarias de grande porte com capacidade superior a 4 milhões cresceu de 2 para 23. O número de cervejarias com capacidade entre 2 a 4 milhões permanecem constante nas últimas três décadas. Aquelas cervejarias com capacidade inferior a 2 milhões de barris desapareceram, com exceção das microcervejarias, que despontaram - e são moda entre o público jovem e de renda mais elevada dos grandes centros urbanos - a partir de meados dos 80.

44 De acordo com Elzinga (op. cit.), há uma queda brusca dos custos de longo prazo até um tamanho de planta de 1.25 milhões de barris/ano. Além desse ponto, os custos continuam a cair, mas de forma bastante atenuada até 4.5 milhões de barris. Neste

Os estudos mencionados neste voto sobre a indústria de cerveja indicam que há um forte declínio dos custos até um tamanho de planta de 1.467 milhões de hectolitros⁴⁵. A partir deste ponto, a taxa de redução de custos é muito pequena, de modo que a diferença entre a planta ótima de longo prazo e a planta eficiente de entrada em termos de volume é muito grande, mas é muito pequena em termos de diferencial de custos.

As eficiências de escala não são suficientes, entretanto, para explicar o grau de concentração da estrutura do mercado norte-americano de cervejas.

O fato é que para além das economias de ordem produtiva, este é um mercado onde a diferenciação por imagem forma o núcleo da dinâmica competitiva. A capacidade das grandes empresas de realizar economias em propaganda ou manutenção de imagem impõe barreiras à entrada. Não à toa nos Estados Unidos nas últimas quatro décadas, não se observou nova entrada capaz de desafiar a posição das empresas líderes.

A indústria de cerveja é um caso proverbial de diferenciação por imagem, onde se obteve forte resposta subjetiva do consumidor. É ilustrativa a origem da segmentação de mercado com a criação do estrato “prêmio”. A Anheuser-Bush estabeleceu desde meados do século a estratégia de distribuição nacional de seu produto, a partir de uma única planta - no que foi seguida por outras cervejarias -⁴⁶ e para cobrir os custos da distribuição cobrando um preço mais elevado do que o usual, teve que convencer o consumidor de que este estava adquirindo um produto de qualidade superior (prêmio). Outro exemplo de criação bem sucedida de imagem é a Lite da Cervejaria Miller, marca responsável pela expansão da cervejaria nos anos 70, que tem menor quantidade de todos os ingredientes - e por isso tem um custo de produção mais baixo - e desde o primeiro momento seu preço foi colocado ao nível prêmio⁴⁷. Uma estratégia que reforça a imagem prêmio de uma cervejaria - além de ocupar o espaço limitado das gôndolas dos distribuidores - é a proliferação de marcas; como o lançamento de novas marcas implica consideráveis gastos, tanto fixos como não recuperáveis (sunk costs), apenas grandes empresas dispõe dos recursos necessários para adotar a estratégia. Este é um

ponto as economias de grande escala são plenamente exploradas. O ponto corresponde à planta de custo médio mínimo de longo prazo, ou planta ótima de longo prazo.

45 Feitas as transformações de unidade necessárias para comparar os estudos norte-americanos e as informações brasileiras, cujos dados são fornecidos, respectivamente, em barris e em hectolitros.

46 de St. Louis no caso da Budweiser e Milwaukee no caso das outras marcas nacionais.

47 O custo de produzir a cerveja do tipo “light” era de 2 a 3\$ por barril inferior ao da cerveja convencional mas o produto era vendido por 2.75\$ a mais. (Greer, op. cit.)

exemplo de situação em que a conduta exerce influência sobre a estrutura, no caso auxiliando a consolidar uma estrutura de mercado concentrada.

Uma medida da rivalidade na indústria é a extensão das mudanças em market share ou na posição no ranking das firmas. Um aspecto marcante da competição no mercado de cervejas brasileiro é a grande rivalidade existente entre Antarctica e Brahma, que alternam-se na posição de líderes desse mercado.

A Kaiser, por sua vez, apoiada na estrutura da Coca-Cola, sua controladora, tem empreendido agressiva estratégia de ocupação de mercado. Adotando intensa campanha de marketing e beneficiada pela estabilização da economia, que incorporou significativa massa de novos consumidores ao mercado, alcançou no ano passado a posição de marca líder no Estado de São Paulo⁴⁸. Por concentrar seus esforços no segmento conhecido como “baixo preço” ou popular, abocanhou boa parte desse mercado ampliado - estimado em 30 milhões de novos consumidores - nos dois últimos anos. O mesmo desempenho apresentou a Cervejaria Schincariol que, a partir de uma única planta em Itu, São Paulo, detém hoje cerca de 5,6% do mercado nacional⁴⁹.

Um aspecto importante a considerar para entender a mobilidade e a rivalidade que caracteriza esse mercado é a alta elasticidade-cruzada entre as cervejas⁵⁰, o que indica uma lealdade à marca relativamente fraca. - em parte pela dificuldade que encontra o consumidor de diferenciar efetivamente as cervejas por suas características organolépticas -, o que impõe às cervejarias, em um oligopólio diferenciado como o que se trata, o desafio de disputar a preferência do consumidor através da constituição de imagem. Mais uma vez as grandes empresas saem em vantagens, por serem capazes de realizar economias de escala em promoção e propaganda.

Como se observou de início, a característica básica que aproxima o mercado brasileiro do norte-americano é sua dimensão continental. Aqui como lá, a constituição de uma rede de distribuição nacional constitui um obstáculo básico para a expansão de empresas que apresentam algum sucesso em escala regional. Mesmo empresas estrangeiras de grande porte, como a Anheuser-Bush, enfrentariam dificuldades, pela falta de familiaridade com o mercado brasileiro, para constituir uma rede de distribuição própria. Os custos de transação envolvidos em constituir equipes de venda qualificadas, identificar os pontos de venda dispersos pelo território, contatar distribuidores e revendedores, etc. representam considerável barreira à entrada, mesmo para

48 De acordo com pesquisa de opinião realizada pela Nielsen e mencionada no relatório BNDES já citado.

49 o que de forma predominante corresponde à região São Paulo - Rio de Janeiro.

50 ver pag. 17.

empresas de grande porte. A Antarctica possui uma rede de 700 distribuidores (já foram 900), que abastecem cerca de 1 milhão de revendedores em todo o país. A Brahma possui rede de distribuição do mesmo porte.

Há fortes indicações, contudo, de que essa realidade vem se alterando, uma vez que as três maiores empresas da indústria de cervejas e refrigerantes - Brahma, Antarctica e Coca-Cola - vêm promovendo um processo de reestruturação de suas redes de distribuição, incentivando fusões entre os distribuidores e descredenciando os que apresentam desempenho de vendas mais fraco. A Antarctica já teve 900 distribuidores, hoje opera com 700 e pretende em 5 anos operar com apenas 300⁵¹. Assim, uma nova realidade que se delinha nesse mercado é a disponibilidade de considerável número de distribuidores com experiência no ramo.

Para concluir este ponto, o mercado de cervejas no Brasil é um oligopólio comandado por duas grandes empresas nacionais seguidas de perto por uma terceira, controlada por grande grupo internacional. As principais barreiras à entrada identificadas são associadas à intensidade em propaganda e promoção - uma vez que a forma de competição predominante é a diferenciação de imagem - e a constituição e manutenção de rede de distribuição em escala nacional. A necessidade de dispor de uma rede de distribuição em escala nacional representa severos custos de transação, consideráveis mesmo para as maiores empresas a nível mundial. As últimas décadas foram testemunhas de um processo de crescimento das duas empresas líderes através da aquisição de empresas regionais. É intensa a rivalidade entre as empresas líderes, que alternam-se de tempos em tempos na primeira colocação. A lealdade à marca, embora estimulada pelo esforço de construção de imagem através da propaganda, é frágil e o consumidor médio é razoavelmente sensível a preços. Pode-se atribuir a essa característica do mercado a virtual ausência de competição via preços, que poderia implicar severas perdas para um oligopólio concentrado, intensivo em propaganda. Por força do esforço de propaganda, sobretudo, o mercado é discriminado em três segmentos, baixo preço, regular e prêmio. As empresas líderes adotam a estratégia de proliferação de marcas, com o que procuram estar presentes em todos os segmentos e antecipar-se às iniciativas da concorrência, ocupando o mais que possível o espaço disponível na revenda ao consumidor final. Finalmente, foi constatada a existência de um processo de reestruturação das redes de distribuição que promoverá, além de maior eficiência, a disponibilidade a entrantes de distribuidores com experiência e familiaridade com o mercado brasileiro.

51 Informações obtidas por ocasião da audiência de 28/05/97.

3. Barreiras à entrada, Condições de entrada e Competição Potencial: considerações teóricas.

Barreiras na definição de Bain é qualquer coisa que permita às firmas instaladas realizar ganhos supra-normais sem a ameaça de entrada.⁵²

De acordo com as barreiras à entrada, as indústrias podem ser classificadas em três tipos⁵³:

- entrada fácil - não há barreiras a ofertantes adicionais;
- entrada moderadamente difícil - há barreiras à entrada apreciáveis mas não altas o suficiente para permitir que os ofertantes estabelecidos definam conjuntamente um preço de monopólio sem atrair entrada;
- entrada bloqueada - barreiras à entrada suficientemente altas para que ofertantes estabelecidos estabeleçam conjuntamente um preço de monopólio sem atrair entrada.

De acordo com Bain e Qualls,

“A condição de entrada, ou altura da barreira à entrada em uma indústria, pode em teoria tender a influenciar a conduta e o desempenho de mercado de duas formas. Em primeiro lugar, coloca um limite de longo prazo para os preços de venda que as firmas estabelecidas podem escolher não exceder de modo a impedir a entrada. Esta é uma possibilidade distinta se a indústria é oligopolística e se as firmas estabelecidas são grandes o suficiente para levar em conta os efeitos das suas políticas de preço sobre a entrada. Em segundo lugar, a decisão das firmas estabelecidas de exceder o preço limite induzirá a entrada, aumentará a produção da indústria e provavelmente tenderá no longo prazo a impedir que aquele preço seja excedido. Assim, de ambas as formas, a força da competição potencial, medida pelas condições de entrada, influencia a conduta de mercado e o desempenho.” Pp. 23

52 Stigler (1968) tem uma definição alternativa, baseada na assimetria de custos entre instaladas e entrantes, quando esta tem que incorrer em custos adicionais para a entrada no mercado.

53 Industrial Organization: A Treatise - Joe Bain and David Qualls, JAI Press Inc. 1987.

A análise de Bain originou o modelo mais famoso de barreiras, o de preço-limite. A idéia básica é que, sob certas circunstâncias, as instaladas podem sustentar um preço tão baixo que desencoraja a entrada. Uma das maiores fraquezas da teoria de preço limite é seu pressuposto de que firmas estabelecidas estão preparadas para ameaçar a nova competição reduzindo preço a níveis capazes de deter a entrada. Como isso muitas vezes implica prejuízos para as instaladas, se essas não operam com margens elevadas, do ponto de vista das firmas estabelecidas é melhor usar outras variáveis para deter a entrada.

Alternativas para que as firmas estabelecidas detenham a entrada são elevar barreiras à entrada ou influenciar negativamente as expectativas dos entrantes sobre os resultados pós-entrada. Esses objetivos podem ser atingidos de várias maneiras, dependendo das circunstâncias de mercado. Duas possibilidades são excesso de capacidade e proliferação de produtos ou marcas.

O modelo de Spence-Dixit, uma variante do modelo seqüencial de competição por quantidade de Stackelberg, é um modelo seqüencial de escolhas de capacidade. A vantagem da instalada consiste em ter capacidade acumulada, o que lhe confere menor custo. A firma instalada pode procurar persuadir o novo entrante de que a entrada não será lucrativa. Uma das formas de persuadir o entrante potencial é comprometer-se com determinadas linhas de ação danosas para o entrante, o que desestimula a entrada. Um exemplo é construir capacidade ociosa à frente da demanda, como ameaça de que terá que usá-la se a entrada ocorrer. O comprometimento é mais crível quanto mais irreversíveis os investimentos. Tais investimentos podem tomar a forma de acumulação de capital na forma física ou em *learnig by doing*, clientela, franquias, etc. desde que esse capital tenha valor de comprometimento, isto é, o investimento seja irreversível, ao menos no curto prazo.

A reconsideração de Milgrom-Roberts para esse modelo baseia-se na assimetria de informação entre a instalada e a entrante. A instalada cobra um preço baixo não porque tem uma grande capacidade produtiva, mas porque tenta convencer que a demanda no mercado ou seu custo marginal é muito baixo⁵⁴.

Há várias noções importantes derivadas da literatura sobre detenção da entrada, uma delas é a vantagem do pioneiro, associada à posição que este ocupa no mercado antes de que a entrada se dê. O pioneiro escolhe a variedade e a qualidade dos produtos oferecidos, restringindo o espaço disponível para os produtos do novo entrante.

54 Uma descrição didática desses modelos está em J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT, 1992.

“O julgamento dos consumidores sobre o pioneiro tem um importante papel na formação de preferências para todas as marcas. Todas são comparadas ao pioneiro, o ideal é percebido como próximo a ele e o pioneiro é percebido como protótipo - representativo embora completamente distinto. Nessa situação o pioneiro ocupa uma posição favorável que é difícil de imitar e custosa de competir, gerando uma poderosa vantagem competitiva.”⁵⁵

Além de proliferação de marcas⁵⁶, a propaganda também pode ser usada como arma para impedir entrada, por torná-la mais custosa, elevando o custo fixo a ser arcado pela entrante sobre um volume menor de vendas.

É importante lembrar que há duas fontes básicas de competição em um mercado: os produtos existentes e os entrantes potenciais. O número de ofertantes é dado pelas economias de escala e pelas condições de entrada. O tamanho do mercado é o fator-chave subjacente. O mercado de cervejas foi subatendido por muitos anos.

O número de firmas em uma indústria é parcialmente determinado pelo custo de entrada - e por outros fatores como economia de escala - As condições de entrada determinam a extensão da competição potencial. Uma ameaça crível de entrada induz as firmas instaladas a competir vigorosamente, porque se o mercado apresentar grandes margens, haverá entrada e as condições de lucratividade cairão. As condições de entrada são importantes na medida em que o custo ou a dificuldade da entrada afetam a efetividade da competição potencial.

São questões necessárias para se avaliar condições de entrada: Quantas empresas teriam capacidade de entrar na indústria? Quanto tempo leva para se entrar na indústria? Uma nova firma estaria em desvantagem frente à instaladas? Uma nova firma teria acesso à mesma tecnologia, mesmos

55 Carpenter e Nakamoto, *Journal of Marketing Research*, August 1989 pp. 285-298.

56No caso FTC vs Kellogg - na verdade FTC vs Kellogg, General Mills e General Foods, as três líderes no mercado de cereais matinais - a tese desenvolvida pelo FTC é que haveria uma estratégia coordenada no oligopólio de ocupar todos os nichos de mercado impedindo entrada. Desse caso derivou-se o conceito de poder de monopólio compartilhado e originou a reflexão de Shmalensee e outros sobre a estratégia de proliferação de produtos. O caso foi arquivado não porque não se verificou a estratégia de proliferação de marcas, mas porque não se conseguiu comprovar a prática concertada onde havia uma estratégia racional em um oligopólio diferenciado.

produtos e mesma informação? São as questões que se procurará responder na análise do caso concreto.

4. A Jurisprudência Internacional

A Comissão Europeia considerou um abuso de posição dominante a licença exclusiva concedida pela Carlsberg à Interbrew, a maior fabricante de cerveja belga, para a produção e distribuição de cervejas prêmio de reconhecimento internacional. A Comissão entendeu que o contrato de exclusividade, ao ampliar a oferta de marcas de cervejas por parte da Interbrew - num segmento em que não tinha obtido grande êxito anteriormente - reforçava a posição dominante desta empresa. A extensão da sua oferta de cervejas contribuiria também para aumentar os entraves às empresas existentes nesse mercado e aos potenciais novos concorrentes, que teriam igualmente de oferecer uma gama completa para competir de forma eficaz com a Interbrew.⁵⁷ Neste caso, para adequar-se às exigências da Comissão, a Interbrew renunciou à exclusividade da licença de produção/distribuição, tendo a Carlsberg comprometido-se a distribuir os seus produtos na Bélgica também através de outro distribuidor. "Tendo em conta a estrutura desse mercado, esta solução apresentava as vantagens decorrentes da existência de um distribuidor local de grande dimensão, preservando simultaneamente alguma concorrência e garantindo, por conseguinte, aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios, dado que mantinha aberta a possibilidade de outras fontes de fornecimento para além da empresa em posição dominante." (pp. 145)

Quanto às joint ventures, de maneira geral, a jurisprudência europeia consagra o princípio de que são bem-vindas quando apresentam eficiências potenciais bastante claras, como o compartilhamento de riscos em atividades de pesquisa e desenvolvimento, a geração de novos produtos e a expansão de capacidade produtiva. Além de seu caráter pró-competitivo, as joint ventures devem ser limitadas ao tempo adequado à realização de seus objetivos. Em virtude das similaridades que aproximam o caso em exame das condições de mercado norte-americano, a jurisprudência norte-americana envolvendo joint ventures e concorrência potencial é particularmente elucidativa e orientadora para a presente análise.⁵⁸

Nos Estados Unidos, quando uma alegada joint venture não envolve integração de recursos e não é mais do que uma tentativa por parte de competidores de restringir a competição, a Suprema Corte tem tratado uma atividade

57 240 Relatório sobre Concorrência, Comissão Europeia, pp. 143.

58 As referências à jurisprudência norte-americana recente são coligidas de Antitrust Law Developments (third & forth), ABA, USA, 1996 e 1997.

conjunta como uma “restrição nua ao comércio” e a invalida como ilegal per se. O critério chave para determinar se um acordo é uma verdadeira “joint venture” que se qualifica para tratamento sob a regra da razão é a existência de eficiências integrativas. A Suprema Corte identifica dois fatores principais, cada um dos quais pode sustentar a existência de eficiência integrativas: em primeiro lugar, se a joint venture envolve agregação dos recursos das empresas e o compartilhamento dos riscos da atividade conjunta; em segundo lugar, se a joint venture leva a criação de um produto novo ou é um pré-requisito para a comercialização do produto. É a existência de eficiência integrativa que distingue, no entender da Suprema Corte, joint ventures de comportamento cartelizante puro e simples.

A jurisprudência americana acentua também que, assim como fusões e aquisições, joint ventures podem criar poder de mercado e restringir a competição, de modo que é preciso contrabalançar o poder de mercado criado pela operação com as eficiências potenciais ou efetivas geradas. Tal ocorre seja quando as partes são já competidores efetivos, seja quando são competidores potenciais.

No caso *US vs. Penn-Olin Chemical Corp.*⁵⁹, a Suprema Corte estabeleceu os princípios fundamentais para escrutinar joint ventures que podem reduzir a competição potencial entre as empresas. O caso envolvia uma joint venture entre a Pennsalt Chemical Corporation e a Olin Mathieson Chemical Corporation para construir uma planta de clorato. A Corte entendeu que a corte distrital tinha errado ao limitar sua análise à probabilidade de que ambas as empresas poderiam ter entrado independentemente no mercado. Deveria ter considerado que uma poderia ter entrado enquanto a outra permanecia como um “competidor potencial significativo” que “por permanecer nas fronteiras do mercado, continuaria ameaçando entrar” e restringiria o comportamento dos demais participantes.

A redução da competição potencial foi também a questão no caso *Brunswick Corp.*⁶⁰, que envolvia uma joint venture entre fabricantes japoneses e americanos para produzir motores de popa. A FTC considerou que a operação eliminaria a competição potencial em um mercado já altamente concentrado. A Corte do 8^o Circuito, com base no entendimento da FTC, observou que (1) a Yamaha tinha modos alternativos disponíveis para entrar no mercado e (2) que tais meios alternativos ofereciam “uma possibilidade substancial de produzir desconcentração no mercado ou outro efeito procompetitivo significativo.”

59 378 US 158, (1964).

60 FTC 1174, 1279 (1979).

4.1. Padrões legais aplicáveis a Joint ventures

A análise antitruste de uma joint venture depende da estrutura e do propósito do empreendimento e da relação competitiva entre as controladoras. Algumas são desenhadas para serem negócios autônomos, outras tem escopo mais limitado, a um empreendimento de pesquisa, com a tecnologia resultante sendo licenciada para as controladoras para exploração comercial, de aquisição de insumos, para a produção de determinado produto, com as controladoras sendo responsáveis pela venda e distribuição.

Normalmente, como se disse, o divisor de águas em uma joint venture envolvendo competidores efetos ou potenciais é se o empreendimento envolve uma integração suficiente dos recursos econômicos para escapar da condenação como um arranjo cartelizado, ilegal per se. A Suprema Corte sustenta que simplesmente caracterizar um acordo entre competidores como uma joint venture não a resguarda da condenação como um acordo ilegal per se onde o único propósito e efeito é suprimir a competição (fixar preços e alocar consumidores).

Quando por outro lado joint ventures envolvem a integração dos ativos produtivos das partes de maneira que haja fortes perspectivas de aumento de eficiência e maior possibilidade da firma ou firmas competirem com maior vigor, a Suprema Corte sustenta que devam ser analisadas de acordo com a regra da razão.

4.2. Quatro tipos mais comuns de joint ventures

- totalmente integradas
- pesquisa e produção
- arranjos de compra e venda conjuntas
- redes de serviços

Uma joint venture é totalmente integrada quando todos os aspectos de uma linha de negócios, incluindo produção, distribuição, marketing e vendas. Esse tipo de empreendimento assemelha-se a uma fusão completa das operações das controladoras naquela linha de negócios. Nesse caso é sujeita a mesma análise que fusões, sob a seção 7 do Clayton Act⁶¹.

Pode ser considerada ilegal se reduzir substancialmente a competição efetiva ou eliminar a competição potencial, como nos casos Penn-Olin e Yamaha já mencionados.

61 Equivalente ao art. 54 da Lei 8.884/94.

As joint ventures de produção envolvem a integração ou criação de unidades produtivas, para o propósito de produzir um novo bem. Em vista desse potencial de expansão de capacidade produtiva, as agências e os tribunais norte-americanos analisam as joint ventures sob a regra da razão e em regra autorizam-nas.

As joint ventures de pesquisa também oferecem em geral benefícios pró-competitivos. Tais empreendimentos incluem o compartilhamento de riscos envolvidos em P&D, aumento de economias de escala além do que as firmas poderiam fazer individualmente, agregação de informações importantes e habilidades complementares e desincentivo ao comportamento free rider, ao incluir prováveis usuários finais do programa de P&D nos esforços de pesquisa e no compartilhamento dos custos. As autoridades antitruste em geral vêem com benevolência esse tipo de joint venture, vis a vis outras modalidades. Essa abordagem mais leniente foi codificada na Lei Nacional de Pesquisa Cooperativa de 1984, modificada em 1994 para permitir arranjos adicionais de produção e distribuição⁶².

Quanto aos arranjos para compra e venda conjunta, o entendimento da Suprema Corte tem sido o de avaliá-los de acordo com a regra da razão na medida em que possam ser eficientes, se promoverem o aumento da produção agregada dos agentes. Acordos de compra tem um tratamento usualmente mais leniente do que acordos de venda, uma vez que usualmente envolvem economias de escala na aquisição e estocagem de insumos que individualmente não poderiam ser adquiridos, ou apenas a custos muito mais elevados. Após verificar se o grupo adquirente não detém poder de mercado significativo, as agências costumam autorizar tais acordos incluindo salvaguardas procedimentais para reduzir a probabilidade de que a atividade conjunta venha a funcionar como um mecanismo para facilitar a colusão entre os membros.

Para concluir este ponto, noto que é importante ter em conta que qualquer colaboração entre empresas pode ser referida como uma joint venture. Trata-se de um conceito difícil para a análise antitruste; dada a ausência de uma definição precisa, não há regras estabelecidas para avaliar seu impacto sobre a concorrência.

Assim como fusões, joint ventures podem gerar um leque amplo de eficiências e por conseguinte promover a competição. Por exemplo, economias de escala, sinergias em virtude de composição de recursos complementares, facilitação da entrada em novos mercados e compartilhamento de riscos.

O termo joint venture incorpora qualquer atividade de colaboração entre firmas independentes que congregam seus recursos para produzir ou

62 NCRA - National Cooperative Research Act, 1984.

vender conjuntamente, obter insumos ou perseguir outro objetivo comum. Os arranjos contratuais são os mais diversos.

Como qualquer arranjo entre firmas independentes, podem ter um espectro amplo de efeitos sobre a concorrência e por conta disso estão sujeitas ao escrutínio antitruste. Por um lado, podem criar capacidade produtiva adicional, possibilitar esforços de P&D para a produção de novo produto ou tecnologia, reduzir custos através de economias de escala e de escopo, realizar sinergias através da agregação de recursos complementares, facilitar a entrada em novos mercados e compartilhar ou diversificar riscos. Por outro lado podem prover condições para o comportamento colusivo entre as partes, facilitar a coordenação anticompetitiva entre as partes e terceiras partes, criar ou fortalecer poder de mercado, bloquear o acesso de competidores a recursos ou eliminar a competição potencial.

4.3. Análise das Restrições Colaterais

Muitas joint ventures incluem restrições na determinação de preços e produção e/ou territórios ou consumidores para os quais se destinará o empreendimento. Com frequência incluem-se restrições à competição entre as partes. Muitos dos questionamentos sofridos por joint ventures - como restrições não razoáveis ao comércio, sob a seção 1 do Sherman Act - deram-se em função dessas restrições, e não pela joint venture em si.

Os tribunais têm divergido sobre as relações requeridas entre as restrições e os objetivos legítimos do negócio. Várias requerem que as restrições sejam “razoavelmente relacionadas e não mais do que o necessário para efetuar” os propósitos pró-competitivos do negócio. O teste consiste em verificar se haveria alternativas menos restritivas para atingir os objetivos do empreendimento.

Outros tribunais requerem prova de que a restrição seja “razoavelmente necessária” para atingir os objetivos pró-competitivos, sem especificar se examinarão a existência de alternativas menos restritivas.

Uma vez concluído que as restrições colaterais são acessórias (e não nuas) para os objetivos legítimos do empreendimento, os tribunais requerem prova de que o empreendimento tem poder de mercado antes de prosseguir a análise para a ponderação de efeitos pró e anti competitivos.

São os seguintes os tipos mais comuns de restrições colaterais:

- Restrições à competição entre a joint venture e suas controladoras
- Restrições em Preços e Produção
- Restrições territoriais e de clientela
- Restrições a acesso

Em particular a Suprema Corte focaliza dois fatores ao examinar a legalidade de restrições em preço e produção são: (1) a extensão da integração entre os participantes no empreendimento e (2) a importância das restrições questionadas para atingir os objetivos legítimos do empreendimento.

4.4. Operações envolvendo Competidores Potenciais

Podem ser questionadas com base em duas teorias: a competição potencial percebida e a competição potencial efetiva.

i. Eliminação da Competição Potencial Percebida

De acordo com esta teoria, os competidores em um mercado concentrado sofrem restrições com relação à adoção de comportamento anticompetitivo pela ameaça percebida de entrada de um novo participante. A absorção do entrante potencial através de fusão pode eliminar essa ameaça, reduzindo a pressão sobre os competidores existentes. Assim, o mercado pode se tornar menos competitivo.

A doutrina antitruste neste particular focaliza o impacto da entrante potencial sobre o comportamento em preços das firmas instaladas resultante da percepção dessas firmas da possibilidade de que a entrante potencial venha a se tornar ativa no mercado. A doutrina incorpora os ensinamentos de organização industrial introduzidos a partir de Bain e discutidos na seção 3 deste Voto.

ii. Eliminação da Competição Potencial Efetiva

De acordo com esta teoria, um mercado que não funcione de maneira competitiva tornar-se-ia mais competitivo através da entrada iminente da firma adquirida ou adquirente, o que é impedido pela operação entre as empresas. O malefício à competição reside nessa prevenção da entrada efetiva.

A Suprema Corte identificou no caso *Marine Bancorporation* duas pré-condições para aceitar essa alegação: prova de que a empresa poderia ter entrado no mercado de outra forma que não através da fusão e prova de que tal alternativa significa uma probabilidade substancial de produzir desconcentração no mercado afetado ou outro efeito pró-competitivo significativo. Independente do padrão articulado de prova, a determinação de que uma firma adquirente é um competidor potencial efetivo tipicamente envolve um exame detalhado das capacidades da firma, interesses e incentivos para entrar no mercado.⁶³

63 O FTC chega a incluir tentativas anteriores de entrada para verificar a intenção efetiva de entrada, considerando tanto evidências objetivas e como subjetivas.

4.5. Padrões Legais aplicados à doutrina da eliminação da competição potencial

A Suprema Corte tem aceito a 1ª tese plenamente e a 2ª com algumas exigências. O FTC e as cortes inferiores têm aplicado ou comentado favoravelmente a 2ª teoria. Os Guidelines de 1984 e 1992 endossam ambas as teses.

Os tribunais norte-americanos costumam adotar dois pré-requisitos para aceitar alegações com base em ambas as teorias: o 1º é que o mercado relevante seja concentrado. Como sustentou a Suprema Corte no caso *Marine Bancorporation*: “a doutrina da competição potencial tem significado apenas se aplicada a mercados concentrados (...) onde há participantes dominantes (...) engajados em comportamento interdependente ou paralelo e com capacidade efetiva de determinar preço e produção de bens e serviços⁶⁴. A Corte sustentou que a evidência de alta concentração (três firmas controlando 92% do mercado relevante) estabelece *prima facie* que o mercado é um candidato à doutrina da competição potencial percebida.

Ao considerar se a firma teria entrado de fato, os tribunais consideraram tanto a possibilidade de entrada “de novo” como a possibilidade de entrada por meio da aquisição de uma das menores firmas da indústria, o parâmetro neste caso são firmas com participação de mercado inferior a 10%.

O 2º pré-requisito reconhecido pelos tribunais é que existam poucos entrantes potenciais equivalentes, porque de outra forma a eliminação da firma adquirente ou adquirida não afetará a competição. Assim, alegações de concorrência potencial não têm prosperado quando são baixas as barreiras à entrada.

Os parâmetros adotados pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça ao decidir se questiona ou não uma transação baseada em dano à competição potencial são:

- 1) se o mercado da firma adquirida é altamente concentrado (HHI acima de 1800);
- 2) se as barreiras à entrada são altas, de modo que não se pode esperar entrada de empresas que não apresentem condições substantivas para a entrada;
- 3) as condições de entrada da firma adquirente são possuídas por menos que outras três empresas.

64 418 US at 630-31.

Os tribunais têm sustentado, contudo, que as duas doutrinas diferem quanto às provas requeridas para estabelecer a violação. A primeira teoria requer prova do impacto do entrante potencial sobre o comportamento efetivo das firmas instaladas. A segunda teoria requer prova de que a firma adquirente seria capaz de entrar independentemente, resultando num impacto futuro sobre a competição.

4.6. Conclusão sobre a jurisprudência internacional envolvendo concorrência potencial e joint ventures.

Não existe precedente na jurisprudência internacional da aprovação de joint ventures que não resultem em expansão de capacidade, compartilhamento de riscos envolvidos em pesquisa e desenvolvimento ou na abertura de novos mercados ou geração de inovações e produção de novos bens ou serviços. Ainda mais inusitada é a possibilidade de aprovação por tempo indeterminado de uma joint venture que não apresente efeitos pró-eficientes claros.

Com relação ao efeito de operações sobre a concorrência potencial, duas teses são desenvolvidas e aceitas pelas autoridades nos Estados Unidos: a eliminação de concorrência potencial percebida, que disciplina o comportamento das empresas instaladas e a eliminação da concorrência potencial efetiva, que exclui a possibilidade de estabelecimento de novo agente autônomo no mercado. Os tribunais requerem uma série de condições para aceitar as referidas teses, em particular que o mercado relevante seja concentrado, que existam poucos entrantes potenciais equivalentes e que a entrante potencial considerada apresenta vantagens específicas de entrada, em função de porte, eficiência e interesse no mercado.

5. Significado da Operação

Não é esta a primeira vez que o CADE examina os efeitos da entrada em mercados brasileiros de empresas que anteriormente ocupavam a posição de concorrente potencial. Os casos da compra da Kenko pela Kimberly Clark (AC 90/96) e da Refripar pela Eletrolux (AC 71/96) trataram do mesmo problema e naquelas ocasiões ressaltai a importância de se investigar o impacto da nova entrada sobre o desenho e a dinâmica do jogo competitivo no ambiente doméstico.

Observei naquelas ocasiões que a análise estruturalista, preocupada unicamente com mudanças na configuração do mercado, freqüentemente se mostra insuficiente para identificar o problema concorrencial envolvido em uma operação. Que é necessário indagar no que consiste a entrada, que posição é adquirida, que situação de mercado é contestada, alterada ou eventualmente reforçada, ou seja, que modificações implicou ou poderá implicar a operação para o jogo competitivo no mercado.

No presente caso, não é possível analisar a operação deslocada de seu contexto. Note-se, aliás, que é esta a essência da aplicação da regra da razoabilidade. É preciso partir do processo de abertura comercial e de extinção de controle de preços, que imprimiu um dinamismo inédito à competição em um mercado sedimentado sob a dominância secular de duas grandes empresas. O fim do controle de preços também abriu a oportunidade para que a forma por excelência de concorrência nesse mercado se manifestasse: a competição por diferenciação e consolidação de imagem, ao tempo em que a abertura comercial mostrou ao consumidor o universo de opções de fabricantes e tipos de cervejas que eram até então desconhecidas pela grande maioria.

O controle de preços, a par dos prejuízos causados à eficiência econômica, à concorrência e ao bem-estar, esteve longe de representar uma influência nefasta sobre a lucratividade e o potencial de crescimento das empresas dominantes. Como regra geral, forneceu um “guarda-chuva” protetor de ineficiências, ao calcular defasagens preço/custo a partir de estruturas de custo ditas consolidadas, em que se agregavam - ponderando pela participação de mercado - plantas com idades e eficiências diversas, assim como coeficientes técnicos que não incorporavam ganhos de produtividade possíveis ou realizados. Ao garantir lucratividade para as grandes empresas com base na indexação de margens de lucro, o controle de preços desestimulou a competição na forma de diferenciação - que caracteriza estruturalmente este mercado - e incentivou o seu crescimento através da incorporação de cervejarias regionais, com menor potencial de geração de eficiência produtiva.

O fim do controle de preços fez ressurgir cervejarias de escala regional que em regra tem adotado a estratégia - muito por força da limitação de

sua dimensão econômica - de investir em nichos ou segmentos de mercado, como o prêmio ou de baixo preço. Isso é comum em mercado onde o núcleo do processo concorrencial corresponde à diferenciação de produto. Conforme aponta Elzinga (op. cit.) “uma pequena cervejaria, produzindo um produto de qualidade e comercializando-o de modo a manter mínimos os custos de transporte, pode sobreviver na indústria de hoje em dia se encontrar um nicho especial para si.” pp. 141 Após apontar alguns casos de sucesso dessa natureza, inclusive da microcervejaria pioneira de San Francisco, a Anchor Steam, lembra que tais casos são em realidade exceção, porque, ao contrário do que ocorre em outras indústrias, na indústria de cerveja a escala ainda é fator determinante, assim como a eficiência na administração interna, o que é regra geral. Não há rigorosamente espaço para cervejarias sem escala e ineficientes, e essas razões – de ordem estritamente econômica -- explicam em parte o processo de aquisição de pequenas cervejarias pelas duas empresas líderes no mercado brasileiro ao longo das últimas décadas.

A pressão competitiva sobre as líderes de mercado não adveio, no novo ambiente econômico, do ressurgimento de pequenas cervejarias, dedicadas à exploração de nichos de mercado⁶⁵. A pressão surgiu quando, com a explosão de consumo de 1994, que elevou a demanda em quase 30%, não havia disponibilidade de capacidade produtiva para atender tal demanda, que foi satisfeita pelas importações. Ao mesmo tempo, as maiores cervejarias do mundo passaram a manifestar seu interesse no mercado brasileiro, qualificando-se como potenciais entrantes efetivas no mercado. Não passaram despercebidos das empresas líderes os novos desafios impostos pela competição fortalecida pelas importações e pela potencial entrada das grandes cervejarias mundiais. Em particular a Antarctica procurou reforçar sua estratégia de proliferação de marcas lançando duas marcas no segmento prêmio, conseguindo assim reforçar sua imagem de qualidade e marcar sua presença também no novo segmento⁶⁶. A competição das importações representou se não uma ameaça efetivas a posições de mercado detidas, ao menos um alerta e um incômodo a serem considerados e enfrentados.

O novo clima de concorrência nesse mercado levou a que as empresas intensificassem seus investimentos. De acordo com o Conselheiro Renault no Relatório referente ao AC 58/95 “essas empresas intensificaram seus investimentos, direcionando-os para a implantação e expansão de novas unidades produtivas como também para a implementação de intensas campanhas de

65 Remeto este ponto às considerações feitas em meu voto no AC 27/95 acerca do papel residual desempenhado pela franja de pequenos competidores sobre a dinâmica competitiva de um mercado oligopolista.

66 Conforme depoimento da empresa na audiência realizada no CADE.

marketing. Assim, enquanto a Brahma está construindo três fábricas e em 1995 dispendeu US\$ 200 milhões em publicidade, a Antarctica constrói 2 fábricas e aplicou US\$ 55 milhões em marketing naquele ano.” (fls. 1520).

O quadro abaixo mostra o aumento da capacidade instalada nos últimos anos.

Tabela 5

Capacidade Produtiva Média Estimada, por Marca de Cerveja

em milhões de hl

Empresas	1994	Part. (%)	1995	Part. (%)	1996	Part. (%)
Antarctica	29,5	36,9	36,1	35,2	36,1	30,8
Brahma	27,5	34,4	39,5	38,5	39,5	33,7
Skol	3,5	4,4	5,0	4,9	5,0	4,3
Kaiser	12,0	15,0	15,0	14,6	24,5	20,9
Schincariol	5,0	6,2	5,0	4,9	10,0	8,6
Outras Marcas	2,5	3,1	2,0	1,9	2,0	1,7
Total	80,0	100,0	102,6	100,0	117,1	100,0

Fonte: Antarctica apud SEAE (fls. 415).

Da perspectiva das empresas estrangeiras, o Brasil apresenta-se desde o início da década como um dos espaços mais promissores para expansão. Após a estabilização econômica o mercado cresceu em média 18% ao ano (fls). Com seu crescimento sufocado pela estagnação e mesmo saturação dos mercados domésticos, as cervejarias de origem norte-americana e européia vêm buscando novos espaços para o crescimento do qual derivam sua força. A Anheuser-Bush, maior cervejaria do mundo, elevou seus negócios no exterior em 1995 em 30% com relação ao ano anterior e tem como meta dobrar sua participação no mercado mundial - para cerca de 20% - e aumentar as vendas internacionais para 40 milhões de barris, quase a metade do que vende em seu mercado doméstico.⁶⁷

O fenômeno resultante, e que compõe o contexto em que se dá essa operação, é a constituição de alianças estratégicas, em que as maiores companhias a nível mundial estão entrando no mercado brasileiro por meio de associações de desenho semelhante com as três empresas que representam mais de 90% da oferta de cerveja no mercado brasileiro.

Os quadros abaixo ilustram a importância econômica no cenário mundial das cervejarias que estão estabelecendo associações com parceiras brasileiras, assim como o poder das respectivas marcas.

67 De acordo com artigo publicado pelo The Economist, transcrito pela Gazeta Mercantil em outubro de 1995.

Tabela 6
Maiores Cervejarias no Mercado Mundial. 1990-1994

milhões de hl/a

Empresas	Origem	1990	1991	1992	1993	1994	Média
Anheuser-Bush, Inc.	USA	137,5	136,7	138,0	138,0	140,7	138,18
Heineken NV	Holanda	73,1	71,1	72,8	75,8	81,9	74,94
Miller Brewing Co.	USA	70,4	70,6	68,0	71,1	73,3	70,68
Kirin Brewing Co. Ltd.	Japão	43,9	46,1	47,5	46,3	48,3	46,42
Forester's Brewing Group	Austrália	48,8	46,1	44,5	44,8	46,7	46,18
South African Breweries Ltd.	África do Sul	32,4	33,2	33,4	39,9	45,3	36,84
Carlsberg A/S	Dinamarca	30,5	28,8	28,8	37,2	40,9	33,24
Cia. Brahma	Brasil	37,5	40,9	33,4	35,5	40,7	37,60
Danone Group	França	33,9	31,8	38,2	37,5	37,7	35,82
Cervejaria Modelo S.A.	México	26,6	28,6	29,7	31,6	34,2	30,14
Santo Domingo Group	Colômbia	31,2	31,6	31,8	31,8	33,7	32,02
Coors Brewing Co.	USA	31,8	32,1	32,3	32,0	33,1	32,26
Guinness PLC	Reino Unido	16,9	26,1	29,7	32,0	32,6	27,46
FEMSA	México	26,4	26,7	27,3	27,7	26,9	27,00
Cia. Antactica	Brasil	28,1	28,3	21,6	22,6	26,9	25,50

Fonte: Salomon Brothers Inc./ Beverages, apud BNDES.

Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AOI/GESET 2). Elaboração CADE.

Tabela 7
Marcas mais Consumidas

milhões de hl/a

Marca	Fabricante	Origem	Consumo
Budweiser	Anheuser-Bush, Inc.	USA	68,4
Kirin Lager	Kirin Lager Co. Ltd.	Japão	26,7
Bud Light	Anheuser-Bush, Inc.	USA	26,4
Brahma Chopp	Cia. Brahma	Brasil	25,8
Cerveja Antarctica	Cia. Antactica	Brasil	25,3
Miller lite	Miller Brewing	USA	25,0
Heineken	Heineken NV	Holanda	21,5
Coors Light	Coors Brewing Co.	USA	21,1
Asahi Super Dry	Asahi Breweries Ltd.	Japão	20,5

Fonte: Impact International reports and Salomon Brothers Inc. apud BNDES.

Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AOI/GESET 2). Elaboração CADE.

Tais alianças, longe de tornar o mercado mais competitivo, consolidam a sua estrutura e mesmo cristalizam a posição dominante compartilhada entre Brahma e Antarctica. A teoria e a história econômica apresentam indica-

ções de que o fortalecimento do poder de mercado das empresas que se alternam na liderança do mercado poderá representar um recrudescimento das dificuldades de expansão de empresas que ocupam posição secundária mas que começam a ganhar expressão no mercado.

O ponto fundamental a destacar, porém, é que a entrada da Anheuser-Bush por meio de associação com a Antarctica eliminou parte significativa da concorrência potencial representada pela empresa americana, dada a viabilidade de sua entrada no mercado brasileiro, em virtude de seu porte econômico, seu diferencial de eficiência, sua posição no mercado mundial e, principalmente, sua estratégia de expansão de negócios através da entrada nas principais economias emergentes. Como observei em meu voto no AC 71/96, a concorrência potencial exerce efeito tão palpável sobre a conduta e a estratégia concorrencial das empresas instaladas quanto a concorrência efetiva. Ademais, a associação entre a ex-concorrente potencial e uma das líderes no mercado brasileiro representa a eliminação efetiva da concorrência entre as empresas, que passam a atuar de maneira concertada. A associação entre as duas empresas traduz um “pacto de não agressão” ao incluir cláusulas de discriminação de preços e de segmentos de mercado em que atuarão as duas empresas. O papel desestabilizador de estruturas concentradas exercido pela possibilidade de entrada de um novo player é neutralizado pela aliança entre as concorrentes virtuais. Este caso em particular envolve simultaneamente a eliminação da concorrência potencial percebida e da concorrência potencial efetiva, nos termos discutidos pela jurisprudência norte-americana (Pp. 27/34). Tal fato tem como evidências a anterior presença da cerveja Budweiser no Brasil, importada e distribuída pela Arisco, a movimentação da empresa no sentido de buscar associações com uma das maiores empresas para a entrada e as reais possibilidades de entrada da Anheuser-Bush no mercado (em virtude de seu porte, interesse e vantagens competitivas), assim como a redução significativa do número de entrantes nas mesmas condições, posto que as cervejarias posicionadas em segundo, terceiro e sétimo lugar estão envolvidas em associações de desenho similar.

Note-se que as alianças estratégicas afetam o conjunto do mercado de cerveja brasileiro, embora a segmentação do mercado em três categorias sirva ao propósito de “não agressão” entre as parceiras comerciais: Ao dedicar-se exclusivamente à produção de cervejas prêmio, a entrante Anheuser-Bush não ameaça a posição de mercado da Antarctica, ao tempo em que amplia através da joint venture, a participação da empresa brasileira no mercado. Ao mesmo tempo, a empresa estrangeira beneficia-se da participação no mercado da Antarctica, uma vez que detém uma participação na holding da companhia, participação essa que poderá crescer até algo próximo de 30%. A concentração das atividades no segmento prêmio é já a estratégia da A-B em sua

terra natal, onde comercializa apenas duas marcas, ambas nesse segmento (Budweiser e Bud Light). Da perspectiva da Antarctica, esta forma de entrada que não ameaça a posição de mercado já detida pela empresa é uma espécie de entrada “domesticada”.

5. Eficiências Alegadas.

As eficiências alegadas pelas interessadas dizem respeito “à incorporação, pela Antarctica, de modernas técnicas de produção, de marketing e de planejamento”, bem como “ao aumento de produtividade e ao desenvolvimento de novas tecnologias de fabricação com benefícios diretos ao consumidor”. (fls. 17)

Assinalam também as Requerentes, que a operação permitirá a abertura de mercados internacionais para a Antarctica colocar a cerveja Rio Cristal, particularmente nos EUA, o que significará ingresso de divisas estrangeiras no Brasil.

Por fim, ainda no que respeita aos benefícios decorrentes da operação, observam as interessadas que a associação, na forma proposta, “viabiliza o ingresso de um novo e importante competidor no mercado brasileiro”. (fls. 18)

Há, sem dúvida, eficiências da perspectiva privada da empresa a serem realizadas como a operação, traduzidas no aprendizado pela Antarctica das “melhores técnicas” disponíveis na organização Anheuser-Bush, a cervejaria notoriamente mais eficiente do mundo.

Por outro lado, há que se ter presente que a joint venture opera no mercado brasileiro, onde a Antarctica atua há mais de um século, conhece os hábitos e preferências dos consumidores brasileiros e onde tem sido pioneira no lançamento de diversos tipos de cerveja, inclusive as premium como são exemplos a Bavária, Antarctica Cristal, Pilsen Extra etc.

Considerando o diferencial de eficiência produtiva e organizacional da Anheuser-Bush seria lícito imaginar a possibilidade de transferência de tecnologia de produção e organização, que poderiam resultar em aumento de eficiência a ser partilhada em benefícios com a sociedade.

Para avaliar melhor os objetivos da operação, assim como as eficiências a serem realizadas, considere necessário realizar diligência complementar e audiência com as Requerentes.

As informações que obtive naquelas oportunidades tornaram evidente que, não ocorrerá expansão de capacidade produtiva, visto que a Antarctica, desde 1994, vem realizando intenso programa de investimentos de forma independente da associação em exame e, em 1996, já estava operando com ex-

cesso de capacidade instalada (de cerca de *). As informações prestadas pela Antarctica relativas à produção realizada em 1996 ratificam tal entendimento, ao demonstrar que o volume produzido atingiu * de utilização da estrutura produtiva no primeiro semestre, reduziu-se para * no segundo semestre, sofreu ligeira queda no terceiro trimestre atingindo *, tendo recuperado-se e alcançado * no último trimestre daquele ano⁶⁸.

A propósito, as próprias requerentes, em resposta à referida diligência, informam que a Anheuser-Bush aproveitará a capacidade instalada disponível no parque fabril da Antarctica para a produção da Budweiser, bem como o sistema de distribuição estruturado por aquela empresa. Ou seja, ocorrerão adaptações nas unidades produtivas da Antarctica para criar linhas habilitadas a produzirem Budweiser, sem, no entanto, haver incremento da capacidade produtiva.

Quanto à transferência de tecnologia e know-how, a empresa informou, em resposta à diligência, que “todo o processo de produção da Budweiser já foi absorvido pela Antarctica, não existindo no momento qualquer nova tecnologia a ser incorporada.” (fls. 497)

Ao serem examinadas as projeções de produção da cerveja Budweiser para o quadriênio 1997/2000, constatou-se que a meta é produzir 1.160.898 hectolitros, “atingindo 3% do mercado global de cerveja, tornando-a a cerveja mais vendida no segmento premium”. Em contrapartida, o plano de investimento de capital da Anheuser-Bush para o período 1997/2000 alcança apenas US\$ 8,6 milhões e os gastos em marketing US\$ 21,5 milhões, totalizando US\$ 30,1 milhões em quatro anos. Se a este montante forem adicionados os valores gastos em 1996, que totalizaram US\$ 9,2 milhões (US\$ 6,5 milhões em inversões e US\$ 2,5 milhões em marketing), em 5 (cinco anos) a Anheuser-Bush despenderia apenas US\$ 39,3 milhões.

Assim, para se instalar “nessa potência que é o mercado brasileiro” (segundo expressão das próprias interessadas), fixar sua marca no quarto mercado de cerveja do mundo, que se encontra em grande expansão, e alcançar um market share de 3%, que representa um faturamento de cerca de US\$ 210 milhões/ano, a A-B aplicaria o reduzido montante de US\$ 6,5 milhões/ano.

Tais volumes de recursos apresentam-se inexpressivos quando cotejados com aqueles projetados pelas cervejarias de tamanho médio que estão operando no mercado doméstico, como é o caso, por exemplo, da Schincariol, que possui 5,5% de participação no mercado nacional e para ampliar esse market share deverá aplicar US\$ 80 milhões em publicidade e marketing nos próximos 4(quatro) anos, além de investir US\$ 150 milhões em uma nova fábrica no estado da Bahia.

68 Os asteriscos correspondem a informações confidenciais suprimidas.

Quanto aos benefícios que seriam usufruídos pelos consumidores, constatou-se apenas a disponibilidade de mais uma marca de cerveja, o que significa ampliação do espectro de escolha do consumidor e, em termos econômicos corresponde a um ligeiro deslocamento para a direita da curva de demanda e conseqüentemente, de ampliação do excedente do consumidor. O deslocamento, porém, é reduzido, tendo em vista o número de marcas hoje disponíveis para o consumidor (cerca de 120 marcas, de acordo com informação obtida na audiência com as Requerentes).

Com respeito à alegada eficiência de que a operação, da forma realizada, viabiliza o ingresso de um novo e importante competidor, nos termos discutidos mais acima e levando em consideração o contexto em que se realiza a operação, considero que a forma associada de entrada com empresa que compartilha posição dominante no mercado doméstico, de fato:

- a) exclui a possibilidade de ingresso de novo participante no mercado;
- b) elimina o efeito da concorrência potencial percebida; e
- c) desestimula a entrada como players independentes de outros potenciais candidatos, que teriam que se defrontar com uma estrutura de mercado, não apenas concentrada, mas reforçada pela presença da maior cervejaria do mundo, sem que tal fato agregue dinâmica e eficiência ao mercado.

Em síntese, considero, no que respeita ao conjunto de eficiências alegadas, compreendendo os benefícios a serem apropriados pública e privadamente que a operação se por um lado demonstra a sua racionalidade econômica, ao minimizar custos e reduzir os riscos e incertezas associados à entrada em novo mercado, de outro, como visto, não realiza eficiências a serem usufruídas na forma de bem-estar pela sociedade, ao tempo em que elimina a possibilidade de benefícios associados à possibilidade de disputa entre a Antarctica e a Anheuser-Bush no mercado doméstico por tempo virtualmente indeterminado.

6. Avaliação da Possibilidade de Entrada.

Esta seção apresenta um exercício simplificado que procura responder à questão: É possível o estabelecimento de novos participantes neste mercado?

O mercado de cerveja foi por anos sub-abastecido⁶⁹. A preocupação com a expansão da capacidade foi uma reação ao crescimento explosivo da demanda, após a estabilização econômica, quando a oferta interna não foi capaz de atender à demanda e, por conseqüência, cresceram exponencialmente as importações (atingindo em 1995 o nível de 4% da oferta interna). Ao mesmo tempo, estava presente a ameaça de entrada das grandes cervejarias mundiais, que viam com interesse as perspectivas do mercado brasileiro. Uma eventual estratégia de detenção da entrada por meio de expansão de capacidade seria custosa, dado o ritmo de expansão do mercado e necessidade de aumentar eficiência - muitas das plantas que foram adquiridas ao longo do tempo estão sendo fechadas agora, por conta da exigência de eficiência imposta pelo acirramento da concorrência. A maneira mais factível de domesticar a entrada seria entrar em acordo com as entrantes, estabelecendo espaços de atuação e discriminação de preços. A estratégia de detenção de entrada por expansão de capacidade não parece ter se mostrado viável, por conta da taxa de expansão do mercado. O exercício abaixo procura demonstrar este ponto, assim como apresentar as condições de entrada diante das estimativas de expansão da demanda, considerando unicamente a variável capacidade produtiva da planta eficiente.

Partindo-se do modelo clássico de preço-limite e utilizando-se o postulado de Sylos⁷⁰, pode-se construir quatro cenários diferentes sobre a possibilidade de entrada de novos concorrentes. O uso do postulado é justificado pela característica de alta elasticidade-preço cruzada entre as marcas verificada neste mercado e assumida pelas Requerentes⁷¹. No primeiro cenário usam-se as estimativas de expansão da demanda até o ano 2000 fornecidas pela Antarctica (fls. 45), cuja fonte é a Nielsen. No segundo cenário utilizam-

69 Como reconheceu a Antarctica na audiência realizada no CADE.

70 Utilizando método equivalente com o que calculei a possibilidade de nova entrada no mercado de creme dental, quando da análise do AC 27/95. A hipótese básica é que as firmas instaladas mantêm a produção acomodando a entrada ou, alternativamente, mantêm a participação no mercado, em ambos os casos sendo o preço a variável de ajuste.

71 Na audiência de 28/05/97, a Antarctica mencionou ser alta a elasticidade-preço cruzada entre as marcas, tendo mencionado estudo realizado pela empresa que mostrou que a preferência por marca dilui-se a um diferencial de preço superior a 8%. “Acima disso”, nos termos da Empresa “a cerveja vira commodity”.

se as estimativas contidas no Relatório BNDES sobre o setor já mencionado, a partir da fonte SINDICERV. Os quadros 5 e 6 apresentam as referidas estimativas.

Tabela 7
Estimativa de Evolução do Consumo. 1995-2000

Ano	Consumo (bilhões de l)
1995	7,3
1996	7,7
1997	7,9
1998	8,1
1999	8,4
2000	8,6

Fonte: Nilsen (fls. 45)

Tabela 8
Estimativa de Evolução do Consumo. 1995-2001

Ano	População (milhões)	%	Consumo Nacional (hl milhões)	%	Consumo Per Capita (litros/hab.)	Consumo Adicional (hl milhões)
1995	155,9	-	75,0	27,1	48,1	16,0
1996	157,8	1,27	82,5	10,0	52,3	7,5
1997	159,8	1,27	89,5	8,5	56,0	7,0
1998	161,8	1,23	95,8	7,0	59,2	6,3
1999	163,7	1,20	101,5	6,0	62,0	5,7
2000	165,7	1,17	106,6	5,0	64,3	5,1
2001	167,6	1,15	111,9	5,0	66,8	5,3

Fonte: Sindicerv apud BNDES, Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AO1/GESET2)

Cenário 1

Considerando o tamanho de planta eficiente de entrada como definidos à pp.21/22 deste voto de 1.5 milhões hl, o período de 24 meses como o necessário desde o projeto até a entrada em operação de nova planta e uma taxa de crescimento média de 10.70 no biênio 95/96, 2.55 no biênio 97/98 e 3.05 no biênio 99/00, no primeiro biênio é possível instalar aproximadamente 9 plantas e nos biênios seguintes 3 plantas, ou seja 5 plantas em média a cada biênio.

Cenário 2

Considerando o tamanho de planta eficiente sugerido pela Antartica às fls / como sendo o de 2.0 milhões hl de capacidade e as mesmas estimativas de crescimento da demanda apresentadas pela empresa, é possível instalar 7 plantas no primeiro biênio, 2 no segundo e 2,5 no terceiro, ou seja 4 plantas em média aproximadamente a cada biênio.

Cenário 3

Mantendo o tamanho de planta de entrada do cenário 1 e utilizando as estimativas de crescimento da demanda do BNDES, obtém-se o resultado de que no biênio 96/97, era economicamente possível a instalação de 9 plantas, no biênio 98/99 8 plantas e para o biênio 00/01, 7 plantas; ou seja 8 plantas a cada biênio.

Cenário 4

Considerando a planta eficiente de 2.0 milhões hl. e as taxas de crescimento da demanda do cenário 3, os resultados são 7 plantas no primeiro biênio, 6 e 5 respectivamente nos biênios seguintes, ou seja aproximadamente 6 plantas a cada biênio.

i. Conclusões do exercício

A par das limitações e simplicidade do exercício, ele serve como ilustração da grande atratividade que o mercado brasileiro apresenta para a instalação de novos participantes, com o porte econômico necessário para enfrentar as duas barreiras à entrada importantes nesse mercado, em ordem de importância, a constituição de uma rede de distribuição em escala nacional e a fixação de marca.

Adicionalmente ilustra - de forma ligeira - as dificuldades que teriam as empresas instaladas de impedir a entrada por meio de expansão da capacidade produtiva à frente da demanda.

7. Com relação aos Contratos firmados entre as partes.

Em razão do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças foram firmados os seguintes documentos (fls. 546/646), os quais se relacionam à importação e à produção da cerveja BUDWEISER no Brasil, a saber:

1) Carta-Contrato, de 20.06.95, sobre a continuidade da importação da Cerveja Budweiser pela Antarctica, em substituição à ARISCO.

Por essa carta, a Anheuser-Busch International, Inc. indaga da Antarctica sobre a possibilidade desta empresa importar a cerveja Budweiser e distribuí-la em todo o território nacional, devido ao fato da ARISCO - à época distribuidora de cervejas da Anheuser-Busch no Brasil - ter terminado as suas atividades.

Na carta, a Anheuser-Busch revela sua intenção de que a cerveja Budweiser tenha o preço das cervejas “premium” no Brasil, intenção essa que não entendo como sendo a de estabelecer preço para o produto, mas como sendo a de situá-lo em um nicho no mercado de cervejas.

O acordo teve início em 1º de agosto de 1995, tendo sido previsto quanto ao seu término que se daria por qualquer uma das partes, com ou sem motivo, através de notificação, com pelo menos 60 (sessenta) dias de antecedência.

2) Contrato De Fabricação E Distribuição celebrado em 22.04.96 entre a Budweiser Brasil Ltda. (BBL); Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (ANTARCTICA); Antarctica Empreendimentos e Participações Ltda. (ANEP); Indústria de Bebidas Antarctica do Rio de Janeiro S.A. (IBA-RIO), e Anseuser-Busch International Inc.(ABII).

Objeto do contrato: fabricação e embalagem da cerveja Budweiser para a BBL, pela Antarctica, IBA-RIO e demais afiliadas da ANEP, sob o regime de Industrialização por Encomenda.

Espaço: território nacional.

Vigência do contrato: início: 22.04.96

Permanecerá em pleno vigor e efeito até que:

- (i) as partes decidam, de comum acordo, rescindi-lo;
- (ii) o Contrato de Licenciamento firmado entre a ABII e a BBL seja rescindido por qualquer razão, por qualquer das partes, com ou sem justa causa;
- (iii) o Contrato de Associação da BBL tenha sido rescindido ou expirado de acordo com seus próprios termos (trata-se de contrato celebrado em 22.04.96 entre a ANTARCTICA e a ANHEUSER-BUSCH WORLD TRADE LTD. - A-BWT-, em que estas empresas concordaram que o objeto social da BBL será comercializar, vender e distribuir a cerveja BUDWEISER no Brasil. A A-BWT é uma afiliada da ABII); ou
- (iv) uma das partes descumpra quaisquer de suas obrigações sob o presente Contrato e (se na hipótese de tal inadimplemento ser sanável) tal inadimplemento não seja sanado por um período de 30 dias após notificação por escrito

de sua ocorrência à parte inadimplente, sendo que, neste caso, a parte prejudicada terá o direito de rescindir este Contrato mediante notificação por escrito à parte inadimplente.

Trata-se de Contrato de Fabricação e Distribuição com prazo de vigência indeterminado, encontrando sua duração sujeita à decisão das partes, à vigência do Contrato de Licenciamento firmado entre a ABII e a BBL e do Contrato de Associação da BBL ou ao descumprimento das obrigações pactuadas no instrumento contratual.

O Contrato de Fabricação e Distribuição, como um dos negócios jurídicos realizados dentre outros que foram firmados com o propósito de se operacionalizar a importação, produção, comercialização, venda e distribuição da cerveja Budweiser no Brasil, é considerado restritivo à concorrência, por eliminar a concorrência potencial percebida e efetiva, nos termos discutidos anteriormente.

Não há, pois, como se admitir a inexistência de um limite temporal para a vigência dessa restrição, e que esse limite seja proporcional ao objeto do negócio jurídico principal. Entendimento contrário seria fazer prevalecer o interesse privado contra o princípio constitucional da livre concorrência.

No que diz respeito ao quantum deva ser esse limite temporal, esta é questão a ser analisada sob o critério da razoabilidade; dessa forma, a vigência do Contrato de Fabricação e Distribuição (bem como dos outros que são considerados inseparáveis do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças) não pode ir além do necessário a assegurar à consecução do objeto do negócio jurídico principal, sem contravir os interesses públicos.

Quanto à possibilidade da rescisão do Contrato de Fabricação e Distribuição dar-se em razão da rescisão do Contrato de Licenciamento de Uso de Marca ou da rescisão ou expiração do Contrato de Associação, esta possibilidade há que ser considerada legítima, tendo em vista que esses contratos dão àquele suporte operacional e jurídico.

Finalmente, quanto à inadimplência contratual, este é meio mais do que legítimo pelo qual se dá a rescisão de contrato.

3) Contrato De Licença De Uso De Marca, celebrado em 22.04.96, entre Anheuser-Busch International, Inc. (licenciante) e Budweiser Brasil Ltda. (licenciada).

Pelo contrato, a licenciante outorga à licenciada e a licenciada aceita a licença e o direito exclusivos de usar as marcas licenciadas da cerveja Budweiser fabricada pela licenciada no Território, bem como de vender a cerveja Budweiser fabricada no Território com as marcas licenciadas.

Prazo de vigência: Início: a partir da data do registro do contrato junto ao INPI.

Término: Enquanto as marcas licenciadas forem válidas no Brasil.

Casos de rescisão automática: (i) se a afiliada da licenciante deixar de possuir pelo menos 51% das quotas da licenciada ou (ii) mediante rescisão do Contrato de Transferência de Tecnologia.

4) Contrato De Transferência De Tecnologia E Assistência Técnica, celebrado em 22.04.96, entre Anheuser-Busch International, Inc. e Budweiser Brasil Ltda.

Vigência: Início: passa a vigorar a partir da data de registro do contrato junto ao INPI.

Término: prazo inicial de 5 anos, a partir da data de sua assinatura, sendo renovado automaticamente por iguais períodos de cinco anos.

Os Contratos de Fabricação e Distribuição, de Licença de Uso de Marca e de Transferência de Tecnologia e Assistência Técnica são contratos interdependentes, cuja vigência se dá de forma interrelacionada; em outras palavras, para que se dê a fabricação e a distribuição da cerveja Budweiser faz-se imprescindível o licenciamento de uso de marca bem como a transferência de tecnologia e a assistência técnica; por um outro lado, o licenciamento de uso de marca bem como a transferência de tecnologia e a assistência técnica só se justificam na medida em se objetiva fabricar e distribuir a cerveja Budweiser.

Isto posto, entendo que o limite temporal para a vigência desses contratos, independentemente dos casos de rescisão automática, deva ser o mesmo, respeitada, certamente, a razoabilidade na fixação de sua extensão.

“Em razão da reciprocidade”, também foi enviado Contrato de Fornecimento de Cerveja firmado em 27.11.96 entre a Antartica Empreendimentos e Participações Ltda. - ANEP, a Companhia Antartica Paulista IBBC (Antartica) e a Anheuser-Busch Incorporated (A-BI) para testes de marketing e venda nos Estados Unidos da cerveja Rio Cristal, produzida no Brasil.

Por esse contrato, as partes acordaram que a A-BI fará um teste de marketing de uma nova cerveja a ser denominada Rio Cristal, para ser introduzida no mercado dos Estados Unidos.

Mediante um contrato em separado, a A-BI obteve da Cervceria Backus y Johnston S.A., uma sociedade anônima peruana, o direito exclusivo de usar a marca Cristal como parte de Rio Cristal, nos Estados Unidos para cerveja tipo “larger” e materiais promocionais.

O produto deverá ser fabricado exclusivamente pela ANTARCTICA ou pela ANEP e poderá ser comercializado, vendido e distribuído pela A-BI no Território A-BI e em outras localidades, exceto no Brasil.

O Contrato terá um prazo inicial de um ano a começar na data de sua assinatura. Ao final do prazo inicial, o contrato será renovado automaticamente por períodos sucessivos de 1 ano cada. Se as partes converterem para um acordo de fornecimento de longo prazo conform previsto no contrato, o termo inicial de tal contrato será de 10 (dez) anos.

Pelo princípio da territorialidade consagrado no art. 2º da Lei n. 8.884/94, não vislumbro quaisquer efeitos anticoncorrenciais no território nacional, que possam ser produzidos pelo contrato em questão; ao contrário, se existentes, esses efeitos dar-se-ão fora do território nacional, ou seja, no caso em apreço, nos Estados Unidos.

8. Conclusão

Certamente o sucesso da consolidação da presença de uma cervejaria em novo espaço nacional depende da força da marca, que exige considerável dispêndio em propaganda e acesso a um eficiente canal de distribuição. Dificilmente um fabricante de cervejas e refrigerantes brasileiro teria acesso a mercados competitivos como o americano sem a força de um parceiro bem posicionado naquele mercado. Assim, há um potencial de eficiências da perspectiva privada da Antártica a ser realizado com a oportunidade de colocação de seu produto no exterior, potencial este delimitado com clareza tanto no tempo quanto no espaço. Tal faceta da operação não apresenta nenhum dano à concorrência no mercado brasileiro de cerveja e, como tal, deve ser integralmente preservada.

Da perspectiva da Anheuser-Bush, a associação permite à empresa adentrar o mercado brasileiro de cervejas superando a barreira representada pela necessidade de disposição de uma rede nacional de distribuição e aquela representada pela necessidade de fixação junto ao público de nova marca.

Seguindo a melhor prática jurisprudencial, procurei verificar se havia formas alternativas de entrada no mercado. O exercício apresentado na seção 6 mostra que há possibilidade de entrada eficiente para uma empresa do porte da Anheuser-Bush no mercado brasileiro sem o recurso à associação com a Antártica. A opção pela associação, se racional do ponto de vista microeconômico, ao prolongar-se por tempo virtualmente indeterminado, é danosa à competição porque, de acordo com os ensinamentos da jurisprudência internacional na matéria, elimina a competição potencial percebida e efetiva entre a firma estabelecida e a potencial entrante. Considerando ainda que a opção pela associação com as maiores fabricantes da indústria de cerveja foi escolhida por outras potenciais entrantes no mercado, como a Miller e a Carlsberg, além da Heineken, que já está associada à Kaiser - do grupo Coca-Cola - desde 1990, a aprovação da presente operação por este CADE excluiria a

possibilidade de entrada efetiva no mercado da maior cervejaria do mundo, o que, além de promover a concorrência, implicaria real aporte de investimento, tecnologia, know-how e aumento da eficiência, além de inibir a entrada de novos participantes efetivos, que haveriam de deparar-se -- além das barreiras à entrada verificadas -- com a força da marca e da presença da Anheuser-Bush no mercado brasileiro. Este quadro evidencia a limitação da existência de alternativas viáveis que pudessem vir a compensar a eliminação da concorrência potencial no caso em exame.

O que aqui se questiona, da perspectiva da defesa da concorrência, é a forma anticompetitiva de entrada e não a entrada em si do novo player. A forma escolhida exclui a possibilidade de entrada que representa ganhos de eficiência e bem-estar para a sociedade brasileira.

Nos termos sugerido no ponto 1 deste voto, a operação pode ser modificada de sorte a adequar-se à legalidade antitruste, ao tempo em que poderá realizar seus objetivos declarados, quais sejam, permitir a comercialização da cerveja Budweiser no Brasil, utilizando-se da rede de distribuição da Antarctica e fornecer suporte para o lançamento da cerveja importada Rio Cristal da Antarctica em território norte-americano. Para tanto, é necessário apenas que a associação seja limitada no tempo. O período que se considera adequado é, ao mesmo tempo, aquele que permitirá à Anheuser-Bush familiarizar-se com as condições do mercado brasileiro, constituir rede própria de distribuição – possivelmente a partir dos distribuidores disponibilizados pelo processo de reestruturação das grandes empresas do setor – fixar nova marca no mercado e, se for de seu interesse, instalar plantas e constituir-se como competidor efetivo no mercado brasileiro.

Seguindo rigorosamente a orientação manifesta na Lei, entendo que os objetivos almejados pelas empresas, perfeitamente legítimos da perspectiva privada, são passíveis de compatibilização com o interesse público de defesa da concorrência se a associação for limitada ao tempo necessário para que tais objetivos sejam atingidos. Mediante este procedimento a operação poderá se adequar aos parâmetros prescritos no § 1^o do art. 54 da Lei 8.884/94 que orientam a atuação do CADE quando do exame de atos e contratos entre empresas que podem prejudicar a concorrência.

Em resposta à diligência realizada por mim em 3/4/97, apurei que 18 meses é prazo factível para a implantação de unidades produtivas, a exemplo do que a Antarctica vem realizando em Joinville. Indicações técnicas que fundamentam os financiamentos concedidos pelo BNDES estipulam igualmente 18 meses como o período normal decorrente entre o projeto e sua entrada em operação. Acrescente-se que em 7/4/97, reportagem da Gazeta Mercantil apurou que a Schincariol está construindo uma unidade produtiva no

prazo previsto de 11 meses. Adicionalmente, como já comentado, o processo de reestruturação e enxugamento de suas redes de distribuição realizado pela Brahma, Antarctica e pelo grupo Coca-Cola disponibilizará ao mercado expressivo número de distribuidores com larga experiência e familiaridade como o mercado brasileiro. Não será necessário para uma nova entrante de grande porte partir do zero para a construção de uma rede própria de distribuição, mas sim organizar e treinar os distribuidores disponíveis no mercado, tarefa obviamente só realizável por empresa de grande porte⁷². Não a tã somente a Kaiser sob o manto da Coca-Cola pôde galgar espaço no mercado em escala nacional e isto apenas após a estabilização econômica, que trouxe milhões de novos consumidores ao mercado.

Assim, entendo o período de 2 anos, com razoável margem de segurança, como o necessário para permitir a uma nova entrante conhecer o mercado, organizar rede de distribuição e consolidar uma marca, assim como para construir e pôr em operação pelo menos uma planta em escala eficiente, se tal for o seu objetivo. Assim, com base nesta análise e nos termos da lei, entendo o período de 2 anos como adequado para que se realizem as eficiências potenciais da operação, sendo observados os limites estritamente necessários aos objetivos visados, os benefícios sejam compartilhados adequadamente entre participantes e consumidores, sem que a concorrência em parte substancial do mercado relevante seja eliminada.

9. Decisão

Isto posto, decido:

A associação entre a Antarctica e a Anheuser-Bush, na forma apresentada ao CADE, não atende às condições previstas no § 1^o do art 54 da Lei 8.884/94. Aprovo, contudo, a operação desde que aceita a seguinte condição:

Que seja estabelecida como nova data final dos prazos de vigência dos contratos e acordos firmados entre as Requerentes aquela correspondente ao último dia do período de 24 meses contado a partir da publicação do acórdão da decisão deste Plenário no Diário Oficial.

A concordância em realizar a referida alteração deverá ser comunicada ao CADE em trinta dias a contar da publicação da decisão e deverá ser expressa em compromisso de desempenho a ser assinado com a CADE pelas

⁷² Vale lembrar que redes de distribuidores de cerveja especializados não representam a única possibilidade disponível, sobretudo para o momento inicial de entrada. Embora o alcance a pontos de revenda seja mais limitado, há atacadistas de grande porte que colocam bens não duráveis virtualmente em todo o território nacional.

Requerentes em trinta dias após a comunicação da concordância com a condição imposta para aprovação da operação.

Caso não aceite a condição para aprovação do ato, de forma expressa ou tácita - pelo silêncio das Requerentes - e no prazo determinado, deverão as Requerentes apresentar ao CADE em sessenta dias após a publicação da decisão do Plenário no Diário Oficial prova de rescisão do Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças, bem como dos demais contratos celebrados entre a Antarctica e a Anheuser-Bush nos termos previstos na subcláusula 19.3 daquele contrato de associação.

Em prosseguimento ao processo de cooperação técnica entre as agências de defesa da concorrência, deverá ser enviada cópia da decisão e principais peças processuais para ciência do DOJ e do FTC.

Pelas razões expostas em meu voto, o não atendimento às diretivas indicadas nesta decisão constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as Requerentes, individualmente, ao pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

É o meu voto.