

# REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA  
JURISPRUDÊNCIA  
LEGISLAÇÃO***

***volume 4 número 5***

**I  
B  
R  
A  
C**

*DOCTRINA*  
*JURISPRUDÊNCIA*  
*LEGISLAÇÃO*

São Paulo

1997

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE  
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121  
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel.: (011) 872 2609 / 263 6748  
Fax.: (011) 872 2609

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: mensal

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

CDU 339.19 / 343.53

## SUMÁRIO

### DOCTRINA

#### ADMISSIBILIDADE DE ATOS QUE LIMITAM A CONCORRÊNCIA

|                                               |   |
|-----------------------------------------------|---|
| <i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i> ..... | 5 |
|-----------------------------------------------|---|

### JURISPRUDÊNCIA

|                                                                                                                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 83/96 - COMPANHIA ANTÁRTICA PAULISTA<br/>INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS E CONEXOS, ANHEUSER BUSH<br/>INTERNATIONAL INC. - ABII, ANHEUSER BUSH INTERNATIONAL<br/>HOLDING INC. - ABIH</b> ..... | 37 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ACÓRDÃO .....                                                                    | 37  |
| RELATÓRIO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA .....                      | 39  |
| VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA SALGADO E<br>SILVA .....               | 49  |
| VOTO DO CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO .....                                  | 91  |
| VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA .....                                  | 101 |
| VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO .....                              | 105 |
| VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO FILHO .....                               | 107 |
| VOTO DO PRESIDENTE GESNER OLIVEIRA .....                                         | 131 |
| ADITAMENTO AO VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA<br>SALGADO E SILVA ..... | 200 |
| ADITAMENTO AO VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO<br>FILHO .....              | 235 |
| ADITAMENTO AO VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS<br>CASTRO .....             | 243 |

|                                                                    |     |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC</b> ..... | 245 |
|--------------------------------------------------------------------|-----|



## **DOCTRINA**



## ADMISSIBILIDADE DE ATOS QUE LIMITAM A CONCORRÊNCIA

JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA

Professor Titular de Direito Econômi-  
co da Faculdade de Direito da  
U.F.M.G.

Os atos de concentração, com a consequente formação de um poder econômico privado, podem ser vistos sob dois ângulos: primeiro como um fato benéfico e por vezes necessário, e, em segundo lugar, como um fato nocivo às relações de mercado. Na primeira hipótese fala-se em **admissibilidade** dos atos de concentração, no segundo, de ilicitude.

O problema da admissibilidade de atos que possam limitar a concorrência nos lembra a observação de Gérard Farjat, segundo a qual a característica fundamental das **leis antitruste** é que elas, no artigo primeiro, condenam os atos atentatórios contra a concorrência, e, no artigo segundo, admitem todos esses atos <sup>(1)</sup>. Encontramo-nos, assim, perante dois direcionamentos antitéticos em que se proíbem atos que diminuam ou restrinjam a concorrência, ou tendam a eliminá-la, e em que, ao mesmo tempo, tais atos são admitidos ou até mesmo incentivados e estimulados.

Devemos refletir sobre a possibilidade de encontrar um critério, ou vários, para dar solução adequada a esse dilema.

Não podemos esquecer que a finalidade das normas contidas numa lei antitruste é a de garantir o funcionamento do mercado. Admite-se que num contexto de mercado exista a possibilidade de nele entrarem todos quantos queiram fazê-lo, de nele atuarem livremente todos aqueles que assim queiram agir, de dele saírem todos os que desejem assim agir. O conceito de mercado pressupõe liberdade de agir e uma liberdade que atinja todos indistintamente. Acredita-se que o mercado seja a fonte de leis que levem a um equilíbrio indefectível <sup>(2)</sup>.

---

1 . Droit économique, 1982, p. 470.

2 . Como ensina ERNEST GELLHORN, "the antitrust laws are designed to control the exercise of private economic power by preventing monopoly, punishing cartels, and otherwise protecting competition. See *Standard Oil Co. v. FTC*, 340 U.S. 231, 249 (1951). Competition is relied upon as the principal mechanism of control. It is generally agreed that the primary goal of antitrust is to increase consumer welfare by



AS NORMAS DO DIREITO NORTE-AMERICANO: O SHERMAN ACT e o CLAYTON ACT: campanha presidencial de Theodor Roosevelt.

O intuito de aprovação do Sherman Act foi o de prover as Cortes de subsídios para decidir uniformemente as questões de combinações. Este diploma legal não foi um rompimento com o passado, mas foi fruto do desejo de se cristalizarem as decisões que já vinham sendo dadas pelo Common Law. Assim é que o Senador Sherman afirma que o propósito dessa lei foi o de propiciar a aplicação dos mesmos remédios que vinham sendo aplicados em cada Estado contra as combinações <sup>(3)</sup>.

---

assuring that markets remain open to entry and that output can expand - thus to maximize national wealth. Whether antitrust also serves to promote equality of business opportunity, the just distribution of goods, or other social or political goals is a matter of intense debate” (Antitrust Law and Economics, 3d. ed., 1986, p. 1).

3 . The purpose of this bill is to enable the courts of the United States to apply the same remedies against combinations... that have been applied in the several States... It aims at unlawful combinations. It does not in the least affect combinations in aid of production where there is free and fair competition.

This bill does not seek to cripple combinations of capital and labor, the formation of partnerships or of corporations, but only to prevent and control combinations made with a view to prevent competition, or for the restraint of trade, or to increase the profits of the producer at the cost of the consumer. It is the unlawful combination, tested by the rules of common law and human experience, that is aimed at by this bill, and not the lawful and useful combination. ... If their business is lawful they can combine in any way and enjoy the advantage of their united skill and capital, provided they do not combine to prevent competition.

But associated enterprise and capital are not satisfied with partnerships and corporations competing with each other, and have invented a new form of combination commonly called trusts, that seeks to avoid competition by combining the controlling corporation, partnerships, and individuals engaged in the same business, and placing the power and property of the combination under the government of a few individuals, and often under the control of a single man called a trustee, a chairman, or a president.

The sole object of such a combination is to make competition impossible... The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer...

If we would not submit to an emperor we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity...

I admit that it is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do is to declare general principles, and we

O Direito Norte-americano padeceu também o impacto desse conflito entre proibir definitivamente atos que afetassem a liberdade de concorrência e permitir alguns atos, ainda que pudessem restringir a liberdade de concorrência.

Desde os primórdios da aplicação do Sherman Act houve moções de rejeição a uma lei que viesse ferir a liberdade de comércio. Sentia-se que as grandes corporações eram necessárias para o crescimento econômico do país. Já em 1910 assim se manifestava HERBERT NOBLE:

*“Nestes dias de grandes realizações industriais é evidente que são exigidas grandes concentrações de capital para realizar a obra de hoje, e que este capital somente pode ser fornecido por grandes concentrações de interesses privados ou pelo Governo. Não é do espírito de nossas instituições que o Governo venha a fornecer capital para empreendimentos privados, e por isso devemos depender de grandes concentrações de interesses privados, com grandes concentrações de capital.*

*.....*  
*“A pronta distribuição de informação para qualquer negócio é sumamente benéfica, não somente para os industriais, mas também para os consumidores. Ela resulta em aperfeiçoamento de métodos, redução de custo, aperfeiçoamento do produto, desenvolvimento de máquinas especiais e de processos. ....*

*.....*  
*Qualquer pessoa sem preconceito deverá reconhecer estas vantagens de combinações, e é por causa de tais combinações que nosso desenvolvimento industrial é tão grande, e que nosso país está aumentando sua riqueza nacional e a prosperidade de seu povo (<sup>4</sup>).*

---

can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law, as the courts of England and the United States have done for centuries... Is sometimes said of these combinations that they reduce prices to the consumer by better methods of production, but all experience shows that this saving of cost goes to the pockets of the producer. The price to the consumer depends upon the supply, which can be reduced at pleasure by the combination... (12 Cong. Rec. 2455 ff (1890) - apud AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis, Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4th ed., 1988, p. 52-53).  
 4 . The Sherman anti-trust act and industrial combinations, American Law Review, ano 44, nº 2, 1910, p. 12-13.

O Sherman Act passou a ser criticado, defendendo-se a necessidade de uma lei que não impedisse de forma tão radical os atos de concentração econômica. O excessivo rigor da lei Sherman foi sentido, com base no pressuposto de que não se poderia proibir de forma abrangente toda e qualquer combinação e de que o monopólio pode ter algum proveito. Assim é que o Presidente Theodor Roosevelt, em sua última mensagem anual, criticou severamente aquele diploma:

*“Eu creio que seja pior do que uma insensatez tentar proibir todas as combinações como é feito pela lei antitruste Sherman, porque uma tal lei pode ser executada só imperfeitamente e não-equitativamente. Eu defendo energicamente que, em lugar de um insensato esforço para proibir todas as combinações, deverá promulgar-se em substituição uma lei que expressamente permita combinações que sejam do interesse público, mas deverá ao mesmo tempo dar-se a algum órgão do governo nacional plenos poderes para controlá-las e para supervisioná-las<sup>(5)</sup>”.*

Este posicionamento da doutrina norte-americana revela que há necessidade de normas que coíbam as concentrações que causem dano à sociedade como um todo, mas que se faz também imperioso permitir concentrações que apórtem vantagens para a comunidade. A doutrina norte-americana do **illicitum per se** foi questionada sob o pressuposto de que nem todo monopólio, nem todo ato de concentração econômica é prejudicial para a sociedade.

O CLAYTON ACT em seu artigo segundo introduz um abrandamento ao rigorismo estabelecido pelo diploma até então vigente ao determinar que a ilegalidade existiria quando o efeito da discriminação pudesse **diminuir substancialmente a concorrência, ou mesmo causar dano, destruir ou**

---

5 M.S. HOTTENSTEIN, The Sherman anti-trust law, American Law Review, Ano 44, n. 6, p.852, November-December, 1910. E acrescenta HOTTENSTEIN que “a lei antitruste Sherman baseia-se na teoria segundo a qual em matéria de comércio, a competição é vantajosa para a sociedade, enquanto o monopólio é prejudicial. É ela a única lei federal que atende à preservação da competição no comércio. Um dos senadores do meio-oeste é de opinião que, se nós queremos manter a teoria da competição da vida industrial, esta lei deve não somente ser rigidamente aplicada, mas reforçada de tempos em tempos, de tal forma que quer o monopólio, quer qualquer outra forma efetiva de dominação seja evitada”.

**impedir a concorrência** <sup>(6)</sup>. Criou-se, no mesmo ano de edição dessa lei, um Tribunal especializado em decidir tais questões, a Federal Trade Commission.

É de se salientar, desde logo a dificuldade em definir o conteúdo exato de tais expressões. Que significa “*diminuir substancialmente*”, quais os limites semânticos entre “*destruir*” e “*impedir a concorrência*”? São expressões, no dizer de POSNER, **opacas**, para cuja interpretação será necessário recorrer a subsídios alheios ao terreno abstrato do Direito. Mas adiante nos referiremos ao princípio da análise econômica do direito, como uma das tentativas de dar concretude, de conferir aderência à realidade a esses conceitos abstratos estabelecidos pelo legislador <sup>(7)</sup>.

---

6 . “It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers or either of them”.

7 . Afirma R. POSNER: “To the layman a “law” is a rule written down in a book somewhere. The lawyer, however, realizes that the matter is frequently a good deal more complex. There are federal antitrust statutes, and they are quite brief and readable compared to the Internal Revenue Code. But their operative terms - “restraint of trade”, “substantially to lessen competition”, “monopolize” - are opaque and the congressional debates and reports that preceded their enactment, and other relevant historical materials, only dimly illuminate the intended meaning of the key terms. The courts have spent many years interpreting, or perhaps more accurately supplying, their meaning, but the course of judicial interpretation has been so marked by contradiction and ambiguity as to leave the law in an exceedingly uncertain and fluid state. What is more, the rules of law as they are articulated and as they are applied to alter behaviour are often, as is true in this instance, two quite different things. The rules in practice, as distinct from the theory, are critically affected by sanctions, by procedures, and by the policies and incentives of enforcers. Thus the situation in antitrust law is fluid and uncertain and is frequently in conflict with the legal theory, such as it is. The antitrust field is in need of a thorough rethinking of both its substantive and administrative aspects, and the essential intellectual tool for this process of rethinking, I believe - besides simple logic and common sense, which are scarce commodities in this as in most fields - is the science of economics. The basic concern of the antitrust laws is with monopoly, which for many years economists have been studying intensively, free of the entanglements of precedents and legalism that prevent

Uma ilustração desse conflito normativo poderemos encontrar no **artigo 85** do Tratado de Roma. Ali, o **parágrafo primeiro** declara que “*são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os Estados membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...*”

Abrindo uma linha de conflito, o **parágrafo terceiro** do mesmo artigo estabelece que “*as disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: a) a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; b) a qualquer decisão ou categoria de decisões, de associações de empresas, e c) a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante e que:*

- a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;*
- b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*

A norma europeia vem, assim, ao mesmo tempo, proibir e admitir atos que interfiram na liberdade de concorrência.

O Tratado de Maastricht conservou inalterada a redação do artigo 85 do Tratado de Roma. Ao estabelecer, na Parte III, a **Política da Comunidade**, o legislador comunitário fixa, no **Título I**, as **regras comuns**. O **capítulo I** estabelece as **regras de concorrência**, em primeiro plano aquelas **aplicáveis às empresas**, e, num segundo, as **práticas de dumping** e os **auxílios concedidos pelo Estado**.

Observa-se, em todo o **título I**, que fixa as **regras comuns**, uma **alternância** entre a necessidade de coibir os acordos de concorrência desleal e a conveniência de permitir os acordos que satisfaçam a determinadas exigências.

- a)** A expressão mais evidente dessa alternância podemos vê-la no **artigo 85**, em que as disposições dos **incisos 1 e 2** são contrastadas pelas do **inciso 3**.

---

lawyers from rethinking a field of law from the ground up. The work of the economists provides at least a starting point of analysis. (Antitrust Law: An Economic Perspective, 1976, p. 3).

O mesmo dilema vamos encontrar no **artigo 92**, em que se definem a **compatibilidade** e a **incompatibilidade** dos auxílios concedidos pelos Estados com o **mercado comum**.

#### DIREITO CANADENSE:

A lei atualmente vigente no Canadá, o **Competition Act**, promulgada em 1986, veio substituir o **Combines Investigation Act**, de 1970. A mentalidade adotada é a mesma de outros países, principalmente dos Estados Unidos e também da União Européia. Como salienta **Charles D. Gonthier**, da Corte Suprema do Canadá, esta lei foi resultado de um esforço para *“adaptar nossas políticas e instituições a fim de encontrar um equilíbrio entre a concorrência e o desenvolvimento econômico interior”*<sup>(8)</sup>.

O **artigo 91** do Competition Act define **fusão** (*merger - fusionnement*) como *“a aquisição ou estabelecimento, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas, quer por compra ou locação de participações ou elementos de ativo, quer por fusão, associação de interesses ou qualquer outra forma, do controle sobre a totalidade ou alguma parte de uma empresa de um concorrente, de um fornecedor, de um cliente, ou de outra pessoa, ou ainda de um interesse relativamente importante na totalidade ou alguma parte de tal empresa”*.

O **artigo 92** dispõe que o Tribunal da Concorrência pode, por requisição do Diretor do Bureau, tomar as medidas capazes de impedir os efeitos maléficos das fusões sobre o mercado, **com as reservas estabelecidas nos artigos 94 a 96**.

E quais são essas reservas?

São justamente os casos em que **são admissíveis as concentrações**. O **artigo 95** determina que o Tribunal não tomará medidas impeditivas de fusões se verificar que estas foram implementadas com o propósito de **“emprender um projeto específico ou um programa de pesquisa e desenvolvimento”**.

O **artigo 96** determina ainda que *“o Tribunal não imporá a ordem prevista no artigo 92 nos casos em que concluir que a fusão, realizada ou proposta, que é objeto da denúncia teve como efeito ou terá provavelmente como efeito acarretar **ganhos de eficiência**, que estes **ganhos ultrapassarão e neutralizarão** os efeitos da eliminação ou redução da concorrência que resultarão ou provavelmente resultarão da fusão realizada ou proposta e que*

---

8 . Prefácio da McGill Law Journal - Revue de Droit de McGill, vol. 38, n. 3, 1993, p. 513.

estes **ganhos** não seriam provavelmente obtidos se a ordem tivesse sido imposta”.

Para fazer essa verificação a lei estabelece um critério. O Tribunal deverá apurar se essas **ganhos em eficiência** se traduzirão num “*aumento relativamente importante do valor real das exportações*” e também se houve “*uma substituição relativamente importante de produtos nacionais a produtos estrangeiros*”.

Estas exceções estão já previstas no próprio **artigo 1º do Competition Act**, ao se especificar que esta lei “*tem por objeto preservar e favorecer a concorrência no Canadá com a finalidade de estimular a adaptabilidade e a eficiência da economia canadense, de melhorar as oportunidades de participação canadense nos mercados mundiais* levando em conta ao mesmo tempo o *papel da concorrência estrangeira, no Canadá, de assegurar à pequena e à média empresa uma oportunidade honesta de participar da economia canadense, bem como com a finalidade de assegurar aos consumidores preços competitivos e uma escolha de produtos*”.

Para que as decisões e as denúncias empreendidas pelo Diretor do Competition Bureau não partam do vazio, ou de critérios subjetivos, estabeleceram-se **diretrizes para análise das fusões** (Merger Enforcement Guidelines of The Director of Investigation and Research), ficando ressalvado sempre que “*a interpretação final da lei é responsabilidade do Tribunal da Concorrência e das Cortes*”.

A lei deixa claro que a concorrência não é um fim em si mesma, mas tem também outros objetivos. O artigo primeiro, acima citado, evidencia que o primeiro objetivo é a **promoção da eficiência** e a **adaptabilidade da economia canadense**. Pretende-se que a **manutenção e estímulo da concorrência** acarretem como consequência lógica a **promoção da eficiência** e a **adaptabilidade da economia canadense**. Mas podem existir situações em que esse equilíbrio não se concretize. E o **artigo 96**, acima citado, focaliza justamente essa situação. Não se poderá emitir uma ordem de desfazimento de uma fusão quando se verificar que os **ganhos de eficiência** serão maiores do que os efeitos de eliminação ou diminuição da concorrência, ou mesmo se equilibrarão com estes <sup>(9)</sup>.

A análise dessa questão envolve problemas de método. A avaliação desses **ganhos** não pode ser feita somente com **critérios legais**. O equilíbrio entre a manutenção e estímulo da concorrência e a promoção da eficiência e

---

9. Merger enforcement guidelines of the Director of Investigation Research, Part 5, in The 1995 annotated Competition Act, Robert S. Nozick, Scarborough, Carswell, 1995, p. 298-299.

adaptabilidade da economia somente pode ser aferido com clareza se se utilizarem critérios econômicos.

Mas uma outra vertente da reunião de empresas pode ser vista através do fenômeno das **alianças estratégicas**. Numa época de crescentes pressões da concorrência internacional, de globalização de mercados e de eliminação de barreiras comerciais, algumas empresas podem ter dificuldade em competir com os produtos e serviços de seus rivais. Para ter maior força competitiva algumas empresas formaram organizações de cooperação, chamadas de **alianças estratégicas**, como um meio para incrementar sua competitividade. Tais alianças são uma necessidade, mas podem acarretar um **poder econômico**

Tais alianças podem revestir-se das mais variadas formas jurídicas, e as **motivações** para formar alianças também podem ser muito diversificadas, como a **pesquisa, a eficiência, aprendizagem-informação, o acesso ao mercado**, e até mesmo ter **finalidades anticoncorrenciais**. Em tais circunstâncias, o conceito de **ilegalidade** - “undueness” ou “unreasonableness” - exige um exame do **poder econômico de mercado** alcançado pelas partes que formam a aliança e uma análise da **conduta** possivelmente ilegal <sup>(10)</sup>.

## DIREITO FRANCÊS

A lei francesa de 1986 - **Ordonnance n.º 86-1243**, de 1º de dezembro de 1986, modificada pela Lei n.º 96-588, de 1º de julho de 1996 - no **artigo 10**, prevê também a exceção às proibições estabelecidas nos artigos 7 e 8:

---

10 . The Supreme Court has stated that it is the combination of market power and injurious behaviour that makes a lessening of competition undue. ... Applying the above test to strategic alliances would involve the following determinations. First, have the parties to the alliance entered into an agreement? Second, does the alliance, or is it likely to, unduly lessen or prevent competition? Third, do the requisite elements of intent exist? In order to address the issue of undueness within the framework discussed by the Supreme Court, the Bureau will: (i) define the relevant product and geographic markets affected by the strategic alliance; (ii) determine whether the parties to the alliance possess market power in the defined relevant markets, or whether they are likely to obtain market power in these markets as a result of the alliance; (iii) assess what behaviour is specifically restricted or prescribed by the strategic alliance; and, (iv) determine if the alliance results in a combination of market power and behaviour injurious to competition which is serious or significant (Strategic alliances under the Competition Act. Director of Investigation and Research - Information Bulletin, 1995, p. 7).



### Article 10

*Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques:*

.....  
*2. dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un **progrès économique** et qu'elles réservent aux **utilisateurs** une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques (loi n.º 96-588 du 1.er juillet 1996, art. 3) "qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun" ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de **progrès**".*

*Certaines catégories d'accords (loi n.º 96-588 du 1.er juillet 1996, art. 4) "ou certains accords", notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la Concurrence".*

O legislador não podia definir o conteúdo nem delimitar o alcance de "progresso econômico", assim como lhe é impossível estabelecer critérios legais de definição do que seja "abuso". Poderíamos dizer que o progresso econômico é o resultado da **inovação tecnológica**. Esta poderia ser descrita como a procura e a descoberta, o desenvolvimento, o aperfeiçoamento, a adoção e comercialização de novos processos, produtos, e de estruturas e procedimentos organizacionais <sup>(11)</sup>.

---

11 . JORDE, Thomas M., TEECE, David J., Antitrust, innovation, and competitiveness, 1992, p. 48. "Innovation is the search for and the discovery, development, improvement, adoption and commercialization of new processes, products, and organizational structures and procedures. It involves uncertainty, risk taking, probing and reprobating, experimenting, and testing. It is an activity in which "dry holes" and

Para que se dê a inovação tecnológica, será muitas vezes necessário que várias empresas reúnam seus esforços, será necessário que haja concentração. É inerente à tentativa de inovar a existência de incertezas, de riscos, de experimentações, de testes, de erros e acertos. As pequenas empresas não têm condições nem suporte financeiro para ousar nesse campo arriscado. Mesmo as grandes, terão muitas vezes que se unir umas às outras. Daí a necessidade da concentração e a sua justificação. O direito canadense reconhece a necessidade da existência de **alianças estratégicas**, que têm por finalidade a união de esforços para a criação de algo novo, dirigido ao futuro, para a criação de novos mercados <sup>(12)</sup>.

Estas uniões visam impulsionar o movimento de um estado estacionário para um estado de dinamicidade constante. A finalidade do progresso econômico é a realização de uma sociedade próspera. Como assinala **Alain Bienaymé**, tendo em vista este movimento incessante, “*o gênio humano faz progredir a produtividade através de inovações nos métodos de organização sem os quais aquelas não desenvolvem todas as suas vantagens*” <sup>(13)</sup>.

A **inovação tecnológica** é a causa eficiente, enquanto o **progresso econômico** é a causa final. As empresas não inovam simplesmente por inovar. O seu objetivo é o de produzir o progresso econômico, entendido como uma situação de **equilíbrio** desejado no mercado, com resultados sociais marcantes: o bem estar do consumidor, a realização pessoal do trabalhador.

“blind alleys” are the rule, not the exception. Many of these aspects are well-known and have been frequently analyzed in the economics literature”.

12 . “Alliances may also act as a mechanism for transferring the skills and relationships of employees within participating firms. These resources may be hard to acquire through normal market transactions. Many alliances involve something new, innovative and forward-looking: a new research and development program, new products, technologies and processes, or a new marketing strategy to be conducted jointly by the parties. The adjective ‘strategic’ has a definite meaning here. It implies a concern with the longer-term, with investment rather than day-to-day operations, and with developing new markets rather than servicing existing ones” (Strategic alliances under the Competition Act - Director of Investigation and Research, 1995, p. 2).

13 . Le progrès économique en droit de la concurrence, Revue de la Concurrence et de la Consommation: Droits et Marchés: Atelier de réflexion sur la concurrence: 22 mai 1996: Progrès Économique, Documentation Française, n° 94, Supplément Nov.-Déc. 1996, p. 4. Obtempera ainda o mesmo autor: “C’est pourquoi il faut avoir une conception suffisamment stricte du contenu du progrès économique pour que, connaissant les ressources supplémentaires qu’il apporte à la nation, des affectations prioritaires permettent d’atténuer les sacrifices reconnus comme sincères et légitimes. Une conception fourre-tout du progrès économique déboucherait au contraire sur la confusion, l’inaction, le gaspillage” (Ibid., p. 4).

A inovação implica **incerteza e assunção de riscos, vultosos investimentos**, o que somente pode fazer-se através da reunião de esforços de várias empresas. A **concentração** é muitas vezes o instrumento adequado para a busca da inovação. Resta verificar se os resultados, se os benefícios desse progresso econômico revertem sobre o consumidor e sobre a liberdade do mercado.

Deverá fazer-se, destarte, um **balanço econômico da concentração**, para verificar-se a sua admissibilidade <sup>(14)</sup>. Esta possibilidade de desmanchar a ilicitude de uma concentração que, entretanto, ultrapassa os limiares legais e ofende a concorrência, quando ela **“compensa”** esta ofensa com uma **“contribuição suficiente para o progresso econômico”**, evoca o procedimento de justificação das combinações e dos abusos de dominação que tenham por efeito **“garantir um progresso econômico”** (Ordonnance n.º 86-1243, 1.er décembre 1986, art. 10-2). O Conselho da Concorrência deverá assim interrogar-se sobre a questão de saber se o progresso alegado é verossímil, se constitui mesmo um progresso econômico para a coletividade em seu conjunto, e não somente uma vantagem para as empresas obtida em detrimento de seus concorrentes no mercado nacional ou de seus contratantes, quer estes sejam seus clientes ou seus fornecedores, e ainda se a operação examinada é estritamente necessária para a concretização do alegado progresso <sup>(15)</sup>.

A existência do progresso econômico exigido para justificar o entrave à concorrência é reconhecida quando os resultados do balanço econômico se revelam **“tangíveis, positivos e suficientes”** <sup>(16)</sup>.

---

14 . Observava FARJAT, anteriormente à nova lei francesa, que “le progrès économique est un bien grand mot depuis les mises en doute de la croissance par de hauts responsables des économies privées et surtout depuis la crise! Peut-on sérieusement prétendre que les atteintes à la concurrence seraient seulement justifiées par le développement du progrès économique et jamais par les récessions et les crises, qui sont un facteur puissante de l’intervention de l’État! (Droit Économique, 1982, p. 521). E mais adiante acrescenta o mesmo autor: “On notera simplement qu’en ce qui concerne le droit économique, l’analyse des faits n’est pas seulement contingente, mais permanente. Il ne s’agit pas seulement d’observer dans les faits la naissance d’un droit nouveau - ... - mais l’observation des faits conditionne l’application d’une règle juridique. Ce rôle de l’observation des faits est particulièrement évident dans la législation antitrust où la qualification de “bonne” ou “mauvaise” entente dépend d’un “bilan économique” (Ibid., p. 732-733).

15 . LAMY DROIT ÉCONOMIQUE, 1997, n° 538.

16 . Selinsky, V., L’entente prohibée, Librairies Techniques, 1979, p. 322, apud LAMY Droit Économique, n° 709.

O progresso econômico que surge assim ao termo desse balanço corresponde a vantagens obtidas quer com relação à **produtividade**, quer com relação às **condições do mercado**.

O aumento da produtividade é o primeiro fator de desenvolvimento do progresso econômico. A melhoria da produtividade deve ser levada em conta.

Uma combinação ou um abuso de dominação pode ser também justificado se acarreta uma melhoria das condições do mercado, o que é um fator de progresso econômico.

Os beneficiários do progresso econômico devem ser os consumidores e a economia geral <sup>(17)</sup>.

### **A INOVAÇÃO**

As legislações sobre concorrência encerram todas elas, como visto acima, algumas disposições sobre a possibilidade de ocorrerem concentrações econômicas quando o seu objetivo é o de favorecer a **inovação tecnológica**.

A questão é bastante tormentosa, porque, se as empresas necessitam unir-se para ter maiores recursos para pesquisa, a união poderá simultaneamente eliminar a concorrência e tornar desnecessária a **inovação**. Não se pode impedir a concentração, as fusões e as alianças estratégicas, quando têm elas um efetivo comprometimento com o alcance da **inovação** no campo tecnológico. A pesquisa envolve sempre a inversão de enormes somas de recursos, a incerteza do sucesso, as idas e vindas e o risco. THOMAS M. JORDE e DAVID J. TEECE assim conceituam **inovação**:

*“Inovação é a procura e a descoberta, desenvolvimento, incremento, adoção e comercialização de novos processos, de produtos, de estruturas organizacionais e de processos. Ela envolve incerteza, assunção de riscos, provas e mais provas, experimentação e testes. Ela é uma atividade na qual “buracos negros” e “becos sem saída” são a regra, não a exceção. Muitos desses aspectos são bem conhecidos e têm sido freqüentemente analisados na literatura econômica”* <sup>(18)</sup>.

PHILLIP AREEDA, na comemoração dos cem anos de vigência da Lei Sherman, indaga-se se a legislação antitruste poderia enfrentar o desafio de continuar sendo o núcleo da política industrial dos Estados Unidos, para

---

17 . LAMY DROIT ÉCONOMIQUE, 1997, n° 713.

18 . Innovation, cooperation, and antitrust, in Antitrust, innovation, and competitiveness, Thomas M. Jorde, David J. Teece, New York, Oxford University Press, 1992, p. 48.

concluir que isto será possível se houver receptividade para a **eficiência, para o crescimento e para a inovação** <sup>(19)</sup>.

**O DIREITO BRASILEIRO: ART. 54 da LEI n.º 8.884/94.**

As normas contidas no **artigo 54 da Lei n.º 8.884/94** também colocam esse mesmo problema. E dentro desse dilema aberto pelo legislador, surge para o aplicador da lei a pergunta sobre a aplicabilidade de uma ou de outra. É importante ver todo o texto legal referente à matéria, para que se tenha uma percepção contextual:

***Art. 54** - Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.*

***§ 1º** - O CADE **poderá autorizar os atos** a que se refere o “caput”, desde que atendam as seguintes condições:*

***I-** tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:*

***a) aumentar a produtividade;***

***b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou***

***c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.***

---

19 . “For 100 years, the Sherman Act has been at the core of America’s industrial policy. Whether antitrust law can meet the challenge of that office for the next century depends on (1) its receptivity in principle to efficiency, growth, and innovation; (2) its ability to implement its principles in practice; and (3) the availability of supplementary mechanisms to insulate an occasional arrangement from the usual antitrust tribunals” (Phillip Areeda, Antitrust law as industrial policy: should judges and Juries make it? in Antitrust, innovation, and competitiveness, New York, Oxford University Press, 1992, p. 29). E acrescenta, noutra obra, o mesmo Autor: “In the long run, technological progress contributes far more to consumer welfare than does the elimination of the allocative inefficiencies. The course of technological progress is largely controlled by the pace of innovative activity. According to an argument associated with Professor Schumpeter, that pace is quickened by firms with considerable market power. Such power guarantees them a stable future conducive to planning and heavy investment in new technology. It protects them from imitators and thus allows them to reap for themselves all the gains of their innovative activity. It provides them with both the resources and incentives to finance risky research and development and to invest in the results”. ( Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases. 4th ed., 1988, p. 37.

**II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente** entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

**III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;**

**IV- sejam observados os limites estritamente necessários** para atingir os objetivos visados.

§ 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§ 3º - Incluem-se nos atos de que trata o “caput” aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR, ou unidade de valor superveniente <sup>(20)</sup>.

§ 4º - Os atos de que trata o “caput” deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.

§ 5º - A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR a ser aplicada pelo CADE,

---

20. A redação do § 3º foi alterada pelo art. 55 da Medida Provisória nº 542, de 30.6.94, que instituiu o Plano Real. Na redação anterior o percentual era de 30% (trinta por cento) ou mais de um mercado relevante.

*sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do artigo 32.*

*§ 6º - Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de trinta dias.*

*§ 7º - A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.*

*§ 8º - Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.*

*§ 9º - Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.*

*§ 10º - As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM, e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT, respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.*

**Art. 55** - *A aprovação de que trata o artigo anterior poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE,*

*se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.*

**Art. 56** - *As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes nos Estados não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas, bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:*

- I- a declaração precisa e detalhada do seu objeto;*
- II- o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;*
- III- o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;*
- IV- o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;*
- V- os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;*
- VI- o prazo de duração da sociedade;*
- VII- o número, espécie e valor das ações.*

**Art. 57** - *Nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência à pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, deverão ser indicados os motivos da dissolução.*

O conteúdo do “caput” do **art. 54** e de seus incisos da lei nova deverá ser confrontado, para melhor entendimento, com o **art. 74** da **Lei n.º 4.137**, de 1962, e com a modificação introduzida pela **Lei n.º 8.158**, de 1991.

O texto trazido pela **Lei n.º 4.137**, de 1962, era o seguinte:

*“Art. 74 - Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:*

- a) equilibrar a produção com o consumo;*
- b) regular o mercado;*



- c) padronizar a produção;*
- d) estabilizar os preços;*
- e) especializar a produção ou distribuição;*
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”.*

A **Lei n.º 8.158**, de 1991, deu novo conteúdo e nova redação ao dispositivo legal acima transcrito:

*“Art. 13 - O artigo 74 da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 74 - Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:*

- a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;*
- b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;*
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;*
- d) não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes”.*

A questão que se põe é a da inadmissibilidade radical de atos contra a concorrência, dentro da doutrina norte-americana do ilícito **per se** de qualquer ato que tenha a restringir a liberdade de comércio, ou a da tolerância e admissibilidade de alguns atos que, posto restrinjam a concorrência, têm no seu contexto elementos de justificação que os tornam aceitos.

O pensamento norte-americano foi sempre adepto da concepção do **ilícito per se**, como visto acima, mas com os abrandamentos posteriores. Mostra, com efeito, BENJAMIN SHIEBER que, no período de 1932 a 1935,

durante o governo de F.D. ROOSEVELT, a legislação americana chegou a admitir abrandamentos na lei antitruste (<sup>21</sup>). Especificamente, no caso **U.S. vs. Socony-Vacuum Oil Co.** a Suprema Corte deixou clara a prevalência do princípio do ilícito “*per se*”:

*“Os acordos para fixar preços no comércio interestadual são ilegais **per se** de acordo com a Lei Sherman; e nenhuma demonstração dos assim chamados abusos ou danos à concorrência que tais acordos seriam invocados para eliminar ou aliviar poderia ser interposta como defesa”.*

E, ao expor a posição da Corte Suprema, o JUSTICE DOUGLAS, arrimando-se em outros julgados, assim se manifesta:

*“Os acordos de fixação de preços podem, ou não, ser dirigidos à completa eliminação da concorrência de preços. Os grupos que fazem esses acordos podem, ou não, ter poder para controlar o mercado. Mas o fato de os grupos não poderem controlar os preços do mercado não significa necessariamente que os acordos de preços não tenham utilidade para os membros da combinação. A efetividade dos acordos de fixação de preços é dependente de vários fatores, tais como táticas concorrenciais, posição na indústria, a fórmula subjacente às políticas de preços. Embora se possa pensar que alguns acordos para fixação de preços possam ter uma justificação econômica, a lei não permite uma indagação a respeito dessa sua razoabilidade. E-*

---

21. Assinala SHIEBER: “De fato, houve uma modificação da política antitruste dos Estados Unidos nos primeiros anos do governo do Presidente FRANKLIN D. ROOSEVELT, mas esta fase encerrou-se em 1935. Até 1935, com fundamento em uma lei tratando da organização econômica do país, o National Industrial Recovery Act de 1933, atos que restringiam a concorrência puderam ser legitimados pela aprovação de um órgão composto de representantes das empresas, representantes dos trabalhadores, e representantes do público, aprovados pelo Presidente. Mas esta lei deixou de vigorar em 1935 e não foi renovada. E, ainda mais, a vigência de legitimações feitas sob a lei expiraram com a expiração da lei, como a Suprema Corte esclareceu no caso de *United States vs. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 (1940)” (Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A.), 1966, p. 111-112).

*les são todos proibidos por causa de sua ameaça atual ou potencial ao sistema nervoso central da economia” (22).*

O legislador brasileiro preferiu seguir a linha de conduta, já consagrada originariamente pelo Tratado de Roma, que, no **art. 85**, depois de declarar proibidas, no **item 1**, as práticas ali descritas como contrárias à liberdade de concorrência, permite a adoção de algumas condutas:

*“3. As disposições do n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:*

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas;*
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e*
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas.*

*que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:*

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;*
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.*

Para uma economia como a brasileira, na atual fase de seu desenvolvimento, melhor se adequa o critério adotado pela União Européia, em que se admite a **razoabilidade** de algumas ações que possam configurar restrições à concorrência. Os critérios aferidores já examinados devem ser adotados com rigor razoável, principalmente os princípios relativos à **análise econômica do direito** e ao princípio da chamada **regra da razão**.

Aliás, quanto ao rigor do critério norte-americano da **ilicitude per se** dos atos contrários à concorrência, a aplicação da **regra da razão** produz os mesmos efeitos que a legislação brasileira agora sob exame e a legislação comunitária.

---

22. UNITED STATES vs. SOCONY-VACUUM OIL CO. INC et alii, U.S. 310, p. 150 (n. 1. Syllabus), p. 225-226 n. 59

A análise econômica do direito levará seguramente à verificação do confronto entre **prejuízos** (custos) e **benefícios** causados pelos acordos formalizados pelas empresas e submetidos à apreciação do CADE (<sup>23</sup>).

O legislador adotou uma forma de **controle preventivo**, obrigando as empresas a, *no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização* (como consta do § 4º), apresentarem aqueles atos, “*mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.*”

Pode-se até imaginar que o legislador tenha optado por esse controle preventivo porque estaria convicto de sua inexequibilidade. E, com efeito, em relação ao Código de Proteção ao Consumidor, o legislador vetou esse controle prévio, certamente porque seria feito pelo Ministério Público, que conta com muito maior número de integrantes, com melhor infraestrutura, e, por isso, com melhores condições de efetivar esse controle preventivo. Ao criticar essa postura do legislador brasileiro, assim me expressei em publicação anterior:

*“O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078/90, neste ponto representa um lamentável atraso, pois rejeita a hipótese de controle preventivo, para ficar somente com o sucessivo. Não é necessário grande esforço exegético para se aperceber do atraso em que laborou o legislador brasileiro.*”

---

23. Observa BENJAMIN SHIEBER que a disposição agora sob análise teria sido fruto de uma errônea interpretação da lei norte-americana. Assim diz ele: “O fundamento desta política de permitir legitimação de acordo em restrição da concorrência é uma crença na existência de ‘bons trustes, exposta pelo Ministro NELSON HUNGRIA em seu depoimento de 3 de fevereiro de 1956 perante a Comissão Especial incumbida de examinar o projeto da lei antitruste. O Ministro NELSON HUNGRIA exprimiu as razões que baseiam a política de permitir legitimação de acordos em restrição da concorrência nos seguintes termos: ‘Devemos ter em mente antes de tudo, o seguinte: na atualidade, no mundo econômico moderno, a corporação é elemento indispensável. Os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes, são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional. .... Temos de distinguir entre trustes, cartéis e consórcios benéficos e aqueles outros que são maléficos....’ ... Aparentemente, esta crença no bom trustee foi sustentada por um engano sobre a lei antitruste dos Estados Unidos que desta maneira talvez contribuiu à adoção do art. 74 pelo legislador brasileiro...” (Abusos do poder econômico: Direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A., 1966, p. 110).

*Com efeito, o Presidente da República vetou o § 3º do art. 51, acima citado, em que se atribuía ao Ministério Público a efetivação do controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, tendo a sua decisão caráter geral.*

*Também foi vetado o § 5º do art. 54, através do qual estava determinado o seguinte: “Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão”.*

*No âmbito judicial, poderia parecer, ao se analisar o artigo 93 do CPDC, que o legislador consagrou o controle prévio, relativamente a danos. Com efeito, ao tratar da competência para decidir as ações coletivas, diz aquele texto ser competente para a causa a Justiça do lugar onde ocorreu ou **deva** ocorrer o dano. Tal disposição confronta, contudo, com o disposto no artigo 91, quando se diz que “os legitimados de que trata o art. 81 poderão propor em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”.*

*Vê-se que o legislador brasileiro, pobremente, adotou a técnica já ultrapassada de esperar que o dano se verifique, para depois repará-lo. Esta postura, ante os princípios mais racionais da **análise econômica do direito**, se encontra de há muito superada. Era de se esperar que o legislador tivesse tentado entrar pelo menos no século XX do direito; permaneceu no século XIX, contraditoriamente” (<sup>24</sup>).*

Em primeiro lugar, o texto de 1962, bem como a alteração de redação introduzida em 1991, fazem uma enumeração de **atos, ajustes, acordos ou convenções**. Já a atual lei menciona somente **os atos, sob qualquer forma manifestados**. Podem, portanto, ser até mesmo atos unilaterais que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou mesmo resultar na dominação de mercados relevantes.

---

24. LEOPOLDINO DA FONSECA, J.B., Cláusulas abusivas nos contratos, 1993, p. 203.

Além disso, o legislador de 1962 não fez qualquer exigência quanto à presença de todos ou de somente um dos requisitos estabelecidos pelo **art. 74** para que o CADE aprovasse ou registrasse os atos, ajustes, acordos ou convenções em restrição da concorrência. Donde se conclui que o acordo ou ajuste poderia ser autorizado e registrado desde que estivesse presente pelo menos um dentre os requisitos estabelecidos pela lei.

Já a **Lei n.º 8.158**, de 1991, veio exigir que o CADE, para aprovar os ajustes, acordos ou convenções em qualquer medida limitadores ou redutores da concorrência, deveria “*considerar o preenchimento **cumulativo***” dos requisitos estabelecidos.

A **Lei n.º 8.884**, de 1994, impõe a presença simultânea das condições enumeradas nos **incisos I a IV**. O critério de cumulatividade ou alternatividade fica restrito aos **objetivos**, o que significa que, na realidade, nunca serão exigidos os três objetivos.

As **condições** estabelecidas pela lei visam, em primeiro lugar, o **objetivo** que as empresas tenham em vista. Se ficar evidenciado que os **atos**, sob qualquer forma manifestados, têm como objetivo **aumentar a produtividade**, ou que tenham como finalidade **melhorar a qualidade** de bens ou serviços, ou que ainda visem propiciar a **eficiência** e o **desenvolvimento tecnológico** ou **econômico**, poderão eles ser autorizados.

Outro requisito imposto pela lei é que daqueles atos praticados pelas empresas em detrimento da liberdade de concorrência, surjam **benefícios equitativamente distribuídos**, de tal forma a não romper irremediavelmente o equilíbrio entre empresas participantes e os consumidores.

Por outro lado, aqueles atos não devem eliminar da concorrência uma **parte substancial do mercado relevante**, referentemente àqueles bens e serviços.

A última condição imposta é a de proporcionalidade entre limites e objetivos visados. A lei impõe que “*sejam observados os limites estritamente necessários*” para que sejam alcançados os objetivos propostos. Ou seja, os atos em restrição de concorrência não estão liberados irrestritamente. As restrições acaso impostas à concorrência podem estar alcançando um objetivo cujo benefício traz muito maiores vantagens.

Da análise do conjunto dessas condições se deduz que o CADE, no exercício da competência que lhe é conferida no **inciso XII**, do **art. 7º**, da presente lei, deverá proceder a uma rigorosa **análise econômica** de todo o contexto, para chegar à conclusão de aprovar e registrar, ou não, os atos que lhe forem propostos.

Prevê a lei, no **§ 2º do art. 54**, a possibilidade de se exigir a presença de **somente três condições** dentre as enumeradas nos incisos, quando a-

queles **atos** forem julgados **necessários** segundo o critério do **motivo preponderante** da **economia nacional** e do **bem comum**. Esta disposição legal é uma flexibilização ainda maior deixada a critério do CADE, que terá o encargo de escolher quais dentre as condições devam prevalecer e, ainda, de apreciar a configuração do motivo preponderante relativamente à economia nacional e ao bem comum. Aqui terá relevo a consideração do princípio decorrente da análise econômica do Direito.

O § 3º do **art. 54** já está compreendido no “*caput*” do artigo. A lei ali se refere aos “*atos, sob qualquer forma manifestados...*” O § 3º vem apresentar uma **exemplificação**, certamente desnecessária para o julgador, que se pretende suficientemente esclarecido, pois que esta é a exigência contida no **art. 4º** da presente lei. Se o “*caput*” pretendeu referir-se a todos os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam **limitar** ou **prejudicar** a livre concorrência, ou ainda resultar na **dominação de mercados relevantes**, é óbvio que dentro dessa conceituação ampla se incluem aqueles que “*visem a qualquer forma de dominação econômica*”, quer se apresentem como **fusão** ou **incorporação** de empresas, quer como constituição de sociedade para exercer o **controle** (as **holdings**) de empresas, ou qualquer forma de agrupamento societário. Importante, posto que discutível, é o elemento **quantitativo** trazido pela redação original e modificado, para nível mais restritivo, na alteração introduzida pela Medida Provisória n.º 542, de 1994. O percentual de **20%** (vinte por cento) é rigoroso e o valor do faturamento tomado como parâmetro é aleatório. Tais parâmetros deveriam ser deixados a critério do CADE, na apreciação do caso concreto, à luz dos princípios legais e dos princípios gerais e específicos que regem a matéria.

Os §§ 4º e 5º tratam da obrigatoriedade de apresentação dos atos a que se refere o “*caput*”, do prazo para essa medida, que será de *quinze dias*, da forma dessa apresentação, que será *em três vias*, e do órgão a que deverá ser endereçada, a **SDE**. Dessas três vias, uma será encaminhada ao CADE e outra à SPE. A inobservância do prazo será apenada com **multa** ou abertura de **processo administrativo**, como previsto no **art. 32**.

O § 6º fixa os prazos dentro dos quais, sucessivamente, serão elaborados o parecer técnico da SPE, a manifestação da SDE e a decisão do CADE. Cada uma terá **trinta dias**, o que faz supor que, aritmeticamente, depois de **noventa dias** deverá surgir a decisão do CADE. A complexidade da matéria, o volume dos processos e a dificuldade das questões a serem abordadas, bem como ainda a restrita estrutura desses órgãos, levam a crer que o dispositivo legal permanecerá letra morta.

O § 7º estabelece uma **condição resolutiva** para a eficácia decorrente dos atos a que se refere o artigo. Praticados esses atos, têm eles eficácia

imediate, e a aprovação retroagirá à data de sua realização. Se o CADE não os aprovar no **prazo de trinta dias** estabelecido no parágrafo anterior, **serão considerados automaticamente aprovados**. Será a aprovação por decurso de prazo.

Na verdade, este parágrafo se refere somente ao prazo concedido ao CADE, sem qualquer referência aos prazos precedentes concedidos à SPE e à SDE. Ora, os atos praticados na atividade econômica não podem esperar indefinidamente por decisões administrativas para terem eficácia. Daí terem as empresas duas opções:

a) Numa primeira alternativa, o prazo será de **noventa dias** para a aprovação. Decorrido ele, os atos se consideram automaticamente aprovados, independentemente de qual seja o órgão responsável pela demora.

b) Numa segunda hipótese, deverá contar-se o prazo de **trinta dias** a partir do ingresso do processo no CADE.

Deverá ser tomada aquela situação que melhor favoreça à empresa. Se o processo ficar, por exemplo, sessenta dias na SPE e trinta na SDE, o ato se considerará aprovado, independentemente do pronunciamento do CADE. O câmputo deverá fazer-se em dias corridos, e não dias úteis.

É óbvio que, se a SPE, a SDE ou o CADE vierem a solicitar esclarecimentos ou a exigir documentos que sejam necessários para a adequada instrução do processo, tal fato causará a **suspensão dos prazos** previstos nos §§ 6º e 7º, que passarão a não fluir, segundo dispõe o **§ 8º**, até que sejam cumpridas aquelas exigências.

Se o CADE concluir pela não aprovação dos atos a que se refere o “*caput*”, por entender que não foram cumpridas as condições impostas por lei, determinará sejam eles **desconstituídos**. O parágrafo enumera quais poderão ser essas formas de desconstituição: o **distrato**, a **cisão** de sociedade, a  **venda de ativos**, a **cessação parcial de atividades**, em síntese, de qualquer ato ou providência que **elimine os efeitos nocivos à ordem econômica**.

Tais providências de desconstituição não elidem a **responsabilidade civil** por danos eventualmente causados a terceiros.

Há, contudo, três hipóteses em que se ressalvam as situações já definitivamente cristalizadas anteriormente ao indeferimento:

a) em primeiro lugar, se os atos a que se refere o artigo **não** forem realizados sob condição suspensiva;

b) em segundo, se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros;

c) em terceiro, se já se consumaram efeitos fiscais.



As alterações ocorridas no controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão são efetivados perante a comissão de Valores Mobiliários - CVM - e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo - DNRC/MICT -.

Por terem conhecimento desses fatos relevantes para o esclarecimento de situações de confronto, ou não, com a ordem econômica, determina a lei que aqueles órgãos, no prazo de cinco dias úteis, comuniquem tais fatos à SDE.

A aprovação daqueles atos previstos no **art. 54** não vincula definitivamente o CADE. Pode ser revista e cassada, quer por iniciativa do próprio CADE quer por provocação da SDE, em três situações:

**a)** quando o interessado, por ter prestado informações falsas ou enganosas, conseguiu a aprovação dos atos questionados.

**b)** quando, para aprovação desses atos, o CADE tiver imposto obrigações vinculativas e vier a verificar que não foram cumpridas.

**c)** quando o CADE verificar que aqueles benefícios propostos como objetivos justificadores não foram alcançados, ou seja, não houve aumento de produtividade, não ocorreu melhoria da qualidade de bens ou serviços, e não se propiciou aumento de eficiência nem o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

O **art. 56** impõe às **Juntas Comerciais** obrigações tendentes a preservar e facilitar a fiscalização da existência de atos contrários à ordem econômica, proibindo-as de arquivar atos relativos à **constituição, transformação, fusão, incorporação** ou **agrupamento de empresas** sem que dos mesmos constem os elementos informativos enumerados nos incisos I a VII.

O conteúdo do **art. 56** já constava do **art. 72** da **Lei n.º 4.137**, de 1962, e, por influência dela, na **Lei n.º 4.726**, de 1965. A nova lei antitruste mantém inalterado o conteúdo e os termos daquelas leis.

A **Lei n.º 4.726**, de 13 de julho de 1965, que dispunha sobre os serviços do Registro do Comércio, estabelecia, no **art. 38**, que não podiam ser arquivados os contratos, documentos e declarações de que não constassem as exigências ali consignadas. O **Decreto n.º 57.651**, de 19 de janeiro de 1966, no **art. 71**, regulamentou aquele dispositivo de lei, acrescentando o **inciso XI**, que ampliava o que se continha na lei, assumindo força inovadora.

A norma contida no **inciso XI** do **art. 71** vem repetida pelo **art. 56** da **Lei n.º 8.884**, de 1994.

A **Lei n.º 4.726**, de 1965, foi revogada pela recente **Lei n.º 8.934**, de 18 de novembro de 1994, que registra, no **art. 35**, as proibições de arquivamento de atos constitutivos e outros não conformes com a legislação específica.

O **Decreto n.º 57.651** determinava também, no **art. 72**, que não poderiam ser arquivados, senão depois de aprovados e registrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupos de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

1. *equilibrar a produção com o consumo;*
2. *regular o mercado;*
3. *padronizar a produção;*
4. *estabilizar os preços;*
5. *especializar a produção ou distribuição;*
6. *estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.*

*Deixando de lado a questão da revogação, ou não, destes dispositivos pela lei nova, que disciplinou de forma inovadora, mas conservando o conteúdo anterior, deve-se observar que o intuito do legislador é o de impedir que as Juntas Comerciais arquivem aqueles atos, sem que o CADE se pronuncie anteriormente sobre a questão.*

A Lei n.º 4.137, de 1962, já contemplava, no **parágrafo único** do **art. 72**, a exigência de nos instrumentos de distrato, além da declaração da importância repartida entre os sócios e a referência a pessoa ou pessoas que assumirem o ativo e passivo da empresa, serem também indicados os motivos da dissolução.

Por influência dessa lei, o **Decreto n.º 57.651**, de 1966, repetiu a exigência, no **§ 4º** do **art. 71**.

O **art. 57** da **Lei n.º 8.884**, de 1994, repete, *ipsis verbis*, o conteúdo do **parágrafo único** do **art. 72** da Lei n.º 4.137.

O objetivo da lei é o de impedir que o distrato seja uma forma de infringir a ordem econômica, fraudando os direitos daqueles que tenham concretizado relações jurídicas com a sociedade em vias de dissolver-se. Além de ser obrigatória a indicação dos motivos da dissolução, deverão também ser indicados os **valores reais** repartidos entre os sócios.

## MÉTODO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As questões envolvidas nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso deste poder, não podem ser resolvidas somente com base na legislação, através de critérios meramente jurídicos. Ao decidir-se por uma opção, o homem deve fazer uma escolha e deve fazê-la racionalmente. Para a viabilização dessa escolha não bastam os instrumentos jurídicos; deve intervir também a economia como ciência da escolha racional. Como ensina RICHARD POSNER, “a economia é um poderoso instrumento para analisar uma vasta gama de questões jurídicas” <sup>(25)</sup>.

As questões jurídicas não podem ser analisadas somente por meio de critérios jurídicos, mais comumente abstratos. A realidade dos problemas que se põem exige que se adotem métodos que sejam mais próximos da própria vida concreta dos seres. O direito tem a ver com o comportamento humano, e este se rege sempre pela busca de uma **maximização racional**.

Em 1960, RONALD H. COASE trouxe à meditação o problema do **custo social** das decisões, ou a preocupação que as decisões devem ter com o **custo social**. Em seu artigo “The problem of social cost” <sup>(26)</sup> afirma que “seria desejável, evidentemente, que as únicas ações que se realizassem fossem aquelas nas quais o que se ganha fosse mais valioso do que o que se perde. Mas, ao escolher entre as formas de organização social dentro do contexto em que se tomam as decisões individuais, devemos considerar que uma mudança no sistema existente pode levar a uma melhora em algumas decisões, ou a uma degradação em outras. Por outro lado, devemos ter em conta os custos envolvidos na forma de funcionamento das diferentes organizações sociais (quer o funcionamento de um mercado quer o de um departamento governamental) tanto como os custos exigidos para passar para um novo sistema. Ao estudar e escolher entre organizações sociais devemos considerar o efeito total. Esta, sobretudo, é a mudança de enfoque que eu advogo” <sup>(27)</sup>.

---

25 . Economic analysis of law, 4th ed., 1992, p. 3. Observava FARJAT que “tout un ensemble de pratiques, de normes et d’institutions ont un objet économique, mais elles ont aussi une base économique: le phénomène de la concentration crée de nouveaux pouvoirs de nature juridique, mais qui ne peuvent être discernés qu’à l’aide de l’analyse économique (Droit Économique, 1982, p. 724).

26 . Esse artigo foi publicado pela primeira vez em The Journal of Law & Economics, vol. 3, p. 1-44, October 1960.

27 . The problem of social cost, The Journal of Law & Economics, vol. 3, p. 44, October 1960.

Nas relações de mercado, e principalmente no momento de decidir se vale a pena permitir atos de concentração, deverá o órgão julgador adotar o método da **análise econômica do direito**, para verificar se os ganhos obtidos com a concentração superam os benefícios obtidos com a adoção de rígidos controles antitruste.

Será diferente a análise de um contrato realizado entre dois indivíduos e o contrato realizado entre dois vendedores concorrentes. O contexto é bem diferente, porque este último tem um alcance bem maior do que o primeiro. Os danos que advêm deste último atingem sempre a um número indefinido de pessoas. A este respeito ensina POSNER:

*Um contrato entre vendedores concorrentes para fixar o preço do produto que eles vendem (ou, o que dá no mesmo, para limitar sua produção) é semelhante a qualquer outro contrato no sentido de que as partes não o assinariam se não esperassem que ele os tornaria mais ricos. Mas ele causa danos a outros, os consumidores, que não são partes no contrato; e, como aprendemos no último capítulo, quando se levam em conta os efeitos de substituição e a tendência de os lucros de monopólio se transformarem em custos, os custos para os consumidores excedem os ganhos dos cartelistas<sup>(28)</sup>.*

Ao analisar as relações de mercado e sua disposição para estabelecer os preços, a **análise econômica** deve levar em conta alguns elementos importantes:

1. o número de vendedores no mercado.
2. a homogeneidade do produto.
3. a elasticidade da demanda relativamente ao preço.
4. a possibilidade de entrar no mercado.
5. situação do mercado: em crescimento, em declínio ou em estabilidade.

Os tribunais deverão valer-se de conceitos econômicos para dar cabal explicação a conceitos como **“não razoável”**, **“indevido”**. O direito não traz elementos capazes de decidir os limites entre o razoável e o não razoável numa relação econômica de mercado<sup>(29)</sup>. Vale repetir a observação de POS-

---

28 . Economic analysis of law, 4th ed. p. 285.

29 . Observa COASE: “The courts do not always refer very clearly to the economic problem posed by the cases brought before them, but it seems probable that in the interpretation of words and phrases like “reasonable” or “common or ordinary use” there is some recognition, perhaps largely unconscious and certainly not very explicit,

NER, segundo a qual as palavras utilizadas nas leis antitruste são essencialmente **opacas**. Expressões como “*limitação do mercado*”, “*reduzir substancialmente a concorrência*”, “*monopolizar*” não têm uma clara determinação de conteúdo ao serem transplantadas para o terreno jurídico. Pelo que, para ele, “*a área da legislação antitruste está a necessitar de um completo repensamento de seus aspectos quer substantivo, quer processual, e o instrumento intelectual essencial para este processo de repensamento, eu creio - para além da simples lógica e do senso comum, que são ferramentas pobres neste como na maioria dos campos - é a ciência da economia*”<sup>(30)</sup>.

(Artigo registrado no Escritório de Direitos Autorais da Biblioteca Nacional).

---

of the economic aspects of the question at issue”. (The problem of social cost, *ibid.*, p. 22.

30 . RICHARD POSNER, *Antitrust law: an economic perspective*. Chicago, University of Chicago Press, 1976, p. 3.

## **JURISPRUDÊNCIA**



MINISTÉRIO DA JUSTIÇA  
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE  
**ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 83/96**

*Acórdão*

**EMENTA:** Aquisição de participação acionária e formação de “Joint Venture”. Lei 8.884/94, art. 54. Mercado nacional de cerveja. Estrutura de mercado concentrada. Fortalecimento de posição dominante. Reforço das barreiras à entrada de novos concorrentes. Eliminação de concorrência potencial. Desestímulo à entrada de novos “players” independentes no mercado. Não agregação de dinamismo ao mercado. Não geração de eficiências e benefícios a serem compartilhadas com o consumidor. A operação supera os limites necessários aos objetivos perseguidos. Não atendimento às condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições, mediante Compromisso de Desempenho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, após os votos - vistas do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho e do Presidente do CADE, aprovar sob condições o Ato de aquisição de participação acionária e formação de “Joint Venture”, nos termos do voto da Conselheira-Relatora, por entenderem que o tempo originalmente estabelecido pelas Requerentes pode causar dano ou ameaça de dano à concorrência. Decidiram, ainda, que o não atendimento às diretivas indicadas nesta decisão constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as Requerentes, individualmente, ao pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Decisão por maioria, vencidos o Conselheiro Arthur Barrionuevo e o Presidente Gesner Oliveira. O Conselheiro Antonio Fonseca, embora adotando integralmente as razões do voto e do adiamento da Relatora, ficou vencido na extensão do seu voto que não aprova a operação e tendo em vista a boa fé das Requerentes, a demora no exame da operação pelo Sistema de Defesa da Concorrência e o custo do desfazimento da aliança, faculta as Empresas continuar a aliança pelo prazo máximo de 24 meses contado da publicação da decisão do Conselho, devendo as Empresas terminar o negócio dentro desse prazo na forma que lhes convier e nos termos do § 9º do art. 54 da Lei 8.884/94. Por unanimidade o Conselho referendou a decisão da Relatora de encaminhar procedimento em separado, no âmbito do CADE, com vistas a esclarecer dúvidas suscitadas quanto à integralidade da



documentação enviada pelas Requerentes. Participaram do julgamento além do Presidente e da Relatora, os Conselheiros Leônidas Xausa, Antonio Fonseca, Renault de Freitas Castro, Paulo Dyrceu Pinheiro e Artur Barrionuevo, presente a Procuradora-Geral, Marusa Freire. Ausente justificadamente o Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro na sessão de encerramento.

**RELATÓRIO DA CONSELHEIRA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA**

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

**1. Da Operação**

Companhia Antartica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, sociedade de controle do Grupo Antartica, com sede em São Paulo, e Anheuser Bush International Inc. - Abii, sociedade norte-americana, fabricante da cerveja Budweiser, juntamente com sua subsidiária Anheuser Bush International Holding Inc. - Abih, submetem à apreciação do CADE ajuste firmado em 16.02.96, mediante Instrumento Particular de Associação e Outras Avenças.

O referido Instrumento trata de compra, pela Anheuser-Bush, de participação acionária nas empresas controladas pela Antartica, bem como pela participação de ambas no capital social da Budweiser do Brasil Ltda.

As participações acionárias da Cia. Antartica Paulista nas empresas integrantes do Grupo Antartica foram transferidas para a Antartica Empreendimentos e Participações - ANEP, empresa constituída com a finalidade de viabilizar a associação com a Anheuser - Bush, tendo como quotistas únicos a ABIH e a Cia Antartica Paulista.

Tal associação efetivou-se através de uma participação de 5% da Anheuser-Bush International Inc.- ABII no capital da ANEP, sociedade que recebeu as participações que a Companhia Antartica Paulista possuía nas empresas controladas integrantes do Grupo, titular dos 95% restantes do capital da nova empresa. Conforme estabelecido nos estatutos, a Anheuser-Bush, nos próximos seis anos, poderá ampliar sua participação até o limite de 29,68%, permanecendo a Antartica como majoritária, com 70,32%, no mínimo.

Esse Instrumento Particular de Associação e outras Avenças estabeleceu, dentre outras, as seguintes condições:

a) marketing, produção e planejamento. O acesso às melhores práticas consiste em um programa de incorporação de informação e atendimento de pedidos da Antartica formulados sobre questões específicas nas áreas técnica, comercial e administrativa. Adicione-se que as “melhores práticas” correspondem àquelas que a ABII vem implementando nos EUA e no mundo, nas seguintes áreas:

- planejamento financeiro;
- marketing;
- negociações com atacadistas de cervejas;
- treinamento de pessoal de vendas;
- utilização e manuseio de recipientes não reutilizáveis;
- desenvolvimento de novas marcas de cerveja, incluindo leves, bebidas de malte não alcoólicas e cerveja-gelo (ice beer);
- produção e compra de latas;
- planejamento de produto, administração e logística de estoque.

As partes cooperarão na produção, marketing e venda da cerveja Budweiser no Brasil, através da “joint-venture” Budweiser Brasil Ltda, na qual a Antarctica participa com 49% do capital social e a ABII com os restantes 51%;

b) a ABII obriga-se a cooperar e assistir a Antarctica na introdução e no incremento de suas marcas de cervejas e de refrigerantes no exterior.

As motivações da parceria realizada, segundo as interessadas, dizem respeito, de um lado, à cooperação na produção, no marketing, no uso da marca e na comercialização da cerveja Budweiser no mercado brasileiro e, de outro, à assistência e à cooperação visando a introdução e o incremento de cervejas e de refrigerantes produzidos pela Antarctica no mercado externo.

O contrato firmado entre as partes tem validade inicial de 20 anos “permanecendo em vigor, depois desse período, enquanto a ABIH ou suas afiliadas detiverem as quotas iniciais da ANEP” (fls. 107). Virtualmente o contrato vigora por prazo indeterminado.

## 2.Das Interessadas

Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos

A empresa foi constituída em 1891, tendo como acionistas 61 pessoas físicas, sendo que em 1944 a Fundação Antônio e Helena Zerrener, Instituição Nacional de Beneficência, tornou-se acionista majoritária, situação que perdura até hoje.

Em 1984 foi constituído o Grupo Antarctica, permanecendo a Companhia Antarctica Paulista na condição de comando junto às demais empresas do Grupo.

A Antarctica, desde 1911, dedica-se às atividades de produção e comércio de cervejas, tendo posteriormente ampliado sua atuação para bebidas em geral, refrigerantes, gelo e gás carbônico.

Ao longo de sua existência, a Antarctica incorporou diversas fábricas de cervejas (Pérola/RS, Itacolomy/MG, Alterosa/MG etc), notadamente na década de 70, bem como instalou no País 22 unidades produtoras de cervejas e 25 de refrigerantes (18 próprias e 7 franquias).

Atualmente, a empresa promove processo de realocização de seu parque fabril, fechando aquelas unidades que ou não possuem condições de ampliação ou que não permitam alcançar padrões mais elevados de produtividade.

A Antarctica tem adotado uma postura agressiva de investimentos tanto na construção de unidades (Aquiraz/Ce e Joinville/SC) quanto na expansão de fábricas existentes (Jaquariúna/SP, Jacarepaguá/RJ e Ribeirão Preto/SP). Assim, no último triênio, investiu US\$ 750 milhões, sendo US\$ 381 milhões em 1996, estão ainda projetados investimentos da ordem de US\$ 150 milhões/ano para 1997/98.

Os investimentos realizados fizeram com que sua capacidade produtiva crescesse mais de 10 vezes desde 1970 (expansão de 70% no biênio 1996/95), possibilitando à empresa alcançar um volume de mais de 52 milhões de hectolitros/ano. A sua marca principal, a Antarctica Pilsen Chopp, atualmente é a quinta mais comercializada mundialmente.

A linha de cervejas Antarctica possui 18 produtos e mais de 70 tipos de embalagens. A expansão do espectro de marcas ofertadas ao mercado segue 2 linhas de ação. A primeira utiliza a produção e distribuição de marcas de cunho regional, como por exemplo, a Serra Malte e a Bohemia, cervejas tradicionais e tidas como de alta qualidade. A outra consiste no desenvolvimento de novos produtos a partir de laboratório, como foram os casos da Bavária, Antarctica Cristal, da Kronenbier (não-alcólica) e da Polar Export.

Os investimentos em curso e aqueles programados para 1997/99 permitirão à Antarctica alcançar a capacidade instalada de 60 milhões de hectolitros/ano ao final da década, praticamente o dobro do parque que a empresa possuía em 1990.

Com relação à presente operação, a empresa informa que não serão exigidos investimentos na construção de unidades fabris, visto que a produção “será realizada em parceria”. Para tanto, a Anheuser-Bush utilizará a capacidade produtiva disponível da fábrica da Antarctica localizada em Jacarepaguá/RJ. Afirma, ainda, que “todo o processo de produção da Budweiser já foi absorvido pela Antarctica, não existindo no momento, qualquer nova tecnologia a ser incorporada.” (fls. 497). Ademais quanto ao porte e eficiência das plantas em operação, a empresa declarou que, por ocasião da audiência reali-

zada no CADE, que, até 1995, as unidades de menor porte foram mantidas, já que a demanda superava a oferta. A partir de então, a situação alterou-se. Assim, em seu relatório 1996, a Antarctica observa que: “Ainda em 1970, quando se discutia um novo investimento no setor, fábricas de 400.000 hl/ano eram consideradas como padrão em qualquer parte do mundo. Agora, o mínimo para remunerar investimentos é estimado em 2 milhões de hl/ano”. (fls.53 A)

Na área de distribuição, o esforço da empresa tem se concentrado na melhoria da estrutura independente, buscando padronizar o sistema de vendas e entregas, estimulando fusões e outras iniciativas que conduzam a ganhos de escala.

Encontra-se em fase de testes a Rede Antarctica de Informações, cujos componentes físicos, inclusive instalação de fibras óticas, requereu investimentos de US\$ 15 milhões.

Relativamente à penetração da Antarctica no mercado internacional, atualmente a empresa atua em 22 mercados. Está realizando esforço no sentido de penetrar no mercado norte-americano de cervejas importadas, utilizando para tanto a marca Rio Cristal.

Todo o suporte logístico de pré-avaliação do produto, marketing e de distribuição nos EUA tem sido apoiado pela Anheuser-Bush. A propósito, assinala a Antarctica que “O amplo conhecimento da A.B. das características do mercado Norte Americano de cervejas, proporciona a definição das melhores estratégias para introdução da Rio Cristal nesse mercado.” (fls. 496)

Em seu relatório de 1996, a Antarctica assinala que duas tendências do mercado brasileiro na década confirmaram-se e ganharam impulso. A primeira foi a demanda por cervejas enlatadas e a segunda consistiu na segmentação do mercado, ampliando o espaço para novos sabores (bock, light etc) e embalagens requintadas, como por exemplo, os vidros “one way” em formato long neck.

Considerando que a demanda por cervejas enlatadas apresenta-se em grande expansão, já que há uma acentuada preferência do mercado brasileiro por embalagens não retornáveis (estimando-se um salto de 12% da participação das latas na produção global verificada em 1996 para 27% em 1999), a Antarctica examina a possibilidade de instalação de uma fábrica de latas de alumínio no Brasil em parceria com a Metal Container Corporation-MCC, pertencente à Anheuser-Bush, projeto esse que demandaria cerca de 24 meses para entrar em operação.

Nos dois últimos anos as vendas líquidas da Antarctica cresceram 60%. Em 31.12.95, o patrimônio líquido do Grupo, era de US\$ 1,8 bilhão, seu faturamento bruto alcançou US\$ 3,6 bilhões (US\$ 3,4 milhões em 1996) e o lucro líquido atingiu US\$ 136,5 milhões. Naquele ano o Grupo possuía

15.000 funcionários, 800 distribuidores que abasteciam cerca de 1 milhão de pontos-de-venda.

Em entrevista concedida à Gazeta Mercantil, o Diretor Executivo da Antarctica, Victorio Carlos De Marchi, informou que, dentro de dois anos, pretende reduzir de sete para quatro ou cinco o número de empresas de capital aberto integrantes do Grupo<sup>31</sup>. Esse programa de reestruturação de empresas integrantes do Grupo já havia reduzido de vinte, em 1993, para quinze empresas em 1995.

As principais estratégias de ação da Antarctica, constantes de seu relatório de 1996, são as abaixo relacionadas:

- Fortificar posicionamento jovem da marca e seu reconhecimento como padrão de qualidade - Top of Mind, 42%;
- Obter a liderança de refrigerados com merchandising em território nacional, no período de 18 meses;
- Descentralização da força das marcas em todo o portfólio de cervejas;
- Arrematar o programa de merchandising, que objetiva retomar a liderança em São Paulo, deflagrando intensa campanha de marketing, orçada em US\$ 35 milhões.

Finalmente, para “preparar o Grupo para poder competir no mercado em condições de igualdade com as mais avançadas companhias internacionais do setor” em 1993 a Antarctica lançou o projeto Excelência.

#### Antarctica Empreendimentos E Participações-Anep

Essa empresa foi constituída em 05.03.96, com um capital social de R\$ 100.000,00. Em 22.04.96 sofreu aumento de capital, passando para R\$ 962.384.977,00. Suas únicas quotistas após o aumento de capital são a Cia. Antarctica Paulista, que possui 95% do total das quotas, e a ABIH que possui o restante das quotas.

Conforme acordado entre as partes, a Cia. Antarctica Paulista será sempre a acionista majoritária da ANEP, detendo uma participação de, no mínimo, 70,32%. A ABIH, por sua vez, poderá aumentar a sua participação no capital da ANEP até o máximo de 29,68%.

---

31 Gazeta Mercantil de 29.10.96, pág. C-3

### Budweiser do Brasil Ltda

Empresa constituída em 02.01.96, tendo como objeto social a comercialização, venda e distribuição da cerveja Budweiser no mercado brasileiro, a contratação de terceiros para a sua fabricação e distribuição, bem como a importação, exportação e o desenvolvimento de qualquer atividade relacionada com as referidas atividades.

Tem como quotistas fundadores a Anheuser-Bush World Trade Ltd e a Anheuser-Bush Latin American Development Corporation, ambas controladas pela ABII.

A empresa foi constituída inicialmente com um capital social de R\$ 485.750,00. Em 22.04.96, esse capital foi elevado para R\$ 15 milhões, oportunidade em que a Cia. Antarctica Paulista ingressou na sociedade, subscrivendo 49% do capital.

### Anheuser- Bush International Inc.- Abii

Trata-se da maior cervejaria mundial, possui 14 anos de experiência internacional e opera em cerca de 80 países. Em 1994 possuía uma capacidade instalada de 140 milhões de hectolitros/ano, o que representava 9% do mercado mundial.

Detém cerca de 45% do mercado norte-americano de cerveja e as suas duas marcas (BUDWEISER e BUD LIGHT) são as mais vendidas naquele País. Juntamente com a cervejaria Miller possui uma participação de aproximadamente 70% do mercado doméstico norte-americano, cuja produção esta estimada em 237 milhões de hectolitros.

Segundo estudo do BNDES<sup>32</sup>, a produção da Anheuser-Bush, em 1994, representava mais de duas vezes o total brasileiro e seu faturamento em 1995 foi de US\$ 10,3 bilhões, tendo o lucro líquido alcançado US\$ 886,6 milhões.

A empresa tem adotado como estratégia de penetração em outros mercados a aquisição de participações acionárias em empresas japonesas, mexicanas, argentinas, brasileiras e adquirido o controle de cervejaria inglesa (Courage)<sup>33</sup>.

Segundo artigo publicado no Financial Times, “[com] a ambição de fazer pela cerveja Bud o que a Coca-Cola fez pela bebida tipo cola, a Anheuser-Bush mirou o Brasil, México e China como mercados importantes, de crescimento rápido, e a Europa como um mercado maduro com espaço para a

---

32 Relatório sobre Bebidas - Cerveja (AO1/GESET2).

33 De acordo com artigo pelo Financial Times, transcrito pela Gazeta Mercantil em novembro de 1995.

Bud como um produto premium; suas vendas européias elevaram-se em 40 % no ano passado.”<sup>34</sup>

No caso brasileiro, a Anheuser-Bush adotou como estratégia de penetração associar-se, minoritariamente, a uma grande cervejaria, tendo inicialmente (1993) mantido entendimentos com a Brahma, que não prosperaram. Anteriormente, a distribuição da Budweiser no Brasil era realizada pelo Grupo Arisco.

A estratégia comercial da Anheuser-Bush para operar no mercado brasileiro é inicialmente concentrar seus esforços de marketing e merchandising no eixo Rio-São Paulo, expandindo-se depois para todo o território nacional. Em 1994 foram vendidos 131.543 hectolitros, volume esse que expandiu-se para 189.494 hectolitros em 1996. Para o ano 2000 a estimativa de vendas alcança 381.593 hectolitros.

A empresa tem como meta atingir 3% do mercado nacional de cerveja, tornando a marca Budweiser a mais vendida no segmento premium do País. Para tanto, no período 1996/2000, deverá gastar US\$ 24,0 milhões em marketing, devendo os investimentos em capital alcançar US\$ 15,41 milhões.

Conforme assinalado pelos diretores da Antarctica, por ocasião de audiência realizada no CADE, em 28.05.97, a ABII fornecerá suas melhores práticas nas áreas de marketing, produção e planejamento à Antarctica e, também, promoverá o incremento das marcas de cervejas e refrigerantes da Antarctica fora do Brasil.

Com respeito à estratégia adotada pela Anheuser-Bush para penetrar em outros mercados, a revista Exame, de 20.11.96 (fls. 16), em matéria elaborada pelo jornalista Clayton Netz, intitulada “A Budweiser quer ganhar o mundo” assinala que: “O problema para [Anheuser] Bush é que a supremacia advém de sua posição privilegiada nos Estados Unidos, um mercado que representa um quinto do consumo mundial e está estagnado. As vendas externas mal chegam a 5% das receitas totais da AB. Daí a decisão de recuperar o tempo perdido e apostar no mercado global, onde brilha a Heineken. A formação de joint ventures em países como a China, Argentina, Filipinas, Itália, Inglaterra, Espanha e Brasil (com a Antarctica) para a produção local de suas cervejas é um passo nessa direção.”

### 3.Dos Pareceres

O parecer técnico da SEAE, elaborado em 03.07.96 (fls. 407 a 420), descreve a operação, a motivação das interessadas e caracteriza as empresas envolvidas. Na análise do mercado, fornece informações sobre as característi-

---

34 idem nota 3.



cas do produto e do processo produtivo. Examina também a estrutura de oferta (capacidade instalada, produção, importação, investimentos realizados) e tece considerações sobre a oferta mundial de cerveja.

Ao examinar a estrutura da demanda, assinala o expressivo crescimento do consumo de cerveja nos últimos dois anos (18% ao ano), a pulverização da demanda (nenhum dos distribuidores é responsável por mais de 3% das vendas) e observa que “o Brasil é considerado um País com enorme potencial mercadológico, tendo em vista o consumo brasileiro de aproximadamente 47 litros per capita/ano, ser muito baixo, se comparado aos países desenvolvidos...”, enquanto nos países desenvolvidos, como por exemplo, os EUA, o mercado apresenta-se estável, ocorrendo quedas de produção na Inglaterra, França, Bélgica e Austrália.

Segundo a SEAE, as barreiras à entrada de novos concorrentes estão concentradas na estruturação de rede de distribuição e no poderio das marcas (fidelidade do consumidor à marca).

No que respeita aos efeitos da operação, considera a SEAE que: “A presente associação não implicará em aumento do grau de concentração ou modificação no processo concorrencial no mercado de cervejas, uma vez que o produto em questão, a cerveja Budweiser importada, apresentou no ano de 1995 a participação de 0,4% no mercado nacional.”

Acrescenta aquela Secretaria que a operação “ademais restabelece o quadro concorrencial do setor, equilibrando as novas associadas aos fabricantes do mesmo porte no mercado brasileiro, como a Kaiser/Heineken e a Brahma/Miller.”

Conclui a SEAE que a operação é passível de aprovação, do ponto de vista econômico.

#### Da Secretaria de Direito Econômico – SDE

O parecer assinala que a SDE tomou ciência da associação através da imprensa, tendo requisitado informações das interessadas. Estas esclareceram que, até aquele momento, o ato resumia-se a um protocolo de intenções e que, tão logo a operação se efetivasse, seria submetida à apreciação do CADE (fls. 456 a 474).

Assim, em 04.06.96 as interessadas protocolaram na SDE a petição e demais documentos constantes da Resolução nº1/95 do CADE.

O parecer da SDE inicialmente examinou os atos contratuais que formalizaram a associação, tendo caracterizado as empresas participantes da mesma, suas composições acionárias e faturamento.

Ao analisar o mercado, observou que, em decorrência dos investimentos realizados nos últimos anos pelas principais empresas produtoras de cerveja, a oferta apresenta-se superior ao consumo.

É examinada a estrutura do mercado interno, suas perspectivas de crescimento e a estrutura do mercado mundial.

A exemplo da SEAE, a SDE caracteriza a cerveja como o produto relevante tendo em vista o elevado grau de substituíbilidade entre os diversos produtos semelhantes. De igual modo, registra as matérias primas utilizadas em sua produção e descreve como se dá o seu processo produtivo.

O mercado geográfico foi delimitado pela SDE como o nacional em razão da representatividade do custo do frete na composição do preço final do produto, associado à alíquota de 20% estabelecida para o Mercosul.

São relacionadas pela SDE as eficiências alegadas pelas interessadas, como o desenvolvimento tecnológico, o aumento de produtividade, a entrada de divisas, o ingresso da Antarctica em outros mercados e os investimentos programados.

#### Procuradoria do Cade

A Procuradoria do CADE (fls. 518 a 532), em parecer de nº 157/97, emitido pela Procuradora Karla Margarida M. Santos e ratificado pela Procuradora-Geral, Dra. Marusa Freire, somente nos aspectos que não contrariam as considerações e conclusões de sua nota técnica nº 31/97, manifestou-se pela aprovação do ato, com restrições, ressaltando que o presente ato além de atender os requisitos objetivos contidos no § 3º do art. 54 da Lei 8.884/94, enquadra-se no seu caput, fazendo-se necessário atender às condições previstas no § 1º para ser aprovado pelo CADE.

Note-se que, em seu parecer, a Procuradoria do CADE entendeu que, do ponto de vista jurídico, a operação ora em análise trata, na verdade, em função dos contratos de constituição das associações firmados entre as partes terem se dado de forma independente, de duas operações distintas, quais sejam: associação da ABII com a Antarctica através da ANEP, e, de outro, a associação da Antarctica com a Budweiser do Brasil. Todavia, por integrar as mesmas partes envolvidas e por tratar-se de uma mesma transação, considerou-se que a análise em conjunto dessas operações não traria prejuízo e que a avaliação dos efeitos sobre o mercado relevante afetado deveria considerar a transação como um todo, ainda que tal ressalva devesse ficar clara na decisão deste Plenário.

No entendimento da Procuradora-Geral a associação da Antarctica com ABII em um primeiro momento pode gerar ganhos ao consumidor, já no segundo haveria riscos efetivos e potenciais de danos à concorrência, conside-

rando os acordos firmados em que é concedido o direito à ABII de exercer opção de aumentar sua participação na Antartica e considerando que, a qualquer tempo, outras cervejas poderão ser objeto de produção, importação e comercialização por parte da associação. De acordo com a Procuradora “Este, aliás, parece ser o objeto da manutenção da “independência” das empresas envolvidas na operação. se de um lado verificam-se condições que asseguram a igualdade de poder decisório, mantendo-se sempre uma reserva para que a empresa estrangeira possa desobrigar-se perante a empresa brasileira, figurando, assim, em uma posição de potencial concorrente, de outro há condições que asseguram eventuais atuações concertadas com o objetivo de fortalecer a associação e estimular a empresa brasileira a não exercer efetivamente concorrência com o seu associado.”

Conclui a Procuradora-Geral que as eficiências apresentadas pelas Requerentes não são suficientes para assegurar as condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94, as quais viabilizariam a aprovação do referido ato pelo Colegiado sem restrições. Tal constatação é clara quando se observam as eficiências apresentadas, que se relacionam quase que exclusivamente com o aproveitamento dos canais de distribuição já existentes, o que apenas é compreensível para justificar uma aliança transitória entre empresas. Assim, sugere ao Plenário do CADE que, para aprovar a operação ora em análise, faz-se necessário enquadrá-la dentro dos limites e condições legais, bem como recomenda que “em sua decisão seja declarado, expressamente, que o não cumprimento das providências indicadas na decisão, dentro do prazo nela previsto, implica a constituição de infração à ordem econômica sujeita à multa pelo seu não cumprimento, bem como a multa diária pela continuidade da infração.”

Este é o relatório.

## **VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA LUCIA HELENA SALGADO E SILVA**

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

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

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

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

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

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

A priori, não há como se dizer qual seja o tipo de remédio ideal a ser aplicado<sup>35</sup>. O quadro-resumo acima mostra que das soluções possíveis nenhuma se apresenta como claramente superior. Somente a quantificação, em cada caso, de custos e benefícios de cada alternativa permitiria a melhor escolha. Esse cálculo, sabe-se, não é trivial e demanda tempo e informações, recursos escassos no Sistema de Defesa da Concorrência.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## Mercado Relevante

### 1.1. Dimensão Produto

Muitas das considerações que farei sobre a definição de mercado relevante, assim como sobre a dinâmica concorrencial no mercado afetado pela operação partem de estudos em organização industrial sobre a indústria cervejeira<sup>39</sup>, notadamente os artigos de Kenneth Elzinga<sup>40</sup> e Douglas Greer<sup>41</sup>. Neste caso em particular, a situação norte-americana em muito se assemelha à brasileira, sobretudo por conta da dimensão continental de ambos os mercados e seu tamanho absoluto, que delineiam o jogo competitivo em cada ambiente; constitui, portanto, procedimento metodologicamente correto assumir que várias das hipóteses e conclusões de estudos norte-americanos aplicam-se sem maior dificuldade ao caso brasileiro.

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

---

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

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

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



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

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

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

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

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

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

## 1.2. Dimensão Geográfica

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

No Brasil como nos Estados Unidos, as marcas regionais desempenharam algum papel no passado. Lá, o vigor dos mercados regionais conferiu importância às marcas regionais até o final dos anos 80, quando consolidou-se a tendência à orientação nacional dessa indústria. Outro fator importante tem sido a aplicação da legislação antitruste naquele país, que incentiva as empresas a buscar o crescimento interno e o aumento de eficiência como estratégia de expansão, em oposição ao crescimento por aquisição<sup>42</sup>. No Brasil, ao con-

---

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

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

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

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

Tabela 1

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

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

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

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

Tabela 2

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

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

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

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

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

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

Tabela 3

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

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

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

Nota: (1) estimado

Tabela 4

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

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

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

Nota: (1) estimado

Uma das razões para a consolidação da indústria em um oligopólio diferenciado são as economias de escala. Uma notória pesquisa conduzida por Sherer resultou na definição do tamanho mínimo eficiente de planta de 4.5 milhões de barris; já uma planta 1/3 menor teria custos 5% mais altos.<sup>43</sup> Das economias de escala ao nível da firma, associadas a operações multiplantas, a de propaganda é a mais importante. Tais economias dão a uma empresa com 3 a 4 plantas substanciais vantagens sobre uma com apenas uma planta. Assim, razões técnicas explicariam a predominância de plantas com capacidade para produzir em torno de 4.5 milhões de barris e firmas com 4 plantas em média<sup>44</sup>.

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

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

Os estudos mencionados neste voto sobre a indústria de cerveja indicam que há um forte declínio dos custos até um tamanho de planta de 1.467 milhões de hectolitros<sup>45</sup>. A partir deste ponto, a taxa de redução de custos é muito pequena, de modo que a diferença entre a planta ótima de longo prazo e a planta eficiente de entrada em termos de volume é muito grande, mas é muito pequena em termos de diferencial de custos.

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

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

A indústria de cerveja é um caso proverbial de diferenciação por imagem, onde se obteve forte resposta subjetiva do consumidor. É ilustrativa a origem da segmentação de mercado com a criação do estrato “prêmio”. A Anheuser-Bush estabeleceu desde meados do século a estratégia de distribuição nacional de seu produto, a partir de uma única planta - no que foi seguida por outras cervejarias -<sup>46</sup> e para cobrir os custos da distribuição cobrando um preço mais elevado do que o usual, teve que convencer o consumidor de que este estava adquirindo um produto de qualidade superior (prêmio). Outro exemplo de criação bem sucedida de imagem é a Lite da Cervejaria Miller, marca responsável pela expansão da cervejaria nos anos 70, que tem menor quantidade de todos os ingredientes - e por isso tem um custo de produção mais baixo - e desde o primeiro momento seu preço foi colocado ao nível prêmio<sup>47</sup>. Uma estratégia que reforça a imagem prêmio de uma cervejaria - além de ocupar o espaço limitado das gôndolas dos distribuidores - é a proliferação de marcas; como o lançamento de novas marcas implica consideráveis gastos, tanto fixos como não recuperáveis (sunk costs), apenas grandes empresas dispõe dos recursos necessários para adotar a estratégia. Este é um

---

ponto as economias de grande escala são plenamente exploradas. O ponto corresponde à planta de custo médio mínimo de longo prazo, ou planta ótima de longo prazo. 45 Feitas as transformações de unidade necessárias para comparar os estudos norte-americanos e as informações brasileiras, cujos dados são fornecidos, respectivamente, em barris e em hectolitros.

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

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

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

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

A Kaiser, por sua vez, apoiada na estrutura da Coca-Cola, sua controladora, tem empreendido agressiva estratégia de ocupação de mercado. Adotando intensa campanha de marketing e beneficiada pela estabilização da economia, que incorporou significativa massa de novos consumidores ao mercado, alcançou no ano passado a posição de marca líder no Estado de São Paulo<sup>48</sup>. Por concentrar seus esforços no segmento conhecido como “baixo preço” ou popular, abocanhou boa parte desse mercado ampliado - estimado em 30 milhões de novos consumidores - nos dois últimos anos. O mesmo desempenho apresentou a Cervejaria Schincariol que, a partir de uma única planta em Itu, São Paulo, detém hoje cerca de 5,6% do mercado nacional<sup>49</sup>.

Um aspecto importante a considerar para entender a mobilidade e a rivalidade que caracteriza esse mercado é a alta elasticidade-cruzada entre as cervejas<sup>50</sup>, o que indica uma lealdade à marca relativamente fraca. - em parte pela dificuldade que encontra o consumidor de diferenciar efetivamente as cervejas por suas características organolépticas -, o que impõe às cervejarias, em um oligopólio diferenciado como o que se trata, o desafio de disputar a preferência do consumidor através da constituição de imagem. Mais uma vez as grandes empresas saem em vantagens, por serem capazes de realizar economias de escala em promoção e propaganda.

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

---

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

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

50 ver pag. 17.

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

Há fortes indicações, contudo, de que essa realidade vem se alterando, uma vez que as três maiores empresas da indústria de cervejas e refrigerantes - Brahma, Antarctica e Coca-Cola - vêm promovendo um processo de reestruturação de suas redes de distribuição, incentivando fusões entre os distribuidores e descredenciando os que apresentam desempenho de vendas mais fraco. A Antarctica já teve 900 distribuidores, hoje opera com 700 e pretende em 5 anos operar com apenas 300<sup>51</sup>. Assim, uma nova realidade que se delineia nesse mercado é a disponibilidade de considerável número de distribuidores com experiência no ramo.

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

---

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



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

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

De acordo com as barreiras à entrada, as indústrias podem ser classificadas em três tipos<sup>53</sup>:

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

De acordo com Bain e Qualls,

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

---

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

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

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

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

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

A reconsideração de Milgrom-Roberts para esse modelo baseia-se na assimetria de informação entre a instalada e a entrante. A instalada cobra um preço baixo não porque tem uma grande capacidade produtiva, mas porque tenta convencer que a demanda no mercado ou seu custo marginal é muito baixo<sup>54</sup>.

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

---

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

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

Além de proliferação de marcas<sup>56</sup>, a propaganda também pode ser usada como arma para impedir entrada, por torná-la mais custosa, elevando o custo fixo a ser arcado pela entrante sobre um volume menor de vendas.

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

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

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

---

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

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

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

#### 4. A Jurisprudência Internacional

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

59 378 US 158, (1964).

60 FTC 1174, 1279 (1979).

#### 4.1. Padrões legais aplicáveis a Joint ventures

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

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

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

#### 4.2. Quatro tipos mais comuns de joint ventures

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

Uma joint venture é totalmente integrada quando todos os aspectos de uma linha de negócios, incluindo produção, distribuição, marketing e vendas. Esse tipo de empreendimento assemelha-se a uma fusão completa das operações das controladoras naquela linha de negócios. Nesse caso é sujeita a mesma análise que fusões, sob a seção 7 do Clayton Act<sup>61</sup>.

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

---

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

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

As joint ventures de pesquisa também oferecem em geral benefícios pró-competitivos. Tais empreendimentos incluem o compartilhamento de riscos envolvidos em P&D, aumento de economias de escala além do que as firmas poderiam fazer individualmente, agregação de informações importantes e habilidades complementares e desincentivo ao comportamento free rider, ao incluir prováveis usuários finais do programa de P&D nos esforços de pesquisa e no compartilhamento dos custos. As autoridades antitruste em geral vêem com benevolência esse tipo de joint venture, vis a vis outras modalidades. Essa abordagem mais leniente foi codificada na Lei Nacional de Pesquisa Cooperativa de 1984, modificada em 1994 para permitir arranjos adicionais de produção e distribuição<sup>62</sup>.

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

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

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

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

---

62 NCRA - National Cooperative Research Act, 1984.

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

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

#### 4.3. Análise das Restrições Colaterais

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

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

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

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

São os seguintes os tipos mais comuns de restrições colaterais:

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



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

#### 4.4. Operações envolvendo Competidores Potenciais

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

##### i. Eliminação da Competição Potencial Percebida

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

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

##### ii. Eliminação da Competição Potencial Efetiva

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

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

---

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

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

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

Os tribunais norte-americanos costumam adotar dois pré-requisitos para aceitar alegações com base em ambas as teorias: o 1º é que o mercado relevante seja concentrado. Como sustentou a Suprema Corte no caso *Marine Bancorporation*: “a doutrina da competição potencial tem significado apenas se aplicada a mercados concentrados (...) onde há participantes dominantes (...) engajados em comportamento interdependente ou paralelo e com capacidade efetiva de determinar preço e produção de bens e serviços<sup>64</sup>. A Corte sustentou que a evidência de alta concentração (três firmas controlando 92% do mercado relevante) estabelece *prima facie* que o mercado é um candidato à doutrina da competição potencial percebida.

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

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

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

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

---

64 418 US at 630-31.

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

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

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

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

## 5. Significado da Operação

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

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

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

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

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

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

A pressão competitiva sobre as líderes de mercado não adveio, no novo ambiente econômico, do ressurgimento de pequenas cervejarias, dedicadas à exploração de nichos de mercado<sup>65</sup>. A pressão surgiu quando, com a explosão de consumo de 1994, que elevou a demanda em quase 30%, não havia disponibilidade de capacidade produtiva para atender tal demanda, que foi satisfeita pelas importações. Ao mesmo tempo, as maiores cervejarias do mundo passaram a manifestar seu interesse no mercado brasileiro, qualificando-se como potenciais entrantes efetivas no mercado. Não passaram despercebidos das empresas líderes os novos desafios impostos pela competição fortalecida pelas importações e pela potencial entrada das grandes cervejarias mundiais. Em particular a Antarctica procurou reforçar sua estratégia de proliferação de marcas lançando duas marcas no segmento prêmio, conseguindo assim reforçar sua imagem de qualidade e marcar sua presença também no novo segmento<sup>66</sup>. A competição das importações representou se não uma ameaça efetiva a posições de mercado detidas, ao menos um alerta e um incômodo a serem considerados e enfrentados.

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

---

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

66 Conforme depoimento da empresa na audiência realizada no CADE.

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

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

Tabela 5

Capacidade Produtiva Média Estimada, por Marca de Cerveja

em milhões de hl

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

Fonte: Antarctica apud SEAE (fls. 415).

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

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

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

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

Tabela 6  
Maiores Cervejarias no Mercado Mundial. 1990-1994

milhões de hl/a

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

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

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

Tabela 7  
Marcas mais Consumidas

milhões de hl/a

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

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

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

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

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

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

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



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

### 5. Eficiências Alegadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

cesso de capacidade instalada (de cerca de \*). As informações prestadas pela Antarctica relativas à produção realizada em 1996 ratificam tal entendimento, ao demonstrar que o volume produzido atingiu \* de utilização da estrutura produtiva no primeiro semestre, reduziu-se para \* no segundo semestre, sofreu ligeira queda no terceiro trimestre atingindo \*, tendo recuperado-se e alcançado \* no último trimestre daquele ano<sup>68</sup>.

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

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

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

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

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

---

68 Os asteriscos correspondem a informações confidenciais suprimidas.

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

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

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

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

## 6. Avaliação da Possibilidade de Entrada.

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

O mercado de cerveja foi por anos sub-abastecido<sup>69</sup>. A preocupação com a expansão da capacidade foi uma reação ao crescimento explosivo da demanda, após a estabilização econômica, quando a oferta interna não foi capaz de atender à demanda e, por consequência, cresceram exponencialmente as importações (atingindo em 1995 o nível de 4% da oferta interna). Ao mesmo tempo, estava presente a ameaça de entrada das grandes cervejarias mundiais, que viam com interesse as perspectivas do mercado brasileiro. Uma eventual estratégia de detenção da entrada por meio de expansão de capacidade seria custosa, dado o ritmo de expansão do mercado e necessidade de aumentar eficiência - muitas das plantas que foram adquiridas ao longo do tempo estão sendo fechadas agora, por conta da exigência de eficiência imposta pelo acirramento da concorrência. A maneira mais factível de domesticar a entrada seria entrar em acordo com as entrantes, estabelecendo espaços de atuação e discriminação de preços. A estratégia de detenção de entrada por expansão de capacidade não parece ter se mostrado viável, por conta da taxa de expansão do mercado. O exercício abaixo procura demonstrar este ponto, assim como apresentar as condições de entrada diante das estimativas de expansão da demanda, considerando unicamente a variável capacidade produtiva da planta eficiente.

Partindo-se do modelo clássico de preço-limite e utilizando-se o postulado de Sylos<sup>70</sup>, pode-se construir quatro cenários diferentes sobre a possibilidade de entrada de novos concorrentes. O uso do postulado é justificado pela característica de alta elasticidade-preço cruzada entre as marcas verificada neste mercado e assumida pelas Requerentes<sup>71</sup>. No primeiro cenário usam-se as estimativas de expansão da demanda até o ano 2000 fornecidas pela Antarctica (fls. 45), cuja fonte é a Nielsen. No segundo cenário utilizam-

---

69 Como reconheceu a Antarctica na audiência realizada no CADE.

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

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

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

Tabela 7

Estimativa de Evolução do Consumo. 1995-2000

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

Fonte: Nilsen (fls. 45)

Tabela 8

Estimativa de Evolução do Consumo. 1995-2001

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

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

### Cenário 1

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

## Cenário 2

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

## Cenário 3

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

## Cenário 4

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

### i. Conclusões do exercício

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

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

### 7. Com relação aos Contratos firmados entre as partes.

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

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

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

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

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

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

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

Espaço: território nacional.

Vigência do contrato: início: 22.04.96

Permanecerá em pleno vigor e efeito até que:

(i) as partes decidam, de comum acordo, rescindí-lo;

(ii) o Contrato de Licenciamento firmado entre a ABII e a BBL seja rescindido por qualquer razão, por qualquer das partes, com ou sem justa causa;

(iii) o Contrato de Associação da BBL tenha sido rescindido ou expirado de acordo com seus próprios termos (trata-se de contrato celebrado em 22.04.96 entre a ANTARCTICA e a ANHEUSER-BUSCH WORLD TRADE LTD. - A-BWT-, em que estas empresas concordaram que o objeto social da BBL será comercializar, vender e distribuir a cerveja BUDWEISER no Brasil. A A-BWT é uma afiliada da ABII); ou

(iv) uma das partes descumpra quaisquer de suas obrigações sob o presente Contrato e (se na hipótese de tal inadimplemento ser sanável) tal inadimplemento não seja sanado por um período de 30 dias após notificação por escrito

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Término: Enquanto as marcas licenciadas forem válidas no Brasil.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 8. Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

prazo previsto de 11 meses. Adicionalmente, como já comentado, o processo de reestruturação e enxugamento de suas redes de distribuição realizado pela Brahma, Antarctica e pelo grupo Coca-Cola disponibilizará ao mercado expressivo número de distribuidores com larga experiência e familiaridade como o mercado brasileiro. Não será necessário para uma nova entrante de grande porte partir do zero para a construção de uma rede própria de distribuição, mas sim organizar e treinar os distribuidores disponíveis no mercado, tarefa obviamente só realizável por empresa de grande porte<sup>72</sup>. Não a tã somente a Kaiser sob o manto da Coca-Cola pôde galgar espaço no mercado em escala nacional e isto apenas após a estabilização econômica, que trouxe milhões de novos consumidores ao mercado.

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

## 9. Decisão

Isto posto, decido:

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

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

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

---

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

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

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

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

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

É o meu voto.

## **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 Antarctica & 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



**VOTO DO CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA**

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

“Senhor Presidente, Senhora Conselheira Relatora. Os órgãos colegiados têm algumas leis não escritas, de convívio cordial entre os quais da cortesia no caso da vista. Todavia, o meu caríssimo Conselheiro Barrionuevo vai entender no conteúdo do meu Voto, que será sintético, que não é por impaciência com seu ponto de vista que eu o profiro por antecipação.

Senhor Presidente, o meu cinquenta por cento italiano de DNA me impele a proximidade mas me agrada mais uma expressão britânica que nos ensina o seguinte: “never explain, never complain, never apologise”. Eu, como juiz, não me considero obrigado a explicações à ninguém, a não ser à minha consciência a meus colegas e à opinião pública que merece, mas me obrigo a algumas considerações laterais a respeito da votação no caso Muller onde eu acompanhei o nobre Conselheiro Relator.

Em primeiro lugar o meu louvor à imprensa; e quando me refiro à imprensa quero deixar muito específico as setoristas e os setoristas que com tanto sacrifício pessoal vêm cobrindo essa matéria desde a semana passada e realizando façanhas, pois sabemos que os jornais de grande circulação têm horários de fechamento muito estritos. Semana passada realmente deram eles uma lição de profissionalismo que merece louvor.

Que não tem nada a ver com alguns comentários de pessoas desavisadas, até professores de economia que, não tendo participado, não conhecendo a decisão, certamente treslando as matérias (porque os setoristas foram absolutamente impecáveis) - que se animaram a críticas que normalmente agente, já em certo momento da vida, tende a não se preocupar. Porque não são críticas, são adjetivos e adjetivos não se discute.

Este Plenário foi acusado de (vou usar uma expressão que eu ouvi em uma das sustentações orais ) xenofobia e de não ter simpatia por “joint ventures”. Quanto as joint ventures, e podíamos multiplicar aquelas que este Plenário já aprovou, o fato notório, para quem acompanha as Sessões, para quem se interessa pelas decisões do CADE, é de que a nossa clientela, basicamente, é feita de multinacionais. E não se tem notícia de que o CADE seja um algoz, ao menos com essa sua atual composição, um algoz das multinacionais.

Meu voto, como os Votos do Relator Renault e da Relatora Lucia Helena, foi exatamente no sentido oposto - todos querendo mais investimento externo, mais empregos, mais tributos, mais concorrência. Quem vir xenofobia



bia ao capital estrangeiro aqui, realmente para ser eufêmico, é um ser humano desavisado.

Sou obrigado a comentar um tema ferido pelo ilustre patrono, creio que da Budweiser que me deixou, no início, muito esperançoso em aprender, porque Sua Senhoria ameaçou dar-nos uma lição sobre a competência do CADE e os limites de atuação do CADE. Infelizmente eu me frustei, porque não aprendi mais do que já sabia, desde que fui sabatinado pelo Senado a respeito do funcionamento desse órgão.

O que foi ferido aqui, foi o tema do capital estrangeiro, em sede constitucional. Ora Senhor Presidente, - veja como a vida tem coincidências pois, parafraseando meu saudoso mestre, o ex-senador e ex-ministro Mem de Sá, eu diria que precisamente a matéria de direito constitucional, é aquela em que a minha ignorância é menos maciça, já que acontece ser eu, professor licenciado da cadeira de direito constitucional da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, que é a mais antiga do Brasil e certamente não é caracterizada pela ignorância ou incompetência de seus ex-alunos. Também, a presença no CADE não me impediu de continuar lecionando no mestrado da PUC/RS onde, por coincidência, eu sou orientador de uma tese de uma dissertação precisamente sobre a eficácia das normas programáticas da Constituição. Constituição é algo sério demais para se pinçar um artigo, ler a metade e tentar aplicá-la. As normas que tratam da ordem econômica são esquizofrênicas todos nós sabemos disso. Ler em conjunto os artigos 170, 172, 173, 219 e artigo 1º, desafia hermenêutica complicada pois temos em jogo normas de eficácia diferentes a seguir a lição italiana adotada aqui pelo meu caríssimo amigo e colega professor José Afonso da Silva. Temos misturadas normas programáticas, normas de eficácia absoluta, normas de eficácia limitada, normas de eficácia plena, normas de eficácia contida. Ao mesmo tempo estabelece a Carta uma hierarquia de valores no artigo 172, onde temos, em três níveis, os fundamentos da ordem econômica, depois os fins da ordem econômica, depois os princípios que instrumentam tais fins. Não é, assim, uma tarefa ligeira o exame constitucional - e como eu não desejo polemizar com o ilustre patrono, eu me reservo esse assunto para tratar com os meus alunos e minhas alunas recém formados na Escola Superior do Ministério Público. Finalmente acho que também já aprendi qual o papel da SEAE. Antes do início da Sessão. A SEAE é um órgão da maior respeitabilidade, da maior seriedade técnica que tem muito contribuído para as nossas decisões. Agora, data vênua, compará-la com o juge d'instruction francês, como quer o Ilustre patrono da Budweiser, ultrapassa os limites da imaginação jurídica. No direito do Congo, sob Mobuto ou não, quiçá, ignoramos. Mas, no direito francês não. Portanto, não me comove essa analogia muito embora tenha estudado

o parecer da SEAE com todo o respeito que ela sempre mereça. Passo a comentar, agora sim, dois pontos absolutamente fundamentais que foram tocados pelo ilustre patrono da Antártica: o problema das semelhanças e dessemelhanças desta transação, com a da Brahma; e o problema do conceito de teoria e prática da concorrência potencial.

Pelo respeito profissional que tenho por Sua Senhoria, é que comento aqui o último memorial que recebi ontem a tarde, do qual, me permito citar a mais importante passagem quando na primeira página (eu não vou tentar traduzir), dizia, citando Enzo Moavero Milanesi: “...é opportuno non attribuirgli (a tese) una portata eccessiva: com il rischio di echivocare la potenzialità com la mera hipotecicità della instaurazione di una relazione competitiva tra le aziende. Se si dà al concetto di concorrenza potenziale un'interpretazione di una portata troppo ampia, si corre il rischio di concludere -per eccesso- che ogni imprenditore che disponga di una sufficiente liquidità, possa rappresentare un concorrente potenziale di qualsiasi altro. Egli in effetti potrebbe entrare su qualunque mercato esistente, anche se affatto estraneo alle proprie attività.” Eu não conheço o contexto da obra como gostaria, mas marquei dois pontos: a- o risco de “uma portata tropo ampla”, certamente está fora do Voto de Sua Excelência, no caso concreto, na forma em que construiu e aplicou o conceito de concorrente potencial; b- muito menos “se corre o risco de qualquer empreendedor”, com grande liquidez, possa apresentar ameaça, como se, no caso concreto, bastasse a liquidez abundante de um Trump, de um Turner, ou do Sultão de Brunei, para sobressalto do mercado respectivo. Em suma, não se trata aqui, de “qualunque mercato”, ou de “ogni imprenditore”. Quanto as citações de Bain e Sullivan, igualmente não me comoveram.

Amadureci muito esse tema, Senhor Presidente, desde antes na votação do caso da Brahma e creio, realmente, muito feliz a expressão da Relatora quando fala da domesticação da concorrência.

Finalmente, como não sou economista, edifiquei-me com o ensaio da TIME Magazine de há duas semanas com o título “Why I am not an economist” e o subtítulo, “They are doomed to explain the unexplainable”. Vale uma frase que inicia dizendo “que a coisa reveladora a respeito de estar fechado num quarto com seis economistas, por um dia inteiro, não é só descobrir que você pode continuar acordado, mas descobrir quão pouco eles realmente sabem.” Eu sempre tive muito respeito pelo jargão econômico e o sentimento de que poucas profissões são tão autocríticas das suas limitações como a dos economistas. Há um debate celebre que ocorrido há mais ou menos 3 ou 4, anos na Folha, entre Mário Henrique Simonsen e Luiz Gonzaga Belluzzo, sobre os aspectos epistemológicos da economia, em que até o Dr. Delfim entrou depois, do lado mais cético. E o debate mostrou o quê ? Que a economia,

como qualquer ciência social, não é uma ciência exata, o que é o óbvio (eu durante décadas tenho sido acusado dessa coisa horrorosa chamada de cientista político, invenção dos Beauvoristas americanos da década de 20, que não existe. O sujeito que se diz cientista político é o que não sabe o que é ciência política.).

Os economistas com todas as suas leis, postulados, axiomas, curvas, efeitos, cujos modelos aspiram captar a realidade, fazem algo simples, desde que se estabeleceu um método científico na base da indução. Da observação a experimentação, da experimentação à generalização, culminando com a lei científica. No caso da economia, o conjunto de condutas do Estado ou dos agentes econômicos, repetidas ao longo do tempo, estariam a apontar para certas direções estabelecendo “as leis econômicas”. A maior ou menor previsibilidade, baseada em expectativas racionais, suporia a interação entre os diversos agentes e as conseqüências correspondentes. Está implícito, que depois da física quântica, só com generosidade se pode falar em “lei científica”.

Isto posto, comparece a sensibilidade do juiz, que utiliza uma forma superior de conhecimento, embora menos ambiciosa, que é a intuição, isto é, no dizer de Bergson, “a apreensão direta e imediata do ser”. Daí, a atenção com o que acompanhei todos os argumentos econômicos do processo, buscando o amadurecimento para, ao abrigo do Código de Processo Civil, decidir por livre convicção motivada. Ou, ainda, quando no artigo 335, comanda ao juiz a aplicação das “regras da experiência comum, subministradas pela observação do que ordinariamente ocorre e, ainda, as regras da experiência técnica”...

Por todo o exposto, e pelo o que demais consta no processo, firmei minha convicção de que a operação, como no caso *Brahma/Muller*, é lesiva à concorrência.

Aplaudo o capital estrangeiro quando ele vem investir, criar empregos, proporcionar tributos, aportar tecnologia e distribuir renda. Mas não quando realiza um casamento de conveniência, com outra empresa que embora brasileira, tem como sub produto, a concentração e a diminuição da concorrência.

Pelo que, acompanho a Conselheira Relatora nos termos precisos e totais do seu voto.

É o voto.”

**VOTO DO CONSELHEIRO RENAULT DE FREITAS CASTRO**

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

1. O relatório e o voto da Conselheira-Relatora são de alta qualidade, como de hábito, baseados em profunda pesquisa, e, sem dúvida, enriquecem o acervo de decisões do CADE.

2. O caso em julgamento refere-se a uma aliança estratégica com claros motivos relacionados à busca de vantagens de horizontalizarão e de poder de mercado, dentre outros, beneficiando-se principalmente a Anheuser-Busch das características de empresa dominante da Antártica, bem como das economias de escala de distribuição e, em maior proporção, de produção da Antártica.

3. O fato de haver participação acionária não altera essencialmente a característica de aliança estratégica dessa operação. A literatura mostra que pequenas participações acionárias ocorrem em alguns casos de alianças estratégicas, prevalecendo, no entanto, características como baixo risco, baixo grau de envolvimento das empresas, baixo nível de investimentos etc.

4. Restou mais uma vez demonstrado que a definição de mercado relevante não pode ser outra, sob pena de desvirtuação desse conceito, que, sem entrar em maiores detalhes, deve ser entendido como o conjunto de produtos com razoáveis condições de substituíbilidade entre si. Creio estar claro que o questionamento da definição de mercado relevante é, no caso, infundado, e, ousado dizer, até desnecessário, porquanto sequer foi aventada a possibilidade de que uma definição mais ou menos restrita levaria a divergências fundamentais na avaliação da questão.

5. É meu entendimento que a presença da Anheuser-Busch no Brasil, com a marca Budweiser, anteriormente à associação com a Antártica, era, por si só, indicador bastante para demonstrar o interesse dessa Empresa pelo mercado brasileiro, como veio a confirmar sua associação com a Antártica. Esse interesse, aliado ao porte dessa Empresa e sua clara estratégia mundial de penetrar em mercados novos ou emergentes são fatores que a qualificam como competidor potencial da Antártica, entendendo esse conceito como aplicável àquele competidor que, mesmo não participando efetivamente do mercado relevante em um dado momento, nele pode vir a entrar, competindo com as empresas dominantes, caso se verifiquem algumas condições, principalmente no que se refere à existência de perspectivas claras de lucros, proporcionadas, por exemplo, por abusos de poder das empresas dominantes (e.g. margens excessivamente elevadas).

6. Considero um absurdo aceitar-se a existência de estruturas concentradas de outros mercados nacionais como “justificativa” para um ato de concentração que ocorre no mercado brasileiro. Ainda assim, destaco a importância do ponto levantado pela Procuradoria comparando o mercado brasileiro de cerveja com o norte-americano, lembrando que é radicalmente diferente a questão de controle ou propriedade sobre o sistema de distribuição nos dois países. Como se sabe, o sistema de distribuição foi considerado como uma das principais barreiras à entrada de novos concorrentes e no Brasil, ao contrário dos Estados Unidos, esse sistema pertence às empresas dominantes.

7. A propósito, ao visar principalmente beneficiar-se do sistema de distribuição da Antarctica, a Anheuser-Busch contribui para que a operação ganhe características de constituição de um agente distribuidor em comum com a Antarctica (“joint sales agent”), fato que é, segundo um consagrado especialista, considerado nos EUA um clássico artifício de cartéis, dificilmente justificável do ponto de vista econômico, em especial no caso de empresas com elevado poder de mercado (cf. BRODLEY, J. F., *Antitrust Law and Innovation Cooperation*, Journal of Economic Perspectives, vol. 4, nº 4, Summer 1990, p. 75-96).

8. Como demonstrado pela Conselheira-Relatora, a operação não preenche as condições do parágrafo 1º do art. 54, sendo insignificantes as contribuições da operação em termos de investimentos, aumento de capacidade produtiva, tecnologia e qualidade do produto. No caso da qualidade do produto, vale dizer que, sem desmerecer o produto, a Budweiser não pode sequer ser rigorosamente classificada como premium, sendo muito mais adequadamente classificada como uma cerveja pilsen comum.

9. Sinto-me honrado em verificar que a linha de argumentação e análise seguida pela Conselheira-Relatora guarda total coerência com aquela por mim utilizada no caso Brahma/Miller (A.C. nº 58/95), embora com elementos mais ricos e com análise mais metódica e profunda.

10. Assim, acompanho integralmente a decisão da Ilustre Conselheira-Relatora.

É o voto.”

**VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO FILHO**

PROFERIDO NA 44ª SESSÃO ORDINÁRIA REALIZADA EM 09 DE JULHO DE 1997

“1. A associação entre as cervejarias Cia. Antártica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos e a Anheuser Bush International Inc. (ABII) - através da transferência das participações das empresas integrantes do Grupo Antártica para uma nova empresa, a Antártica Empreendimentos e Participações (ANEP), onde a ABII participará em até 29,68% do capital, e da constituição da joint venture Budweiser do Brasil Ltda. controlada pela ABII e pela Cia. Antártica Paulista - está em exame neste conselho, sendo objeto do Ato de Concentração n.º 83/96.

2. O acordo entre as empresas, cuja abrangência está descrita na fl. 2 do Relatório da Conselheira Relatora, inclui transferência de capacitação gerencial (marketing, planejamento, logística etc.), acordos de introdução de novas marcas e de produção. Além disso, a ABII se compromete a cooperar com a Antártica na introdução de seus produtos no exterior. O acordo vigora por prazo indeterminado.

3. A estratégia de expansão da Anheuser-Bush, conforme o Relatório (fl. 7), caracteriza-se pela aquisição de participação em empresas japonesas, mexicanas, argentinas, brasileiras<sup>73</sup> e pela compra de controle de uma empresa inglesa. No caso brasileiro, a associação após a busca de entendimentos com a Brahma, concretizou-se via participação minoritária na Antártica, com a constituição da ANEP.

4. Observe-se que a SEAE e a SDE não consideraram a operação lesiva à concorrência, dada a participação de 0,4% (ano de 1995) da Budweiser no mercado nacional de cervejas, definido como o mercado relevante.

5. A avaliação desta operação baseia-se no Art. 54 da Lei 8.884/94, que afirma em seu caput que os atos que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado relevante (inclusive atos de concentração como coloca o § 3.º) devem ser apreciados pelo CADE. Caso ele limite ou prejudique a concorrência, fará sentido, então, o exame das eficiências trazidas pela operação, no sentido de avaliar sua autorização.

6. Para discutir os efeitos sobre a concorrência desta operação, devemos abordar os seguintes tópicos:

---

73 Como veremos mais à frente, a estratégia da ABII tem sido a de penetrar outros mercados via associações que envolvem, ou não, a participação acionária minoritária em outras empresas.

- Mercado Relevante Geográfico e de Produto;
- Características do Processo Competitivo na Indústria Cervejeira;
- Barreiras à Entrada e Alianças na Indústria Cervejeira;
- A Relevância da Concorrência Potencial.

Esta análise permitirá chegar à conclusão que o presente ato de concentração não é lesivo ao processo competitivo, antes pelo contrário, amplia a forte rivalidade já existente neste mercado, não havendo a priori motivos para estudo de eficiências.

7. Finalmente, nesta introdução, é importante colocar que especialmente no caso da Concorrência Potencial, nos socorreremos da jurisprudência internacional para aproveitar a experiência de outras autoridades de defesa da concorrência. Embora não se possa fazer transposição mecânica de conceitos desenvolvidos em um sistema jurídico para outro, a análise das decisões auxilia o entendimento dos conceitos utilizados para o seu embasamento. Permite assim, o aproveitamento adequado da experiência internacional, evitando também, o uso abusivo da mesma.

### 1. Mercado Relevante

8.O parecer da SEAE define como mercado relevante o mercado brasileiro de cervejas. Certamente, os custos de importação, a tarifa aduaneira de 20%, a fixação de marcas com características organolépticas já aceitas pelos consumidores<sup>74</sup> dificulta a substitutibilidade do produto nacional por bens importados, indicando o mercado nacional como dimensão geográfica do mercado relevante. O voto da Relatora aponta estudos sobre elasticidades cruzadas nos EUA, onde se menciona uma baixa elasticidade entre cervejas e outras bebidas.

9.Todavia, não há nenhuma informação que possibilite discutir a possibilidade de segmentar o mercado de cervejas em comum e premium. Não existem referências sobre a elasticidade cruzada entre estes tipos de cervejas. Dada a inexistência de informações e, apesar da grande diferença de preço entre elas (acima de 40%), seguiremos a solução adotada pela Comissão Europeia em Interbrew e Carlsberg<sup>75</sup>, de não aprofundar esta discussão porque

---

74 O mercado de cervejas nos principais países desenvolvidos mostra reduzida penetração das importações, vide Sutton, J. 1991. *Sunk Costs and Market Structure*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

75 Vide Comissão Europeia. 1995. *XXIV Relatório sobre a Política de Concorrência*. Bruxelas: Comissão Europeia.

ela não interferiria no resultado da decisão, aceitando o mercado de cervejas como um todo como o mercado relevante.

10. Em reunião realizada no CADE em 26/06/97, com técnicos do BNDES, Grupo Antártica e ABII, consideraram eles que o mercado de cervejas pode ser segmentado, com as classes C e D sendo mais sensíveis à preço, entre as marcas conhecidas, consumindo principalmente cervejas comuns (tipo pilsen), enquanto as classes A e B, consumiriam a premium, sendo mais fiéis à marca e menos sensíveis a preço

11. Assim, mesmo que provisoriamente estejamos aceitando o mercado de cervejas, indiferenciado, como o mercado relevante, deve-se observar a precariedade desta posição<sup>76</sup>. Contudo, é importante ressaltar que dada a menor elasticidade da premium a preço, o gasto em publicidade torna-se ainda mais importante neste segmento.

12. Finalmente, deve-se observar ainda que o Voto da Relatora constata um forte crescimento do consumo após o Plano Real (de 33,6%), que em sua opinião deve perdurar pelos próximos anos. Todavia, esta pressuposição de crescimento não é consensual, havendo divergências entre as hipóteses da Nielsen e do BNDES a respeito. Também o parecer do Prof. Dr. Luciano Coutinho (fl. 18) não encontra motivos para tal otimismo, dada a incorporação dos ganhos ocasionados pelo final da inflação para as classes C e D, no nível atual de demanda.

## 2. Características do Processo Competitivo na Indústria Cervejeira

13. O mercado brasileiro de cervejas é caracterizado por grande rivalidade existente entre Brahma e Antártica e pela dificuldade de entrada, como já foi reconhecido no Voto e Relatório (fl. 21) do Conselheiro Renault de Castro no caso Brahma-Miller.

---

<sup>76</sup> O parecer (fl. 35). do Prof. Dr. Mário Possas vai mais além e entende que os mercados deveriam ser separados.



Tabela 1  
Participação no Mercado Brasileiro de Cervejas

| Empresa     | 1989  | 1990  | 1991  | 1992  | 1993  | 1994  | 1995  | 1996  | 1995/1989 |        |
|-------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-----------|--------|
| Brahma/Skol | 50,3  | 50,8  | 51,3  | 51,5  | 51,2  | 50,1  | 46,6  | 48,2  | - 2,1     | - 5%   |
| Antártica   | 40,8  | 37,8  | 35,1  | 34,0  | 31,5  | 30,2  | 31,9  | 25,7  | - 15,1    | - 37%  |
| Kayser      | 7,9   | 9,8   | 11,6  | 11,5  | 13,6  | 13,9  | 14,6  | 16,0  | 8,1       | 102%   |
| Schincariol | 0,2   | 0,8   | 1,2   | 2,1   | 3,8   | 4,7   | 5,4   | 5,2   | 5,0       | 2.500% |
| Outras      | 0,8   | 0,8   | 0,8   | 0,9   | 0,9   | 1,1   | 1,5   | 4,3   | 3,5       | 337%   |
| HHI         | 4.258 | 4.107 | 4.000 | 3.946 | 3.814 | 3.639 | 3.434 | 3.266 | - 824     |        |

Fonte: Instituto Nielsen, CADE, parecer de Elizabeth Farina e Gazeta Mercantil, Panorama Setorial 1997.

14. Esta interpretação consensual é confirmada empiricamente por duas observações, colocadas no parecer da Prof.a. Dra. Elizabeth M. Q. Farina (fls. 2 a 5):

a) após o Plano Real (julho/94 a maio/97), o aumento da demanda foi de superior a 30%, enquanto o preço de varejo da FIPE apresentou queda de 6% em termos reais, portanto, o “aumento de demanda se converteu em aumento da quantidade consumida, sem que houvesse elevação dos preços no período” (fl. 2), o que só pode ser explicado pelo ambiente competitivo desta indústria<sup>77</sup>; b) Como se pode ver na tabela 1, a concorrência entre as empresas incumbentes tem resultado em mudanças nas posições das líderes e desconcentração da oferta, medida pelo Herfindahl-Hirschman Index.

15. Tal competitividade pode ser justificada teoricamente e vários autores<sup>78</sup> colocam os fatores que dificultam a coordenação oligopolista, aumentando a concorrência, presentes nos mercados de cervejas, quais sejam: rápido crescimento do mercado, mercado segmentado, produto diferenciado, dispersão geográfica, elevada frequência de vendas, possibilidade de descontos, custos fixos elevados etc. Estes fatores levam tanto a um acirramento da competição por preços quanto a investimentos em publicidade e lançamento de novos produtos.

16. A caracterização da competição neste mercado, conforme as razões teóricas e empíricas - redução de preços concomitante ao aumento de demanda e alteração das participações de mercado, com queda significativa

77 A cerveja brasileira tem um dos preços FOB fábrica mais baixos do mundo, US\$ 49 por hectolitro, contra US\$ 64 nos EUA, US\$ 65 na Holanda e US\$ 83 na Espanha (vide Gazeta Mercantil-Panorama Setorial, 1997).

78 Vide Vickers (1996) e Rees (1996) in Farina, *op.cit* (fl. 9 e 10); Scherer e Ross, 1990. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 3d. Edition; Tirole, 1988. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge(Mass.): MIT Press.

das duas primeiras - não acompanha a interpretação do voto da Relatora. Esta afirma (fl. 24), em primeiro lugar, que a forma de competição dominante é a diferenciação de imagem via propaganda intensa e, posteriormente, que “É intensa a rivalidade entre as empresas líderes que alternam-se de tempo em tempo na primeira colocação. A lealdade à marca embora estimulada pelo esforço de construção de imagem através da propaganda é frágil e o consumidor médio é razoavelmente sensível a preços. Pode-se atribuir a essa característica do mercado a virtual ausência de competição via preços, que poderia implicar severas perdas para um oligopólio concentrado intensivo em propaganda.” (grifo nosso).

17.A discordância refere-se ao fato de que além da forte concorrência por gastos em publicidade existe, também, forte competição por preços. Não é consistente teoricamente o “consumidor médio ser razoavelmente sensível a preços”, com a “virtual ausência de competição via preços”, pois as empresas estariam se comportando irracionalmente, haja visto que poderiam ganhar mercado e lucros com esta prática.

18.Além disso, também se desconsiderou a tendência de redução de participação de mercado da Antártica (- 8,9% entre 1989 e 1997) e da Brahma/Skol (- 3,7% no mesmo período) e o crescimento de Kaiser e Schincariol. Conforme técnicos do BNDES e da Antártica na reunião supracitada, a participação da Kaiser foi conseguida com dois estratagemas: praticar preços 10 a 15% mais baixos do que Brahma e Antártica e, gastar o dobro na relação entre publicidade e faturamento. Portanto, pode-se concluir que houve subestimação do grau de concorrência neste mercado.

### 3. Barreiras à Entrada e Alianças na Indústria Cervejeira;

19.Os autores concordam em geral que as barreiras à entrada nesta indústria são os investimentos em: a) sistema de distribuição, b) campanha publicitária para fixação de marca e, c) capacidade produtiva. A existência destas barreiras tem levado à estruturas de mercado concentradas na maioria dos mercados e direcionado a estratégia de expansão das empresas internacionais à associação com marcas já estabelecidas localmente, como uma forma de reduzir o risco dos investimentos de entrada.

Tabela 2  
Participação de Mercado das Maiores Firms

| <b>País</b>       | <b>%Mercado (1986)</b> |
|-------------------|------------------------|
| Estados Unidos    |                        |
| Anheuser-Busch    | 39%                    |
| Miller Brewing Co | 21%                    |
| CR4               | 81%                    |
| Nº de Firms       | 67                     |
| Reino Unido       |                        |
| Bass PLC          | 23%                    |
| Allied Lyons PLC  | 13%                    |
| CR4               | 59%                    |
| Nº de Firms       | 171                    |
| Japão             |                        |
| Kirin Brewing Co  | 60%                    |
| Sapporo Breweries | 21%                    |
| CR4               | 97%                    |
| Nº de Firms       | 5                      |
| França            |                        |
| BSN               | 50%                    |
| SOGEBRA           | 25%                    |
| CR4               | 83%                    |
| Nº de Firms       | 33                     |

Fonte: Sutton, op. cit. (1991)

20. Na tabela 2 conforme dados de Sutton (1991), temos a configuração do setor de cervejas noutros países como os EUA, Grã-Bretanha, França e Japão<sup>79</sup>, com a participação das duas maiores firms, o CR4 e o número de firms. Pode-se ver que todos estes países tem estruturas de mercado concentradas, onde o CR4 é maior do 59% para todos. Para Sutton, os gastos em publicidade foram um aspecto fundamental para a integração nacional do mercado nos EUA e, para a liderança de Anheuser-Bush e Miller. As barreiras dadas pela rede de distribuição também não podem ser desprezadas. Em alguns países europeus, este problema é agravado por contratos de exclusividade entre cervejarias e bares.

79 Embora o caso da Alemanha seja diferente, este país passa por um processo de concentração, que o aproxima de outros casos.

21.Dadas as dificuldades de entrada em outros mercados nacionais, seja pelas características dos produtos já consumidos no país, seja pelo difícil acesso à rede de distribuição, a estratégia de globalização na indústria de cervejas tem seguido o caminho de alianças com empresas já estabelecidas. O Financial Times aponta que “A rede de ligações entre as cervejarias está se tornando extremamente complicada. Colegas em um mercado tornam-se concorrentes em outros. A Guinness distribuiu a Bess nos Estados Unidos, mas as suas cervejas stout são concorrentes no Reino Unido. Isso é tão misturado quanto uma luta de polvos, diz McDonnan da Miller. As cervejarias do mundo não têm amigos ou inimigos permanentes. Elas têm interesse permanente em ganhar dinheiro”.

Tabela 3  
Alianças Internacionais da Anheuser-Bush

| <b>País</b> | <b>Partner</b> | <b>Posição do Partner</b> | <b>% Mercado do Partner</b> | <b>% Mercado da A-B II</b> |
|-------------|----------------|---------------------------|-----------------------------|----------------------------|
| Argentina   | CCU-Arg.       | 1.º                       | 9%                          | 0,4%                       |
| Chile       | CCU-Arg.       | 2.º                       | 89%                         |                            |
| Canadá      | Labatt         | 2.º                       | 45%                         | 9,0%                       |
| China       | Investidores   | n.d.                      |                             | 0,4%                       |
| França      | Kronenburg     | 1.º                       | 42%                         | 0,2%                       |
| Irlanda     | Guinness       | 1.º                       | 79%                         | 12,0%                      |
| Itália      | Birra Peroni   | 2.º                       | 29%                         | 0,5%                       |
| Japão       | Kirin          | 1.º                       | 44%                         | 1,2%                       |
| Coréia      | Oriental       | 1.º                       | 41%                         | 1,1%                       |
| México      | Modelo         | 1.º                       | 55%                         | 0,2%                       |
| Filipinas   | Asia Brewery   | 2.º                       | 17%                         | 0,1%                       |
| Espanha     | Damm           | 3.º                       | 15%                         | 0,2%                       |
| Reino Unido | Courage        | 1.º                       | 28%                         | 2,7%                       |

Fonte: Anheuser-Bush

22.Podemos ver na tabela 3 que a Anheuser-Bush tem seguido a estratégia de associar-se a empresas líderes em vários mercados, nos países industrializados e naqueles em desenvolvimento. Os acordos podem ter várias formas, incluindo participação acionária, licenças de produção, distribuição ou marketing. É importante observar que os acordos são sempre realizados com empresas colocadas entre as quatro maiores já estabelecidas. A exceção é a China onde o mercado é altamente fragmentado.

23. Apenas no caso da Modelo mexicana, onde a ABII tem 50% da participação acionária; na Courage escocesa, onde a ABII detém em conjunto com a Brewing JV a companhia de marketing e; na China, onde também detém a parte de marketing, a participação acionária é importante. Os outros são acordos de produção e distribuição onde ela atinge no máximo 20% do capital acionário.

24. A associação Antártica e Anheuser-Bush segue o mesmo padrão internacional. Convém então, analisar como se apresentam concretamente as barreiras à entrada no mercado brasileiro, para que se possa formar um juízo preliminar a respeito das possibilidades de entrada em larga escala, por qualquer firma, no mercado relevante de cervejas. Nossa análise deve então avaliar por ordem cada uma das barreiras já apontadas: rede de distribuição, fixação de marca e capacidade produtiva.

#### a) Rede de Distribuição

25. Conforme o Voto da Relatora (fl. 24), “mesmo empresas de grande porte, como a Anheuser-Bush, enfrentariam dificuldades, pela falta de familiaridade com o mercado brasileiro, para constituir uma rede de distribuição própria”. Os custos para constituir uma rede própria envolvem os investimentos em caminhões, armazéns, sistema de logística, conhecimento dos pontos de venda, estoque de embalagens retornáveis etc.

26. O sistema para distribuição a nível nacional deve atingir algo em torno de um milhão de pontos de venda. Apenas o investimento em caminhões para tal, implica no caso da Antártica um total de 15.000 veículos<sup>80</sup> e, o investimento total é estimado em US\$ 1 bilhão. A Coca-Cola que tem a rede mais eficiente do país tem 13.500 caminhões. Este fato, segundo a Antártica e o BNDES, é um dos fatores que explicam o sucesso da Kaiser.

27. Observe-se também, que há uma característica do mercado brasileiro que complica ainda mais a entrada, o fato de hoje, 82,4% das embalagens serem retornáveis (garrafas de vidro de 600 ml.), o que implica uma logística mais complexa e investimento em embalagens. As latas representam 14,8% e as embalagens one way, 2,8%<sup>81</sup> das vendas. Embora haja uma tendência de crescimento das embalagens não retornáveis, não se acredita que a substituição, fora dos grandes centros urbanos, ocorra rapidamente.

---

80 Uma estimativa grosseira, com um valor de US\$ 50.000 por caminhão, implica um investimento de US\$ 750 milhões somente neste item.

81 O consumo de cerveja nestes dois tipos de embalagem corresponde a 3,5% do mercado.

28.No caso das cervejas premium existe um problema a mais, dado pelo drop size, ou seja, o lote mínimo de compra por ponto de venda. Como as cervejas premium tem um volume de vendas muito pequeno, um lote mínimo, apenas com este tipo de cerveja, torna o transporte por unidade muito mais caro.

29.Tendo em vista, o risco deste investimento, a Phillip Morris, que detém forte rede de distribuição no Brasil, nos setores de alimentos e de cigarros, preferiu introduzir a Miller através de parceria com a Brahma para reduzir os riscos de entrada. A Pepsi-Cola (21.<sup>a</sup> entre as 500 maiores mundiais de Fortune) é um exemplo de fracasso, na tentativa de constituir rede própria através da Buenos Ayres Emboteladora S/A (Baesa).

30.A Baesa começou a distribuir a Pepsi Cola a partir de 1993, tendo como meta triplicar o market share da Pepsi até o ano 2.000, atingindo 20% do total. Para tanto, em dois anos e meio investiu US\$ 500 milhões. O resultado de sua operação isolada foi o seguinte:

- Nunca conseguiu mais de 50% de cobertura do território brasileiro;
- Chegou a ter 700 caminhões de frota própria, que posteriormente terceirizou, sem nunca montar uma estrutura de distribuição eficiente;
- Não pode aproveitar a agressiva campanha publicitária e promocional que realizou, devido à falhas na distribuição;
- A participação de mercado caiu de 11%, quando era associada da Brahma, para 8,7% hoje;
- Acumulou prejuízos que elevaram o endividamento da Baesa de US\$ 15,4 milhões em 1993 para US\$ 374 milhões em 1994 e, US\$ 745 milhões em 1995.

31.A contratação de uma rede de distribuição que atende outros objetivos, como a ABII fez com a Arisco para distribuir a Budweiser, é uma solução imperfeita, dado que, segundo a ABII, a Arisco usava a cerveja para negociar melhores condições para os seus produtos.

32.Em relação à hipótese presente no Voto da Relatora (fl. 48), que ficará disponível um expressivo número de distribuidores, devido à reestruturação promovida por Brahma, Antártica e Coca-Cola, a hipótese desconsidera que está ocorrendo uma transferência de ativos e operações de empresas sem escala para grandes distribuidores. Portanto, não existem “distribuidores” disponíveis, apenas ex-pequenos distribuidores regionais, sem ativos, e que estão mudando de setor.

## b) Fixação de Marca e Publicidade

32.No caso de fixação de marcas e publicidade, devem ser levados em consideração dois aspectos: a) a assimetria dos gastos em publicidade entre firmas incumbentes, que estão fazendo a manutenção da marca e entrantes, que tem de conquistar a preferência dos consumidores e b) o poder de mercado que gozam as empresas estabelecidas por contar com marcas já estabelecidas.

33.Na tabela 4 temos a intensidade dos gastos em publicidade de cada empresa, em relação ao faturamento líquido (sem impostos). O faturamento líquido foi estimado considerando a participação de mercado das empresas, o total de vendas em hectolitros no mercado e, um valor de receita líquida de US\$ 50 por hectolitro. Os líderes, no período 1989-96, gastaram em média a seguinte parcela do faturamento líquido anual em publicidade, a Brahma, 2,9%, a Skol, 2,6%, a Antártica, 3,3% e, a Kaiser, que está ampliando sua participação de mercado, 5,8%.

34.Estes dados mostram que a Kaiser está gastando em publicidade, proporcionalmente ao seu faturamento, 75% a mais do que a Antártica (que aumentou seus gastos depois de 1993, quando a sua queda de participação de mercado se intensificou) e 100% a mais do que a Brahma/Skol que é líder de mercado.

35.No caso de uma marca ingressando no mercado, mesmo que as vendas consigam ocupar uma escala eficiente de produção (o que não é normal no princípio), se supõe que nos primeiros quatro anos seja necessário gastar um valor próximo a 20% do faturamento líquido em publicidade. A razão é a necessidade de atingir uma massa crítica de divulgação. A Budweiser, quando era importada, estava gastando mais de 30% do faturamento líquido em publicidade e promoção, o que indica a magnitude deste investimento.

Tabela 4

## Gastos em Publicidade no Mercado Brasileiro de Cervejas

Valores em US\$ milhões

| <b>Empresa</b>     | <b>1991</b> | <b>1992</b> | <b>1993</b> | <b>1994</b> | <b>1995</b> | <b>1996</b> |
|--------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| Brahma             |             |             |             |             |             |             |
| 1. Publicidade     | 21,5        | 14,8        | 24,2        | 43,5        | 27,6        | 50,4        |
| 2. Vendas líquidas | 1.102       | 892         | 895         | 982         | 1.178       | 1.229       |
| (1/2) em %         | 1,9%        | 1,7%        | 2,7%        | 4,4%        | 2,3%        | 4,1%        |
| Skol               |             |             |             |             |             |             |
| 1. Publicidade     | 6,6         | 11,1        | 9,9         | 18,7        | 14,0        | 11,5        |
| 2. Vendas líquidas | 386         | 336         | 382         | 496         | 570         | 784         |
| (1/2) em %         | 1,7%        | 3,3%        | 2,6%        | 3,8%        | 2,5%        | 1,5%        |
| Antártica          |             |             |             |             |             |             |
| 1. Publicidade     | 14,7        | 11,7        | 33,5        | 47,6        | 42,9        | 39,0        |
| 2. Vendas líquidas | 1.018       | 811         | 802         | 891         | 1.196       | 1.060       |
| (1/2) em %         | 1,4%        | 1,4%        | 4,2%        | 5,3%        | 3,6%        | 3,7%        |
| Kayser             |             |             |             |             |             |             |
| 1. Publicidade     | 12,2        | 15,5        | 20,2        | 26,2        | 35,4        | 45,7        |
| 2. Vendas líquidas | 336         | 274         | 346         | 410         | 547         | 660         |
| (1/2) em %         | 3,6%        | 5,7%        | 5,8%        | 6,4%        | 6,5%        | 6,9%        |
| Vendas Totais      |             |             |             |             |             |             |
| Valores            | 2.900       | 2.385       | 2.545       | 2.950       | 3.750       | 4.125       |
| Milhões de Hl.     | 58,0        | 47,7        | 50,9        | 59,0        | 75,0        | 82,5        |

Fonte: Instituto Nielsen, CADE, BNDES, Antártica Paulista

36.O segundo aspecto relacionado à propriedade e fixação de novas marcas, diz respeito ao poder de mercado e à criação de barreiras à entrada para novos concorrentes. Se os incumbentes detiverem uma extensa linha de produtos, estariam gerando poder de mercado, na medida em que atenderiam as necessidades de todos os nichos da demanda, impondo grandes óbices aos entrantes<sup>82</sup>.

37.Este aspecto diz respeito tanto à dificuldade adicional de entrada para uma nova empresa, quanto ao poder gerado pela aliança Antártica e

82 No caso FTC vs. Kellogg e outros produtores de cereais, o questionamento da FTC baseou-se em possível conduta concertada entre as empresas no sentido de exercer monopólio de forma conjunta, via ocupação do mercado com vários *brands*. Contudo, o poder de mercado gerado para cada empresa por proliferação de marcas não foi examinado. Não houve condenação desta prática como infração à concorrência.



ABII. A questão que se coloca é saber se a diferenciação de produtos por meio da proliferação de marcas efetivamente gera poder de mercado.

38. De um lado, é certo que a diferenciação de produtos por uma mesma empresa diminui a elasticidade da sua demanda, pois, consumidores com preferências distintas são atendidos por vários produtos da mesma empresa e, além disso, o mesmo consumidor pode substituir bens sem trocar de fornecedor. Todavia, tratando-se de um oligopólio, a introdução de novas marcas por uma empresa aumenta o grau de heterogeneidade presente no mercado, diminuindo as possibilidades de conduta concertada ou colusiva<sup>83</sup>.

39. Além disso, a introdução de uma nova marca amplia as possibilidades de escolha do consumidor e, mesmo que a diferenciação pudesse levar a um eventual aumento de preços (o que depende efetivamente de uma série de outros fatores) em função de uma eventual ampliação da participação da empresa no mercado, esta ampliação de opções é, sem dúvida, condição para a melhora de qualidade do produto<sup>84</sup>.

40. Finalizando esta questão, é importante relembrar a lição de Hovenkamp (1994: 472-73)<sup>85</sup> ao expor a teoria sobre os impactos da diferenciação de produtos, “que em conjunto com grandes doses de publicidade, pode deter a entrada por negar aos potenciais competidores uma oportunidade para entrar em nicho lucrativo do mercado. (...) Esta foi a reivindicação básica no ataque fracassado lançado pela FTC sobre a indústria de cereais ready to eat”, para colocar mais adiante que “se qualquer dessas coisas deve ser considerada como uma barreira, ela conta exatamente da mesma maneira que produzir um bem superior é barreira à entrada. Qualquer vez que os incumbentes estiverem dando aos clientes o que eles desejam, os novos entrantes terão dificuldades em conseguir lucros”.

### c) Capacidade Produtiva

41. A capacidade produtiva é a última barreira à entrada significativa para a indústria cervejeira. De acordo com a Antártica, a escala mínima de

---

83 Como afirma Machlup, F. (1974: p.167 in *The Economics of Sellers Competition*) “It must be overlooked that standardization of products and services may facilitate price agreements and price maintenance, while differentiation of products and services may either make it harder to conclude and enforce price agreements”.

84 O que nos levaria ao exame das eficiências geradas pelo ato. Contudo, se e somente se, se comprovasse os impactos anticompetitivos do mesmo.

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

eficiência de uma planta é de 2 milhões de hectolitros/ano, embora suas plantas maiores tenham capacidade para atingir pelo menos 4 milhões de hl/ano. O BNDES considera a escala mínima eficiente de 3 milhões de hl/ano. O custo de investimento, aceito internacionalmente, é de US\$ 50/hl, o que em uma planta de 2 milhões de hl/ano, implicaria em um valor de investimento de US\$ 100 milhões.

Tabela 5

Investimentos no Período 1996/98 no Mercado Brasileiro de Cervejas

Valores em Milhões de Hectolitros

| <b>Empresa</b>                  | <b>Valores<br/>(MM de hl)</b> |
|---------------------------------|-------------------------------|
| <b>Antártica</b>                |                               |
| Ampliações (Manaus/Pirapora)    | 0,7                           |
| Nova Fábrica (Joinville - SC)   | 2,0                           |
| Nova Fábrica (Aquirás - CE)     | 2,0                           |
| Total                           | 4,7                           |
| <b>Brahma/Skol</b>              |                               |
| Ampliações (São Luís/Lages)     | 1,5                           |
| Nova Fábrica (Estância - SE)    | 3,0                           |
| Nova Fábrica (Viamão - RS)      | 3,0                           |
| Total                           | 7,5                           |
| <b>Kaiser</b>                   |                               |
| Nova Fábrica (Ponta Grossa- PR) | 2,5                           |
| Nova Fábrica (Pacatuba - CE)    | 2,0                           |
| Total                           | 4,5                           |
| <b>Schincariol</b>              |                               |
| Nova Fábrica (Lagoinha - BA)    | 3,0                           |
| Capacidade Total em 1996        | 110,0                         |
| Acréscimo em 1997/98            | 19,7                          |
| Capacidade Total em 1998        | 130,0                         |

Fonte: Antártica, Sindicerv.

42.A Antártica considera que uma empresa que pretenda atender todo o mercado nacional e minimizar custos de transporte, deveria, idealmente, possuir 7 ou 8 plantas. Contudo, é possível entrar com um investimento menor, tendo como alvo um mercado regional. A Kaiser e a Schincariol tem forte posição no mercado de São Paulo e iniciaram sua produção com capacidade produtiva reduzida.

43.O setor considera que o nível ótimo de ocupação de uma planta é de 80% de sua capacidade, embora existam várias técnicas que possam ampliar a capacidade nominal da planta sem grandes investimentos adicionais. Conforme dados do BNDES, no ano de 1996 a capacidade produtiva da indústria no Brasil era de 110 milhões de hl, para uma demanda de 82,5 milhões de hl. Isto significou uma ociosidade de 25% naquele ano.

44.Na tabela 5 pode-se ver que os investimentos em andamento, afastam a possibilidade de falta de oferta como a ocorrida em 1994, no início do Plano Real, haja visto um acréscimo de aproximadamente 18% em dois anos.

#### d) Possibilidades de Entrada Lucrativa

45.Para concluir, as conseqüências que podem ser tiradas das dificuldades de criar uma nova rede de distribuição, fixar uma nova marca e investir em capacidade produtiva adequada, permitem uma possível<sup>86</sup> aplicação do modelo de Dixit (1977) e Spence (1980). Eles discutem barreiras estratégicas à entrada através de investimentos em capacidade produtiva. Estes modelos foram estendidos por Tirole (1988)<sup>87</sup> a investimentos em outros ativos como rede de distribuição e marcas. Estes investimentos permitem ao(s) incumbente(s) bloquear ou deter (limitar) a entrada via ocupação prévia de mercado. Mesmo ocorrendo a entrada, os incumbentes ficam em posição de líder contra a posição de seguidor dos entrantes<sup>88</sup>.

46.Assim, considerando a capacidade produtiva, de distribuição e de fixação de brands acumulada por Brahma, Antártica e Kaiser no mercado brasileiro e, seu tamanho relativo à outras empresas internacionais, pode-se concluir que elas tem condições de investir limitando a entrada de novos concorrentes.

47.As dificuldades de entrada independente no mercado brasileiro podem ser atestadas pelas tentativas da Carlsberg e Guinness nos anos 1970, em pleno crescimento do “Milagre Econômico”. A Carlsberg construiu uma fábrica em Camaçari em 1970 e menos de dois anos depois se retirou vendendo os ativos para cobrir os prejuízos acumulados. O valor do investimento

---

86 Uma aplicação efetiva só poderia ser feita com um escrutínio empírico, o que os dados do Relatório não permitem.

87 Tirole, J. 1988. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

88 Ou seja, de um equilíbrio de Stackelberg-Nash que é mais lucrativo para o líder do que para o seguidor.

atingiu Cr\$ 33,3 milhões e os prejuízos Cr\$ 34,6 milhões, sendo 50% nos últimos seis meses de operação. A Guinness teve sua fábrica, em associação com o grupo Ciquine, inaugurada em 1970 e, mesmo com incentivos da Sudene e empréstimos do BNB, fechou dois anos após, devido aos prejuízos acumulados. Mesmo uma empresa do porte da Miller, contando com a rede de distribuição da Phillip Morris, preferiu a associação com a Brahma à correr o risco de investir independentemente.

48.O Voto da Relatora (fls. 44-47) avalia a possibilidade de entrada independente no mercado brasileiro, a partir de algumas estimativas de crescimento de demanda e de tamanho mínimo eficiente de planta. Partindo destas informações, conclui pela viabilidade de ingresso de novos concorrentes e pela impossibilidade de detenção de entrada pelos incumbentes.

49.Todavia, não é possível tirar conclusões deste tipo de exercício, sem considerar os investimentos necessários a superar todas as barreiras à entrada, como aqueles em publicidade e rede de distribuição. Além disso, o exercício apresentado para justificar as facilidades de entrada, dada a expansão da demanda, não considerou a capacidade produtiva já existente ou em construção. Finalmente, não existe referência à reação das empresas já estabelecidas, apesar de citar o modelo de preço limite, onde o postulado de Sylos supõe uma reação agressiva por parte dos incumbentes.

Tabela 6

Crescimento da Demanda e Investimentos no Mercado Brasileiro de Cervejas - Período 1996/2001  
Valores em Milhões de Hectolitros

| Ano  | Consumo | Tx. Anual | Capacidade Instalada | Incremento de Capacidade | Capacidade Ociosa |
|------|---------|-----------|----------------------|--------------------------|-------------------|
| 1996 | 82,5    | 10,0%     | 110,0                |                          | 25%               |
| 1997 | 89,5    | 8,5%      | 114,5                | 4,5                      | 22%               |
| 1998 | 95,8    | 7,0%      | 126,5                | 12,0                     | 24%               |
| 1999 | 101,5   | 6,0%      | 132,5                | 6,0                      | 23%               |
| 2000 | 106,6   | 6,0%      | 134,0                | 1,5                      | 20%               |
| 2001 | 111,9   | 5,0%      | ?                    | ?                        | 18%               |

Fonte: BNDES, nota técnica.

50.O parecer do BNDES, que apresentamos na tabela 6, mostra a insuficiência do exercício realizado, no que concerne à possibilidade de entrada por excesso de demanda em relação à capacidade produtiva dos incumbentes. Observe-se que o acréscimo de capacidade até 1998 é consistente com o previsto pelo Sindicerv. Ou seja, com os investimentos já em execução, com a hipótese mais otimista de expansão da demanda, não há sinal de espaço de demanda não preenchido por oferta dos incumbentes, ou de sua incapacidade

de investir. Pelo contrário, até o ano 2001, mesmo sem qualquer investimento adicional aos já programados, só no último ano a capacidade ociosa seria menor do que 20%, considerada a ideal pelo setor.

51. Além disso, um exercício deste tipo não pode prescindir da análise de outras barreiras à entrada e da viabilidade econômico-financeira destes investimentos. O parecer da BNDES, baseado em informações obtidas junto ao setor, parte dos seguintes parâmetros para calcular a viabilidade dos investimentos:

- Receita Líquida de R\$ 50/hl;
- Custo do Produto Vendido de R\$ 20/hl;
- Custos Fixos de uma unidade com capacidade de 2 milhões de hl. estimados em R\$ 10 milhões/ano;
- Depreciação em 5 anos de um investimento de R\$ 100 milhões (para 2 milhões de hl) implica em R\$ 20 milhões/ano;
- Despesas com marketing montam R\$ 20 milhões/ano (equivalente a 20% da receita líquida nos primeiros anos de operação);
- Despesas com distribuição, de R\$ 50 milhões/ano (considerando dispêndios com capital de giro, aluguéis, leasing de veículos, equipamentos de informatização etc.)

52. Estes dados nos permitem chegar às estimativas apresentadas na tabela 7, onde consideramos três cenários: o primeiro (seguindo o BNDES), com 100% de capacidade utilizada sem considerar os custos de distribuição; o segundo (terceiro do BNDES) com 80% de utilização de capacidade incluindo despesas de marketing e distribuição e; o terceiro, onde consideramos como ponto de partida a produção estimada para 1997 da Budweiser, de 210 mil hl e incluímos as despesas de marketing, mas não as de distribuição.

Tabela 7

Estimativas da Viabilidade Econômico-Financeira da Entrada no Mercado Brasileiro de Cervejas

|                       | R\$ por hl. | Cenário 1<br>R\$ Milhões | Cenário 2<br>R\$ Milhões | Cenário 3<br>R\$ Milhões |
|-----------------------|-------------|--------------------------|--------------------------|--------------------------|
| Rec. Oper. Líquida    | 50,00       | 100                      | 80                       | 11                       |
| CPV                   | 20,00       | 40                       | 32                       | 4                        |
| Margem                | 30,00       | 60                       | 48                       | 7                        |
| Custos Fixos          |             | 10                       | 10                       | 10                       |
| Depreciação           |             | 20                       | 20                       | 20                       |
| Desp. Marketing       |             | 20                       | 20                       | 20                       |
| Desp. de Distribuição |             |                          | 50                       |                          |
| Resultados            |             | 10                       | - 2                      | - 43                     |

Fonte: BNDES, nota técnica.

53. Ora, a menos que houvesse um aumento instantâneo de participação de mercado, o que não é possível, os primeiros anos de entrada implicariam altos prejuízos como mostram os cenários 2 e 3. No cenário 3, que é o mais pessimista, mas parte das vendas atuais da Budweiser, o prejuízo no primeiro ano seria equivalente a 40% do valor do investimento. Como a conquista de participação de mercado é lenta<sup>89</sup>, necessitando de anos de investimento em publicidade e promoção e implica em reação agressiva das outras firmas, pode-se atribuir ao cenário 3, supondo os atuais parâmetros de custos e receitas, um alto grau de probabilidade. Portanto, não seria lucrativa, nestas condições, a entrada de novas empresas sem contar com apoio de alianças com incumbentes. Também é elevada a incerteza sobre a possibilidade de recuperar os prejuízos presentes com ganhos futuros.

#### 4. A Relevância da Concorrência Potencial

54. A revisão das condições de concorrência na indústria brasileira de cervejas, levou à duas conclusões: a) existência de grande rivalidade entre as firmas estabelecidas e b) existência de barreiras à entrada elevadas, especialmente as de acesso à rede de distribuição e de fixação de marca.

55. O acordo entre Antártica e ABII, deste modo, ao introduzir novos produtos e transferir capacitação gerencial e tecnológica à ANEP, impacta de modo positivo o processo concorrencial, como vimos na seção 3.b.

56. A única possibilidade deste ato trazer danos ao processo competitivo, seria a redução da concorrência de firmas situadas fora do mercado

---

89 Vide a história bem sucedida da Kaiser.

relevante, problema que é tratado na Doutrina da Concorrência Potencial. Conforme Areeda e Kaplow (1988: 880)<sup>90</sup>, esta doutrina considera dois aspectos:

a) As firmas incumbentes podem temer que altos lucros atraíam novos concorrentes e, sua percepção dos mesmos, induz comportamento para reduzir custos e limitar preços. Esta é a Doutrina do Concorrente Potencial Percebido;

b) A perspectiva de entrada que aumentaria a concorrência. Este aumento futuro de competição é dado pelo entrante potencial efetivo. O mercado só se beneficiará se a entrada efetivamente ocorrer. Esta é a Doutrina da Concorrência Potencial Efetiva.<sup>91</sup>

57. Esta doutrina embora logicamente consistente, pois um competidor potencial efetivo ou percebido como tal, pode influenciar o mercado, sua aplicação envolve sérias dificuldades. Para Hovenkamp (1994: 510)<sup>92</sup> a Doutrina do Competidor Potencial Percebido só se aplica sob condições bem definidas “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, ela mesma, aumentar a competição no mercado alvo, ou, a doutrina seria contraprodutiva.” Portanto, “Se um mercado já se comporta competitivamente, a presença de um competidor potencial não terá efeito sobre produto e precificação no mercado” (Hovenkamp, 1994: 511).

58. A Doutrina da Concorrência Potencial Efetiva, por sua vez, “a-firma que mesmo se a fusão não tem nenhum efeito corrente sobre a competição (...), deve ser condenada porque a firma adquirente poderia e, provavelmente viria ao mercado alvo de uma maneira mais competitiva, tal como entrada de novo ou por aquisição de uma firma da franja” (Hovenkamp, 1994: 512).

---

90 Areeda, P. e Kaplow, C. 1988. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. Boston: Little, Brown and Co.

91 De acordo com a Section of Antitrust Law da American Bar Association. *Antitrust Law Developments* 3rd Edition. (1992: 322), nos EUA, a aceitação da doutrina da concorrência potencial é diverso, a Concorrência Potencial Efetiva, é seguida pelo Departamento de Justiça, FTC e Cortes de primeira instância e, a Concorrência Potencial Percebida, seguida pela Suprema Corte.

92 Hovenkamp, H. 1994. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*. Boston: Little, Brown and Co.

59.É duvidosa neste caso, a aplicação desta versão da doutrina ao caso brasileiro, haja visto que, a Lei 8.884/94 no caput do Art. 54, afirma que serão submetidos à apreciação do CADE, os atos sobre qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Se o ato não prejudica a concorrência, não está sob escrutínio.

60.A Doutrina da Concorrência Potencial tem tido aplicação muito restrita à nível internacional. Para os EUA, a respeito do qual conseguimos estatísticas confiáveis, a tabela 8 mostra que entre 1974 e 1997<sup>93</sup>, dos 34 casos questionados com base nesta doutrina, onde já existe uma decisão final, foram aceitos apenas dois casos. São eles, um de 1976 contra a Warner-Lambert e o outro da Yamaha-Brunswick.

Tabela 9

Pré Requisitos para o Uso da Doutrina da Concorrência Potencial

| <b>Concorrência Potencial Percebida</b>                                                           | <b>Concorrência Potencial Efetiva</b>                                             |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|
| 1.1 O mercado relevante é concentrado e comporta-se de forma não competitiva                      | 2.1 O mercado relevante é concentrado e comporta-se de forma não competitiva      |
| 1.2 A firma adquirente deve ser percebida de fato pelas incumbentes como um entrante potencial    | 2.2 A firma adquirente entraria efetivamente de novo                              |
| 1.3 A firma adquirente está efetivamente moderando o comportamento oligopolístico dos incumbentes | 2.3 A entrada da firma deve produzir substancial probabilidade de desconcentração |
| 1.4 A firma adquirente é o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado                 | 2.4 A firma adquirente é o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado |

61.No caso da associação entre a Antártica e a ABII, a jurisprudência internacional será aproveitada de duas maneiras, discutindo os pré requisitos desenvolvidos para a aplicação da doutrina e, fazendo breves referências sobre as lições de alguns casos paradigmáticos na aplicação da mesma.

62.Os requisitos para a aplicação da Doutrina da Competição Potencial podem ser vistos na tabela 9. No Merger Guidelines de 1984, ainda válido para esta questão, o Department of Justice codificou estas condições em três itens:

i) o mercado da firma adquirida é altamente concentrado ( $HHI > 1.800$ );

93 O período pó 1974 foi o escolhido, por ser este o ano da decisão do caso Marine Bancorporation, que estabeleceu padrões rígidos para aplicação desta doutrina.



- ii) as barreiras à entrada são altas e as firmas sem nenhuma vantagem específica neste mercado, não entram;
- iii) as vantagens de entrada da firma adquirente são possuídas por menos de três outras firmas. Contudo, preferimos utilizar a forma extensiva dos requisitos, que permite uma discussão melhor sobre os seus méritos.

63. Em relação aos pontos 1.1 e 2.1, não há razão para acreditar que o mercado brasileiro de cervejas, embora seja concentrado, esteja se comportando de maneira não competitiva, por todas as razões que já vimos na análise desta indústria.

64. Quanto ao item 1.2, não existe nenhuma prova de que a ABII era percebida de fato pelas incumbentes como um entrante potencial no mercado brasileiro, pelo contrário, dada sua história de entrada via associações (ABII vende em 80 países e nunca construiu uma fábrica fora dos EUA), sua tentativa anterior de associação com a Brahma e as barreiras à entrada já mencionadas, os fatos apontam no sentido contrário, de que a entrada só ocorreria por associação.

65. O item 1.3, coloca a pergunta se a ABII estaria efetivamente moderando o comportamento oligopolístico de Antártica, Brahma e Kaiser. A resposta é que, mesmo se o comportamento fosse não competitivo, não seriam as importações da Budweiser, representando menos de 1% do mercado, que o alterariam. Além disso, existem evidências que o comportamento competitivo tem razões internas à indústria.

66. No que concerne a 1.4 e 2.4 existem muitas outras empresas além da ABII que poderiam entrar no mercado brasileiro (como p.ex. Asahi e Kirin do Japão, Bass do Reino Unido, Coors dos EUA, FEMSA do México, Interbrew da Bélgica e Canadá etc.), portanto, a eliminação da ABII como concorrente potencial não tem impacto nenhum.

67. Finalmente, no que concerne à 2.3, não é provável que mesmo se a entrada da ABII ocorresse de maneira independente, sua participação de mercado no início seria muito reduzida, com impacto reduzido sobre o grau de concentração, não havendo indicadores de posterior crescimento.

68. Portanto, não parece haver base para a aplicação neste caso, da Doutrina da Concorrência Potencial, em especial da vertente da Concorrência Potencial Efetiva. Os casos envolvendo a indústria de cervejas, como o de US vs Falstaff Brewing Corp. e de Carlsberg e Interbrew na Comissão Européia, não usaram esta vertente. O caso da Falstaff, que foi rejeitado em sua decisão final, tinha a recomendação por parte da Suprema Corte à Corte distrital, ao qual o processo foi devolvido, de verificar a concorrência potencial percebida. Segundo Areeda e Kaplan (1988), ele foi rejeitado em última instância porque

não conseguiu provar que Falstaff ingressaria independentemente, já que só apresentava interesse em entrar via a compra de uma rede de distribuição já constituída e, além disso, não conseguiu provar que a presença de Falstaff influenciaria os competidores já estabelecidos.

69.No caso Interbrew, conforme relato da Comissão Européia (1995)<sup>94</sup>, o que estava em jogo era a posição dominante da Interbrew no mercado belga. A Comissão reconheceu como positivo o fato de que “em outros mercados de cervejas, em que se verifica uma situação de concorrência efetiva, licenças exclusivas deste tipo, mesmo entre produtores, podem constituir um meio altamente eficaz de penetração dos fabricantes de um Estado membro nos mercados de outros Estado membro, sendo por conseguinte, suscetíveis de uma isenção”. Todavia, como na Bélgica a Interbrew já gozava de posição dominante (diferente da Antártica no Brasil) e, a Carlsberg representava 67% das vendas de premium, a distribuição exclusiva da Carlsberg pela Interbrew foi negada.

70.Finalizando, deve-se observar ainda, a existência de vários acordos entre cervejarias, semelhantes ao de ABII e Antártica, que foram aceitos como válidos nos EUA, quais sejam:

Em 1974, a Miller adquiriu os direitos de produzir e vender a Lowenbraun (alemã), que era a marca importada mais consumida nos EUA, naquela época;

Em 1985, a ABII, e a Carlsberg fizeram um acordo onde a ABII tornou-se o importador exclusivo da Carlsberg nos EUA;

Em 1993, a ABII comprou participação acionária na Modelo, que produzia a 3.<sup>a</sup> marca importada mais consumida nos EUA;

Em 1993, a Miller comprou os direitos de importar e comercializar nos EUA, a Molson do Canadá e Fosters da Austrália.

## 5. Proposta de Decisão

71.A proposta, consistente com a análise realizada, que conclui que não existem danos à concorrência, portanto, não necessita discutir as eficiências deste acordo, mesmo que registre o aumento da variedade de produtos à disposição do consumidor, como um aspecto altamente positivo por ampliar sua liberdade de escolha, seria aprovar o ato apenas com a eliminação das cláusulas anti competitivas do acordo.

---

94 Comissão Européia. 1995. XXIV Relatório sobre a Política de Concorrência. Bruxelas: Comissão Européia.

72.Todavia, tendo em vista a preocupação manifestada pelo Conselho, de considerar a concorrência potencial como um problema neste caso e, tendo em vista a preocupação deste Conselheiro, de preservar os aspectos concorrenciais desta operação. Sugiro uma proposta que contemple estas duas preocupações e que aprova a operação por tempo indeterminado, mas com o seguinte compromisso de desempenho:

1-Eliminação das cláusulas anti concorrenciais do acordo, em particular da Cláusula da Seção 1(f) que requer que a Budweiser seja precificada no segmento premium do mercado brasileiro e, requer que a lista de preços da Budweiser seja superior ao da lista de preços da cerveja comum da Antártica.

2-Reduz as restrições de saída da Anheuser Bush da parceria com a Antártica. Na seção 6.5(h) que impede a ABII, se romper a associação com a Antártica, a adquirir qualquer interesse em outra cervejaria brasileira. Será colocado uma cláusula de exceção, permitindo o investimento em qualquer companhia com menos de 5% de participação de mercado.

3-Eliminar a multa de US\$ 50 milhões que a ABII seria obrigada a pagar se não mantiver pelo menos três empregados na ANEP, por três anos.

4-Estabelecer um mecanismo de consultoria de forma a dividir as melhores práticas da ABII com as pequenas cervejarias (com menos de 5% de participação de mercado),

5-Obrigatoriedade de prestar ao CADE, após quatro anos de associação, informações sobre a indústria de cervejas:

- Participação de mercado por marca e cervejaria
- Preços médios destas marcas, conforme a Nielsen
- Novos produtos introduzidos no período
- Grau de utilização de capacidade da ANEP
- Demonstração de resultados da ANEP

73.O ponto n.º 1 tem impacto direto sobre a concorrência atual, os itens 2 e 3 são importantes para facilitar a dissolução da associação, o ponto 4, aumenta a capacidade competitiva das pequenas empresas, ao aumentar seu acesso ao conhecimento, finalmente, o ponto 5 permite uma avaliação do desempenho da indústria após 4 anos da joint venture.

Tabela 8

United States Potencial Competition Merger Case (1974-1997). Final Decisions On The Merits

| CASE NAME AND CITATION                                                                                   | THEORY INVOLVED (ACTUAL, POTENCIAL OR BOTH) | POTENCIAL COMPETITION CLAIM ACCEPTED/REJECTED |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Budd Co., 86 FTC 518 (1974)                                                                              | Both                                        | Rejected                                      |
| Missouri Portland Cement Co. v. Cargill, Inc., 498 F.2d 851 (2d Cir.), cert. Denied, 419 U.S. 883 (1974) | Both                                        | Rejected                                      |
| United States v. Falstaff Brewing Corp., 383 F. Supp. 1020 (D.R.r. 1974)                                 | Perceived                                   | Rejected                                      |
| United States v. Marine Bancorporation, 418 U.S. 602 (1974)                                              | Actual                                      | Rejected                                      |
| Varney v. coleman, 385 F. Supp. 1337 (D.N.H. 1974)                                                       | Both                                        | Rejected                                      |
| Beatrice Foods Co., 86 FTC 1 (1975), affirmed on other issues, 540 F. 2d. 303 (7th Cir. 1976)            | Actual                                      | Rejected                                      |
| United States v. Amax, Inc., 402 F. Supp 956 (D. Conn. 1975)                                             | Both                                        | Rejected                                      |
| United States States v. Black & Decker Mfg. Co., 430 F. Supp. 637 (C.D. Cal. 1976)                       | Both                                        | Rejected                                      |
| United States v. Hughes Tool Co., 415 F. Supp, 637 (C.D. Cal. 1976)                                      | Both                                        | Rejected                                      |
| Warner-Lambert Co., 87 FTC 812 (1976), order modified, 88 FTC 503 (1976)                                 | Both                                        | Rejected                                      |
| Warner-Lambert Co., 87 FTC 812 (1976), order modified, 88 FTC 503 (1976)                                 | Actual                                      | Accepted                                      |
| Babcock & Wilcox Co. v. United Technologies Corp., 435 F. Supp. 1249 (N.D> Ohio 1977)                    | Both                                        | Rejected                                      |
| BOC international, Inc. v. FTC, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977)                                               | Actual                                      | Rejected                                      |
| United States v. Consolidated Foods Corp., 455 F. Supp. 108 (E.D. Pa. 1978)                              | Both                                        | Rejected                                      |
| Fruehauf Corp., 91 FTC 132 (1978), reversed on other issues, 603 F.2d 345 (2d Cir. 1979)                 | Actual                                      | Rejected                                      |
| Southwest Mississippi Bank v. Federal Deposit Insurance Corp., 499 F. Supp. 1 (S.D. Miss. 1979)          | Both                                        | Rejected                                      |
| Lektro-Vend Corp. v. Vendo Corp., 500 F. Supp. 332 (N.D. III 1980), affirmed on o-                       | Perceived                                   | Rejected                                      |

|                                                                                                                                                                                                             |        |          |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|----------|
| ther issues, 660 F.2d 255 (7th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 921 (1982)                                                                                                                                |        |          |
| United States v. FCC, 652 F.2d 72 (D.C. Circ. 1980) (en banc)                                                                                                                                               | Both   | Rejected |
| United States v. First National State Bancorporation, 479 F. Supp. 793 (D.N.J. 1980)                                                                                                                        | Both   | Rejected |
| Mercantile Texas Corp. v. Board of Governors of the Fed. Res. System, 649 F.2d 1255 (5th Cir. 1981)                                                                                                         | Actual | Rejected |
| Republic of Texas Corp. v. Board of Governors of the Federal Reserve System, 649 F.2d 1026 (5th Cir. 1981)                                                                                                  | Actual | Rejected |
| Yamaha Motor Co. v. FTC, 657 F.2d 971 (8th Cir. 1981), cert. Denied, 456 U.S. 915 (1982)                                                                                                                    | Actual | Accepted |
| BASF Wyandotte Corp., 100 FTC 261 (1982)                                                                                                                                                                    | Both   | Rejected |
| Exxon Corp., 100 FTC 434 (1982)                                                                                                                                                                             | Actual | Rejected |
| Tenneco, Inc. v. FTC, 689 F.2d 346 (2d Cir. 1982)                                                                                                                                                           | Both   | Rejected |
| Beatrice Foods Co., 101 FTC 733 (1983)                                                                                                                                                                      | Actual | Rejected |
| Grand Union Co., 102 FTC 812 (1983)                                                                                                                                                                         | Actual | Rejected |
| BAT Industries, Ltd., 104 FTC 852 (1984)                                                                                                                                                                    | Actual | Rejected |
| Champion Spark Plug Co., 103 FTC (1984)                                                                                                                                                                     | Actual | Rejected |
| Kerasotes Michigan Theatres, Inc. v. National Amusements, Inc., 658 F. Supp. 1514 (E.D. Mich. 1987), resersed in part on other grounds, 854 F.2d 135 (6th Cir. 1988), cert. Dismissed, 490 U.S. 1087 (1989) | Actual | Rejected |
| Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas, Inc., 663 F. Supp. 1360 (D. Kan. 1987), affirmed in part and remanded in part on other grounds, 899 F.2d 953 (10th Cir.), cert. denied. 497 U.S. 1005 (1990)  | Actual | Rejected |
| Textron, Inc., 1991 FTC Lexis 459 (1991)                                                                                                                                                                    | Actual | Rejected |
| SBC Communications, Inc. v. FCC, 58 F.3d 1484 (D.C. 1995)                                                                                                                                                   | Actual | Rejected |
| Heublein, Inc., 96 FTC 385 (1980)                                                                                                                                                                           | Actual | Rejected |

É o voto

## **VOTO DO PRESIDENTE GESNER OLIVEIRA**

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

“Sumário

I) Introdução

II) Limitações das Propostas Apresentadas

Não Preenchimento dos Quesitos para a Aplicação da Doutrina de  
Concorrência Potencial

Subestimativa das Eficiências da Operação

Digressão sobre algumas questões conceituais

III) Proposta Alternativa

I) Conclusão

Lista de Quadros

|            |                                                                                               |
|------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|
| QUADRO 1   | Concentração Não Horizontal: Teorias da Concorrência Potencial - EUA                          |
| QUADRO 2   | Decisões Finais de Casos em que Foi Utilizada a Tese de Concorrência Potencial - EUA          |
| QUADRO 3   | Situação dos Mercados Relevantes                                                              |
| QUADRO 4   | Evolução da Concentração no Brasil - CR3                                                      |
| QUADRO 5   | Evolução do HHI no Brasil - 1988 a 1997                                                       |
| QUADRO 6a  | Concentração no Setor de Cerveja em Economias Latino Americanas Seleccionadas                 |
| QUADRO 6b  | Participação no Mercado dos Dois Maiores em Economias Latino Americanas Seleccionadas         |
| QUADRO 7   | Regressão do Consumo de Cerveja em Relação à Renda Real Per Capita e População                |
| QUADRO 8   | Regressão dos Logaritmos do Consumo de Cerveja em Relação à Renda Real Per Capita e População |
| QUADRO 9   | Cenários                                                                                      |
| QUADRO 10a | Projeção do Consumo de Cerveja: 1997/2000                                                     |
| QUADRO 10b | Projeção do Crescimento do Consumo de: 1996/2000                                              |
| QUADRO 11  | Projeção do Espaço de Mercado: 1997/2000 em Número de Plantas                                 |
| QUADRO 12  | Testes de Estacionaridade das Séries Envolvidas                                               |
| QUADRO 13  | Testes de Cointegração das Séries Envolvidas                                                  |
| QUADRO 14  | Grupo Antarctica: Cronograma da Evolução Tecnológica nas Cervejarias                          |
| QUADRO 15  | Evolução da Importação Efetiva: Cervejas Malte                                                |

|           |                                                                |
|-----------|----------------------------------------------------------------|
| QUADRO 16 | Evolução das Alíquotas de Importação de Cervejas               |
| QUADRO 17 | Níveis das Alíquotas de Insumos Relevantes                     |
| QUADRO 18 | Custo de Internação da Cerveja em Lata Importada               |
| QUADRO 19 | Cinco Componentes da Proposta de Reestruturação Procompetitiva |
| QUADRO 20 | AC 83/96: Traços das Propostas de Decisão                      |

## I. Introdução

Inicialmente gostaria de enfatizar a importância do debate e do confronto de idéias que um órgão colegiado propicia. O exercício de discussão e saudável entrelaçamento de idéias constituem ingredientes fundamentais para a elaboração de decisões sólidas e a construção de uma reputação de excelência técnica, ambos ativos indispensáveis para que o CADE se firme como advogado da livre concorrência.

Neste sentido, gostaria de compartilhar com a Relatora e os demais membros do Plenário novas informações e possíveis ângulos da questão que eventualmente possam servir para formar a convicção dos Conselheiros e contribuir para uma decisão sólida por parte do Conselho.

O exercício da repressão e prevenção ao abuso do poder econômico requer que se assegure que, ao apreciar uma operação ou impor condições à sua realização, se detenha razoável segurança em termos de informação e cenários prospectivos. Do contrário, corre-se o risco de substituir eventual falha de mercado por uma falha de Estado.

Embora a proposta apresentada pela Relatora contenha elementos úteis para a análise e certamente contribua para a discussão, o aprofundamento do debate propicia a oportunidade de construção de uma proposta alternativa pelo Colegiado que incorpore e contemple, naturalmente, grande parte das justas preocupações da Relatora.

A proposta apresentada pelo Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho também contém contribuições importantes, mas poderia ser complementada em vários aspectos para atender de forma plena às preocupações do Colegiado.

Sem a pretensão de suprir uma proposta alternativa superior, mas com a vantagem que o prazo regimental adicional me concedeu, este voto procura incorporar na medida do possível as novas informações trazidas ao processo e contribuir para que o Conselho delibere de forma sólida e segura.

## II. Limitações das Propostas Apresentadas

O voto da ilustre Relatora contém várias contribuições para o debate. Acredito contudo que as vicissitudes do processo de instrução, a coincidência com a deliberação pelo CADE de casos semelhantes que acabou acelerando o processo de discussão e, especialmente, o fornecimento deficiente de informações por parte das requerentes, tenha levado a duas limitações:

- os quesitos necessários para a aplicação neste caso do conceito de concorrência potencial não estão devidamente preenchidos;
- verificou-se uma subestimativa das eficiências da operação.

#### Insuficiência de Evidências para o Preenchimento dos Quesitos de Aplicação do Conceito de Concorrência Potencial

Conforme apontado em meu voto no AC 58/95, a caracterização da requerente estrangeira como concorrente potencial é factível do ponto de vista lógico, mas envolve problemas não triviais de adequação às circunstâncias da presente operação. Ressaltem-se os seguintes itens:

- o conceito de concorrência potencial não é aceito de forma unânime na literatura;
- a jurisprudência internacional evidencia sua aplicação infrequente e sujeita a precondições muito específicas;
- a aplicação à operação em tela não preenche as precondições verificadas nas raras vezes em que o conceito foi utilizado;
- as especificidades da operação e do estágio atual da economia brasileira aduzem razões que tornam inadequada a aplicação do conceito para o exame da operação em questão.

É ressaltado, no mesmo voto, que a doutrina de concorrência potencial está longe de obter aceitação unânime na literatura especializada. Conforme Viscusi e outros (1995, p.220):

“Embora o princípio do competidor potencial esteja certamente correto em teoria, existem problemas difíceis envolvidos em avaliar empiricamente quem são os competidores potenciais e quais os seus respectivos custos relativos. Mais difícil ainda é avaliar se uma empresa proibida de entrar em um mercado adquirindo uma firma líder entrará sozinha ou adquirindo uma firma menor. Alguns especialistas defendem que casos envolvendo competidores potenciais não devem sequer constituir matéria de debate sério na comunidade antitruste.” (grifos meus)

Na mesma direção de ceticismo quanto à utilidade prática da doutrina de concorrência potencial, Carlton e Perloff (1994, p.822-825) oferecem descrição ilustrativa da jurisprudência norte-americana na matéria, alertando para o perigo do excessivo grau de subjetividade na aplicação do conceito



pela autoridade de defesa da concorrência. De acordo com Carlton e Perloff (1994, p.822):

“Logically, there is nothing wrong with blocking a merger if it will improve future competition. Practically, it is very difficult to determine which firms are potential competitors.”

Conforme assinalado em meu voto no AC 58/95, não subscrevo objeções tão radicais à utilização da doutrina do concorrente potencial. A discussão acerca deste ponto foi uma, dentre várias, das contribuições ao debate trazidas por este caso e pelo voto da ilustre Relatora em particular. Parece claro, contudo, pelas razões que este voto procurará demonstrar, que tal doutrina só pode ser usada em determinadas circunstâncias muito específicas, não presentes na operação em tela.

### Análise da Jurisprudência Internacional

Na ausência de jurisprudência nacional mais densa, o aplicador da legislação de defesa da concorrência é obrigado a recorrer frequentemente à jurisprudência internacional. Embora valioso, tal recurso deve ser utilizado com extrema cautela, dadas as circunstâncias radicalmente distintas em que a jurisprudência mencionada foi utilizada.

#### EUA

Conforme destacado no Relatório (p. 28), a ênfase recaiu compreensivelmente sobre a experiência norte-americana.

Em virtude das similaridades que aproximam o caso em exame das condições do mercado norte-americano, a jurisprudência daquele país é particularmente elucidativa e orientadora para a presente análise.

É útil, portanto, aprofundar o exame da aplicação nos EUA, especialmente para entender em que circunstâncias específicas a teoria da concorrência potencial poderia, em tese, ser aplicada.

A análise da jurisprudência norte-americana revela:

- pequeno número de casos de utilização do conceito de concorrência potencial nas últimas duas décadas;
- baixíssima taxa de sucesso da tese nas decisões finais do Judiciário;
- enorme rigor de demonstração e prova documental requerida em todas as vezes em que a tese foi levantada por todas as cortes e órgãos de defesa da concorrência norte-americanos.

Os parágrafos seguintes procuram ilustrar os pontos acima.

O Quadro 1 contém uma síntese das definições usuais de concorrência potencial, bem como dos quesitos requeridos para sua aceitação pela Su-

prema Corte, pelas cortes inferiores e pelas agências de defesa da concorrência nos EUA<sup>95</sup>.

#### Quadro 1

Concentração não horizontal: teorias da concorrência potencial – EUA

| <b>TÓPICOS</b>                         | <b>GERAL</b>                                                                                                                  | <b>EFETIVA</b>                                                                                                                                                                                              | <b>PERCEBIDA</b>                                                                                                                       |
|----------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| DEFINIÇÃO                              | Eliminação de competidores que não se encontram no mesmo mercado, mas guardam relação virtual de concorrência                 | Entrada de novo concorrente potencial aumentaria a concorrência e desconcentraria o mercado, mas não ocorre em virtude do ato de concentração. Perde-se uma oportunidade de melhorar a estrutura do mercado | Comportamento do mercado é afetado positivamente pela existência de competidor potencial. O ato de concentração eliminaria este efeito |
| QUESTITOS PARA APLICAÇÃO SUPREMA CORTE |                                                                                                                               | Razoável probabilidade de entrada sem o ato de concentração.<br>Entrada causaria efeitos benéficos ao mercado                                                                                               | Mercado concentrado.<br>Pequeno número de concorrentes potenciais                                                                      |
| CORTES INFERIORES                      |                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                             | Evidência dos impactos da existência do entrante potencial sobre o comportamento das firmas                                            |
| FTC/DOJ                                | HHI > 1.800<br>Elevadas barreiras a entrada.<br>Vantagem do concorrente potencial não é compartilhada por mais de três firmas |                                                                                                                                                                                                             |                                                                                                                                        |

95 Uma síntese da discussão pode ser obtida em ABA (1997, p.342-350) que, por sua vez, resume pontos de ABA (1988).

|                                   |                                                                             |                                                                                                                                                                   |                            |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| ACEITAÇÃO<br>PELOS TRI-<br>BUNAIS | Aceitação teórica parcial, porém com êxito infrequente nas decisões finais. | Reserva da Suprema Corte quanto à aplicação desta variante.<br>Divergências quanto ao rigor das provas documentais.<br>Adoção pela FTC do “clear proof standart”. | Raros casos foram aceitos. |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------|

Note-se que um ato de concentração (joint venture no caso, mas que poderia ser uma aquisição, fusão ou incorporação) poderia ser nocivo de duas formas:

na concorrência potencial efetiva (CPE), ao impedir que um efeito benéfico ocorra com a entrada de novo de uma empresa. Neste caso, o ato de concentração inibiria possível melhora da estrutura do mercado sem necessariamente piorar a situação da concorrência;

na concorrência potencial percebida (CPP), ao eliminar efeitos benéficos oriundos da percepção por partes dos atuais participantes do mercado de que o abuso de seu poder de mercado induziria a entrada de uma nova empresa. Neste caso, o ato de concentração geraria um impacto negativo sobre o desempenho das empresas.

Estas duas formas de concorrência potencial são mais freqüentemente citadas<sup>96</sup>. O Juiz Marshall em sua manifestação no caso *EUA versus Fals-taff Brewing Corp.* sugere uma terceira forma não constante do Quadro 1 e não mencionada no debate, a qual denomina “entrante dominante”. Segundo Marshall, “...uma firma fora do mercado pode deter recursos tão superiores que, se trazidos ao mercado, poderiam, no limite, ter um significativo efeito anticoncorrencial”.

É fácil perceber que as formas de concorrência potencial acima não são mutuamente excludentes. As duas variantes habitualmente citadas - CPE e CPP - poderiam ser invocadas para contestar um ato de concentração.

Quadro 1 explicita precondições muito específicas para a aplicação da teoria em qualquer de suas variantes:

- o mercado precisa ser concentrado e com elevadas barreiras a entrada;
- deve ser pequeno (máximo de três) o número de concorrentes potenciais com os atributos que lhe conferem vantagens comparativas em relação a outras empresas para entrar no mercado relevante.

---

96 Ver ABA (1997).

Tais exigências estão sistematizadas de forma mais clara nos Guidelines de 1984, segundo os quais os seguintes quesitos deveriam ser preenchidos simultaneamente para a aplicação do conceito de competidor potencial:

- a) elevado HHI (superior a 1800);
- b) elevadas barreiras à entrada;
- c) concorrente potencial eliminado deve ser um dos poucos que poderiam ter vantagens comparativas para entrar no mercado;
- d) participação mínima de 5% do mercado da firma adquirida ou neste caso, da empresa doméstica que está se associando.

Na CPE duas condições adicionais são essenciais:

Razoável probabilidade de entrada do concorrente potencial na ausência do ato de concentração. Tal condição poderia, por sua vez, ser desdobrada em dois pontos:

i) intenção e plausibilidade econômico-financeira da entrada de novo do concorrente potencial em questão; ou conforme manifestação do Juiz Marshall no mesmo caso Falstaff, “...mere entry by acquisition would not prima facie establish a firm’s status as an actual potential entrant. For example, a firm, although able to enter the market by acquisition, might because of inability to shoulder the de novo start up costs, be unable to enter de novo.”

ii) medida em que o ato de concentração com firma dentro do mercado inibe ou mesmo exclui atuação independente no mercado em momento futuro.

Entrada de novo deve contribuir para a melhoria das condições de concorrência no mercado, excluindo, por exemplo, a hipótese de Marshall de “entrante dominante”.

Na CPP torna-se necessário demonstrar:

evidência de que as empresas atuantes no mercado percebem, de fato, o concorrente potencial enquanto tal;

nexo causal entre esta percepção e uma presumível atenuação do comportamento anticoncorrencial.

Dadas tais precondições restritivas, não surpreende o fato, já mencionado no voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho e destacado na terceira linha do Quadro 1, de que a teoria da concorrência potencial tem tido aplicação infreqüente e rara aceitação nas decisões judiciais norte-americanas.

O Quadro 2 é ilustrativo a este respeito ao conter a lista de casos de decisões finais em que foi invocado o conceito de concorrência potencial nas duas variantes explicitadas no Quadro 1 nos últimos 24 anos.

## Quadro 2

Decisões finais de casos em que foi utilizada a tese de concorrência potencial - EUA

|    | CASOS                                                          | CONCORRÊNCIA POTENCIAL |           | RESULTADO |           |
|----|----------------------------------------------------------------|------------------------|-----------|-----------|-----------|
|    |                                                                | Efetiva                | Percebida | Aceito    | Rejeitado |
| 1  | Budd Co.(1974)                                                 | X                      | X         |           | X         |
| 2  | Missouri Portland Cement Co.v. Cargill, Inc.(1974)             | X                      | X         |           | X         |
| 3  | United States v. Falstaff Brewing Corp. (1974)                 |                        | X         |           | X         |
| 4  | United States v. Marine Bancorporation (1974)                  | X                      |           |           | X         |
| 5  | Varney v. Colernan (1974)                                      | X                      | X         |           | X         |
| 6  | Beatrice Foods Co.(1976)                                       | X                      |           |           | X         |
| 7  | United States v. Amax (1975)                                   | X                      | X         |           | X         |
| 8  | United States v. Black & Decker Mfg.Co. (1976)                 | X                      | X         |           | X         |
| 9  | United States v. Hughes Tool Co. (1976)                        | X                      | X         |           | X         |
| 10 | Warner-Lambert (1976)                                          | X                      | X         |           | X         |
| 11 | Warner-Lambert (1976)                                          | X                      |           | X         |           |
| 12 | Babcock & Wilcox Co. v. United Technologies.Corp. (1977)       | X                      | X         |           | X         |
| 13 | BOC International, Inc. v. FTC (1977)                          | X                      |           |           | X         |
| 14 | United States v. Consolidated Foods Corp. (1978)               | X                      | X         |           | X         |
| 15 | Fruehauf Corp. (1979)                                          | X                      |           |           | X         |
| 16 | Southwest Mississippi Bank v. Fed. Deposit Insur. Corp. (1979) | X                      | X         |           | X         |
| 17 | Heublein, Inc. (1980)                                          | X                      |           |           | X         |
| 18 | Lektro-Vend Corp. v. Vendo Corp. (1982)                        |                        | X         |           | X         |
| 19 | United States v. Federal Communications Commission (1980)      | X                      | X         |           | X         |
| 20 | United States v. First National State Bancorporation (1980)    | X                      | X         |           | X         |
| 21 | Mercantile Texas Corp. v. Board of Gov.Fed. Res.System         | X                      |           |           |           |

|    |                                                                  |   |  |  |   |
|----|------------------------------------------------------------------|---|--|--|---|
|    | (1981)                                                           |   |  |  |   |
| 22 | Republic of Texas Corp. v. Board<br>of Gov.Fed. Res.System(1981) | X |  |  | X |

|                                                         |                                                                |           |           |          |           |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------|-----------|-----------|----------|-----------|
| 23                                                      | Yamaha Motor Co., v. Federal Trade Commission (1982)           | X         |           | X        |           |
| 24                                                      | BASF Wyandotte Corp. (1982)                                    | X         | X         |          | X         |
| 25                                                      | Exxon Corp. (1982)                                             | X         |           |          | X         |
| 26                                                      | Tenneco, Inc. v. Federal Trade Commission (1982)               | X         | X         |          | X         |
| 27                                                      | Beatrice Foods Co.(1983)                                       | X         |           |          | X         |
| 28                                                      | Grand Union Co. (1983)                                         | X         |           |          | X         |
| 29                                                      | BAT Industries, Ltd. (1984)                                    | X         |           |          | X         |
| 30                                                      | Champion Spark Plug Co. (1984)                                 | X         |           |          | X         |
| 31                                                      | Kerosoles M. Theatres, Inc. v. National Amusements, Inc.(1989) | X         |           |          | X         |
| 32                                                      | Reazin v. Blue Cross & Blue Shield of Kansas, Inc. (1990)      | X         |           |          | X         |
| 33                                                      | Textron, Inc.(1991)                                            | X         |           |          | X         |
| 34                                                      | SBC Communications, Inc. v. Fed.Communic.Commission (1995)     | X         |           |          | X         |
|                                                         | <b>TOTAL</b>                                                   | <b>33</b> | <b>15</b> | <b>2</b> | <b>32</b> |
| <b>FRAÇÃO DE CASOS EM QUE PREVALESCEU A TESE = 2/34</b> |                                                                |           |           |          |           |

Destaque-se que:

- dos 33 casos citados, em apenas dois (ou 6%) a tese foi aceita;
- a CPE foi invocada mais freqüentemente do que a CPP (33 vezes contra 16).

Tais resultados reforçam a impressão de que seria necessária enorme cautela para aplicar a doutrina no Brasil.

Nos anos sessenta há alguns exemplos de aplicação da teoria da concorrência potencial que serão discutidos em seguida. Conforme assinalado no debate, uma análise jurisprudencial não pode se limitar a mencionar os casos em que determinada tese tenha sido utilizada. Interessam sobretudo as circunstâncias específicas de cada um deles e em que medida é possível extrair ensinamentos para a aplicação da lei brasileira.

Sublinhe-se, neste sentido, que os casos em que a tese foi aceita revelam visíveis contrastes com a operação em apreciação pelo CADE no tangente ao atendimento dos quesitos apontados no Quadro 1.

Os próximos parágrafos exploram as seguintes operações:

Procter & Gamble de 1967; Yamaha Motor Company versus FTC ;  
United States v Penn-Olin Chemical Co.



### Procter & Gamble de 1967

Um paralelo com a decisão norte-americana no caso da compra da Clorox pela Procter é ilustrativo. No tangente à concorrência potencial, a decisão assinala:

“a Comissão também entendeu que a aquisição da Clorox pela Procter eliminava essa última como um competidor potencial. A evidência claramente sugere que a Procter era o entrante mais provável... A Procter estava engajada em um vigoroso programa de diversificação de linhas de produção que fossem fortemente relacionados com os seus produtos”. (grifos meus)

É fácil perceber que a análise da questão concorrencial relativa à eliminação de um entrante potencial no caso Procter/Clorox levou em conta vários fatores que não se encontram presentes na operação em tela:

Existiam fortes evidências de que a Procter era o entrante mais provável em contraste com a fragilidade da argumentação de que a Anheuser-Bush (AB) seria um entrante provável não fora pela associação em exame.

O número de entrantes potenciais no caso Procter/Clorox não era tão grande, de forma que a eliminação de um deles faria grande diferença na concorrência. O Relatório permite constatar, por seu turno, a existência de vários grupos que, em tese, poderiam ser competidores potenciais, conforme será detalhado adiante.

Era claro que o comportamento do setor onde a Clorox atuava era influenciado pela previsão do comportamento dos concorrentes, incluindo os potenciais.

As barreiras à entrada para uma firma do tamanho da Procter não eram significantes. No caso em tela, foram assinaladas as elevadas barreiras à entrada existentes no mercado de cerveja brasileiro, as quais teriam relevância mesmo para empresas do tamanho da AB, especialmente o acesso e montagem da rede de distribuição.

### Yamaha Motor Company versus FTC de 1982

Trata-se da joint venture realizada em 21/11/1972 entre Brunswick e Yamaha, afetando o mercado relevante de motores de popa. Em 1973 as quatro maiores firmas (Outboard Marine Corporation (OMC), Brunswick, Chrysler e Eska) detinham 95%, sendo que as duas maiores (OMC e Brunswick) controlavam 73%.

O caso foi formalmente iniciado em 15/04/1975 e teve vários desdobramentos que transcendem ao escopo deste voto. Importa, contudo chamar atenção para alguns contrastes com a operação em tela:

a Yamaha tinha planos de entrada conhecidos nos EUA, tendo desenvolvido produtos especialmente desenhados para o consumidor norte-americano;

estes planos não apenas eram do conhecimento dos concorrentes como aparentemente chegavam a afetar suas decisões estratégicas. Conforme testemunho do presidente da OMC perante o juiz administrativo que empreendeu as primeiras investigações;

“we had no plans to upgrade the 25-horsepower engine until the Yamaha came along”<sup>97</sup>

para além do plano das intenções e projetos de produtos específicos, a Yamaha já havia feito duas tentativas de entrada antes de 1972;

a barreira representada pela montagem da rede de distribuição não era tão relevante tendo em vista:

- i) a possibilidade de canais alternativos através das grandes redes;
- ii) a curta duração dos contratos entre fabricantes e revendedores;
- iii) a presença da empresa no mercado americano em outras linhas de produtos (snowmobiles e motocicletas).

por mais atraente que possa parecer o mercado brasileiro nos anos noventa, não se compara ao mercado norte-americano dos anos setenta.

United States v. Penn-Olin Chemical Co.

Trata-se da formação de uma joint venture entre Pennsalt e Olin para a construção de uma fábrica de clorato de sódio no Sudeste dos EUA. Em 1962 a Penn-Olin era a segunda produtora do Sudeste americano.

A operação foi contestada com base na doutrina da concorrência potencial:

“A Penn-Olin impediu que a Pennsalt, um competidor efetivo, e Olin, um competidor potencial, competissem independentemente no Sudeste”

A Corte Distrital não acolheu a tese do governo, alegando que seria improvável que ambas firmas construíssem plantas na região. O governo recorreu à Suprema Corte que discordou do entendimento da Corte Distrital alegando que “ainda restava considerar o fato que a Penn-Olin eliminou a concorrência potencial da empresa que teria ficado na franja do mercado, representando permanente ameaça de entrada”.

O caso retornou à Corte Distrital que novamente julgou favoravelmente pela manutenção da joint venture. Em um segundo recurso à Suprema Corte houve empate (4-4), fazendo prevalecer a tese da Corte Distrital em 1967.

---

97 Citado em Federal Reporter, 2d Series, p. 978.

A exemplo de outros casos, o volume de prova documental requerido foi vasto e os resultados da contestação da operação demorados.

#### Jurisprudência de Outros Países

Não foi possível identificar casos de aplicação do conceito de concorrência potencial na forma discutida anteriormente em outros países.

Na União Européia há casos envolvendo joint ventures no setor cervejeiro já discutidos por ocasião do julgamento do AC 58/95. As circunstâncias radicalmente distintas dos mercados envolvidos foram destacadas em meu voto naquela oportunidade.

Contato com o Sr. Juan Riviere da Comissão Européia permitiu confirmar a informação contida no voto do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho de que a joint venture entre AB e Courage da Grã-Bretanha está pendente.<sup>98</sup> Segundo a mesma fonte, não havia informações acerca dos casos mencionados pela empresa de associações entre AB e Kronenbourg (França) e SA Damn (Espanha).

Tampouco os países da Alca, exclusive EUA, oferecem muitos exemplos. Visando enriquecer o acervo de informações, os representantes brasileiros efetuaram consulta formal a todas as delegações participantes do Grupo de Defesa da Concorrência da ALCA, reunidos em Lima em 02/07/1997. Tal solicitação foi no sentido de recolher informações de casos que, porventura, pudessem auxiliar o exame do CADE.

#### Casos do Canadá

##### Molson Companies Limited e Elders IXL Limited, 1989

Chama a atenção a fusão ocorrida em 1989 e analisada pela agência canadense entre a Molson Companies Limited e a Elders IXL Limited, que detinha a Carling O'Keefe Breweries of Canada Limited. A operação suscitou preocupação da autoridade, especialmente nas províncias de Alberta e Quebec:

“The Director, following an extensive examination of information provided to the Bureau by the parties, industry participants in Canada and in the United States, provincial regulators and federal officials, concluded that the competitive impact of the merger was of potential competition concern in the provinces of Alberta and Quebec. Under present market conditions, the merger is not likely to raise concerns under the Competition Act in any other area of Canada.”(documento-síntese da Decisão)

---

98 Porém, correspondência do Office of Fair Trade endereçada à empresa sugere que a operação não estaria sujeita a restrições.

A Carling era a firma de maior expressão em Quebec e sua compra pela Molson deixava a Labatt como única grande rival na região. Além disso, havia barreiras regulatórias significativas na esfera de distribuição e restrições às importações dos EUA.

A decisão da agência foi, contudo, no sentido de não contestar a fusão. Conforme documento-síntese da decisão, p.10:

“The Director, having carefully analyzed the competitive impact of the merger in the various provinces and territories of Canada, has decided not to challenge the merger at this time. Rather, the Bureau will monitor the effects of the merger on competition in the beer industry in Canada, and particularly in the provinces of Alberta and Quebec. The Bureau will be assisted in this regard by a comprehensive monitoring program which has been arranged with the parties pertaining to, among other things, pricing, market shares, marketing initiatives, efficiency gains, export activities, concentration, new entrants, deregulation and distribution in Quebec. The Director will pay particular attention to the changes that may occur in markets such as Quebec in determining whether the merger in fact gives rise to a substantial lessening of competition within the three year period provided for under the act.”

Aquisição da Domglas Inc. pela Consumers Packaging Inc., 1989

Trata-se da compra da Domglass Inc. pela Consumers Packaging Inc. atuantes no setor de recipientes de vidro ocorrida em 1989.

Baseado em ampla evidência sobre os mercados canadense e norte-americano, levou-se em consideração a concorrência potencial dos fabricantes americanos para aprovar a operação. Além disso, a autoridade obteve das partes o compromisso de que as mesmas peticionariam por uma aceleração de redução de alíquotas no âmbito do NAFTA.

De acordo com o informe sumariando a decisão:

“In reviewing the transaction, the Director considered the extent of present and potential competition from U.S. glass container manufacturers. To further enhance the viability of these alternative sources of supply, the parties have formally applied to eliminate the tariff on U.S. imports over a five-year period, rather than the present ten-year period under the Canada-U.S. Free Trade Agreement.”

Note-se a importância para a decisão da agência o fato de que haveria efetivamente efeito sobre o mercado doméstico dos concorrentes potenciais:

“The analysis has revealed that many companies in diverse end-use market segments in Canada consider U.S. manufacturers to be viable alternate suppliers of their glass container requirements. (p.3)”

Embora o tema tenha sido abordado de um outro ângulo neste caso, tal concorrência potencial poderia ser descrita como percebida pelos agentes do mercado canadense. A atuação da agência foi no sentido de aumentá-la mediante maior liberalização comercial.

Asea Brown Boveri Inc. e Westinghouse Canada Inc., 1989

Trata-se de compra pela ABB de plantas da Westinghouse afetando o mercado de transformadores. A agência canadense contestou a operação, impondo várias condicionalidades, dentre elas a aceleração do cronograma de redução de alíquotas de importação.

Pontos Interessantes sobre os Casos do Canada

É evidente que as peculiaridades nacionais e mesmo regionais destes casos são várias, desautorizando, a exemplo dos demais casos, uma transposição automática para o Brasil. Não obstante, três aspectos merecem destaque:

o recurso ao monitoramento de informações sobre o mercado é legítimo quando não se dispõem de elementos seguros para aquilatar com precisão os possíveis efeitos negativos de uma operação sobre o mercado;

a autoridade de defesa da concorrência deve sempre levar em consideração o ambiente institucional do mercado e recomendar que se retirem os entraves à concorrência potencial e efetiva;

o estímulo ao comércio exterior e a retirada dos entraves à importação podem freqüentemente melhorar significativamente, as condições de concorrência e maximizar as eficiências de operações que, de outra forma, inibiriam a concorrência doméstica.

O Caso do México

Embora a defesa da concorrência tenha menor tradição nos países da América Latina, seria conveniente saber como economias emergentes e absorvedoras de fluxos de investimento direto enfrentaram questões semelhantes às colocadas pela operação em tela.

O caso mexicano é particularmente interessante por envolver recente aquisição acionária pela Anheuser-Bush em grupo líder do setor cervejeiro daquele país. Foram duas aquisições acionárias realizadas em janeiro de 1993 e maio de 1997 pela Anheuser-Bush junto ao Grupo Modelo.

Guardadas as peculiaridades nacionais, há evidentes semelhanças e pontos de interesse com a operação em tela, além é claro do fato de envolver a mesma empresa adquirente (AB)<sup>99</sup>:

o mercado mexicano é fortemente concentrado. A Cervejaria Modelo detém 52% do mercado e a Cervejaria Cuauhtemoc-Montezuma (Femsa) 47,5%;

as importações representam fatia reduzida do mercado (0,5%);

esta configuração de mercado resulta em um índice de concentração HHI próximo a 5000, cerca de 1700 pontos maior que o brasileiro, conforme indica o Quadro 3;

se se quiser aceitar que a AB tem vantagem específica de entrada no Brasil, ter-se-ia que admitir sua vantagem de entrada no México pelas razões óbvias de proximidade geográfica e vigência do NAFTA. Assim mesmo, a empresa preferiu associar-se à líder do mercado, reafirmando sua estratégia de internacionalização baseada em associações.<sup>100</sup>

o México obteve através do Grupo Modelo o desenvolvimento de marca mundialmente conhecida (Corona) com penetração em mais de cinquenta mercados, inclusive e principalmente os EUA.

---

99 As informações utilizadas neste item constam de material enviado pela Comision Federal de la Competencia encaminhados à Relatora e disponível para consulta pelos membros do Conselho.

100 É verdade, contudo, que há duas peculiaridades que deveriam ser melhor consideradas em uma avaliação deste tipo: I) há falhas de mercado no segmento de insumos no México; ii) este país detém certa vantagem comparativa na produção de cerveja. Ambos fatores poderiam representar elementos adicionais de dificuldade de entrada comparativamente a um país como o Brasil, compensando em parte a proximidade geográfica e o NAFTA.

## Quadro 3

Situação dos Mercados Relevantes - Classificação Segundo Critérios da Federal Trade Commission

| <i>Variação no HH</i><br><i>HH</i><br><i>depois da operação</i> | <i>Sem Variação</i>                                                                                                                                                                                                          | <i>Até 50</i>                                                                                                                                                                                                         | <i>Entre 50 e 100</i>                                                                         | <i>Superior a 100</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|-----------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <i>Baixa Concentração</i><br><i>(até 1000)</i>                  | <i>Farinha de Trigo</i>                                                                                                                                                                                                      | <i>Fios Têxteis</i>                                                                                                                                                                                                   |                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
| <i>Concentração Moderada</i><br><i>(entre 1000 e 1800)</i>      | <i>GLP</i>                                                                                                                                                                                                                   | <i>Fornos de Microondas</i><br><i>Fertilizantes Nitrogenados</i>                                                                                                                                                      |                                                                                               | <i>Condutores Padrão</i><br><i>Linhas para Costura</i><br><i>Antiácidos</i><br><i>Fertilizantes Fosfatados</i>                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <i>Alta Concentração</i><br><i>(superior a 1800)</i>            | <b><i>Cerveja</i></b><br><i>Tinta Automotiva</i><br><i>Evaporadores Roll-Bond</i><br><i>Colas Brancas Bastão</i><br><i>Fluorita Grau Ácido</i><br><i>Refrigeradores</i><br><i>Freezers</i><br><i>Máquinas de Lavar Roupa</i> | <i>Enxaguante Bucal</i><br><i>Resina de Poliuretano</i><br><i>Aditivo Acelerador</i><br><i>Aditivo para Óleo</i><br><i>Bombas de Combustível</i><br><i>Colas Brancas Líquidas</i><br><br><i>Condicionadores de Ar</i> | <i>Fio Dental</i><br><i>Aditivo Antidegradante</i><br><i>Fralda Descartável</i><br><i>TDI</i> | <i>Condutores Energia</i><br><i>Creme Dental</i><br><i>Escova Dental</i><br><i>Mercado Varejista</i><br><i>Compostos Vedantes</i><br><i>Aspirador de Pó</i><br><i>Fundidos Choque</i><br><i>Fundidos Engate</i><br><i>Fundidos Truque</i><br><i>Quinta Roda</i><br><i>Aditivos Especiais</i><br><i>Fluorita Grau Metalúrgico</i><br><i>Tabaco</i><br><i>Rocha Fosfática</i><br><i>Anticoccidíacos Avícolas</i> |

Fonte: Assessoria do CADE. Atualizada até 10/06/97.

sublinhado = Região de Alerta

Contato junto ao Departamento de Justiça dos EUA revelou que não houve contestação da operação por parte daquela agência norte-americana, nem tampouco qualquer condicionalidade à operação.

Contato junto à Comisión Federal de Competencia (CFC) do México revelou que aquele organismo não contestou a operação e não impôs qualquer condição. Segundo informou o Sr. Adriaan Ten Kate, Diretor-Geral de Estudos Econômicos da CFC, a operação não teria afetado a estrutura do mercado mexicano.<sup>101</sup> Carta da Secretaria Executiva da CFC endereçada à empresa confirma aprovação sem condicionalidades da operação.

101 Um relato sumário da Decisão só estará disponível quando da publicação do Relatório da Comisión relativo a 1997. A exemplo de outras legislações, a Lei mexicana não permite a divulgação das razões das decisões administrativas.

## Especificidades do Brasil e Considerações sobre a Jurisprudência do CADE

Até agora a doutrina de concorrência potencial não preponderou na análise do CADE. Isto não quer dizer, naturalmente, que sua aplicação rigorosa, com as devidas provas e evidências fartamente preenchidas, não possa constituir algo positivo e inovador.

Não é casual, contudo, que sua utilização seja infrequente, pois seus quesitos de aplicação são inúmeros e de comprovação não trivial. Se o CADE não for muito rigoroso em relação à necessidade de riqueza de prova documental, inúmeras operações envolvendo empresas estrangeiras poderiam ser passíveis de contestação sob a alegação de suposta eliminação de concorrência potencial.

Um exame rápido de deliberações recentes do CADE pode ser ilustrativo. As decisões discutidas em seguida parecem sólidas e bem fundamentadas. No entanto, se se admitisse uma aplicação permissiva da doutrina de concorrência potencial, isto é, sem o devido preenchimento de todos seus quesitos com ampla documentação, poder-se-ia gerar ambigüidades e incerteza quanto aos critérios de decisão do CADE.

### Exame de Algumas Deliberações Recentes do CADE

Os próximos parágrafos contêm descrição sumária de deliberações do CADE sobre atos de concentração sem fazer justiça à riqueza e minúcia dos relatórios e votos que, em todos os casos acompanhei integralmente.

O objetivo, no entanto, se restringe a alertar para o risco representado por uma aplicação não suficientemente rigorosa da doutrina de concorrência potencial.

Serve, ademais, para ilustrar algo que parece consensual no Conselho de que o CADE não tem acusado até agora propensão contra o capital estrangeiro.

#### 1. AC 28/95: Nalco/Exxon

Trata-se de joint venture mundial que envolve a união das operações da Nalco e da Exxon no setor de aditivos químicos especiais. No Brasil, a Exxon atuava neste setor apenas via importações. De acordo com o relatório, agia no Brasil “apenas em negócios relacionados com a distribuição de derivados de petróleo”.

O mercado relevante foi definido como o mercado nacional de aditivos químicos especiais, estando este dividido em três segmentos: aditivos para



produção de óleo e perfuração, para refinaria e para petroquímica. A participação da Exxon parece estar restrita ao segmento de petroquímica. A Nalco detinha 1/3 deste segmento do mercado e a Exxon 1/10, ou seja, eram concorrentes efetivos, apesar da Exxon só atuar através de importações.

O HHI do mercado de aditivos para petroquímica após a operação atingiu 3355,6, representando aumento de 830,02 pontos. O relatório calcula a demanda potencial, que, no caso do segmento de aditivos para petroquímica é nove vezes maior do que o mercado realmente atendido.

A análise de eficiências se circunscreveu à menção de “ganhos de escala, maior eficiência e melhor qualidade”, que redundariam em melhores níveis de produtividade e maior competitividade nos mercados interno e externo. Além disso, segundo o parecer da SEAE, “o início das atividades da Nalco/Exxon Brasil traz para o país todas as vantagens decorrentes dos desenvolvimentos tecnológicos nessa área industrial”.

O relatório afirma ainda que a operação “não implicará... modificação no processo concorrencial do mercado nacional...”, tendo sido a operação aprovada sem restrições, por unanimidade.

Note-se, contudo, que o ato envolveu a entrada no mercado nacional de uma importante multinacional através de joint venture com um dos líderes do mercado nacional, que é altamente concentrado. A característica deste mercado de apenas uma pequena parcela da demanda potencial ser atendida poderia ser tomada como evidência de que haviam fortes incentivos para a Exxon ingressar no mercado sozinha. De acordo com a SEAE, “o mercado de aditivos químicos especiais...continua aberto para ser conquistado”.

Portanto, poder-se-ia considerar que a Exxon era um importante concorrente potencial em um mercado concentrado. Porém, considerou-se que a operação não afetava a concorrência no mercado, tendo sido aprovada por unanimidade.

## 2. AC 49/95: SHV Energy e Minasgás

Trata-se da aquisição de 50% da Minasgás Participações, empresa de capital nacional, que controla a Minasgás Distribuidora. Esta atua na distribuição de GLP (gás liquefeito de petróleo). A SHV é uma importante empresa do setor a nível mundial (faturamento, só na distribuição de GLP, de 3,6 bilhões de dólares em 1994, em diversos países) mas não atuava no Brasil antes desta operação, e a Minasgás é uma das líderes (quinta maior em 1994) no mercado nacional.

O mercado relevante acusa concentração média (HHI de 1058,48, desconsiderando a participação das empresas pequenas). O relatório não aborda investimentos ou eficiências, embora a entrada da SHV na Minasgás Parti-

cipações tenha resultado no aumento do capital da empresa de participações de 12 para 24 milhões.

O relatório afirma que “ocorreu o ingresso de um especialista de porte e, por conseguinte, de um potencial concorrente no mercado brasileiro”(grifos meus). Porém, ressalva que “da forma que foi realizado este ingresso” não houve prejuízo à livre concorrência. O ato foi aprovado sem restrições, por unanimidade.

O ato envolve a entrada de uma multinacional de porte através da aquisição de uma das líderes do mercado, de capital nacional. Apesar da SHV ser identificada como potencial concorrente, e de não constarem do relatório investimentos ou eficiências, a operação foi aprovada sem restrições. Neste caso, a redução da concorrência potencial através da entrada no país via associação (no caso, aquisição) não foi considerada danosa à concorrência.

### 3. AC 118/97 Isolde e BASF

Trata-se de aquisição do negócio mundial de fitas magnéticas do grupo BASF pelo grupo COHAP, ao qual pertence a Isolde. No Brasil, resultou na transferência da BASF da Amazônia para a Isolde. De acordo com o relatório, o grupo COHAP não atuava no país.

O mercado relevante geográfico foi definido como o nacional. O mercado relevante de produto envolveu o de Mídia Magnética, compreendendo os sub-mercados Áudio-Consumo, Áudio-Industrial, Vídeo-Consumo, Vídeo-Industrial, Informática-Consumo e Informática-Industrial. Em três destes mercados a BASF é líder, estando entre os quatro maiores nos demais.

Os submercados são altamente concentrados, com o CR4 variando de 63 a 91% em quatro deles: No de Áudio-Industrial o CR3 chega a 91% e no de Vídeo-Industrial o CR2 chega a 85% (os índices apresentados são os mais abrangentes possíveis utilizando os dados do processo).

O relatório afirma ainda que a COHAP obteve um faturamento em 1995 a nível mundial de 3,5 bilhões de dólares, não havendo exame de investimentos ou eficiências associados à operação.

Trata-se da entrada de nova empresa no setor através da aquisição da líder. Embora não tenha sido examinada a situação mundial da Isolde, o tamanho de sua controladora sugere que haveria possibilidade dela entrar no mercado nacional sozinha.

Não se cogita corretamente do argumento de concorrente potencial. Segundo o relatório, “Trata-se de mera transferência de controle em que não ocorre alteração... das estruturas de mercado, que possam criar ou reforçar o poder das empresas nele atuantes”.

Considerou-se a operação passível de aprovação, apesar de ausência de eficiências ou investimentos. A operação foi aprovada sem restrições por unanimidade.

#### 4. AC 71/96 Electrolux Ltda. e Umuarama

Trata-se de aquisição pela Electrolux da Refripar, empresa cujo controle pertencia a Umuarama. A Electrolux Ltda. é subsidiária brasileira da empresa sueca AB Electrolux, e produz pequenos aparelhos eletrodomésticos, equipamentos de limpeza de assoalho e aspiradores de pó, e aparadores de grama e mini tratores.

O mercado relevante geográfico foi definido como o nacional. O mercado de produto compreende os seguintes segmentos: refrigeradores, freezers, máquinas de lavar roupa, fornos de microondas e condicionadores de ar.

A Refripar em 1995 liderava o mercado de freezers, era segunda em participação nos mercados de refrigeradores e lavadoras de roupa, detendo uma participação importante nos outros mercados citados. A Electrolux não atuava no Brasil nestes mercados.

Todos os mercados são de alta concentração, exceto o de forno de microondas. O HHI no mercado de refrigeradores chega a 5221 pontos, e no de freezers alcança 3510 pontos. Segundo o relatório, a AB Electrolux é a líder mundial do setor de aparelhos eletrodomésticos não-portáteis.

Reconhece-se corretamente o tratamento explícito no Relatório ao tema da concorrência potencial “Ao adentrar o mercado brasileiro... por meio da aquisição de uma empresa nacional a Electrolux... afetou consideravelmente a dinâmica concorrencial desses mercados, em particular eliminando o efeito positivo da concorrência potencial” (grifos meus).

Note-se que neste caso se admite a funcionalidade da entrada por intermédio de aquisição de empresas líderes, prática observada em vários outros exemplos (Bosch, Siemens, e a General Electric em associação com uma empresa de fogões, a Dako), observando que, “a aquisição de uma marca já conhecida... exige menor esforço para o ingresso de uma nova firma nesses mercados ao reduzir os custos para fixação da nova marca... Adicionem-se as vantagens advindas da facilidade de já se contar com um sistema de distribuição estabelecido...”.

Adicionalmente, afirma que “cabe, então, avaliar se a entrada da Electrolux nos cinco mercados relevantes delimitados apresenta aspectos positivos”. Destacam-se entre estes últimos os investimentos de R\$189,5 milhões para ampliar as linhas de produto e a capacidade produtiva e a modernização das instalações.

Além disso, afirma-se que “outras empresas do mesmo porte internacional estão investindo no Brasil nestes mesmos mercados. Além disso, afirma-se que “são mercados com grande potencial de crescimento”. Presumivelmente, uma empresa do porte da Eletrolux poderia entrar sozinha o que acarretaria desconcentração do mercado.

Concluiu-se corretamente que, mantido este programa de investimento, a entrada da Electrolux resultaria em acirramento da concorrência. A operação foi aprovada, sem restrições, por unanimidade.

Trata-se, portanto, de entrada de uma líder mundial através de aquisição de uma líder nacional. Os mercados relevantes são altamente concentrados, e a barreira à entrada mais importante foi definida como sendo os custos para fixação da marca.

Concluiu-se, acertadamente, que, “a estratégia de utilizar a marca Prosdócimo como veículo para fixação da marca Eletrolux foi sem dúvida racional e bem sucedida”.

#### 5. AC 82/96 Ethyl e Texaco

Trata-se da aquisição da divisão de aditivos da Texaco pela Ethyl Corp. A adquirente atuava no mercado nacional apenas via importações.

O mercado relevante é o nacional de aditivos para óleos lubrificantes. O mercado é altamente concentrado, com HHI pós-operação de 2169 pontos. A Texaco detinha 17% do mercado e a Ethyl 1%.

Chama a atenção o reconhecimento de coexistência entre altas barreiras à entrada e rivalidade entre os participantes. De fato, o mercado é caracterizado da seguinte forma, “... Assim como a nível mundial, no Brasil a oferta é oligopolizada, uma vez que o setor requer vultosos recursos em P&D só acessíveis a grandes empresas dos setores petrolífero e petroquímico com interesse direto no mercado relevante”.

Não obstante, concluiu-se que,

“O Ato em alusão não limita ou prejudica a livre concorrência ou resulta na dominação de mercado relevante de bens, uma vez que os aditivos para óleos lubrificantes são internacionalmente comercializados por empresas de grande porte com amplo acesso a importações, sendo o mercado brasileiro de produto, à semelhança do mercado mundial, caracterizado por intensa competição dentro de um oligopólio diferenciado.”

O relatório não aborda eficiências ou investimentos, concluindo que a concentração no mercado nacional com a operação é pequena e que o mercado é intensamente competitivo. O ato foi aprovado por unanimidade sem restrições.

Trata-se da entrada no mercado nacional via aquisição de uma das grandes empresas multinacionais do setor (faturamento mundial só neste mercado de US\$577 milhões, segundo o relatório). O relator, porém, não analisa a importância da Ethyl no mercado mundial, focando a análise na sua reduzida participação no mercado nacional via importações. A hipótese de que a Ethyl exerceria efeito no mercado nacional através da ameaça de entrada não chegou a ser aventada.

#### 6. AC 50/95 Echlin, Mecano e Trats

Trata-se da aquisição da Trats, controlada pela Mecano, empresa de capital nacional, pela Echlin, empresa tradicional no setor de autopeças a nível mundial (faturamento superior a US\$ 1 bilhão) e no Brasil.

Porém, no mercado relevante, definido como o nacional e de bombas mecânicas de combustível, a Echlin atuava apenas via importações. A participação no mercado da Mecano era de 36,5% (segunda maior) e a da Echlin era de 0,6%. O HHI do mercado após a operação chega a 4835,29.

A única barreira à entrada mencionada foi a obsolescência do produto a médio prazo, devido à substituição por bombas elétricas. As eficiências mencionadas são: exportações para o Mercosul, aumento da produtividade e produção física, treinamento de empregados e investimentos de US\$ 800 mil ao longo de quatro anos (o faturamento da Mecano só com bombas de combustível chega a US\$ 11,7 milhões, segundo o relatório).

O relatório conclui que a operação trará pouca alteração ao mercado devido a reduzida participação da Echlin e que a entrada de uma grande empresa será positiva por acirrar a concorrência com a Brosol, líder do mercado. A operação foi aprovada sem restrições por unanimidade.

Tem-se a entrada no mercado nacional de uma grande multinacional do setor de autopeças mediante aquisição da segunda maior empresa do mercado nacional. Apesar da Echlin ser uma das líderes mundiais em um mercado que, no Brasil, é altamente concentrado, não se considerou que esta seria concorrente potencial, restringindo a análise na reduzida participação que a Echlin possuía no mercado através de importações.

#### 7. AC 90/96 KCC e Kenko

Trata-se da aquisição da Kenko, empresa de capital nacional, pela KCC. A Kenko atua no Brasil no mercado de fraldas descartáveis e absorventes higiênicos e a KCC atuava no Brasil através de importações no mercado de fraldas descartáveis e no Mercosul nos dois mercados.

Embora o mercado geográfico relevante tenha sido sugerido como o do Mercosul, concentrou-se a análise no mercado nacional. O HHI no merca-

do nacional de fraldas descartáveis chegou após a operação a 2116,34, com um aumento de 91,46 pontos. Afirmou-se que “no mercado de absorventes higiênicos não há alterações, pois a adquirente nele não agia”.

Destacam-se as seguintes eficiências: aumento de produtividade e redução de custos com investimentos totais de 60 a 80 milhões de dólares, estabelecimento de programas de exportação, desenvolvimento de programa de treinamento e desenvolvimento e auxílio aos fornecedores nacionais de matéria prima.

O relatório assinalou ainda que “na Argentina e nos demais países ocidentais... a Kimberly e a Procter & Gamble lideram o mercado”. O mercado de fraldas descartáveis está em rápido crescimento; segundo o relatório, “de 1990 a 1995, o mercado brasileiro de fraldas descartáveis cresceu 782%”. E ainda há espaço para crescer: “em 1994, apenas 9% das fraldas usadas no país eram descartáveis... nos Estados Unidos... 95%; na Argentina 54%...”.

De acordo com o relatório, a Kenko encontrava-se em uma situação financeira difícil devido ao alto endividamento, concluindo que “positiva, assim, é a entrada de um terceiro grupo... com acirramento da concorrência”.

Trata-se da entrada no país de um dos mais importantes produtores mundiais através da aquisição da segunda maior firma no mercado nacional. Além disso, a KCC é um dos líderes no Mercosul, que seria o mercado geográfico relevante. Como no caso das cervejas, o mercado de fraldas está em rápido crescimento. O mercado nacional de fraldas é altamente concentrado (no Mercosul também: a KCC passou a deter 31,3% do mercado com o ato).

Porém, não foi considerado que a KCC era concorrente potencial da Kenko, nem que seria mais desejável a entrada no país de outra forma: a operação foi aprovada sem restrições, por unanimidade.

#### Pontos sobre as Deliberações Recentes do CADE

A discussão acima sugere alguns pontos para reflexão:

situações em que a requerente estrangeira possa ser colocada como um concorrente potencial são freqüentes, pois:

a) o aporte médio da empresa internacional é várias vezes superior ao da nacional;

b) o mercado brasileiro é mais facilmente acessível às empresas internacionais que, desta forma, se transformam em concorrentes potenciais;

c) o grau médio de concentração da indústria brasileira é superior ao das economias maduras por razões históricas e estruturais;

d) grande parte do setor produtivo nacional está em processo de reestruturação para o que sócios estrangeiros ou nacionais são muitas vezes essenciais, especialmente quando se trata de conquistar mercados externos;

e) do ponto de vista do sócio externo o sócio doméstico é extremamente eficiente ao reduzir uma barreira à entrada representada pelo desconhecimento do mercado local.

O CADE deve ser no mínimo muito criterioso para bloquear uma operação com base da eliminação da concorrência potencial, pois:

a) a aplicação da doutrina de concorrente potencial neste caso impõe à autoridade a necessidade de um volume muito mais vasto de informações, tornando-se necessário demonstrar que há apenas um número reduzido de concorrentes potenciais no mundo capazes de entrar no mercado nacional;

b) aplicada sem o devido rigor e em um país de baixa cultura de concorrência, tal doutrina poderia provocar enorme confusão entre os agentes econômicos, aumentando a incerteza e inibindo o ingresso de investimento estrangeiro em detrimento não apenas das metas mais gerais do desenvolvimento, mas do próprio mercado;

c) pode-se inibir a concorrência ao gerar assimetrias entre empresas globais e nacionais ao retardar o ingresso das primeiras.

A discussão anterior sugere a necessidade de extrema cautela na utilização da doutrina de concorrente potencial, especialmente tendo em vista as condições específicas da economia brasileira.

Mesmo atendendo aos quesitos para a aplicação da doutrina, restaria o problema não menos trivial de se incorporar à análise a variável tempo de ingresso do potencial entrante. De fato, se para entrar sozinha no mercado, uma empresa demora um período excessivamente longo, uma aliança com empresas nacionais pode reduzir este espaço de tempo e constituir solução superior do ponto de vista da concorrência.

Ora, tal consideração reforça a insuficiência de informação da autoridade para emitir um juízo seguro. Se já é difícil discriminar no plano internacional os possíveis entrantes, estabelecer o tempo de ingresso e o volume ótimo de investimentos são tarefas particularmente difíceis.

O ponto é reforçado no caso de alianças sob a forma de joint ventures, em geral mais facilmente dissolvidas do que operações de fusão ou compra. A experiência recente comprova a possibilidade e mesmo freqüência de mudança de sócio, como ocorrido com a AB no Japão.

Isto não implica que não seja possível a aplicação da teoria de concorrência potencial no Brasil. Desde logo, em um sentido amplo, o CADE

deve sempre perseguir como objetivo o aumento da concorrência efetiva e potencial.

Pode-se conceber uma situação em que um ato de concentração de uma firma estrangeira devidamente caracterizada como concorrente potencial com uma nacional tenha ocorrido com o efeito inequívoco de inibir a concorrência. Neste caso, o ônus da prova será do CADE, que deve demonstrar com minúcia e rigor os impactos negativos da operação.

Acredito, portanto, que minha divergência com a maioria dos votos proferidos até aqui se restrinja preponderantemente a uma questão empírica. Estariam preenchidos os quesitos de prova necessários para a aplicação da doutrina do concorrente potencial? Respondo negativamente pelas razões apresentadas no próximo item.

Preocupa-me, em particular, o fato de que as evidências mais relevantes para o exame desta questão empírica tenham sido trazidas apenas no final do processo, algumas delas já durante o início da deliberação pelo CADE, sem que a totalidade dos membros do Conselho e a Relatora, em particular, pudessem efetuar exame mais aprofundado da matéria. Independentemente do mérito, portanto, e em seu devido momento processual, acredito ser este um caso merecedor de reexame por parte do Conselho.

#### Insuficiência das Evidências para o Atendimento dos Quesitos para Aplicação da Teoria de Concorrente Potencial

A aplicação do conceito neste caso não atende aos quesitos mínimos que normalmente seriam requeridos para justificar uma aplicação segura do conceito de concorrente potencial.

A análise jurisprudencial anterior procurou contrastar a aplicação da teoria da concorrência potencial nos EUA com a tentativa proposta para o caso em exame. Convém, neste momento, ressaltar os principais pontos em que as precondições para sua aplicação adequada não estão atendidos:

- superestima-se a importância do grau de concentração do mercado, subestimando-se a rivalidade entre as empresas nele atuante;

- não se demonstra a existência de número restrito de competidores potenciais;

- não se demonstra satisfatoriamente a razoável probabilidade de entrada do competidor potencial: As evidências objetivas e subjetivas sugeririam inclusive a razoável probabilidade de não entrada em um prazo de tempo suficientemente longo para justificar estratégias alternativas;

- o padrão de prova documental parece insuficiente para ambas as hipóteses: CPE e CPP.



Os próximos parágrafos procuram desenvolver estes pontos.

Superestimativa da Importância do Grau de Concentração do Mercado Cervejeiro e Subestimativa da Rivalidade entre as Empresas do Setor

Vários fatores relativizam a importância do nível de concentração no setor cervejeiro:

Conforme ilustra o Quadro 3, a operação em questão está longe da chamada “região de alerta”, segundo os critérios da FTC. De fato, a variação no HHI é negligenciável devido à participação irrisória da AB no mercado brasileiro antes da operação. Em perspectiva comparada, o grau de concentração deste mercado pós-operação está em 21º lugar no ranking de mercados relevantes analisados pelo atual colegiado do CADE para os quais há dados disponíveis.

Os níveis de concentração devem ser sempre relativizados pela variável tamanho do mercado. Sendo o mercado brasileiro de cerveja menos de um terço do norte-americano, não é casual que se encontre maior índice de concentração;

A consideração de dados mais recentes permite observar que não apenas o nível de concentração do setor cervejeiro no Brasil não discrepa da experiência internacional como não se verificou movimento concentracionista no mercado brasileiro de cervejas e nem níveis discrepantes da experiência internacional. Assim, os dados atualizados não corroboram a afirmação da douta Procuradora-Geral de que “o mercado brasileiro de cerveja encontra-se altamente concentrado, pois apenas três grupos empresariais detêm em conjunto uma participação de 93,1% do mercado”, ou de que “é possível detectar segundo os dados nos autos, que o setor de cerveja tem apresentado tendências à concentração, especialmente no que se refere às participações da Brahma/Skol e Antarctica...”

Conforme mostra o Quadro 4, a participação das três maiores é de 88,9% em 1997. Conforme registra o Quadro 5, o HHI em 1997 é de 3226,9, tendo acusado queda quase monotônica desde 1988, ano em relação ao qual é 1049 pontos menor, representando redução de 25%!

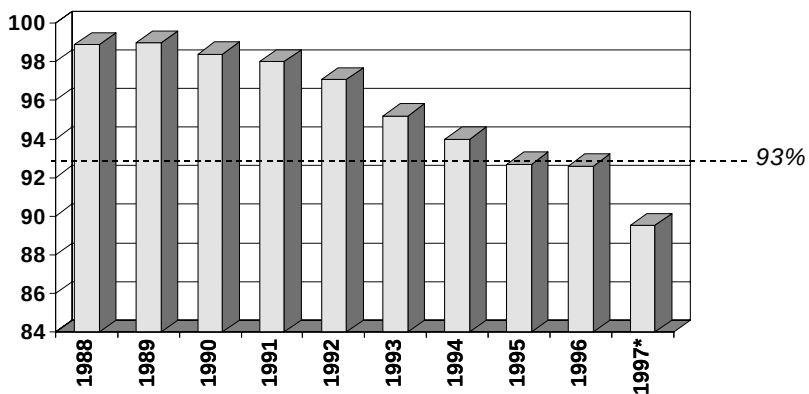
Ressalte-se, ademais, e em franco contraste com a afirmação acima, que a Antarctica perdeu 16 pontos percentuais no espaço de uma década. Tal constatação sugere que a obtenção de um sócio estrangeiro pode ser não apenas interessante, mas necessário para fazer face a uma rivalidade crescente de pelo menos dois grupos fortemente capitalizados.<sup>102</sup>

---

102 Um dos quais conta, inclusive, com associação com grande empresa internacional dificilmente contestável no plano jurídico.

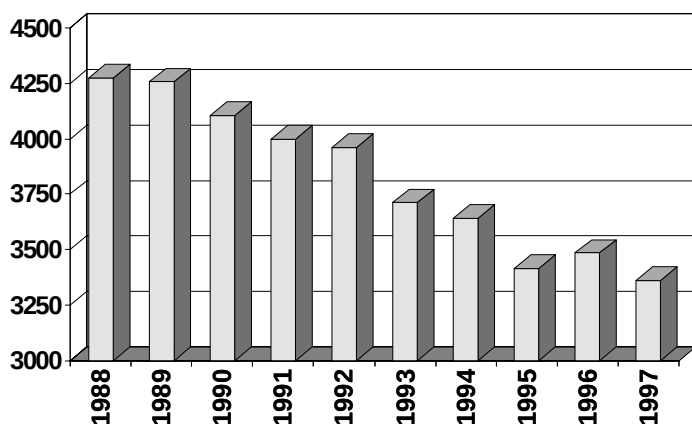
#### **Quadro 4**

### ***Evolução da Concentração no Brasil - CR3***



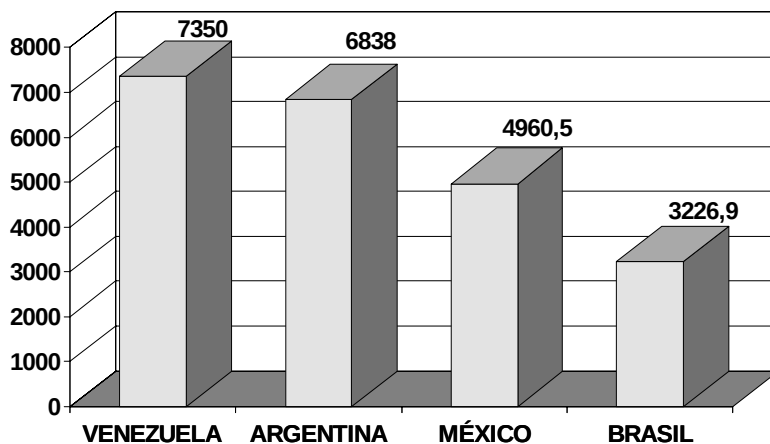
\* até maio de 1997

**Quadro 5**  
***Evolução do HHI no Brasil - 1988 a 1997***



A estrutura do mercado brasileiro não discrepa da tendência internacional. A concentração verificada no Brasil não pode ser de forma nenhuma considerada anômala. Na maioria dos países, poucas empresas controlam a maior parte do mercado. Além dos dados de EUA, Reino Unido, Japão e França, já mencionados nesta discussão, chamam a atenção as informações do Quadro 6, que mostram a notável concentração nos segmentos de cerveja da Argentina, México e Venezuela. Não surpreendentemente o índice de concentração parece variar inversamente ao tamanho do mercado, sendo que em todos os casos se verificam níveis elevados. Tanto pela participação das duas maiores quanto pelo HHI, o mercado brasileiro é o menos concentrado entre os países indicados no Quadro 6.

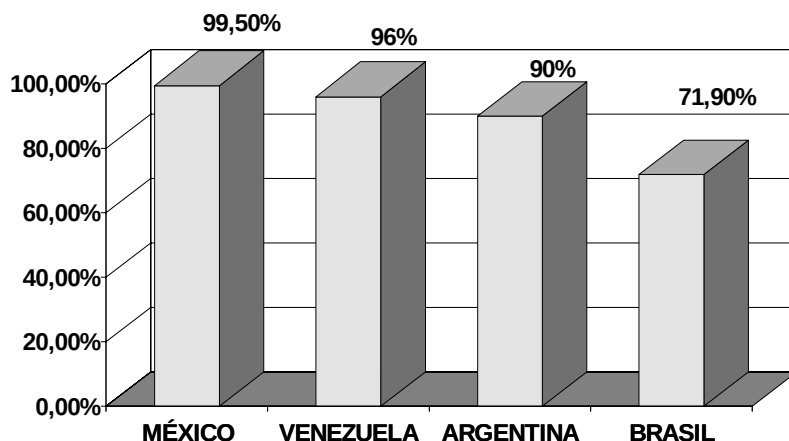
**Quadro 6a**  
**Concentração no Setor de Cervejas em Economias**  
**Latino Americanas Selecionadas - HHI**



*Fonte: Procompetencia. CNDC. CFC. CADE.*

### **Quadro 6b**

#### ***Participação no Mercado dos Dois Maiores em Economias Latino Americanas Selecionadas - %***



*Fonte: Procompetencia. CNDC. CFC. CADE.*

#### **Rivalidade entre as Cervejarias**

Infelizmente não se dispõe até o momento de dados sobre a elasticidade-preço da demanda de cerveja<sup>103</sup>, o que impede a obtenção de uma avaliação quantitativa, ainda que aproximada, do poder de mercado. Estimativas para outros mercados nacionais constituem proxies inadequadas para este indicador.

Há, contudo, fortes evidências de grande rivalidade entre as principais cervejarias. Isto se manifesta em elevados gastos com propaganda, promoções e freqüência de lançamento de novos produtos.

É lícito se perguntar se tal rivalidade entre as empresas participantes do mercado não é contraditória com a existência de elevadas barreiras à entrada. Embora o grau de concorrência varie inversamente com o nível de barreiras à entrada, esta relação vale no sentido estatístico de uma correlação e não como relação comportamental matemática.

103 Obtidos os dados básicos nos últimos dias, a assessoria do CADE está efetuando o trabalho econométrico para estimar a elasticidade-preço.

É possível conceber, ainda que de forma infreqüente, mercados em que coexistem altas barreiras e elevado grau de concorrência. Tal fato poderia ser explicado por fatores circunstanciais que acabaram permitindo que algumas poucas empresas obtivessem acesso a determinados mercados, sem que pudessem obter as condições suficientes para cooperarem de forma estável.

Embora não seja de interesse para o caso em tela, também é possível imaginar mercados com baixas barreiras, baixa competição e rivalidade. Segamentos estagnados e de tecnologia obsoleta podem oferecer exemplos neste sentido.

#### Carência de Elementos para Restringir o Número de Concorrentes Potenciais

Para a aplicação da doutrina de concorrência potencial seria necessário demonstrar que existem poucas - possivelmente não mais do que três - empresas com determinadas vantagens específicas para entrar no mercado brasileiro.

Não há, contudo, evidências satisfatórias que demonstrem que outras cervejarias internacionais apresentem menos atributos do que a AB para serem consideradas potenciais entrantes:

- no Mercosul, destacam-se a CCU que atua na Argentina e no Chile e, especialmente, a Quilmes que é a líder do mercado argentino e está em todos os países do mercado ampliado exceto o Brasil. Segundo o Panorama Setorial da Gazeta Mercantil (p.228), a Quilmes tem manifestado interesse em montar uma fábrica no sul do país, presumivelmente destinada a atender o mercado regional.

- em outros países latino americanos, as Empresas Femsa do México, Grupo Santo Domingo presente no Equador e Colômbia e Backus e Johnson no Peru.

- entre grandes cervejarias pelo mundo, destacam-se a Asahi e Kirin no Japão, Coors nos Estados Unidos, Guinness na Irlanda, Interbrew na Bélgica e Canadá, San Miguel nas Filipinas e South African Breweries na África do Sul.

Não parece haver limites geográficos muito rígidos para esta expansão. Conforme descreve o Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, p.162:

“Todas as importantes cervejarias estão instaladas em diversas regiões, principalmente nos mercados emergentes, via algum tipo de parceria com empresas locais.

O resultado dos acordos surte efeitos positivos para ambas as companhias envolvidas no acordo: uma pode garantir-se com as vendas da bebida importada, reconhecida mundialmente enquanto a outra aproveita os canais de

distribuição da empresa originária do país. As estratégias são provenientes do world wide - o objetivo das fabricantes é espalhar as marcas da bebida pelo mundo todo.

As parcerias não têm seguido apenas um sentido. Além de importantes e conhecidas companhias mundiais estarem se espalhando pelo planeta, outras menos em evidência estão garantindo seus espaços no mercado internacional. A San Miguel, das Filipinas, por exemplo, aproveita sua capacidade de produção para atender à expansão do consumo interno e para penetrar em novas fronteiras. A empresa partiu do espaço filipino para várias regiões da Ásia e Europa”.

Parece implausível supor que as principais empresas brasileiras tenham a expectativa de que potenciais entrantes adotarão estratégia completamente diversa daquela que praticamente todas as empresas internacionalizadas têm adotado no resto do mundo.

#### Fragilidade das Evidências de Razoável Probabilidade de Entrada

Parece lícito argumentar que não há evidências suficientes para demonstrar que haveria uma grande probabilidade de entrada de novo por parte da AB, sendo portanto a associação com a Antarctica uma maneira de impedir ou ao menos “domesticar” a entrada. Pelo contrário, as evidências disponíveis sugerem que seria possível postular uma alta probabilidade de não entrada individual nas circunstâncias atuais.

Tal assertiva deriva dos seguintes pontos:

- as experiências anteriores envolvendo empresas do porte da Carlsberg, Guinness, e Baesa de tentativas de entrada de novo no mercado brasileiro, naturalmente do conhecimento da AB e demais presumíveis competidores potenciais, foram desastrosas do ponto de vista econômico-financeiro;

- toda a experiência prévia da AB está baseada em associações internacionais, havendo farta documentação de que esta é, de fato, a estratégia da empresa. Com efeito, independentemente dos depoimentos das requerentes ao CADE, basta verificar a transcrição de conferências a analistas de investimentos, o texto dos Relatórios Anuais da empresa e o já citado Panorama Setorial da Gazeta Mercantil.

- o modelo de entrada em outros mercados, conforme visto antes, é o de alianças. As associações parecem constituir uma estratégia geral das cervejarias no plano internacional, sendo difícil imaginar que o Brasil constituiria exceção.

Tal hipótese só ocorreria se houvesse fatores muito específicos ao mercado nacional que justificassem estratégia diferente para o Brasil. A Rela-

tora chamou corretamente a atenção para a boa perspectiva de expansão do mercado brasileiro comparativamente aos demais.

Daí a necessidade de avaliação mais pormenorizada deste ponto que é objeto do próximo item.

#### Joint Venture Antarctica-Anheuser-Busch: Análise dos Cenários de Entrada

Embora correta, a ênfase sobre o dinamismo do mercado brasileiro deve ser tomada com o devido cuidado no tangente à formação das decisões de inversão produtiva.

O investidor naturalmente se sente atraído por um mercado demográfica e economicamente promissor e que finalmente apresenta estabilidade monetária. No entanto, seria plausível supor que a expansão de demanda propiciada pelo Plano Real a partir de 1994 seja tomada com a devida cautela.

Não bastassem os elementos de incerteza acerca do futuro inerentes à decisão de investimento, a quebra da série histórica de consumo ocorrida em 1994/95 não pode ser extrapolada para a próxima década, posto que parcela do aumento da demanda ocorrido em virtude da estabilização é de caráter once for all.

Com efeito, a forte elevação da procura constitui traço típico de programas de estabilização como o atual e está associada a três fenômenos principais:

(i) com a queda sensível da taxa de inflação, verifica-se diminuição correspondente do imposto inflacionário com conseqüente elevação da renda disponível dos consumidores. Como este imposto incide numa proporção maior sobre as camadas de baixa renda, que apresentam elevada propensão ao consumo, o efeito sobre a demanda é intenso. Verifica-se, ademais, brusca mudança de sua composição em favor de bens de consumo popular, impondo adaptação rápida do lado da oferta.

(ii) a reconstituição dos mecanismos de crédito numa situação de baixo grau de endividamento das famílias induz rápida elevação do crédito em geral, especialmente das linhas destinadas ao consumidor. A maior capacidade de endividamento dos consumidores expande o conjunto de possibilidades de compra, afetando indiretamente mesmo os bens não duráveis como a cerveja.

(iii) as expectativas dos consumidores e produtores são influenciadas pelas experiências de fracasso de planos anteriores, como de resto pela cultura inflacionária que se arraigou na sociedade brasileira nas últimas décadas. Assim, a redução do ritmo de crescimento dos preços pode induzir, em um primeiro momento, à antecipação do consumo, uma vez que as pessoas temem, ou apostam em alguma medida, que volte a espiral inflacionária.



É fácil perceber que os fatores i) e ii) têm impactos decrescentes ao longo do tempo. Uma vez atingidos novos níveis de equilíbrio de imposto inflacionário e grau de endividamento das famílias, as oscilações de gasto passam a obedecer ciclos conjunturais habituais sem a súbita mudança estrutural de 1994/95. O fator iii) tem caráter meramente circunstancial em virtude da história pregressa da crise de estabilização no Brasil.

O investidor terá, portanto, de fazer um exercício de projeção do consumo de cerveja, incorporando diferentes cenários macroeconômicos para expansão da renda per capita. Este é o objeto do exercício apresentado em seguida.

#### Exercício de Projeção: Introdução e Objetivos

Os cenários contidos no voto da Conselheira-Relatora constituíram uma tentativa correta e interessante de demonstrar que haveria espaço para a entrada isolada de um competidor potencial. Trata-se de demonstrar - de acordo com o padrão de provas da jurisprudência norte-americana - de que há razoável probabilidade de entrada independente, pelo menos no tangente a espaço de mercado.

A despeito dos elevados custos de montagem de um sistema de distribuição e de propaganda para criação de uma imagem para a marca, o voto está embasado no entendimento de que, com as projeções de aumento do mercado brasileiro efetuadas, a Anheuser-Bush seria capaz de entrar sozinha no País, estimulando a concorrência.

Para tanto, foram utilizadas hipóteses de crescimento da população e do consumo per capita de cerveja que, associadas à hipótese de produção constante por parte das outras empresas, revelaria o espaço que as potenciais entrantes teriam no mercado nacional.

Além disso, foram efetuadas hipóteses acerca do tamanho mínimo eficiente da planta da empresa a partir de informações do BNDES, da própria empresa e da literatura internacional.

Visando contribuir para o debate, pretende-se:

- tentar embasar o esforço de projeção em técnicas econométricas que permitam vincular diferentes cenários de crescimento do consumo de cerveja a hipóteses acerca do nível de atividade econômica;
- incorporar informações a respeito do aumento previsto de capacidade instalada pelos players atuais do mercado, de forma a avaliar o real espaço existente dentro das hipóteses admitidas no voto e nos cenários projetados;
- avaliar o grau de incerteza que cerca esse tipo de decisão de investimento, mesmo utilizando a ferramenta econométrica, tendo em vista o pro-

blema da falta de disponibilidade de variáveis fundamentais para a projeção e a não estacionaridade das séries envolvidas.

#### Exercício de Projeção: Construção do Modelo Econométrico

A dificuldade de se construir uma projeção passa inicialmente pela escolha do modelo adequado. Em um mercado não regulado ao longo de toda a série de observações, o ideal seria trabalhar um modelo de equações simultâneas de oferta e demanda de cerveja que contivesse o preço de equilíbrio e, pelo menos mais uma variável pré-determinada para cada equação, que tivesse um coeficiente significante estatisticamente tal como o seguinte:

Oferta de Cerveja

$$Y_{Ats} = a + bP_t + cW_{1t} + u_t$$

Demanda de Cerveja

$$Y_{Atd} = e + fP_t + gY_t + v_t$$

$$Y_{Ats} = Y_{Atd} \text{ em equilíbrio}$$

Sendo  $Y_a$  a quantidade de cerveja transacionada, " $P_t$ " o preço,  $W_{1t}$  um vetor de custo de insumos e  $Y_t$  a renda real.

Por outro lado, como o mercado de cerveja (assim como vários outros mercados no Brasil) padecia do intervencionismo estatal marcado pelo controle de preços, esta variável deixa de ser endógena ao modelo durante boa parte da série. Ou seja, a curva de oferta pode ser desconsiderada para efeito da projeção desejada.

No entanto, esse não é o único problema com o qual uma projeção como essa se defronta. É muito difícil obter uma série de preços de cerveja razoavelmente longa, o que é mais dificultado ainda pela miríade de marcas que povoam o mercado.

Ressalvados esses problemas, trabalhou-se com uma série de 1980 a 1996, contendo estimativas do consumo de cerveja em milhões de litros (cerveja). As variáveis explicativas estabelecidas foram da população (POP) e a renda real per capita (RENDAPCPA). Assim, em vez de uma trajetória ad hoc para o consumo per capita de cerveja, relaciona-se o mesmo com a elevação da renda real per capita. O Quadro 7 mostra os resultados obtidos:

## Quadro 7

Regressão do Consumo de Cerveja em Relação à Renda Real Per Capita e População<sup>104</sup>

|                                                                         |                          |                            |                |
|-------------------------------------------------------------------------|--------------------------|----------------------------|----------------|
| Ordinary Least Squares Estimation                                       |                          |                            |                |
| Dependent variable is CERVEJA                                           |                          |                            |                |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996                   |                          |                            |                |
| Regressor                                                               | Coefficient              | Standard Error             | T-Ratio[Prob]  |
| INT                                                                     | -21101.2                 | 2196.4                     | -9.6070[.000]  |
| RENDAPCPA                                                               | 3.2261                   | .74875                     | 4.3087[.001]   |
| POP                                                                     | .094077                  | .012704                    | 7.4054[.000]   |
| R-Squared                                                               | .93781                   | F-statistic F( 2, 14)      | 105.5619[.000] |
| R-Bar-Squared                                                           | .92893                   | S.E. of Regression         | 472.2201       |
| Residual Sum of Squares                                                 | 3121885                  | Mean of Dependent Variable | 4672.9         |
| S.D. of Dependent Variable                                              | 1771.3                   | Maximum of Log-likelihood  | -127.1482      |
| DW-statisti                                                             | 1.6659                   |                            |                |
| Diagnostic Tests                                                        |                          |                            |                |
| Test Statistics                                                         | LM Version               | F Version                  |                |
| A:Serial Correlation                                                    | CHI-SQ( 1)= .39374[.530] | F( 1, 13)= .30823[.588]    |                |
| B:Functional Form                                                       | CHI-SQ( 1)= 6.4970[.011] | F( 1, 13)= 8.0416[.014]    |                |
| C:Normality                                                             | CHI-SQ( 2)= .45307[.797] | Not applicable             |                |
| D:Heteroscedasticity                                                    | CHI-SQ( 1)= .66309[.415] | F( 1, 15)= .60883[.447]    |                |
| A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation               |                          |                            |                |
| B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values             |                          |                            |                |
| C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals                 |                          |                            |                |
| D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values |                          |                            |                |

Todas as estatísticas-testes foram satisfatórias, à exceção do teste de forma funcional. A formulação dessa mesma relação em logaritmos, no entanto, não gerou resultados adequados, dado que mesmo se resolvendo o problema de forma funcional, gerou-se um problema de autocorrelação dos resíduos, refletido nos testes LM, F e Durbin-Watson, conforme reportado no Quadro 8.

104 Fontes: Sindicerv e IBGE. Pacote Econométrico: Microfit.

## Quadro 8

## Regressão dos Logaritmos do Consumo de Cerveja em Relação a Renda Real Per Capita e População

|                                                                         |                           |                            |               |
|-------------------------------------------------------------------------|---------------------------|----------------------------|---------------|
| Ordinary Least Squares Estimation                                       |                           |                            |               |
| Dependent variable is LCERVEJA                                          |                           |                            |               |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996                   |                           |                            |               |
| Regressor                                                               | Coefficient               | Standard Error             | T-Ratio[Prob] |
| INT                                                                     | -41.6604                  | 4.7446                     | -8.7806[.000] |
| LREND A                                                                 | 1.8543                    | .73681                     | 2.5167[.025]  |
| LPOP                                                                    | 2.9264                    | .43838                     | 6.6756[.000]  |
| R-Squared                                                               | .90176                    | F-statistic F( 2, 14)      | 64.2564[.000] |
| R-Bar-Squared                                                           | .88773                    | S.E. of Regression         | .12021        |
| Residual Sum of Squares                                                 | .20230                    | Mean of Dependent Variable | 8.3317        |
| S.D. of Dependent Variable                                              | .35876                    | Maximum of Log-likelihood  | 13.5434       |
| DW-statistic                                                            | 99755                     |                            |               |
| Diagnostic Tests                                                        |                           |                            |               |
| Test Statistics *                                                       | LM Version *              | F Version *                |               |
| A:Serial Correlation                                                    | CHI-SQ( 1)= 4.9296[.026]  | F( 1, 13)=                 | 5.3093[.038]* |
| B:Functional Form                                                       | CHI-SQ( 1)= .44507[.505]  | F( 1, 13)=                 | .34950[.565]  |
| C:Normality                                                             | CHI-SQ( 2)= 1.0478[.592]  | Not applicable             |               |
| D:Heteroscedasticity                                                    | CHI-SQ( 1)= .014124[.905] | F( 1, 15)=                 | .012473[.913] |
| A:Lagrange multiplier test of residual serial correlation               |                           |                            |               |
| B:Ramsey's RESET test using the square of the fitted values             |                           |                            |               |
| C:Based on a test of skewness and kurtosis of residuals                 |                           |                            |               |
| D:Based on the regression of squared residuals on squared fitted values |                           |                            |               |

Os dados da regressão acima revelam uma elasticidade renda do consumo de cerveja de 1,85. Esse valor contrasta com a elasticidade média anual da série que atingiu 3,37, que parece compatível com a hipótese intuitiva de alta elasticidade renda, especialmente em país como o Brasil sujeito a fortes constrangimentos de renda disponível na aceitação de Tobin.

Tendo em vista que a forma funcional logarítmica gerou um problema de autocorrelação dos resíduos, convém utilizar o modelo do Quadro 8 que esboça os cálculos da variável em valores não logarítmicos, tolerando-se o problema de forma funcional apontado para efeito das projeções.

Naquela formulação, os valores calculados de  $R^2$  e  $R^2$  ajustados foram satisfatórios atingindo 93,7% e 92,9%, respectivamente. As unidades da população, da renda real e do consumo de cerveja estão em mil habitantes, em Reais e em milhões de litros, respectivamente. Assim, para cada aumento de 1000 habitantes, o consumo de cerveja anual aumenta em 940 hl ano. Além disso, para cada aumento de R\$ 1,00 na renda real per capita, projeta-se aumento anual do consumo de cerveja de 32261 hl.

É importante apontar para o fato de que, a priori, seria possível a existência de multicolinearidade no modelo, tendo em vista a relação entre população e renda per capita. No entanto, a principal consequência ruim da presença de multicolinearidade, que seriam os elevados desvios padrão dos estimadores não se verifica. Na verdade, esse é o principal teste para a presença de multicolinearidade, ou seja, desvios padrão altos que tornem os estimadores (indevidamente) insignificantes associado a um  $R^2$  alto. No caso, os estimadores são altamente significantes, revelando desvios padrão baixos e  $R^2$  altos, permitindo desconsiderar o problema. De qualquer forma, o problema da multicolinearidade é menos relevante quando o objetivo da análise é mais no sentido de fazer projeções do que uma estimação confiável dos parâmetros. Os mesmos tipos de observações cabem para as possíveis críticas associadas ao pequeno número de observações da série (micronumerosidade), cujas consequências são similares às da multicolinearidade.

#### Exercício de Projeção: Construção dos Cenários

Foram assumidas três hipóteses para o crescimento da renda real per capita anual, correspondente aos cenários I pessimista (estagnação no triênio 1998/2000), II moderado (2% ao ano no triênio) e III otimista (3% ao ano no triênio). Foi suposto um crescimento de renda per capita de 2% em 1996 e 1997. O Quadro 9 contém os cenários obtidos.

## Quadros 9

### Cenários

|                                                                          |            |               |
|--------------------------------------------------------------------------|------------|---------------|
| Cenário I - Pessimista de Estagnação da Renda Per Capita                 |            |               |
| Based on OLS regression of CERVEJA on:                                   |            |               |
| INT                                                                      | POP        | RENDAPCPA     |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996                    |            |               |
| Observation                                                              | Prediction | S.D. of Error |
| 1997                                                                     | 8109.2     | 550.5988      |
| 1998                                                                     | 8297.4     | 552.5567      |
| 1999                                                                     | 8476.1     | 555.4878      |
| 2000                                                                     | 8664.3     | 559.6822      |
| Cenário II - Moderado: Crescimento de 2% ao Ano de Renda Real Per Capita |            |               |
| Based on OLS regression of CERVEJA on:                                   |            |               |
| INT                                                                      | POP        | RENDAPCPA     |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996                    |            |               |
| Observation                                                              | Prediction | S.D. of Error |
| 1997                                                                     | 8109.2     | 550.5988      |
| 1998                                                                     | 8580.9     | 574.3655      |
| 1999                                                                     | 9048.8     | 602.3368      |
| 2000                                                                     | 9532.1     | 634.3382      |
| Cenário III - Otimista de Crescimento de 3% ao ano da Renda Real         |            |               |
| Based on OLS regression of CERVEJA on:                                   |            |               |
| INT                                                                      | POP        | RENDAPCPA     |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996                    |            |               |
| Observation                                                              | Prediction | S.D. of Error |
| 1997                                                                     | 8109.2     | 550.5988      |
| 1998                                                                     | 8722.6     | 587.7192      |
| 1999                                                                     | 9339.4     | 635.5004      |
| 2000                                                                     | 9976.0     | 692.3500      |

Para efeito de comparação, utilizaremos uma tabela consolidada para os incrementos de consumo de cerveja sob o cenário do voto e sob os nossos cenários com a utilização de instrumental econométrico, tendo como variáveis explicativas a população (também utilizada no voto) e a renda real per capita:

#### Quadro 10a

## Projeção do Consumo de Cerveja: 1997/2000

| Anos | Estimativa do Voto CADE | Estimativa Primeiro Cenário - Pessimista | Estimativa Segundo Cenário - Moderado | Estimativa Terceiro Cenário - Otimista |
|------|-------------------------|------------------------------------------|---------------------------------------|----------------------------------------|
| 1996 | 82,5                    | 80,0                                     | 80,0                                  | 80,0                                   |
| 1997 | 89,5                    | 81,1                                     | 81,1                                  | 81,1                                   |
| 1998 | 95,8                    | 82,9                                     | 85,8                                  | 87,2                                   |
| 1999 | 101,5                   | 84,7                                     | 90,5                                  | 93,4                                   |
| 2000 | 106,6                   | 86,6                                     | 95,3                                  | 99,8                                   |

Obs.: Dados para 1996 nos cenários do Sindicerv.

Como se pode observar pelo Quadro 10, utilizando um modelo de projeção, nem com um cenário otimista de crescimento da renda real per capita de 3% a partir de 1998, geraria um consumo tão alto como o da projeção utilizada no voto. A projeção mais otimista ainda gera um consumo de cerveja 6,8 milhões de hl inferior. Na projeção pessimista, no ano 2000, há um total de consumo de 20 milhões de hl menor que a do voto. No quadro abaixo, projetamos o incremento de consumo anual, com base nesses cenários.

## Quadro 10b

## Projeção do Crescimento do Consumo de Cerveja: 1996/2000

(em Milhões de hl)

| Anos      | Estimativa do Voto CADE | Estimativa Primeiro Cenário - Pessimista | Estimativa Segundo Cenário - Moderado | Estimativa Terceiro Cenário - Otimista |
|-----------|-------------------------|------------------------------------------|---------------------------------------|----------------------------------------|
| 1997      | 7                       | 1,1                                      | 1,1                                   | 1,1                                    |
| 1998      | 6,3                     | 1,8                                      | 4,7                                   | 6,1                                    |
| 1999      | 5,7                     | 1,8                                      | 4,7                                   | 6,2                                    |
| 2000      | 5,1                     | 1,9                                      | 4,8                                   | 6,4                                    |
| 1997-2000 | 24,1                    | 6,6                                      | 15,3                                  | 19,8                                   |

Exercício de Projeção: O Espaço de Mercado Resultante dos Cenários

O número de plantas suposto no Voto é construído a partir da hipótese de que o entrante potencial tem 24 meses entre o projeto até a entrada em operação da nova planta. Assim, a hipótese é de que um entrante potencial

que inicie o projeto de uma planta em início de 1998<sup>105</sup> irá conquistar o aumento de mercado a ser verificado a partir do início do ano 2000.

Assim, no cenário do voto e nos cenários I, II e III, os totais que poderão ser açambarcados pelo entrante serão de 5,1, 1,9, 4,8 e 6,4 milhões de hl. Nesse contexto, é importante utilizar estimativas existentes de plantas ótimas do ponto de vista da escala mínima. O voto utiliza-se de duas estimativas: 1,5 milhões de hl baseada no artigo de Elzinga (1971), válido para os EUA do final da década de sessenta e 2 milhões de hl que configura a estimativa da própria Antártica.

Cumpre ademais considerar:

- que todos os investimentos apoiados pelo BNDES no setor são para plantas de, no mínimo, 3 milhões de hl, o que serve ao menos de referência adicional, embora não corresponda necessariamente ao conceito de planta mínima que se quer adotar em análise de defesa da concorrência;

- há vários novos investimentos em curso, fazendo com que seja necessária sua incorporação à capacidade produtiva existente. Não se pode, naturalmente, supor que os atuais players vão manter sua produção constante, mesmo havendo aumento de sua capacidade até o ano 2000. As inversões em curso estão estimadas conservadoramente em um total de 24 milhões de hl no período 1997-2000.

O Quadro 11 contém as projeções de espaço de mercado.

#### Quadro 11

Projeção do Espaço de Mercado 1997-2000 em Número de Plantas

| <b>Tamanho Mínimo de Planta</b>         | <b>Cenário Voto</b> | <b>Cenário I Pessimista</b> | <b>Cenário II Moderado</b> | <b>Cenário III Otimista</b> |
|-----------------------------------------|---------------------|-----------------------------|----------------------------|-----------------------------|
| Economia Americana - Década de 60 - 1,5 | 0,07                | -11,6                       | -5,8                       | -2,8                        |
| Antártica - 2                           | 0,05                | -8,7                        | -4,3                       | -2,1                        |
| BNDES - 3                               | 0,03                | -5,8                        | -2,9                       | -1,4                        |

Assim, incorporando no conjunto de informações que norteiam os cenários, a expansão prevista de capacidade das empresas atuantes no mercado, obtém-se espaço praticamente nulo e mesmo negativo na maioria dos casos. Isto é, na maioria dos casos haveria excesso de capacidade ociosa, corroborando a hipótese de baixa probabilidade de entrada.

---

105 Tendo em vista que o entrante considerado (a Anheuser-Busch) para efeito de análise não iniciou a construção de nenhuma planta até agora.



Tais conclusões prescindem de qualquer consideração acerca de dificuldades adicionais oriundas da necessidade de formar uma rede de distribuição e fixar sua marca.

Exercício de Projeção: uma Autocrítica ou o Problema da Não Estacionaridade e a Incerteza do Cálculo do Entrante

Note-se, contudo que qualquer exercício de projeção é passível de críticas e o esforço deste voto não constitui exceção.

Seria lícito, por exemplo, criticá-lo pela falta de uma projeção mais longa no tempo, dado que as empresas não decidem baseadas apenas no primeiro e segundo anos de operação. A expansão do horizonte temporal deveria incorporar, contudo, a maior margem de erro. Supondo, como parece plausível, investidores avessos ao risco, tal exercício tenderia a diminuir a probabilidade de entrada independente.

No entanto, uma crítica mais séria pode ser feita relativamente às propriedades estocásticas do modelo de projeção. Isto se torna claro ao se avaliar a possibilidade de que as séries relevantes não sejam estacionárias. Tal eventualidade implicaria elevado risco de correlação espúria entre as variáveis, comprometendo o exercício de projeção. A menos que os resíduos sejam estacionários chegando à conclusão que se tratam de variáveis cointegradas, as previsões com base nas variáveis disponíveis estão sujeitas a erro.

Assim, cabe inicialmente avaliar a estacionaridade das variáveis envolvidas no exercício a partir de testes de raízes unitárias (Dickey-Fuller e Augmented Dickey-Fuller de primeira ordem):

## Quadro 12

## Testes de Estacionaridade das Séries Envolvidas

| Unit root tests for variable CERVEJA   |                                                |                                               |                         |                        |
|----------------------------------------|------------------------------------------------|-----------------------------------------------|-------------------------|------------------------|
| statistic                              | sample                                         | observations                                  | without trend           | with trend             |
| DF                                     | 1981 1996                                      | 16                                            | .18306( -3.0660)        | -2.2639( -3.7347)      |
| ADF(1)                                 | 1982 1996                                      | 15                                            | -.27495( -3.0819)       | -3.3814( -3.7612)      |
| 95% critical values in brackets.       |                                                |                                               |                         |                        |
| Unit root tests for variable RENDAPCPA |                                                |                                               |                         |                        |
| statistic                              | sample                                         | observations                                  | without trend           | with trend             |
| DF                                     | 1981 1996                                      | 16                                            | -.66302( -3.0660)       | -2.3314( -3.7347)      |
| ADF(1)                                 | 1982 1996                                      | 15                                            | -1.5879( -3.0819)       | -2.5687( -3.7612)      |
| 95% critical values in brackets.       |                                                |                                               |                         |                        |
| Unit root tests for variable POP       |                                                |                                               |                         |                        |
| statistic                              | sample                                         | observations                                  | without trend           | with trend             |
| DF                                     | 981 1996                                       | 16                                            | -10.0347( -3.0660)      | .2124( -3.7347)        |
| ADF(1)                                 | 1982 1996                                      | 15                                            | -5.3249( -3.0819)       | .017442( -3.7612)      |
| 95% critical values in brackets.       |                                                |                                               |                         |                        |
| Order                                  | Variable POP<br>Autocorrelation<br>Coefficient | Sample from 1980 to 1996<br>Standard<br>Error | Box-Pierce<br>Statistic | Ljung-Box<br>Statistic |
| 1                                      | .82697                                         | .24254                                        | 11.6260[.001]           | 13.8058[.000]          |
| 2                                      | .65387                                         | .37320                                        | 18.8942[.000]           | 23.0123[.000]          |
| 3                                      | .48409                                         | .43541                                        | 22.8780[.000]           | 28.4189[.000]          |
| 4                                      | .32057                                         | .46599                                        | 24.6251[.000]           | 30.9722[.000]          |
| 5                                      | .16636                                         | .47879                                        | 25.0955[.000]           | 31.7172[.000]          |

Tanto a variável consumo de cerveja quanto a variável renda real per capita são não estacionárias pelos testes procedidos acima. Já com relação à variável população, há uma certa ambigüidade nos testes de raízes unitárias, tendo em vista que os testes realizados sem um trend sinalizam estacionaridade, enquanto que os testes com trend indicam não-estacionariedade.

Daí a introdução dos testes Box-Pierce e Ljung-Box da função de autocorrelação, buscando verificar a hipótese de autocorrelação conjunta de todas as defasagens da variável população entre elas mesmas. Entretanto, não se pode excluir a hipótese de não-estacionariedade.

Sendo assim, mesmo que em teoria, a relação descrita entre as variáveis seja muito intuitiva e os resultados da regressão em si (afora a questão da estacionaridade) sejam bastante aderentes, é importante testar para a cointegração das variáveis, efetuando o teste Dickey-Fuller nos resíduos da regressão em tela:

### Quadro 13

#### Testes de Cointegração das Séries Envolvidas

| Unit root tests for residuals                         |           |              |                   |
|-------------------------------------------------------|-----------|--------------|-------------------|
| Based on OLS regression of CERVEJA on:                |           |              |                   |
| INT                                                   | POP       | RENDAPCPA    |                   |
| 17 observations used for estimation from 1980 to 1996 |           |              |                   |
| statistic                                             | sample    | observations | value             |
| DF                                                    | 1981 1996 | 16           | -3.2510( -4.3173) |
| ADF(1)                                                | 1982 1996 | 15           | -3.6388( -4.3593) |
| ADF(2)                                                | 1983 1996 | 14           | -2.7133( -4.4079) |
| ADF(3)                                                | 1984 1996 | 13           | -2.8440( -4.4647) |
| 95% critical values in brackets when available.       |           |              |                   |

Conforme se pode observar dos testes acima, não se pode rejeitar a hipótese de que os resíduos da regressão sejam não-estacionários a 95% de confiança, prejudicando inferência a respeito da cointegração das variáveis. Neste caso, não se pode excluir a possibilidade da regressão constituir meramente uma relação espúria entre as variáveis, elevando o grau de incerteza do exercício de projeção.

### Exercício de projeção: Conclusões

Um investidor disposto a efetuar empreendimento de longo prazo no setor cervejeiro brasileiro provavelmente efetua exercícios semelhantes àquele descrito antes.

Ao fazê-lo se defronta com alguns desafios:

- incorporação adequada de diferentes cenários de crescimento dada a quebra das séries históricas relevantes em meados dos anos noventa;
- escolha de modelos de projeção capazes de propiciar um guia minimamente seguro para avaliar o espaço existente de mercado.

A julgar pelos resultados do exercício, obtém-se indicações de inexistência de espaço de mercado para a entrada independente, mas com elevada possibilidade de erro.

Parece lícito concluir que o setor privado opera com informação bastante imperfeita, sugerindo a prevalência de estratégias conservadoras de investimento.

Seria ocioso insistir que a autoridade pública padece do mesmo problema de informação imperfeita (ou ainda mais agravado), sugerindo a superioridade de estratégias que minimizem os riscos de falha de Estado.

### Subestimativa das Eficiências da Operação

As dificuldades da fase de instrução fizeram com que não se desse a devida atenção às eficiências associadas à operação. Note-se que tais pontos se tornaram mais claros nas últimas semanas, mas não foram objeto de apresentação sistemática pelas requerentes.

Destacam-se os seguintes itens:

- subestimaram-se os efeitos benéficos de acesso às melhores práticas por parte da empresa brasileira;
- restringiu-se a análise dos investimentos à sua dimensão quantitativa;
- subestimou-se a importância do desenvolvimento de novas marcas como estímulo ao comércio intra-industrial.

Os próximos parágrafos abordam estes pontos de forma esquemática.

### Melhores Práticas

A literatura recente de Administração tem enfatizado que a rotinização de certos aperfeiçoamentos gerenciais, produtivos e administrativos podem constituir fatores decisivos para o êxito de um empreendimento.

Assim, a possibilidade de uma empresa de corte tradicional que esteve abrigada por anos em um mercado fechado absorver técnicas de uma

firma internacionalizada tem relevância para a concorrência. Neste caso, a importância é ainda maior por tratar-se de firma que vem acusando perda de participação no mercado e enfrenta pelo menos duas rivais de porte similar com grande grau de internacionalização e dinamismo.

Note-se que tais ganhos transcendem a esfera privada por duas razões principais:

a capacidade do mercado brasileiro se integrar competitivamente na economia internacional depende da absorção do conhecimento acima referido por parte das empresas líderes brasileiras e/ou de redes de pequenas empresas.

a rivalidade entre as empresas participantes de um oligopólio diferenciado nas circunstâncias do setor de cerveja no Brasil depende da manutenção de certo equilíbrio de forças entre seus participantes.

#### Avaliação das Inversões

O debate esteve voltado demasiadamente para o aspecto quantitativo de investimento. Mesmo sob este ângulo, e a julgar pela associação da AB com o Grupo Modelo no México, o potencial de incremento de inversões não é negligenciável.<sup>106</sup>

No entanto, creio que há consenso de que diferentemente de um órgão do passado como o Conselho de Desenvolvimento Industrial (CDI), cabe ao CADE se preocupar com os efeitos benéficos das inversões sobre a produtividade e o mercado.

Note-se que o próprio depoimento das requerentes, no sentido de que há pouco a ser aprendido, deve ser tomado com a devida cautela. Destaque-se, ademais, que informações da própria Antarctica no Quadro 14 indicam formidáveis ganhos de produtividade passados e previstos, sugerindo margens significativas de eficiências a despeito de se tratar de indústria tradicional e de tecnologia conhecida.

---

106 O New York Times de 28/06/97 noticiou que o volume de investimento da AB no Grupo Modelo poderia atingir US\$ 1,6 bilhão até o final do corrente ano.

### **Quadro 14 Grupo Antarctica**

#### **Cronograma da Evolução Tecnológica nas Cervejarias**

| <i>Ano</i> | <i>Cozimento</i> | <i>Fermentação</i> | <i>Maturação</i> | <i>Filtração</i> | <i>Envasamento</i> | <i>Total do ciclo produtivo</i> |
|------------|------------------|--------------------|------------------|------------------|--------------------|---------------------------------|
| 1960       | 6 Fab/dia        | 9 dias             | 28 dias          | 100hl / h        | 10000gfs / h       | 37 dias                         |
| 1965       |                  |                    |                  |                  | 12500 gifs / h     |                                 |
| 1970       | 8 Fab/dia        | 8 dias             | 21 dias          | 400hl / h        | 15000 gifs / h     | 29 dias                         |
| 1975       |                  | 8 dias             | 19 dias          |                  | 30000 gifs / h     | 27 dias                         |
| 1980       | 9 Fab/dia        | 7 dias             | 13 dias          | 600hl / h        | 45000 gifs / h     | 20 dias                         |
| 1985       |                  | 6 dias             | 10 dias          |                  | 60000 gifs / h     | 16 dias                         |
| 1990       | 10 Fab/dia       | 5,5 dias           | 5,5 dias         | 1000 hl / h      | 90000 gifs / h     | 11 dias                         |
| 1995       |                  | 5,5 dias           | 3 dias           |                  | 120000 gifs / h    | 8,5 dias                        |
| 2000       | Prod. cont.      | 2 dias             | 2 dias           |                  |                    | 4 dias                          |

Caberia assim, e isto será objeto de proposta adiante, reforçar o compromisso das requerentes no sentido de que a operação deve assegurar ganhos de eficiências para o mercado.

#### **Marcas e Comércio Intra-industrial**

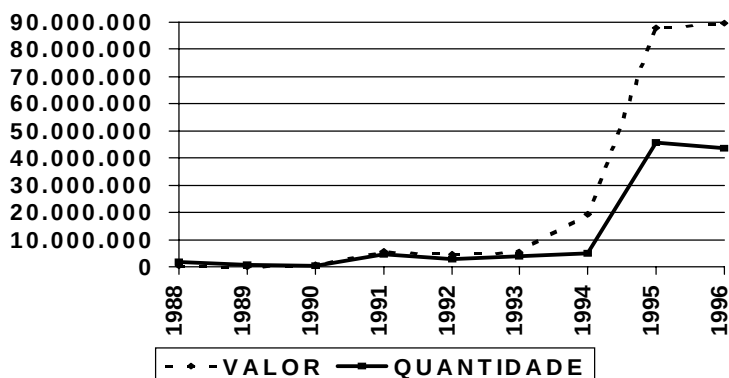
O comércio internacional parece particularmente subestimado em toda a análise e no próprio conjunto de informações iniciais suprido pelas requerentes. O processo de instrução infelizmente não proporcionou algumas informações básicas como a do custo de internação, a evolução do nível de alíquotas do produto final e dos insumos e a composição dos mercados de destino e origem.

Os Quadros 15, 16, 17 e 18 procuram fornecer dados de volumes de importação, evolução das tarifas de importação, níveis de alíquota do produto final e dos insumos e o custo de internação do produto importado, respectivamente.

### Quadro 15

#### *Evolução da Importação Efetiva*

#### *Cervejas Malte*



### Quadro 16

#### *Evolução das Alíquotas de Importação de*

#### *Cervejas - 1991 a 1997*



Quadro 17  
Níveis das Alíquotas de Insumos Relevantes

ALÍQUOTA DE PRODUTOS

|          |            | ALADI                             | MERCOSUL | NAFTA/<br>TERCEIROS |
|----------|------------|-----------------------------------|----------|---------------------|
| CERVEJA  | 2203.00.00 | NEGOC. ALADI                      | 0        | 20%                 |
| MALTE    | 1107.10.00 | 14%(GATT/OMC 10%)<br>NEGOC. ALADI | 0        | 14%                 |
| LUPULO   | 1210.10.00 | 8%(GATT/OMC)<br>NEGOC. ALADI      | 0        | 8%                  |
| CEVADA   | 1003.00.91 | NEGOC. ALADI                      | 0        | 10%                 |
| GARRAFAS | 7010.92.10 | NEGOC. ALADI                      | 0        | 10%                 |
| LATAS    | 7612.90.90 | NEGOC. ALADI                      | 0        | 16%                 |

PREFERÊNCIAS ALADI

|           | AFRMM* | CERVEJA | MALTE     | LUPULO | CEVADA | GARRA-<br>FAS | LATAS |
|-----------|--------|---------|-----------|--------|--------|---------------|-------|
| ARGENTINA | ISENTO | 100%    | 100%      | 100%   | 100%   | 100%          | 100%  |
| BOLÍVIA   | ISENTO | 100%    | 30%       | 30%    | 30%    | 50%           | 30%   |
| CHILE     | ISENTO | 48%     | COTA 100% | 70%    | 60%    | 48%           | 48%   |
| COLÔMBIA  | ISENTO | COTA    | COTA 0%   | 34%    | 0%     | 34%           | 34%   |
| EQUADOR   | ISENTO | 24%     | 0%        | 24%    | 0%     | 24%           | 24%   |
| MÉXICO    | ISENTO | 20%     | 50%       | 20%    | 50%    | 60%           | 20%   |
| PARAGUAI  | ISENTO | 100%    | 100%      | 100%   | 100%   | 100%          | 100%  |
| PERU      | ISENTO | COTA    | 0%        | 12%    | 0%     | 12%           | 12%   |
| URUGUAI   | ISENTO | 100%    | 100%      | 100%   | 100%   | 100%          | 100%  |
| VENEZUELA | ISENTO | 65%     | 0%        | 20%    | 0%     | 20%           | 20%   |

\*AFRMM = ADICIONAL SOBRE O FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE.



## **Quadro 18**

### ***Custo de Internação da Cerveja em Lata Importada***

|                                   | <i>PARTICIPAÇÃO %</i> |
|-----------------------------------|-----------------------|
| <i>PREÇO FOB</i>                  | <i>67,40%</i>         |
| <i>FRETE INTERNACIONAL</i>        | <i>10,15%</i>         |
| <i>SEGURO</i>                     | <i>0,41%</i>          |
| <i>IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO</i>      | <i>6,25%</i>          |
| <i>A.F.R.M.M.</i>                 | <i>2,53%</i>          |
| <i>DESPESAS PORTUÁRIAS</i>        | <i>0,61%</i>          |
| <i>CAPATAZIAS</i>                 | <i>1,55%</i>          |
| <i>ARMAZENAGEM</i>                | <i>2,54%</i>          |
| <i>A.I.T.P.</i>                   | <i>0,07%</i>          |
| <i>COMISSÃO DO DESPACHANTE</i>    | <i>1,14%</i>          |
| <i>SINDICATO DOS DESPACHANTES</i> | <i>0,06%</i>          |
| <i>TAXA DE EMISSÃO DE G.I.</i>    | <i>0,03%</i>          |
| <i>FRETE INTERNO</i>              | <i>6,56%</i>          |
| <i>ESTADIA DE CONTAINERS</i>      | <i>0,70%</i>          |
| <i>TOTAL</i>                      | <i>100,00%</i>        |

Os seguintes pontos merecem destaque:

Embora haja um limite à penetração das importações em virtude dos custos de transporte, chama a atenção como estas últimas cresceram no período recente de acordo com os dados do Quadro 14. É provável que tal processo prossiga, afetando especialmente o segmento premium onde o valor agregado é maior.

A operação contém significativa eficiência ao permitir o desenvolvimento e expansão de marca nacional no mercado mundial (Rio Cristal). Seria ocioso insistir na importância de uma associação desta natureza para obter canais de comercialização adequados em outros países, especialmente da América do Norte.

Se, ademais, que os custos de transação associados às importações são claramente declinantes em uma perspectiva de médio e longo prazos, especialmente em um momento de pleno funcionamento do Mercosul e às vésperas da ALCA.

Chama a atenção o fato de que se verificou um enorme aumento das importações - de 25 vezes, ou de 2383% - mesmo em um período em que a alíquota cresceu 18 pontos percentuais.

Note-se ainda que há perspectiva de liberalização ulterior, além da constatação da alíquota se situar atualmente no pico tarifário da estrutura da TEC.

Note-se que o efeito benéfico que interessa ao CADE não está associado ao seu impacto sobre o balanço de divisas, como se fazia convencionalmente nos anos setenta e oitenta no âmbito da BEFIEEX. Por mais convenientes e oportunos que sejam mecanismos de estímulo às vendas externas na atualidade, tais impactos pertencem a outra esfera da política pública.

Em contraste, dois efeitos são importantes para a concorrência:

- a ampliação do leque de opções para o consumidor com o estímulo ao comércio intra-industrial. Como se sabe, com a diferenciação de produto, este tipo de comércio se expande de forma exponencial e viabiliza melhor bem estar para os consumidores em virtude do leque mais amplo de opções e menores custos em função dos ganhos de escala;

- os ganhos de aprendizagem oriundos do engajamento da empresa doméstica na atividade de exportação tem vantagens que transcendem os ganhos privados. De fato, e conforme observado em Dervis e outros (1982, p.217):

“...[a promoção das exportações]...contém os mesmos, ou até mesmo mais importantes efeitos dinâmicos se os setores apontados apresentam vantagens comparativas no longo prazo. Além disso, o “aprendizado” que ocorre por intermédio da competição nos mercados internacionais pode ir além daqueles obtidos na atividade exclusivamente doméstica. Finalmente, a disciplina e competição por uma estratégia orientada para as exportações e para os mercados mundiais pode ter efeitos benéficos não apenas sobre a eficiência mas também sobre a distribuição da renda interna”.

Note-se que as considerações acima independem de análise quantitativa acerca da dimensão de eventuais compromissos de exportação e investimento, dizendo respeito tão-somente à lógica da operação para o mercado e a concorrência.

Ressalte-se que tais ganhos não ocorrem de forma natural e espontânea. A formação de alianças e parcerias entre as empresas é essencial para que

elas ocorram em um ambiente internacional marcado por barreiras diversas e tipicamente não tarifárias ao comércio.

#### Digressão sobre algumas Questões Conceituais

A seção “Política de Concorrência como Pilar do Desenvolvimento não Excludente” do voto da Relatora contém várias questões instigantes, merecedoras de tratamento minucioso, mas que infelizmente transcendem o escopo deste voto. Restrinjo-me, assim, a comentários tópicos que servem como modesta contribuição a interessante debate do Conselho:

- a ordenação quantitativa entre remédios estruturais e comportamentais não é trivial. É possível conceber reduções no faturamento associadas a remédios comportamentais que acarretem custos mais elevados do que imposições de desinvestimento. Tais grandezas dependem do valor presente de um fluxo de caixa de um empreendimento, podendo, portanto, variar de acordo com a configuração do fluxo de receitas líquidas e da taxa de desconto intertemporal.

- no cômputo de benefícios públicos e custos privados deve-se sempre levar em conta o risco de falhas de Estado e os custos não negligenciáveis associados a elas.

- as políticas de Estado de fato não se confundem com as políticas de governo. Estas últimas não se restringem, contudo, a políticas de curto prazo. Muitas vezes envolvem mudanças estruturais profundas que transcendem o horizonte de uma administração e repercutem sobre as próprias políticas de estado. O programa de privatização constitui exemplo neste sentido.

### III. Proposta Alternativa: Reestruturação Procompetitiva

Conforme assinalado no início, não se tem a pretensão de suprir uma proposta alternativa definitiva. Porém, a vantagem que o prazo regimental adicional me concedeu permitiu que este voto pudesse trazer algumas evidências adicionais para o debate.

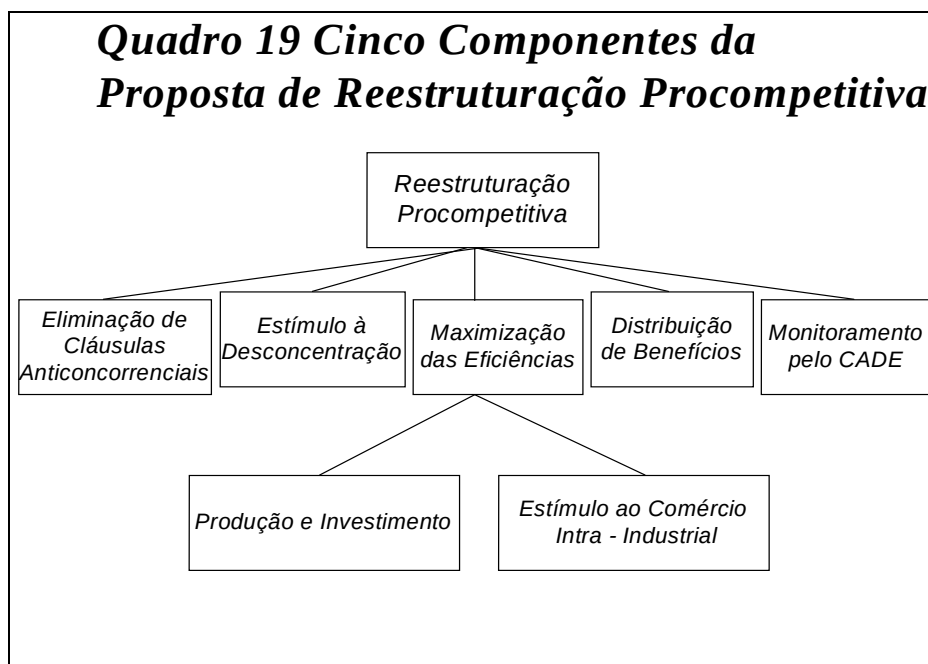
Também neste ponto ressente-se de um processo de instrução mais exaustivo, pois alguns itens de informação contratual seriam importantes para a análise, tais como:

- presumíveis acordos comerciais entre as requerentes;
- acordos quanto a direitos de venda direta dos produtos nos supermercados; por exemplo, a cláusula 8 (e) do Contrato de fabricação e distribuição aventa um direito da Antarctica de venda direta de todas as marcas da Antarctica em grandes cadeias de supermercados;

- acordo especificando alcance da obrigação de desenvolvimento de testes para a Rio Cristal no exterior;

A despeito de tais lacunas de informação que poderiam ser supridas tempestivamente, parece possível formular uma alteração na operação de, forma a eliminar os danos à concorrência e maximizar os benefícios ao mercado. A idéia central consiste em tornar este último o sinalizador básico para a tomada de decisão, retirando-se qualquer mecanismo contratual artificial.

As preocupações manifestadas por este Conselho me levam a acreditar que uma decisão sólida deveria induzir uma reestruturação procompetitiva da operação que contivesse as cinco componentes descritas no Quadro 19:



## **Quadro 19 Cinco Componentes da Proposta de Reestruturação Procompetitiva**



Ressalte-se que a proposição que segue não constitui fórmula acabada a qual seria aceita ou rejeitada pelas requerentes. Trata-se apenas da aplicação de uma metodologia de trabalho caracterizada por dois princípios:

- o arranjo contratual que involucra a operação não deve servir de fator inibidor dos incentivos de mercado, inclusive no tangente a eventual dissolução da própria associação;

- estabelecidas metas de ganhos de eficiência que geram benefícios para o mercado, as partes devem ter flexibilidade para renegociar os termos contratuais de forma a assegurar seu equilíbrio econômico-financeiro. Cada uma das componentes da proposta se encontra detalhada em seguida e referida na cláusula do contrato correspondente apenas e, tão-somente, para efeito de ilustração.

Note-se, naturalmente, que a forma final que tomaria um termo de compromisso de desempenho a ser selado com o CADE dependeria de formulação específica a ser apreciada pelas requerentes e aprovada pelo CADE. Os

próximos parágrafos descrevem uma proposição que pode servir de ponto de partida para a discussão.

A. Neutralização de Aspectos Anticoncorrenciais

ALTERAÇÃO I

Eliminação de imposição de patamar de precificação.

Redação Original

Contrato de Fabricação e Distribuição.

1.(f) A BBL (BUDWEISER do Brasil Ltda.) e a ABII pretendem que os preços dos produtos importados ou produzidos nos termos deste contrato sejam competitivos no mercado brasileiro de cerveja premium. Entretanto, referidos preços deverão sempre ser mais altos do que o preço de tabela da cerveja Antartica comum em vasilhames semelhantes (por exemplo, lata comparada a lata, garrafa comparada a garrafa).

Nova Redação.

SUPRIMIDO.

Motivo.

É lícito que as requerentes tenham estratégia de preços de acordo com objetivo de aproveitamento de nichos de mercado e formação de imagem do produto. Porém, a formação de preços da cerveja Budweiser deve sujeitar-se aos mecanismos de mercado, não justificando fixação artificial de patamar ou faixa de preços por meio contratual.

B) Estímulo a Movimentos de Desconcentração ou Maximização da Probabilidade de “Divórcio”.

ALTERAÇÃO I

Atenua a proibição da ABII de investimento em outra cervejaria brasileira caso a ABIH venda sua participação na ANEP.

Redação original.

Contrato de associação (Antarctica + ABII)

6.5. Restrições.

Na hipótese da ABIH exercer a opção de venda nem a ABII ou qualquer de suas afiliadas poderão adquirir no Brasil participação direta ou indireta em nenhuma cervejaria ou outras empresas de bebidas no Brasil, já instaladas ou que venham a se instalar no Brasil, ou cujo principal mercado seja o Brasil, durante dois (2) anos a partir da data do evento que por último ocorrer dentre:

(i) o exercício de referida opção.

(ii) a rescisão ou término do acordo de Joint Venture da Budweiser a ser celebrado entre a Antartica e a ABIH ou suas Afiliadas.

Nova Redação.

Contrato de associação (Antartica + ABII)

6.5. Restrições.

(b) Na hipótese da ABIH exercer a opção de venda, nem a ABII ou suas afiliadas poderão adquirir no Brasil participação direta ou indireta em grandes cervejarias brasileiras ou outras grandes empresas de bebidas no Brasil, assim entendidas aquelas com participação de mercado maior ou igual a cinco por cento (5%), durante dois (2) anos a partir da data do evento que por último ocorrer dentre:

(i) o exercício da referida opção.

(ii) a rescisão ou término do acordo de Joint Venture da Budweiser a ser celebrado entre a Antartica e a ABIH ou suas Afiliadas

Motivo.

Atenua a restrição de parcerias entre a Anhauser e outras empresas brasileiras de bebidas, em particular, permite a parceria com empresas com menos de 5% de participação no mercado.

ALTERAÇÃO II

Eliminação da multa por não manutenção de funcionários na ANEP

Redação Original.

Contrato de associação (Antartica + ABII)

14.6. Multa por descumprimento das Melhores Práticas. Na hipótese da ABII descumprir a obrigação assumida na cláusula 14.3, de manter no mínimo três (3) funcionários na sede da ANEP por um período de dois (2) anos, através de remoção definitiva dos referidos funcionários, ficará ela obrigada a pagar à Antartica uma multa em Reais no valor equivalente a cinqüenta milhões de dólares americanos (US\$50.000.000,00) desde que essa multa não seja em consequência da ocorrência de um evento objetivamente consubstanciado, ou caso a ausência dos funcionários ocorra durante o processo de substituição de Pessoal de Apoio ou em função de viagem de negócios, férias, problemas pessoais, emergências de saúde ou situações da mesma natureza.

Nova Redação

SUPRIMIDO.

MOTIVO.

Diminui a força do vínculo entre a ABII e a Antartica, tornando menos oneroso, contratualmente, eventual rompimento. Caso surjam condições propícias para a atuação independente da AB, os custos de saída seriam menores.

C) Maximização das Eficiências Associadas à Operação

C1) Estímulo à Produção e Investimento

ALTERAÇÃO I

Eliminação da cláusula que confere o direito à BBL a importar o produto caso o mesmo possa ser importado a preços mais baixos que o custo de produção local.

Redação original

Contrato de Fabricação e Distribuição

1(e) - A BBL, mediante os serviços da Antartica, conforme descritos neste contrato, terá o direito de importar o produto se alguma das condições abaixo vier a ocorrer:

(ii) produto puder ser importado pela BBL a custos mais baixos que a produção local;

Nova Redação.

SUPRIMIDO O ITEM (ii) ACIMA

Motivo:

É evidente que se as empresas tiverem opções de compra de produto mais barato, terão oportunidade de fazê-lo independentemente de cláusula contratual restritiva. A existência desta última parece, portanto, dispensável e poderia eventualmente servir de pretexto para o retardamento e/ou paralisação de programas de redução de custos de produto doméstico.

ALTERAÇÃO II

Reformulação de cláusula que, eventualmente, possa dificultar o crescimento da oferta da cerveja Budweiser no mercado brasileiro.

Redação Original

Cláusula 7 do Contrato de Fabricação e Distribuição, referente ao procedimento de pedidos.

(f) Procedimentos dos Pedidos. A BBL fornecerá ao fabricante um pedido definitivo do produto pelo menos sete dias antes da data em que a produção deverá ser iniciada (aproximadamente seis semanas antes da embalagem). Tais pedidos serão baseados em estimativas mensais e semanais de vendas a varejistas no território, as quais serão compiladas mediante utilização dos sistemas de informação da Antartica e suas afiliadas, dos contatos diretos feitos pela equipe de vendas da Antartica e suas afiliadas e de informação obtida através dos distribuidores da Antartica. O gerente geral ou pessoa por ele designada enviará esses pedidos ao fabricante. Depois de completado o processo de produção e antes da embalagem, a BBL poderá rever os tipos e quantidades de embalagem solicitadas a fim de utilizar a quantidade total de cerveja fabricada.



(g) Mediante recebimento pelo fabricante de um pedido.....representará um compromisso irretratável....do Fabricante de fabricar e embalar o produto nas quantidades e nas embalagens constantes do pedido, observado o seguinte:

(i) Durante os cinco primeiros anos de vigência deste contrato, o Fabricante não será obrigado a fornecer, em qualquer mês, uma quantidade total do produto que exceda em mais de 30% a quantidade disponível estabelecida na Cláusula 7(a), a ser ajustada em bases sazonais.

Durante o período restante de vigência deste contrato, o fabricante não será obrigado a fornecer, em qualquer mês, uma quantidade total do produto que exceda em mais de 20% a quantidade disponível estabelecida na Cláusula 7(a), a ser ajustada em bases sazonais. Em ambos os casos, a BBL notificará o Fabricante com pelo menos 60 dias de antecedência quando a quantidade do produto estiver acima do previsto no Plano Econômico.

#### Nova Redação

(i) Durante os anos de vigência deste contrato, o Fabricante será obrigado a fornecer à BBL uma quantidade total do produto correspondente ao acordado no Plano Econômico. Eventuais necessidades de demandas superiores ao previsto no Plano Econômico deverão ser atendidas pelo Fabricante desde que este possua capacidade ociosa para tanto e respeitadas as praxes comerciais e condições normais de mercado. A BBL notificará o Fabricante com pelo menos 60 dias de antecedência quando a quantidade do produto estiver acima do previsto no Plano Econômico.

#### Motivo

Com a presente alteração, retira-se eventual excesso de rigidez contratual. Um eventual e não previsto aumento (de 30% nos cinco primeiros anos do contrato e 20% nos últimos cinco anos) na demanda pelo produto, só poderá ser desatendida caso a ANEP não possua capacidade ociosa para fazê-lo ou seja inviável economicamente. O objetivo consiste em retirar qualquer mecanismo contratual que venha inibir artificialmente o crescimento da marca Budweiser no mercado. Se, por exemplo, a aceitação da marca surpreender as expectativas, não haveria restrição contratual para que a demanda do mercado fosse atendida.

#### ALTERAÇÃO III

Eliminação de cláusula que possivelmente impediria a BBL (Budweiser do Brasil Ltda.) de estabelecer canais de venda independentemente da ANEP.

### REDAÇÃO ORIGINAL

Cláusula 8 do Contrato de Fabricação e Distribuição.

(e) Não obstante qualquer disposição em contrário neste Contrato, a BBL terá o direito de vender o produto diretamente em grandes cadeias de supermercados e em contas semelhantes se e enquanto a Antarctica tiver o direito de fazer o mesmo com relação a algumas ou a todas as suas cervejas.

### Nova Redação

(e) Não obstante qualquer disposição em contrário neste Contrato, a BBL terá o direito de vender o produto diretamente em grandes cadeias de supermercados e em contas semelhantes.

### Motivo

A alteração proposta faz com que a BBL, por um lado, possa estabelecer canais de venda próprios e, de outro, impedir que haja qualquer acordo comercial que impeça qualquer das empresas a vender a estes pontos comerciais.

### ALTERAÇÃO IV

Recomenda às requerentes a alteração do contrato de forma a assegurar e possivelmente acelerar a concretização dos investimentos previstos no contrato. Em particular os referentes ao exercício das opções de compra pela ABIH e à manutenção das prerrogativas da ABIH para exercer Opção de Venda (cláusulas 3.1, 3.2 e 6.1 do Instrumento particular de Associação e outras Avenças).

### Motivo

A realização das inversões produtivas constitui naturalmente uma das eficiências da operação. Há várias maneiras de alterar o arranjo contratual de forma a lograr o objetivo de acelerar o cronograma de inversões. Porém, mudanças nos parâmetros contratuais nesta matéria afetariam demasiadamente o equilíbrio entre as partes. O CADE neste ponto deve apenas estabelecer esta meta geral e recomendar as partes que renegociem este ponto rerepresentando-o de forma a assegurar a elevação das inversões.

### C2) ESTÍMULO ÀS EXPORTAÇÕES E AO COMÉRCIO INTRA-INDUSTRIAL

#### C21) ESTÍMULO ÀS EXPORTAÇÕES

##### ALTERAÇÃO I

Fortalece o vínculo contratual estabelecido entre a ANEP e a “A-BI” para fornecimento da cerveja Rio Cristal a esta última nos EUA.

### Redação Original

Cláusula 6 do Contrato de Fornecimento de Cerveja (Rio Cristal).

(a) O presente Contrato terá um prazo inicial de 1 (hum) ano a começar nesta data. Ao final do prazo inicial, o presente Contrato será renovado automaticamente por períodos sucessivos de 1 (hum) ano cada, exceto se for rescindido por uma das partes mediante aviso para as outras pelo menos 90 (noventa) dias antes do final do prazo inicial ou de qualquer período de renovação. Se as partes converterem para um acordo de fornecimento de longo prazo conforme previsto no presente contrato, o termo inicial de tal contrato será de 10 (dez) anos.

#### Nova Redação

(a) O presente Contrato terá um prazo inicial de 3 (três) anos a começar nesta data. Ao final do prazo inicial, o presente Contrato será renovado automaticamente por períodos sucessivos de 1 (hum) ano cada, exceto se for rescindido por uma das partes mediante aviso para as outras pelo menos 90 (noventa) dias antes do final do prazo inicial ou de qualquer período de renovação. Se as partes converterem para um acordo de fornecimento de longo prazo conforme previsto no presente contrato, o termo inicial de tal contrato será de 10 (dez) anos.

#### Motivo

Alongando-se o prazo inicial do contrato de fornecimento a prazo correspondente ao da primeira fase do contrato de associação entre ANTARCTICA e ABII (prazo de exercício da primeira opção de compra de participação na ANEP), obtém-se uma maior garantia de que o fornecimento da cerveja Rio Cristal não será interrompido em um prazo tão curto.

#### ALTERAÇÃO II

Garantir um maior comprometimento da “A-BI” com a oferta, via importação, da cerveja Rio Cristal no mercado norte-americano.

#### Redação Original

#### Cláusula 6 do Contrato de Fornecimento de Cerveja

(b) As partes reconhecem que a A-BI está conduzindo um teste de marketing para o produto. A A-BI poderá determinar livremente quando o período do teste de marketing deve acabar e se a mesma continuará a distribuir o produto após a conclusão de teste de marketing. Se a A-BI decidir que não distribuirá o produto, o presente contrato ficará rescindido mediante aviso escrito da A-BI para a Antartica e a ANEP neste sentido. Se a A-BI decidir que continuará a distribuir o produto após a conclusão do teste de marketing, a A-BI, a Antartica e a ANEP se obrigam a negociar de boa-fé e concordar com disposições para (i) ajustar o preço do produto, incluindo a frequência de tais ajustes; (ii) calcular as quantidades mínimas anuais de compra e venda do produto e (iii) de outra maneira alterar o presente Contrato de um contrato relativo a um teste de marketing para um contrato de fornecimento de longo

prazo. Todas as demais condições de presente Contrato deverão permanecer na forma em que se encontram neste instrumento e a A-BI, a ANEP e a Antartica concordam em fazer as revisões apropriadas ao presente Contrato para refletir as disposições acordadas relativas às cláusulas (i), (ii) e (iii) na sentença anterior e a continuar a comprar e fornecer o produto de acordo com os termos do presente Contrato.

#### Nova Redação

As partes reconhecem que a A-BI está conduzindo um teste de marketing para o produto. Não obstante, a determinação do período final tanto do teste de marketing quanto se a A-BI continuará a distribuir o produto só poderá ser feita mediante acordo entre a A-BI, a Antartica e a ANEP. Se as empresas decidirem de comum acordo que a A-BI não distribuirá o produto, o presente contrato ficará rescindido. Se as empresas decidirem que a A-BI continuará a distribuir o produto após a conclusão do teste de marketing, a A-BI, a Antartica e a ANEP se obrigam a negociar de boa-fé e concordar com disposições para (i) ajustar o preço do produto, incluindo a frequência de tais ajustes; (ii) calcular as quantidades mínimas anuais de compra e venda do produto e (iii) de outra maneira alterar o presente Contrato de um contrato relativo a um teste de marketing para um contrato de fornecimento de longo prazo consoante o disposto na cláusula 6(a). Todas as demais condições de presente Contrato deverão permanecer na forma em que se encontram neste instrumento e a A-BI, a ANEP e a Antartica concordam em fazer as revisões apropriadas ao presente Contrato para refletir as disposições acordadas relativas às cláusulas (i), (ii) e (iii) na sentença anterior e a continuar a comprar e fornecer o produto de acordo com os termos do presente Contrato.

#### Motivo

O objetivo da alteração é de assegurar maior compromisso com o desenvolvimento de penetração de marca doméstica em outros mercados. Ao tornar consensual a decisão de avaliar a continuidade da distribuição da cerveja Rio Cristal no mercado americano, cria à ANEP e à Antartica uma maior segurança a respeito da continuidade da relação contratual com a empresa americana e, por outro, faz com que haja um maior comprometimento por parte da A-BI quanto ao empenho na distribuição, promoção, etc, da cerveja Rio Cristal no mercado norte-americano.

#### C22) ESTÍMULO AO COMÉRCIO INTRA-INDUSTRIAL

Visando lograr os benefícios associados ao aumento do comércio intra-industrial o CADE deve recomendar aos órgãos governamentais participantes da Câmara de Comércio Exterior:

a) realização de estudos para avaliar a eventual redundância tarifária da cerveja na atual estrutura da TEC e avaliação da oportunidade de proposição no âmbito do Mercosul de redução da tarifa efetiva deste produto.

b) priorizar a eliminação de barreiras não tarifárias no comércio da cerveja;

c) antecipar cronograma de concessões de preferências comerciais em cerveja com reciprocidade no âmbito da Aladi;

d) introduzir a cerveja no conjunto de produtos sujeitos a concessões com reciprocidade no âmbito do Sistema Geral de Preferências Comerciais (SGPC).

#### Motivo

Embora a elevação do coeficiente importado e exportado encontre limites em virtude dos custos de transporte, há vários benefícios para a concorrência a serem extraídos de uma intensificação do comércio intra-industrial:

- maior concorrência no segmento de premium, precisamente o de característica de bem tradeable com maior valor agregado.

- maior diversidade de marcas para o consumidor;

- aumento de escala de operação com redução dos custos fixos unitários.

Ressalte-se que as reduções de alíquota sob a forma de preferências comerciais seriam fornecidas com reciprocidade, isto é barateando as exportações brasileiras em outros mercados.

Além disso, é sabido que há ponderáveis economias de escala no comércio exterior em virtude do lote mínimo de compras internacionais.

#### D. Distribuição de Benefícios Associados à Operação

A ABII e a ABIH deverão se comprometer a estabelecer um mecanismo de consultoria nos mesmos termos contratuais daquela prestada à Antártica e à ANEP (Cláusula 14 do Instrumento Particular de Associação e outras Avenças), de forma a dividir suas melhores práticas com as pequenas cervejarias brasileiras, assim entendidas aquelas que possuem menos de 5% de participação no mercado cervejeiro, objetivando, desta maneira, proporcionar-lhes maior potencial competitivo.

A consultoria deverá ser realizada nas seguintes áreas: planejamento financeiro, marketing, negociações com atacadistas de cervejas, treinamento do pessoal de vendas, utilização e manuseio de recipientes não reutilizáveis, desenvolvimento de novas marcas de cerveja que poderão incluir cervejas leves, bebidas de malte não alcoólicas e cervejas-gelo (ice beer), produção e

compra de latas, e planejamento de produto, administração e logística de estoque.

#### E. Monitoramento de Variáveis Relevantes pelo CADE

As empresas compromissárias devem prestar ao CADE, obrigatoriamente, a cada dois anos de associação, as seguintes informações sobre a indústria de cervejas:

Participação de mercado por marca e cervejaria;

Preços médios destas marcas, conforme a Nielsen;

Painel de Indicadores de Rivalidade entre os participantes do mercado a ser previamente detalhado pelo CADE;

Painel de Indicadores de Produtividade a ser previamente detalhado pelo CADE;

Novos produtos e marcas introduzidos no período;

Evolução do comércio intra-industrial;

Painel de Indicadores sobre produção, consumo e capacidade ociosa do setor;

Grau de utilização de capacidade da ANEP;

Demonstração de resultados da ANEP;

Painel de Indicadores sobre Barreiras a Entrada no Setor;

Minimização do Risco de Falha de Estado

Independentemente das hipóteses que se possa fazer sobre a evolução da associação no médio e longo prazos, não parece prudente embasar uma decisão pública relevante em cenários de médio e longo prazo que, pela sua própria natureza, encerram enorme margem de imprecisão. Especialmente quando há benefícios seguros de curto prazo a serem auferidos com a operação.

É instrutivo a este respeito a observação de Kwoka (1994, p.73) acerca dos resultados da joint venture entre a GM e Toyota de como as previsões tanto pessimistas quanto otimistas da análise do caso foram desmentidas em grande medida pelo desenrolar da operação no mercado.

Parece oportuno, portanto, formular uma proposta robusta no sentido técnico do termo, isto é, uma proposta cujos resultados esperados no sentido de preservar a livre concorrência sejam pouco sensíveis a alterações de cenários que se possam vislumbrar neste momento. A proposta de reestruturação competitiva da operação sugerida acima constitui um passo nesta direção.

O Quadro 20 contrasta a proposta de reestruturação competitiva com a de desconstituição em dois anos. Se o cenário de facilidade de entrada independente estiver correto, a AB, ou mais provavelmente outra grande empresa internacional, poderia ter um comportamento distinto da prática usual e efetuar uma entrada de novo. No médio prazo, e desde que as empresas líderes

atuais permanecessem, o mercado estaria mais desconcentrado e provavelmente mais competitivo. Se, contudo, prevalecer nos próximos anos o cenário de dificuldade de entrada independente, ganhos não negligenciáveis terão sido perdidos, com o agravante de geração de assimetrias e sinais equívocos para o investidor (residente ou não).

## **Quadro 20**

### **AC 83/96 Traços das Propostas de Decisão**

| <i>Proposta</i>                      | <i>Cenários</i>                                                                                       |                                                                         | <i>Importância do Mecanismo de Mercado</i> | <i>Risco de Falha de Estado</i> |
|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------|---------------------------------|
|                                      | <i>Espaço para Entrada Independente</i>                                                               | <i>Inexistência de Espaço para Entrada Independente</i>                 |                                            |                                 |
| <i>Desconstituição em 2 Anos</i>     | <i>Desconcentra mercado e estimula concorrência no médio prazo</i>                                    | <i>Retira ganhos de bem estar, gera assimetrias e perde eficiências</i> | <i>Baixo</i>                               | <i>Alto</i>                     |
| <i>Reestruturação Procompetitiva</i> | <i>Associação será desfeita por incentivo do mercado desconcentrando e estimulando e concorrência</i> | <i>Assegurados ganhos de bem estar e eficiências</i>                    | <i>Alto</i>                                | <i>Baixo</i>                    |

Conclui-se, assim, que os possíveis efeitos da proposta de desconstituição em dois anos são fortemente dependentes dos cenários de probabilidade de entrada, cuja elaboração envolve razoável margem de insegurança, para dizer o mínimo.

Daí a superioridade de uma proposta mais flexível, cuja metodologia de construção submeta ao mercado - e não à discricionariedade administrativa - a eventual dissolução da operação, bem como o perfazimento de certas metas de eficiências e benefícios. Tal abordagem permite utilizar o próprio mercado como emissor de incentivos, tornando os efeitos da proposta muito menos dependentes do cenário (pessimista ou otimista) que venha a se concretizar. Conforme sugerido no Quadro 20, a maximização da utilização do mercado

minimiza o risco de falha de Estado, propiciando uma decisão segura por parte da autoridade.

#### IV. CONCLUSÃO

Do exposto, aprovo a operação entre Antarctica e Anheuser Bush, desde que reformulada nos termos da reestruturação procompetitiva proposta. Vale ressaltar, que as alterações contratuais propostas não são cogentes, admitindo negociação quanto a melhor forma, procurando conciliar os interesses individuais e da coletividade, de se atingir os seguintes objetivos:

- Neutralização de aspectos anticoncorrenciais;
- Estímulo a movimentos de desconcentração;
- Maximização das eficiências, por meio de estímulo à produção e investimento e estímulo à exportação e ao comércio Intra-Industrial;
- Distribuição dos benefícios decorrentes da operação.
- Cumpre, ainda, às empresas sob análise prestar ao CADE, obrigatoriamente, a cada 2 (dois) anos de associação, as seguintes informações sobre a indústria de cervejas:
- Participação de mercado por marca e cervejaria;
- Preços médios destas marcas, conforme a Nielsen;
- Painel de Indicadores de Rivalidade entre os participantes do mercado a ser previamente detalhado pelo CADE;
- Painel de Indicadores de Produtividade a ser previamente detalhado pelo CADE;
- Novos produtos e marcas introduzidos no período;
- Evolução do comércio intra-industrial;
- Painel de Indicadores sobre produção, consumo e capacidade ociosa do setor;
- Grau de utilização de capacidade da ANEP;
- Demonstração de resultados da ANEP;
- Painel de Indicadores sobre Barreiras a Entrada no Setor.

É o voto.

#### I- Bibliografia

American Bar Association - Section Of Antitrust Law, Antitrust Law Developments, Quarta Edição, 1997.

Non Horizontal Merger Law And Policy, Monografia N 14, 1988.

Carlton, Dennis W. E Perloff, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 2ª Ed. 1994.



Dervis, Kernal, De Melo, Jaime E Robinson, S. General Equilibrium Models For Development Policy, Banco Mundial, 1982.

Elzinga, Kenneth, The Beer Industry, Em Adams, Walter (Editor), The Structure Of The American Industry, Quarta Edição, 1971.

Gazeta Mercantil - Panorama Setorial, A Indústria Da Cerveja, 1997.

Kwoka, John E. E White, Lawrence J. The Antitrust Revolution. 2<sup>a</sup> Ed. 1994.

Frischtak, Claudio R. Política Industrial E Sua Institucionalidade Em Valle, Rogério E Wachendorfer, Achim. Mercado De Trabalho E Política Industrial: Obstáculos Institucionais À Competitividade. 1996.

Viscusi, W. Kip, Vernon, John M. E Harrington, Joseph Emmett. Economics Of Regulation And Antitrust. 2<sup>a</sup> Ed. 1995.”



**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.<sup>107</sup>

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 Judiciário<sup>108</sup>.

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 redições 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, considere 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 desfrutavam 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 Laísa S.A. e Grupo Korf GmbH (AC 16/94) - conhecido como caso Gerda - 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 Gerda, 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 Gerda, 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 enxaguante 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 irreversíveis 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 o 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. Azevedo<sup>109</sup> 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 )”<sup>110</sup>

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!<sup>111</sup>.

#### 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 norteamericano 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 irrecuperáveis.

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-

concorrência 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 compõem 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.<sup>112</sup>

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 natureza<sup>113</sup>. 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 delineação 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 voto<sup>114</sup> 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 padrão<sup>115</sup>.

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 lei<sup>116</sup>.

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 devenda vênua, 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 Brahma, 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. Diga-se 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 Barrinuevo<sup>117</sup>. 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)<sup>118</sup>.

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-competitiva<sup>119</sup> 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.”<sup>120</sup>

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.

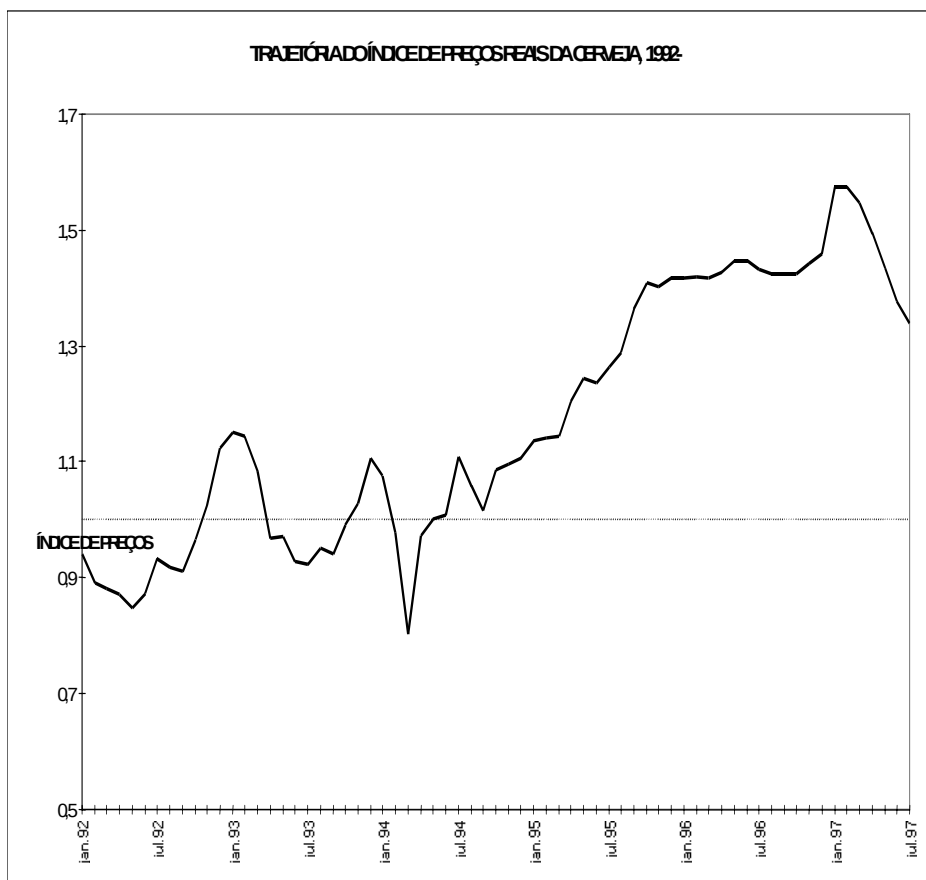
Em síntese, considero, no que respeita ao conjunto de eficiências alegadas, compreendendo os benefícios a serem apropriados pública e privadamente que a operação se por um lado demonstra a sua racionalidade econômica, ao minimizar custos e reduzir os riscos e incertezas associados à entrada em novo mercado,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

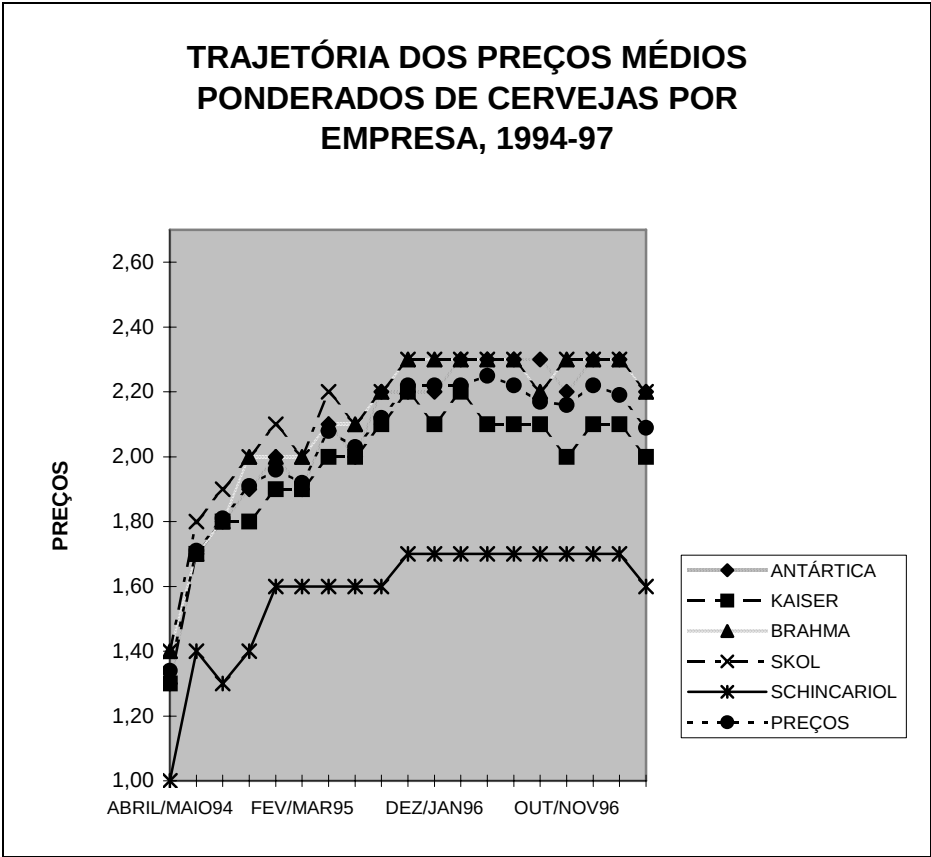
Interpretando a petição apresentada pelas Requerentes em 18/07/97 como manifestação do desejo de fazer uso do direito ao pedido de reapreciação previsto no art. 27 da resolução nº 5 de 02.09.96 da decisão por este Plenário, lembro, por oportuno, ser necessário o redesenho da operação, para que as eficiências 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



Fonte: Acnielsen

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

|                      | EM %        |             |             |             |             |             |
|----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| CORRELAÇÃO           | 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        |
| <b>PREÇOS MÉDIOS</b> | <b>0,99</b> | <b>0,98</b> | <b>0,99</b> | <b>0,99</b> | <b>0,96</b> | <b>1,00</b> |

Fonte: AC NIELSEN”

## ADITAMENTO AO VOTO DO CONSELHEIRO

### ARTHUR BARRIONUEVO FILHO

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

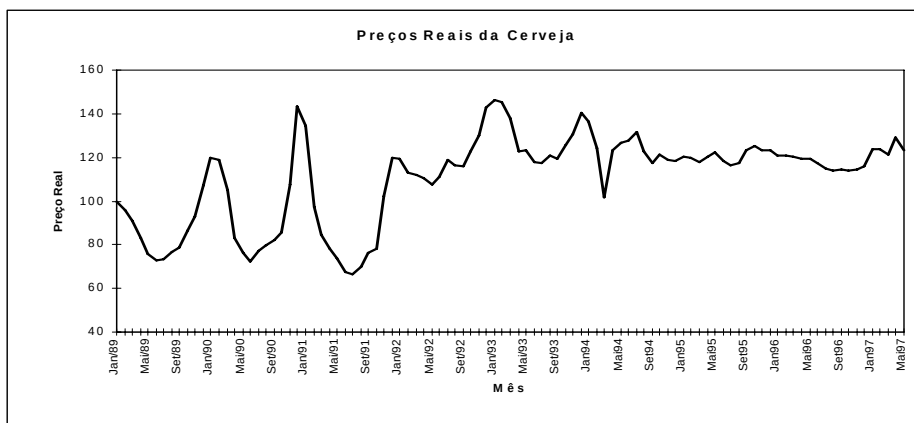
“O presente aditamento ao voto proferido sobre a associação entre as cervejarias Cia. Antártica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos e a Anheuser Bush International Inc. (ABII) - tem como objetivo esclarecer e acrescentar algumas informações que são relevantes para o julgamento deste caso.

#### 1. Preço Real das Cervejas

2. Em primeiro lugar, no § 14 do voto, o parecer da Prof.<sup>a</sup> Dra. Elizabeth M. Q. Farina (fls. 2 a 5) afirma que após o Plano Real (julho/94), o aumento da demanda foi superior a 30%, enquanto o preço de varejo da FIPE caiu 6% em termos reais, portanto, o “aumento de demanda se converteu em aumento da quantidade consumida, sem que houvesse elevação dos preços no período”, o que é explicado pela competição no setor.

#### Gráfico

Evolução do Preço Real da Cerveja Deflacionado pelo ICV-FIPE



Fonte: FIPE-USP

3. Além disso, o voto mostra que a cerveja brasileira tem um dos preços FOB fábrica mais baixos do mundo, US\$ 49 por hectolitro, contra US\$

64 nos EUA, US\$ 65 na Holanda e US\$ 83 na Espanha (de acordo com Gazeta Mercantil-Panorama Setorial, 1997).

4. No gráfico 1 pode-se observar a evolução do preço real da cerveja, coletado pela FIPE e deflacionado pelo ICV-FIPE. Os preços FIPE são colhidos nos equipamentos varejistas e refletem, portanto, a formação de preços das cervejarias e da rede de distribuição varejista. Observa-se que o período anterior a julho de 94 é de difícil análise no tocante a estratégias de preço empresariais ou a possível exercício do poder de mercado porque reflete muitos fatores ao mesmo tempo:

1) as altas taxas de inflação que, reconhecidamente provocam maior dispersão de preços;

2) os efeitos de dois planos econômicos (Collor I e II) e do controle de preços que vigora até 92/93.

Dessa forma, é tecnicamente recomendável que não se utilize esse instrumento para inferir exercício de poder de mercado no período anterior ao da estabilização. Quanto à evolução pós Plano Real, temos (considerando jan/89 = 100) um índice de 131,39 em julho de 1994 e a evolução em 1997, que se pode ver na tabela 1<sup>a</sup>

Tabela 1A

Preço Real da Cerveja Comparado a Julho 1994

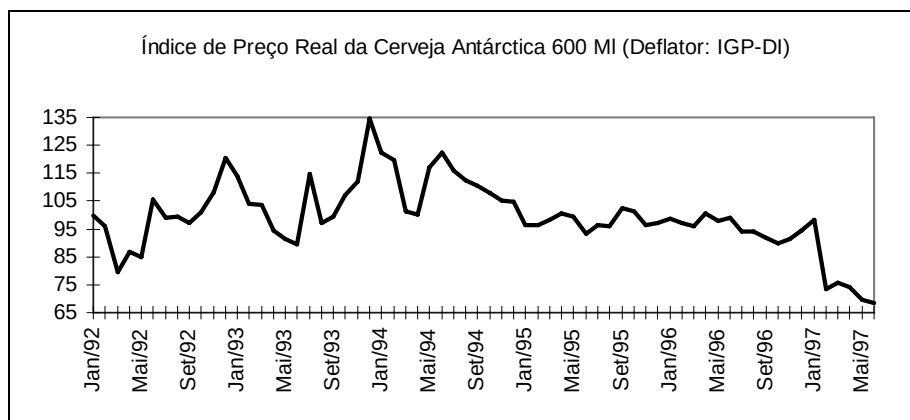
| <b>Mês</b> | <b>Índice</b> | <b>Var. em Rel. a Jul/94</b> |
|------------|---------------|------------------------------|
| Jan 97     | 123,64        | -6,4%                        |
| Fev 97     | 123,52        | -6,4%                        |
| Mar 97     | 121,10        | -8,2%                        |
| Abr 97     | 129,13        | -2,1%                        |
| Mai 97     | 123,25        | -6,6%                        |

Fonte: ICV-FIPE

5.No gráfico 2, corroborando a informação obtida com a evolução do preço real da cerveja, coletado pela FIPE e deflacionado pelo ICV-FIPE, temos o preço real da cerveja Antártica em garrafas de 600 ml, deflacionado pelo IGP-DI da Fundação Getúlio Vargas. Observa-se também neste caso, uma queda do preço real, a partir de julho de 1994.

Gráfico 2

Evolução do Preço Real da Cerveja Antártica Deflacionado pelo IGP-DI



## 2. Fixação de Marca e Publicidade

6. Neste item foram tratados dois aspectos: a) a assimetria dos gastos em publicidade entre firmas incumbentes, que estão fazendo a manutenção da marca e entrantes, que tem de conquistar a preferência dos consumidores e b) o poder de mercado que gozam as empresas estabelecidas por contar com marcas já estabelecidas.

7. Em relação ao segundo aspecto relacionado à propriedade e fixação de novas marcas, que diz respeito ao poder de mercado e à criação de barreiras à entrada para novos concorrentes, supõe-se que se os incumbentes detiverem uma extensa linha de produtos, estariam gerando poder de mercado, na medida em que atenderiam as necessidades de todos os nichos da demanda, impondo grandes óbices aos entrantes.

8. Este problema, cujo caso emblemático poderia ter sido tratado em *FTC vs. Kellogg* e outros produtores de cereais, além da opinião já citada de Hovenkamp (1994), temos os de Ross (1993: 113)<sup>121</sup> que analisa o caso como uma tentativa do FTC de enquadrar Kellogg, General Mills e General Foods por manterem sua dominância no mercado de cereais, baseado na teoria de “divisão de monopólio”.

9. Esta teoria afirma que existe infração à concorrência quando: 1) uma indústria é altamente concentrada; 2) o mercado não é competitivo; 3) as

121 Ross, S.F. 1993. *Principles of Antitrust Law*. Westbury (New York): Foundation Press Inc.



barreiras à entrada são altas e; 4) novas entradas são detidas por práticas de exclusão dos incumbentes. Os três primeiros princípios estavam claramente presentes nesta indústria, contudo, a alegação de prática de exclusão era muito controversa, especialmente, os tipos de conduta de exclusão citados: a) proliferação de marcas e tentativas artificiais de diferenciar brands semelhantes; b) publicidade enganosa para sugerir que os cereais dos líderes eram diferentes daqueles das pequenas firmas; c) recomendações detalhadas aos varejistas sobre espaço em gôndolas, seguidos pelos outros dois líderes, que tinham o efeito de eliminar os pequenos produtores e d) ausência de descontos e um padrão de aumento de preços, onde um dos líderes iniciava o processo e os outros o seguiam.

10. De acordo com Ross (1993: 115), “o problema com (o caso) Kellogg é que não é fácil ver como a conduta das companhias de cereais era genericamente predatória. Primeiro, como o Commissioner Clanton enfatizou, novas marcas de cereais não eram introduzidas ‘principalmente como um instrumento de bloqueio para disciplinar competidores’, mas como produtos auto sustentáveis que geravam significativa demanda dos consumidores”. Em segundo lugar, a Kellogg não juntava as recomendações sobre espaço nas gôndolas com qualquer ameaça àqueles que não seguissem suas recomendações. Finalmente, a recusa de conceder descontos e os aumentos de preço “paralelos” não representam mais do que “precificação oligopólica clássica”.

11. Portanto, não se conseguiu provar a existência de “divisão de monopólio” e, além disso, houve um debate, segundo Ross, sobre a legalidade desta teoria. Declarações no Congresso americano não apoiavam esta interpretação da legislação antitruste. De qualquer modo, esta teoria não se aplica, de qualquer forma, ao mercado brasileiro de cervejas. Em primeiro lugar, porque não cumpre a condição 3), pois este é um mercado competitivo, em segundo lugar, porque os exemplos dados de práticas de exclusão não são sequer mencionados no processo.

### 3. Possibilidades de Entrada Lucrativa

12. Sobre os cenários apresentados, a Antártica apresentou, em carta datada de 21/07/97, parâmetros adicionais para avaliar a viabilidade econômico-financeira de um investimento em capacidade fabril com entrada de novo. Como se pode ver a seguir, ele é próximo do parecer da BNDES, baseado em informações obtidas junto ao setor. Os parâmetros para calcular a viabilidade dos investimentos são:

Receita Líquida de R\$ 50/hl, neste ponto há concordância entre os dados da Antártica e do BNDES;

Custo do Produto Vendido de R\$ 20/hl, de acordo com o BNDES. Neste tópico, também há concordância (a Antártica considera um valor de 43% da receita líquida, o que significa R\$ 21,50/hl). O C.P.V. inclui os seguintes itens: matérias primas e utilidades (água, energia etc.);

Custos Fixos de uma unidade com capacidade de 2 milhões de hl. estimados em R\$ 10 milhões/ano pelo BNDES e em R\$ 20 milhões pela Antártica. De acordo com esta última, 50% deste valor é dado por salários e encargos (fabril, comercial e administrativo), 15% pela reforma anual (a fábrica para um mês) e 35% por outros gastos fixos de industrialização e despesas administrativas e comerciais;

Depreciação em 5 anos de um investimento de R\$ 100 milhões (para 2 milhões de hl) implica em R\$ 20 milhões/ano para o BNDES. A Antártica considera mais apropriada a depreciação em 10 anos, o que implica em R\$ 10 milhões/ano;

As despesas com marketing montam R\$ 20 milhões/ano (equivalente a 20% da receita líquida nos primeiros anos de operação) para o BNDES. Seguimos um valor mais baixo, de R\$ 10 milhões/ano, devido à utilização de parâmetros baseado no desempenho da Kayser;

Despesas com distribuição, de acordo com o BNDES, de R\$ 50 milhões/ano (considerando dispêndios com capital de giro, aluguéis, leasing de veículos, equipamentos de informatização etc.) que não foram incluídos. A Antártica considera que as despesas de distribuição são agregadas aos preços posteriormente à saída da fábrica, não devendo ser agregados ao cálculo sobre o retorno do investimento da fábrica.

13. Estes dados nos permitiram chegar às estimativas apresentadas na tabela 7 do voto, onde consideramos três cenários, sendo o terceiro aquele onde consideramos como ponto de partida a produção estimada para 1997 da Budweiser, de 210 mil hl e incluímos as despesas de marketing, mas não as de distribuição, pelos mesmos motivos apontados acima pela Antártica.

14. As estimativas de viabilidade econômico-financeira do investimento, apresentam algumas dificuldades, que são solucionadas neste caso, com a explicitação das hipóteses sobre o comportamento das variáveis. Em especial, sobre a evolução da demanda, da participação de mercado da empresa entrante e, de seus gastos em publicidade.

15. Quanto ao primeiro aspecto, consideramos como ponto de partida a demanda estimada para 1997 pelo estudo setorial da Gazeta Mercantil, de 85,2 milhões de hl, que está um pouco abaixo do cenário otimista do BNDES. Consideramos uma taxa de crescimento de 5% a.a. para os próximos 10 anos, que também está abaixo da estimativa de 6% a.a. do BNDES. Note-se que a estimativa do BNDES foi realizada em um período contaminado pela euforia

do Plano Real e, já em 1997, mostrou-se excessivamente otimista. Assim, uma esperança de crescimento anual de 5% é elevada.

16. O segundo problema é o da estimativa de participação de mercado e dos gastos em marketing/promoção. Partimos da participação de mercado atual da Budweiser e, o cálculo dos gastos em publicidade seguiu parâmetros mimetizados do desempenho da Kayser. Nas tabelas 1 e 4 do voto, que apresentam informações sobre a participação de mercado e gastos em publicidade no mercado brasileiro de cervejas, reunimos informações na tabela 2A, que mostram o desempenho apresentado pela Kaiser.

Tabela 2A

Participação de Mercado e Gastos em Publicidade No Mercado Brasileiro de Cerveja

|                       | 1989 | 1990 | 1991 | 1992 | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 |
|-----------------------|------|------|------|------|------|------|------|------|
| Kayser                |      |      |      |      |      |      |      |      |
| Public. s/Vendas      |      |      | 3,6% | 5,7% | 5,8% | 6,4% | 6,5% | 6,9% |
| % de Mercado          | 7,9  | 9,8  | 11,6 | 11,5 | 13,6 | 13,9 | 14,6 | 16,0 |
| $\Delta$ % de Mercado |      | 24%  | 18%  | - 1% | 18%  | 2%   | 5%   | 10%  |

Fonte: Instituto Nielsen, CADE, parecer Elizabeth Farina e Gazeta Mercantil, Panorama Setorial 1997.

17. Pode-se ver que nos anos entre 1991 e 1996, a Kayser gastou algo em torno de 6% do seu faturamento líquido em marketing. Consideramos para a firma entrante, um valor de R\$ 10 milhões/ano com marketing e promoção, que é equivalente a 10% do faturamento líquido da planta de 2 milhões de hl. O valor é mais elevado do que o da Kayser, tendo em vista que a marca é “nova” no mercado brasileiro e porque inclui além de marketing os gastos com promoção, sendo ainda assim, a metade do valor estimado pelo BNDES.

18. Finalmente, em relação ao aumento anual da participação de mercado, vimos que a Kayser aumentou entre 1990 e 1993 (com exceção de 1992) sua participação em torno de 20% a.a, que depois, entre 1994 e 1996, se reduz para algo em torno de 6% a.a. Utilizamos este fato estilizado, para construir um raciocínio onde a participação de mercado da firma entrante, cresce à taxas decrescentes, 50% no primeiro ano, 40% no segundo, até se estabilizar em uma taxa de 5% a.a..

19. Com estes parâmetros, conseguimos um resultado que é explicitado na tabela 3A. Ele parte do cenário 3 do voto, baseado nas vendas atuais da Budweiser, e o mostra o prejuízo declinante da empresa com uma planta. Contudo, tendo em vista, que mesmo com uma demanda com rápido crescimento e otimismo em relação à conquista de participação de mercado, o retor-

no sobre o investimento não é satisfatório, como se pode ver no cálculo do custo de oportunidade do capital, que é bem inferior ao de uma caderneta de poupança e, ainda pior, tem uma taxa interna de retorno menor do que zero. Portanto, não seria lucrativa, nestas condições, a entrada de novas empresas sem contar com apoio de alianças com incumbentes.

Tabela 3A

Estimativas da Viabilidade Econômico-Financeira da Entrada no Mercado Brasileiro de Cervejas

(Valores em R\$ Milhões)

| Item/ Ano                                 | 1997        | 1998  | 1999  | 2000  | 2001  | 2002  | 2003  | 2004  | 2005  | 2006   |
|-------------------------------------------|-------------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 1. Mercado Brasileiro                     |             |       |       |       |       |       |       |       |       |        |
| Consumo de Cerveja (MM de hl.)            | 85,2        | 89,5  | 93,9  | 98,6  | 103,6 | 108,7 | 114,2 | 119,9 | 125,9 | 132,2  |
| Tx. Anual de Crescimento (% a.a.)         | 0,0%        | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%  | 5,0%   |
| 2. Empresa Hipotética                     |             |       |       |       |       |       |       |       |       |        |
| Investimento (fábrica 2 MM de hl.)        | R\$ milhões |       |       |       |       |       |       |       |       |        |
| Participação de Mercado (%)               |             |       |       |       |       |       |       |       |       |        |
| - Variação Inicia em 60 % a.a. e Decresce |             | 0,2%  | 0,4%  | 0,6%  | 0,8%  | 1,1%  | 1,3%  | 1,4%  | 1,5%  | 1,6%   |
| - Vendas Totais (em MM de hl.)            |             | 0,210 | 0,353 | 0,556 | 0,817 | 1,115 | 1,405 | 1,623 | 1,789 | 1,972  |
| Demonstrativo de Resultados da Planta     |             |       |       |       |       |       |       |       |       |        |
| - Vendas (em MM de hl.)                   | R\$ por hl. | 0,210 | 0,353 | 0,556 | 0,817 | 1,115 | 1,405 | 1,623 | 1,789 | 1,972  |
| - Receita Operacional Líquida             |             | 11    | 18    | 28    | 41    | 56    | 70    | 81    | 89    | 99     |
| - Custo dos Produtos Vendidos             | 50          | 4     | 7     | 11    | 16    | 22    | 28    | 32    | 36    | 39     |
| - Margem Operacional                      | 20          | 6     | 11    | 17    | 25    | 33    | 42    | 49    | 54    | 59     |
| - Custos Fixos                            | 30          | 20    | 20    | 20    | 20    | 20    | 20    | 20    | 20    | 20     |
| - Depreciação                             |             | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10     |
| - Desp. c/Marketing e Promoções           | 10 anos     | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10     |
| - Resultado Operacional                   |             | (34)  | (29)  | (23)  | (15)  | (7)   | 2     | 9     | 14    | 19     |
| Fluxo de Caixa                            |             | (24)  | (19)  | (13)  | (5)   | 3     | 12    | 19    | 24    | 29     |
| - Resultado Operacional                   |             | (34)  | (29)  | (23)  | (15)  | (7)   | 2     | 9     | 14    | 19     |
| - Depreciação                             |             | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10    | 10     |
| Custo de Oportunidade do Capital          | % a.a.      |       |       |       |       |       |       |       |       | V.F.L. |
| - Fluxo de Caixa                          | 6%          |       |       |       |       |       |       |       |       | 31     |
| - Caderneta de Poupança                   | 6%          |       |       |       |       |       |       |       |       | 179    |
|                                           |             |       |       |       |       |       |       |       |       | 280    |

Fonte: BNDES, nota técnica e Antártica/Anheuser-Bush.

#### 4. A Doutrina do Concorrente Potencial

20. A tabela 9 do voto foi construída da seguinte forma, usando o Antitrust Law Developments da American Bar Association, 3.a edição, temos

as condições 1.1 e 2.1 está na página 323 sobre a decisão de Marine Bancorporation. As condições 1.4 e 2.4 estão na mesma página. Os itens 2.2 e 2.3 são discutidos na página 325. Finalmente, os itens 1.2 e 1.3 são apresentados na página 329.

Tabela 9

Pré Requisitos para o Uso da Doutrina da Concorrência Potencial

| <b>Concorrência Potencial Percebida</b>                                                           | <b>Concorrência Potencial Efetiva</b>                                              |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 1.1 O mercado relevante é concentrado e comporta-se de forma não competitiva                      | 2.1 O mercado relevante é concentrado e comporta-se de forma não competitiva       |
| 1.2 A firma adquirente deve ser percebida de fato pelas incumbentes como um entrante potencial    | 2.2 A firma adquirente entraria efetivamente de novo                               |
| 1.3 A firma adquirente está efetivamente moderando o comportamento oligopolístico dos incumbentes | 2.3 A entrada da firma deve produzir substancial probabilidade de desconcentração  |
| 1.4 A firma adquirente é o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado                 | 2.4 A firma adquirente é o único ou um dos poucos entrantes potenciais no mercado” |

**ADITAMENTO AO VOTO DO CONSELHEIRO****RENAULT DE FREITAS CASTRO**

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

“1. Inicialmente, registro a importância das contribuições ao debate trazidas pelos dois votos de vistas, que, no entanto, acabaram por reforçar minha convicção de apoiar totalmente o voto da Ilustre Conselheira-Relatora, cujo aditamento, tenho certeza, retiram qualquer dúvida por ventura existente sobre as razões de seu voto.

2. Com relação aos exercícios apresentados nos votos dissidentes sobre a viabilidade financeira da entrada de novo competidor no mercado brasileiro de cervejas, considero-os importantes contribuições à análise, porém sem efeito relevante na avaliação das condições de entrada. Em particular, registro que os referidos exercícios são especialmente inadequados por não considerarem a possibilidade de entrada gradual de um novo competidor, com investimentos crescentes, de forma consistente com uma estratégia de minimização de riscos de um empreendimento dessa natureza.

3. Sobre o movimento apresentado pelos preços de cerveja no mercado brasileiro, as importantes conclusões retiradas dos dados apresentados pela Ilustre Conselheira-Relatora não são afetadas de forma significativa por considerações a respeito da escolha do período inicial das séries de preços, o que, deve-se admitir, pode ocorrer em outros casos. Neste caso, no entanto, este é um preciosismo dispensável.

4. Como bem demonstra o voto da Conselheira-Relatora, a boa, sólida e justa análise antitruste não é feita tão-somente por precisão estatística, mas também, e principalmente, pelo bom-senso e pela responsabilidade na apreciação das informações disponíveis, muitas vezes imperfeitas, à luz da lei, da doutrina e da jurisprudência.

5. Numa pequena divergência em relação ao posicionamento manifestado pela Ilustre Relatora quanto a eventual pedido de reapreciação, prefiro deixar totalmente a cargo das Interessadas a forma ou redesenho da operação, que, entretanto, devo lembrar, precisa fundar-se em fato novo para poder ser considerada pelo Conselho.

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



## ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

### PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

|             |                                                                                                                                                                                              |               |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| P.A. 15     | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A                                                                                                                        | vol. 1 n.º 1  |
| P.A. 19     | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>KNOLL S.A PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS                                                                                                                 | vol. 1 n.º 1  |
| P. A. 17    | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>LABORATÓRIOS PFIZER LTDA. S.A.                                                                                                                              | vol. 1 n.º 1  |
| P. A. 20    | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>GLAXO DO BRASIL                                                                                                                                             | vol. 1 n.º 1  |
| P. A. 18    | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.                                                                                                                           | vol. 1 n.º 1  |
| P. A. 02    | SDE EX OFICIO<br>X<br>WEST DO BRASIL COM E IND. LTDA, METALÚRGICA<br>MARCATTO LTDA., RAJJ COM E IND DE TAMPAS<br>METÁLICAS LTDA                                                              | vol. 1 n.º 1  |
| P. A. 38    | SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA<br>DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>X<br>SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA. E<br>SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELE-<br>TRÔNICOS | vol. 1 n.º 2  |
| P. A. 12    | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>ACHÊ LABORATÓRIOS                                                                                                                                           | vol. 1 n.º 2  |
| P.A. 29     | SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS<br>FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL<br>X<br>ACHÊ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A                                                      | vol., 1 n.º 2 |
| P. A. 13    | PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA<br>X<br>PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA                                                                                                                           | vol. 1 n.º 2  |
| P.A. 109/89 | ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C<br>X<br>SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA<br>DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS                                                      | vol. 1 n.º 2  |
| P.A 07      | SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE<br>DADOS<br>X<br>TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OU-<br>TRAS                                                                       | vol. 1 n.º 2  |
| P.A. 30/92  | SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA<br>X<br>ICI BRASIL S/A.                                                                                                                           | vol. 2 n.º 1  |



|             |                                                                                                         |               |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| P.A. 23/91  | REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA LTDA. E OUTRAS<br>X<br>XEROX DO BRASIL LTDA                | vol. 2 n.º 1  |
| P.A. 01/91  | INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.<br>X<br>SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA                        | vol. 2 n.º 1  |
| P.A. 31/92  | TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTO-MÓVEIS S/A<br>X<br>FIAT AUTOMÓVEIS S/A                     | vol. 2 n.º 1  |
| P.A. 10/91  | FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA<br>X<br>LUMIX QUÍMICA LTDA                                          | vol. 2 n.º 1  |
| P.A. 32     | SDE<br>X<br>VALER ALIMENTAÇÃO E SERVIÇOS LTDA E ASSOCIAÇÃO CATARINENSE DE SUPERMERCADOS-ACATS           | vol. 2 n.º 2  |
| P.A. 53/92  | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE<br>X<br>ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES    | vol. 2 n.º 2  |
| P.A. 34/92  | COSMOQUÍMICA S/A - INDÚSTRIAS E COMÉRCIO<br>X<br>CARBOCLORO S/A - INDÚSTRIAS QUÍMICAS                   | vol. 2 n.º 2  |
| P.A. 15     | PRESIDENTE DA REPÚBLICA<br>X<br>LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A                                    | vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 121/92 | MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO<br>X<br>SIEEESP                                               | vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 40/92  | REFRIO LTDA<br>X<br>COLDEX S/A                                                                          | vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 20/92  | DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH<br>X<br>EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS          | vol. 3 n.º 11 |
| P.A. 35/92  | MP DO ESTADO DO PARANÁ<br>X<br>OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO                                      | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 211/92 | EULER RIBEIRO<br>X<br>DISTR. DE GÁS DO MUNICÍPIO DE BOCA DO ACRE                                        | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 45/91  | SDE X SHARP IND. E COM.                                                                                 | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 62/92  | DPDE<br>X<br>ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO                                            | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 76/92  | DAP<br>X<br>AKZO - DIVISÃO ORGANON                                                                      | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 38/92  | PROCON - SP<br>X<br>SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS                                                            | vol. 3 n.º 12 |
| P.A. 61/92  | FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO<br>X<br>ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA | vol. 3 n.º 12 |
| P A 49/92   | LABNEW IND. E COM. LTDA                                                                                 | vol. 4 n.º 2  |

|                         |                                                                                  |              |
|-------------------------|----------------------------------------------------------------------------------|--------------|
|                         | X<br>BECTON E DICKSON IND. CIRÚRGICAS LTDA.                                      |              |
| P A 148/92              | Recurso Voluntário KRAFT SUCHARD                                                 | vol. 4 n° 2  |
| P A 68/92               | MEFP<br>X<br>ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.                                  |              |
| Represen-tação<br>83/91 | MEFP<br>X<br>ABIGRAF                                                             | vol. 4 n° 2  |
| Consulta 03/93          | ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁ-<br>CIAS E DROGARIAS.                 | vol. 2 n.º 2 |
| CONSULTA<br>01/93       | ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE<br>VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS   | vol. 2 n.º 2 |
| P.A. 155 a<br>1722/94   | DPDE X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISA E ANÁLISES<br>CLÍNICAS DE BRASÍLIA | vol. 4 n° 3  |

### ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

|                        |                                                                                                                                                                        |               |
|------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| AC 12/94               | RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO,<br>PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO                                                                                                       | vol. 2 n.º 3  |
| AC 12/94               | RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO,<br>PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)                                                                                            | vol. 2 n.º 3  |
| AC 11/94               | YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA,<br>E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE<br>DO ESTADO DE PERNANBUCO                                        | vol. 2 n.º 3  |
| AC 06/94               | ETERNIT S. A. E BRASILIT S.A.                                                                                                                                          | vol. 2 n.º 3  |
| AC 01/94               | ROCKWELL DO BRASIL S. A. E ÁLBARUS INDÚSTRIA E COMÉRCIO                                                                                                                | vol. 2 n.º 4  |
| AC 20/94               | CBV INDÚSTRIA MECÂNICA                                                                                                                                                 | vol. 2 n.º 4  |
| AC 07,08,09,e<br>10/94 | HANSEN FACTORING - SOCIEDADE DE FOMENTO COMERCIAL LTDA;<br>HANSEN MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA; TRANSPORTADORA<br>RODOTIGRE LTDA; TCT - GERENCIAMENTO EMPRESARIAL LTDA | vol. 2 n.º 4  |
| AC 16/94               | SIDERÚRGICA LAISA S.A. (GRUPO GERDAU) E GRUPO KORF GMBH (CIA<br>SIDERÚRGICA PAINS)                                                                                     | vol. 2 n.º 4  |
| AC 16/94               | REAPRECIAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº16/94 - GRUPO GERDAU<br>- CIA SIDERÚRGICA PAINS                                                                                  | vol. 3 n.º 3  |
| AC 05/94               | CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E CO-<br>MÉRCIO                                                                                                    | vol. 3 n.º 4  |
| AC 43/95               | FEDERAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPORTADORES DE CAFÉ                                                                                                                          | vol. 3 n.º 4  |
| AC 04/94               | HLS DO BRASIL SERVIÇOS DE PERFILAGEM LTDA. (HALLIBURTON<br>SERVIÇOS LTDA.)                                                                                             | vol. 3 n.º 4  |
| AC 56/95               | JOVITA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.                                                                                                                                      | vol. 3 n.º 4  |
| AC 14/94               | BELGO MINEIRA, DEDINI                                                                                                                                                  | vol. 3 n.º 7  |
| AC 33/96               | COPLATEX, CALLAS TÊXTIL                                                                                                                                                | vol. 3 n.º 7  |
| AC 15/94               | VELOLME ISHIBRAS S.A..                                                                                                                                                 | vol. 3 n.º 7  |
| AC 27/95               | K & S AQUISIÇÕES LTDA. E KOLINOS DO BRASIL S/A                                                                                                                         | vol. 3 n.º 10 |

|          |                                                                                      |             |
|----------|--------------------------------------------------------------------------------------|-------------|
| AC 41/95 | HOECHST DO BRASIL, QUÍMICA E FARMACÊUTICA E RHODIA S.A.<br>(FAIRWAY)                 | vol. 4 n° 1 |
| AC 38/95 | BASF. S. A.                                                                          | vol. 4 n° 3 |
| AC 42/95 | ÍNDICO PARTICIPAÇÕES                                                                 | vol. 4 n° 3 |
| AC 29/95 | PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARAÍBA                                                    | vol. 4 n° 3 |
| AC 58/95 | COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, MILLER BREWING COMPANY E<br>MILLER BREWING M 1855, INC. | Vol. 4 n°4  |

### DOCTRINA

|                                    |                                                                                                      |              |
|------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| ARRUDA SAMPAIO, ONO-FRE            | Considerações a respeito de processo administrativo                                                  | vol. 3 n.º 6 |
| BASTOS, ALEXANDRE A. REIS          | Informação e defesa da concorrência                                                                  | vol. 4 n.º 3 |
| BELLO, CARLOS ALBERTO              | Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, apartir da experiência americana | vol. 4 n.º 3 |
| BENJÓ, ISAAC                       | A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro                                               | vol. 4 n.º 4 |
| BOURGEOIS, H. J                    | European community competition policy: the impact of globalization                                   | vol. 3 n.º 5 |
| CARVALHO, CARLOS EDUARDO VIEIRA DE | Apuração de práticas restritivas à concorrência                                                      | vol 1 n.º 4  |
| CASTAÑEDA, GABRIEL                 | The mexican experience on antitrust                                                                  | vol. 3 n.º 6 |
| COSTA, MAURÍCIO                    | Breves observações sobre o compromisso de desempenho                                                 | vol. 4 n.º 2 |
| DOBLER, SÔNIA MARIA MARQUES        | Infração à ordem econômica: preço predatório                                                         | vol. 3 n.º 5 |
| DUTRA, PEDRO                       | A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE                                      | vol. 4 n.º 1 |
| DUTRA, PEDRO                       | A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,                    | vol. 3 n.º 8 |
| DUTRA, PEDRO                       | Defesa da concorrência e globalização                                                                | vol. 3 n.º 6 |
| DUTRA, PEDRO                       | Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações                                       | vol. 4 n.º 3 |
| DUTRA, PEDRO                       | O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência                                         | vol. 3 n.º 5 |
| DUTRA, PEDRO                       | O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal    | vol. 4 n.º 1 |
| DUTRA, PEDRO                       | Poder Econômico: concentração e reestruturação                                                       | vol. 4 n.º 2 |
| DUTRA, PEDRO                       | Preços e polícia                                                                                     | vol. 4 n.º 4 |
| FARIA ,WERTER R.                   | Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações          | vol. 3 n.º 8 |

|                                       |                                                                                                   |               |
|---------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|
| FARINA, ELIZABETH                     | Globalização e concentração econômica                                                             | vol. 3 n.º 6  |
| FARINA, ELIZABETH                     | Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação                            | vol. 3 n.º 8  |
| FARINA, LAÉRCIO                       | Do processo administrativo da natureza do ato                                                     | vol. 3 n.º 6  |
| FERRAZ, TÉRCIO SAM-PAIO               | Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo                      | vol. 3 n.º 6  |
| FERRAZ, TÉRCIO SAM-PAIO               | Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida                                      | vol. 4 n.º 1  |
| FRANCESCHINI, JOSÉ INÁCIO GONZAGA     | As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94) | vol. 3 n.º 6  |
| GARCIA, FERNANDO                      | Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência                       | vol. 3 n.º 5  |
| GRINBERG, MAURO                       | Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda                                          | vol. 3 n.º 8  |
| GRINBERG, MAURO                       | O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial                                  | vol. 3 n.º 5  |
| GRINBERG, MAURO                       | O Estado, suas empresas e o direito da concorrência                                               | vol. 4 n.º 2  |
| HOWE, MARTIN                          | The British experience regarding the defence of competition                                       | vol. 3 n.º 8  |
| KLAJMIC, MAGALI E NASCIMENTO, CYNTHIA | Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória                                             | vol. 4 n.º 4  |
| LAFER, CELSO                          | Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio                            | vol.. 3 n.º 9 |
| MAGALHÃES, C. FRANCISCO DE            | Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE ( atos de concentração e outros)  | vol. 3 n.º 6  |
| MALARD, NEIDE TERESINHA               | Integração de empresas: concentração, eficiência e controle                                       | vol. 1 n.º 4  |
| MATTOS, CESAR                         | O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos | vol. 4 n.º 4  |
| MEZIAT, ARMANDO                       | A defesa comercial no Brasil                                                                      | vol. 3 n.º 8  |
| OLIVEIRA, GESNER DE                   | Programa de trabalho para o CADE                                                                  | vol. 3 n.º 6  |
| PEREIRA, EDGARD ANTONIO               | Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste                                           | vol. 3 n.º 5  |
| PEREIRA, JOSÉ MATIAS                  | A defesa da concorrência no Mercosul                                                              | vol. 1 n.º 4  |
| POSSAS, MÁRIO LUIZ                    | Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência       | vol. 3 n.º 5  |

|                                      |                                                                                 |              |
|--------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|--------------|
| RIVIÈRE MARTI, JUAN ANTONIO          | Comissão das comunidades européias xxv relatório sobre política de concorrência | vol. 3 n.º 5 |
| SALGADO, LUCIA HELENA                | Aspectos econômicos na análise de atos de concentração                          | vol. 4 n.º 1 |
| SAYEG, RICARDO HAS-SON               | A proteção do consumidor contra o monopólio                                     | vol. 3 n.º 5 |
| SCHUARTZ, LUIS FERNANDO              | As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94                               | vol. 3 n.º 5 |
| SOLON, ARY                           | Diferenciação de preços                                                         | vol. 3 n.º 8 |
| STEPTOE, MARY LOU                    | Current antitrust issues in U. S. federal enforcement                           | vol. 3 n.º 5 |
| STEPTOE, MARY LOU E WILSON, DONNA L. | Developments in exclusive dealing                                               | vol. 4 n.º 1 |

## TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

|                                                                                                                                                                                                                                          |                                                                     |             |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|-------------|
| Eugênio de Oliveira Fraga Marcos Vinícius de Campos José Del Chiaro F. da Rosa<br>José Inácio G. Franceschini Lázara Cotrin<br>Mauro Grinberg, Debate Carlos F. de Magalhães<br>Neide Malard<br>Tércio Sampaio Ferraz<br>Ubiratan Mattos | SIMPÓSIO "PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE" | vol.1 n.º 3 |
| Carlos F. de Magalhães<br>Guilherme Duque Estrada<br>Mauro Grinberg,<br>Pedro Camargo Neto<br>Pedro Wongtschowski Edmondo Triolo<br>Tércio Sampaio Ferraz Leane Naidin<br>Ubiratan Mattos                                                | SIMPÓSIO "DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA"                           | vol.1 n.º 3 |
| Luiz Olavo Baptista<br>Michel A. Alaby<br>Werter R. Faria<br>Maria Isabel Vaz                                                                                                                                                            | SIMPÓSIO "CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL"                                 | vol.1 n.º 3 |

|                                                                                                                                                                                                                             |                                                                                |                    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| <p>Carlos Francisco de Magalhães Ruy Coutinho<br/>Neide Malard<br/>José Del Chiaro<br/>Tércio Sampaio Ferraz<br/>José Inácio Franceschini<br/>Laércio Farina<br/>Elizabete Farina<br/>Jorge Gomes de Souza.</p>             | <p>SIMPÓSIO “CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”</p>           | <p>vol.3 n.º 1</p> |
| <p>Gesner de Oliveira<br/>Gabriel Castanheda<br/>Elizabeth Farina<br/>Pedro Dutra<br/>Onofre C. de Arruda Sampaio, Carlos Francisco de Magalhães, Laércio Farina<br/>José Inácio G. Franceschini Tércio Sampaio Ferraz.</p> | <p>TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA</p> | <p>vol.3 n.º 6</p> |

### LEGISLAÇÃO

|                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------|
| <p>HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue)<br/>Tradução John Ferençz Mcnaughton</p>                                                                                                                                                                                                | <p>vol. 3 nº 1</p>  |
| <p>CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue)<br/>Tradução e comentários Pedro Dutra<br/>REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue)<br/>Tradução e comentários Pedro Dutra</p> | <p>vol. 3 n.º 2</p> |
| <p>DECRETO N.º 1355 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994<br/>DECRETO N.º 1.488 DE 11 DE MAIO DE 1995</p>                                                                                                                                                                                              | <p>vol. 3 n.º 9</p> |
| <p>LEI RELATIVA À PREVENÇÃO DE MONOPÓLIOS PRIVADOS E À PRESERVAÇÃO DE CONDIÇÕES JUSTAS DE COMÉRCIO DO <b>JAPÃO</b> - LEI Nº 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra</p>                                                                                          | <p>vol. 4 nº 1</p>  |
| <p><b>LEI MEXICANA</b> DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA <i>COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA</i></p>                                                                                                                                                       | <p>vol. 4 nº 1</p>  |
| <p><b>LEI ARGENTINA:</b> LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA</p>                                                                                                                                                                                                                              | <p>vol. 4 n.º 2</p> |
| <p>PORTARIA 144 DE 03/04/97 – REGIMENTO INTERNO DA SDE</p>                                                                                                                                                                                                                                 | <p>vol. 4 nº 3</p>  |
| <p>PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL</p>                                                                                                                                                                                                                                     | <p>vol. 4 nº 3</p>  |
| <p>ACÓRDÃO E DESPACHOS</p>                                                                                                                                                                                                                                                                 | <p>vol. 4 nº 3</p>  |
| <p><b>LEI PERUANA</b> LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.</p>                                                                                                                                       | <p>vol. 4 nº 4</p>  |

