

VOTO DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO

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

1. Doutrina e jurisprudência estrangeira:

Em seus comentários sobre o tratamento de “joint ventures” (JVs) no Direito da Concorrência da União Européia, Valentine Korah* enumera entre as preocupações básicas da Comissão:

a) a redução ou limitação do número de concorrentes em mercados concentrados com altas barreiras à entrada;

b) se cada um dos participantes pode exercer poder de veto sobre a expansão da JV de forma a proteger suas próprias atividades ou se tenderá a não competir agressivamente com a JV;

c) o efeito inerente da perda de concorrência potencial: “Estejam ou não as participantes de acordo em não competir com a JV, a Comissão considera que aquelas que tenham um interesse societário substancial não terão estímulo para competir. Essa preocupação tem-se feito sentir quer as participantes já estejam no mercado, quer sejam meramente concorrentes potenciais”.

Para a Comissão da EU, segundo o autor, restrições ou distorções à concorrência entre empresas matrizes associadas em uma JV somente ocorrem na medida em que tais empresas sejam competidoras efetivas ou potenciais entre si; a verificação da existência de concorrência potencial parte do pressuposto de que cada uma das empresas tem por si só condições de atingir os objetivos ou executar as tarefas atribuídas à JV e não abre mão dessa capacidade para criar a JV.

Inversamente, supõe-se que a criação de uma JV não tende a limitar a concorrência potencial entre as empresas associadas quando cada uma delas não conte por si só com recursos econômicos e/ou capacidade tecnológica suficientes para desenvolver um novo produto ou processo suscetível de melhorar a competitividade de ambas no mercado relevante ou de promover sua entrada em novo mercado e de trazer benefícios sensíveis ao consumidor, bem como para investir na criação ou ampliação de capacidade produtiva para tanto.

* Em “An Introductory Guide to EEC Competition Law and Practice”, 4th Edition, e “Cases and Materials on E.C. Competition Law”, ESC Publishing Ltd., Oxford

Com o objetivo de aferir as possibilidades teóricas e práticas de desempenho isolado, por cada uma das empresas associadas, dos propósitos atribuídos à JV, a Comissão desenvolveu uma série de testes aplicáveis mais freqüentemente em casos de JVs visando à manufatura de produtos, mas também relevantes para JVs em setores de serviços. As empresas associadas em uma JV são consideradas concorrentes potenciais se, à luz dos fatores enumerados a seguir, os quais podem ter pesos diferentes caso por caso, pode-se razoavelmente inferir que elas teriam capacidade de atuar de forma autônoma no mercado relevante. São eles:

a) contribuição individual para a JV (verifica-se se cada uma das empresas dispõe por si só dos recursos financeiros para os investimentos planejados, das qualificações gerenciais para dirigir a JV e de pleno acesso aos insumos necessários);

b) produção da JV (se cada uma das empresas tem pleno domínio da tecnologia de produção envolvida e se fabrica produtos “upstream” ou “downstream” ou tem acesso às fontes de suprimento destes últimos);

c) vendas da JV (se a demanda efetiva ou potencial é de molde a permitir que cada uma das empresas possa fabricar o produto em condições competitivas e se cada uma delas tem acesso aos canais de distribuição necessários);

d) fator risco (se cada uma das empresas pode por si só assumir os riscos técnicos e financeiros inerentes às operações de produção da JV);

e) barreiras à entrada (se, definido o mercado relevante e identificadas as barreiras à entrada existentes, cada uma das empresas tem por si só capacidade de entrar no referido mercado e de superar as barreiras identificadas dentro de um período de tempo e mediante esforço ou custo razoáveis).

Em outro texto sobre a aplicação da “regra da razão” no direito antitruste comunitário em matéria de JVs^{*}, resumem-se diversos casos de associações de empresas, desde editoras e cervejarias a fabricantes de equipamentos nucleares, envolvendo na grande maioria investimentos conjuntos em pesquisa tecnológica e desenvolvimento de novos produtos ou processos e nos quais a Comissão da EU identificou sistematicamente restrições à competição potencial entre os participantes.

Não obstante haverem sido legitimados após análise detida pelas autoridades comunitárias dentro do critério da razoabilidade, assinala o autor,

* “North American and Common Market Antitrust and Trade Laws”, 1987, Corporate Law Institute, Fordham University School of Law

“por esses casos pode-se ver que a Comissão geralmente considera o art. 85 (1) aplicável a qualquer acordo de JV entre competidores. Mesmo quando tal acordo permite a um novo concorrente entrar no mercado ou a um concorrente existente permanecer no mercado, ou ainda quando propicia o desenvolvimento de um novo produto, a Comissão considera que é em princípio contrário ao art. 85 (1)”, requerendo isenção específica da proibição estipulada no referido dispositivo do Tratado de Roma, mediante aplicação dos arts. 85 (3) e 53 (3).

A orientação das autoridades comunitárias na matéria é confirmada pela análise de casos mais recentes de JVs, tais como Fujitsu AMD Semiconductor*, apreciado pela Comissão da EU em 1995, em função de seus efeitos no mercado europeu. Fujitsu e AMD notificaram em dezembro/94 a constituição de uma JV para projetar, construir e operar conjuntamente uma planta no Japão para produzir uma nova geração de placas semicondutoras e componentes avançados de memória de equipamentos de informática, para uso principalmente das duas empresas associadas, mas com a possibilidade de venda de até 10 % da produção no mercado asiático.

A Comissão determinou que a JV limitava a concorrência potencial entre os dois participantes no mercado de “flash memories”, além de outras restrições colaterais, mas considerou que a associação, em quase todos os seus aspectos, atendia às condições de aprovação sob os artigos 85 (3) e 53 (3) do Tratado de Roma. A decisão baseou-se nos critérios de promoção de desenvolvimento tecnológico em produtos de alta sofisticação, de benefícios resultantes para os consumidores e da indispensabilidade das restrições à concorrência entre os participantes, principalmente em função dos altos investimentos necessários e grau de risco no desenvolvimento de bens de curto ciclo vital como os da indústria de semicondutores, na qual “o êxito de novos produtos depende em ampla medida da entrada oportuna no mercado”.

Não obstante esses fatores atenuantes, a Comissão limitou a 10 (dez) anos a duração dos acordos de JV em todos os seus aspectos centrais e ancilares, exceto algumas cláusulas consideradas sem quaisquer efeitos anticompetitivos, como a duração indeterminada de licenças cruzadas não exclusivas e os reduzidos investimentos cruzados entre as duas empresas, sem direito a representação nas respectivas administrações.

Finalmente, em coletânea sobre doutrina e jurisprudência em matéria de JVs nos Estados Unidos*, os autores enumeram os possíveis benefícios

* (Resumido por Valentine Korah em “Cases and Materials on E.C. Competition Law”, op. cit., pág. 621/7)

* “Antitrust Law and Economics”, Nutshell Series, 4th Edition, 1994, Prof. Ernest Gellhorn, Universidade de Virginia, e W. Kovacic, George Mason University School of Law, West Publishing Co.

privados e sociais das formas legítimas de colaboração entre empresas potencial ou efetivamente concorrentes entre si, normalmente motivadas pelo impulso “de unificar capacidades técnicas e gerenciais complementares para a realização de projetos cujas exigências excedem a expertise de qualquer das firmas”, por fortes economias de escala em P & D e pela possibilidade de “compartilhar o risco associado a empreendimentos financeiros ambiciosos...”.

“Tais benefícios devem ser cotejados com os sérios riscos à concorrência resultantes da colaboração entre firmas rivais, cabendo à autoridade antitruste submetê-la a duas indagações imediatas: primeiro, se o ato de associação em si viola a legislação pertinente e se, com referência à à Seção 7 do Clayton Act, a nova parceria criará poder de mercado ou reforçará poder de mercado existente ao eliminar a competição efetiva ou potencial entre as empresas associadas; segundo, se, nos seus propósitos e efeitos, a JV restringe indevidamente a liberdade de ação de seus participantes e recusa o acesso a novos participantes...”

2. A associação Antartica & Anheuser-Busch:

Tal como no caso, recém-analisado por este Conselho, da associação entre a Brahma e a Miller Brewing Co, os acordos sob exame dificilmente seriam encarados em qualquer jurisdição como uma JV cooperativa e produtiva, podendo caracterizar-se, quando muito, como uma aliança mercadológica. A associação propicia exclusivamente, sem ganhos tecnológicos perceptíveis e correspondentes benefícios ao consumidor em termos do binômio preço-qualidade, a incorporação de uma nova marca à centena de nomes de cervejas que proliferaram no Brasil nas últimas décadas, prejudicando a concorrência ao desestimular a entrada de novos competidores efetivos e contribuindo para reforçar a posição dominante de uma das empresas líderes que compõem a estrutura oligopolística consolidada no mercado brasileiro de cerveja com o beneplácito de sucessivos governos, autoritários ou não.

Vimos que os critérios de aferição dos efeitos anticoncorrenciais das JVs sob o Tratado de Roma e regulamentação complementar incluem dois fatores fundamentais, cuja presença é determinante para a aprovação dessa modalidade de integração de atividades empresariais pela Comissão da EU. São eles, de um lado, a promoção de melhoras na produção de bens e serviços, do progresso técnico e econômico e do bem-estar do consumidor e, de outro lado, a “indispensabilidade” das restrições à concorrência representadas pela eliminação temporária da competição potencial em parte substancial de mercado relevante.

Esse teste de “indispensabilidade” não é expressamente previsto na Lei brasileira de Defesa da Ordem Econômica, mas algo de seu espírito está presente no parágrafo 2º do artigo 54, enquanto a ponderação de benefícios (ou “eficiências”) é prescrita pelo parágrafo 1º e seus incisos. A menos que se pretenda identificar, nos acordos de associação entre a Antarctica e Anheuser-Busch, “motivos preponderantes da economia nacional”, a análise cuidadosa e competente desenvolvida pela Conselheira Relatora não permite vislumbrar na operação em apreço o imprescindível equilíbrio entre ganhos comerciais privados e benefícios públicos proporcionados por um maior vigor competitivo no mercado relevante e uma melhora sensível das condições de preço e qualidade nele prevalentes.

Dois elementos principais de diferenciação da operação (em relação à JV Brahma Miller) foram trazidos à colação pelos ilustres Patronos das interessadas: o aporte financeiro representado pela participação acionária de 5% da Anheuser-Busch na capital da empresa “holding” do novo agrupamento societário, com opção para integralizar até quase 30% de controle da ANEP, e a cooperação para o acesso ao mercado dos EUA e alhures de produtos desenvolvidos pela JV, notadamente a cerveja “premium” Rio Cristal.

São inegavelmente importantes o aporte financeiro e os investimentos efetuados pelo grupo americano. Ao cotejá-los, contudo, com as cifras projetadas de faturamento da JV a partir do fim da década, quando espera deter cerca de 3% de participação em um mercado avaliado em cerca de US\$ 10 bilhões anuais, vê-se que estaria assegurada, por um período de duração virtualmente indeterminada, a extraordinária rentabilidade de tais investimentos, não se identificando na JV o fator de risco inerente a tal modalidade de colaboração horizontal, quando nela se pretende demonstrar a existência das chamadas “eficiências integrativas”.

Quanto à possibilidade de novos aportes de capital para o aumento da participação acionária da A-B na ANEP, é de se julgar que poderão advir dos próprios lucros extraordinários do empreendimento conjunto, só contribuindo para fortalecer a JV e ampliar o chamado “efeito inerente de perda da concorrência potencial”, apontado no Direito antitruste da União Européia nos casos em que as participantes chegam a deter um substancial “equity interest” na associação constituída.

No tocante às perspectivas de exportação futura de cerveja e outras bebidas de fabricação da Antarctica, tampouco é de se minimizar a importância de qualquer ingresso de divisas como contribuição para o melhor equilíbrio da balança comercial do país. Em sua conclusão, o Relatório da Conselheira Lúcia Helena ressalta que “tal faceta da operação não apresenta dano à

concorrência no mercado brasileiro e, como tal, dever ser integralmente preservada”.

Não é demais lembrar, contudo, que “o potencial de eficiências da perspectiva privada da Antarctica com a colocação de seu produto no exterior...está delimitado com clareza tanto no tempo quanto no espaço” e estritamente condicionado a desempenho, sendo mais que amplamente compensado pela fixação da marca e futuras vendas anuais da Budweiser no Brasil e pela remessa de lucros supranormais delas resultantes (para a Antarctica, além do prestígio da presença de sua nova marca internacional entre as centenas de cervejas importadas disponíveis nas prateleiras americanas, as exportações anuais projetadas da Rio Cristal representarão cerca de 0,35 % do faturamento atual da cervejaria brasileira).

Entre os argumentos aqui expostos em favor da aprovação da operação, destaco ainda os de que a moderna indústria cervejeira nos maiores mercados do mundo é altamente concentrada, a começar pelos próprios Estados Unidos, e de que no Brasil o grau de concentração alcançado é plenamente compensado pela enorme diversificação de marcas e pela vigorosa competição entre elas, que só tenderá a se intensificar com a introdução de novas e fortes marcas internacionais. Não creio que tais considerações serviriam para justificar, perante o Departamento de Justiça ou a FTC, operação do mesmo teor se levada a efeito no mercado americano.

Não obstante, tomando-se o mercado de cerveja nos EUA, verifica-se pelos dados constantes do Relatório que, em 1990, as 4 maiores empresas detinham conjuntamente (C4) uma “market share” de 85,8%, elevando-se para 98,4% a participação conjunta das 8 maiores (C8). A diferença entre (C8) e (C4), de 14,6% do mercado detidos por 4 empresas de porte ainda considerável, representava em 1990 a produção e vendas de cerca de 29 milhões de hectolitros, ou seja, 80% da capacidade instalada atual da Antarctica. No mesmo ano, as 4 maiores cervejarias brasileiras, se considerarmos a Skol em separado, detinham exatamente 98,4% do mercado, parcela somente reduzida a 93,1% em 1995 graças ao crescimento agressivo da Schincariol como cerveja “regional” (é, portanto, desprezível o espaço de mercado existente entre C4 e C8 no Brasil).

Por maiores as concessões que se façam à necessidade de relativização de conceitos e grandezas na análise antitruste em economias de diferentes dimensões, é forçoso admitir, mesmo na comparação com o a estrutura do mercado americano, a excessiva concentração da oferta no mercado brasileiro de cerveja - fenômeno que sabemos estar ocorrendo em alguns outros mercados relevantes no Brasil - e os riscos para a concorrência da consolidação

dessa estrutura através de “alianças estratégicas” da espécie com as maiores cervejarias no plano mundial.

Tal consolidação é tanto mais indesejável, do ponto-de-vista da defesa da concorrência, quanto ocorre em um período de crescimento acelerado do mercado brasileiro, cujo potencial é projetado no estudo do BNDES citado no Relatório em uma demanda adicional de quase 30 milhões de hectolitros entre 1996 e 2001, estimativa que justificaria estratégias de entrada um pouco menos cautelosas do que a modalidade de “pacto de não agressão” por que parecem haver optado as maiores concorrentes potenciais no mercado de cervejas no Brasil.

Quanto à relativização da importância do número de concorrentes no mercado e à primazia conferida à diversidade de marcas e a intensa competição entre elas, poderíamos admitir a situação extrema de plena e perpétua satisfação do consumidor pela oferta “competitiva” de algumas dezenas de marcas e tipos de cerveja controlados por um duopólio ou talvez mesmo um monopólio, estrutura possivelmente justificável para fazer frente à concorrência globalizada nesse mercado, no entender de muitos, fadado à alta concentração.

Em outro plano de preocupações, colocaram-se igualmente em questão, nas últimas semanas, os limites da competência conferida pela Lei a este Colegiado para a apreciação de atos de integração ou colaboração entre empresas, havendo um ilustre dirigente de importante entidade representativa da indústria opinado que “parecem extrapolar a competência e os objetivos do CADE a imposição de formas alternativas de atuação dos agentes econômicos”.

Com o devido respeito às posições assumidas por representantes de órgãos de classe na defesa de legítimos interesses de seus representados, entendendo que entre os objetivos e as atribuições do CADE não se inclui a de promover o “fortalecimento competitivo” desta ou daquela indústria “por meio de associação com empresa de porte no cenário internacional”, se estiver diante de indícios razoáveis de que tal associação e tal fortalecimento arriscam comprometer o funcionamento mais eficiente do mercado e o bem estar dos consumidores, valores que só recentemente começaram a prevalecer no cenário econômico brasileiro. Aprovar operações da espécie sem restrições equivaleria a cercear, sem justificativa plausível de política econômica, o funcionamento livre e eficiente das forças do mercado e a determinar que a grande maioria dos consumidores brasileiros, não só os presentes, mas os de futuras gerações, deverão satisfazer-se com não mais de 3 ou 4 opções efetivas de marcas ou combinações de marcas de um produto de tamanho apelo popular.

Entendo também que a Conselheira Relatora atuou rigorosamente em conformidade com a “orientação manifesta na Lei” ao apontar os prejuízos à concorrência resultantes dos acordos de associação em tela e ao procurar, seguindo a “melhor prática jurisprudencial” disponível, identificar formas de entrada no mercado menos restritivas da concorrência entre competidores potenciais, - sem a pretensão de propor, e muito menos impor, alternativas de atuação a agentes econômicos que melhor que ninguém sabem pesar suas próprias opções - para afinal formar a convicção de que os “objetivos almeçados 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”.

3. Conclusão:

À vista do exposto, considero finalmente que o prazo adicional estabelecido pela Conselheira Relatora será em princípio suficiente para que a entrante, - supondo-se que não existe discussão teórica ou prática quanto à condição de entrante da Anheuser-Busch - com sua vasta experiência de marketing em mercados mais sofisticados e exigentes, complete a tarefa de fixação de sua marca e pondere a oportunidade e as possibilidades concretas de dotar-se de meios próprios, principalmente os de distribuição, para acompanhar a expansão do mercado brasileiro de cerveja de forma autônoma e efetivamente competitiva, se esta for sua opção estratégica para além da duração da associação com a Antarctica. Tal como no caso da JV entre a Brahma e a Miller, no entanto, no tocante ao limite de duração da associação sob exame, registro igualmente minha disposição de contemplar prazo razoavelmente mais flexível para os ajuste requeridos, caso os demais membros do Colegiado, a começar pela Conselheira Relatora, forem do mesmo entendimento.

Em artigo sobre “Avanços e Desafios da Defesa da Concorrência no Mercosul” publicado recentemente em revista da Câmara de Deputados, o Presidente do CADE afirmava que “no passado a atração de investimentos externos foi motivada preponderantemente pela possibilidade de vantagens no mercado doméstico associadas à proteção”...”na atualidade, os elementos de atração de capitais estão mais diretamente associados a similitudes com os países maduros do que a fatores excepcionais que pudessem explicar margens elevadas de lucros extraordinários. Neste novo contexto, o fortalecimento de instituições de economia de mercado e a transparência e estabilidade de regras assumem particular relevância como estímulos ao investidor global”.

Esperemos que as decisões deste Conselho no tocante aos limites de “alianças estratégicas” tais como as de grandes cervejarias no mercado brasileiro constituam um marco efetivo para a transparência e estabilidade das regras de defesa da concorrência no Brasil, em consonância com o quadro normativo que as grandes empresas e investidores internacionais estão habituados a encontrar em países de economia madura.

É o voto

