

ADITAMENTO AO VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA***LUCIA HELENA SALGADO E SILVA***

PROFERIDO NA 46ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 23 DE JULHO DE 1997

“Em consideração aos pareceres e demais documentos trazidos pelas Requerentes após iniciado o julgamento do presente Ato de Concentração, assim como ao voto de vista emitido em 9/7/97, apresento o seguinte aditamento a meu voto proferido em 18/6/97. Penso ser oportuno também comentar um dos temas de destaque no rico debate público travado após o proferimento do voto desta Relatora.

1. Sobre a Alegada Decrepitude da Doutrina da Concorrência Potencial

Uma das expressões da maturidade do debate intelectual e político em torno da política antitruste nos Estados Unidos é que as posições assumidas costumam ser francas, transparentes, coerentes e solidamente fundamentadas em visões de mundo distintas que se traduzem em escolas. A correlação de forças políticas - que obviamente parte de uma base material - acaba por determinar que posição se torna dominante ou predominante, seja na condução da política pelas agências, seja no entendimento do Judiciário sobre os problemas antitruste.

Nós que estamos dando os primeiros passos neste debate encontramos dificuldades em aprofundá-lo por conta da falta de clareza das posições assumidas, o que se pode atribuir à confusão de idéias e doutrinas, que dificulta a tomada de posição consciente. Muitos dos que hoje atacam a doutrina da concorrência potencial o fazem, talvez sans le savoir, que estão emprestando suas vozes aos ensinamentos de Chicago, para quem não apenas não é boa a doutrina antitruste sobre fusões entre competidores potenciais como não é boa qualquer doutrina antitruste sobre fusões e concentração de mercado.

É nesse contexto que se faz a crítica à doutrina da concorrência potencial - crítica essa que está longe de ser dominante hoje, sobretudo na condução das agências antitruste - e é forçosamente necessário que se torne claro esse ponto de partida, qual seja, o de que a crítica à doutrina da concorrência potencial se insere em um contexto mais amplo, de questionamento de toda e qualquer política de concorrência preventiva.

Uma das pérolas que recolhi do intenso debate recente provocado pela percepção da existência do Cade como autoridade antitruste neste país é a alegação de que teria sido utilizada jurisprudência antiga e ultrapassada.

Escapa aos auto-denominados especialistas que se manifestaram publicamente quatro fatos: Em primeiro lugar não existe jurisprudência antiga ou nova, existe jurisprudência prevalecente e a jurisprudência citada pela Relatora corresponde rigorosamente aos procedimentos adotados pelas agências antitruste norte-americanas a partir das decisões da Suprema Corte - tenham sido elas tomadas a 10, 20 ou 200 anos atrás - que estabeleceram os parâmetros para tanto. Ao mesmo tempo, correspondem a ensinamentos elementares presentes em todos os cursos de Antitruste ministrados nas Escolas de Direito americanas, que dedicam uma seção ao tema das fusões entre concorrentes potenciais, como aos demais temas: verticalização, preços predatórios, fusões entre concorrentes, monopolização, etc.¹⁰⁷

Em segundo lugar, não é verdade sequer que a jurisprudência citada pela Relatora correspondesse aos ultrapassados anos 60 e 70: o caso Yamaha, a guisa de exemplo, é de 1982. De todo modo esta é uma agressão aos fatos de menor importância.

Em terceiro lugar, a relação da teoria econômica com a prática antitruste não é um processo linear de falsificação de hipóteses, embora muitos gostariam que fosse. É fruto de uma economia política complexa, cujo melhor exemplo é como algumas idéias que parecem definitivamente sepultadas são posteriormente resgatadas, como a noção de “bloqueio de mercado” e “elevação dos custos dos rivais”, supostamente ultrapassadas nos anos 80 pelo desvendamento da verdade que representou a predominância nas agências antitruste dos ensinamentos de Chicago e posteriormente recuperadas, tão logo mudou a orientação da política naquelas agências. O primeiro ato de Anne Bigmann à frente da Divisão Antitruste do DOJ (Department of Justice), no início do primeiro governo Clinton foi revogar o roteiro de fusões verticais editado pela administração anterior e que incorporava o tratamento leniente de Chicago sobre a matéria. Logo em seguida, foi aberto o processo contra a Microsoft, que resultou em um Consent Decree em 1995, com base justamente nas teorias consideradas ultrapassadas e tecnicamente incorretas pela corrente de pensamento dominante anterior.

Em quarto lugar, não houve poucos ou inexistentes casos tratados pela Alta Corte nos últimos anos envolvendo fusões entre concorrentes potenciais que tenham resultado em decisões antitruste de monta. Houve poucos

107 Eu tive o privilégio de acompanhar um desses cursos, ministrado na Universidade de Berkeley pelos professores Carl Shapiro, atual economista-chefe do FTC e Tom Jorde, outro dos astros no tema nos EEUU.

casos envolvendo qualquer tipo de fusão, de maneira geral. No início dos 80, o Presidente Reagan realizou uma profunda alteração na composição da Suprema Corte e em várias Cortes de Circuito e de Apelação, colocando nesses postos chave alguns dos maiores expoentes de Chicago, do chamado New Learning. Fez o mesmo com as agências antitruste, que durante 12 anos foram não apenas conduzidas pelos ensinamentos de Chicago como tiveram seus orçamentos cortados à metade. Com a instalação do “novo laissez faire” nas agências e no Judiciário, a atuação antitruste alterou-se radicalmente com relação ao período anterior, o que se traduziu em um número infinitamente menor de operações questionadas diante do Judiciário¹⁰⁸.

Isto é fato de conhecimento comum a qualquer um minimamente informado sobre o assunto, bastaria acompanhar as revistas de negócios com alguma assiduidade. Parece, no entanto, que escapou à argúcia de nossos especialistas.

De outra parte, a Jurisprudência, qualquer que seja ela, existe para ser consultada como qualquer texto ou experiência alheia. A leitura inteligente da Jurisprudência - repito, como de qualquer texto ou experiência de outrem - procura fontes de inspiração, orientação para a produção própria de idéias; não procura uma camisa de força, um modelo a ser mimetizado e aplicado acriticamente à experiência diversa; a isto, em contrapartida, qualifico de leitura ingênua. A maneira como esta Relatora utiliza a jurisprudência alienígena desde o AC 27/95 aproxima-se, em meu modesto entender, mais do primeiro do que do segundo tipo de leitura. Naquele caso, concluí que a jurisprudência internacional indicava que o controle simultâneo de duas marcas importantes no mercado representava barreira à entrada, cujo remédio usual era a desconstituição do negócio ou a alienação de ativos e marcas outras, em contraponto à

108 Sobre esse processo, Kovacic observa que: “Ronald Reagan escolheu três juízes da Suprema Corte e 46% de todos os juízes federais que assumiram em janeiro de 1989. Com isso, o governo alterou a perspectiva ideológica do Judiciário Federal escolhendo indivíduos que, entre outros traços, duvidavam da eficácia da regulamentação do governo (...) os indicados por Regan para os tribunais de apelação adotam posições desfavoráveis com relação à intervenção antitruste para impedir fusões, controlar condutas predatórias de firmas individuais e redtrições verticais com maior frequência que os indicados pelo Presidente Carter. Numa extensão inusitada, os acadêmicos apontados pelo Presidente Reagan tinha fortes credenciais em *law and economics* (...) Robert Bork, Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Richard Posner, Antoni Scalia e Ralph Winter estão bem posicionados para avaliar se decisões de recurso refletem uma atenção cuidadosa com o aprendizado econômico e com as perspectivas de Chicago em particular.” - William Kovacic, “The Influence of Economics in Antitrust” in *Economic Inquiry* vol XXX April, 1992, pp. 302.

operação realizada. A solução que sugeri ao Plenário foi totalmente diversa e adequada à situação específica em exame, embora inspirada e sustentada pela jurisprudência internacional. O mesmo ocorre no caso em exame, o AC 83/96. A jurisprudência internacional - em particular o entendimento da Suprema Corte norte-americana sobre operações entre concorrentes potenciais, transformada em procedimentos metodológicos pelo Departamento de Justiça e, diga-se de passagem, prevalecente -, sustentam meu entendimento dos efeitos da operação, assim como a solução proposta para que a operação se adeque à legalidade antitruste nos termos da legislação brasileira.

2. Sobre o Uso da Tese da Concorrência Potencial na Jurisprudência Brasileira

É interessante observar como o uso da tese da concorrência potencial está presente em quase toda a jurisprudência brasileira referente à avaliação dos atos previstos no art. 54 da lei 8.884/94. Ademais, é importante que se lembre que tal tese serviu tanto para demonstrar que em mercados concentrados sua eliminação restringe a concorrência, por acentuar o poder de mercado das empresas dominantes, como também teve o mérito de balizar análises que consideraram a concorrência potencial - tanto pelo critério de entrada, quanto pelo de extensão ou de substituição de produção - como meio de afastar a possibilidade de eventual abuso de posição dominante. A tese tem sido desenvolvida com base em entendimentos diversos como:

- a) a operação causa danos à concorrência potencial, desestimulando nova entrada;
- b) a existência de concorrência potencial neutraliza danos possíveis a serem gerados pela operação;
- c) a decisão sobre a operação pode estimular a entrada e, por conseguinte, fortalecer a concorrência potencial;
- d) a operação pode transformar de forma positiva concorrência potencial em concorrência efetiva.

Frente a este estimulante debate, considerei oportuno selecionar alguns casos julgados pelo CADE para lembrar o quanto tal instrumento teórico tem sido invocado para servir à defesa da concorrência e mesmo ao interesse privado envolvido nas operações aprovadas por este Conselho com fundamentação nessa teoria.

1.O caso Rhodia S.A. e Sinasa S.A. (AC 12/94), aprovado parcialmente por unanimidade pelo Conselho, com a determinação às interessadas da desconstituição dos atos pertinentes à fabricação de fibras de acrílico e poliés-

ter, baseou-se no entendimento de que, em mercados concentrados, as empresas tendem a adotar certas condutas comerciais com objetivo de obter lucros excessivos em detrimento da eficiência do mercado. Considerou-se, ademais, que as vantagens que detêm as empresas já fixadas traduzem-se em barreiras à entrada de novos concorrentes, tornando mais altos os custos de entrada, o que por sua vez desencoraja os concorrentes potenciais. O ponto é bem destacado pelo Conselheiro Relator:

“No caso das fibras, a criação do monopólio de algumas das mais importantes matérias-primas, sem dúvida, aumentará sensivelmente a barreira à entrada de novos produtores. Nos mercados de transformados, a associação da Sinasa com o Grupo Rhodia, que controla a produção nacional de uma das principais matérias-primas, terá como consequência idêntica elevação no grau de dificuldade à entrada de novos concorrentes.” (do voto vencedor exarado pelo Conselheiro José Matias Pereira)

2.De igual modo o CADE, por unanimidade, negou autorização às empresas Eternit S.A. e Brasilit S.A. (AC 06/94) para que se associassem através da criação da empresa Eterbrás Sul Ltda., detentoras em conjunto de 51,95% do mercado nacional de produtos de fibrocimento, por considerar que as eficiências apresentadas não compensavam as restrições impostas à concorrência efetiva e potencial. O voto vencedor exarado pela Conselheira Neide Terezinha Malard trata claramente dessa questão, como podemos observar:

“A concentração do poder de mercado é o traço característico da competitividade das economias de escala. É a partir dessa realidade, que se faz necessário o controle dos atos e acordos que os agentes econômicos celebram entre si, com o objetivo de alcançar certas eficiências. Isto porque a concentração, embora não sendo em si um elemento anticoncorrencial do mercado, propicia a adoção de certas condutas por parte dos agentes, certo ainda que, em índices acentuados, tem o condão de afastar concorrentes potenciais, com inegáveis prejuízos para a livre concorrência.”

“Esse aumento de concentração do mercado, com a participação relativa da nova empresa em torno de 31,82%, e a existência de inegável barreira à entrada de novos concorrentes, consubstanciada na vantagem decorrente do monopólio sobre a matéria-prima, bem como a eficiente rede de distribuição de que desfrutam as requerentes são, sem dúvidas, fatores que desencorajam os concorrentes potenciais, além de ameaçar a posição daqueles que vêm desempenhando um papel altamente importante para a concorrência no mercado da Região Sul, com ganhos efetivos para o consumidor.”

3.A tese da concorrência potencial não foi aceita pelo voto do Relator no caso Siderúrgica Laisa S.A. e Grupo Korf GmbH (AC 16/94) - conhecido como caso Gerdau - e que resultou na decisão de desconstituição parcial do negócio. Deve-se destacar a intensa discussão sobre o tema concorrência potencial ocorrida por ocasião de sua reapreciação, quando o Conselho por maioria decidiu manter a desconstituição da operação de aquisição da Cia. Siderúrgica Pains pelo Grupo Gerdau, por considerar que parte da concorrência havia sido eliminada no mercado nacional de aços longos, notadamente no segmento de vergalhões, acentuando-se o poder de mercado do Grupo Gerdau, sem contudo propiciar ganhos efetivos para o consumidor final.

Tal debate travou-se em torno de dois aspectos: considerar ou não como potenciais entrantes aquelas empresas que já se encontravam atuando no mercado de aços longos (não planos), sem contudo atuar no mercado relevante definido; e se essas potenciais entrantes tinham capacidade de contestar o poder de mercado adquirido pelas empresas envolvidas na operação. Os critérios utilizados como balizadores da avaliação das duas matizes de pensamento foram:

- a) montante de investimentos requeridos;
- b) tempo necessário para instalação ou substituição de produção e;
- c) o interesse manifestado pelas empresas inquiridas pelo CADE.

Nos votos vencidos do AC 16/94 a teoria da concorrência potencial foi utilizada como minimizadora dos efeitos negativos prováveis que a operação poderia gerar sobre o ambiente concorrencial no mercado relevante afetado, como podemos observar em passagens extraídas dos votos do Conselheiro Edgar Lincoln Proença Rosa e da Conselheira Neide Terezinha Malard:

“o grau de flexibilidade dos equipamentos de laminação com relação à elaboração final dos produtos é bastante elevado. Disso decorre que as 'barreiras à mobilidade inter-classe' de produtos (relacionadas ao desvio da produção, de vergalhões para barras e perfis ou para fios-máquinas e vice-versa) são relativamente baixas, limitando o exercício do poder econômico por parte das empresas produtoras de aços longos comuns, associado à presença de posição dominante na oferta de alguns desses produtos;(...)”

“as empresas que produzem com base industrial próxima à das empresas do segmento é que podem diversificar sua produção e, com um volume de capital relativamente reduzido, passar a ofertar os produtos relevantes, valendo-se de economias de escopo. Configurariam as concorrentes potenciais mais favorecidas, e sua possibilidade concreta de entrada tempestivamente como ofertantes dos produtos relevantes é que constitui o fato inibidor do

abuso de posição dominante ou de poder econômico por parte das empresas.” (do voto do Conselheiro Edgar Proença)

“Não há limitações quanto a matéria-prima ou quanto aos bens de produção, inexistindo controle sobre os mesmos por parte de qualquer grupo ou empresa.

(...)

Estando livres os bens de produção e a matéria-prima, pode-se avaliar a concorrência potencial, quer pelo lado de apenas uma forte concorrente que produzisse em escala suficiente para desencorajar o abuso da posição dominante, quer da parte de várias outras que produzem em escalas menores, cuja produção agregada tivesse o mesmo efeito desencorajador.

(...)

Verifica-se, pois, que as concorrentes potenciais que já se encontram no mercado, mas não atuam no segmento, precisam apenas de bens de capital, cujo valor estimado varia de US\$ 10 milhões a US\$ 20 milhões de dólares. No tocante ao tempo necessário para iniciar a produção, as empresas informaram que teriam seus novos equipamentos e passariam a produzir num espaço de tempo que variou de seis a vinte e quatro meses.

Para instalação de uma planta nova, as informações também variaram. Estimativas foram feitas em torno de US\$ 100 milhões a US\$ 500 milhões, de acordo com o porte de usina e grau de sofisticação. O prazo necessário seria de dois a três anos para instalar uma nova usina.

Os baixos investimentos necessários à substituição ou extensão da produção, aliado ao fato de não serem significativos os recursos necessários a uma nova planta, levam-me a concluir que o capital necessário à entrada de novos concorrentes não constitui barreira neste mercado relevante.

(...)

Há de se levar em conta, também, que os produtos do mercado relevante podem ser fabricados por qualquer aciaria com laminadora, (...)” (do voto da Conselheira Neide Terezinha Malard)

4.No caso Rockwell do Brasil S.A. e Albarus S.A. Ind. e Com. (AC 26/95), aprovado por unanimidade pelo Colegiado por ocasião de sua reapreciação, a concorrência potencial foi considerada como minimizadora dos efeitos danosos que um monopólio pode causar sobre o ambiente concorrencial. note-se que a fusão pretendida criava um monopólio no mercado original de eixo diferencial tipo “Salisbury” e elevada concentração no mercado de reposição de suas peças e componentes.

“(...) com relação à estrutura de oferta, cabe observar que existem diversos fabricantes potenciais de grande porte que possuem reconhecida tec-

nologia de manufatura, particularmente de engrenagens e tratamento térmico, tanto no Brasil (Rayaton, ZF do Brasil, Equipamentos CLARK e a EATON do Brasil), quanto na Argentina (EATON e TRANSAX), sendo que, no caso de interesse das montadoras de veículos, tais empresas estariam plenamente habilitadas a produzirem o eixo completo com reduzido investimento adicional e num prazo de um ano.” (do voto vencedor do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares)

5.No caso Melitta do Brasil Ind. e Com. Ltda. e Jovita Ind. e Com. Ltda. (AC 56/95), aprovado por unanimidade, foi considerada como atenuantes dos efeitos prováveis sobre a concorrência tanto a concorrência efetiva no mercado nacional de filtros de coar café (filtros de nylon e pano), quanto a concorrência potencial, em particular no segmento de mercado de filtros de coar café de papel. Lê-se do voto vencedor do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares:

(...) existem empresas de expressão nacional ligadas à produção e a comercialização do café e até mesmo vinculada à indústria papeleira, a exemplo da KLABIN (marca Goumert), que marcam presença através da venda de suas marcas, embora produzidas pelas duas maiores empresas, mas que potencialmente poderiam transformar-se em produtoras, dadas as facilidades de acesso à tecnologia e à matéria prima, além de ser necessário um reduzido volume de investimentos para iniciar-se na fabricação desse produto [filtro de papel].”

(...)

“Essa potencialidade concorre favoravelmente para que outros produtores de café lancem suas marcas, o mesmo ocorrendo com as cadeias de supermercados, as quais, inclusive, já o estão fazendo, o que acentua o nível de concorrência nesse segmento.”

6. Este Conselho também decidiu, por unanimidade, pela aprovação do ato de aquisição de participação acionária pela Cia. Siderúrgica Belgo Mineira da empresa Dedini S.A. Siderúrgica (AC 14/94), tendo em conta a concorrência potencial. Note-se que esse critério não só valeu para avaliar as barreiras à entrada, como também para a própria definição do mercado relevante afetado pela operação. Conforme pode-se observar pelo voto vencedor do Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares

“(...) há necessidade, preliminarmente, de se examinar 'em que mercado ou parcela de mercado as empresas se acham em situação de concorrência', associada ao fato do “relevant market” um considerável grau de substi-

tuibilidade na produção, devido à relativa flexibilidade nos equipamentos e no processo de fabricação das diversas classes de produtos.”

“Essa característica do mercado de aços longos comuns conduz, por sua vez, à existência de concorrência potencial das empresas que já operam nesse mercado. Tais empresas teriam que promover alterações em seus equipamentos visando a complementação e/ou reconversão nas linhas de produtos, não ocorrendo nos elevados custos exigidos para instalação de uma nova usina siderúrgica,(...).”

Ou, como podemos observar no voto exarado pela Conselheira Neide Terezinha Malard na mesma ocasião:

“O bem-estar do consumidor, no entanto, também pode ser assegurado pela presença do vendedor potencial. Não se trata, porém, de uma alternativa imediata que tenha o consumidor. O benefício que lhe traz o vendedor potencial é indireto, pois este servirá às pretensões do produtor estabelecido de aumentar os seus preços, já que a entrada de mais um concorrente no mercado significaria, certamente, a perda de uma parte da clientela para o novo vendedor, e provavelmente, preços mais baixos.

No mercado relevante de aços longos comuns, a insubstituibilidade de um produto pelo outro dificilmente constituiria um fator de exclusão da concorrência. Não obstante a segmentação do mercado em relação a cada um dos produtos, há uma certa integração das linhas de produção, que permite aos fabricantes de um produto, com alguma facilidade, mudar a sua linha, para atender a um outro segmento do mercado. Por isso, todos os fabricantes dos diversos produtos do mercado de aços longos devem ser incluídos no mesmo grupo de ofertantes.

Assim, entendo, como o ilustre Relator que, do lado da oferta, tais produtos estão reunidos num só mercado, que é o de aços longos, no qual deve ser avaliada a probabilidade que tem a adquirente BELGO de utilizar-se de posição dominante para aumentar o preço ou reduzir a produção.

Neste caso, as requerentes fizeram juntar um estudo da concorrência potencial por parte das empresas que atuam no setor de aços planos. Para produzir vergalhão reto ou em rolo, empresas como a Acesita, Villares e Mannesman gastariam cerca de um milhão de dólares, pois teriam de adquirir apenas certos maquinários.

(...)

Verifica-se, pois que a concorrência potencial encontra-se robustecida, pois grandes grupos de outro setor siderúrgico estariam aptos a entrar no mercado relevante, inibindo, assim, eventuais tentativas de abuso de posição dominante por parte das empresas estabelecidas.

(...)

O exercício da posição dominante em detrimento da concorrência dependerá, em boa parte, da facilidade ou da dificuldade do ingresso de novas empresas no mercado relevante. As barreiras de um mercado consolidam a posição dominante da empresa estabelecida, facilitando o exercício de sua aptidão de elevar preços para maximizar abusivamente os seus lucros. A concorrência potencial serve, assim, de freio à atuação abusiva da empresa estabelecida que detenha posição dominante, sendo, portanto, imprescindível sua avaliação, tanto pelo critério de entrada, quanto pelo de extensão ou de substituição da produção.”

7.No caso de aquisição da atual Kolynos do Brasil Ltda. pela Colgate Company (AC 27/95) do qual fui Relatora, aprovado por maioria sem condições no que concerne aos mercados relevantes de enxagüante bucal, fio e escova dental e sob condições no mercado de creme dental, foi parte integrante do voto vencedor exaustiva avaliação da estrutura de mercado e das barreiras à entrada, bem como do poder de mercado que a detentora da marca Kolynos passaria a deter no mercado de creme dental. É importante lembrar que a análise desenvolvida partiu de modelos teóricos que consideram que há duas fontes básicas de competição: os produtores existentes e os entrantes potenciais. Adicione-se que foi sobre esse acarboço teórico que o Colegiado balizou sua decisão concedendo à Empresa três opções, que em última instância visava eliminar as barreiras ao ingresso de novos concorrentes, criando um espaço capaz de estimular a entrada de novo “player”, o que significa nova capacidade instalada, novo investimento a ser introduzido no mercado. Nesse caso específico selecionei apenas alguns trechos do voto vencedor no que concerne às justificativas elencadas que balizaram as condições ofertadas à Empresa:

“(...) qualquer índice de concentração considera apenas a competição corrente, ignorando a potencial; desse modo, não pode dar conta do grau de competição, da rivalidade competitiva presente em uma determinada indústria. Outras informações são necessárias para levar em conta a concorrência potencial.”

(...)

“Muito embora a concentração de mercado não crie barreiras à entrada, ela aumenta os riscos e os custos de entrada no mercado. Os recursos em mãos da firma dominante para reagir à tentativa de entrada e manter sua posição de mercado são muito amplos, o que aumenta o custo e o risco de entrada e conseqüentemente inibe a entrada de novos competidores, posto que a entrada nesse mercado envolve consideráveis custos irrecuperáveis em propaganda e promoção.”

(...)

“As alternativas que envolvem licenciamento são menos custosas do ponto de vista privado e equivalentes à venda, do ponto de vista do efeito sobre a concorrência, mas no caso em questão, e se adotadas isoladamente, geram menos efeitos benéficos sobre a concorrência, posto que o licenciado deterá, com esforço relativamente pequeno de investimento, controle sobre parte substancial do mercado, dada a dimensão da capacidade produtiva e a força da marca KOLYNOS no mercado. Tampouco as alternativas da venda e do licenciamento 'tout court' são as mais adequada para estimular a entrada. Em ambos os casos, a marca dominante ainda estaria presente no mercado, inibindo a entrada. (...)”

“(...) é a suspensão voluntária do uso da marca KOLYNOS e suas extensões, inclusive do material de embalagem, promoção e propaganda associado, para a fabricação e comercialização de creme dental dirigidas ao mercado interno pelo período de quatro anos é a medida que considero justa para garantir que a operação não elimine a concorrência nem crie poder de mercado de tal envergadura que, por meio de seu comportamento estratégico, desencoraje a entrada de novos concorrentes e a autonomia decisória dos atuais participantes do mercado, além de eliminar substancialmente a dinâmica concorrencial do mercado. Ademais, o prazo pré-determinado de suspensão deverá ter, para eventuais concorrentes potenciais, o condão de emular a entrada rápida e eficiente, para que o(s) novo(s) concorrente(s) já tenham se viabilizado economicamente por ocasião do retorno, com certeza cuidadosamente preparado, da marca KOLYNOS ao mercado. Adicionalmente, a medida visa permitir o fortalecimento da posição das marcas de menor expressão já instaladas no mercado.”

A medida foi interpretada como servindo

“(...) melhor aos interesses do consumidor o estímulo à entrada de novos concorrentes do que a manutenção no mercado do perfil de marcas existentes, tendo sido a concorrência intermarcas praticamente eliminada do mercado.”

“A decisão de suspensão, como condicionante para a aprovação, não retira do mercado a empresa, mas sim determina que a proprietária das marcas, voluntariamente, não faça uso temporariamente de uma delas, de modo a evitar que a concorrência seja substancialmente eliminada do mercado, ao criar um “espaço vazio”, capaz de estimular a entrada de novos concorrentes. Novos concorrentes significa nova capacidade a ser instalada, novo investimento a ser introduzido no mercado. Nessa perspectiva, o desfazimento da operação assim como o licenciamento a terceiros da marca KOLYNOS seriam soluções do tipo second best, posto que concorrentes hoje potenciais entrariam comprando/licenciando ativos - inclusive a marca - já existentes e, por

isso, com um volume de investimento muito menor. Adicione-se que a introdução de nova(s) marca(s) no mercado revigorará a rivalidade competitiva no mercado e em maior escala do que se alcançaria com a entrada por meio da compra ou licenciamento da marca KOLYNOS.”

8.Recentemente esse Conselho aprovou por unanimidade operação realizada entre as empresas Electrolux Ltda. e Umuarama Participações e Administração de Bens S/A - Refripar (AC 71/96) nos mercados nacionais de refrigeradores, freezer, máquinas de lavar roupa, condicionadores de ar e fornos de microondas, note-se que os motivos que levaram esta Relatora a propor a aprovação pelo Plenário sustentaram-se no entendimento de que embora a operação realizada eliminasse a pressão competitiva representada pelo entrante potencial com posição de contestar o poder de mercado da empresa líder, em especial nos mercados de refrigeradores e freezers, havia entrada de um novo “player”, que incorporava estratégia agressiva de ocupação de mercado, o que deveria estimular a resposta de suas concorrentes. Assim a operação deveria contribuir para desenhar um novo cenário, de maior vigor concorrencial, nos mercados afetados. A concorrência potencial foi considerada elemento-chave para aprovação da operação, como podemos verificar:

“Nos próximos dois anos esse cenário pode alterar-se, uma vez que quatro novos fabricantes anunciaram sua entrada no mercado de refrigeradores e de freezers; a Bosch em parceria com a Siemens através da aquisição da Continental 2.001 e da Metal Frio; CCE em conjunto com a italiana Merloni Elettrodomestici (4º maior grupo Europeu) e a General Eletric em associação à Dako, tradicional empresa brasileira na linha de fogões. (...) Outra empresa que pode ser considerada um potencial entrante nesse mercado é a Sharp que vem se reestruturando para enfrentar a forte concorrência do mercado de eletrônicos, com planos de diversificar seus negócios passando atuar no mercado de eletrodomésticos pesado, sendo que a Sharp já conta com tecnologia japonesa para fabricação de seus produtos, o que pode vir a facilitar seu ingresso em novos mercados.

(...)

Ao adentrar o mercado brasileiro de lavadoras, refrigeradores, freezers, fornos de microondas e condicionadores de ar por meio da aquisição de uma empresa nacional, a Electrolux, em virtude de sua posição no mercado mundial, afetou consideravelmente a dinâmica concorrencial desses mercados, em particular eliminando o efeito positivo da concorrencial potencial mencionado acima.

No entanto, a concorrência efetiva não foi prejudicada, porque a entrada da Electrolux nos mercados em exame por um lado não gerou posição

dominante de difícil contestação e de outro deu-se em um momento em que outras empresas de grande porte internacional estão iniciando ou retomando investimentos no Brasil nos mesmos mercados. Acrescente-se que são mercados com grande potencial de crescimento, diante da existência de elevada demanda reprimida com alta elasticidade ao crédito, em um cenário de estabilização econômica.”

Estes são alguns dos exemplos em que a tese da concorrência potencial foi invocada para sustentar decisões que hoje conformam a jurisprudência do Cade.

3.Sobre os argumentos trazidos em favor da operação pelos pareceristas contratados, pelo BNDES e pelo voto de vista

Em 07/07/97 o BNDES apresentou nota técnica, em resposta ao Ofício Gb/Cade n. 841/97, de 30/06/97, recalculando cenários de expansão do mercado e simulações de possibilidade de entrada, em contraposição ao ponto de vista defendido pela Relatora. Em 08/07/97 a Antarctica através de seu procurador apresentou petição requerendo a juntada de pareceres dos professores Mario Luiz Possas, Luciano Coutinho e Elizabeth Farina/Paulo F. Azevedo¹⁰⁹ que, no entender da empresa, atestariam as eficiências geradas pela operação, além dos benefícios à concorrência e aos consumidores. Apresentou, na mesma data, memorial. Em 09/07/97 o Conselheiro Arthur Barrinuevo apresentou seu voto de vista ao processo, ocasião em que o Presidente do CADE, Gesner Oliveira, formulou o seu pedido de vista. Em 16/07/97, A Antarctica bem como a Anheuser-Bush apresentaram, através de seus procuradores, a disposição de aceitar as condições sugeridas no voto de vista já proferido para aprovação da operação, peticionando pela reconsideração dos votos já manifestados, em vista da documentação apresentada após iniciado o julgamento.

Trato em seguida dos argumentos apresentados em contraposição à fundamentação de meu voto. Os argumentos versam, essencialmente, sobre a definição do mercado relevante, o comportamento dos preços, as barreiras e condições de entrada, as tendências do mercado e a existência de concorrência potencial.

a) Mercado relevante

Os pareceres divergem quanto à definição do mercado relevante. Para Coutinho, na dimensão produto,

109 Citados neste aditamento como Possas, Coutinho e Farina.

“é pacífica a aceitação de que o mercado relevante nesse caso é o de cervejas, incluindo todos os seus segmentos”, pp 2. Do ponto de vista geográfico, afirma que “a extensão geoeconômica relevante é o mercado nacional.” *ibdem*.

Por seu turno, Farina propõe que:

“embora o mercado relevante seja nacional, a concorrência efetivamente se faz em nível regional.” (pp.1)

Para Possas:

“... as informações de natureza qualitativa apontam sem exceção para a existência de pelo menos dois mercados relevantes... na dimensão produto de cervejas premium e de cervejas comuns. (pp. 36)”¹¹⁰

Quanto à definição geográfica de mercado, Possas sustenta que não se pode descartar que o mercado seja internacional. Para sustentar essa hipótese diz que o fluxo de comércio não é prova da dimensão geográfica do mercado.

Como se vê, parece que a tarefa de definir o mercado relevante de uma operação, ponto de partida e etapa essencial da análise de seus impactos competitivos, não é trivial. Neste caso, três entendidos, esposando argumentos em favor da operação, indicam três caminhos distintos.

Na análise da estrutura de mercado concernente à operação, Possas acrescenta dois pontos importantes para o presente debate:

a) sustenta que a ausência de fluxo de comércio pode ser indicação de preços supranormais no mercado doméstico (pp. 38), o que é fator de atração de novos entrantes; e

b) demonstra que o mercado não concorre em preços, mas sim por diferenciação de produto, assinalando, inclusive, que em consequência da heterogeneidade do produto, os preços são eles mesmos um fator específico da própria diferenciação.

É interessante resgatar esse pontos do argumento para assinalar que pelas características próprias das estruturas de mercado como a aqui em análise, existem razões estruturais para supor a permanência de preços supranormais, que poderiam atrair novos entrantes. Da mesma maneira, é útil também reter a informação de que, antes de serem resultado do processo típico de es-

110 Lembra o professor (*ibdem*, nota 62) que “essa parece ser a visão do Conselheiro Arthur Barrinuevo explicitada em seu voto.” no caso *Brahma/Miller* Realmente, disse na ocasião, não tão longínqua, o Conselheiro: “Colocamos a hipótese de haver separação entre o mercado premium e comum, devido à alta diferença não transitória de preços (maior que 5% seguindo o *Merger Guidelines* de 1992) (...).”

truturas de mercado não concentradas ou de produtos homogêneos, nesse mercado, um oligopólio concentrado-diferenciado, os preços são, eles mesmos, fator de diferenciação.

De fato, é difícil entender, do ponto de vista conceitual, a existência de um oligopólio concentrado-diferenciado, com altíssimas barreiras à entrada, sem concorrente potencial, que fosse competitivo em preços!¹¹¹.

b) Preços

Farina mostra a evolução dos preços médios das cervejas. Percebe-se no gráfico constante à pp. 2 uma queda consistente dos preços apenas no período compreendido por outubro de 1995 a outubro de 1996. A partir daí há uma expressiva subida até abril de 1997.

Sem agredir a definição do padrão de competição no mercado atribuindo-lhe a concorrência em preços como elemento distintivo, é possível propor uma explicação mais verossímil e provável para esse comportamento dos preços, baseada em dois pontos:

a) a reação das líderes a um movimento hostil de expansão de empresas com menor participação no mercado (Kaiser e Schincariol) no segmento de preços mais baixos e,

b) a pressão competitiva das importações no segmento de preços mais altos, tudo em um contexto de expansão da demanda.

O primeiro fator de pressão sobre preços teria cessado quando os “agressores” atingiram sua meta de participação e/ou esgotaram os recursos destinados à guerra. A segunda fonte de pressão poderia ter cessado quando acordos celebrados entre as grandes cervejarias nacionais e estrangeiras estabeleceram áreas definidas de não competição. Uma vez acomodada a nova estabilidade oligopolista, o setor, que ampliou concomitantemente capacidade, retomou o nível de preços compatível com suas barreiras à entrada.

Estas hipóteses parecem ainda mais plausíveis observando-se o gráfico 2 (Anexo), construído para período mais longo.

Embora a comprovação de tais hipóteses demandasse informações e exercícios complementares, parece-me mais plausível do que admitir que uma estrutura do tipo da indústria brasileira de cerveja seja competitiva em preços. De qualquer maneira, tal demonstração não seria essencial para o argumento

111 É a hipótese apresentada pelo ilustre Conselheiro Barrinuevo, como se verá mais adiante

do voto. Basta admitir que nesse mercado a competição, essencialmente, não se dá via preços, como aliás ensina o professor Possas.

c) Barreiras à entrada, concorrência potencial e condições de entrada

Sobre o papel da capacidade produtiva como barreira à entrada, os pareceristas divergem radicalmente, como se vê:

Possas:

(...) todas as empresas (...) desejosas de atender à demanda futura, terão de investir na construção de novas plantas no futuro, de modo que as economias de escala não constituem uma vantagem decisiva por parte das empresas já estabelecidas vis a vis às potenciais entrantes. Em outras palavras, as economias de escala e a construção de novas plantas não são as principais barreiras à entrada na indústria de cervejas no Brasil. (pp. 29)”

Coutinho:

“Dispondo de capacidade ociosa para aumentar imediatamente o nível de suprimento dos mercados, com preços promocionais e disparando ofensivas de propaganda para reforçar as suas marcas, as empresas incumbentes tentarão estreitar o espaço de mercado que poderá ser conquistado pela empresa entrante.” (pp.8)

“Se necessário, as empresas incumbentes poderão ampliar o nível de capacidade ociosa planejada como sinalização inequívoca da sua determinação de deter a entrada. No caso do setor cervejeiro a significativa expansão recente da capacidade instalada e a existência de elevado nível de capacidade ociosa (estimada em torno de 30%) evidentemente fortaleceram a capacidade de reação dos incumbentes.” (ibdem)

Farina:

“(...) os investimentos em capacidade realizados pelas empresas brasileiras nessa década, reverteram uma situação de capacidade produtiva deficitária para outra de capacidade ociosa. Essas capacidade ociosa reforça barreiras à entrada, uma vez que reduz os custos marginais de expansão de oferta estabelecidas além de construir um incentivo para burlar a coordenação oligopolística.” (pp. 9)

Oferecendo os três pareceristas argumentos tão contraditórios entre si para a defesa da operação, seria interessante conhecer qual das opiniões as principais interessadas - as empresas em associação - esposam.

As barreiras comumente identificadas no mercado de cerveja, associadas à diferenciação de produto e distribuição, são tratadas de forma diferente pelos pareceristas. Vejam como Possas relativiza à pp. 29 as barreiras de

fixação de marca e constituição de rede de distribuição para o caso em questão:

“Vale notar que para as empresas já atuantes no mercado de cervejas,..., mas instaladas em outros mercados geográficos, o segundo obstáculo deve ser relativizado, sobretudo em um cenário de crescente globalização e para os segmentos do mercado de cervejas mais sofisticado – cervejas premium. Quanto à rede de distribuição, o nível das barreiras à entrada dependerá da estrutura do mercado varejista e da natureza das empresas distribuidoras. Em particular, a existência de uma cadeia de firmas distribuidoras independentes, de atuação no âmbito nacional e de porte econômico-financeiro razoável implica a redução significativa das barreiras à entrada para as grandes empresas cervejeiras já atuantes em outros países.”

Segundo Possas, a barreira representada pela marca neste caso não é significativa:

“em mercados como o de cervejas, em que os principais fatores que criam lealdade do consumidor à marca, mesmo longe de ser desprezível, pode ser mais facilmente posta em xeque pela concorrência em preços e pela promoção de outras marcas, o que constitui assim fator atenuante às consequências da publicidade sobre a intensidade das barreiras à entrada. (pp. 12)

A visão de Possas acerca da importância das barreiras é que elas são moderadas e relativamente baixas para um concorrente potencial do porte da Anheuser-Bush, exatamente o que afirmam os estudos sobre a indústria em geral citados em meu voto e literalmente o que é sustentado pela Relatora no caso em especial.

Quanto ao caso em particular, Possas observa:

“...Vale notar que as barreiras à entrada derivadas de vantagens absolutas de custo não podem ser consideradas elevadas para os concorrentes potenciais mais favorecidos, já que todas as empresas de grande porte detêm domínio tecnológico dos processos e produtos da indústria. Já as barreiras associadas à magnitude dos investimentos iniciais são consideráveis em função, sobretudo, dos gastos necessários com propaganda, criação de canais de distribuição e construção de novas plantas, na maior parte irrecuperáveis.” (pp. 30)

Possas lista as empresas que no seu entender são competidores potenciais no mercado (*ibidem*). Delas, lembro, quatro estão em associações com empresas brasileiras. Da lista de Possas restam apenas duas empresas de menor porte ainda não presentes no mercado brasileiro, o que, pelo critério norte-americano mencionado no voto, significa que parte substancial da concorrência potencial foi eliminada pela operação. Literalmente:

No nível internacional é importante destacar a existência de diversos grandes produtores de cervejas, além da Brahma e da Antarctica,... Tais fabricantes são empresas de grande porte econômico-financeiro, multinacionais, capacitadas em termos de domínio sobre as tecnologias de produto e de processo e, em vários casos, com marcas de reputação mundial, como, por exemplo, a Budweiser, a Miller, a Forster, a Heineken, a Carlsberg e a Guinness. Todas essas empresas, portanto, constituem potenciais competidores das empresas nacionais fabricantes de cervejas, apresentando condições semelhantes no que diz respeito à possibilidade de entrada no mercado nacional.” (grifo meu)

Coutinho apresenta visão diametralmente oposta. Para ele, a entrada de um novo concorrente é praticamente impossível, uma vez que entrada no mercado é bloqueada pela existência de sunk costs e pela reação das instaladas.

Por seu turno, Farina sustenta que, em geral, não existem barreiras à entrada, desde que se garanta o prazo necessário de ajustamento. Nesse caso, qualquer firma é concorrente potencial. Tudo é questão de tempo (pp. 11).

Farina considera que a associação Anheuser-Bush/Antarctica representa uma estratégia de superação de entrada em menor espaço de tempo possível. (pp. 12). Sendo assim, e em acordo com o assumido por esta Relatora em seu voto, a Anheuser-Bush é concorrente potencial da Antártica.

A associação, propõe Farina, amplia a concorrência no futuro, pelo ganho de conhecimento da Anheuser-Bush. Compartilho dessa opinião, desde que o conhecimento adquirido pela Anheuser-Bush seja posto a seu serviço no empenho da disputa competitiva. Daí a fixação de prazo para o término da associação, a partir do que a empresa constituir-se-á em novo player no mercado.

Ainda nesse tema, Farina afirma que, na prática, é muito difícil identificar-se exatamente quem é concorrente potencial. As barreiras à entrada e os elevados custos de saída tornam impotente a concorrência potencial para afetar a estratégia das firmas estabelecidas. Para a Professora, só existiria concorrência potencial em mercados perfeitamente contestáveis, quais sejam, aqueles onde não existem custos irre recuperáveis.

Em se aceitando a validade teórica do argumento, o que, além do caloroso debate acadêmico que suscita, parece não se sustentar no cotidiano da competição dos mercados, encontramos-nos diante de situação *suis generis*: deve-se examinar a possibilidade de rever todos os casos de concentração aprovados por este Conselho com base na tese de que a existência de concorrência potencial afetaria positivamente a estratégia das firmas estabelecidas. Do mesmo modo deve-se, adotada a premissa, tratar como maior cautela a

alegação do efeito positivo da possibilidade de entrada de novos competidores no mercado nos atos a serem futuramente apreciados.

Já para Possas, pela teoria da concorrência potencial percebida, a conclusão de que a eliminação de um concorrente potencial gera impactos competitivos exige que se demonstre que este concorrente estabelecia restrições à política de preços das instaladas.

É fato a pressão disciplinadora exercida pelas importações sobre a política de preços das empresas instaladas. Como exportadora para o Brasil, a Anheuser-Bush já há alguns anos anteriores à associação destacava-se com relação às demais por distribuir, através do contrato com a Arisco, a cerveja Budweiser com razoável grau de amplitude.

No caso específico, não há porque descartar-se essa hipótese da Anheuser-Bush ser percebida como concorrente potencial. As próprias tentativas anteriores de associação da Anheuser-Bush e o acordo de distribuição com a Arisco, que já significava sua presença no mercado, são demonstrações objetivas da possibilidade de entrada.

Como regra geral, pode-se admitir que o melhor indicador para se perceber a existência de concorrência potencial é observar o comportamento das empresas instaladas. Haverá entrada factível, no entendimento das empresas instaladas, se elas agirem de modo a evitar a entrada, especialmente através da redução de preços, aumento da capacidade e lançamento de novos produtos e marcas. Essa hipótese está longe de poder ser descartada no caso em questão, posto que esses fenômenos foram observados no mercado brasileiro nos últimos anos, conforme destacado no voto à pp. 36.

Possas à pp. 39 afirma que a aplicação da teoria da concorrência potencial efetiva

“ seria factível apenas se existisse algum dado factual de que a Budweiser estivesse implementando sua “entrada”... no mercado brasileiro, lacuna que não pode ser suprida por qualquer avaliação opinativa e especulativa de qual seria a estratégia global desta empresa.”

Em seguida, concorda que

“é fato que a venda de produtos importados no Brasil pode ser interpretada como uma indicação do interesse no mercado local, um primeiro passo em direção a uma presença efetiva no País, mas, sendo tal ilação correta, a conclusão inevitável é que várias empresas estrangeiras já estão neste estágio, de modo que a operação apenas elimina um dos vários novos concorrentes em processo de entrada.” (pp. 39/40)

Considerando a posição diferenciada ocupada pela Anheuser-Bush como exportadora para o Brasil, pelas razões mencionadas, e seguindo os

critérios apresentados por Possas, existem fatos a autorizar o uso da teoria da concorrência potencial no presente caso.

Já segundo Farina, existem sérias possibilidades de entrada efetiva. As vantagens geradas pela operação para o consumidor - disponibilidade de novas marcas e tipos de cervejas - só seriam obstadas por uma improvável política de conluio entre as empresa operantes no mercado e, literalmente

“(...) pela longa fila de grandes empresas de alimentos e bebidas alcoólicas e não-alcoólicas dentro e fora do país, além das cervejarias que ainda não operam no Brasil. Isto é se a simples existência de concorrentes potenciais com capacitação para entrar no mercado brasileiro não disciplina a estratégia das firmas estabelecidas devido à baixa contestabilidade do mercado, a entrada efetiva certamente desorganizará o hipotético conluio, ainda que se faça mediante a aquisição de uma cervejaria nacional.” (pp. 18)

Assim, para Farina não há concorrência potencial percebida, mas é fortíssima a concorrência potencial efetiva, ou seja a possibilidade de entrada de “n” novas competidoras.

Coutinho afirma que o uso do critério da concorrência potencial efetiva - que considera o único utilizado - requer comprovação rigorosa, objetiva e sólida. Incumbiria à autoridade antitruste provar que a entrada, além de viável, traria benefícios sob a forma de desconcentração e aumento da competição. O argumento é retirado da jurisprudência norte-americana, que do mesmo modo deixa claro que o ônus de provar que há eficiências é da empresa, se se considera que existe o risco de dano à concorrência. Onde prevalece a cultura da concorrência, o rigor é exigido sempre de ambos os lados.

O parecerista observa não ser viável outra forma de distribuição que não por meio de associação. O voto da Relatora reconhece perfeitamente que a chamada entrada hostil esbarra em sérias dificuldades, de onde a aprovação da operação por tempo limitado, tempo este considerado razoável para que a entrante supere as barreiras à entrada e constitua-se como efetivo player no mercado. Fosse a entrada hostil ou independente viável sem maiores qualificações, a operação teria sido simplesmente desautorizada, nos termos da lei.

d) Concorrência ex-post

Ao apresentar seu modelo heurístico, Farina sugere que não foi considerada pela Relatora a realização de outras alianças pelas empresas concorrentes. A insinuação não corresponde aos fatos, tal como se pode observar da seguinte passagem retirada da seção do voto em que procura analisar o significado da operação:

“O fenômeno (...) 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.” (pp. 37)

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 indicações 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.” (pp. 38)

“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 Anheuser-Bush 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”. (pp. 39)

Assim, a operação em tela foi analisada pela Relatora no contexto proposto por Farina, a de conformação de outras alianças.

O modelo desenvolvido por Farina demonstra, com a devida vênia, o óbvio: que diante da possibilidade e da realidade de que as empresas concorrentes realizem alianças, a melhor estratégia é a realização de alianças. O benefício privado oriundo da operação é evidente, de outro modo não seria realizada a operação. O que se pergunta a lei de defesa da concorrência é qual o benefício gerado para a sociedade pela operação como contraponto ao dano ou risco de dano à concorrência.

Um ponto a destacar é que não está em questão, ao contrário do afirmado por Farina (pp. 17), nenhuma decisão de agência de Defesa da Concorrência vetando joint-ventures. O que se discute é a aprovação com restrições em vista de não terem sido apresentadas eficiências suficientes para contrabalançar a perda de bem-estar da sociedade representada pelo dano à con-

corrência representado pela associação entre concorrentes, sendo uma instalada e outra potencial.

Outro ponto a destacar é o postulado e corolário apresentados no parecer: “Mostra-se assim que a Antarctica pode ter incentivos hoje para fazer uma joint venture que implicará a criação de um concorrente no futuro.”

Não há qualquer justificativa de ordem teórica ou empírica para sustentar o postulado de que a associação criará necessariamente um concorrente - ou seja, um player independente, capaz de alterar o jogo competitivo no mercado - O direito contratual da Anheuser-Bush ampliar sua participação acionária na Antarctica até algo próximo de 30%, assim como o caráter virtualmente permanente da associação, dois fatos da realidade e que compõe os autos, apontam na direção oposta. Ademais, não há sustentação para o corolário de que a concorrência aumentará no longo prazo por forma das associações.

Com respeito à este ponto da concorrência, ex-post a operação, as leituras dos pareceristas apresentam significativas diferenças, como se vê:

Possas:

“No caso sob exame, a hipótese de surgimento de comportamento colusivo é improvável, não somente porque se verifica intensa rivalidade oligopolística entre as empresas líderes, como também pela possibilidade de novas entradas por parte de outros competidores.” (pp. 50).

Coutinho:

“Existem, sim, fortes indícios de que a concorrência potencial é inexistente ou, na melhor das hipóteses, muito débil e incapaz de representar uma ameaça efetiva ao oligopólio instalado.” (pp. 15)

Farina:

“(...) os novos investimentos em capacidade, a agressividade crescente dos supermercados e a tendência de uso de marcas brancas, acenam para um mercado cada vez mais competitivo, onde a concorrência potencial se é impotente também não é necessária para garantir o vigor concorrencial.” (pp. 9)

e) Tendências do mercado

Neste aspecto, essencial para a análise das possibilidades de entrada no mercado, os pareceristas também divergem. Para Coutinho as tendências são claramente de retração. Para Farina, a expectativa é de crescimento do consumo, por meio da ampliação e segmentação do mercado. Para Possas, há uma firme e constante tendência de expansão desse mercado.

Com efeito, pelo parecer de Coutinho não restaria muita alternativa para a ação antitruste nesse mercado: o mercado está em retração a curto e médio prazo, existem fortes economias de escala nos planos produtivo e organizacional e as barreiras à entrada, especialmente devido aos custos associados à fixação de marca e à constituição de sistema de distribuição, são virtualmente intransponíveis. Já para Possas, há uma tendência de expansão do mercado da ordem de 3% ao ano, o que obrigaria todas as empresas, tanto as instaladas como as entrantes potenciais, a investir em capacidade para atender ao crescimento da demanda, o que relativizaria ainda mais a dimensão da barreira à entrada representada pela capacidade e escala.

De todo modo, o ponto a reter aqui quanto à relação entre capacidade instalada, economias de escala e crescimento da demanda é que qualquer exercício que tenha por objetivo estabelecer cenários para eventual entrada em um mercado, estará sempre sujeito a alguma discricionariedade e subjetividade na definição das hipóteses adotadas. Por maior que seja a variedade de cenários construídos e mais amplo o número de fatores levados em conta, nenhum cenário corresponderá à verdade futura revelada. Até por isso, é lícito admitir que o grau de crença e empenho nos diferentes cenários passíveis de construção varie conforme o interesse do analista.

Para a autoridade antitruste, entendo que os cenários tenham um papel acessório na formação da opinião sobre a questão em análise. É uma ferramenta a mais a serviço da análise técnica abrangente cabível à matéria. Não é um fim em si mesmo, mas algo que completa o conjunto de elementos levados em conta na construção da convicção do julgador.

No voto que proferi na operação em análise, por exemplo, julguei suficiente demonstrar que a hipótese de entrada no mercado era plausível a partir da comparação entre o tamanho do mercado, uma taxa razoável de crescimento e um tamanho de escala largamente admitido como eficiente. É claro que se o objetivo fosse definir as condições de lucratividade de uma entrada - aliás, assunto que envolve decisões de ordem estratégicas internas a uma empresa, já que ninguém pode assegurar qual a lucratividade almejada em uma entrada, nem o custo de entrada, representado pelo tempo e volume de prejuízos aceitos -, outros elementos deveriam ser considerados. Para o propósito do voto, entretanto, eram desnecessários. Para o argumento ali sustentado, bastava demonstrar que uma empresa não instalada no mercado poderia ser vista pelas instaladas com um concorrente potencial. Para sustentar este ponto, o exercício apresentado no voto é suficiente.

A questão da lucratividade da entrada no mercado é trazida pelos cálculos elaborados pelo BNDES.

O trabalho apresenta, contudo, algumas limitações em termos das hipóteses e metodologia utilizadas. De início, o prazo previsto de retorno do investimento - 5 anos para a recuperação do capital investido - é extremamente curto. A rigor, em exercícios dessa natureza, o período de retorno do capital é a variável resultante. Em geral pergunta-se quanto tempo levaria para que o investimento retornasse em função de alternativas de taxas de crescimento do mercado, dos custos, da taxa de lucro desejada etc.

Outras hipóteses são também parecem bastante limitativas. Estima-se em R\$ 20 milhões as despesas para fixação de marca por ano, ou seja, 100 milhões em 5 anos. Parecem números muito expressivos para uma despesa de entrada, mesmo porque se supõe que uma estratégia realista de entrada visaria, inicialmente, participação não muito expressiva, gradativamente crescente, em segmentos do mercado e com localização geográfica (regional) definida.

O mesmo vale para as despesas com distribuição, estimada em R\$ 50 milhões, no cenário 3. Não está claro se esse valor corresponde a uma despesa anual permanente - que seria claramente um exagero - ou são recuperadas em um ano - o que igualmente é um exagero.

Presume-se que cada cenário corresponda a um ano. De qualquer maneira, no cenário 1, que só não apresenta despesas de distribuição, a entrada seria lucrativa já no primeiro ano. Para que isso acontecesse, a participação de mercado necessária, aos números de 1996, seria de 2,42% e em 1997, 2,09%, o que não são números absurdos, ainda menos se o prazo admitido para retorno do investimento for maior.

Adicionalmente, se a potencial entrante tem “bolso profundo” - como é o caso, em vista do porte da Anheuser-Bush - são o tamanho do mercado e sua projeção de crescimento as variáveis-chave para se considerar se é plausível admitir-se a factibilidade da entrada.

Os cenários apresentados pelo BNDES mostram, uma vez retiradas suas hipóteses mais restritivas, que é plausível admitir a possibilidade de entrada. Tal conclusão o exercício simples apresentado no voto desta Relatora já demonstrara.¹¹²

Em resumo: os cenários apresentam hipóteses muito restritivas e mesmo assim não sustentam a hipótese de que a entrada não seria possível. Para fundamentar o argumento do voto, bastaria que a entrada fosse plausível, o que o exercício inicial já havia demonstrado sem grandes esforços.

112 Por não ser fundamental à discussão, noto lateralmente que é curiosa a alegação de Coutinho de que para demonstrar a dificuldade de entrada seria necessária a realização de complexas simulações; lamentavelmente o parecerista privou-nos dessas informações, no seu entender cruciais.

f) Sobre o voto de vista

O ilustre Conselheiro Arthur Barrinuevo trouxe alguns elementos em seu voto que merecem considerações específicas.

No ponto 9 afirma que não há informação que possibilite discutir a possibilidade de segmentar o mercado de cervejas em comum e premium e que não existem referências sobre a elasticidade cruzada entre este tipo de cerveja. Lembro que a seção sobre mercado relevante de produto de meu voto trata justamente desta questão, amparando-se em uma série de estudos existentes sobre o mercado de cerveja, que indicam que a delimitação adequada é a de mercado de cervejas como um todo, entendida a segmentação como estratégia de concorrência em mercado dessa natureza¹¹³. Quanto à discussão metodológica, considero ocioso repeti-la neste aditamento.

No ponto 11 o Conselheiro afirma que aceita provisoriamente o mercado de cervejas indiferenciado, enquanto em voto proferido em caso similar uma semana antes, indicara ser a segmentação necessária para a delimitação de mercado. Como a delimitação do mercado relevante é o ponto de partida da análise de concorrência, considero que a hesitação manifestada diante da tarefa de definir o mercado relevante para a análise antitruste. - em que pesem todas as razões de ordem empírica e teórica que transformam tal tarefa em algo não trivial -, prejudica o rigor e a fundamentação da análise.

As considerações feitas nos pontos 16 e 17, que sugerem uma aparente contradição sobre a natureza e a expressão da concorrência no mercado de cerveja, merecem alguns comentários. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que as características estruturais do mercado de cerveja implicam que a concorrência aí se dá, predominantemente, através da diferenciação de produto. Características também de natureza estrutural desse mercado, comentadas

113 É a seguinte a passagem do voto que elucida esta questão: “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 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.” (pp. 16)

largamente em meu voto¹¹⁴ implicam que a lealdade do consumidor à marca - objetivo da estratégia de diferenciação - precisa ser construída dia a dia, através do investimento em imagem, é dizer, em propaganda. Ao contrário do que ocorre em outros mercados de bens diferenciados, a lealdade nesse mercado é frágil, o que significa que a demanda é menos inelástica do que o seria se a assimetria de informações entre consumidor e produtor fosse tão radical a ponto de tornar a marca - por força da propaganda e da tradição - um condicionante absoluto da decisão do consumidor. A subjetividade do gosto é elemento crucial na relação entre consumidor e bem no mercado de cerveja; por isso a disposição do consumidor de experimentar outras marcas, sobretudo se oferecerem vantagens adicionais como menor preço. Isso significa menor lealdade à marca e demanda mais elástica do que os fabricantes certamente gostariam que fosse. A concorrência em preços definitivamente não é a forma de concorrência prevalecente nesse mercado. Isto não significa dizer que a resposta em preços a uma ameaça ou efetivamente à entrada de novo(s) competidor(es) não seja uma das armas a serem utilizadas como resposta das firmas instaladas. É justamente porque esse mercado não é estruturalmente bloqueado ou, nos termos de Joe Bain, as barreiras são do tipo moderado, é que as empresas instaladas são levadas a estabelecer estratégias impeditivas de entrada, no que se inclui a possibilidade de queda de preços. Daí a dizer que o mercado é concorrencial - além de ter a entrada bloqueada por barreiras intransponíveis - e que é fortemente competitivo em preços, vai uma longa distância.

O gráfico 3 (Anexo) descreve a trajetória das políticas de preços adotadas pelas principais cervejarias brasileiras nos últimos 5 anos. O resultado obtido nada apresenta de surpreendente, ao contrário, é perfeitamente compatível com os supostos teóricos de comportamento de preços em oligopólios diferenciados-concentrados. Como demonstra o quadro 1, é evidente a elevada correlação entre os preços das cervejarias e sua estabilidade em torno a um padrão, expressões da interdependência oligopolista e da ausência da concorrência por preços. Mesmo a política de “down-pricing” da Schincariol - e da

114 “Um aspecto importante a considerar para entender a mobilidade e a rivalidade que caracteriza esse mercado é a alta elasticidade cruzada entre as cervejas, o que indica uma lealdade à marca relativamente fraca - em parte pela dificuldade que encontra o consumidor de diferenciar efetivamente a cerveja 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 vantagem, por serem capazes de realizar economias de escala em promoção e propaganda.” PP. 23.

Kaiser a partir de 1996 - denota correlação com os preços praticados pelas empresas líderes e estabilidade em torno de um padrão¹¹⁵.

No ponto 18 o Conselheiro diz ter sido desconsiderada a tendência de redução de participação de mercado da Antarctica e da Brahma/Skol. Ora, o ponto não apenas foi ressaltado quando se mencionou o revigoramento concorrencial desse mercado fruto da mudança institucional representada pelo fim do controle de preços e pela abertura comercial como reflete a possibilidade de entrada nesse mercado, em oposição à idéia de que a entrada seria bloqueada, de acordo com o parecerista Coutinho, citado com frequência pelo Conselheiro, e pelos cenários construídos pelo BNDES.

No ponto 21, é desenvolvida a idéia de que a associação é muito benéfica para as empresas, citando uma reportagem do Financial Times, menciona que elas têm muito interesse de ganhar dinheiro. Ora este é um ponto absolutamente consensual, que ninguém parece ter a audácia de discutir, qual seja, se as empresas estão ou não perseguindo corretamente o seu interesse privado. Diria também que é um ponto ocioso, porque não é tarefa da política de concorrência ensinar às empresas como devem perseguir seus interesses. A questão é como adequar tal interesse ao interesse público inscrito na lei¹¹⁶.

Quando discute o ponto 26, o Ilustre Conselheiro apresenta os custos de montagem de uma rede de distribuição nacional, que para a Antarctica representa 15.000 veículos e investimento total de US\$ 1 bilhão. Com a devida vênia, trata-se de argumento inteiramente falacioso, porque o custo médio de entrada não é nem teórica nem empiricamente igual ao custo médio de longo prazo. O não reconhecimento de tal evidência só pode ser atribuída à necessidade de rebater, sofisticadamente, eu diria, a fundamentação do voto da Relatora quanto à possibilidade de transposição por parte de empresa do porte da Anheuser-Bush das barreiras à entrada identificadas.

A utilização no ponto 30 do exemplo da dificuldade da Pepsi-Cola de se estabelecer no Brasil como evidência da impossibilidade da Anheuser-Bush constituir rede de distribuição tampouco encontra fundamentação teórica. Em primeiro lugar, a Baesa, distribuidora da Pepsi-Cola é um conhecido case em estudos de Business de ineficiência administrativa. É aliás um bom exemplo de como a construção de eficiência e vantagens competitivas depende em grande parte de atributos próprios à empresa, sua organização e interação com o ambiente em que opera, o que inviabiliza as generalizações apres-

115 Estabilidade entendida em termos reais. O gráfico é construído a partir de preços nominais em dólares.

116 Tratei de forma pormenorizada deste ponto na introdução ao voto.

sadas dos resultados de um caso. Por outro lado, poder-se-ia fazer considerações sobre o sabor da Pepsi-Cola e sua aceitação pelo gosto do consumidor médio brasileiro, em substituição a seus produtos concorrentes. Para apresentar um contra-exemplo, que fortalece essa última hipótese, a Diet-Coke, não obstante toda a estrutura de comercialização e propaganda da Coca-Cola, está saindo do mercado tanto aqui quanto no resto do mundo, provavelmente por questões relacionadas a sabor e aceitação por parte do consumidor.

No ponto 32 é criticada a hipótese apresentada no voto da Relatora à pp. 48 quanto à disponibilização de expressivo número de distribuidores, devido à reestruturação de suas redes que vem sendo promovida pela Braham, Antarctica e Coca-Cola. Não se trata a rigor de uma hipótese, mas de um fato. Postula em contraposição que esses “distribuidores” disponíveis (com as aspas no original) são apenas ex-pequenos distribuidores regionais, sem ativos e que estão mudando de setor. Como não se seguiu ao postulado a apresentação de evidências que o comprovassem, ou, de outra forma, dificultassem sua falsificação, mantenho o ponto apresentado em meu voto até que sejam apresentadas evidências em contrário.

Nos pontos de 37 a 40, o Conselheiro parece querer discutir a noção de que a diferenciação gera barreiras à entrada. Não é clara, porém, a intenção. Se é discutir a teoria de organização industrial, se é minimizar a importância da barreira representada pela marca ou se é trazer à discussão o ponto de que o que é reconhecido na literatura como barreira à entrada é em realidade expressão de eficiência econômica. Este último argumento fundamenta-se no chamado New Learning e se for este o ponto que pretendia fazer o Conselheiro, seria interessante que o fosse de forma mais clara e articulada, para que fosse apropriadamente debatido. Sem dúvida enriqueceria muito o debate neste Plenário, ou para usar o vernáculo em moda na Casa, contribuiria de muito para adensar o debate.

No ponto 49 afirma-se que no exercício de entrada apresentado pela Relatora não se considerou a capacidade produtiva já existente ou em construção. Ora, o singelo exercício pretendeu apenas verificar a viabilidade de expansão de oferta diante de perspectivas de expansão de demanda, seja tal expansão realizada por empresas instaladas como estratégia de impedimento de entrada, seja como resultado de nova entrada. Parece suficientemente claro o ponto para exigir maior detalhamento. Quanto à suposta “não referência” à reação das empresas estabelecidas à entrada, apesar de ter citado o modelo de preço limite, esclareci, em meu entender de maneira suficiente, que o ajuste à nova posição de equilíbrio dar-se-ia via preços, ou seja, por meio da resposta agressiva das instaladas de manter produção/capacidade e baixar preços. Digamos de passagem que parece ter sido justamente o ocorrido quando da ex-

pansão da Schincariol e da Kaiser, iniciativa respondida pelas empresas líderes com agressiva resposta em preços, hipótese interpretativa que se propôs para o comportamento dos preços apresentados no parecer de Farina e discutidos à pp. 17 e 18 deste aditamento.

Quanto à viabilidade de aplicação da doutrina da concorrência potencial nos termos sugeridos por Hovemcamp (1994), entendo que todas as condições ali referidas estão presentes e exaustivamente discutidas ao longo de meu voto e deste aditamento, de modo que faço meus os termos dos pontos 57 e 58 do voto do Conselheiro Barrinuevo¹¹⁷. A divergência básica parece ser que o Ilustre Conselheiro considera o mercado de cerveja no Brasil um exemplo de mercado competitivo - não obstante a entrada bloqueada - enquanto que em meu entender trata-se de um oligopólio concentrado diferenciado, com barreiras à entrada de nível moderado. Para tanto utilizo a terminologia e a conceituação desenvolvidas por Possas (1986) e Bain (1956)¹¹⁸.

Quanto à alegação de ser duvidosa a aplicação da doutrina da concorrência potencial efetiva ao caso brasileiro, apresentada no ponto 59, posto que se o ato não prejudica a concorrência sequer deveria ser submetido à apreciação do CADE decorre tão somente da hipótese de que o mercado é competitivo e, portanto, não haveria efeito sobre competição potencial a ser considerado. Como discordo da hipótese, o mesmo se segue quanto ao corolário.

Já no ponto 64, as evidências são justamente contrárias às sugeridas ali. Como mencionei mais acima, há evidências de que a Anheuser-Bush era percebida pelas firmas instaladas como competidora potencial.

Mantendo os termos conjecturais propostos no ponto 67 sobre quais seriam os impactos se a entrada tivesse se dado de forma independente, o impacto da entrada da Anheuser-Bush não se mediria unicamente pela sua participação inicial de mercado, mas pela forma como os demais participantes

117 -São os seguintes os termos de Hovemkamp: “Primeiro o mercado alvo deve ser concentrado e deve parecer conduzir à precificação oligopolista. Segundo, a firma adquirente deve ser o único potencial entrante percebido ou o número de entrantes potenciais percebidos deve ser suficientemente pequeno para que a eliminação da firma adquirente afete o preço. Finalmente, a aquisição não pode, ele mesma, aumentar a competição no mercado alvo, ou a doutrina seria contraprodutiva (...) Se o mercado já se comporta competitivamente, a presença de um competidor potencial não terá efeito sobre produto e precificação no mercado. (Hovemcamp, H. Federal Anti-trust Policy: The Law of Competition and its Practice, Boston: Little Brown and Co., 1994.

118 Mario Possas, Estruturas de Mercado em Oligopólio, Hucitec, São Paulo, 1986. e Joe Bain, Barriers to Entry, Harvard University Press, 1956.

reagiriam à entrada, assim como pelo aporte de recursos de diversas naturezas que traria ao mercado, ou seja, o impacto seria proporcional ao redesenho do jogo concorrencial aí.

g) sobre a existência de fatos novos a serem considerados

1) A Requerente Antarctica, em 08/07/97, apresentou documentação referente ao programa “melhores praticas”.

Textualmente, a empresa alega que:

“Não existe limite de término de sua concessão, pois as melhores práticas são permanentemente modificadas, com o surgimento de tecnologias e pelo investimento em pesquisas.”

A afirmação contradiz o depoimento da empresa anteriormente em resposta à diligência em audiência de instrução realizada neste CADE em maio de 97. Não foi, porém, seguida de evidências acerca da existência de projetos de transferência de tecnologia e de investimentos em pesquisa a serem compartilhados entre as associadas.

É inegável que a associação implicará ganhos recíprocos para as associadas, diante do diferencial de conhecimento que possuem, de um lado, de técnicas organizacionais e, de outro, do mercado brasileiro. Todavia, não foram apresentadas evidências quanto a redução de custos e ganhos de produtividade. Tampouco buscou-se comprovar que esses ganhos, após 18 meses de associação, foram revertidos, ou possam vir a se reverter, em benefícios para o consumidor. Deve-se lembrar que, ao contrário, as informações sobre preços trazidas aos autos tanto no parecer de Farina, como as apresentadas por esta Conselheira, mostram não ter havido significativa alteração no comportamento dos preços praticados no mercado interno que possa levar a essa conclusão.

2) Da mesma forma, quanto à alegação de melhor uso da capacidade instalada e rede distribuição da Antarctica ao produzirem a cerveja da Budweiser, além de não haver qualquer informação quanto às economias de custos realizadas, não há indicações de que eventuais ganhos obtidos tenham se revertido ou possam vir a se reverter em benefícios a serem compartilhados entre as associadas e os consumidores.

3) Merecem comentários dessa Relatora as alegações das Requerentes de que a associação proporciona importante benefício para o país, notadamente pela possibilidade de aumento das exportações da cerveja Rio Cristal. Cabe salientar que não foi apresentado plano de exportação algum; não há indicações que permitam concluir que a associação resultará em benefícios

aos consumidores, tais como um efeito positivo sobre balança comercial, que viessem a compensar os efeitos anticompetitivos da operação.

4) Finalmente quanto à afirmação das Requerentes de que aceitam a proposta do ilustre Conselheiro Arthur Barrinuevo, permito-me lembrar que a respeitável proposta é fundada em premissas rigorosamente diversas das que baseiam meu juízo, a começar pelo entendimento acerca do funcionamento do mercado de cervejas brasileiro. Assim, não decorreriam logicamente dos pontos discutidos nem em meu voto nem neste aditamento, não sendo portanto suficientes para a aprovação da operação.

Conclusão

O voto proferido por esta Relatora em 18/06/97 apresenta uma argumentação muito simples: O AC 83/96 envolve a associação entre duas concorrentes, com a especificidade de serem, de uma lado, uma empresa instalada e, de outro, uma concorrente potencial; gera dano à concorrência ao eliminar o efeito correspondente ao papel exercido de concorrente potencial, fortalece a posição de mercado da empresa instalada e inibe novas entradas. Como tal, requer a demonstração de eficiências compensatórias e benefícios compartilhados.

Quanto à percepção da Anheuser-Bush como competidor potencial, lembre-se que sua presença no mercado através do acordo de distribuição com a Arisco da cerveja importada a destacava com relação às demais cervejas importadas.

Neste aditamento, lembrei que o melhor indicador para se perceber a existência de concorrência potencial é o comportamento das empresas instaladas. Haverá entrada factível, no entendimento das empresas instaladas, se elas agirem de modo a evitar a entrada, especialmente através da redução de preços, aumento da capacidade e lançamento de novos produtos e marcas. Tais fenômenos foram claramente observados no mercado brasileiro nos últimos anos.

Já a característica de concorrente potencial efetivo da Anheuser-Bush é evidenciada por sua presença anterior no mercado brasileiro através da distribuição da Arisco, a tentativa anterior de realizar associações com concorrente da Antarctica, sua posição no ranking mundial, suas vantagens competitivas de escala ao nível da firma, de eficiência, de propaganda e controle sobre marcas e sua estratégia de expansão mundial o que, em conjunto, é demonstração objetiva da possibilidade de entrada.

O exercício sobre possibilidade de entrada propôs-se a mostrar a factibilidade de entrada a partir das variáveis-chave fundamentais: tamanho de mercado, perspectivas de expansão e compatibilidade com escala eficiente mínima. Tal factibilidade foi demonstrada. Quanto às barreiras à entrada associadas à marca e à distribuição, pelas razões expostas em meu voto e ratificadas pelo parecer do professor Possas, não há como supor - teórica e empiricamente - que tais barreiras bloqueiem a entrada da Anheuser-Bush no mercado brasileiro e inviabilizem a sua operação como efetivo e novo player nesse mercado após o período adicional de dois anos definido para a associação com a Antarctica. Lembre-se que a associação data de 16/2/96, de modo que o processo de aprendizado e troca de experiências mútuas, identificado pela Relatora como uma “eficiência” da operação, já está em andamento há cerca de 18 meses.

Parafraseando o professor Possas quando comenta a estratégia adotada pela Anheuser-Bush com respeito ao mercado brasileiro a estratégia pode ser pró-competitiva¹¹⁹ desde que reflita a entrada efetiva do competidor potencial no mercado nacional de cervejas. É justamente esta reflexão que corresponde às eficiências que necessitam ser demonstradas. Resgatando o ponto teórico de Possas à pp. 5, para que a entrada verdadeiramente se caracterize

“(...) é preciso que a entrada, por definição, envolva um comprometimento estrutural e portanto estrategicamente irreversível – donde resulta sua credibilidade --, do referido entrante potencial com a tentativa futura – após a entrada - de manter sua posição e rentabilidade.¹²⁰”

Com alterações que caracterizem o comprometimento da A-B com a entrada efetiva, é possível que a operação apresente efeitos pró-competitivos. Tais alterações garantiriam a constituição da Anheuser-Bush como novo player no mercado. Seguindo Possas, só terá entrado efetivamente em um mercado diferenciado uma empresa que tenha efetuado investimentos suficientes em ativos relativos à fixação de marcas à comercialização e à distribuição. São os investimentos com características de comprometimento estrutural que cabe considerar. Lembro que tais investimentos requerem um apoio concreto em produção e tecnologia, posto que não podem se sustentar “no ar”. A associação entre as duas empresas é sem dúvida um ponto de partida para a provisão dessa “base material” de operação do novo player no mercado.

119 A expressão utilizada por Possas é “posto que reflete”.

120 Como bem lembra o professor Possas, este é o sentido da noção de “committed entrants” adotado pelo Guidelines das agências norte-americanas.

Na medida em que os novos elementos trazidos ao conhecimento do Plenário, uma vez iniciado o julgamento, não lograram alterar o entendimento da Relatora acerca do significado e impactos da operação, assim como não demonstraram a geração de eficiências e benefícios compartilhados que tornariam a operação passível de aprovação sem restrições, mantenho minhas razões de decidir para aprovar a operação com as restrições definidas no voto proferido em 18/06/97.

Reafirmando os termos proferidos no meu voto em 18/06/97, entendo que a operação, da forma realizada:

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.

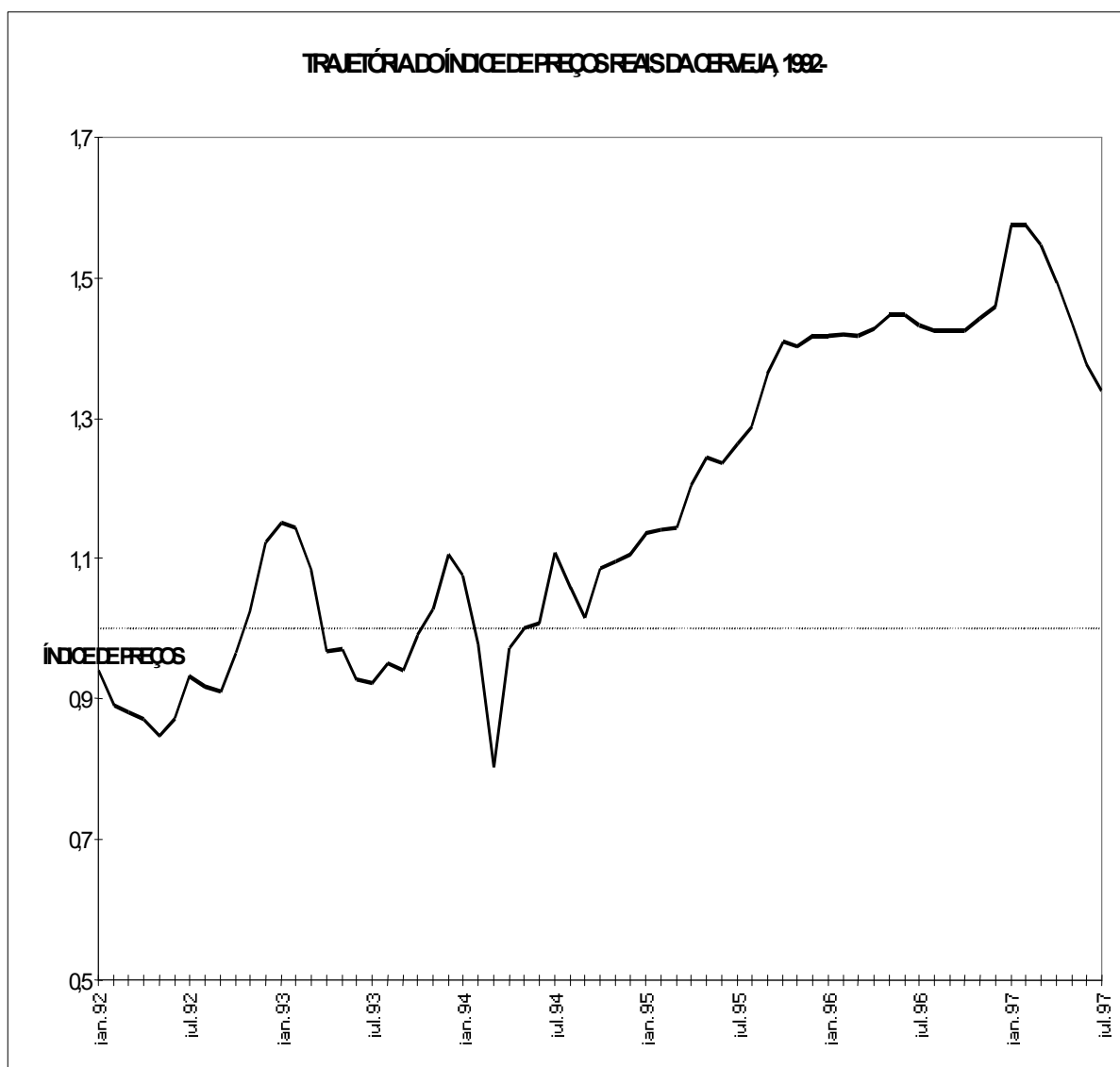
Em síntese, considero, no que respeita ao conjunto de eficiências alegadas, compreendendo os benefícios a serem apropriados pública e privadamente que a operação se por um lado demonstra a sua racionalidade econômica, ao minimizar custos e reduzir os riscos e incertezas associados à entrada em novo mercado, 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.

A associação entre a Antarctica e a Anheuser-Bush, na forma apresentada ao CADE, não atende às condições previstas no § 1º do art 54 da Lei 8.884/94.

Interpretando a petição apresentada pelas Requerentes em 18/07/97 como manifestação do desejo de fazer uso do direito ao pedido de reapreciação previsto no art. 27 da resolução nº 5 de 02.09.96 da decisão por este Plenário, lembro, por oportuno, ser necessário o redesenho da operação, para que as eficiências potencialmente compensatórias sejam geradas ou mesmo que a operação venha a apresentar características pró-competitivas, nos termos previstos na lei.

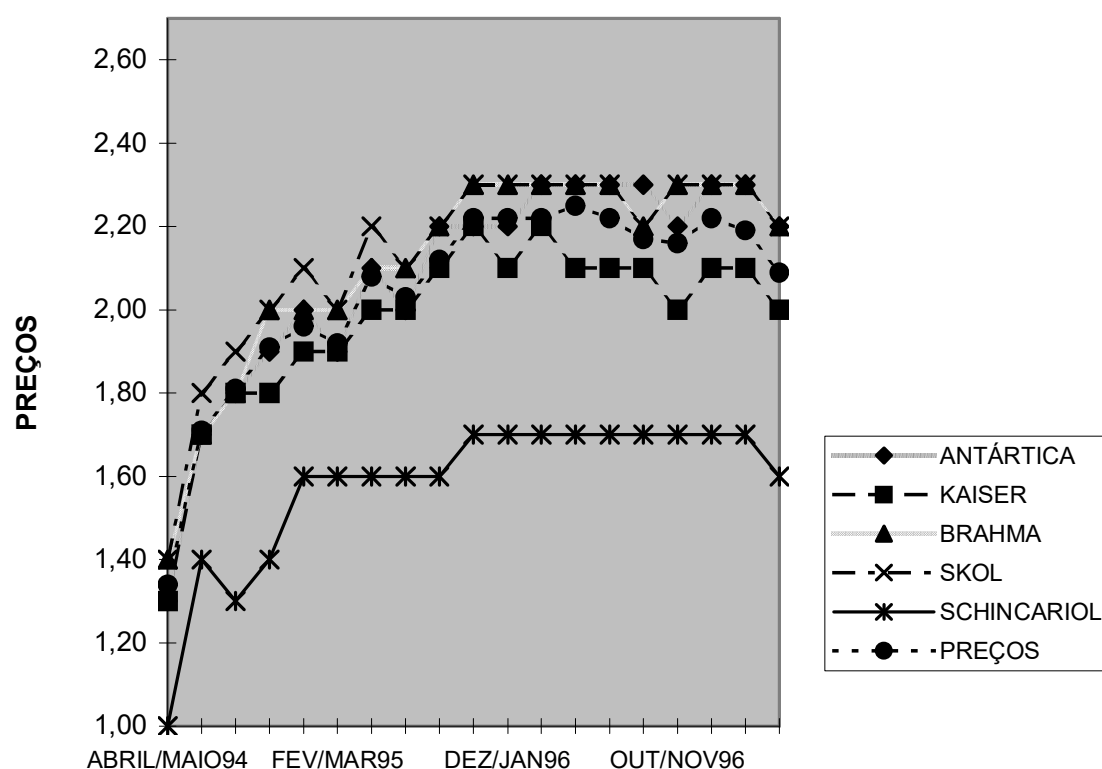
Com estas considerações confirmo meu voto anterior que ora adito.”

“ANEXO



Fonte: IPC/FIPE, Base Mensal

TRAJETÓRIA DOS PREÇOS MÉDIOS PONDERADOS DE CERVEJAS POR EMPRESA, 1994-97



Fonte: A Nielsen

TABELA 1
CORRELAÇÃO DOS PREÇOS MÉDIOS PONDERADOS POR LITRO DE CERVEJAS
Abril/94 A Maio/97

CORRELAÇÃO	EM %					
	ANTÁRTICA	KAISER	BRAHMA	SKOL	SCHINCARIOL	PREÇOS
ANTÁRTICA	1,00	0,96	0,98	0,98	0,94	0,99
KAISER	0,96	1,00	0,96	0,97	0,95	0,98
BRAHMA	0,98	0,96	1,00	0,99	0,95	0,99
SKOL	0,98	0,97	0,99	1,00	0,96	0,99
SCHINCARIOL	0,94	0,95	0,95	0,96	1,00	0,96
PREÇOS MÉDIOS	0,99	0,98	0,99	0,99	0,96	1,00

Fonte: AC NIELSEN"