

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 4 número 4 abril 1997

**I
B
R
A
C**

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Abril de 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

A URGÊNCIA DO APARATO REGULATÓRIO NO ESTADO BRASILEIRO	3
PREÇOS E POLÍCIA	13
COMPROMISSO DE DESEMPENHO: UMA ABORDAGEM INTRODUTÓRIA	19
O COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS NO CADE: UMA ABORDAGEM DE TEORIA DOS JOGOS	39

JURISPRUDÊNCIA

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 58/95	61
Decisão	61
RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR RENAULT DE FREITAS CASTRO	62
VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO.....	113
VOTO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER DE OLIVEIRA.....	119

LEGISLAÇÃO

LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.....	133
ÍNDICE REMISSIVO DA REVISTA DO IBRAC	165

DOCTRINA

A URGÊNCIA DO APARATO REGULATÓRIO NO ESTADO BRASILEIRO

Isaac Benjói¹

RESUMO

O processo de privatização das concessionárias de serviço público impõe urgente implantação de efetivo aparato regulatório. Definir adequados modelos organizacionais, destacar os segmentos competitivos e estabelecer contratos regulatórios são metas fundamentais a serem atingidas. Assim, as agências deverão estar operando autonomamente e o mais breve possível para que se possam sentir os efeitos benéficos das transferências.

O trabalho procura destacar pontos de relevância técnica fundamental às políticas a serem implementadas pelas agências. Outrossim, alerta para as dificuldades encontradas pelo órgão regulador em firmar-se como entidade fiscalizadora maior, capaz de proteger os investidores, beneficiar os consumidores finais e garantir ambiente adequado para ampliação e modernização dos serviços de infraestrutura.

1. Introdução

O crescente desenvolvimento tecnológico e a globalização dos mercados financeiros, que vêm se impondo sobre as economias de mercado, trazem à luz da discussão político-econômica a questão dos *serviços de utilidade pública*. A prática do *monopólio natural*², como privilégio estatal, suscita questões fundamentais.

¹ Engenheiro e economista, professor do Depto. de Economia da Universidade Estácio de Sá e participante do Instituto Minerva associado à George Washington University.

² Kahn (1971) conceitua *monopólio natural* como a situação em que uma determinada indústria pratica *economias de escala* – tendência de custos decrescentes com o aumento da produção – são contínuas até o ponto em que a supre a demanda total. Train (1991) ilustra o *monopólio natural* como a situação em que os custos de produção justificam práticas de preços em que o mercado é mais bem atendido com um único fornecedor.

Economicamente, o Estado demonstra-se ineficiente como concentrador de poupanças e ineficaz como administrador de passivos públicos. A resultante desse contexto revela-se na incapacidade de canalizar recursos para investimentos em modernização, ampliação e manutenção das redes de serviços de utilidade pública (e.g., telecomunicações, combustíveis, eletricidade, ferrovias).

As dificuldades do “Estado-empresário” vêm induzindo forte tendência global em torno da privatização das companhias concessionárias de serviços públicos como um “esforço para melhorar seus níveis de eficiência e reduzir os encargos financeiros que estas geralmente representam para os contribuintes”.³

Por outro lado, a crescente evolução tecnológica, em setores de geração de energia elétrica, telefonia e transportes, impõe substantivo questionamento à real dimensão dos setores naturalmente monopolísticos. Há que se levar em conta os progressos que vêm sendo observados em âmbito global (e.g., Reino Unido, Estados Unidos, Chile). Os avanços da técnica (usinas termoeletricas, sistemas de telefonia celular móvel e cabos de fibra ótica) são fatores rompedores de paradigmas dos *monopólios naturais convencionais* nas áreas onde se inserem. A transferência dos setores de monopólio, através de adequado processo de privatização, atrai poupança pública e iniciativa privada. Desponta, então, a figura da regulação como importante elemento de consolidação da atuação da economia de mercado em serviços de utilidade pública.

É oportuno lembrar que, no entender de Eisner, o termo regulação descreve muito do que o governo faz que não deveria fazer. Ressalta o autor que é possível entender melhor o sistema regulatório como “uma configuração específica que visa a estruturação da relação entre interesse social, Estado e o ator econômico em múltiplos setores da economia”.

Vickers e Yarrow encaram o problema da regulação como um jogo entre o governo (ou sua agência) e a companhia. Sob essa ótica, é necessário à agência regulatória especificar as possíveis estratégias dos “jogadores”, seus objetivos, a ordenação dos movimentos e as condições informacionais do jogo. No que se refere a “possíveis estratégias”, a companhia deverá tomar decisões sobre preços, níveis de produção, investimentos de capital, qualidade do serviço e investimentos em redução de custo e inovação. As agências devem procurar regular apenas algumas dessas variáveis, privando-se de interferir em quaisquer outras atividades. Ao explicitar as limitações das

³ Ver Kikeri *et al.* (1992).

partes e as obrigações recíprocas, os contratos regulatórios deverão visar ao estímulo de investimentos e à elevação dos padrões de atendimento.

Esse tipo de caracterização teria sido uma surpresa para os brasileiros em décadas passadas. Roberto Campos critica o padrão brasileiro que funcionou até o final da década de 1980: “...quando o Estado era ao mesmo tempo produtor e regulador, eram estabelecidos padrões regulatórios que geravam muitas distorções nos níveis econômicos e administrativos.”

O sucesso na privatização de monopólios naturais, como advertem Kikeri *et al.*, requer uma estrutura regulatória bem definida que separe atividades potencialmente competitivas, estabeleça um regime de preços, defina os objetivos dos serviços, desenvolva metas de minimização de custos e crie ou fortaleça uma agência para supervisionar o processo. Sublinhando essa argumentação, Holden e Rajapatirana prescrevem que “uma adequada regulação incentiva os produtores a reduzir custos, provendo um ambiente estável para expandir seus investimentos, assim como protege os consumidores contra possível exploração”.

Cumprе ressaltar que o órgão regulador das concessionárias deve ser investido de autonomia para fazer valer a eficiência do sistema em ambiente de privatização dos monopólios estatais. A autonomia da “**agência regulatória**” é resultado de prescrição legal específica que determine, como destaca Pedro Dutra, *independência financeira*, caracterizada pela prática do orçamento próprio e subsistência por financiamento independente.

O regime de profissionalização na agência regulatória é ponto crítico à eficácia operacional⁴. O novo “proprietário-investidor”, em posição simétrica à agência governamental, estará cercado do melhor acervo técnico circunstancial. Assim, a habilidade em contratar mão-de-obra especializada para utilização temporária é trunfo operacional do agente regulador. É útil lembrar que, atualmente, as agências regulatórias chilenas são beneficiárias plenas desse importante privilégio. Agências argentinas, mexicanas e venezuelanas dispõem de moderada autonomia para contratação.

Há, no Brasil, urgência no funcionamento das agências regulatórias. O poder de fiscalizar a ser assumido pelas agências é tarefa de hoje. As privatizações merecem ação concomitante de investimento de poder às agências para que não surjam como “novos atores” frente a investidores e consumidores.

⁴ A previsão legal para contratações por tempo determinado é amparada pela Constituição Federal (Art.37, par. 2^o, inciso IX)

2. Metas Regulatórias

É princípio de importante lembrança que a redução das intervenções garante adequado ambiente para aporte de investimentos via mercado de capitais. Porém, este instituto capitalista é sensível à volatilidade de regras. Excessos intervencionistas, como medidas preventivas e profiláticas, sinalizam insegurança ao mercado e a eventual fuga de investidores poderá significar a falência da eficácia pretendida.

Sob essa perspectiva, ao órgão regulador cabem: **(1) definição de adequados modelos organizacionais**⁵; **(2) destaque contínuo de segmentos que se provem competitivos** como resultado de inserções tecnológicas e **(3) estabelecimento de contratos regulatórios** devidamente formulados.

Os contratos deverão, necessariamente, definir **tarifas** ajustadas às condições de monopólio e explicitar mecanismos de correção bem definidos com “intervalos entre reajustes” (*regulatory lags*) concebidos de acordo com os resultados pretendidos.

É sobre as referidas incumbências que discorreremos a seguir, procurando nos socorrer de experiências bem-sucedidas e destacar insucessos regulatórios recentes.

3. Definição de adequados modelos organizacionais

Adequados modelos organizacionais têm a função de direcionar os investimentos de forma regionalmente mais equilibrada. Vale lembrar a atratividade provocada pela privatização da telefonia convencional. Em países com extensão territorial importante e significativo desequilíbrio na distribuição de renda este aspecto é de substantiva relevância. Como somos merecedores de duplo enquadramento, é válido lembrar que o recente processo de licitação da “banda B” da telefonia celular se provou ineficaz com relação à região norte. Não houve interessados ao preço mínimo oferecido. Eventuais associações entre regiões “mais” e “menos” nobres, condicionando as privatizações em pares, poderiam eventualmente equilibrar desigualdades

⁵ O estabelecimento de adequado modelo organizacional assunto refere-se às mudanças na personalidade jurídica e na estrutura social das companhias que serão privatizadas. É importante que os modelos organizacionais sejam definidos antes do processo de privatização.

regionais em aspectos concernentes à atratividade de investimentos. A união virtual entre concessões geograficamente distintas configura-se como uma das possibilidades de modelagem organizacional sugerida em literatura.

4-Destaque contínuo de segmentos competitivos

Neste ponto, é oportuno lembrarmos, a título de ilustração, as funções básicas dos serviços de fornecimento de energia elétrica: geração, transmissão e distribuição. Enquanto os segmentos de geração e distribuição são aceitos como competitivos, a transmissão de energia elétrica é considerada monopólio natural. Cumpre que se separe o produto de seu transporte. Como o setor elétrico vem sendo mantido sob o controle estatal, as formações societárias consolidadas incluem companhias que combinam mais de uma dessas funções em suas respectivas atividades. Assim, há que se ressaltar que, no processo de privatização do sistema elétrico brasileiro, surgem diversas peculiaridades no âmbito de segmentação. A título de exemplo, Furnas deverá transferir o controle das centrais nucleares e concomitantemente disponibilizar os sistemas de transmissão a diversos núcleos de geração. As companhias paulistas (CESP, Eletropaulo, CPFL) deverão integrar-se ao sistema de livre acesso disponibilizando eventuais segmentos de transmissão. Como, no modelo brasileiro, o órgão regulador específico estará operando depois do processo de privatização, a função de segmentação dos setores competitivos será resultado do trabalho conjunto de técnicos do BNDES e consultores externos.

Adicionalmente, a incorporação de novas tecnologias deve permitir a atualização dos conceitos de concorrência. A utilização de fibras óticas como elemento de transmissão em telefonia⁶ é oportuna como ilustração. Com equivalente relevância impõe-se a telefonia celular móvel em crescente economia de escala. Nos casos em que se demonstrem as vantagens econômicas comparativas da substituição do sistema de transmissão utilizado na telefonia convencional, o que estará em jogo é a caducidade tecnológica. Nestes pontos de inflexão de tecnologia, serão fundamentais ao órgão regulador: sensibilidade para o fato novo e autonomia para propor o rompimento do paradigma monopolista vigente à época.

5-Estabelecimento de contratos regulatórios

⁶ É útil a lembrança de que o Brasil, já dispõe de importante tecnologia em fabricação de fibras óticas para telefonia.

O primeiro item a ser considerado no estabelecimento do contrato regulatório é a definição de tarifa. É esta a etapa em que se estabelecem as diretrizes básicas que nortearão o posicionamento do agente frente a questões inerentes à economicidade do concessionário.

A teoria microeconômica oferece oportuno ferramental para cálculo de tarifas em regimes de monopólio natural. A *precificação pelo custo marginal* do serviço é técnica importante para as definições de “*preço-de-referência*” e “*quantidade-ótima*”. A adoção desta metodologia presume fina sintonia com a evolução dos custos médios a serem praticados pelo concessionário⁷.

É evidente que os objetivos da privatização devem ser pontos fundamentais na definição do ponto de partida da política tarifária. A privatização da telefonia argentina foi acompanhada de aumentos nas tarifas com objetivos de maximizar a receita de privatização e incentivar os investimentos que se faziam urgente à época. Sob esses aspectos foi bem sucedida.

Dessarte, para os casos em que a prática tarifária mereça ser circunstancialmente afastada dos critérios microeconômicos fundamentais à regulação de monopólios, os mecanismos de reajuste – baseados na produtividade do concessionário – podem, a médio e longo prazos, funcionar como ferramentas de gradual redução das tarifas inicialmente estabelecidas.

A criação da estrutura regulatória **deve** preceder a definição dos contratos⁸. Futuros problemas podem ser mais facilmente equacionados se o

⁷ Kenneth Train, em “Optimal Regulation - The Economic of Natural Monopoly”(MIT Press), apresenta excelente apoio ao processo de definição de preços em monopólios naturais.

⁸ No Brasil já está sancionada a Lei No. 9.427 de 26.12.96 que cria a ANEEL- “Agência Nacional de Energial Elétrica” e dois projetos de Lei aguardam aprovação: ANP- “Agência Nacional do Petróleo” e ABTEL- “Agência Brasileira de Telecomunicações”.

Carlos Anésio Rocha Figueiredo, presidente da Associação Brasileira dos Grandes Consumidores de Energia (Abrace), ressalta: “...Em setembro do ano passado, o governo abriu a área de geração de energia à iniciativa privada, criando a figura do produtor independente e regulamentando a autação do autoprodutor (Votorantim, Paranapanema, Acesita e outros). Faltam, entretanto, regras sobre a cobrança do pedágio que os independentes pagarão para usar as linhas de transmissão da Eletrobrás”(Jornal do Brasil, 04/05/97)

documento contratual refletir o consenso do agente regulador sobre a definição de tarifas. A ilustrar esta postura, vale citar o sucesso da segunda rodada de privatização chilena (1985-1990) como triunfo de bem sucedida atuação da agência regulatória CORFO⁹.

Segue-se a questão dos mecanismos de correção. Há três modalidades importantes em prática: (1) retorno sobre o investimento; (2) “*price cap*” e (3) desempenho de companhia conceitualmente “eficiente”.

A prática do método de “retorno sobre o investimento” - utilizado nos Estados Unidos - traz como vantagem a garantia de recuperação de custos por parte de investidores. O regulador permite um ajuste tarifário periódico diretamente relacionado com a taxa de retorno dos investimentos realizados. Dois problemas sugerem dessa prática. Primeiro, há um encorajamento ao sobreinvestimento nas unidades reguladas na presunção de que o retorno será apropriado à tarifa. Por outro lado, o concessionário poderá auferir lucros pela prática de “benefícios-cruzados”.¹⁰ Atualmente, configura-se como um método bastante questionado entre reguladores e perde gradualmente posição para práticas mais eficazes como apresentadas a seguir.

O método de reajuste tarifário “*price-cap*” é consagrado na Inglaterra. Consiste na revisão periódica de tarifas através de um índice de inflação, estipulado contratualmente, reduzido de um valor “*x*” determinado pelo agente regulador (“RPI - *x*”). O intervalo entre reajustes (“*regulatory lag*”) é importante fator neste método. Técnicos do Banco Mundial¹¹ advertem que a grande virtude desta metodologia consiste em que, sendo “*x*” definido de forma independente dos custos, a companhia tende a reduzir seus custos internos como forma de se beneficiar dos períodos entre reajustes. Argentina, Venezuela e Malásia vêm definindo “*x*” igual a zero. Sob essa ótica os concessionários têm reajuste inflacionário garantido e beneficiam-se dos acréscimos de produtividade. A Inglaterra tem mantido valores positivos de “*x*” procurando dividir os benefícios de produtividade entre investidores e consumidores.

⁹ “Corporación de Fomento de la Produccion”.

¹⁰ O “benefício-cruzado” surge quando são investidos recursos de unidades produtivas não-reguladas em unidades reguladas (“monopólios”). Neste caso, os controladores decidem reduzir o lucro tributável das unidades não-reguladas e aplicar esses excedente nos monopólios regulados, valendo-se da automática recuperação garantida pelo método da taxa de retorno.

¹¹ Para uma averiguação comparativa, é útil consultar “Bureaucrats in Business- a Worl Bank Policy Research Report”- Oxford University Press - 1995.

A crítica que eventualmente surge da prática do “price-cap” é que o poder da agência na determinação de “x” gera incerteza no investidor. Neste ponto, cabe uma reflexão. Países como Chile e México estabelecem intervalos entre reajustes (“regulatory lags”) de, respectivamente, 5 e 4 anos. Há suficiente tempo para disciplinar o investimento, encorajar investidores e beneficiar consumidores.

Finalmente, há o método da companhia conceitualmente eficiente (“benchmark regulation”). Nesta prática, considera-se o desempenho de uma companhia hipotética com estrutura de custos similar. O que se compara é a taxa de retorno sobre investimentos. Cobra-se desempenho por comparação. A produtividade marginal extra obtida pelo concessionário é benefício concedido pelo agente. Pode surgir eventual discordância entre agência e monopolista sobre o padrão de comparação. O Chile vem praticando esta metodologia com sucesso e, conforme mencionado, adotando reajustes tarifários a cada cinco anos.

6. Conclusões

As dificuldades fiscais que persistem no cenário nacional evidenciam a urgência de aceleração no processo de privatização das concessões de serviço público. Há fartura de exemplos. O sistema de telefonia convencional na região sudeste, como elemento coadjuvante do crescimento econômico daquela área, encontra-se saturado e há necessidade de investimentos.

Outro ponto de extrema relevância refere-se ao sistema elétrico. A matriz energética brasileira, com predominância absoluta na geração hidroelétrica, pede equacionamento ajustado às necessidades de curto-prazo que se configuram prementes. Investimentos comandados pela iniciativa privada em usinas termoeletricas, com intensiva utilização de tecnologia de turbinas de pequeno porte, poderão aliviar parte da demanda. Estamos testemunhando, no Brasil, o “day-before” do colapso energético e só a efetiva inserção do setor privado será capaz de responder às exigências de investimentos eficazes.

Outras áreas, incluindo petróleo e gás natural, são carentes de investimento. O crescimento da economia, mesmo em ritmo módico, já não pode sustentar-se na incipiente infra-estrutura disponibilizada pelo Estado ao setor privado.

A configuração de mercado resultante exige a inclusão do moderno aparato regulatório. Assim, o estabelecimento de agências regulatórias, atualizadas com o processo de privatização, é fato precípuo ao sucesso das transferências de gestão e propriedade das concessões. A necessidade de alívio fiscal, viabilizado pelas receitas da privatização, não justifica o descuido com a operacionalização imediata da regulação independente.

É fato que não dispomos de tradição em regras estáveis e resistentes às pressões de natureza política¹². Acrescente-se o fato de que a moldura regulatória e a legislação que lhe ampara os limites de operacionalização surgem no meio do processo de transformação. Já há diversas transferências realizadas (e.g., Light, Escelsa) em que os contratos estabelecidos não envolveram os futuros reguladores. Assim, é certo que o aparato regulatório deverá ser estabelecido a tempo de firmar-se como entidade autônoma capaz de proteger os investidores, beneficiar os consumidores finais e garantir o ambiente propício à ampliação e modernização dos serviços de infra-estrutura fundamentais à garantia do crescimento econômico auto-sustentado.

BIBLIOGRAFIA

Benjón, N. I., *The Role of Regulatory Agencies in the Brazilian Privatization Process: A Conceptual Approach for the Public Utilities Companies*, George Washington University, D.C., 1996.

Campos, R.O., *Entrevista Pessoal com Dr. Roberto Campos*, Jun.1996, Rio de Janeiro.

¹² Para informar o debate, é importante a leitura de “O Novo Estado Regulador Brasileiro” de Pedro Dutra, *in* Revista Monitor Público, no. 12, ano 4, jan/fev/mar/1997.

Dutra,P., *O Novo Estado Regulador, Brasileiro*, in, Revista Monitor Público, no.12, ano 4, jan/fev/mar/97.

Kahn,A.E., *The Economics of Regulation*, Vol.I, New York: Wiley,1971.

Kikeri,S., Nellis,J., Shirley,M., **Privatization, The Lessons of Experience**, World Bank, Washington, D.C., 1992.

Train,K.E., Optimal Regulation, *The Economic Theory of Natural Monopoly*, The MIT Press, Cambridge Massachusetts, 1995.

Vickers,J., Yarrow,G., *Privatization, An Economic Analysis*, MIT Press, Cambridge, London, England.

Preços e Polícia

Pedro Dutra

Deflagrada a Primeira Guerra mundial em 1914, com as principais economias européias voltadas para o esforço de produção bélica, cresceu a demanda externa por produtos primários. O Brasil, tradicional exportador desses produtos, não soube contudo articular internamente os benefícios decorrentes desse novo quadro, e já em 1917, um ano antes do término do conflito, os preços dos gêneros de consumo popular disparavam em São Paulo e no Rio de Janeiro, estimulando greves e inquietações sociais.

À sua própria incompetência, reagiu o Governo Federal. Pôs a polícia nas ruas para reprimir os manifestantes, providência cumprida com a truculência habitual. E criou o Comissariado de Alimentação Pública, por meio do Decreto nº13.069, de 12 de junho de 1918, que tinha como atribuição "inquirir do custo da produção desses gêneros [alimentícios e de primeira necessidade], dos preços de aquisição nos centros produtores ou á entrada dos mercados, e dos preços pelos quaes são os mesmos vendidos aos consumidores".

Nenhuma das duas providências foi eficaz ao longo do tempo. Vieram o fim da República Velha em 1930, o início da ditadura Vargas em 1937, e o seu término, coincidindo com o da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e o fenômeno se repetiu três décadas depois: os preços dos gêneros dispararam, mostrando a incapacidade dos sucessivos governos em articular planos de fomento à produção que efetivamente permitissem uma maior oferta de gêneros à população de baixa renda, então, como hoje, majoritária no país. Mas, com igual facilidade, renovava-se a tentativa do Governo Federal de policiar os preços dos produtos de maior consumo. Desta feita, é para esse fim constituída a Comissão Federal de Abastecimento e Preços, a COFAP, pela Lei nº1.522, de 26 de dezembro de 1951, "no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio e com autonomia administrativa", estipulando a Lei: "Para o controle de abastecimento de mercadorias, ou serviços, e fixação dos preços, a COFAP poderá:(...) e) tabelar os preços máximos em relação aos revendedores, quer sôbre mercadorias, quer sôbre serviços essenciais; f) tabelar os preços máximos e estabelecer condições de venda de outras mercadorias ou serviços, afim de impedir lucros excessivos, inclusive diversões públicas populares".

Com a COFAP reeditou-se a mesma fórmula e o resultado iria repetir-se: o fracasso da polícia de preços como meio de coibir sua alta excessiva em gêneros de largo consumo popular. Ainda assim, persistia-se, desprezada a experiência negativa dessa política entre nós e ignorado também o exemplo de países avançados. Por essa altura, nos Estados Unidos a Lei de defesa da livre-concorrência (Sherman Act - 1890) já vencia meio século e a sua aplicação renovara-se a partir de 1914, com a criação da Federal Trade Commission, órgão de defesa da concorrência especialmente criado para esse fim. Solidificava-se uma política de repressão ao abuso do poder econômico fundada na aplicação de uma Lei estável e na revisão judicial, cujo exemplo iria ser seguido pela então nova União Européia, há pouco criada, em 1957, com a assinatura do Tratado de Roma, onde estipulava-se (arts. 85 e 86) a repressão ao abuso do poder econômico, a ser promovida por um órgão comunitário independente. Hoje, os países que substituem o regime econômico fechado pelo regime de livre-concorrência adotam esse modelo, onde a repressão ao abuso do poder se dá na forma da Lei e é promovida por um órgão independente.

Um novo fruto do nosso resistente e altivo provincialismo político-jurídico é a SUNAB - Superintendência Nacional de Abastecimento -, criada pela Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962, "como autarquia federal, com sede no Distrito Federal, colocada sob a responsabilidade do Conselho de Ministros, a este competindo subordiná-la a um de seus membros.", com competência para: "(...)VII- fixar preços, disciplinando o sistema de seu controle.".

Porém, desta feita, é editada uma Lei de repressão ao abuso de poder econômico - Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962 -, que visava, entre outros fins, à "repressão ao abuso do poder econômico, a que se refere o art.148 da Constituição Federal, e que, regular-se-á pelas disposições desta lei.". Prossegue a Lei dizendo que: "Consideram-se formas de abuso do poder econômico: (...)II- Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.". Essa lufada de modernidade político-jurídica, com que tardiamente tentava-se regulamentar um preceito da Carta Federal de 1946 iria logo se dissipar. Norma legal de boa qualidade técnica, bem concebida e redigida sobre projeto anterior elaborado pelo ex-ministro da ditadura Vargas, Agamenon Magalhães, sob forte influência da norma norte-americana, foi ela aperfeiçoada por notáveis lecionistas parlamentares, entre eles San Tiago Dantas e Ulysses Guimarães. Todavia, mal instalado o CADE, o órgão incumbido da aplicação da nova Lei, sobreveio o golpe militar de 1964, e seus conselheiros, pressionados, renunciaram, como recorda Mário Martins em suas memórias lançadas recentemente. O esforço de uns poucos conselheiros a seguir, quando o órgão praticamente vegetava, silenciado sob o peso do estatismo econômico,

irá nas duas décadas seguintes traçar alguns conceitos básicos do direito da livre-concorrência entre nós. Nesse quadro sombrio, a polícia de preços, apesar de historicamente ineficaz, e abusiva, irá fortificar-se e dominar, quase totalmente, a economia, enquanto se instituía no país um dos regimes mais fechados e com maior grau de controle estatal então conhecidos.

Em síntese, a cultura econômico-jurídica do Brasil, ao longo desse século, preferiu sempre policiar preços de produtos de largo consumo, em lugar de reprimir os abusos do poder econômico que lhes dão causa, solidamente ignorando a inépcia e, outra vez, a violência de tal política, cujo fracasso a experiência, tanto nacional quanto externa, não cessaram, jamais, de demonstrar.

Enquanto o Governo Federal exerceu a polícia de preços, o abuso do poder econômico, expresso no aumento arbitrário de lucros e preços, rompeu solto, trazendo o cortejo habitual de práticas nocivas: cartéis, baixos investimentos, defasagem tecnológicas, reservas de mercado, etc.

Nesse regime, os menos favorecidos foram sempre os mais atingidos: os consumidores de baixa renda pagavam preços abusivos por produtos e serviços quase sempre de qualidade inferior. E os pequenos empresários foram sempre os alvos certos de um sistema de fiscalização tão abusiva quanto inócua.

A efetiva e permanente repressão legal ao abuso do poder econômico é, há muito, o meio consagrado pela experiência de coibir, de forma duradoura e eficaz, a elevação arbitrária de preços, pois reprimidas as condutas infrativas - cartel, imposição de preços, etc. -, por um órgão especial e independente, os aumentos arbitrários cederão pela concorrência dos demais presentes no mercado, empresas verdadeiramente competitivas que irão logo lucrar ao reduzirem seus preços e aumentarem o volume de suas vendas. Essa realidade provada de mercado serve também para afastar a idéia falaciosa, resistente em alguns espíritos, que vêem a liberdade de mercado como intrinsecamente perversa ao consumidor. Ora, a liberdade de mercado é aquela exercida sob a fiscalização da Lei, e não sob a polícia de preços do Governo Federal, ou à vontade de agentes econômicos. Não fosse esse fato verídico, que entre nós começamos a experimentar, os países democráticos desenvolvidos não teriam adotado, como regra, o princípio da defesa da livre-concorrência com a repressão ao abuso do poder econômico promovida na forma da Lei, e sim teriam aderido ao simples policiamento de preços, entre nós larga e inutilmente empregado. Falaciosa também é a noção de que a defesa da livre-concorrência é branda. A atual lei brasileira de defesa da concorrência (Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994) é extremamente severa, mesmo comparada as estrangeiras, e prevê meios drásticos de

intervenção imediata no mercado, com força punitiva incontestável. A questão é aplicá-la sob critérios técnicos o que exige órgãos aparelhados, com pessoal e equipamento, o que hoje só parcialmente ocorre.

Mas, o Governo Federal, finalmente, parece haver curvado para essa nova realidade econômico-social do país, e, por meio da Medida Provisória nº1.576, de 5 de junho de 1997, extinguiu a SUNAB e o INAN - Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (art.1º - "Fica o Poder Executivo autorizado a extinguir o Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição - INAN e a Superintendência Nacional do Abastecimento - SUNAB."), transferindo suas atribuições, respectivamente, ao Ministério da Fazenda e Ministério da Saúde, acabando, assim, com esta forma ineficiente de controle de preços pelo Governo. (art.2º - "Ficam transferidas da SUNAB para o Ministério da Fazenda, com a finalidade de instruir procedimentos no contexto da Lei nº8.884, de 11 de junho de 1994, as competências para: I- estabelecer sistema de informações sobre produção, distribuição e consumo de bens e serviços, requisitando o fornecimento de quaisquer dados, periódicos ou especiais, em poder de pessoas de direito público ou privado; II- proceder ao exame de estoques, papéis, e escritas de quaisquer empresas ou pessoas que se dediquem às atividades previstas no inciso anterior.").

Dá-se o primeiro passo no sentido de fazer da Lei nº 8.884/94 o verdadeiro instrumento de repressão ao aumento arbitrário de lucros, aliás uma das suas destinações constitucionais.

O novo titular da Secretaria de Direito Econômico, Dr. Rui Coutinho, bem resumiu a experiência que a nova regra legal pretende afirmar: "Saem de cena instrumentos e instituições que se caracterizaram, ao longo de mais de quatro décadas, por uma atividade quase policiaesca, que se mostra absolutamente inepta"¹³. E o secretário de Acompanhamento Econômico, Dr. Bolívar Moura Rocha, apreendendo o sentido da nova norma, disse que "em matéria de preços, a política deste governo claramente consiste em afastar-se de controles diretos e estimular a competição através da abertura comercial e do estímulo à concorrência"¹⁴.

Porém, a decisão do Governo Federal em abandonar a polícia de preços e, em seu lugar, promover a efetiva repressão ao abuso do poder

¹³ Entrevista concedida à Gazeta Mercantil, publicada em 11 de junho de 1997.

¹⁴ Entrevista concedida à Gazeta Mercantil, publicada em 09 de junho de 1997.

econômico, dotação de recursos mínimos aos órgãos incumbidos dessa tarefa, a SEAE, a SDE e o CADE.

Hoje, os orçamentos destinados a esses órgãos são desprezíveis, ao oposto do verificado nos países desenvolvidos. Os números nesse sentido são cruéis. O orçamento atual do CADE, por exemplo, mal alcança um milhão de reais, enquanto o da extinta SUNAB ultrapassa a dez milhões. Os órgãos norte-americanos, FTC e o Departamento Antitruste, do Ministério da Justiça, somam mais de 150 milhões de dólares. Um raciocínio simples, feito pelo Presidente do CADE, Dr. Gesner de Oliveira Filho, mostra que, tomada em conta a dimensão da economia dos dois países, o CADE deveria ter um orçamento de, pelo menos, um décimo dos seus congêneres norte-americanos, valor próximo ao da verba até há pouco destinada à extinta SUNAB.

O dilema da modernidade na repressão ao abuso do poder econômico no Brasil pode ser assim resumida: verba elevada para uma economia antiga, verba reduzida para uma economia nova.

COMPROMISSO DE DESEMPENHO: uma abordagem introdutória

Brasília, 29 de abril de 1997.

Cynthia Nascimento^{*}
Magali Klajmic^{**}

Sumário: 1. Introdução. 2. Natureza do Compromisso de Desempenho. 3. Compromisso de Desempenho na Lei Antitruste. 4. Legislação Internacional. 5. Avaliação.

1. INTRODUÇÃO

¹⁵O instituto Compromisso de Desempenho traduz-se em um elenco de metas a serem cumpridas pelas empresas que pleiteiam do CADE autorização para realizar 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.” Incluem-se dentre esses atos aqueles que levam a qualquer forma de concentração econômica.

Previsto no artigo 58 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, constitui-se em garantia para o mercado do cumprimento das condições necessárias para a autorização do CADE relativa aos atos com grau

* Mestre em Administração Pública pela Escola Brasileira de Administração Pública - EBAP - Fundação Getúlio Vargas - RJ. Assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

** Procuradora Autárquica Federal e Assessora do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

potencial ou efetivo de nocividade às relações concorrenciais. O caráter impositivo e compensatório dessas condições (eficiências econômicas que possam ser compartilhadas não só pelas empresas requerentes, beneficiárias diretas, mas, também, pelo mercado e pela sociedade), inspirou a criação desse instituto consubstanciado expressamente nos compromissos assumidos pelas empresas perante a autoridade antitruste.

A relevância e a extensão dos seus efeitos no campo do Direito da Concorrência merecem uma discussão do seu papel, objetivando o aprofundamento da temática sob o ponto de vista teórico-doutrinário, como a criação de procedimentos próprios, visando uma maior transparência e segurança na sua aplicação.

Esta nota pretende, preliminarmente, discutir a natureza do Compromisso de Desempenho à luz da legislação brasileira de defesa da concorrência, apresentando um panorama geral dos Compromissos até hoje assumidos.

Numa segunda etapa, buscamos identificar metas e propostas passíveis de serem padronizadas, *vis-à-vis* as especificidades de cada mercado, e trazer ao debate questões preliminares para a criação de um modelo institucional que possa explorar na sua inteireza as potencialidades do instituto.

2. NATUREZA DO COMPROMISSO DE DESEMPENHO.

A autorização do CADE para a realização de atos e contratos que acarretem ou possam acarretar limitação ou prejuízo à concorrência, ou que deles resulte ou possa resultar dominação de mercado relevante de bens ou serviços, poderá ficar condicionada à assinatura de Compromisso de Desempenho como forma de assegurar o cumprimento de eficiências econômicas, aí compreendidas não só as alegadas pelas empresas requerentes, como também aquelas julgadas necessárias pelo órgão público, notadamente no que se refere à sua partilha com a sociedade.

Os atos sob qualquer forma manifestados passíveis de repercussão negativa nas relações concorrenciais do mercado devem submeter-se a uma

avaliação de custo-benefício no contexto do interesse público, cabendo ao CADE autoriza-los ou não.

A atuação discricionária do Conselho, autorizando tais atos, é defendida por vários autores, entre eles, **Vieira de Carvalho e Bandeira de Mello**. Esse entendimento é compartilhado por **Neide T. Malard**, ex-Conselheira do CADE, que o registra em voto proferido como relatora no Ato de Concentração n.º 06/94, que transcrevemos em parte.

Naquele processo entendia **Malard** que “a atuação do CADE é discricionária, o que lhe permite a necessária flexibilização na avaliação dos pressupostos fáticos que autorizam a aprovação do ato. Na verdade, por não serem rígidas as regras do mercado, rígidas não poderiam ser as normas legais que pretendessem protegê-lo.”

Note-se, contudo que essa liberdade de agir não é irrestrita uma vez que a atuação do Colegiado é sempre condicionada à busca da realização de sua finalidade legal.

Nesse sentido bem considerou **Malard**, no já citado voto: “Ainda que a lei tenha fixado os pressupostos fáticos, não se trata de poder vinculado, posto que o Colegiado não se limita à constatação daqueles para aplicar-lhes a hipótese legal. A atuação do CADE não se dá de forma automática, de vez que o conteúdo dos pressupostos fáticos foi delineado por conceitos imprecisos. Cabe, pois, ao CADE fixar-lhes o sentido no caso concreto: qual o grau de eficiência ou de melhoramento da qualidade de um produto ou de um serviço a justificar a formação de um monopólio; as condições econômicas em que uma certa transação pode ser considerada necessária, por motivos preponderantes para a economia nacional; a parte substancial de cada mercado relevante geográfico ou de produto em que a concorrência não poderia ser eliminada; os limites que seriam estritamente necessários para se atingir os objetivos visados na transação; o que poderia ser considerado benefício para o consumidor e em que proporções seria ele considerado equitativo para o fabricante e para o consumidor.”

E, é nesse universo que surge o Compromisso de Desempenho, destinado a assegurar o atendimento das condições exigidas pela lei para que o CADE autorize atos potencialmente prejudiciais à concorrência e

consubstanciado em um elenco de metas quantitativas ou qualitativas, que deverão ser alcançadas em prazos estabelecidos.

Sua utilização justifica-se como o elo necessário ensejando a relação de causalidade entre a autorização do CADE e o cumprimento de eficiências invocadas pelas requerentes e entendidas como viáveis e pertinentes pelo Órgão Público, em face do prejuízo potencial ou efetivo à concorrência que adviria daquele ato submetido a exame.

É que o cumprimento de tais eficiências não se consubstancia em um ato estanque e sim em atos contínuos a serem realizados a curto e a médio prazo. Assim, não poderia uma operação submetida ao CADE, dependente da aprovação da Autarquia para ter eficácia jurídica, ter condicionada essa autorização ao integral cumprimento de eficiências que se completariam somente dois ou três anos após essa decisão.

Emerge, portanto, o instituto do Compromisso de Desempenho, não só da necessidade de garantia da realização de eficiências para a compensação da redução do grau de concorrência do mercado, mas também, em contrapartida, da necessidade de assegurar-se às empresas requerentes a eficácia do ato apresentado à exame do CADE. Assim, a autorização daqueles atos potencialmente prejudiciais à concorrência, fica condicionada à assinatura de um termo, pelo qual assegurar-se-á ao mercado e à coletividade a obtenção de benefícios compensatórios, e aos requerentes, por outro lado, a segurança de uma decisão emanada da autoridade competente, sem a qual a operação pretendida, como já dito acima, não logrará eficácia jurídica.

Em razão dessas observações, cabe consignar, ainda, que o CADE, poderá entender como desnecessária a celebração de Compromisso de Desempenho naqueles atos em que identifica a presença de elementos que, por sua própria natureza, tornem-se suficientes ao atendimento das condições exigidas para a autorização pretendida.

Essa última hipótese, que ora aventamos para mais amplo esclarecimento das questões aqui suscitadas, não foi privilegiada no presente texto, que se deteve exclusivamente no enfoque do tema sob o prisma daqueles casos em que o CADE entendeu exigível e necessário a assinatura de um Termo de Compromisso de Desempenho.

3. O COMPROMISSO DE DESEMPENHO NA LEI ANTITRUSTE

No Brasil, o Compromisso de Desempenho traz como pressuposto o preenchimento de condições expressamente definidas no texto legal e que tornam possível a autorização do CADE em atos com teor de nocividade à concorrência. É o instrumento formal do qual se vale a Administração Pública, quando autoriza uma transação sob seu exame, para assegurar-se do cumprimento dos requisitos condicionais que viabilizaram aquela autorização.

Em que pese o fato de só constar do texto legal a partir do advento da Lei nº 8.884/94, podemos encontrar, ainda que de forma embrionária, no período compreendido entre fevereiro de 1991 a junho de 1994, as primeiras noções desse instituto já emergindo das decisões da Secretaria de Direito Econômico, competente para a aprovação dos atos potencialmente restritivos à concorrência na vigência da Lei nº 8.158/91.

Àquela época, e baseada na indicação técnica do Ministério da Fazenda, a SDE já elencava, com base em eficiências alegadas pelas empresas requerentes, um conjunto de metas a serem cumpridas e que constavam do teor das decisões, como podemos constatar nos atos de concentração econômica submetidos ao crivo daquela Secretaria naquele período, encerrado com o advento da Lei n.º 8.884/94 que devolveu ao CADE a competência para o controle de atos e contratos potencialmente danosos à concorrência e, revogou a anterior.

Como já visto, para o correto entendimento do instituto ora enfocado, necessário se faz relacioná-lo ao texto do art. 54, da Lei nº 8.884/94, que estabelece a obrigatoriedade da apreciação do CADE para todos os atos, de qualquer forma manifestados, que, efetivamente ou potencialmente, limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou resultem na dominação de mercado. Tais atos poderão ser autorizados se preencherem determinados requisitos descritos no § 1º do mesmo artigo e que são os seguintes:

- I - Tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:
- aumentar a produtividade;
 - melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 - propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

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

III - Não impliquem eliminação de concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços;

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

Podem ser considerados legítimos, também, os atos necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, desde que atendidas três dessas condições, e não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

A contrapartida do risco de dano potencial à concorrência decorrente da operação submetida à apreciação do CADE é a exigência de demonstração, pelas empresas requerentes, de ganhos de eficiências que o CADE considere viáveis e justificáveis no contexto do mercado de atuação, formalmente assumidas no Compromisso de Desempenho.

Ainda assim, ao decidir, o CADE deverá avaliar se a realização do ato, na forma em que pretendido, é a única alternativa para a obtenção dessas eficiências, se há proporcionalidade entre os ganhos e as perdas decorrentes dos efeitos anticompetitivos, se há possibilidade de reduzir o grau de nocividade e se os ganhos privados serão apropriados equitativamente entre empresas e os consumidores ou usuários finais.

Ao CADE caberá sempre - na impossibilidade da regra fria antecipar-se à dinâmica dos fatos econômicos, singulares e específicos no contexto de cada mercado - a tarefa de aplicar a lei aos casos concretos, traduzindo o significado dos conceitos fluidos constantes do seu texto de forma a melhor atender ao fim nela contido.

Um ponto crucial nas questões tratadas sob a ótica do citado art. 54 e seus parágrafos está centrado na identificação dos níveis de eficiência econômica em suas múltiplas acepções, pois, a existência de eficiências possibilita a compensação das perdas nos níveis concorrenciais dos mercados relevantes de modo a ensejar a autorização pretendida.

À propósito, vale sempre recorrer às precisas conclusões de **Neide T. Malard** em voto exarado na Reapreciação do Ato de Concentração nº 16/94, no tópico em que se refere à abrangência da atuação do CADE frente à

identificação das eficiências econômicas: ‘As eficiências não se limitam a essas hipóteses expressamente destacadas na lei, porquanto se utiliza a expressão genérica **propiciar a eficiência**. Aqui pode-se incluir as economias de escala, melhor integração das instalações de produção, a especialização da fábrica e eficiências similares relacionadas à fabricação do produto e aos serviços inerentes à produção e à distribuição.’”

É de se notar a complexidade da matéria antitruste que evidencia muito fortemente, em todas as áreas que abrange, a dualidade existente entre a teoria jurídica e a econômica, uma permanentemente subsidiando a outra.

O instituto do Compromisso de Desempenho encontra-se previsto no art. 58 da Lei nº 8.884/94, no Título VII, que trata das formas de controle exercidas pelo CADE.

Reza o citado artigo:

“ Art. 58 - O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo.

§ 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

§ 2º Deverão constar dos compromissos de desempenho metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos ,cujo cumprimento será acompanhado pela SDE

§ 3º O descumprimento injustificado do compromisso de desempenho implicará a revogação da aprovação do CADE, na forma do art. 55, e a abertura de processo administrativo para a adoção de medidas cabíveis.”

O Plenário do CADE estabelecerá metas levando em consideração, não só o grau de exposição do setor à competição externa e as alterações no nível de emprego, como também outras circunstâncias que julgar relevantes. Aí, o espaço à discricionariedade do Conselho quanto aos pontos que deseja

ver melhor atendidos em face das especificidades de cada mercado, sem contudo, descuidar-se da meta insubstituível, a defesa da concorrência, que se constitui em atividade fim da Autarquia.

Nesse tópico, bem à propósito, lembramos o ilustrado e combativo advogado **Pedro Dutra**, que em palestra proferida no CADE em junho de 1996, posteriormente publicada na Revista do IBRAC, sob o tema “A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do Art. 54, da Lei 8884/94”, na ocasião, declarou que “o compromisso de desempenho serve para especializar as eficiências previstas no artigo 54” enfatizando, ainda, que “esta vinculação é inafastável - ele não serve para criar eficiências, para revela-las e não serve também para substituir ... a negação do órgão de defesa da concorrência”.

Sem dúvida, o Compromisso de Desempenho não supre os pré-requisitos exigidos para propiciar a autorização do CADE aos atos enquadráveis no art. 54. Da mesma forma, não pode ser utilizado na ausência dos elementos que ensejariam a permissão pretendida, pois, sua natureza não se confunde com outros instrumentos de incremento às políticas econômica e industrial. Antes, pressupõe a presença desses elementos, expressando nas metas quantitativas e qualitativas definidas a garantia do cumprimento do imperativo legal.

Com relação ao § 2º, na parte relativa ao acompanhamento da SDE, devemos entender a norma no contexto do art.7º, inciso VI, do mesmo diploma legal, onde a competência do CADE emerge cristalina, não só para aprovar os termos dos Compromissos de Desempenho, como também para determinar à Secretaria de Direito Econômico que os fiscalize.

A inteligência do dispositivo legal, conferindo ao Colegiado o poder de aprovar os termos do Compromisso de Desempenho, pretendeu alcançar não só a matéria substantiva, como também, e não poderia ser de outra forma, os procedimentos de sua execução e acompanhamento.

Ao conferir poder à Autarquia de determinar o acompanhamento da SDE, órgão da Administração Pública direta que, por isso mesmo, a ela não se subordina, quis o Legislador configurar a necessidade de uma perfeita integração entre os dois órgãos distintos, considerando que a instauração dos processos administrativos por conduta abusiva resultante dos acordos é atribuição da Secretaria.

Assim, não há como entender a competência originária do CADE absorvida pela SDE no monitoramento das cláusulas do Compromisso de Desempenho.

Nesse sentido, o advento do art. 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, veio corroborar esse entendimento quando outorga ao CADE a competência expressa de fiscalizar o cumprimento de suas próprias decisões.

Por sua vez, o § 3º do art. 58 trata da revogação da aprovação do CADE em caso de descumprimento injustificado do Compromisso de Desempenho, sem prejuízo da abertura de processo administrativo para adoção de medidas cabíveis.

4. A LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL E O COMPROMISSO DE DESEMPENHO

Observa-se na legislação antitruste da maioria dos países do continente europeu, e em especial da CEE, bem como na legislação norte-americana, que os atos de concentração econômica com evidência ou possibilidade de repercussão danosa à concorrência podem ser autorizados desde que o projeto inicial sofra alterações, essas geralmente de caráter estrutural, com o objetivo de eliminar os efeitos nocivos.

No sistema legal norte-americano, o “Consent Decree” ou “Consent Agreement” pode conter cláusulas que espelham acordos negociados pelas empresas com as autoridades responsáveis pela aplicação das regras antitruste como forma de neutralizar os aspectos ilegais da transação em exame e permitir, pelo menos em parte, a aprovação da operação sob exame. De forma geral, tais acordos, embora contenham algumas cláusulas de aspecto comportamental, priorizam as cláusulas estruturais baseados na premissa de que elas trazem resultados mais efetivos e de maior visibilidade, facilitando o seu acompanhamento.

Sob a ótica da Comissão Européia, uma operação de concentração com efeitos potencialmente danosos pode ser considerada compatível desde que sujeita a compromissos condicionais que submetem o projeto inicial a alterações tais que permitam a eliminação das dúvidas suscitadas.

Os “Compromissos Condicionais” previstos pela CEE, na verdade, são as alterações impostas ao projeto inicial de uma transação que importe em concentração econômica como forma de permitir à autoridade de defesa da concorrência aprová-la.

À medida que o problema potencial da concorrência restar identificado e seus efeitos forem limitados através de uma proposta clara das partes que responda de forma definitiva as questões, a Comissão comunica diretamente aos Estados-Membros e aos terceiros interessados os compromissos oferecidos e as alterações introduzidas na operação pelas partes. Nesse caso, a operação só será aprovada conformando-se com os padrões indicados pelas autoridades.

Tais compromissos podem variar desde a alienação parcial do controle de uma empresa anteriormente adquirida, até a abertura de mercado de distribuição, a suspensão de cláusulas de exclusividade ou a venda de empresa controlada.

Ressalte-se que, nesse sentido, a legislação alemã acompanha as normas da Comunidade Européia, repetindo o mesmo texto.

Na Suíça, a Comissão de Defesa da Concorrência, ao constatar que um acordo entre empresas é prejudicial à economia ou à sociedade, pode recomendar a modificação de cláusulas ou convenções ou, ainda, a renúncia de certos comportamentos.

Na legislação da Espanha, o governo também pode subordinar a aprovação de ato de concentração econômica à observância de condições que contribuam para o progresso econômico e social.

Todos esses acordos, acima explicitados, comparados ao instituto do Compromisso de Desempenho como concebido na Lei nº 8.884/94, guardam diferenças que se originam basicamente dos sistemas legais distintos. Saliente-se que, na prática, esses “agreements” tornaram-se necessários, mesmo quando não claramente definidos na legislação de cada país, como meio de eliminar ou reduzir os efeitos anticompetitivos gerados pelos movimentos concentradores empresariais, uma tendência constante da atualidade.

Do exame das diversas normas, depreende-se que a idéia central na Comissão Européia e nos EUA diz respeito à eliminação dos pontos geradores dos efeitos indesejáveis à operação para tornar possível a autorização pretendida. Sob essa ótica, as autoridades antitruste podem impor condições tão amplas que, em algumas vezes, ultrapassam os limites do próprio negócio em exame. A não aceitação dessas condições pelas empresas inviabiliza a autorização.

Assim, podemos dizer que, enquanto na Comunidade Européia e nos EUA os compromissos priorizam aspectos relacionados com a estrutura do mercado, o Compromisso de Desempenho, na legislação brasileira, tem privilegiado, tradicionalmente, os aspectos compensatórios da repartição dos ganhos privados entre a empresa e o consumidor final, ou seja, a sociedade. Dessa forma, o texto legal permite uma maior flexibilidade nas decisões em face das dinâmicas dos mercados nacionais versus internacionais.

As decisões do CADE em atos de concentração econômica, a partir de 1994, constatadas as eficiências elencadas nos incisos do parágrafo 1º do art. 54 da já pluricitada Lei nº 8.884/94, a princípio, caminharam no sentido de aprovar as operações com exigência de Compromisso de Desempenho contendo cláusulas, em sua maioria, de natureza comportamental.

Apesar disso, o primeiro caso polêmico julgado pelo CADE, RHODIA S.A./SINASA S.A, teve aprovada só parcialmente a transação, e culminou com a determinação de desconstituição dos atos pertinentes à incorporação das atividades de fabricação das fibras sintéticas acrílicas e de poliéster, significando um novo patamar de atuação até então inexplorado.

As recentes decisões, nos casos da compra da Kolynos do Brasil pela Colgate Company, bem como a da Pains pelo Grupo Gerdau, vieram consolidar o alinhamento às tendências européias e norte-americanas quando impuseram alterações ao projeto submetido pelas empresas como forma de suprir as condições necessárias à autorização, colocando em destaque as cláusulas de natureza estrutural. A submissão voluntária das requerentes às modificações propostas, preliminarmente, é que ensejou a aprovação do CADE, que, a partir daí, estabelecerá cláusulas para o Termo de Compromisso contemplando metas tanto de natureza comportamental quanto estrutural.

A experiência do CADE na utilização dos Compromissos de Desempenho é recente, remontando a junho de 1994, e de certa forma prejudica uma análise retrospectiva mais substancial. Na verdade, dos quatorze casos indicados, listados em anexo ao final deste artigo, treze estão em vigor com o término das negociações e com assinatura do Termo de Compromisso entre as partes. O último encontra-se na fase de negociação que antecede a assinatura.

5. AVALIAÇÃO

Em síntese, podemos dizer que os Compromissos de Desempenho, como estabelecidos em nossa Lei, estão diretamente relacionados com a criação de mecanismos explícitos que são passíveis de posterior cobrança formal (**commitment**) quanto ao devido cumprimento das eficiências tidas como compensatórias do prejuízo potencial à concorrência pós-operação. A principal vantagem desse dispositivo é formalizar a monitoração e a cobrança dos resultados efetivos dos alegados ganhos de eficiência, sob pena do seu descumprimento injustificado levar à revogação da autorização dada pelo CADE.

É importante assinalar que as cláusulas do Termo de Compromisso devem ser factíveis e objetivas, não podendo ultrapassar o limite necessário para o alcance das eficiências e da preservação dos níveis de concorrência no mercado relevante. De outra forma, a ação das autoridades de defesa da concorrência assumiria um caráter regulatório, intervencionista, sobre as empresas, o que vem a contrapor-se ao espírito da Lei.

Acresce dizer, também, que as razões que justificam a aprovação de um ato potencialmente ou efetivamente danoso à concorrência e, por isso, condicionado à Compromisso de Desempenho, devem identificar não só o dano a ser compensado, mas também os pontos básicos a serem contemplados nas negociações como forma de facilitar a definição das metas. A delimitação do campo de atuação contribuirá para maior segurança do processo, diminuindo o interregno entre a decisão do Colegiado e a efetivação do acordo. Aceleram-se os trâmites processuais, abreviando-se a fase de negociação.

Com relação ao Termo do Compromisso, em si mesmo, temos que o aperfeiçoamento que se pretende deve passar por uma análise mais profunda quanto à forma e conteúdo.

A criação de procedimentos próprios, simples e desburocratizados que garantam a viabilização de rotinas claras e previsíveis, coerentes com seu propósito e em consonância com os princípios norteadores dos atos administrativos e com o imperativo legal contido na Lei nº 8.884/94, deve ser a regra geral. No exame dos documentos já assinados até este momento, o aspecto formal parece suprir de maneira adequada as premissas legais, constituindo-se em documento hábil para o fim que se propõe.

A mais relevante discussão, no entanto, deve centrar-se nas cláusulas constantes do documento a ser assinado pelas partes. A experiência internacional não deve ser desprezada quando aponta as enormes dificuldades de avaliação de metas relacionadas com a performance das empresas, preferindo impor medidas modificadoras da operação de forma a sanar ou diminuir, no tangente à concorrência, prejuízos potenciais ou efetivos detectados.

Efetivamente, a combinação das metas comportamentais e estruturais permite melhores e mais rápidos resultados, propiciando uma maior visibilidade para o Governo e para o próprio mercado.

De acordo com a nossa legislação, e como já dito, as metas devem ser definidas a partir do conceito de eficiências a serem atingidas pelas empresas envolvidas e seus reflexos no mercado de atuação. Saliente-se, no entanto, a ênfase que deve ser dada às cláusulas de natureza estrutural, uma vez que limitar-se à análise do comportamento da empresa, definindo seus índices de produtividade e capacitação técnica, não tem produzido os resultados esperados.

Sobre eficiência econômica, à guisa de melhor entendimento do conceito amplo aqui empregado, releva citar a contribuição trazida por **Franceschini** e **Pereira**, em trabalho intitulado “As eficiências econômicas sob o prisma jurídico”. Esses especialistas, utilizando a classificação de Joseph F. Brodley, definiram modalidades de eficiência e seu grau de importância para os efeitos da aplicação da lei, considerando como mais relevantes as eficiências inovativas ou dinâmicas, seguidas da produtiva e da alocativa, esta considerada a de menor importância.

Igualmente, **Possas**, **Fagundes** e **Pondé**, no artigo “Política antitruste: um enfoque schumpeteriano”, identificam a noção de eficiência dinâmica como uma proposta mais avançada para efeito da legislação antitruste, considerando-a também potencialmente a mais interessante, sobretudo quando examinada sob a perspectiva de eficiência seletiva dos mercados, que são vistos como “**ambientes de seleção de inovações**”, essencial para o desenvolvimento econômico e que proporciona benefícios sociais superiores aos que são apropriados privadamente.

Utilizando a classificação de **Possas**, **Fagundes** e **Pondé**, a noção de eficiência econômica pode ser considerada sob quatro perspectivas:

produtiva, alocativa, distributiva e dinâmica, esta última adicionalmente entendida como eficiência seletiva dos mercados.

A tendência de hierarquizar os níveis de eficiência, embora privilegiada na doutrina econômica, não se mostrou atraente para a utilização prática, uma vez que a presença de inúmeras variáveis no contexto de cada mercado inviabiliza qualquer padrão que valora essa ou aquela modalidade em detrimento de outra. Registre-se, no entanto, as inovações como um fator em tese bastante interessante face à sua capacidade de incremento à dinâmica dos mercados e de distribuição do bem-estar.

Efetivamente, a avaliação das eficiências geradas por um ato sob exame do CADE deve considerar todas as suas vertentes, cabendo priorizá-las de acordo com as características do setor examinado e da conjuntura. Nesse ponto, não conflitamos com o entendimento esposado por **Franceschini e Pereira**, no texto já referido acima, quando declaram que “a análise econômica deve prevalecer sobre a análise jurídico-formal dos requisistos de eficiência.” Em consequência, podemos concluir que as metas a serem estabelecidas com base em eficiências de cunho econômico não são passíveis de serem padronizadas tendo em vista as inúmeras variáveis com que se defronta o julgador.

Em que pese a impropriedade da idéia de modelo padronizado para as cláusulas constantes dos Termos de Compromisso de Desempenho, por exceção, podem ser aceitos alguns padrões gerais nessas cláusulas visando otimizar sua aplicação. Tais padrões podem ser aceitáveis se forem utilizados para promover a integração da defesa da concorrência com políticas públicas que visem o fortalecimento dos mercados sob outros prismas. Justificam-se, na medida em que sejam meios de realimentação da própria dinâmica concorrencial, que é o ponto nodal e inafastável da atuação do CADE.

Nesse sentido verificou-se, recentemente, quando da elaboração dos últimos Compromissos propostos pelo CADE, o resultado de uma maior interação entre a aplicação da política de defesa da concorrência e outras políticas públicas, como, por exemplo, a de emprego.

A realocação e o retreinamento dos profissionais, técnicos de uma determinada empresa frente a um processo de fusão ou aquisição, têm sido objeto do interesse do Colegiado por entendê-los matéria tangencial à concorrência, o que acabou merecendo a assinatura de um Protocolo de Intenções entre o CADE e Ministério do Trabalho.

Podemos citar, ainda, a política de comércio exterior como igualmente fronteiriça a área de competência do CADE, sem que, com ela, se confunda. O grau de exposição de um setor à competição internacional necessariamente deve integrar o universo de análise do órgão público, assim como as alterações no nível de emprego e o modo como o mercado reabsorverá um novo contingente de trabalhadores, além de outras mais que se tornem relevantes ao fortalecimento dos mercados.

Um outro ponto que cabe destacar diz respeito à viabilização de acompanhamento eficiente dos compromissos assumidos pelas empresas. A competência legal para atuar na defesa da concorrência é do CADE, e como tal lhe cabe fazer cumprir suas decisões nessa área. Em que pese tal fato, sua estrutura ainda não é suficiente para que esse acompanhamento se faça com a eficácia pretendida. Uma solução poderia ser a utilização do corpo técnico e da **expertise** de outros órgãos ou instituições, através de convênios de cooperação. De nada adianta elaborar simplesmente compromissos de desempenho, muitas vezes como forma de garantias **ex-ante** à aprovação, sem a capacidade de acompanhá-los na sua integralidade.

Os atos que indiquem a necessidade da assinatura de Compromisso de Desempenho, certamente, deverão ser uma real preocupação do CADE pela importância crescente do papel desse instituto na nossa atualidade, hoje, caracterizada por índices crescentes de movimentos concentracionistas e planejamentos empresariais sofisticados e globalizados. O desafio é não deixa-lo cair em descrédito e, ao mesmo tempo, esgotar todas as suas potencialidades sem ultrapassar os limites necessários para a preservação da liberdade dos agentes no estabelecimento de suas próprias estratégias empresariais.

Referências Bibliográficas:

Possas, Mário Luiz , Fagundes, Jorge e Pondé, João Luiz. “Política Antitruste: um enfoque schumpeteriano”, **Revista de Direito Econômico**, - nº 22, jan/março de 1996.

Franceschini, José Inácio, e Pereira, Edgard Antonio - “As Eficiências Econômicas sob o prisma jurídico” - **Revista de Direito Econômico**, nº 23, abril/junho de 1996.

Dutra, Pedro - “A Concentração do Poder Econômico Aspectos Jurídicos do Art. 54, da Lei 8884/94” - **Caderno de Doutrina da Revista do IBRAC** - volume 3 número 8 - agosto 1996

XXIV “**Relatório sobre Política de Concorrência**”, Comunidade Européia, 1994.

Malard, Neide Teresinha - Votos como Conselheira do CADE, no Ato de Concentração n.º 06/94 e na Reapreciação do Ato de Concentração n.º 16/94.

Vieira de Carvalho, Carlos Eduardo - Dissertação de mestrado intitulada “A atividade administrativa discricionária e a realização do controle, em um Estado Democrático de Direito”.

ANEXO**ATOS DE CONCENTRAÇÃO QUE TIVERAM
AUTORIZAÇÃO DO CADE CONDICIONADA À ASSINATURA DE
COMPROMISSO DE DESEMPENHO**

Quatorze Compromissos de Desempenho, sendo:

- ⇒ Treze Compromissos de Desempenho assinados
- ⇒ Um Compromisso em fase final para a assinatura do Termo.

A.C. 05/ 94 Norton do Brasil S.A. Indústria e Comércio
- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves
(Compromisso de Desempenho assinado em 11.12.95)

A.C. n° 26/95 Albarus S.A. Indústria e Comércio
- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro
(Compromisso de Desempenho assinado em 19.12.95)

A.C. 56/95 Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda.
- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves
(Compromisso de Desempenho assinado em 28.02.96)

A.C. 19/94 Oriento Indústria e Comércio S.A. e Ajinomoto Interamericana
Indústria e Comércio S.A.
- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro
(Compromisso de Desempenho assinado em 28.02.96)

A.C. 41/95 Fairway Filamentos S.A. Rhodia S.A. e Hoechst do Brasil
Química e Farmacêutica.
- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro
(Compromisso de Desempenho assinado em 06.03.96)

A.C. 15/94 Indústrias Verolme - Ishibrás S.A.

- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado

(Compromisso de Desempenho assinado em 16.07.96)

A.C. 14/94 Dedini e Belgo-Mineira

- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro

(Compromisso de Desempenho assinado em 01.10.96)

A.C. 24/95 Grace Produtos Químicos e Plásticos Ltda.

- Relator: Cons. Edson Rodrigues-Chaves

(Compromisso de Desempenho assinado em 12.03.97).

A.C. 13/94. Helios S.A. Indústria e Comércio e Carbex Indústrias Reunidas Ltda.

- Relator: Cons. Renault de Freitas Castro

(Compromisso de Desempenho assinado em 20.11.96)

A.C. 11/94 Yolat Indústria e Comércio de Laticínios Ltda. e Cilpe - Cia. de Industrialização de Leite do Estado de Pernambuco

- Relator: Cons. Paulo Dyrceu Pinheiro

(Compromisso de Desempenho assinado em 05.12.94)

A .C. 62/95 Electrolux Ltda. e Kaspar e Agres Oberdorfer

- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado e Silva

(Compromisso de Desempenho assinado em 04.12.96)

A .C. 27/94 K & S Aquisições Ltda. e Colgate Palmolive Company

- Relator: Cons. Lucia Helena Salgado e Silva

(Compromisso de Desempenho assinado em 19.03.97)

A .C. 18/94 Ficap S..A . e Alcan Alumínio do Brasil S.A .

- Relator: Cons. Antonio Fonseca

(Compromisso de Desempenho assinado em 13.01.97)

A .C. 25/95 Santista Alimentos S.A . e Carfepe Administradora e Participadora

- Relator: Leônidas Xausa

(Aprovado o A C. com Compromisso de Desempenho ainda em negociação)

O Compromisso de Cessação de Práticas Anticompetitivas no CADE: Uma Abordagem de Teoria dos Jogos

César Mattos¹⁶

I) Introdução

O artigo procura explicar as vantagens do instituto do Compromisso de Cessação de Prática (CCP) previsto na Lei 8.884/94 (Defesa da Concorrência), mas também apontando um potencial defeito do mesmo: Incentivar “ex-ante” a prática da infração. É utilizado um jogo seqüencial apresentado na forma extensiva, efetuando-se a análise do mesmo através da noção de equilíbrio perfeito em sub-jogos. Esse tipo de consideração será fundamental para que o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que é o órgão responsável pela defesa da concorrência no Brasil, utilize esse instrumento (ou não o utilize) da forma mais proveitosa.

A seção II apresenta uma noção básica sobre o que é o CCP do ponto de vista econômico. A seção III discute o incentivo que um potencial infrator “i” apresenta de realizar a prática anti-competitiva. Para efeito dessa análise, essa seção é subdividida em uma primeira subseção III.1 que avalia os condicionantes dos benefícios gerados ao infrator e uma segunda subseção que analisa os custos que podem ser impingidos ao mesmo. Nessa seção já são apresentadas as equações básicas que comporão o modelo. A seção IV apresenta uma breve introdução simplificada do instrumental da teoria dos jogos utilizado no modelo exposto na seção V. Esse modelo dispõe um jogo entre o infrator potencial e o CADE (este último representando os prejudicados pela prática anticompetitiva), analisando o incentivo à infração implícito no mecanismo. A Seção VI fica reservada para as conclusões.

II) O Que é o Compromisso de Cessação de Prática?

A agilidade que o sistema econômico demanda em relação às decisões pertinentes à defesa da concorrência nos Países desenvolvidos foi

¹⁶ César Mattos é mestre em Economia pela PUC/RJ e assessor processual do CADE.

gerando a necessidade de os órgãos responsáveis procurar contornar os trâmites normais dos processos e restaurar, de imediato, as condições concorrenciais.

Nos EUA, há o que se chama de “Consent Decree”, no qual a legislação brasileira se inspirou. A Lei 8.884/94 em seu artigo 53 procura efetivamente consolidar um instrumento fundamental para a obtenção daquele resultado: o Compromisso de Cessação de Prática (CCP).

Segundo a Conselheira Neide Mallard, em seu voto no processo de fertilizantes (1994), o procedimento “tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais”, evitando ainda os altos custos financeiros normalmente inflingidos a todas as partes envolvidas. É inequívoca a desejável redução da incerteza no processo.

É importante destacar ainda que a utilização do instrumento presume que restaurar de imediato a concorrência é tão ou mais importante que a repressão em si para a economia. Na verdade, mais importante que a repressão é a credibilidade da ameaça representada por ela, por prevenir a própria ocorrência da infração.

O CCP corresponde a um acordo assinado entre o CADE e a parte acusada, obrigando-se esta última a não cometer os atos pelos quais está sendo acusada nos termos assinados, sob pena de retomada do curso do processo e aplicação da multa, caso se comprove a infração.

Note-se que a parte acusada pode realmente não ter cometido a infração. Nesse caso específico, observam-se dois pontos positivos e um negativo. Os positivos são os seguintes:

i) a parte acusada não teria nenhum problema em assinar o compromisso, já que os termos do mesmo já estavam sendo cumpridos, independente da existência do próprio e;

ii) as possíveis acusações improcedentes, em que, inclusive, pode ter havido má fé por parte do acusador, são inibidas.

O aspecto negativo, no caso de improcedente a acusação de prática de infração, é que, sem embargo, nos termos da Lei, a assinatura do compromisso pode ser interpretada no mercado como uma confissão de culpa. Isso é possível, haja visto o alto grau de desinformação em relação a esse instrumento específico, o que está inserido na questão mais geral, que é a falta de uma cultura de defesa da concorrência no Brasil. De qualquer forma, se esse problema de reputação for considerado incontornável pela acusada que se

julga inocente, restar-lhe-ia a escolha de dar prosseguimento ao processo de forma a demonstrar sua inocência.

É importante destacar que o CCP deve ser amplamente negociado entre o CADE, a(s) parte(s) acusada(s) e a(s) parte(s) que alega(m) estar sendo prejudicada(s).

O principal *appeal* que a parte acusada tem para aderir ao compromisso é a desnecessidade do reconhecimento da infração e a sua não punição, dado que o processo fica suspenso por um prazo determinado no próprio compromisso. Findo esse prazo e com o acusado dando mostras de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, impõe-se o arquivamento do processo. Por outro lado, o descumprimento do acordo implica multas e retomada do processo. É fundamental que essas multas e a expectativa de retomada e conclusão rápidas e eficientes do processo sejam suficientemente altas, de forma a configurar um sistema de punições críveis ao descumprimento do acordo. Do ponto de vista estritamente legal, essa condição se verifica, conforme será visto na seção III.2.

É importante enfatizar também a flexibilidade do instrumento, o que é uma outra característica notoriamente desejável para a economia. O compromisso de cessação de prática, de acordo com o parágrafo 3 do Artigo 53 poderá ser alterado *a posteriori* pelo CADE, “se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica”.

III) Incentivo à Infração

III.1) Os Benefícios da Infração para o Infrator

A despeito das nítidas vantagens do instrumento, é fundamental alertar para um possível efeito indesejável do CCP: A expectativa de celebração do mesmo pode incentivar o infrator a iniciar uma conduta anticompetitiva. Essa última não ocorreria caso não houvesse a perspectiva desse perdão temporário e condicionado que é o CCP. Ou seja, presume-se que a expectativa de punição do infrator pelo CADE é que inibe comportamentos anticompetitivos, o que poderia ser atenuado pela perspectiva de um CCP, no caso de um eventual processo.

Para caracterizar melhor essas questões, apresentamos, em seguida, um modelo que leva em consideração as variáveis básicas do problema

Primeiramente, é importante considerar que a principal variável que gera estímulo a uma conduta anticompetitiva é o diferencial de lucros obtido em relação à situação de não empreendimento do comportamento anticoncorrencial. O potencial infrator levará em consideração principalmente a expectativa do tempo “E(ti)” durante o qual conseguirá manter esse comportamento anticompetitivo e, portanto, aquele diferencial de lucros, sem ter um processo representado no CADE e devidamente punido por decisão do órgão. Dessa forma, podemos definir o benefício líquido (Bi) derivado da conduta anticompetitiva que o potencial infrator “i” considera como derivado do diferencial de lucros líquidos entre a situação com infração e aquela sem infração (Li) através da seguinte equação:

$$Bi = Li = F(E(ti)) \quad (1)$$

Ou seja, o tempo esperado pelo potencial infrator “i” de manutenção da conduta anticompetitiva E(ti) é crucial para definir o incentivo à mesma, o que está configurado na equação “1”. Dessa forma, é importante estabelecer quais as variáveis mais relevantes que afetam E(ti). Observe-se que E(ti) também leva em conta a probabilidade de ocorrer um ou mais processos, onde não é constatada a infração apesar dessa, de fato, existir. Essa probabilidade é tão maior quanto menor a força econômica, a experiência e a quantidade de informações disponíveis aos acusadores e prejudicados pela conduta anticompetitiva na sociedade em relação à defesa da concorrência. Observe-se que agentes prejudicados com pouca capacidade econômica podem não dispor de recursos para contratar advogados experientes na área.

Além disso, essa probabilidade condicional dos acusados serem absolvidos quando as acusações forem procedentes, também é tão maior quanto menor a eficiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência¹⁷ (SBDC) e, especialmente, do CADE, o que depende, obviamente dos recursos materiais e humanos disponíveis dos órgãos envolvidos.

¹⁷ O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça que recebe a representação dos agentes que se sentem lesados com a conduta anticompetitiva, as instrui e as remete para o CADE, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que atua mais no caso do julgamento de atos de concentração, mas que também pode atuar em processos envolvendo condutas anticompetitivas e o CADE que atua como um tribunal administrativo independente que decide finalisticamente sobre os casos.

Fundamentalmente, a variável $E(ti)$ será condicionada pela existência de uma cultura da concorrência no País, o que inclui a própria difusão de informações sobre o funcionamento do SBDC e, especialmente, do CADE. Quanto menor o nível de informação sobre a existência e funcionamento do CADE, menor a consciência que os agentes prejudicados terão acerca do fato que podem defender seus direitos. O tempo necessário para que a sociedade ganhe maior intimidade com a lógica do SBDC é uma das variáveis mais importantes para reduzir “ ti ” e “ $E(ti)$ ”. Por fim, a agilidade do CADE em julgar os processos também é uma variável crucial, pois estende o período no qual se efetua a prática anticompetitiva. Existem processos que chegaram a ter mais de dez anos no CADE.

III.2) Os Custos da Infração para o Infrator

Uma conduta anticompetitiva para o infrator apresenta basicamente dois custos: O custo financeiro em termos de multas e outras penalidades definidas pelo CADE os quais designaremos de “ mi ” e a deterioração da reputação do infrator “ ri ”.

Quanto ao primeiro, os artigos 23 a 27 do capítulo III da Lei 8.884/94 definem o sistema de penalidades cabíveis no caso de práticas anticompetitivas, sendo seus itens, resumidamente, os seguintes:

- No caso de empresas, multa de 1 a 30% do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício excluídos os impostos, **a qual nunca será inferior à vantagem auferida**, quando quantificável, havendo cominação em dobro na eventualidade de reincidência;
- Multa de 10 a 50% do valor da multa aplicável à empresa para o administrador da mesma que tenha sido responsável pela infração, havendo cominação em dobro na eventualidade de reincidência;
- Proibição de participação em licitações públicas em prazo não inferior a 5 anos;
- Recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes do infrator;
- Não concessão de parcelamento de tributos federais ao infrator;
- Cancelamento dos eventuais incentivos fiscais;
- Cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato necessário para eliminar os efeitos nocivos à concorrência.

A expectativa de prejuízo relacionado com esse conjunto de penalidades é que definirá o custo financeiro global esperado da infração “ mi ”.

No que tange ao segundo tipo de custo, é fato que a existência de um processo no CADE, configura-se como um elemento de redução da reputação do infrator. Em caso de condenação, além da natural veiculação da informação na mídia, a Lei 8.884/94 no inciso I do Art. 24 estabelece que o infrator condenado pode ser obrigado a pagar em jornal indicado pelo CADE, extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas. Isso acentua o custo esperado em termos de redução da reputação “ri” gerada pela condenação.

Sendo assim, podemos designar o custo total esperado “Ci” da infração como o seguinte:

$$C_i = m_i + r_i \quad (2)$$

sendo C_i - o custo total esperado da infração;
 m_i - o custo financeiro total esperado, incluindo multas;
 r_i - o custo esperado em termos de deterioração da reputação.

A utilidade total do agente potencialmente infrator “i”, juntando as equações “1” e “2” seria simplesmente:

$$U_i = B_i - C_i \quad (3)$$

$$U_i = F(E(t_i)) - m_i - r_i \quad (4)$$

O infrator potencial irá proceder à infração sempre que $U_i > 0$. É importante colocar que, conforme a redação do inciso I do Art. 23, quando os lucros auferidos em excesso a partir da conduta anticompetitiva forem quantificáveis, a multa, no caso de empresa, sempre será superior àqueles. Nesse caso, teríamos sempre que:

$$F(E(t_i)) < m_i \quad (5)$$

Ou seja, o potencial infrator “i” nunca teria incentivo a cometer a infração, pois $U_i < 0$. No entanto, na prática, isso não se verifica por vários motivos¹⁸, abrindo a possibilidade para que $F(E(t_i)) > m_i$. A adoção

¹⁸ Especialmente pelo fato de que a quantificação das vantagens auferidas pelo infrator são normalmente difíceis de se fazer fora da empresa, especialmente em órgãos públicos como o CADE. Poderia-se supor, por exemplo, que o CADE possui informação imperfeita acerca das vantagens auferidas. Essa hipótese complicaria

ou não do comportamento infrator dependeria, nesse caso, também da magnitude da queda na reputação esperada “ri”.

IV) O Equilíbrio de Nash na Teoria dos Jogos: Uma Breve Introdução

Antes de introduzir nosso modelo, faremos uma explanação sucinta sobre o instrumental de teoria dos jogos utilizado nesse artigo. Caso o leitor já tenha intimidade suficiente com a teoria dos jogos pode suprimir essa seção.

A teoria dos jogos compreende um arcabouço teórico que visa estudar o comportamento estratégico de indivíduos ou organizações quando o resultado de suas ações dependerá das ações efetuadas por outros indivíduos e organizações. Esse instrumental é de fundamental importância em qualquer situação onde ocorra interdependência estratégica na decisão dos agentes. Sua aplicação na economia se disseminou bastante na teoria da organização industrial, especialmente no estudo do comportamento dos agentes econômicos em um ambiente de oligopólio onde, naturalmente, há forte interdependência estratégica.

O primeiro conceito importante a ser apresentado é o de “equilíbrio de Nash”. De acordo com Tirole (1988), “a Nash equilibrium is a set of actions such that no player, taking his opponents actions as given, wishes to change his own actions”. É importante observar que o equilíbrio de Nash apenas se define “a posteriori”, ou seja, apenas após os agentes (doravante designados jogadores) terem efetuado seus lances finais do jogo. Assim, outra forma de compreender o equilíbrio de Nash é relacionando-o à idéia de “não arrependimento a posteriori”¹⁹. Ou seja, os jogadores se encontram em uma situação de equilíbrio de Nash quando, após o término do jogo, nenhum deles está arrependido dos lances que fez, dados os lances que todos os outros jogadores fizeram.

bastante o modelo desenvolvido, sem ganhos em termos do poder de explicação do mesmo. Assim, admitir-se-á que o CADE, mesmo com informação perfeita sobre os ganhos do infrator, não seguirá rigidamente a letra da Lei. De qualquer forma, a hipótese de que, na prática, não se acredita que o CADE irá punir mais que proporcionalmente os infratores em relação aos seus ganhos, é verdadeira, dado que as condutas anticompetitivas continuam existindo. Isso também vale para os EUA. Conforme Viscusi (1992), “historically, however, fines have been a very weak deterrent”.

¹⁹ Ver Simonsen (1986).

Para exemplificar, suponha um jogo de apenas 1 lance com dois jogadores colocados sem comunicação entre si e duas estratégias possíveis para cada um, representado pela matriz abaixo:

Jogador 2

Jogador 1	l	r
L	2,0	2,-1
R	1,0	3,1

O jogador 1 possui duas estratégias possíveis, L e R, enquanto o jogador 2 possui l e r. Cada célula apresenta dois números. O primeiro número sempre representa o ganho do jogador 1, enquanto o segundo número o ganho do jogador 2. Assim, por exemplo, a combinação de estratégias L do jogador 1 e l do jogador 2 gera um resultado de 2 para o jogador 1 e 0 para o jogador 2.

Pode-se observar que a combinação L e l é um equilíbrio de Nash. Para constatar esse fato, deve-se fazer o seguinte exercício. Primeiro, dado que o jogador 2 escolheu l, a melhor estratégia do jogador 1 seria de fato L, dado que o mesmo ganhou 2 ao invés de 1 caso tivesse jogado R. Segundo, a recíproca é verdadeira. Dado que o jogador 1 escolheu L, a melhor estratégia do jogador 2 seria de l, dado que o mesmo ganhou 0, ao invés de -1, caso tivesse jogado r. Ou seja, a posteriori, nem o jogador 1 e nem o jogador 2 se arrependeram de suas jogadas em L e l, respectivamente, após observadas as jogadas um do outro.

É importante deixar claro que nem todos os jogos apresentam um equilíbrio Nash. Além disso, um mesmo jogo pode apresentar mais de 1 equilíbrio de Nash (múltiplos equilíbrios), o que é o caso do jogo acima, quando se realiza o mesmo exercício para a combinação de estratégias R e r.

A existência de um ou mais equilíbrios de Nash não significa que o mesmo será o resultado do jogo. Conforme Kreps (1990), “being a Nash equilibrium is certainly not sufficient for a strategy profile to be the obvious way to play a given game”. Ainda segundo o autor “there is no reason to suppose that every game admits an obvious way to play. No entanto, um dos principais aspectos do equilíbrio de Nash, o qual será fundamental em nosso modelo, é o de que o mesmo pode ser um resultado ineficiente do ponto de vista de Pareto para os jogadores. Ou seja, dado um resultado do jogo que seja um equilíbrio de Nash, pode haver uma outra combinação de lances que beneficie pelo menos um dos jogadores sem qualquer prejuízo dos demais. Observe-se que haveria necessidade de estratégias diferentes de mais de 1

jogador para se atingir esse resultado pareto superior. O melhor exemplo desse tipo de “conflito” entre o equilíbrio de Nash e o ótimo de pareto é dado pelo famoso “dilema dos prisioneiros”. Reproduzimos a explicação de Tirole (1988) sobre o mesmo:

“ The story behind this game is that two people are arrested for a crime. The police lack sufficient evidence to convict either suspect and, consequently, need them to give testimony against each other. The police put each suspect in a different cell, and are able to prevent the two suspects from communicating with each other. The police tell each suspect that if he testifies against (finks on) the other, he will be released-provided the other suspect does not fink on him - and will receive a reward for testifying. If neither suspect finks, both will be released on account of insufficient evidence, and no rewards will be paid. If one finks, the other will go to prison, but they will still collect the rewards for testifying. In this game, both players simultaneously choose between two actions. If both players cooperate C (do not testify), they get 2 each. If they both play noncooperatively (F, for fink), they obtain -2. If one finks and the other cooperates, the latter is rewarded (gets 3) and the former is severely punished (gets -3).

Clearly F is a dominant strategy for both players. So {F,F} is the only plausible outcome. This outcome is very bad for both players; by cooperating, each would be able to obtain 2 instead of -2. However, self-interest leads to a pareto-inefficient outcome”.

Jogador 2

Jogador 1	F	C
F	-2,-2	3,-3
C	-3,3	2,2

Esses exemplos simples constituem jogos estáticos por serem de apenas 1 lance onde os jogadores atuam de forma simultânea. Quando o jogo possibilita que um ou mais jogadores façam lances após observar as jogadas de outros jogadores, o mesmo se transforma em um jogo dinâmico. Nesse caso, a simples quebra da hipótese de simultaneidade²⁰ torna um ou mais equilíbrios de Nash, resultados simplesmente absurdos. Isso faz com que

²⁰ Observe-se que, no contexto da teoria dos jogos, simultaneidade pode não significar que as ações dos jogadores se dão no mesmo momento no tempo. A noção de simultaneidade está mais ligada com o fato de que as ações tomadas pelos jogadores se verificam antes que os mesmos possam observar as ações tomadas pelos outros jogadores.

a introdução de sequencialidade no jogo exija um refinamento do conceito de equilíbrio de Nash de forma a eliminar possíveis resultados absurdos. Suponha, portanto, o seguinte jogo na forma sequencial apresentado por Kreps(1990)²¹:

© Jogador 1			
U	D	Jogador 2	
(2,2)	©	r	l
		(0,0)	(3,1)

O jogador 1 efetua o primeiro lance, que será U ou D. Se for U, o jogador 2 não joga. Se for D, o jogador 2, observando a jogada de 1, jogará r ou l. Observe-se que existem dois equilíbrios de Nash: a combinação U-r e a combinação D-l. Seguindo a explicação de Kreps:

“First, why is U-r an equilibrium? Because if player 2 is choosing r, then player 1 prefers U to D. And given that player 1 is choosing U, player 2 doesn’t care which action he takes. They both give payoff 2, since player 2 won’t get the opportunity to move. The profile D-l is also an equilibrium because, if player 2 is choosing l, then player 1 prefers D to U, while if player 1 is choosing D, then player 2 prefers l to r.

.....

While both U-r and D-l are Nash equilibria,..... U-r is not a very sensible prediction. If player 2 is given the move, it seems reasonable to suppose that 2 will choose l”.

Outra forma de compreender a busca do equilíbrio em jogos sequenciais é através da noção de credibilidade da ameaça. Suponha o jogo abaixo proposto por Tirole (1988), onde R-l é um dos equilíbrios de Nash:

		© Jogador 1	
		L	R
Jogador 2 ©	©	© Jogador 2	
l	r	l	r
(2,0)	(2,-1)	(1,0)	(3,1)

Segundo o autor “Player 1 does not play R because player 2 threatens to play l in this case. But suppose that player 1 plays R. Then player 2, faced with a fait accompli, benefits from playing r, since he then obtains 1 instead of 0. Therefore, player 2’s threat is not credible. Player 1, who should anticipate this plays R, which gives him a pay off of 3- greater than what he obtains by playing L. Thus, the proposed Nash equilibrium is based on a

²¹ O símbolo © significa o momento em que um dos jogadores fará um lance.

noncredible threat, i.e., a threat that would not be carried out if the player were put in the position to do so”.

A melhor forma de descartar equilíbrios de Nash que configurem resultados não razoáveis em um jogo sequencial é subdividir o mesmo em subjogos. Cada subjogo é dado a partir de qualquer das jogadas. Por exemplo, o jogo acima possui três sub-jogos: O primeiro sub-jogo que se inicia no lance do jogador 1 e que coincide com todo o jogo; o sub-jogo que se inicia a partir do lance em que o jogador 1 joga L e o sub-jogo que se inicia a partir do lance em que o jogador 1 joga R. Para descartar resultados não razoáveis, basta eliminar todos os resultados, que estando incluídos em um sub-jogo, não sejam equilíbrios de Nash nesse subjogo. Por exemplo, no jogo acima, apesar do resultado R-1 ser um equilíbrio de Nash do subjogo representado pelo jogo inteiro, não o é no subjogo considerado a partir da decisão do jogador 2, dado que o jogador 1 escolheu R.

O resultado que seja Nash para todo e qualquer subjogo no qual o mesmo esteja incluído, será caracterizado como um equilíbrio perfeito em subjogos. Conforme Tirole (1988) esse último configura “a set of strategies for each player such that in any subgame the strategies (truncated to this subgame) form a nash equilibrium. Thus, perfection requires that strategies be in equilibrium whatever the location (understand subgame) in the game tree, and not only along the equilibrium path. A perfect equilibrium is necessarily a Nash equilibrium (take the big subgame constituted by the game itself)”.

A partir dessas noções básicas passamos à explicação do modelo.

V) O Compromisso de Cessação e o Incentivo à Infração

A partir do modelo mais geral desenvolvido na seção passada, podemos introduzir o compromisso de cessação descrito na seção II.

Suponhamos o caso extremo no qual o infrator possui a certeza plena de que o CADE se disporá, logo após iniciado o processo, a conceder um perdão temporário e condicionado baseado no compromisso de cessação. Sendo assim, o valor financeiro das penalidades esperadas “mi” se torna igual a zero. Dessa forma, a equação 4 se resumiria a:

$$U_i = F(E(t_i)) - r_i' \quad (4')$$

Isso elimina um importante inibidor da conduta anti-competitiva, pois nesse caso, maior será a probabilidade de que $U_i > 0$, e, portanto, haja incentivo à conduta anticompetitiva.

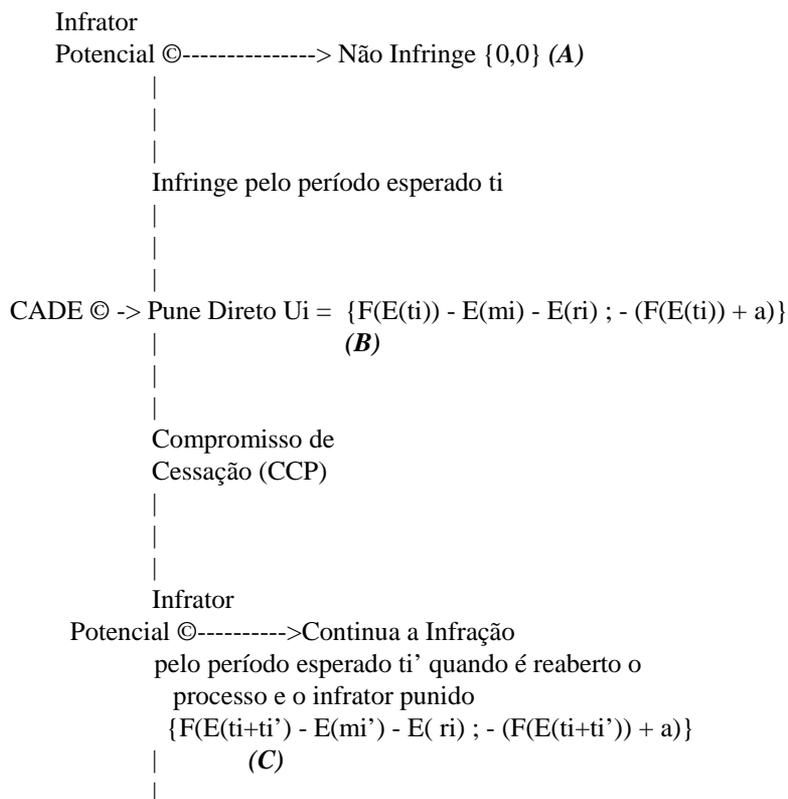
“ r_i' ” seria a queda na reputação decorrente do processo no CADE, dado que houve o compromisso de cessação. Observe-se que r_i' tende a ser menor que r_i , a redução da reputação gerada por uma condenação efetiva do infrator “ i ”. No caso extremo de falta completa de informações por parte da sociedade em geral acerca do compromisso de cessação, a assinatura do mesmo pode ser interpretada como uma confissão de culpa, mesmo não o sendo do ponto de vista jurídico. Nesse contexto específico, $r_i = r_i'$. No entanto, o caso mais normal é de que o compromisso de cessação deteriore menos a reputação do infrator que a condenação, ou seja $r_i > r_i'$, o que reduz um outro fator inibidor da conduta anticompetitiva, tornando ainda mais provável que $U_i > 0$.

Assim, o compromisso de cessação, mesmo sendo interessante “ex-post” pela rapidez com que equaciona os problemas relacionados com as condutas anticompetitivas e pelos baixos custos às partes, introduz um indesejável estímulo “ex-ante” à própria infração ao não implementar a punição. Suporemos que os benefícios “ex-post” advindos do CCP, destacados na seção II, quais sejam, “a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo”, a não necessidade dos elevados custos financeiros normalmente inflingidos a todas as partes envolvidas, dentre outros possam ser traduzidos pela constante “ H ”.

Além disso, é importante saber se mesmo após a assinatura do compromisso de cessação, o infrator será desestimulado a continuar a exercer a conduta infratora.

Podemos tratar esse problema como um jogo de equilíbrio perfeito em sub-jogos, conforme desenvolvido na seção passada na linha de Kreps (1990). O jogo na forma extensiva está exposto no Quadro I abaixo:

Quadro I - Jogo Infrator Potencial X CADE



$$\left| \begin{array}{l} \text{Cumpra o compromisso} \\ \{F(E(t_i)) - E(r_i'); H - (F(E(t_i)) + a)\} \\ (D) \end{array} \right.$$

Suposições do modelo:

- $F'E(t_i) > 0$ ²²
- $E(mi') > E(mi)$, ou seja, as penalidades para a reincidência são maiores;
- $E(ri) > E(ri')$, ou seja, a queda de reputação do infrator com punição é maior que com o CCP;
- Não há um segundo CCP, ou seja, há apenas uma possibilidade de perdão;
- A taxa de desconto entre presente e futuro é zero²³, ou seja, os agentes valorizam os dois igualmente;
- $F(E(t_i)) + a > H$, ou seja é melhor para a sociedade (e para o CADE, portanto), após ocorrida a infração, efetuar o CCP do que prosseguir o processo e punir o agente;
- Há, de fato, uma infração e o infrator potencial está consciente sobre isso²⁴;
- Não há assimetria de informação entre as partes, sendo os parâmetros do jogo conhecidos por ambos os jogadores;
- Os agentes são racionais no sentido de que convergirão para o equilíbrio perfeito em sub-jogos.

O jogo inicia com o infrator potencial decidindo se adota a prática anticompetitiva ou não. Caso não o faça, aquele obtém uma utilidade de 0, pois $F(E(t_i)) = E(mi) = E(ri) = 0$. Além disso, a utilidade do CADE, que supõe-se ser igual à dos agentes prejudicados no processo, também é 0. O jogo será finalizado nesse caso no nóculo “A”, sendo que o CADE, obviamente, nada tem a jogar se não há infração.

²² Derivada da função F em relação a t_i é positiva, o que equivale a dizer que os lucros do infrator aumentam com o período em que for efetuada a prática infrativa.

²³ Caso a taxa de desconto fosse positiva deveríamos fazer alguns ajustes no modelo que não ajudam a incrementar o poder de explicação do mesmo. Uma mudança seria, por exemplo, trocar “ r_i ” nos pay-offs acima pela expressão $t = t_i \int_{\infty}^{\infty} r_i$ (integral de r_i que vai de t_i a infinito) $r \exp(1/zt_i) dt_i$. A expressão em “C” ficaria igual a $t = t_i \int_{\infty}^{\infty} E(r') \exp(1/zt_i) dt_i = t_i + t_i' \int_{\infty}^{\infty} E(r) \exp(1/z(t_i+t_i'))$.

²⁴ Dado o baixo grau de cultura da concorrência existente no País, muitas vezes não existe nem a consciência a respeito do próprio comportamento infrator, o que foge do escopo desse modelo.

No entanto, se o infrator potencial decidir adotar a prática, o CADE será acionado e julgará após um período “*t_i*” a conduta infratora. O órgão pode adotar duas linhas de ação: Realiza todo o processo e pune o agente ou realiza um CCP com o mesmo. No primeiro caso, a utilidade do agente “*i*” será igual a $F(E(t_i)) - E(m_i) - E(r_i)$. Para os agentes prejudicados e, por conseguinte, para o CADE, é suposto que a utilidade será igual ao negativo do valor do benefício (*B_i*) do infrator mais uma constante “ $a > 0$ ”²⁵, de forma a caracterizar um jogo de soma não zero. Ou seja, os prejudicados pela conduta perdem mais que proporcionalmente aos ganhos dos infratores em termos de seus lucros. Observe-se que essa é uma hipótese bastante razoável, pois a ação do CADE em favor dos prejudicados, poderia ser considerada duvidosa no âmbito da regra da razão²⁶, caso o infrator apresentasse um resultado positivo maior que a perda dos primeiros.

O valor da utilidade do CADE será, portanto, igual a $- (F(E(t_i)) + a)$. Esse será o resultado, caso o infrator potencial adote a conduta e o CADE efetue a punição fazendo com que o jogo termine em “**B**”²⁷.

No caso de assinatura de um CCP, o jogo não pára na decisão do CADE. O infrator poderá ainda escolher se cumpre o CCP (o jogo termina em “**C**”) ou continua a cometer a infração (O jogo termina em “**D**”). No caso do agente cumprir os termos do compromisso, abandonando a prática infratora, a sua utilidade será $F(E(t_i)) - E(r_i')$. Note-se que o CCP permite uma utilidade maior ao infrator, dado que esse fica isento das penalidades. Por outro lado, o prejuízo causado à sociedade é o mesmo da situação de punição, sendo a utilidade do CADE igual a $H - (F(E(t_i)) + a)$. Note-se que a existência da variável *H* permite que o CADE não seja indiferente entre punir diretamente o infrator “*i*” e assinar o CCP, havendo cumprimento do mesmo. Caso não houvesse a variável “*H*”, o CADE seria sempre racional em punir diretamente o infrator, sem querer nunca assinar o CCP, por não observar qualquer vantagem no mesmo (o que não é o caso, dadas as considerações da seção II). O equilíbrio perfeito em sub-jogos seria sempre em “**B**”, retirando a relevância do modelo para analisar o CCP.

²⁵ Uma extensão interessante e mais realista do modelo pode ser obtida quando “*a*” depende positivamente de *t_i*.

²⁶ A “regra da razão” se contrapõe à chamada abordagem “per se”. De acordo com Salgado (1995), enquanto essa última compreende “uma proibição absoluta para certo tipo de comportamento”, na regra da razão “a agência ou as cortes observam os efeitos dos comportamentos e contrabalançam os prejuízos com os benefícios eventuais”.

²⁷ Supondo que $F(E(t_i)) > E(m_i) + E(r_i)$, de forma a que “**A**” não seja o equilíbrio perfeito em subjogos.

O infrator pode, no entanto, insistir na prática anticompetitiva. Nesse caso, supõe-se que não haverá um segundo perdão, com o CADE punindo aquele²⁸ após decorrido um período de t_i , contado a partir da assinatura do CCP. Nesse caso, o benefício do infrator será $F(E(t_i+t_i'))$. O seu custo estimado será dado pelo valor esperado da multa no caso de reincidência das práticas anticompetitivas, mesmo com o perdão do CCP “ $E(mi')$ ”, e a queda esperada na reputação “ $E(ri)$ ”, no caso de condenação. Os prejudicados e, portanto, o CADE, terão, obviamente, uma utilidade menor que em qualquer um dos casos acima comentados, dado que o tempo em que a infração é cometida, é maior (t_i+t_i'). Sendo assim, a utilidade do CADE será $-(F(E(t_i+t_i')) + a)$ e o jogo termina em “C”.

Nesse contexto, cabe avaliar qual o equilíbrio perfeito em subjogos, de forma a verificar em que condições o jogo convergirá para o melhor dos mundos para a sociedade e, por conseguinte, para o CADE, ou seja, quando o infrator potencial não inicia a conduta anticompetitiva. Além disso, é importante considerar sob que condições, dado que a infração já ocorreu, pode-se convergir para uma situação na qual o agente “i” não continua a proceder àquela prática, ou seja, em “D”.

Iniciaremos por essa segunda hipótese. Assim, para que o infrator potencial não se sinta incentivado a continuar a prática, mesmo com o CCP, $E(mi')$ deve ser suficientemente grande de forma a:

$$F(E(t_i + t_i') - E(mi') - E(ri) < F(E(t_i)) - E(ri')) \quad (6)$$

Ou seja, o ganho esperado pelo infrator ao continuar a prática anticompetitiva deve ser inferior ao ganho esperado com o cumprimento do acordo. Isso depende da expectativa de imposição de penalidades particularmente fortes no caso de reincidência (mi'), pela diferença entre as quedas de reputação com com ($E(ri')$) e sem ($E(ri)$) cumprimento do CCP e pela agilidade do CADE e prontidão dos agentes prejudicados em detectar a continuidade da infração, de forma a reduzir $E(t_i')$. Caso a desigualdade (6) ocorra, o CCP será um instrumento desejável “ex-post”, dado que o equilíbrio perfeito em sub-jogos é “C”.

²⁸ Na suposição de um segundo perdão, o jogo continua com o infrator decidindo novamente se cumpre ou não o compromisso. No limite, o jogo pode se tornar infinito. Se fosse levada em conta uma taxa de desconto do futuro e se as punições esperadas fossem suficientemente pequenas, o CCP embutiria um claro incentivo à infração.

O mais importante, no entanto, é convergir para uma situação em que não haja estímulo algum à infração, com um equilíbrio perfeito em subjugos estabelecido em “A”. O problema é que, mesmo com a equação (6) sendo observada, o infrator poderá ainda ter incentivo a iniciar a infração, sabendo que será perdoado. Dessa forma, é importante também que o instrumento do CCP também seja desejável “ex-ante”. Para isso, a equação 7 abaixo deve ser respeitada:

$$F(E(ti)) < E(ri') \quad (7)$$

Ou seja, para que o agente não tenha a perspectiva do CCP como um incentivo a cometer a infração, a queda esperada na reputação $E(ri')$ com CCP deve ser suficientemente grande em relação ao tempo esperado de permanência da infração. Nesse contexto, para que o CCP não gere um incentivo “ex-ante” para a infração, deve o SBDC ser muito ágil na localização e punição da mesma, reduzindo “ti”. Além disso, cumpre um papel de destaque à difusão da cultura de concorrência, de forma a permitir aos agentes prejudicados, maior rapidez em denunciar as infrações e defender seus direitos. Cumprida a equação (7), o CCP terá as virtudes enunciadas na seção II, mas sem esse importante defeito possível que é o virtual incentivo ao início da prática anticompetitiva.

Fica nítido, no entanto, por essa condição, o quão difícil é a obtenção do equilíbrio em “A”, no qual não há incentivo “ex-ante” à infração.

Enfim, vale observar que, independente do CCP, é fundamental que o SBDC viabilize um desincentivo à infração, assegurando que o equilíbrio perfeito em subjugos seja em A e não em B. Para tanto $E(mi)$ deve ser suficientemente grande e $E(ti)$ suficientemente pequeno para que:

$$E(mi) + E(ri) > F(E(ti)) \quad (8)$$

Ou seja, o agente não deve preferir o resultado final com punição à situação de não infração. Esse é um resultado também difícil na atual conjuntura brasileira. As multas até agora empreendidas tem sido mínimas (cerca de US\$ 5 mil), além de estarem sendo pouco utilizadas, tendo-se restringido o CADE, muitas vezes, a meras determinações para se finalizar a prática, mesmo quando se comprova a procedência da infração²⁹.

²⁹ Dadas as deficiências verificadas na investigação dos processos enviados ao CADE, o percentual de casos considerados procedentes tem sido pequeno.

De qualquer forma, cumpridas as condições estabelecidas nas desigualdades 6,7 e 8, atingir-se-á o equilíbrio perfeito em subjogos em “A”, que é o resultado mais desejável para a sociedade e para o CADE.

Por outro lado, como $E(ri) > E(ri')$ e $E(mi) > 0$, se a condição (7) for satisfeita, a condição (8) também o será. Sendo assim, para atingir-se o equilíbrio perfeito em subjogos em “A”, bastam as condições (6) e (7).

V) Conclusões

As considerações acima apontadas são contundentes no sentido de demonstrar que o instrumento do CCP deve ser utilizado com parcimônia e cautela. Caso o CCP se torne uma prática recorrente, o mesmo poderá gerar um forte incentivo à infração “ex-ante”. O CCP seria visto como uma perspectiva de perdão que torna lucrativa a prática infratora.

Demonstra-se no modelo desenvolvido nesse artigo, a importância de variáveis como a difusão da cultura da concorrência no País (o que envolve uma importante variável de “marketing” do papel do CADE frente à sociedade) e a agilização do andamento dos processos no órgão. A importância das penalidades e, principalmente, da expectativa dos potenciais agentes infratores sobre elas, também é notável e isso está completamente vinculado ao grau de credibilidade do CADE e à proficiência de seu corpo técnico.

No entanto, as condições apontadas para que o CCP não se constitua em incentivo à infração “ex-ante” são bastante frágeis. Especialmente a condição (7) que estabelece a necessidade de que a expectativa de queda na reputação com o CCP $E(ri')$ seja maior que o diferencial de lucros líquidos esperados com a infração $F(Eti)$.

De qualquer forma, o Compromisso de Cessação de Prática (CCP) pode vir a se constituir em importante instrumento da política de defesa da concorrência, se respeitadas determinadas condições. Setores onde as práticas anticompetitivas são difíceis de detectar, gerando valores altos tanto de $E(ti)$ como de $E(ti')$, por exemplo, não devem ser candidatas ao CCP.

Enfim, a experiência com o CCP ainda é muito exígua, tendo sido assinados apenas 2 CCPs desde a introdução do instrumento na Lei em 1994, nos setores citrícola e de fertilizantes. É difícil ainda avaliar em que grau os empresários desses setores cometeram, de fato, as infrações alegadas e mais irrealista ainda supor que os mesmos sabiam que as mesmas ações apresentavam problemas concorrenciais.

Além disso, a regra da razão torna a fronteira do que deve ser punido e o que não deve mais fluido. Por exemplo, Furquim (1996) argumenta que um importante arranjo desenvolvido ao longo do tempo no setor citrícola, chamado de contrato padrão entre industriais e produtores rurais foi resultado de um contínuo aprendizado no sentido das partes reduzirem seus custos de transação. Essa prática, no entanto, foi proibida no CCP estabelecido pelo CADE por ter sido interpretado como um indutor a práticas concertadas o que constitui uma prática infrativa.

Sendo assim, a verificação empírica do modelo apenas poderá se verificar após a internalização dos aspectos concorrenciais pelos agentes econômicos na sua estrutura de decisões, o que ocorrerá após consolidado o processo de difusão da cultura da concorrência no Brasil.

Bibliografia

Furquim,P.A . : “Integração Vertical e Barganha”. Tese de Doutorado. Dep. De Economia -USP - 1996.

Kreps,D.: “Microeconomic Theory”. Chapter 12 Pg 423.

Mallard,N.T.: Voto do Processo Administrativo N° 08000-061384/94-11-Votufértil contra Ultrafértil e outros no CADE - 1994

Ministério da Justiça - Secretaria de Direito Econômico - : “Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica” - Brasília - DF (1995).

Salgado, L.H.: “Política de Concorrência: Tendências Recentes e o Estado da Arte no Brasil”. Texto para Discussão N 385 IPEA- Outubro de 1995.

Simonsen,M.H.: “Rational Expectations and Income Policies”. FGV 1986.

Tirole,J.: “The Theory of Industrial Organization”. MIT press. 1988.

Viscusi, W.K., Vernon, J. M., Harrington, J.E. Economics of Regulation and Antitrust. Second Edition 1995 (First Edition 1992). MIT Press.

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE****ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 58/95**

Requentes: Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, INC

Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro

Decisão

O Plenário, por maioria, aprovou a operação desde que aceitas pelas Requerentes as condições estabelecidas no voto do Relator.

Decidiu, ainda, por maioria, que não sendo aceitas as condições, deverão as Requerentes apresentar ao CADE prova da exclusão da República Federativa do Brasil do Escopo Territorial do contrato, bem como da rescisão dos contratos e dos acordos.

E, por fim, decidiu, também por maioria, que o não cumprimento da decisão constitui infração, sujeitando as Requerentes, individualmente consideradas, ao pagamento de multa diária no valor de R \$ 50.000 (cinquenta mil reais).

Vencidos o Conselheiro Arthur Barrionuevo e o Presidente Gesner Oliveira que votaram pela aprovação da operação, sem redução do prazo de duração da “joint-venture”, eliminadas as cláusulas anticoncorrenciais dos contratos e acordos.

Integra do Relatório e dos votos proferidos no Ato de Concentração n.º 58/95

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR RENAULT DE FREITAS CASTRO

Relatório

1. Da Operação

Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M1855, Inc. submetem à apreciação do CADE um conjunto de instrumentos contratuais firmados entre si com vistas à constituição e operação de uma “joint venture” denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA. - MILLER.

Assim, a primeira e a segunda empresas, por meio de instrumentos singulares, estabeleceram uma aliança estratégica, constituindo, para tanto, uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, em que são sócios, em igualdade de condições, a Brahma e a Miller Brewing 1885, Inc., esta subsidiária integral da Miller Brewing Company - MBC.

Constituída em 28.09.95, a nova empresa tem por objeto social a fabricação, importação e exportação de produtos comestíveis e bebidas em geral; a exploração de suas próprias marcas ou de marcas licenciadas, por seu intermédio ou de terceiros; a prestação de serviços de assistência técnica a produtores de cerveja; a execução das atividades complementares ao objeto social ; a representação de empresas estrangeiras e brasileiras, e, ainda, a participação em outras sociedades.

Abaixo, encontram-se relacionados os instrumentos contratuais que possibilitaram a criação e a operação da “joint venture”:

* Com a colaboração técnica do Economista Marcelo Monteiro Soares, Assessor Especial do CADE.

a) Associação Internacional: MBC e Brahma firmaram acordo de cooperação objetivando o desenvolvimento de possibilidades comerciais para importação, produção sob licença, distribuição, marketing e venda de certos produtos Miller na América do Sul e, apenas para fins de investimentos participações acionárias (“equity investment”), na África do Sul, tendo sido acordado também participação igualitária em sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

b) Acordo de Associação de Empresas: MBC e Brahma firmaram contrato, intitulado de “joint venture” com a finalidade de estabelecer os termos concernentes à constituição, ao exercício e à organização de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada, tendo por “objeto principal a importação de cerveja Miller e sua comercialização no Brasil”.

c) Acordo de Produção Licenciada: Contrato firmado entre a MBC e a nova empresa através do qual a primeira cede à segunda os direitos exclusivos de produção da "cerveja Miller licenciada", podendo ainda produzi-la e vendê-la em todo o País.

d) Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização: MBC e Miller Brewing do Brasil Ltda. assinaram contrato mediante o qual a primeira cede à segunda os direitos exclusivos de aquisição, para todo o território nacional, da cerveja Miller importada, estabelecendo os termos para importação, distribuição e marketing, cedendo também os direitos da "cerveja Miller licenciada" que a "joint venture" vier a produzir no País.

e) Acordo de Transferência de Tecnologia: Contrato firmado entre a MBC e a nova empresa para transferência de tecnologia de produção da cerveja Miller licenciada", direito este que foi estendido à Brahma na eventualidade desta empresa vir a produzir aquele tipo de cerveja.

f) Acordo de Produção: Brahma e Miller do Brasil firmaram contrato de produção e de assistência de distribuição, estipulando que a Brahma poderá vir a produzir e a envasar a "cerveja Miller licenciada", observadas as encomendas a serem efetuadas exclusivamente pela nova empresa. De igual modo, foi estipulado neste instrumento que a Brahma prestará à Miller do Brasil assistência para distribuição da cerveja que esta comercializar.

Os cinco Acordos de caráter específico (de Associação de Empresas; de Produção Licenciada; de Importação, Distribuição e Comercialização; de Transferência de Tecnologia e de Produção) foram firmados em 28 de setembro de 1995 e tem vigência até 31 de dezembro de 2010, ou até a data de rescisão do Acordo de Associação de Empresas, sendo a vigência deste condicionada ao cumprimento de certas metas de desempenho.

O acordo de cooperação denominado "Associação Internacional" (Acordo para Formar uma Associação Internacional), diferentemente dos demais, tem vigência enquanto os Acordos específicos acima referidos permanecerem válidos e não tiverem sido rescindidos. Ressalte-se que o Acordo para Formar uma Associação Internacional é o que consubstancia a decisão estratégica das Empresas de cooperarem entre si por intermédio da formação de uma "joint venture", sendo, portanto, o instrumento principal (acordo guarda-chuva) dessa operação.

A despeito dos prazos acima mencionados, é importante registrar que o período de 15 anos acima mencionado, referente à vigência de instrumentos formais, não traduz necessariamente a perspectiva de duração da aliança do ponto de vista estratégico, como demonstra a seguinte declaração das Requerentes, em resposta a pergunta sobre a perspectiva de duração da "joint venture", por ocasião de audiência realizada no CADE: "Realmente, o prazo é quase indefinido nesse momento. Obviamente as duas companhias se permitem suas devidas cláusulas de escape, mas hoje o prazo e a motivação são indefinidos" (fls.)(grifei).

Das Interessadas

Miller Brewing Company E Miller Brewing M 1885, Inc.

Miller Brewing M1885, Inc. integra o grupo americano Philip Morris Companies, sendo subsidiária integral da Miller Brewing Company.

Trata-se da segunda maior cervejaria dos EUA e terceira cervejaria do mundo em vendas físicas (73,3 milhões de hectolitros em 1994), superada apenas pela norte-americana Anheuser-Bush (140,7 milhões) e pela holandesa Heineken (81,9 milhões de hectolitros).

A MBC e a M1885 possuem participações em diversas empresas produtoras de cerveja, destacando-se a Five Star Breweries e a Three Ring Brewery, na China, e a Cervejaria Americana, na Costa Rica. No Japão, a MBC associou-se (“joint venture”) à Asahi Breweries para produção da cerveja Miller Special e importação desta cerveja dos EUA. No Reino Unido, a MBC possui acordo de produção licenciada com a Scottish Courage Brewery para produção da Miller pilsen.

Ressalte-se que nem a MBC nem a M1885 encontram-se estabelecidas no Brasil e que a oferta de suas marcas no mercado brasileiro ocorria por meio de importações. A participação do grupo Philip Morris no País ocorre em outras atividades econômicas que não a de produção e comercialização de cervejas (tabaco, chocolates, sorvetes e outros produtos alimentícios).

Companhia Cervejaria Brahma - Ccb

Trata-se de grupo empresarial de capital aberto que opera nos segmentos de bebidas, têxtil, comércio varejista e no setor financeiro. Foi fundado em 1904, possui sede no Rio de Janeiro - RJ, atuando em todo o território nacional, através de filiais e associadas.

O capital da Brahma tem como controladores a ECAP - Empresa de Consórcio, Administração e Participações (28,37%), BRACO S.A. (19,19%), Fundação Assistencial Brahma (9,95%), Banco Central de Previdência Privada - CENTRUS (5,67%), Marcel Herman Telles (5,4%) e outros (31,33%).

A Brahma possui participação no capital de outras empresas no País e no exterior. Seus investimentos no exterior, no período 1990/95, alcançaram US\$ 272 milhões, concentrados principalmente na Argentina, no Uruguai e na Venezuela.

No mercado externo, a empresa opera através do sistema de franquia, implantando suas próprias unidades produtivas, ou mediante a aquisição de controle acionário de indústrias locais (Venezuela). As exportações são realizadas via distribuidores regionais que, por sua vez, repassam para a rede varejista.

No Brasil, a Brahma e sua coligada Skol produzem 12 marcas de cervejas e possuem 16 fábricas em operação só de cervejas e 4 mistas (refrigerantes e cervejas) totalizando uma capacidade instalada de 59,97 milhões de hectolitros. Tal estrutura produtiva, permitiu ao grupo produzir

cerca de 35,5 milhões de hectolitros de cerveja em 1995, correspondentes a cerca de 49% da demanda nacional naquele ano .

Segundo estudo recentemente realizado pelo BNDES (“Cerveja: um mercado em expansão”, set. 96), “[a] perda da primeira posição da marca Brahma, no final de 1994, por falta de capacidade produtiva para acompanhar o rápido crescimento da demanda, levou a empresa a construir, em Campo Grande-RJ, a maior fábrica da América Latina, cuja capacidade anual alcançará a marca de 1,2 bilhão de litros de cerveja e 500 milhões de litros de refrigerantes. A Antártica, sua principal concorrente, inaugurou, em janeiro de 1996, a ampliação da unidade Jacarepaguá-RJ, que passou a produzir 600 milhões de litros a.a.”

Conforme se observa no Relatório Anual da Brahma de 1994, o mercado, que vinha se expandindo no primeiro semestre a taxas próximas de 10%, no segundo semestre, cresceu 20% em relação a aquele período, o que esgotou a capacidade produtiva da empresa, permitindo que fosse cedido “market share” aos concorrentes.

A partir de então, a Brahma tem desenvolvido uma política agressiva, implementando expressivo programa de investimentos, que, somente em 1996, excetuando-se marketing, alcançou US\$ 340 milhões. Atualmente, sua estratégia de investimentos encontra-se direcionada para a execução de projetos voltados para implantação, expansão e modernização de seu parque fabril, nos Estados de Sergipe, Maranhão, São Paulo e Goiás.

A exemplo do ocorrido com a capacidade produtiva, a perda de “market share” no segundo semestre de 1994 fez com que a empresa elevasse substancialmente os seus gastos com publicidade e marketing, que atingiram US\$ 200 milhões em 1996.

No que respeita à aquisição de matérias-primas, a empresa supre parte de suas necessidades com a produção de maltearias do próprio grupo, localizadas no Rio Grande do Sul (2), na Argentina e no Uruguai.

O sistema de distribuição utilizado pela Brahma é constituído por uma rede integrada por 700 revendedores autorizados que suprem cerca de 1 milhão de pontos de venda distribuídos por todo o País.

O faturamento total da Brahma (excluída a Skol), alcançou US\$ 1,9 bilhão em 1992, expandiu-se para US\$ 3,6 bilhões em 1994, atingindo US\$ 5,5 bilhões em 1996. Em média, a venda de cervejas representa cerca de 85% desse montante, sendo o restante representado pelas vendas de refrigerantes.

A partir de 1990, a empresa vem desenvolvendo intenso processo de racionalização administrativa e de reengenharia, na busca da promoção de eficiências (Programa de Qualidade Total), o que tem permitido alcançar resultados expressivos (como por exemplo, o aumento de produtividade de

1.000 para 2.500 hectolitros/homem), permitindo que a Brahma opere com “um dos custos mais baixos do mundo” (fls.).

Paralelamente, está sendo implementado “Programa de Excelência”, envolvendo a rede de distribuição, objetivando elevar os padrões de desempenho dos revendedores. Esse Programa tem sido questionado, inclusive judicialmente, por diversos revendedores, descontentes com a introdução de obrigações que, alegadamente, não constavam do contrato e que requerem elevados investimentos.

Segundo a “Associação Nacional dos Ex-Revendedores Brahma-Skol”, existem cerca de 100 ações judiciais visando obter indenização pelo rompimento de contrato de revenda, visto que aqueles revendedores que não conseguem atingir resultados satisfatórios têm o contrato denunciado. A Associação entende que houve uma operação direcionada à substituição das vendas menores por aquelas com grande capacidade de distribuição (Revista EXAME, jan/96, e Gazeta Mercantil de 28.01.96).

A Brahma contesta, argumentando que não há qualquer relação da recente decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (favorável a um ex-revendedor que teve o contrato rompido) com o Programa de Excelência implementado pela Empresa, já que para aqueles revendedores que não alcançam os níveis de desempenho esperados é destinado um plano de recuperação e assistência técnica. Alega, ainda, que está contestando 71 ações de ex-revendedores, e que “apenas 47 são da época de implantação do referido programa”.

3. Da Motivação Do Negócio

As Requerentes informam que “a opção estratégica” das grandes cervejarias nacionais, diante do “desafio de conquistar o mercado continental” foi a de “associarem-se a cervejarias estrangeiras”, com o objetivo de “criar, em curto espaço de tempo, resposta à demanda dos nichos de mercado, que refloresceu com o fim do controle de preços e é presentemente estimulada com a estabilidade econômica” (fls.).

Assinalam, ainda, as Requerentes, como aspecto significativo do Ato, “o fato de que a [Brahma], que já ingressou no mercado sul americano, nele passará a contar também com uma brand especial, a ‘Miller Genuine Draft’” (fls.).

4. Dos Pareceres Técnicos

4.1. Da Secretaria De Acompanhamento Econômico - SEAE/MF

O parecer da SEAE, emitido em 30.04.96, analisa o mercado, examina as estruturas de oferta e de demanda e os tipos de cerveja existentes no País.

O mercado relevante foi entendido como o de cerveja, considerando que “os diversos ‘brands’ de cerveja têm elevado grau de substituição entre si, por apresentarem especificidades semelhantes”. O mercado geográfico, por sua vez, foi definido como o brasileiro, por serem inexpressivas as importações e as exportações.

Considera a SEAE que a operação não resultará em qualquer aumento do grau de concentração e não alterará o vigor concorrencial do mercado, uma vez que a Miller Brewing Company e a sua subsidiária, a Miller Brewing 1885, não atuavam no País até então.

Assinala, ainda, aquela Secretaria que a operação aumentará a competição com fabricantes do mesmo porte que operam no mercado brasileiro, como a Antártica/Anheuser-Bush e a Kaiser/Heineken (observe-se que a “joint venture” entre a Skol e a Carlsberg é posterior ao parecer em questão).

Com fundamento em tais aspectos, considera a SEAE que a operação é passível de aprovação.

4.2. Secretaria De Direito Econômico -SDE

A SDE examinou diversos aspectos atinentes à operação, assinalando que o produto a ser introduzido no País possui uma característica distintiva (não ser pasteurizada e sofrer microfiltração a frio) que permite intitulá-la “chope engarrafado”. Tal tipo de cerveja teria como consumidores um nicho de mercado constituído pelas classes de renda mais elevadas.

Observou, também, que, mais recentemente, tem sido comum encontrar nos pontos de venda diversas marcas de cervejas importadas. Essas importações têm ocorrido em razão das reduções das tarifas de importação efetuadas em 1994 e em 1995, aliado ao fato de que algumas cervejarias internacionais acumulam elevados estoques em determinadas épocas do ano, “desovando-os” no Brasil, notadamente no período de verão.

Ao calcular o índice de concentração do mercado, utilizando o HHI, assinalou a SDE que, a par de o mercado apresentar-se altamente concentrado (2.508 pontos), não haveria aumento de concentração, visto que a Miller anteriormente não operava no Brasil.

Considerou aquela Secretaria que a criação da “joint venture” constituiu-se em política mercadológica adotada pela Brahma e Miller para fazer frente às concorrentes que também estão firmando alianças estratégicas com grandes fabricantes internacionais. Assim, dadas as barreiras existentes no mercado em termos do seu elevado grau de concentração; os vultosos recursos requeridos em publicidade e marketing; o tempo necessário para se implantar uma unidade fabril e fixar uma marca no mercado; e as dificuldades

para se estruturar uma rede de distribuição com alcance em todo o País; a alternativa adotada pela Miller apresentou-se como a mais exequível.

Observou a SDE que, em razão da operação não resultar em expansão da capacidade produtiva (“não configurar aumento de capacidade instalada”), a princípio, não poderia ser caracterizada com um ato de concentração econômica. Tal entendimento, entretanto, não prosperou, visto que a própria SDE verificou que um dos contratos firmados prevê o início da produção da cerveja Miller Genuine Draft no País pela nova empresa. A Secretaria sugeriu, então, a aprovação da operação.

4.3. Procuradoria do CADE

A Procuradora-Geral do CADE, Dra. Marusa Freire, em parecer de fls. 1.440/1.445, entendeu, em síntese, que a operação tem, como resultado imediato, benefícios ao consumidor como o aumento do número de marcas e a oferta de produtos antes importados. Em um segundo momento, no entanto, passa a ser “danosa ao regular funcionamento do mercado” por facilitar a manutenção da estrutura oligopolizada, “criando dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas concorrentes, particularmente de pequenas cervejarias e microcervejarias regionais”, além de “viabilizar a prática de condutas uniformes por potenciais concorrentes.”

Entende, ainda, a ilustre Procuradora-Geral que “as eficiências apresentadas pelas Requerentes não são suficientes para assegurar as condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94, que viabilizariam a sua aprovação pelo CADE sem restrições.”

Conclui, ao final, por sugerir ao Conselheiro-Relator que “imponha restrições [à] aprovação [da operação], de modo a enquadrá-la dentro dos limites e condições legalmente exigidos.”

5. Mercado Mundial de Cerveja: estrutura, dinâmica e tendências

A título ilustrativo e com o objetivo de fornecer aos dignos Membros deste Colegiado informações relevantes sobre o desempenho e as transformações que estão ocorrendo no mercado internacional de cerveja, a seguir, são apresentadas considerações apoiadas em estudo realizado pelo BNDES (OLIVEIRA, M. H., Cerveja: Um Mercado em Expansão, in BNDES Setorial, setembro/96, p.3-18) e em matérias publicadas no jornal Gazeta Mercantil (citando artigos do Financial Times, “No caminho da globalização: cervejas européias migram para a América e Ásia”, e de The Economist, “Um novo perfil para as cervejas”).

A produção mundial de cerveja atingiu 1.218 milhões de hectolitros em 1994, aparecendo os EUA como maior produtor, com aproximadamente 20%, seguido da China (12%), da Alemanha (10%), do Japão (6%), do Brasil (5%) e da Grã-Bretanha (4,5%).

O mercado internacional, embora apresentando certa estabilidade, tem se caracterizado pela ocorrência de situações bastantes distintas em termos de desempenhos regionais. Assim, em 1994, enquanto a produção mundial crescia a uma taxa de 1,5% e os mercados norte-americano e de vários países da Europa (Inglaterra, França, Bélgica e Austrália) permaneciam estáticos ou declinantes, os mercados da América Latina e da China se expandiam a taxas elevadas, alcançando, respectivamente, 5% e 10% ao ano.

Relativamente ao consumo per capita, tem-se a República Checa (162 l/hab.), a Alemanha (140), o Reino Unido (103), Holanda (86) e os EUA (85) como os mais expressivos consumidores. No Brasil, o consumo per capita ainda é baixo, embora tenha se expandido acentuadamente nos últimos anos, passando de 38 l/hab. para 48 l/hab., um crescimento de 26%, em razão, provavelmente, da estabilização da economia e do aumento do consumo pelas classes de menor renda.

No que respeita ao nível de concentração desses mercados, conforme ressaltado no citado estudo do BNDES, “[o] setor cervejeiro da América Latina possui uma estrutura oligopolizada, com poucas empresas dividindo o mercado de cada país, ao contrário do que ocorre na Europa, onde predominam as pequenas cervejarias. No Brasil, a Companhia Cervejaria Brahma, incluindo a marca Skol, e a Companhia Antártica Paulista são responsáveis por 78,5% do consumo nacional.”

Quanto a marcas, cabe ressaltar que a produção das dez maiores empresas mundiais, em 1994, não alcançava 50 % da oferta global. Dentre as marcas de cervejas mais consumidas no mundo, tem-se a norte-americana Budweiser (68,8 milhões de hectolitros), seguida da japonesa Kirin (26,7), da também norte-americana Bud Light (26,4) e das brasileiras Brahma Chopp (25,8) e Antártica (25,3 milhões de hectolitros).

O quadro a seguir apresenta relação das 15 maiores cervejarias mundiais em 1994. Dentre outros aspectos, é possível constatar que a produção da Anheuser-Bush (Budweiser), da ordem de 140 milhões de hectolitros/ano, representava, à época, mais do que duas vezes a produção global brasileira

Maiores Cervejarias Mundiais - 1994

RANKING	EMPRESA	PAÍS DE ORIGEM	PRODUÇÃO EM MILHÕES DE HECTOLITROS
1	Anheuser-Bush, Inc.	EUA	140,7
2	Heineken NV	HOLANDA	81,9
3	Miller Brewing Co.	EUA	73,3
4	Kirin Brewery Co.	JAPÃO	48,3

5	Forester's Brewing Group	AUSTRÁLIA	46,7
6	South African Brewery Ltd.	ÁFRICA DO SUL	45,3
7	Carlsberg A/S	DINAMARCA	40,9
8	Companhia Cervejaria Brahma	BRASIL	40,7
9	Danone Group	FRANÇA	37,7
10	Cerveceria Modelo AS	MÉXICO	34,2
11	Santo Domingo Group	COLÔMBIA	33,7
12	Coors Brewing Co.	EUA	33,1
13	Guinness PLC	REINO UNIDO	32,6
14	Femsa	MÉXICO	26,9
15	Companhia Antártica Paulista	BRASIL	26,9

Fonte: Impact International, Company Reports and Salomon Brothers Inc.

Informações do “The U.S. Beer Market Impact Databank Review and Forecast”, relativas a 1996, indicam que a Anheuser-Bush teria uma participação no mercado mundial da ordem de 8,3%, seguida da Heineken (5,0%), Miller (4,2%), South African (2,8%), Interbrew (2,7%), Kirin (2,6%), Carlsberg (2,5%), Forester's (2,1%) e Coors (2,1%).

Relativamente ao comportamento dos mercados, informações mais recentes (1996) dão conta de que crescimentos ainda mais expressivos do que os anteriormente mencionados têm ocorrido na China e na América Latina. Tais incrementos, aliados à dimensão do mercado chinês, têm levado alguns analistas do setor a afirmarem que o consumo da China deverá ultrapassar o dos Estados Unidos, tornando-se aquele país o maior consumidor mundial nos próximos cinco anos.

O mercado norte-americano, que representa aproximadamente 20% do mundial, encontra-se estagnado e vem experimentando um movimento de substituição do consumo de cervejas populares por outros tipos inovadores, como a “ice”, bem como por cervejas produzidas por microcervejarias.

A Anheuser-Bush detém 44,8% de participação no mercado norte-americano e as suas duas marcas (Budweiser e Bud Light) são, respectivamente, a primeira e a segunda mais vendidas naquele país, seguida da Miller, com cerca de 22%, da Coors, com 8%, com os restantes 3,2% divididos entre centenas de marcas de menor expressão no mercado.

No Japão, o mercado é dividido praticamente entre três marcas: Kirin, Asahi e Sapporo. No Canadá são encontradas basicamente a Labash e a Molson, sendo que, no México, a Modelo e a Femsa predominam.

Na Alemanha, país de grande tradição no mercado cervejeiro, as 1.250 cervejarias existentes atravessam intenso processo de fusões, em

decorrência, principalmente, da estagnação do consumo e do excesso de capacidade de suas unidades produtivas que se encontram parcialmente ociosas.

Considerando, de um lado, que na maioria dos países desenvolvidos o mercado de cerveja apresenta-se em queda e, de outro, que na Ásia e América Latina os mercados encontram-se em expansão e possuem grande potencial de crescimento, as maiores cervejarias européias e norte-americanas estão estendendo-se rumo a essas regiões.

Segundo artigo publicado no jornal Financial Times em 1995 (fl.), “as grandes companhias cervejeiras estão ansiosas

para se aproveitar dos mercados em crescimento no mundo em desenvolvimento e revigorar mercados maduros de cerveja com marcas “premium” e produtos inovadores, tais como as cervejas “ice”, nas quais cristais de gelo removem impurezas durante a fermentação para criar uma cerveja suave”...“Marcas premium internacionais são fundamentais para se agarrar consumidores entediados em mercados em estagnação na Europa e nos Estados Unidos e conquistar novos bebedores em mercados em expansão na Ásia e na América Latina.”

Relativamente a esse movimento migratório, vale observar que, até o final da Segunda Grande Guerra, a única empresa que apresentava características de internacionalização de suas atividades era a Guinness (irlandesa). A partir de 1945, a Heineken (holandesa), seguida da Carlsberg (dinamarquesa), buscou transformar suas cervejas em marcas internacionais, o que conseguiu com sucesso, já que essa marca está presente em cerca de 60 países e as vendas externas da empresa representam a maior parte de seu faturamento.

Mais recentemente, outras empresas têm adotado uma postura agressiva para expansão de seus negócios no exterior, destacando-se as norte-americanas Anheuser-Bush e Miller Brewing que, juntas, detêm cerca de 70% do mercado doméstico dos EUA.

A primeira adotou como estratégia de ingresso a aquisição de participações em empresas chinesas e japonesas e em grandes cervejarias do México, da Argentina (CCU) e do Brasil (Antártica). Em 1996, adquiriu o controle de uma cervejaria na Inglaterra, de propriedade da Courage, e firmou acordo operacional com a Modelo, fabricante da marca Corona, no México.

A Miller Brewing, por sua vez, associou-se à Brahma em 1995; em 1996 anunciou investimentos de US\$ 100 milhões na Five Star Brewery (a maior cervejaria da China), tendo se aliado à também chinesa Three Ring Brewery. Na Costa Rica, a Miller participa com 20% da Molson Brewery; no Japão, constituiu “joint venture” com a Asahi Brewery e, no Reino Unido, possui acordo de produção com a Scottish Courace Brewery.

Assim, se até há alguns anos atrás, uma das características marcantes do mercado mundial de cerveja era o fato de que as empresas dirigiam sua produção para o mercado doméstico, exportando pequenos excedentes, o que se constata atualmente, com relação às estratégias mercadológicas de empresas com atuações globais, é a agressiva penetração em mercados novos e promissores, buscando fixar suas marcas.

A estratégia de ingresso, quando a empresa deseja efetivamente fixar a marca em um determinado mercado e não somente operar de forma incidental (exportando excedentes sazonais), se inicia, na maioria das vezes, com exportações continuadas, apoiadas por publicidade e marketing, evolui posteriormente para uma produção licenciada a uma empresa local, e assume, posteriormente, a forma de participação ou controle acionário. O caso da Anheuser-Bush/Antártica no Brasil mostra que a aquisição de participação acionária pode também anteceder à produção licenciada.

Quanto a esse intrincado processo de participações e associações, observa o citado artigo do Financial Times: “A rede de ligações entre as cervejarias está se tornando extremamente complicada. Colegas em um mercado tornam-se concorrentes em outros. A Guinness distribui a Bass nos Estados Unidos, mas as suas cervejas “stout” (preta) competem no Reino Unido. [...] Isso é tão misturado quanto uma luta de polvos, diz Mac Donough, da Miller. As cervejarias do mundo não têm amigos ou inimigos permanentes: elas têm interesses permanentes em ganhar dinheiro.”

O lema adotado pela grande maioria dessas empresas nesse processo de atuação global tem sido “o de não gastar demais”. Tal conduta decorre de experiências mal-sucedidas na década de 80, quando algumas cervejarias cometeram enganos que se mostraram dispendiosos, como a Guinness e a Forester’s ao realizarem aquisições a preços elevados na Espanha e no Reino Unido. Experiência de conseqüências ainda mais desastrosas ocorreu com as empresas australianas IXL e Bond Corporation que amargaram grandes prejuízos ao adquirirem cervejarias nos EUA, no Canadá e na Grã-Bretanha.

Não obstante o fato de ser a cautela uma característica da quase totalidade delas, constata-se, igualmente, a ocorrência de políticas agressivas como a adotada pela AB na China, onde essa Empresa está estruturando um amplo e ousado sistema de comercialização para efetuar a distribuição da Budweiser naquele mercado continental. Essa decisão parece sinalizar que as grandes empresas dos EUA, em razão da retração do mercado norte-americano de cervejas comuns, pretendem rapidamente penetrar e conquistar outros mercados, de maneira a maximizar a utilização de suas capacidades produtivas, evitando, desta forma, a ocorrência de ineficiências e a perda de competitividade decorrentes da ociosidade de seus parques fabris.

Por requerer substanciais investimentos para implantar unidades produtivas, bem como pesados gastos para a estruturação de sistema de distribuição e para a realização de campanhas de publicidade e marketing, a

entrada efetiva dessas empresas em mercados mais maduros, onde existem marcas fortemente estabelecidas, faz com que as grandes empresas internacionais somente se disponham a instalar-se, construindo unidades produtivas, após firmarem sua marca naquele mercado, ou seja, decorrido o tempo necessário para o desenvolvimento do produto e a fixação da marca junto ao consumidor. E, como uma das formas de atingir esse objetivo, buscam operar em nichos de mercado insuficientemente atendidos pela produção local, como, por exemplo, o das cervejas tipo premium.

6. Mercado Relevante

A seguir, será apresentada uma análise da delimitação do mercado afetado pela operação em questão, seja em relação ao produto relevante, seja no que respeita ao seu espaço geográfico.

No sentido de colher elementos que pudessem subsidiar-me na correta caracterização do mercado relevante, em particular, e da própria operação como um todo, examinei algumas publicações nacionais e internacionais especializadas em cervejas como o “The New World Guide to Beer” e o “The Beer Enthusiast’s Guide”, promovi audiência com as interessadas e visitei uma unidade produtiva da Brahma, onde é fabricada a Miller Genuine Draft e os vários tipos de cervejas Skol e Brahma.

De igual modo, procurei analisar a jurisprudência estrangeira, tendo identificado, entre outros fatos interessantes, que operação similar foi realizada em 1994, na Bélgica, entre as empresas Carlsberg e Interbrew, tendo sido aprovada com restrições pela Comissão Européia.

6.1. Conceitos Importantes

Primeiramente, é preciso deixar claro que, como no resto do mundo, a grande maioria da cerveja produzida no Brasil, cerca de 97% do total, é do tipo “pilsen” ou “pilsener”, tipo que se caracteriza por ser de baixa fermentação, médio teor alcoólico e de cor clara. Os demais tipos aqui produzidos em pequena escala (cerca de 3% do total) são principalmente o “bock” (cerveja mais escura e mais forte) e o “stout” (cerveja preta).

A representatividade do tipo “pilsen” do lado da demanda é semelhante, sendo esse tipo responsável por cerca de 93% do consumo brasileiro de cerveja, correspondendo a parcela restante a “franjas de mercado” onde se acomodam vários tipos de cerveja, como as extras, a light, a bock, a “ice”, a sem álcool etc.

Em segundo lugar, cabe uma pequena digressão sobre o conceito de produto premium. Esse conceito, seja no caso de cervejas, massas ou qualquer outro bem, é geralmente aplicado a produtos especiais, extras, com

características que os distinguem do produto comum, e, portanto, direcionados a faixas seletivas do mercado consumidor. Referidas características distintivas podem ser apenas mercadológicas, como embalagens especiais com preços mais elevados, por exemplo, como podem referir-se a diferenças de qualidade intrínseca, muito embora estas últimas nem sempre sejam identificadas pelos consumidores. É certo, também, que a caracterização de um produto como premium não tem a ver, necessariamente, com sua marca ou origem (importado ou nacional).

As estratégias mercadológicas utilizadas pelas cervejarias incluem, geralmente, o lançamento de produtos inovadores como as cervejas do tipo “light”, sem álcool, “ice”, “draft” e marcas premium, dentre outros, buscando alcançar nichos de mercado bem definidos e pouco explorados, como o público feminino, por exemplo, onde os fabricantes vislumbram a perspectiva de lucratividade relativamente maior.

É ilustrativo o seguinte trecho do já mencionado artigo do 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 Bud como produto premium; suas vendas européias elevaram-se em 40% no ano passado”.

Assim, é preciso atentar-se para que a caracterização de uma determinada marca de cerveja (premium ou comum) não seja confundida com uma diferenciação de seu tipo (pilsen, bock, ale, stout etc.).

Cumprе ressaltar que a grande maioria das cervejarias, no Brasil e no exterior, produz tanto cervejas comuns, de consumo de massa, quanto cervejas premium, extras ou especiais para o atendimento de nichos diferenciados de mercado. A título ilustrativo, cabe mencionar que a Brahma fabrica, dentre outras marcas, a Brahma Chopp (comum), a Brahma Light e a Brahma Extra, as duas últimas tidas como premium; a Kaiser fábrica, além da cerveja Kaiser (comum), a Kaiser Gold e a Kaiser Summer Draft que representam as marcas extra; a Antártica, dentre outras linhas, fabrica a Antártica e a Bohemia (comuns) e as premium Pilsen Extra, considerada a marca “top” de sua linha, Antártica Cristal e Bavaria; a Belco, por sua vez, produz a Belco (comum) e a Tauber, propagada pela empresa como a melhor cerveja da linha.

6.2. Análise Do Mercado

Conforme poderá ser constatado no capítulo relativo ao mercado brasileiro de cervejas, a seguir, alegam as Requerentes que, como consequência do controle governamental de preços nas décadas de 70 e 80,

em que se adotava o tipo pilsen (por ser o mais comercializado) como parâmetro para a fixação de preços, sendo os preços dos demais tipos mantidos bastante próximos daquele, a produção de cervejas extras ou especiais foi aos poucos sendo desestimulada, tendo várias cervejarias que as produziam encerrado suas atividades ou sido incorporadas pelas empresas dominantes (Antártica ou Brahma).

No caso das cervejas produzidas pela Brahma, por exemplo, note-se que, no passado, alguns dos produtos premium da empresa acabaram por não atingir o nicho de mercado com a intensidade pretendida, em virtude de falhas na estratégia de marketing utilizada. Segundo a Empresa, devido a erros nas campanhas de lançamento e de sustentação de marca, essas cervejas não foram identificadas pelo consumidor como especiais, tendo também contribuído para isso as dificuldades em se estabelecer diferenciação de produto via preço, sendo este controlado pelo Governo. Contribuiu, também, o fato de terem sido tais cervejas comercializadas utilizando praticamente os mesmos distribuidores e pontos de venda da Brahma Chopp, um produto popular, o que concorreu para “desprestigiar” aquelas marcas supostamente mais sofisticadas.

As normas de padronização, classificação, registro, inspeção, fabricação e fiscalização de bebidas, inclusive de cervejas, constam da Lei n.º 8.918, de 14.07.94 (que revogou a Lei n.º 5.823/72 e o Decreto n.º 96.354/88).

De um modo geral, as cervejas premium se distinguem das comuns (i) pelo seu preço, em média, superior às comuns em cerca de 20% na embalagem de lata e em cerca de 40% em garrafas (adotando-se como referencial os preços médios praticados pela indústria em fevereiro/97, segundo pesquisa fornecida pela Brahma, às fls.); (ii) pelo local onde são comercializadas (hotéis, bares e restaurantes finos, delikatessen e lojas de conveniência) e também (iii) pelo tipo de embalagem (geralmente garrafas pequenas e transparentes, “long neck”, e latas). As características organolépticas (i.e. relativas a aroma, cor e paladar) distintivas desse tipo de cerveja, embora possam existir, normalmente não são identificadas pela maioria dos consumidores.

Embora não se disponha de informações sobre a elasticidade-cruzada existente entre as cervejas premium e as comuns, é razoável presumir-se que existe alta substituíbilidade entre elas, considerando, principalmente, as semelhanças de sabor e aspecto e a relativamente baixa fidelidade a marcas do consumidor médio brasileiro (há até quem diga, por exemplo, que a melhor marca de cerveja é a “cerveja mais gelada”).

No caso do típico consumidor brasileiro de cerveja, pertencente às classes de renda baixa e média, pode-se presumir, também, que a demanda é mais sensível a variações de preços do que o caso do consumidor de classe alta. Para esse consumidor típico, 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 a marcas e, por outro, o forte apelo exercido pelos preços na escolha dos consumidores.

Diferentemente do consumidor de cerveja comum, é plausível presumir-se que o consumidor de cervejas premium, geralmente pertencente às classes A e B, diante de uma elevação de preço da marca preferida, tende, em primeiro lugar, a buscar substitutos na mesma categoria ou em marcas importadas consagradas (que podem ser premium ou comuns), mas não hesita em recorrer à cerveja comum caso as diferenças de preço se ampliem em demasia em favor dessa última.

Naquelas classes de maiores rendimentos, com a abertura do mercado brasileiro às importações, os consumidores têm-se mostrado interessados em acompanhar as tendências de consumo mundial, dispondo-se a experimentar (i) marcas estrangeiras, particularmente aquelas comercializadas internacionalmente; (ii) cervejas “de moda” (e.g. “ice”, “bock”, sem álcool etc.) e (iii) cervejas “artesaniais”, produzidas em microcervejarias, e aquelas com coloração e sabores exóticos (cereja, aniz etc.).

Na audiência com as Requerentes, foi trazida a informação de existem atualmente cerca de 120 marcas de cerveja à disposição do consumidor brasileiro (fls.).

Do lado da oferta, as respostas às diligências que efetuei junto aos produtores dão conta de que os fabricantes instalados no País entendem que a disputa entre eles se dá no mercado de cervejas, atribuindo pouca importância à existência de nichos nesse mercado, uma vez que esses podem, em princípio, ser atendidos por qualquer fabricante nacional.

Reforçando a tese de que não existem necessariamente diferenças fundamentais entre cervejas premium e cervejas comuns, dirigentes da Brahma, em audiência promovida por este Conselheiro, ao se reportarem sobre problemas há muito ocorridos com a comercialização da Brahma Extra, observaram que, em épocas de grande aquecimento da demanda, aquela cerveja foi, por vezes, colocada no mercado praticamente a preços próximos aos da cerveja comum, a Brahma Chopp, com o objetivo de não permitir que faltasse produto para o consumidor.

Em atendimento a diligência efetuada por este Conselheiro, a direção da Schincariol, por sua vez, observou que a produção de cervejas premium depende quase que exclusivamente de aspectos relacionados à formulação do produto como, por exemplo, da qualidade das matérias-primas empregadas, da concentração do extrato inicial etc., e que “todas as novas plantas das cervejarias instaladas no Brasil permitem a fabricação da cerveja premium” (fl.).

O fato de a cerveja Miller Genuine Draft apresentar determinadas distinções em relação a outros tipos de cervejas, devido a diferenças de

processo produtivo (filtragem a frio, não pasteurização) e de formulação, permite caracterizá-la como um produto especial (“chope engarrafado”), mas não como um novo produto ou produto sem similar em sua categoria, uma vez que várias outras marcas alegam possuir características semelhantes.

A marca canadense Labatt Blue, por exemplo, é anunciada como “chope enlatado sem conservantes”, enquanto a Kaiser Summer Draft é anunciada como chope (“draft beer”, em inglês) e também envasada em garrafas transparentes. A Cerpa, fabrica de cerveja de Belém-PA, também já informa sobre o lançamento da marca “Draft Beer”, “chopp engarrafado...[cujo] segredo está na fórmula de conservar o produto na garrafa pelo mesmo tempo da cerveja comum” (Gazeta Mercantil, 05.06.97, p. C-1).

A propósito, segundo as Requerentes, a tecnologia referente ao processo de microfiltração é também utilizada, dentre outras, pelas cervejarias Anheuser-Bush, Kirin, Sapporo, no Japão(fl.s.)

Demonstrada a existência de produtos similares, cumpre observar que a questão se resume, na verdade, a um exemplo de emprego de consagrada técnica de propaganda e marketing que visa diferenciar produtos praticamente idênticos, criando para o consumidor a aparência de que determinado produto é “único” em sua categoria, o que pode contribuir para reduzir a competição por ele enfrentada naquele nicho de mercado, destacando-o dos demais concorrentes.

As considerações acima conduzem-me ao entendimento de que o mercado relevante, no que se refere ao produto, deve ser definido como o de cervejas, tendo em vista, principalmente, a efetiva substituíbilidade entre os diversos tipos do produto, para o consumidor, e a inexistência de restrições significativas à produção de quaisquer desses tipos pelos fabricantes instalados no País.

No que respeita à delimitação geográfica desse mercado, deve se considerar que, mesmo com a consolidação do MERCOSUL, são ainda inexpressivos os fluxos de intercâmbio do produto relevante (importações e exportações de cerveja) em relação ao volume do mercado doméstico e que não existe nenhuma marca de cerveja produzida em outros países membros com expressiva penetração no mercado brasileiro.

Assim, levando em conta que todas as empresas instaladas no País ofertam seus produtos nacionalmente, associado ao fato de a abertura econômica não ter ainda possibilitado a ocorrência de fluxos expressivos de transações com o exterior, considero que o mercado geográfico relevante no caso em análise é o nacional.

Não obstante tenha ocorrido expressivo crescimento das importações de cervejas originárias de diversos países, não integrantes do Mercosul, nos últimos três anos (expansão de 0,12 milhões de hl em 1993 para 2,98 milhões de hl em 1995, mesmo com elevação das tarifas de 2% para 20%), há que se ter presente que tais importações se deveram, dentre outros, a dois fatores de ordem conjuntural. O primeiro decorreu da falta de capacidade

produtiva das empresas nacionais frente ao súbito incremento do consumo no segundo semestre de 1994 (“efeito Real”), o que descortinou excelentes oportunidades de negócios tanto para alguns importadores quanto para cervejarias internacionais interessadas em penetrar em novos mercados.

O segundo, é que as importações brasileiras de cerveja apresentavam-se, até então (1994/95), com características nitidamente sazonais, visto que o verão brasileiro (pico de consumo) coincide com o inverno dos grandes países produtores (retração do consumo). A estrutura produtiva desses países, ao dispor de elevada capacidade instalada e de grandes estoques de passagem em função de fatores climáticos, requer que a “desova” dos excedentes seja feita rapidamente, visto que a cerveja não deve ser conservada por mais de 180 dias.

Entretanto, o quadro acima descrito começa a se alterar, na medida em que tornam-se mais difíceis alterações tarifárias (a Resolução MERCOSUL N.º 69/96 restringe essa possibilidade a situações de crise de abastecimento) e que a produção brasileira, com os recentes investimentos dirigidos à ampliação da capacidade instalada, já é suficiente para atender à demanda. Some-se a isso o fato de que o caráter sazonal das importações tem se modificado, com algumas marcas estrangeiras fazendo-se presentes no mercado brasileiro ao longo de todo o ano e não mais somente no verão.

Dessa forma, há que se ter presente, que a delimitação do âmbito nacional para o mercado relevante não neutraliza uma ameaça para as empresas estabelecidas no MERCOSUL decorrente de uma expansão das exportações brasileiras. Ressalte-se que uma das motivações da operação foi a potencialidade e o caráter estratégico que esse Bloco Regional representa para ambas as empresas, que buscam, assim, estabelecer no Brasil a plataforma de exportação de seus produtos para o MERCOSUL.

Observe-se que a Brahma já opera nesses países, sendo detentora de experiência de 5 anos de atuação na Argentina, onde ingressou em 1991 e já detém 12,5% de participação no mercado, possuindo unidades produtivas instaladas tanto naquele País quanto no Uruguai.

Além disso, consideradas as metas do empreendimento em análise, é possível que a “joint venture” venha a se utilizar também da estrutura de distribuição que a Brahma dispõe em outros países latino-americanos, como a Venezuela, por exemplo, onde a Brahma, em 1993, adquiriu a cervejaria Polar.

Relativamente a essa perspectiva, as próprias interessadas assinalam, em documento entregue no último dia 27 de fevereiro a este Conselheiro: “Já para a Brahma, além de posicionar-se no mercado premium, o ato em causa permitirá que ela venha a distribuir e eventualmente a produzir a cerveja Miller Genuine Draft em toda a América Latina, abaixo do México e à exceção do Paraguai, o que lhe permitirá estabelecer sua presença na América Latina, mercado em crescimento e fortemente disputado” (fls.).

Se existe essa perspectiva com relação às exportações, o mesmo não se verifica com as importações, já que não há registro de cervejaria, no âmbito do Mercosul, com capacidade de agredir o mercado brasileiro.

O posicionamento aqui adotado para a definição do mercado relevante foi reforçado por consultas à jurisprudência internacional, onde pude constatar que, em operação similar levada a efeito na Bélgica, a Comissão Européia considerou o mercado de cerveja como sendo distinto do das demais bebidas alcóolicas e não alcóolicas. De igual modo, entendeu como pouco significativo para o caso o fato de saber se as cervejas com elevado e reduzido grau de fermentação constituíam mercados diferenciados.

A Comissão considerou pouco importante para o referido caso ter conhecimento se as cervejas comuns e as premium integravam o mesmo mercado, embora apresentassem diferenças de preço de cerca de 70% a 80%. Por fim, não considerou pertinente a questão relativa ao local em que a cerveja era consumida, ou seja, se em casa ou em cafés, restaurantes e hotéis (Comissão Européia, XXIV Relatório sobre a Política de Concorrência, 1994, fl.139).

Com relação ao mercado geográfico, a Comissão concluiu que os fabricantes de cervejas belgas continuam a poder determinar o seu comportamento concorrencial naquele País, “sem estarem sujeitos a condicionantes concorrenciais suficientemente significativas impostas do exterior”, visto que, na Bélgica, apenas 6% da cerveja é importada, tendo delimitado geograficamente o mercado como estando restrito ao território belga.

7. Mercado Doméstico: Evolução, Estrutura E Desempenho

A produção de cerveja no Brasil data do início do século, tendo a indústria seguido o modelo de produção europeu, caracterizado por um tipo prevalecente - tipo pilsen - ao lado de inúmeros outros tipos (escuros, fortes, suaves etc.) que atendiam a nichos de mercado.

O controle de preços realizado pelo governo nas décadas de 70 e 80, quando, segundo consta, se estabelecia preços bastante próximos para todos os tipos de cervejas, adotando como referencial a cerveja comum do tipo pilsen, não teria permitido que outros tipos prosperassem, excetuando-se aqueles destinados a consumidores altamente seletivos, que eram produzidos por pequenas cervejarias de expressão apenas regional.

Tais cervejarias, por falta de escala ou por não conseguirem resistir à pressão concorrencial dos grandes grupos, foram aos poucos encerrando suas atividades, sendo absorvidas pela Brahma ou pela Antártica, ou, ainda, reduzindo suas linhas de produção para concentrar-se no tipo comum. A indústria foi, assim, afastando-se do seu modelo e estrutura originais, de produção mais diversificada, com menor concentração de empresas produtoras.

É importante lembrar, por ser forte característica desse mercado que, nas últimas décadas, várias cervejarias encerraram suas atividades, retirando-se do mercado, ou foram absorvidas pela Brahma e pela Antártica.

Quanto a esse último aspecto, ao longo de sua história, a Brahma, por exemplo, adquiriu o controle de várias cervejarias e maltarias, iniciando pela Cia. Guanabara em 1921; a Companhia Hanseática e suas controladas (Cervejaria Morávia, Cervejaria Paranaense e Cervejaria Atlântica) em 1941; a Cervejaria Continental com suas três unidades (Continental, Passo Fundo e Maltaria Floresta) em 1946; Cia. Paulista de Cervejas Vienaenses em 1960; Fratelli Vita (refrigerantes) em 1972; Cia. de Bebidas da Bahia-CIBEB em 1973; controle das Cervejarias Reunidas Skol-Caracú S/A e acordo com a PepsiCo International (para fabricação, comercialização e distribuição da Pepsi) em 1980; fábrica de refrigerantes Refinco em 1987; e, por fim, a Companhia Anônima Cervejera Nacional, na Venezuela, em 1993.

Sabe-se, também, que a Antártica adquiriu outras marcas e cervejarias, principalmente regionais, dentre as quais se incluem a Original, de Ponta Grossa - PR, a Serramalte e a Pérola, no Rio Grande do Sul, a Bohemia, de Petrópolis - RJ, além da Itacolomy e Alterosa, em Minas Gerais.

A partir de 1990 inicia-se um novo ciclo para o setor cervejeiro, marcado principalmente pela flexibilização dos preços e pela abertura da economia, expondo os produtos brasileiros à concorrência internacional. Associado a tais ocorrências, as repercussões da estabilização monetária iniciada em 1994 atuaram fortemente no setor, seja em termos de incremento do consumo seja no que respeita ao ressurgimento de novos tipos de cervejas.

Assim, nos últimos três anos, o mercado brasileiro de cervejas vem atravessando intenso processo transformação, caracterizado pela expansão do consumo e da produção, bem como pelo manifesto interesse de grandes grupos internacionais em associar-se às empresas aqui instaladas.

O consumo per capita brasileiro ainda é relativamente baixo (48 litros/ano), embora venha demonstrando crescimento nos últimos anos, o que tem sido creditado à estabilização dos preços e ao aumento do poder aquisitivo das classes de menor renda. As estimativas projetam para o ano 2.000 um consumo per capita brasileiro de 64,3 l/hab./ano. As dimensões do País e as diferenças regionais de renda tornam bastante diversificados os padrões de consumo das várias regiões, variando de 24 litros/hab./ano no Nordeste a 96 litros/hab./ano na Grande Rio. O Estado de São Paulo responde por cerca de 40% de todo o consumo nacional.

O mercado doméstico do produto é constituído, principalmente, por um público jovem, de baixo poder aquisitivo, sendo as classes C, D e E

responsáveis por 77% das vendas de cervejas. Em relação a preferências, a cerveja comum, tipo pilsen, é responsável por 93% do consumo nacional, sendo a parcela restante constituída por cervejas extras, também do tipo pielsen, e por cervejas de outros tipos.

A partir de em 1994, com a explosão do consumo verificada no segundo semestre, a produção interna apresentou-se insuficiente para atender a demanda, fato que levou a um aumento considerável das importações, que passaram de 0,12 milhões de hectolitros em 1993 para 2,98 milhões hectolitros em 1995. Apesar desse grande crescimento, tal volume ainda se apresenta pouco expressivo em relação à produção doméstica de 1995 (4,1 %).

O quadro abaixo mostra as participações dos diversos produtores no mercado doméstico de cerveja no período 1989/95, segundo o Instituto Nielsen.

MERCADO BRASILEIRO DE CERVEJAS: PARTICIPAÇÃO POR FABRICANTE

Empresa	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Brahma	37,8	38,1	38,0	37,4	37,2	33,3	31,4
Antártica	40,8	37,8	35,1	34,0	31,5	30,2	31,9
Skol	12,5	12,7	13,3	14,1	15,0	16,8	15,2
Kaiser	7,9	9,8	11,6	11,5	13,6	13,9	14,6
Schincariol	0,2	0,8	1,2	2,1	3,8	4,7	5,4
Outras	0,8	0,8	0,8	0,9	0,9	1,1	1,5
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Instituto Nielsen

Algumas constatações sobre o ambiente concorrencial em que operam as empresas podem ser extraídas das informações precedentes, destacando-se a crescente participação daquelas de menor porte. A Kaiser e a Schincariol expandiram suas participações, passando de 7,9% e 0,2%, respectivamente, para 14,6% e 5,4% entre 1989 e 1995.

De outra parte, as líderes do mercado tiveram suas participações reduzidas no mesmo período, sofrendo quedas significativas, tendo a

Antártica passou de 40,8% para 31,9% e a Brahma de 37,8% para 31,4% (incluindo a Skol, a participação da Brahma reduziu-se de 51,5% para 46,6% no período de 1989 a 1995).

O crescimento da Kaiser foi objeto da seguinte declaração das Requerentes, demonstrando seu poder de mercado: “toda a força da Coca-Cola não conseguiu, em quinze anos, colocar mais do que 14 ou 15 % de Kaiser no Brasil, enquanto [a Brahma já está] com 12,5 % na Argentina, sem nenhuma força equivalente à da Coca-Cola” (audiência, fls.).

A respeito do comportamento dos preços nesse mercado, vale mencionar estudo do Lloyd’s Bank (Gazeta Mercantil de 08.04.97, p. A-4), intitulado “Perspectiva Setorial 1997”, que afirma: “A indústria de bebidas cresceu muito nos últimos anos puxada pelo ganho de renda do consumidor. Desde o Plano Real, a produção aumentou cerca de 30 %. Mas no período 1990-95 a produção já havia se expandido mais de 114 % acima da média da indústria. Em 1996, no entanto, condições climáticas adversas durante o inverno, limitaram o crescimento [...] É setor muito competitivo frente ao produto importado e que sentiu pouco o processo de abertura... Ao contrário, a indústria de bebidas foi uma das poucas a conseguir reajustes reais de preço: mais de 38 % nos cinco primeiros anos da década...” (grifei).

Ao se examinar o grau de concentração do mercado quando a operação foi realizada, utilizando-se, para tanto, o Índice Herfindal-Hirshman - HHI, constata-se que este alcançava 2.480 pontos antes da operação, significando um mercado altamente concentrado. Após a constituição da “joint venture”, tal índice manteve-se inalterado, visto que a participação das cervejas produzidas pela Miller no mercado brasileiro era inexpressiva (reduzido volume importado) e irregular (importações sazonais).

Há que se ter presente, no entanto, que o HHI é um indicador estático que retrata tão-somente um determinado instante, não alcançando os diversos aspectos pertinentes à dinâmica competitiva de um mercado, notadamente numa fase de intensas transformações.

Conforme comentado anteriormente, com a evolução recente da economia brasileira (abertura comercial, liberação de preços, Plano Real etc.), o mercado doméstico de cerveja está sofrendo profundo processo de mudança. A expansão do consumo, decorrente da incorporação de novos consumidores ao mercado, do aumento do poder de compra do consumidor, em geral, tem exercido forte atração sobre as empresas que possuem atuação global, que vislumbram, agora, a oportunidade de introduzir no Brasil seus produtos, em regra, mais “sofisticados”.

7.1. O Comportamento Da Oferta

Os investimentos realizados pelo setor em modernização e expansão de fábricas têm apresentado grande crescimento, passando de US\$ 200

milhões em 1990 para US\$ 320 milhões em 93, alcançando US\$ 960 milhões em 1995 e US\$ 850 milhões em 1996.

Segundo o BNDES, as estimativas de investimentos até o ano 2.000 alcançam US\$ 2,2 bilhões, com a ressalva de que esse montante poderá ser ainda maior, visto que tal estimativa não considera as aplicações realizadas em modernização e em manutenção das unidades instaladas, nem tampouco a alavancagem de investimentos de cerca de US\$ 1 bilhão em unidades produtoras de embalagens.

Ressalte-se que tal política de investimentos não está restrita às grandes empresas. A cervejaria Malta, de pequeno porte e com participação inexpressiva no mercado, constrói uma nova fábrica no interior de São Paulo, com capacidade para 90 milhões de litros/ano, enquanto a Schincariol (5,4% do mercado), de médio porte, implanta uma unidade na Bahia, que produzirá 300 milhões de litros/ano.

Outro aspecto relevante é a grande rivalidade existente entre a Brahma e a Antártica na busca da posição de liderança. Essa disputa tem levado a que essas empresas intensifiquem seus investimentos, direcionando-os para a implantação e expansão de novas unidades produtivas como também para a implementação de intensas campanhas de marketing. Assim, enquanto a Brahma está construindo 3 fábricas e em 1995 despendeu US\$ 200 milhões em publicidade, a Antártica constrói 2 fábricas e aplicou US\$ 55 milhões em marketing naquele ano.

Exemplo também ilustrativo da agressividade com que as empresas vêm operando no mercado pode ser extraído de recentes declarações do Presidente e do Vice-presidente de Assuntos Corporativos da Kaiser aos jornais Folha de São Paulo (de 09.02. 97) e Gazeta Mercantil (de 11.11.96 e de 04.02.97). Afirmam aqueles executivos que a empresa foi fundada há apenas 15 anos atrás, tendo nos últimos anos elevado de 10% para 17,7% sua participação no mercado brasileiro. Conseguiu conquistar a liderança do mercado de cervejas na capital de São Paulo, com uma participação de 32,8%, e apresentou, em 1996, um faturamento 32% superior ao alcançado em 1995, atingindo US\$ 1,3 bilhão. Suas campanhas de publicidade e marketing em 1996 consumiram uma verba de aproximadamente US\$ 100 milhões.

Complementam que, nos dois próximos anos, a empresa pretende continuar crescendo e ganhar mais 3% do mercado doméstico. Vale observar que cada ponto percentual do mercado doméstico equivale a cerca de US\$ 70 milhões/ano de faturamento.

Entendem aqueles dirigentes que esse incremento está intimamente vinculado “aos nichos de um mercado cada vez mais segmentado”. A esse respeito, comenta o Presidente da Kaiser que 94% das receitas da empresa são ainda originárias da cerveja pilsen comum, sendo os 6% restantes divididos entre as marcas Heineken, Kaiser Gold e Kaiser Bock. Para alterar esse quadro, a Empresa deverá lançar dois novos produtos por ano, tendo iniciado com a Kaiser Summer Draft. Observa, ainda, que “o brasileiro passou cem

anos tomando só a cerveja pilsen tradicional, e só agora está começando a ver que existem outros tipos de cerveja.”

Por fim, assinalam os citados executivos que a Kaiser ampliou de cinco para nove o número de fábricas distribuídas por diversos estados (RS, PR, SP, RJ, BA, MG e CE), tem projetos de construção de mais duas em Anápolis-GO e Recife-PE. A Empresa possui atualmente capacidade produtiva da ordem de 1,7 bilhão de litros/ano, volume este que deverá ser efetivamente fabricado no corrente ano.

O grupo Antártica, em 1995, apresentou um faturamento bruto de R\$ 3,5 bilhões, montante 32 % superior ao do ano anterior e um lucro líquido de US\$132,7 milhões. Possui uma capacidade instalada total de 50 milhões de hectolitros (36,1 milhões de hl somente de cerveja), constituída por 22 fábricas de cerveja e 25 de refrigerantes (18 próprias e 7 franquias). Sua estrutura de distribuição é constituída por 800 distribuidores exclusivos que atendem a aproximadamente 1 milhão de pontos-de-venda.

A empresa vem investindo tanto na implantação de novas unidades produtivas quanto na modernização e expansão das existentes. Nos últimos três anos, foram aplicados recursos da ordem de US\$ 750 milhões e nos próximos dois anos a previsão é de investir cerca de US\$ 300 milhões.

A Skol, integrante do grupo Brahma, possui uma participação no mercado brasileiro da ordem de 15%, participação essa que vem apresentando crescimento, notadamente junto ao segmento constituído por consumidores jovens, onde a empresa focaliza suas iniciativas de marketing, que têm se utilizado fortemente do lançamento de novos produtos (bock, long neck etc.) e de campanhas publicitárias realizadas no verão.

A Schincariol, por sua vez, detém 5,2% do mercado nacional, gasta R\$1,44 por hectolitro em publicidade e marketing e dispõe de 11 milhões de litros/ano de capacidade produtiva, em uma única fábrica localizada em Itú - SP. Está investindo US\$ 150 milhões em uma nova fábrica na Bahia, pretende construir outra na Região Centro-Oeste, tendo como meta alcançar um market share de 5% até o ano 2000. Estima em cerca de US\$ 80 milhões os gastos em publicidade nos próximos quatro anos.

A cervejaria Belco, também localizada no interior de São Paulo, possui uma capacidade instalada de 1,5 milhão de hectolitros, gasta US\$ 1,53 por hectolitro em publicidade e marketing, excetuados os gastos realizados pelos distribuidores, e deverá investir de US\$ 25 a 30 por hectolitro/ano na incorporação de capacidade produtiva complementar.

Atualmente o parque fabril brasileiro conta com 43 unidades produtoras, o que representa uma capacidade instalada da ordem de 7,5 bilhões de litros/ano, para o atendimento de uma demanda estimada em 7,7 bilhões de litros/ano.

Estudo realizado pelo BNDES e as informações obtidas junto às empresas cervejeiras instaladas sinalizam que até o ano 2000 deverão ser

construídas mais 10 fábricas, que complementarão o atendimento de uma demanda superior a 8,6 milhões de hectolitros/ano.

Relativamente à entrada de novas empresas no mercado, cabe registrar que algumas cervejarias de pequeno porte que se instalaram no País, como a Itaipava (Petrópolis-RJ), a Cervejaria Astro (São Paulo-SP) e a Ashby (Amparo-SP), destinam sua produção a uma área de influência bastante restrita.

Assim, mesmo que os expressivos investimentos em ampliação da capacidade produtiva e em marketing, associados às alterações no quadro de participações no mercado e ao crescimento das importações, demonstrem a existência de expressivo vigor concorrencial no mercado brasileiro de cervejas, há também fortes indicações no sentido contrário, principalmente considerando o enorme potencial desse mercado.

Do ponto de vista da concorrência, são especialmente preocupantes a relativa debilidade do movimento de entrada de novos participantes no mercado, principalmente de produtores em condições efetivas de competir com as grandes empresas já instaladas, e, por outro lado, a grande significância do movimento concentracionista, representado, sobretudo, pelas citadas aquisições de cervejarias menores pelas empresas líderes.

7.2. O Suprimento De Embalagens

No mercado brasileiro de cervejas ainda predominam as embalagens de vidro, embora estas estejam sendo paulatinamente substituídas pelas de lata (as embalagens de vidro reduziram sua participação, caindo de 97%, em 1990, para 91,7% em 1995). Ressalte-se que, nos E.U.A., por exemplo, 975 das cervejas e refrigerantes são embalados em latas de alumínio.

No segmento de embalagens de vidro, as garrafas “one-way” têm aumentado sua presença no mercado, com destaque para o tipo “long-neck” transparente. Este tipo de embalagem, segundo estudo elaborado pelo BNDES (BNDES, op. cit.), é produzido pela Cisper, líder no mercado de embalagens para bebidas, que investiu cerca de US\$ 3 milhões para lançar o produto.

No último mês de maio foi inaugurada a fábrica da Crown Cork do Brasil, em Cabreúva - SP, com capacidade para produzir 1,6 bilhão de latas/ano, tendo sido aplicados recursos da ordem de US\$ 90 milhões. Segundo informa a Empresa, o mercado brasileiro de latas para cervejas e refrigerantes deverá crescer 20% no corrente ano (Jornal do Brasil, 31.07.97).

Aspecto que nos últimos anos têm se constituído em fator restritivo a um maior desenvolvimento do setor é o relativo ao suprimento de latas para envasamento do produto que, nos momentos de pico, não vinha conseguindo atender à demanda. Essa escassez de latas levou, inclusive, algumas empresas

produtoras de cerveja a realizarem o envasamento em outros países. A Brahma, por exemplo, estabeleceu este tipo de entendimento com a Miller Brewing Company que envasou um lote inicial de aproximadamente 3 milhões de latas no último verão.

Na verdade, até 1996, havia somente um grande ofertante de latas, a Latasa, que possuía três fábricas em operação e uma em construção. Naquele ano, de um consumo de 2,1 bilhões de unidades destinadas a cervejas e refrigerantes, 500 milhões de latas foram importadas. Em termos de preços, assinalam os fabricantes de cervejas que, enquanto o milheiro de latas no Brasil custa US\$ 110, nos EUA sai por US\$ 77 (Gazeta Mercantil de 27.11.96). Segundo informam as requerentes, a lata representa cerca de 14 % do custo de produção, ao passo que as garrafas pequenas (e.g. long neck) representam 1,8 %, enquanto a garrafa tradicional, por ser retornável, é considerada um ativo imobilizado, não compondo diretamente o custo de produção.

Outros fabricantes de latas como a Crown Cork, a American National Can e a Latapack-Ball, dada a participação crescente das embalagens de lata no mercado brasileiro de cervejas (cresceu 140% entre 1993 e 1995, alcançando 8,3% do total do produto envasado) ampliaram os investimentos em novas linhas de produção de latas e de embalagens descartáveis, esperando-se que, em 1998, o mercado esteja regularizado.

Contando com os investimentos previstos também para a expansão da produção de embalagens de vidro (long neck etc.), o setor de embalagens para bebidas em geral deverá investir cerca de US\$ 1 bilhão nos próximos anos, segundo o BNDES.

7.3. Empresas Globais

Aspecto relevante a ser observado no mercado doméstico de cervejas diz respeito ao recente interesse de grandes empresas com atuação global de se associarem àquelas instaladas no País. Conforme visto na análise do mercado internacional, o novo ambiente competitivo mundial tem levado à formalização de alianças estratégicas, buscando, por meio da utilização dos canais de distribuição já existentes, rapidamente viabilizar a penetração em mercados promissores, fixando marcas.

Nesse contexto, o mercado brasileiro apresenta-se altamente atrativo, com um consumo correspondente a cerca de US\$ 7,5 bilhões. Esse mercado apresentou forte expansão nos últimos anos, tendo sido incorporados cerca de 30 milhões de novos consumidores desde 1995, possuindo ainda grande potencialidade de crescimento, notadamente para aqueles nichos de

mercado que não vinham sendo suficientemente atendidos, como por exemplo, o de cervejas premium.

Por outro lado, a capacidade de produção e de distribuição das empresas aqui instaladas, as marcas estabelecidas e a dimensão continental do País, são importantes obstáculos ao ingresso das grandes empresas estrangeiras. Tais condições particulares do mercado doméstico, têm feito com que as entradas ocorram mediante associações dessas empresas internacionais com aquelas instaladas no País, assim como através de acordos operacionais firmados com grupos brasileiros que, mesmo desenvolvendo outras atividades produtivas, possuem ampla rede de distribuição no Brasil.

Explica-se, assim, tanto a “joint venture” sob análise quanto a associação da Anheuser-Bush (Budweiser) com a Antártica, a da Heineken com a Kaiser e, mais recentemente, da Carlsberg com a Skol, assim como os acordos de distribuição da Modelo, do México, com o grupo Arisco.

8. Barreiras À Entrada De Novas Empresas No Mercado

A existência de barreiras ao ingresso de novas firmas no mercado é um fator agravante na análise antitruste, especialmente no caso de mercados muito concentrados. Na realidade, ocorrendo tais obstáculos, as empresas instaladas podem usufruir de vantagens econômicas decorrentes da existência de redes estruturadas de distribuição, de marcas consagradas, de investimentos requeridos em publicidade e marketing, da diferenciação de produtos, de tecnologias de produção, de rede de serviços pós-venda, da existência de patentes, dentre outros fatores, que tornam elevados os custos de acesso ao mercado, desestimulando o ingresso de concorrentes potenciais.

No caso Carlsberg/Interbrew, a Comissão Européia, ao analisar as principais barreiras ao ingresso de novas empresas, assinalou que “uma entrada real e significativa no mercado exige investimentos de capital substanciais para criar novas capacidades de fabrico de cervejas, bem como um sistema de distribuição extensivo e uma intensa campanha publicitária. Esta situação foi considerada improvável em virtude dos riscos inerentes”.

No sentido de identificar aquelas barreiras que as empresas que operam no mercado brasileiro entendem serem as mais difíceis de serem transpostas, formulei questões a algumas empresas, tendo as mesmas apontado (fls. 1323 e 1329) os obstáculos a seguir enumerados, em ordem decrescente de importância: rede de distribuição estruturada; tradição das duas grandes marcas; hábito de consumo consagrado das duas marcas; mercado concentrado; pesados investimentos requeridos em marketing; elevado poder de negociação das grandes marcas junto a fornecedores; leque diversificado e simultâneo de investimentos (marketing e produção); dificuldade de localização geográfica de uma planta para atender todo o território nacional; e a concorrência exercida por cervejas importadas.

Outras barreiras foram também apontadas pelas referidas cervejarias, muito embora não digam respeito, necessariamente, a obstáculos para o ingresso no mercado de cerveja propriamente dito, como por exemplo, as dificuldades de obtenção de crédito e má distribuição da carga tributária.

Certamente o principal fator gerador de barreiras no mercado brasileiro de cervejas, que se apresenta como um mercado continental, é o concernente ao sistema extensivo de distribuição. Nas diligências que efetuei, esse obstáculo foi assinalado, em ordem de importância, como o mais relevante pelas empresas concorrentes (cervejarias Belco e Schincariol, à fl.1329). A esse respeito, a Schincariol observou que uma cervejaria estrangeira pode vir a fabricar o produto no curto prazo (cerca de dois anos), mas sua maior dificuldade seria montar um sistema de distribuição com alcance a todo território nacional .

Cumpra observar que os distribuidores das cervejarias atuam em áreas determinadas e exclusivas e que as duas principais empresas do mercado (Brahma e Antártica) dispõem, individualmente, de mais de 800 revendedores que atendem à cerca de 1 milhão de pontos de venda distribuídos por todo o País.

Assim, o fato de as cervejarias instaladas no Brasil contarem com sistemas de distribuição devidamente estabelecidos e bem estruturados, dificulta sobremaneira e torna extremamente dispendiosa a entrada de novos concorrentes no mercado.

Essa barreira constituiu-se no principal fator a ser considerado no processo decisório das cervejarias com atuação global ao avaliar sua entrada no mercado brasileiro. De fato, das cervejarias internacionais que atualmente operam no mercado brasileiro, nenhuma se dispôs a ingressar no País estruturando sistema de distribuição próprio. Todas preferiram associarem-se a empresas aqui estabelecidas, não necessariamente cervejarias, utilizando-se de suas redes de distribuição como forma de reduzir os riscos da entrada.

Exemplo ilustrativo das considerações acima é o da cervejaria mexicana Modelo, fabricante da Corona. No sentido de superar esse obstáculo, formalizou acordo operacional com o grupo Arisco, que, mesmo não operando no mercado de cerveja, dispõe de ampla rede de distribuição de gêneros alimentícios e de temperos no País.

No presente caso, a “joint venture” irá se utilizar da estrutura e do sistema de distribuição da Brahma, queimando etapas decisivas no processo de entrada no mercado. A opção por tal estratégia e a sua importância foram, inclusive, enfatizadas pelos dirigentes da nova empresa por ocasião da audiência realizada no CADE, ao afirmarem que :“Se a Miller ou qualquer outra marca entra sozinha no Brasil, a possibilidade de crescer é muito menor do que crescer junto com a Brahma, porque a Brahma tem uma distribuição continental” (audiência, fls.).

Há que se ter presente que, adotando essa estratégia, o novo entrante não terá que estruturar a logística de distribuição em um mercado até então

desconhecido; qualificar e capacitar suas equipes de vendas; manter entendimentos com potenciais distribuidores que, por sua vez, teriam que fazer o mesmo em relação a revendedores. Portanto, qualquer nova empresa que se dispusesse a ingressar no mercado seria obrigada a adotar essas e outras providências antes de iniciar a operação, com fortes repercussões negativas tanto nos custos de implantação, quanto no tempo para implementar o negócio.

Observaram também os dirigentes da Miller que, após o Plano Real, a demanda de cerveja no mercado doméstico cresceu rapidamente (“houve uma explosão do consumo”) e o seu atendimento precisava ocorrer de maneira ágil, visto que a associação Brahma/Miller era posterior à realizada pela Kaiser com a Heineken e que outras empresas internacionais estavam também se associando a grupos cervejeiros nacionais.

A importância dessa barreira, principalmente no que se refere ao fator tempo, se robustece ao se examinar as manifestações externadas pelas empresas concorrentes. Segundo a Schincariol, para construção de uma unidade fabril que permitisse participar com apenas 1% do mercado doméstico, o que evidentemente não é suficiente para ser um concorrente efetivo das grandes cervejarias, seriam necessários recursos da ordem de US\$ 80 milhões e um período mínimo de cerca de 12 (doze) meses.

Complementou aquela empresa informando que, para o atingimento da meta de 1% de market share, seriam necessários pelo menos mais 12 meses para viabilizar vendas, fixar marca etc., totalizando cerca de 2 anos, entre período de construção e de fixação de marca. Complementando esse ponto, informação prestada pelo BNDES (fls.), dá conta de que, para a construção de uma unidade “padrão” de fabricação de cerveja, o prazo estimado desde a terraplenagem até a entrada em operação é de 18 (dezoito) meses.

Portanto, comercial e mercadologicamente, o fator tempo constituiu-se em uma variável estratégica da operação, uma vez que foi considerado fundamental que a Miller pudesse rapidamente instalar-se no mercado para acompanhar sua expansão, fixando sua marca. Claramente, isso só foi possível graças à aliança com a Brahma.

Outra barreira considerável a ser transposta por empresa entrante que pretenda concorrer de maneira efetiva no mercado (participando com pelo menos 10% do mesmo) é a concernente aos elevados investimentos requeridos para implantar novas capacidades produtivas de cervejas em um país das dimensões do Brasil. Assim, ao contrário de outros países com menor extensão territorial, onde a instalação de uma unidade produtiva permite alcançar todo o território sem maiores repercussões em termos de custos de transporte, no Brasil tal situação se apresenta impraticável.

Na verdade, a exemplo do que vem realizando a própria Brahma/Skol, a Antártica, a Kaiser e, mais recentemente, a Schincariol, a implantação de unidades fabris em diferentes regiões permite atender ao mercado sem incorrer nos elevados custos de transporte, que tornam

proibitiva a colocação do produto em centros de consumo mais distantes. Vale observar, entretanto que, os cerca de 5% do mercado que cabem à Schincariol foram conquistados a partir de uma única unidade fabril, localizada em Itu - SP, demonstrando que o número de fábricas não é fator tão importante que impeça o crescimento de uma cervejaria.

Certamente, os fatores concernentes à estrutura concentrada do mercado, onde os três principais grupos cervejeiros (Brahma/Skol, Antártica e Kaiser) são responsáveis por mais de 90% da oferta, associados à existência de duas marcas consagradas que estão no País desde o início do século, apresentam-se igualmente como expressivas barreiras ao ingresso de novas empresas. A propósito, cabe observar que, nos últimos 10 anos, nenhuma cervejaria de porte (nacional ou estrangeira) instalou-se no País. Aquelas que o fizeram são relativamente pequenas e buscaram atender uma área de influência geográfica bastante restrita (áreas do interior de São Paulo ou do Rio de Janeiro).

Ainda com relação à estrutura do mercado, outra barreira que merece consideração é a que se refere à assimetria de posições existente entre as interessadas e aquelas empresas de menor porte que já se encontravam instaladas no País, mas que, por razões diversas, não se associaram a grupos internacionais.

Para tais empresas, o padrão de concorrência alterou-se de maneira drástica: se anteriormente elas competiam apenas com as empresas aqui instaladas, a disputa agora fica mais acirrada, com o reforço do poder de mercado das grandes empresas nacionais por meio de alianças com as maiores empresa mundiais. Vale lembrar que a introdução das chamadas “marcas de prestígio internacional” no mercado brasileiro representam importante barreira adicional para as referidas empresas nacionais de menor porte, uma vez que, de um modo geral, o consumidor desse tipo de cerveja (premium) tem acesso ao mercado de outros países e é alcançado pelo marketing internacional dessas marcas.

Ou seja, se, de um lado, houve o acirramento do vigor concorrencial do mercado, de outro, as empresas de médio porte que não conseguem se associar com aquelas de atuação global terão maiores dificuldades de crescimento.

Outra barreira que se apresenta no mercado de cerveja são os elevados gastos requeridos em promoção, publicidade e marketing para a criação do produto, seu lançamento, consolidação e sustentação da marca no mercado, representando despesas irrecuperáveis ou, no jargão antitruste, “sunk costs”. Conforme visto anteriormente, os gastos realizados pelas empresas estabelecidas são vultosos, tendo alcançado cerca de US\$ 360 milhões em 1996.

No caso da Miller Brewing do Brasil Ltda., segundo seus dirigentes, foram despendidos cerca de US\$ 12 milhões nas atividades de promoção do produto (de setembro de 1995 a dezembro de 1996), estimando-se para o

corrente ano gastos de mais US\$ 5 milhões. Nesses montantes estão considerados não só os gastos com publicidade e marketing, mas também aqueles voltados para degustação da cerveja Miller Genuine Draft.

Relativamente a esse aspecto, é lícito presumir-se que a operação em exame, tendo em vista o alcance da rede de distribuição e o poder de barganha da Brahma, permitiu à nova empresa negociar melhores condições com as redes de supermercados para exposição e merchandising da Miller Genuine Draft, bem como junto àqueles pontos-de-venda julgados estratégicos para colocação do produto. Tal entendimento, aliado à associação que os distribuidores e os pontos de vendas fazem das marcas Brahma e Miller, permite inferir que, com a associação, a barreira relativa à promoção do produto e a fixação da marca, dadas as economias de escopo, assumiu proporções menores do que no caso de um entrante não associado a empresas locais.

Com relação a outras barreiras consideradas mais comuns como, por exemplo, aquelas concernentes ao acesso a insumos e a tecnologias, o mercado em questão não apresenta obstáculos, visto que os processos de produção de cervejas são, há muito, de domínio público, e certas patentes que existem estão direcionadas para tecnologias isoladas sem maiores repercussões no mercado.

De igual modo, é livre o acesso às matérias-primas necessárias à produção de cerveja, existentes em abundância nos mercados nacional e internacional. Assim, para o caso em exame, tais barreiras não se constituem em restrição ao ingresso de novas empresas no mercado.

9. Conclusão De Voto

Antes de examinar as repercussões do ato de concentração no mercado relevante, é conveniente recapitular, esquematicamente, alguns aspectos relacionados ao ambiente em que ele ocorre:

O mercado relevante é o de cerveja, uma vez que há, do ponto de vista do consumidor, efetiva possibilidade de substituição entre os diversos tipos desse produto que, além disso, sem exceção, podem ser produzidos por qualquer fabricante nacional.

A operação ocorre num mercado altamente concentrado, caracterizado pela presença de um oligopólio diferenciado, com o domínio de dois grupos cujas participações somam 78,5 % (Brahma/Skol 46,6% e Antártica 31,9%). Adicionando-se a participação da Kaiser (14,6 %), os três grupos detêm, em conjunto, 93,1% do mercado doméstico de cerveja.

O domínio das duas principais empresas é bastante antigo e há mais de 10 anos que não se verifica alteração substancial na estrutura desse mercado. A história do setor cervejeiro no Brasil registra com clareza a ação concentracionista dessas duas empresas, seja adquirindo pequenas cervejarias, seja ampliando suas capacidades produtivas.

Os referidos grupos dominantes, assim como a terceira colocada no “ranking” (Kaiser), associaram-se, quase que simultaneamente, a quatro das maiores cervejarias do mundo, quais sejam, a Brahma com a Miller, a Antártica com a Anheuser-Bush, a Kaiser com a Heineken e a Skol com a Carlsberg, buscando, em última análise, acentuar seu poder de mercado, aumentando as barreiras à entrada de novos concorrentes.

A necessidade de elevados investimentos na estruturação de sistemas de distribuição e em publicidade e marketing estão entre as principais barreiras à entrada de novos competidores nesse mercado de dimensões continentais.

O mercado brasileiro de cerveja, com um consumo per capita ainda reduzido, é, juntamente com o da China, um dos que apresenta melhores perspectivas de crescimento no mundo.

Feita esta breve introdução, busca-se, a seguir, caracterizar com maior precisão a operação, para depois realizar uma breve incursão pela legislação e jurisprudência internacionais em matéria de “joint ventures”, ressaltar aspectos especialmente importantes dos contratos e, por último, fazer uma avaliação dos benefícios do Ato em julgamento.

É preciso ressaltar que a mencionada incursão pela legislação e experiência estrangeiras não tem outra finalidade que não a de subsidiar a análise e o entendimento desse tipo de aliança entre empresas, considerando a pouca especificidade da doutrina e a escassez de jurisprudência nacionais a respeito do tema. Por mais rica que seja a experiência de outros países sobre a matéria, são as condições exigidas pela lei brasileira as que devem ser observadas para que o CADE legitime ato ou contrato potencialmente prejudicial à concorrência, sob pena de ser considerada ilegal a atuação do Conselho (§ 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94).

9.1. Caracterização Da Operação

Lembram as Requerentes que “[a] Lei brasileira, de nº 8.884/94, na enumeração que faz dos tipos de atos jurídicos - não exaustiva - não refere joint venture mas refere ‘qualquer forma de agrupamento societário’, expressão ampla o bastante para abrigar o conjunto de atos jurídicos pelos quais a joint venture é criada. Ademais, como se sabe, aos órgãos de defesa da concorrência, ao seu controle, importam os atos jurídicos apenas na razão direta dos efeitos que projetam sobre o mercado afetado, e não como tais” (fl.).

Aduzem, ainda, as Requerentes que “[a] joint venture, que ora é submetida ao controle do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, é, salvo melhor juízo, uma joint venture cooperativa de produção. Não é uma joint venture concentradora, porque seus criadores permanecem

independentes, prosseguindo em suas atividades, e a sociedade criada tem sua política prefigurada nos atos que lhe delinearam a criação. E é uma joint venture de produção, porque seu objeto último é comercializar e vir a produzir um novo tipo de cerveja no Brasil, sendo os objetos precedentes etapas para a consecução do último” (fls.).

Para um melhor entendimento sobre o significado de operações chamadas de “joint venture” e visando caracterizar corretamente o presente Ato, considero oportuno recorrer aos ensinamentos de Shyam Khemani e Leonard Waverman, contidos em artigo recentemente publicado (KHEMANI, S. e WAVERMAN, L., *Strategic Alliances, in Competition Policy in the Global Economy - Modalities for Cooperation*, editado por L. Waverman e outros, Routledge, 1997, p. 127-151).

Ensinam aqueles estudiosos da defesa da concorrência que os termos aliança estratégica e “joint venture” podem ser definidos de várias formas. Para efeito do presente voto, aceito a conceituação dos referidos autores, segundo os quais “joint ventures” são um caso especial de alianças estratégicas, no qual o processo decisório, o sistema de administração, bem como as condições de propriedade e investimento são pré-estabelecidas.

As “joint ventures” se diferenciam de outros tipos de alianças estratégicas por serem mais nitidamente definidas em relação à forma de compartilhamento do controle e do processo decisório. De resto, aplica-se às “joint ventures” a mesma definição de alianças estratégicas, qual seja, uma forma de acordo entre empresas independentes que envolve a produção conjunta de algum tipo de conhecimento ou o desenvolvimento conjunto de produtos ou processos de produção, podendo incluir intercâmbio de pesquisa e desenvolvimento e de informações diversas.

As alianças estratégicas, incluindo as “joint ventures”, distinguem-se, assim, dos demais tipos de integração interfirmas (fusões, aquisições etc.) pelas seguintes características principais:

- participação de duas ou mais empresas independentes;
- o objetivo é o planejamento (e execução) de médio a longo prazo de uma determinada atividade (este o sentido estratégico); e
- possibilidade de envolver alterações de ordem acionária entre as empresas, mas não o bastante para caracterizar mudanças no controle das mesmas.

Embora imprecisas, as estatísticas disponíveis mostram um crescimento cada vez maior desse tipo de integração, principalmente daquelas que envolvem pesquisa e desenvolvimento e tecnologia (KHEMANI e WAVERMAN, op. cit., p.132).

Observam os citados especialistas que, com a redução do ciclo de vida dos produtos industriais, aumenta a importância de se reduzir todos os custos de cooperação entre empresas. Nesse sentido, as alianças estratégicas podem ser vistas como um tipo de acordo com baixos custos de entrada e de saída, mais compatíveis, portanto, com produtos de curto ciclo de vida. Nos casos de indústrias caracterizadas por produtos desse tipo, intensa competição internacional e problemas de acesso e penetração em mercados, as alianças estratégicas podem ser a forma mais eficiente e flexível de cooperação interfirmas. Do ponto de vista da eficiência, formas de cooperação mais concretas ou melhor estruturadas podem não ser viáveis ou desejáveis (p.146).

Os autores em questão enumeram vários motivos pelos quais as empresas decidem realizar alianças estratégicas. Tais motivos podem ser classificados em quatro categorias, conforme o tipo de aliança: horizontal, vertical, de complementaridade e de poder de mercado. Os motivos relacionados ao primeiro e ao último tipo de aliança interessam mais de perto ao presente caso. São eles:

Motivos relacionados à realização de alianças horizontais:

- obtenção de economias de escala;
- redução e divisão de riscos;
- facilitar transferência de tecnologia;
- dividir (compartilhar) informações;
- transpor barreiras à entrada e reduzir o tempo de entrada;
- conseguir acesso a mercados;
- diversificar e/ou aumentar o alcance de linha de produtos;
- desenvolver compatibilidade e qualidade de produtos;
- adaptar produtos a exigências do mercado e
- evitar os custos, em geral mais altos, de outras formas de acordos entre empresas, além dos riscos de problemas relacionados à defesa da concorrência.

-Motivos relacionados à realização de alianças de poder de mercado:

- aproveitar oportunidades, inibindo concorrentes;
- construir bases para a criação de poder de mercado;
- facilitar a colusão e outras práticas anticompetitivas;
- eliminar ameaças de concorrentes potenciais;
- elevar barreiras à entrada e elevar custos de empresas rivais e
- adotar estratégias de antecipação de entrada em mercados internacionais (“strategy of international pre-emption”).

Pelo exposto no Relatório, considero que é possível identificar a presença, senão de todos, de vários desses motivos na operação Brahma/Miller.

No primeiro grupo, destaco o claro interesse da Miller em beneficiar-se das economias de escala da Brahma na produção e principalmente na distribuição de cerveja, reduzindo em muito as barreiras e o tempo de entrada no mercado brasileiro e, conseqüentemente, os riscos da operação. Para a Brahma, embora com menor clareza, percebe-se principalmente motivos relacionados à diversificação da sua linha de produtos, com o lançamento de marca de prestígio internacional; busca essa Empresa, também, aproveitando-se da experiência internacional da Miller na produção e marketing de cervejas premium, melhorar a qualidade e a competitividade de seus produtos nesse segmento específico.

Quanto aos motivos elencados no segundo grupo, relacionados a poder de mercado, a identificação de semelhanças com o caso em análise é mais rica em contribuições ao entendimento da operação e de suas conseqüências. Em primeiro lugar, com o lançamento da MGD, a Brahma, além de acentuar sua posição dominante com a incorporação de uma marca de renome internacional à sua linha de produtos, se iguala aos seus principais concorrentes nacionais (Antártica e Kaiser) na disputa por esse nicho de mercado.

Assim procedendo, a Brahma inibe ainda mais a tímida concorrência das demais empresas não associadas a cervejarias multinacionais, diminuindo as possibilidades dessas de competir nesse segmento, além de desencorajar entrantes potenciais. Como já foi dito, se, de um lado, a operação contribui para acirrar a concorrência entre as três empresas maiores, de outro, as empresas menores que não se associarem com aquelas de atuação global terão maiores dificuldades de crescimento.

Mais importante, ao unir-se com a Miller, terceira maior cervejaria do mundo, a Brahma, maior cervejaria do Brasil e da América Latina, elimina aquela que é uma das concorrentes potenciais com melhores condições de ameaçar seu domínio de mercado, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria fortemente concentrada, graças às fortes dificuldades que impõe a alterações estruturais significativas. Preocupa ainda mais a constatação de que Antártica/Anheuser-Busch, Kaiser/Heineken e Skol/Carlsberg adotaram procedimentos semelhantes, reduzindo drasticamente as chances de contestação efetiva do mercado brasileiro por quatro das maiores empresas cervejeiras do mundo.

É esclarecedor, nesse ponto, recorrer aos ensinamentos de POSSAS sobre tipologias de estruturas de mercado (POSSAS, M. L., *As Estruturas de Mercado em Oligopólio*, Ed. Hucitec, 1975). Na classificação descrita por esse autor, a indústria de bebidas encaixa-se perfeitamente na categoria denominada de oligopólio diferenciado, caracterizado pelo fato de que a natureza do bem produzido permite que a concorrência entre os participantes se dê predominantemente mediante a diferenciação do produto (a

concorrência em preços raramente ocorre, nesse caso, devido principalmente à ameaça que pode trazer à viabilidade de manter-se os elevados mark ups necessários ao custeio de despesas de publicidade e comercialização).

O esforço competitivo é, assim, segundo o citado autor, concentrado nas despesas de publicidade e comercialização, tanto no caso de produtos existentes como para apoiar o permanente esforço de lançamento de novos produtos, modelos (e embalagens) etc., visando a alcançar diferentes categorias de consumidores de acordo com variáveis como, por exemplo, nível de renda, hábitos e idade.

POSSAS afirma, ainda, que “[a] natureza das barreiras à entrada, que por hipótese têm de estar presentes em qualquer tipo de oligopólio, não se prende neste caso a economias técnicas de escala e/ou indivisibilidades (nem tampouco ao volume mínimo de capital), mas sim às chamadas economias de escala de diferenciação, ligadas à persistência de hábitos e marcas e conseqüentemente ao elevado e prolongado volume de gastos necessários para conquistar uma faixa de mercado mínima que justifique o investimento. Como decorrência, tais economias costumam ser mais importantes pela eficácia em inibir a entrada do que pelo tamanho mínimo exigido da unidade produtiva ou mesmo da empresa, com o que o grau de concentração técnica destes mercados é em regra bem inferior ao existente nos oligopólios concentrados” (POSSAS, op. cit., p. 187) (Grifei).

POSSAS aduz, ainda, que as frequentes mudanças e renovações de produtos resultam num “fluxo descontínuo de autotransformação ” desses mercados, que pode ser mais ou menos intenso dependendo das características dos produtos, sendo também “responsável por uma tendência à instabilidade estrutural que só não se manifesta com maior força na repartição do mercado porque, afinal, são quase sempre as mesmas empresas que promovem o esforço de diferenciação...” (idem, p.188).

Aliás, a propósito da estratégia mercadológica de empresas participantes de oligopólios do tipo acima descrito, cabe menção ao voto da Ilustre Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva no Ato de Concentração n° 27/95 (Colgate/Kolynos), verbis: “...admite-se que o poder de mercado pode ser expresso de diversas formas, assim como a concorrência assume, a depender da dinâmica específica de cada mercado, formas diversas da concorrência via preços... Em mercados onde a dinâmica concorrencial assume a expressão da diferenciação de produtos, como é o caso em muitos mercados de bens de consumo, o poder de mercado pode ser expresso pela estratégia de ploriferação de marcas (como no caso FTC vs Kellogg et al ...) ou pela elevação do custo e mesmo bloqueio da entrada de concorrentes...” (A.C. n° 27/95, voto, p. 1, fls.).

Os elevados gastos em publicidade e marketing realizados pelas grandes cervejarias brasileiras (US\$ 200 milhões em 1995, da Brahma; US\$ 100 milhões da Kaiser, em 1996 e US\$ 55 milhões da Antártica, em 1995), que as colocam entre as maiores anunciantes do País, e a superioridade desses em relação aos das empresas menores (US\$ 80 milhões para os próximos quatro anos, da Schincariol) confirmam a adequação dos comentários acima a essa indústria em particular.

9.2. “Joint Ventures” Na Legislação Antitruste De Outros Países

Khemani e Waverman (ibidem) relatam que a legislação antitruste dos Estados Unidos considera uma “joint venture” como qualquer outro acordo com efeitos restritivos sobre a concorrência, passível de consideração sob a regra da razão desde que proporcionem eficiências consideráveis e não sejam uma farsa (“sham”) para encobrir acordos anticompetitivos. Informam, ainda, que para atingir tal nível “considerável” de eficiências, entende-se que o acordo em questão deve, em contrapartida, envolver um também “considerável” grau de risco para as partes envolvidas, o que, como já observado, dificilmente ocorre no caso de joint ventures, operações caracterizadas, em geral, por um grau de risco relativamente baixo.

Outros autores (JORDE, T. M. e TEECE, D. J., *Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust*, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 4, n.º 4, Summer 1990, p. 75-96) mostram, ainda, que o forte rigor do Clayton Act no tratamento de alianças estratégicas, especialmente as horizontais, acabou sendo abrandado pelo National Cooperative Research Act (NCRA), de 1984, que concedeu tratamento legal discretamente privilegiado (regime especial) para acordos entre empresas com a finalidade específica de realizar pesquisa e desenvolvimento, excluindo desse regime, no entanto, aqueles acordos destinados à fabricação de produtos (segundo KHEMANI e WAVERMAN, ibidem, p.147, o NCRA foi alterado em 1994, no sentido de permitir as chamadas “limited joint production”, ou seja, associações para produção limitada).

Observa-se, também com relação ao tratamento legal da questão nos EUA, que a aplicação da lei antitruste daquele país tem sido particularmente inibidora quanto a empreendimentos conjuntos de comercialização envolvendo empresas com elevado poder de mercado. A constituição de um agente único de vendas (“joint sales agent”) é um clássico artifício de cartéis, dificilmente justificável do ponto de vista econômico, em especial no caso de empresas com elevado poder de mercado (BRODLEY, J.F., *Antitrust Law and Innovation Cooperation*, JEP, op.cit., p. 97-112).

Na União Européia e no Japão, o tratamento dado às alianças estratégicas e “joint ventures” cooperativas é menos rigoroso do que nos EUA. A “Fair Trade Commission” do governo japonês, ao avaliar os efeitos anticompetitivos de tais acordos, utiliza também elementos de aferição da razoabilidade dos empreendimentos e parte do princípio de que tais efeitos serão proporcionais à participação dos signatários do acordo no mercado relevante. Naqueles casos em que as associadas detenham, conjuntamente, menos de 25% do mercado relevante é improvável que tais casos sejam examinados. A União Européia considera passíveis de isenção quanto à aplicação do Artigo 85(1) do Tratado de Roma alianças envolvendo pesquisa e desenvolvimento e também produção (ao contrário dos EUA), desde que a participação conjunta das associadas no mercado não exceda 20%; “joint ventures” de distribuição são, contudo, examinadas caso a caso (cf. JORDE et al., op.cit., p. 87-89).

Da literatura consultada, percebe-se uma tendência de menor rigor na imposição de restrições às chamadas “joint ventures” cooperativas destinadas à geração, assimilação ou transferência de tecnologia, finalidades que, uma vez alcançadas, podem ser consideradas como benefícios compensatórios de danos causados por tais alianças à concorrência.

Corroborar essa idéia o fato de que a maior incidência de “joint ventures” tem se deslocado de setores como o de energia, química e siderurgia para outros de maior conteúdo tecnológico como os de computação, componentes eletrônicos, comunicações e farmacêutico (SHAPIRO, C. e WILLIG, R.D., *On the Antitrust Treatment of Production Joint Ventures*, JEP, op. cit., p. 113-130).

Parece ser entendimento geral, portanto, que os benefícios econômicos (lato sensu) advindos de uma determinada “joint venture” (ou, no jargão, suas eficiências) são diretamente proporcionais à importância do componente de geração de tecnologia, ao grau de risco do empreendimento e à necessidade de que as partes envolvidas aportem outros ativos tangíveis ou intangíveis ao negócio. São esses benefícios que, contrapostos aos possíveis danos à concorrência, determinarão a aceitação ou rejeição de uma “joint venture” (ou qualquer outro tipo de concentração) pelos órgãos competentes dos países mencionados.

Essa conclusão evidencia alguns importantes aspectos negativos do caso em exame. Como se viu, a aliança Brahma/Miller não envolve propriamente geração, mas apenas a transferência de tecnologias relacionadas ao processo de produção de cervejas não pasteurizadas (filtragem a frio) que, tendo em vista a existência de produtos similares no mercado nacional, não podem ser consideradas inovadoras ou fundamentais para o desenvolvimento

de tal linha de produtos e muito menos para a satisfação do consumidor médio que, como as próprias Requerentes reconheceram em audiência, “não é um profundo conhecedor [do] produto” (fls.).

Adicionalmente, o investimento da Miller em “adequações” (e não em expansão) às instalações da Brahma, segundo as Requerentes, resumiu-se a cerca de US\$ 10 milhões (fl. 1.163), concentrados em uma única unidade produtiva da Brahma, em Jacareí - SP, além de outros US\$ 12 milhões aplicados em promoção e marketing em 1995/6 (audiência, fls.). Tais montantes são pouco expressivos, considerando tanto o porte da Miller quanto suas metas de participação no mercado brasileiro de cerveja (cerca de 3 %, ou aproximadamente US\$ 221 milhões/ano de faturamento). Com investimento tão pequeno e com o êxito da operação fortemente dependente da estrutura de distribuição da maior cervejaria da América Latina, é de se presumir que o empreendimento tem baixíssimo risco de insucesso.

Há que se ter presente que para entrar e concorrer efetivamente num mercado de grandes dimensões e em franca expansão como é o caso do mercado brasileiro de cerveja, é necessário um esforço de investimento em unidades produtivas, em sistemas de distribuição e em campanhas publicitárias, proporcional à participação que se visa obter em relação a esse mercado, o que, decididamente não ocorre com a presente operação.

9.3. Jurisprudência Internacional

Em relação a decisões da Suprema Corte dos EUA sobre “joint ventures”, é exemplo clássico o caso da Penn - Olin Chemical Co. [U.S. v. Penn - Olin, 378 U.S. 158 (1964)], no qual as duas empresas concorrentes estabeleceram uma “joint venture” para implantar uma fábrica de cloro nos E.U.A. Partindo do princípio de que as “joint ventures”, como as demais formas de concentração, representam, quase sempre, ameaça à concorrência, a decisão da Suprema Corte proibindo a associação baseou-se na suposição de que cada um dos concorrentes teria condições para construir e operar economicamente sua própria fábrica e que, portanto, a operação eliminava um importante concorrente potencial. O mercado perderia, assim, o benefício correspondente à ameaça exercida pela entrada de um novo concorrente (ou mesmo o fortalecimento de um já existente), fator de grande eficácia para impedir abusos de poder por parte das empresas dominantes. A decisão menciona ainda que, se as participantes são concorrentes, ou poderiam ser na ausência da “joint venture”, pode-se assumir que elas não competirão no ramo comercial envolvido.

O mesmo tipo de preocupação, esteve presente no caso da “joint venture” constituída pela General Motors e a pela Toyota, nos EUA [FTC

decision, 374, 386 (1984)], para produzir um carro baseado no Toyota Corola, por meio da qual a GM “aprenderia” a produzir carros pequenos e a Toyota ganharia experiência sobre como produzir nos EUA. A decisão da FTC permitiu a associação, com base nos benefícios representados pela transferência de conhecimentos produtivos para a GM, mas estabeleceu limitações de quantidade a ser produzida e de tempo de duração do empreendimento, além de ter imposto salvaguardas relativas ao intercâmbio de informações sobre custos e preços, demonstrando sua preocupação com os efeitos anticompetitivos indiretos (“spillovers”) daquela aliança.

No caso da associação entre a Yamaha Motor Co. e a Brunswick Corp., com o objetivo de produzir e comercializar motores de popa nos EUA [Brunswick Corp., 94 FTC (1979) e Yamaha Motor Co. v. FTC, 657 F.2d 971 (8th. Circ. 1987)], a FTC concluiu pela ilicitude da joint venture e de alguns de seus acordos colaterais, principalmente por eliminar concorrência potencial em mercado fortemente concentrado. A decisão baseou-se em dois fatores: 1) a Yamaha dispunha de meios alternativos para entrar naquele mercado, e 2) dispunha-se de elementos indicadores de que tais meios alternativos poderiam efetivamente contribuir para a desconcentração do mercado relevante, entre outros efeitos pró-concorrenciais. Vale mencionar que os referidos contratos colaterais, que limitavam a concorrência a certos produtos e territórios, foram considerados ilícitos por excederem os limites do estritamente necessário para viabilizar a “joint venture” (cf. Antitrust Law Developments (Third), American Bar Association, p. 378 e 383)

A Comissão Européia, por sua vez, ao examinar, em 1994, processo envolvendo as cervejarias Carlsberg e Interbrew, entendeu como abusiva a concessão de licença exclusiva da primeira para a segunda para a produção e/ou distribuição, na Bélgica, de certas cervejas especiais de renome internacional.

Assinalou aquela Comissão que, noutros mercados de cervejas em que se verifica uma situação de concorrência efetiva, licenças exclusivas como aquela, mesmo entre produtores, podem constituir um meio altamente eficaz de facilitar a penetração de fabricantes de um estado-membro no mercado de outros estados-membros, sendo, por conseguinte, susceptíveis de isenção da aplicação da lei antitruste. Todavia, neste caso, a exclusividade, ao ampliar a oferta de marcas de cerveja por parte da Interbrew, num segmento em que esta não havia obtido grande êxito anteriormente, reforçava a posição dominante da empresa. A ampliação da linha de cervejas ofertadas pela Interbrew contribuía também para aumentar os entraves às empresas existentes nesse mercado e aos concorrentes potenciais, que teriam de oferecer uma gama completa de produtos para competir de forma eficaz com a Interbrew.

O processo Interbrew foi encerrado mediante compromisso que estabeleceu, para a Interbrew, a obrigação de renunciar à exclusividade da licença de produção e distribuição e, para a Carlsberg, a obrigação de licenciar

outro distribuidor belga, além da Interbrew, para distribuir seus produtos naquele país.

Concluindo essa breve incursão pela jurisprudência internacional, recorro, mais uma vez, ao voto da Ilustre Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva no Ato de Concentração Colgate/Kolynos, em trecho no qual se resume o resultado de análise semelhante da jurisprudência, verbis: "A jurisprudência internacional, como se nota [...], tem consagrado o princípio de que não é permitido que uma mesma empresa controle duas marcas de posição proeminente no mercado, sobretudo se tais marcas eram anteriormente concorrentes e a incorporação tenha eliminado ou venha a eliminar a concorrência entre elas" (Ato de Concentração nº 27/95, p. 46, fls.).

9.4. Aspectos Restritivos Dos Acordos Firmados Pelas Requerentes

Ao se examinar determinados aspectos constantes do Acordo de Produção por Contrato e Assistência de Distribuição firmado entre a Companhia e Cervejaria Brahma e a Miller Brewing do Brasil, constata-se na Seção 4.1 (i), concernente ao ajustamento do "preço da cerveja por contrato", que as partes concordam, no que respeita à cerveja licenciada (Miller Genuine Draft) envasada em embalagens não-retornáveis, que o preço da cerveja por contrato "não excederá o preço de venda das marcas da CCB aos atacadistas da Rede de Distribuição durante o mesmo dado mês"(grifo nosso).

De igual modo, observa-se no Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller, celebrado entre a Miller Brewing Company e a Miller Brewing do Brasil Ltda., Seção 2.1.3, verbis : "Caso a Limitada opte por não exercer seus direitos de conformidade com esta Seção 2.1.3 , e a Miller opte por renovar, continuar ou substituir esses acordos comerciais, a Miller envidará seus melhores esforços para assegurar, na medida permitida por lei, que a Cerveja objeto desses acordos comerciais não seja vendida no Território abaixo do preço de mercado da Cerveja Miller Importada, da Cerveja Miller Licenciada, ou de qualquer Cerveja importada pela Skol, sendo válido o preço menor"(grifo nosso). O mesmo tipo de referência a preços da Skol é observado, por exemplo, na Seção 4.6.2 do Acordo de Associação de Empresas, relativa a "Cervejas Miller Adicionais", ou seja, que não a MGD, que vierem a ser introduzidas no Brasil.

Nesse mesmo Acordo, a Seção 3.1.1 (Compromissos da Limitada) registra as seguintes disposições com relação à Limitada , verbis: " (a) sujeito a quaisquer restrições legais aplicáveis, importará, comprará, comercializará e distribuirá no Território a "Miller Genuine Draft" como a principal Cerveja Importada, a um preço aos consumidores que leve em conta a cadeia de preços doméstica, para a Miller Genuine Draft em lata, de aproximadamente 15% (quinze por cento) acima do preço da Brahma Chopp em lata e, para a

Miller Genuine Draft em garrafa, de aproximadamente, 25% (vinte e cinco por cento) acima do preço da garrafa da Brahma Chopp, esses preços devendo ser revisados e modificados de maneira a serem competitivos com outras marcas norte-americanas importantes no mercado, conforme mutuamente acordado entre as Partes;...(grifo nosso).

Os acordos de preços acima relacionados evidenciam pelo menos duas disfunções do ponto de vista da concorrência. A primeira é a acentuação do caráter colusório da operação, visto que, ao adotarem tal conduta comercial concertada, as partes selam a supressão de concorrência entre elas, em prejuízo da independência possível de ser mantida pelos participantes de alianças como esta. A segunda, na verdade uma decorrência da primeira, é que tais práticas representam, na realidade, artifícios semelhantes aos acordos de preços de cartéis, que visam a acentuar as barreiras levantadas pela operação, alcançando concorrentes efetivos e potenciais e contribuindo para impedir que o mercado funcione com maior grau de competição.

Conforme explicado anteriormente, os cinco Acordos de caráter específico (de Associação de Empresas; de Produção; de Produção Licenciada; de Importação, Distribuição e Comercialização; de Transferência de Tecnologia) foram firmados em 28 de setembro de 1995 e tem vigência até 31 de dezembro de 2010, ou até a data de rescisão do Acordo de Associação de Empresas, sendo a vigência deste condicionada ao cumprimento de certas metas de desempenho.

O acordo de cooperação denominado “Associação Internacional” (Acordo para Formar uma Associação Internacional), diferentemente dos demais, tem vigência enquanto os Acordos específicos acima referidos permanecerem válidos e não tiverem sido rescindidos. Ressalte-se que o Acordo para Formar uma Associação Internacional é o que consubstancia a decisão estratégica das Empresas de cooperarem entre si por intermédio da formação de uma “joint venture”, sendo, portanto, o instrumento principal dessa operação.

Devo repetir, também, que, a despeito dos prazos acima mencionados, o período de 15 anos, referente à vigência de instrumentos formais, não traduz necessariamente a intenção das partes ou perspectiva de duração da aliança do ponto de vista estratégico, como demonstra a seguinte declaração das Requerentes, em resposta a pergunta sobre a perspectiva de duração da “joint venture”, por ocasião de audiência realizada no CADE: “Realmente, o prazo é quase indefinido nesse momento. Obviamente as duas companhias se permitem suas devidas cláusulas de escape, mas hoje o prazo e a motivação são indefinidos” (fls.)(grifei).

Segundo expõem as Requerentes, na inicial, a “distinção a que chegou a doutrina da concorrência européia - entre joint ventures

concentrativas e cooperativas - nasceu da constatação, trazida pela experiência, de que, nas concentrações, as alterações no mercado são de ordem estrutural e duradouras, aí incluídas as joint ventures concentradoras, além, é certo, das demais formas de mergers...A identificação de tais atos jurídicos concentradores, no caso joint ventures, dá-se [...] quando perdem eles a independência - autonomia empresarial - que dispunham antes de criarem a joint venture. [...] Essa perda de autonomia [em favor da joint venture] é o sinal de que houve alteração estrutural no mercado, e que terá caráter duradouro, pois, excetuando-se uns poucos tipos de joint venture, seus criadores não consentiriam ceder em autonomia senão em razão de um projeto considerável” (fls.) (grifei).

Assim, apesar de ter sido classificada pelas Requerentes como “joint venture” cooperativa, os aspectos acima comentados, relacionados a preços e duração do empreendimento conjunto, ao demonstrar perda de autonomia empresarial das participantes, conferem ao presente Ato, características daquilo que a doutrina européia denomina de “joint venture” concentrativa.

9.5. Avaliação Dos Benefícios Da Operação (Eficiências)

Considerando que a operação em julgamento, acentua o poder de mercado da Brahma, sendo potencialmente causadora de efeitos adversos à concorrência, incluindo a eliminação de competidor potencial e a imposição de dificuldades adicionais à contestação do mercado relevante, cabe ao CADE avaliar se a “joint venture” propicia benefícios (as chamadas eficiências) que possam contrabalançar as restrições à concorrência.

Nesse sentido, a Lei n.º 8.884/94, em seu art. 54, estabeleceu um conjunto de condições (benefícios privados e sociais) que a operação deve propiciar para ser passível de aprovação pelo Colegiado do CADE. Passo, a seguir, a examinar os possíveis benefícios da operação, incluindo aqueles alegados pelas interessadas.

Antes, porém, devo registrar que, embora a Lei cite como benefícios o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade de bens e serviços e o desenvolvimento tecnológico, considero necessário examinar também aspectos não apontados especificamente na Lei mas que podem ser considerados como resultantes da operação.

A esse respeito, corroboro com o entendimento externado pela ex-Conselheira do CADE, Neide Malard, quando, ao examinar aspectos concernentes às eficiências, observou que outros aspectos devem também ser devidamente levados em consideração, até porque a Lei, ao se utilizar da expressão genérica “propiciar a eficiência”, permite que sejam incluídos, por

exemplo, as economias de escala, a melhor integração das instalações, a especialização da fábrica, e eficiências similares à fabricação do produto, aos serviços inerentes à produção e à distribuição (MALARD, Neide T., *Integração de Empresas: Concentração, Eficiência e Controle*, documento apresentado no Seminário Internacional sobre Defesa da Concorrência, fl. 10, 1994).

i) Ampliação da Capacidade Produtiva

Relativamente a esse aspecto, há que se ter presente que, desde 1994, quando perdeu a liderança do mercado por falta de capacidade produtiva, a Brahma vem implementando diversos projetos voltados para ampliação e modernização de suas fábricas, bem como construindo novas unidades produtivas, evidenciando a disponibilidade de recursos financeiros próprios e de financiamentos do BNDES para a consecução de tais projetos. Por outro lado, em nenhum momento foi alegado pelas interessadas que a “joint venture” poderia vir a aportar recursos financeiros para ampliação da capacidade produtiva das unidades fabris da Brahma.

Com relação a essa última assertiva, cabe assinalar que a estratégia adotada pela Miller para produzir a cerveja Miller Genuine Draft no Brasil foi a de utilizar-se da estrutura produtiva disponível nas fábricas da Brahma, promovendo, tão-somente, “adequações” nessa estrutura, ou seja, a montagem de linhas habilitadas a fabricar tal produto.

Se, por um lado, esse procedimento representou uma estratégia empresarial legítima na busca da maximização de lucros e da redução de custos, de outro, demonstrou, de maneira incontestável, que a operação em nada contribuiu para a expansão da capacidade produtiva, a despeito do momento de franca expansão por que passava e ainda passa o mercado brasileiro de cerveja (no segundo semestre de 1995 ocorreu uma “explosão do consumo”, segundo expressão das interessadas), associado ao fato desse mercado possuir grande potencial de crescimento, principal fator de atração das empresas de atuação global.

ii) Desenvolvimento Tecnológico e Melhoria de Qualidade do Produto

O Acordo de Transferência de Tecnologia celebrado entre a Miller Brewing Co. e a Miller Brewing do Brasil Ltda. prevê a transferência de “informações técnicas industriais” - com destaque, entre estas, para o processo de filtragem a frio - e “informações técnicas administrativas”.

Iniciando pelas “informações técnicas industriais”, pode-se afirmar que, a despeito de possibilitar a apropriação pela Brahma do conhecimento

dos processos de produção, ditos exclusivos, utilizados na fabricação da MGD (filtragem a frio, principalmente) e de ser, de fato, importante elemento a conferir qualidade intrínseca a esse produto, considero pouco relevantes seus benefícios efetivos do ponto de vista do consumidor que, aliás, raramente os percebe. Na verdade, o papel dessa “inovação tecnológica” incorporada à MGD é fundamentalmente o de servir como fator de diferenciação de produto, muito mais do que o de proporcionar ao consumidor um diferencial marcante de paladar. Corrobora essa assertiva o fato de que a expressão “cold filtered” está destacadamente estampada no rótulo da MGD, só perdendo em importância visual para a própria marca principal (“Miller”) e para a expressão “Genuine Draft” (fls.).

A alegada vantagem de ser um “chope engarrafado”, armazenável por até 180 dias, tampouco parece relevante pois, como já dito, a diferença entre “chope engarrafado” e “cerveja engarrafada” é dificilmente perceptível ao paladar do consumidor comum. Se essa característica confere maior elasticidade de prazos ao produtor e ao distribuidor, em relação ao chope regular, não chega a impressionar como vantagem ao consumidor, visto que, ao contrário do vinho, produto que o consumidor normalmente armazena por longos períodos, é hábito do consumidor de cerveja efetuar as aquisições desse produto a intervalos curtos, quinzenais ou, no máximo, mensais, até porque é sabido que, com tempo, a cerveja perde rapidamente sua qualidade.

Aliás, diz um especialista em cerveja que, “[como] o pão fresco, a boa cerveja é extremamente delicada e de vida curta. A melhor cerveja é aquela que não é filtrada nem pasteurizada...” “Chope e cerveja não combinam com prateleira. Estraga e pronto. Se você não acredita nisto, está na hora de matricular-se num curso de microbiologia. Quanto mais novo, quanto mais fresco, melhor” (SLEMER, O. A., op. cit., p. 8 e 114).

Em outras palavras, os benefícios que podem ser atribuídos à tecnologia em questão só podem ser considerados relevantes do ponto de vista privado, como fator de grande importância na estratégia mercadológica de uma empresa em regime de oligopólio diferenciado. O objetivo diretamente visado com a utilização desses conhecimentos é, portanto, muito mais a diferenciação do produto como elemento estratégico do que a satisfação do consumidor, uma vez que não se introduz inovação que contribui de maneira expressiva para aumentar o bem-estar deste.

O Acordo em questão prevê, ainda, a transferência de “informações técnicas gerenciais”, definidas como sendo informações referentes a (1) processos e rotinas comerciais utilizados pela Miller (MBC) na distribuição de suas cervejas; (2) procedimentos utilizados pela MBC em relação a seus revendedores nos EUA e (3) planejamento e implementação de procedimentos de marketing de apoio a vendas utilizados pela MBC nos EUA (fls.).

Os conhecimentos em questão beneficiam a Brahma ao proporcionar possibilidade desta de aperfeiçoar suas técnicas de comercialização de cervejas especiais, reconhecidas como precárias pela própria Empresa, ao

menos no caso da cerveja Brahma Extra. Há que se considerar, todavia, o alto custo dessa apropriação do ponto de vista do mercado ou da concorrência. Vista assim, percebe-se, neste caso mais claramente ainda, que os benefícios são preponderantemente privados, uma vez que é evidente o aspecto colusório dessa cooperação, que significa, na realidade, um acordo de não concorrência entre as partes. Tanto é assim que, em outro acordo, se prevê explicitamente obrigação de correlação de preços entre os produtos da “joint venture” com produtos da Brahma (fls.).

Alega-se, por outro lado, que a associação em tela, além de permitir a introdução no mercado brasileiro de uma marca de prestígio internacional, “aumentará” a concorrência no mercado brasileiro, pois equipara a Brahma a suas principais concorrentes no que tange a parcerias com grandes cervejarias internacionais. Prevalece aí, mais uma vez, a ótica privada sobre o interesse da coletividade, o qual seria certamente melhor atendido pelo ingresso de novos competidores independentes do que com o simples reforço da centenária estrutura oligopolística desse mercado.

iii) Investimentos

Trata-se de aspecto importante a ser considerado em qualquer operação, visto que dele podem resultar inúmeros e significativos benefícios aos consumidores e ao próprio mercado. Conforme visto, no entanto, os investimentos e gastos realizados pelas Interessadas foram bastante modestos e dirigiram-se basicamente às atividades de promoção do produto (US\$ 12 milhões em 1995/96) e à “adequação” (e não ampliação) da estrutura produtiva de parte de uma das linhas da fábrica da Brahma localizada em Jacareí - SP, o que representou, segundo as interessadas, cerca de US\$ 10 milhões (fls.).

Se a Miller estivesse realmente determinada a se instalar no mercado brasileiro de cerveja, concorrendo de forma efetiva e, assim, acirrando a competição existente, seu esforço de investimento, tanto em capacidade produtiva quanto em marketing, deveria ser necessariamente maior.

De igual modo, seria indispensável a realização de investimentos na estruturação de rede de distribuição, fator preponderante em um país continental, o que, como visto, tampouco se verificou, já que a Miller utiliza-se do sistema de distribuição da Brahma.

Assim, a estratégia utilizada pelas Requerentes, se considerados apenas os interesses privados, evidencia que os investimentos realizados obedeceram aos princípios de alocação racional dos recursos produtivos da empresa, minimizando custos e riscos e maximizando lucros.

Porém, a racionalidade privada nem sempre atende ao interesse coletivo, cabendo ao Estado, no caso representado pelo CADE, identificar eventuais conflitos e decidir sobre a aceitação ou rejeição de objetivos privados não coincidentes com o interesse comum.

Como se sabe, a Miller é uma empresa de grande porte, a segunda cervejaria em faturamento nos EUA, opera em diversos mercados internacionais e dispõe de enorme estrutura financeira, vastos conhecimentos mercadológicos e de distribuição do produto, possuindo, portanto, todas as pré-condições para, isoladamente, ingressar no mercado relevante, acentuando o seu vigor concorrencial, ao invés de, atendendo unicamente a seu próprio interesse, contribuir para elevar o poder de mercado da Brahma nesse mercado.

A estratégia de entrada da Miller, representada pela associação com a Brahma, tem o inegável mérito de permitir à primeira, dentre outras vantagens, conhecer o sistema de distribuição e de produção da maior cervejaria da América Latina e de lançar sua marca no mercado brasileiro a baixos custos e riscos, reduzindo em muito as mais importantes barreiras ao ingresso nesse mercado.

Depois de quase dois anos de associação com a Brahma, é razoável presumir-se que a Miller, com sua experiência de terceira maior cervejaria do mundo, já tenha assimilado os mais importantes conhecimentos sobre a logística de distribuição e o sistema de produção de cervejas no Brasil. Evidência disso é o fato de que, já em meados de dezembro de 1996, as Requerentes afirmavam terem conseguido “a liderança do segmento premium no Brasil”, o que estava originalmente projetado para o presente ano (audiência, fls.).

Parece claro, como já mencionado, que o poder econômico e o conhecimento específico da Miller no que se refere à produção e comercialização de cerveja credenciam-na a entrar, não apenas neste, mas em qualquer mercado de cerveja de maneira independente e individual, oferecendo concorrência adicional e efetiva aos seus competidores. A título de mera ilustração, vale lembrar o caso da Schincariol, empresa que, mesmo com poderio econômico infinitamente menor que o da Miller, conquistou uma pequena mas expressiva parcela do mercado brasileiro, graças a esforços persistentes de investimentos condizentes com sua meta de participação no mercado.

A forma escolhida pela Miller para ingressar no mercado brasileiro foi, portanto, a mais fácil, a menos arriscada e a de menor custo, como

determina a melhor técnica de investimento privado. Devo assinalar, entretanto, que essa não é, evidentemente, a única forma de entrada possível e, sobretudo, não é a forma que melhor atende aos interesses da defesa da concorrência. Como mostrado acima, existe a possibilidade de que a Miller, embora com maior risco e investimento, ingresse no mercado brasileiro individualmente.

Face ao exposto, no que respeita aos benefícios decorrentes dos investimentos realizados, considero que a concorrência não deve ser sacrificada para equacionar questão passível de ser solucionada de outra forma que não a constituição e manutenção da “joint venture”, da forma como está sendo implementada.

9.6. Considerações Finais

Os aspectos abaixo relacionados resumem minhas principais observações sobre o Ato em julgamento, como procurei demonstrar ao longo do Relatório e do Voto:

são pouco significativos, do ponto de vista da coletividade, os benefícios da operação no que tange ao aumento de produção/produktividade, à melhoria de qualidade do produto relevante e, principalmente, ao desenvolvimento tecnológico, entre outros benefícios considerados;

os benefícios privados decorrentes da operação são incomparavelmente maiores que aqueles passíveis de serem apropriados pelo consumidor de cerveja ou pelo mercado como um todo, não havendo, assim, distribuição equitativa dos benefícios decorrentes da “joint venture”;

o domínio do mercado nacional de cervejas há décadas se concentra nas duas principais cervejarias do País, sendo que a única contestação significativa (cerca de 15% do mercado) em toda história desse setor só tem sido possível graças ao poder econômico e de mercado do maior produtor mundial de refrigerantes (como se sabe, a Kaiser é do grupo da Coca-Cola);

por ter duração de 15 anos, e com as observações feitas sobre a “indefinição” desse prazo, a operação implica eliminação praticamente definitiva de uma das concorrentes potenciais com melhores condições de ameaçar a posição dominante da Brahma, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria fortemente concentrada, graças às fortes dificuldades que impõe a alterações estruturais significativas nesse mercado, aspecto negativo que não é compensado pela introdução de inovações ou mesmo pelos ganhos de competitividade resultantes;

o objetivo da operação, no sentido de qualificar a Brahma e a Miller a operarem com qualidade e eficiência na produção e comercialização de cervejas premium, respondendo, com rapidez, à demanda crescente desse tipo de cerveja, pode ser atingido em prazo relativamente curto, considerando a experiência das duas empresas no ramo em que operam e suas consequentes

capacidades de assimilação de conhecimentos (à fls. 1.161 a Brahma afirma, em resposta à SDE, que “[a] primeira avaliação a respeito da boa ou má aceitação do produto será feita em 2/3 anos [após a introdução da MGD no mercado brasileiro]);”

como demonstrado por outras marcas de cerveja, há alternativas para que a Miller ingresse no mercado e viabilize a distribuição nacional de sua cerveja, excetuando-se a associação com a Brahma (veja-se, por exemplo, o caso da Corona/Arisco), e sem considerar o fato de que, sendo parte integrante do Grupo Phillip Morris, a Miller pode ter acesso facilitado aos canais de distribuição de outras empresas do Grupo atuantes no Brasil, nos setores de alimentos e de cigarros;

a jurisprudência internacional em matéria de “joint ventures” é pródiga em demonstrações de que a eliminação de concorrência potencial só é tolerável em casos onde a associação propicie consideráveis ganhos de eficiência, principalmente no que se refere ao desenvolvimento tecnológico, o que, como se viu, não se verifica na presente operação; mesmo assim, a fixação de limites de produção e de tempo para a duração da aliança são mecanismos utilizados para tornar tais atos toleráveis do ponto de vista da defesa da concorrência.

10. Decisão

A crescente internacionalização da economia, resultante, em especial, da redução de barreiras ao comércio mundial, da maior velocidade das inovações tecnológicas e dos grandes avanços nas comunicações, tem permitido e até exigido das grandes empresas esforço considerável para expandir rapidamente seus mercados, levando a todos os espaços possíveis e viáveis seus produtos ou serviços.

Este movimento, que, na verdade, só é novo no que se refere à sua velocidade e intensidade, pode ser altamente positivo para o mercado e para as nações, de um modo geral, desde que dele resultem maior equilíbrio competitivo e comercial, o que ressalta o papel cada vez mais imprescindível das políticas industrial, de comércio exterior e de defesa da concorrência (e da necessidade de articulação entre elas) na agenda da globalização da economia.

Partindo-se do princípio de que a chamada globalização não é panacéia para os males distributivos de que padece a economia mundial, as fusões e associações de empresas, assim como os investimentos diretos explicados ou induzidos por esse “fenômeno”, devem merecer cuidadosa avaliação de seus custos e benefícios sociais para o País, como em qualquer outro caso, sem a contaminação de exageros nacionalistas ou liberais, mas tendo sempre em vista os altos interesses das políticas públicas nacionais, especialmente aquelas acima mencionadas.

No caso em questão, a entrada de uma cervejaria do porte da Miller no mercado brasileiro é, sem sombra de dúvida, fato que pode produzir efeitos

altamente positivos para a economia nacional e, em particular, para a concorrência. No entanto, se o custo da facilitação do ingresso da Miller no mercado brasileiro de cerveja for a aceitação pura e simples da operação nas condições em que foi apresentada, sem a contrapartida de investimentos e inovações e sem elevar os padrões de concorrência de modo compatível com a magnitude e o potencial de crescimento desse mercado ou com o porte de seus principais competidores, importando, ao contrário, em fortes ligações colusórias entre empresas antes concorrentes, considero-o excessivamente elevado.

O tamanho do mercado brasileiro e, sobretudo, seu enorme potencial de crescimento valem mais do que a introdução de uma marca adicional, sem aporte de investimentos significativos e, sobretudo, sem maiores benefícios compensatórios pela potencialidade de dano ao mercado representado, dentre outros fatores, pela consolidação do domínio desse mercado, há tempos detido pelas mesmas empresas.

Considero, porém, que a inclusão de algumas condições pró-concorrenciais podem levar a uma alteração desse quadro, de modo a possibilitar o aproveitamento, por parte do mercado, de benefícios inerentes à operação, por meio da supressão de certas características do ato especialmente nocivas à concorrência.

Mais especificamente, se for limitada ao período de tempo que se entenda tecnicamente como o mínimo adequado para que a cooperação entre as Requerentes gere ganhos alocativos suficientes reduzir os custos de ingresso da Miller no Brasil, o caráter pró-competitivo da “joint venture” pode ser robustecido. Assim procedendo, promover-se-ia, com a facilitação da entrada da Miller como novo competidor, o efetivo acirramento da concorrência ao final do período. Em outras palavras, a redução do tempo de duração da aliança tem o condão de reduzir seus custos sociais, tendendo a equipará-los aos menos expressivos benefícios dela decorrentes.

Entendo que a fixação de limite de tempo nas bases acima descritas, não só explícita com absoluta clareza como enaltece aquela que é, na verdade, a principal vantagem dessa operação, do ponto de vista social, qual seja, a de viabilizar a entrada de um novo competidor no mercado relevante. Além disso, como já mencionado, a introdução de limite temporal nessas bases pode estimular o acirramento da concorrência ao final do período ou, no mínimo, assegurar o restabelecimento do nível concorrencial pré-existente, sem o inconveniente, do ponto de vista da concorrência, de elevar o poder de mercado da Brahma.

A limitação temporal da “joint venture” contribui, também, para conformar a operação aos limites estritamente necessários para o atingimento dos seus principais objetivos, permitindo que a Brahma se capacite, tanto em termos tecnológicos como mercadológicos, a produzir e comercializar cervejas premium e que a Miller desfrute das melhores condições de custo e risco para fixar sua marca e conhecer o mercado brasileiro.

Admitindo-se que, mesmo diante desse limite, a Miller ficaria bem posicionada para disputar aquele que é um dos maiores e mais promissores mercados de cerveja em todo o mundo, caberia à Empresa decidir, ao fim do período, de que outra forma o faria. Examinei a possibilidade de indicar formas alternativas de entrada da Miller que fossem aceitáveis ou até desejáveis do ponto de vista da defesa da concorrência. Concluí, no entanto, que, no caso, não caberia ao CADE fazer tais indicações, que poderiam caracterizar-se como ingerência indevida em estratégias comerciais da Empresa. Essa decisão deve caber à Miller, posto que é o seu interesse comercial o principal motivador do negócio, e sobre o qual ninguém tem melhor conhecimento do que ela própria. Ao definir a forma de alcançar seu objetivo comercial deve a Empresa, entretanto, observar consonância com a defesa da concorrência, guiando-se pelos preceitos legais pertinentes.

A possibilidade de que a Miller desista de ingressar no Brasil existe, é claro, mas deve ser considerada na medida inversa à importância do potencial do mercado brasileiro para a Empresa. Além disso, como demonstrado, entendo que seriam relativamente pouco relevantes as perdas para o mercado e para o consumidor no caso de ocorrência dessa hipótese, principalmente quando se tem conhecimento de que inúmeras outras marcas consagradas internacionalmente encontram-se disponíveis no comércio.

Isto posto, considerando que há indicações claras tanto do BNDES quanto de participantes desse mercado (fls. 1.329 e p. 27 deste) no sentido de que o prazo de 18 (dezoito) meses é suficiente para a construção e entrada em funcionamento de unidade fabril; que é razoável estimar em 6 (seis) meses o prazo necessário para reformulação da estratégia de atuação da Miller no mercado brasileiro, e tendo em vista que a “joint venture” em julgamento existe desde setembro de 1995, DECIDO:

Nos termos apresentados, a operação não atende às condições necessárias à sua aprovação, nos termos do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Assim, aprovo a constituição da “joint venture” denominada MILLER BREWING DO BRASIL LTDA., desde que aceitas pelas Requerentes as condições abaixo relacionadas, por meio de comunicação formal ao CADE, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da publicação da presente decisão no Diário Oficial da União:

Primeira condição: estabelecer como nova data final do prazo de vigência dos contratos e Acordos firmados entre as Requerentes (fls.), aquela correspondente ao último dia do período de 24 (vinte e quatro) meses, contado a partir da data de publicação desta decisão no Diário Oficial da União;

Segunda condição: considerando que a Primeira Condição, acima, não pode atingir a cooperação entre as Requerentes fora do mercado relevante, incluir na Seção 2.1 (Escopo Territorial da Associação Internacional) do Acordo de Associação Internacional (fls.), a partir da nova data final estipulada na Primeira Condição, seção adicional que exclua a República Federativa do Brasil do Escopo Territorial mencionado;

Terceira condição: eliminação de todas as referências a preços de produtos produzidos e/ou importados pela Skol (Cervejarias Reunidas Skol-Caracu) em qualquer dos Acordos e contratos firmados entre as Requerentes relacionados à presente operação, a exemplo do estabelecido na Cláusula 2, item 2.1.3 do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller;

Quarta condição: eliminação de todas as referências a preços de produtos Brahma em qualquer dos Acordos e contratos firmados entre as Requerentes relacionados à presente operação, a exemplo da Seção 4.1(i) do Acordo de Produção por Contrato e Assistência de Distribuição e da Seção 3.1.1(a) do Acordo de Importação, Distribuição e Comercialização de Determinados Produtos Miller;

Quinta condição: eliminação de todas as referências a qualquer relação de preços entre a “Cerveja Miller Licenciada”, “Cerveja Miller Importada” e “Cerveja importada pela Skol” e as “Cervejas Miller Adicionais”, tais como as mencionadas na Seção 4.6.2 do Acordo de Associação de Empresas para o Brasil (fls.).

Aceitas as condições, deverão as Requerentes, no prazo de 15 (quinze) dias, a contar da comunicação da aceitação, firmar Compromisso de Desempenho com o CADE, na forma do art. 58 da Lei nº 8.884/94, em que comprometer-se-ão a cumprir e a comprovar o cumprimento das condições constantes da decisão do Colegiado.

Não sendo aceitas as condições, de forma expressa, por meio de comunicação ao CADE, ou de forma tácita, pelo silêncio das Requerentes após o transcurso do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da publicação da presente decisão no Diário Oficial da União, deverão as Requerentes, no prazo de 60 (sessenta) dias após a referida publicação, apresentar ao CADE:

a) prova de que foi incluída na Seção 2.1 (Escopo Territorial da Associação Internacional) do Acordo de Associação Internacional (fls.), seção adicional que exclua a República Federativa do Brasil do Escopo Territorial mencionado e

b) prova da rescisão dos acordos e contratos celebrados com a finalidade de criar e operar a “joint venture” no País.

Ante os fundamentos expostos neste Relatório e Voto, e tendo em vista que a manutenção no mundo jurídico dos acordos firmados entre as Requerentes, tais como se encontram, trazem graves prejuízos à ordem econômica, a não aceitação das condições impostas, sem a devida comprovação ao CADE, dentro dos prazos estabelecidos nesta decisão, da adoção das providências constantes dos itens “a” e “b”, acima, constitui infração, sujeitando as Requerentes, individualmente consideradas, ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil Reais).

É o voto.

Em 11 de junho de 1997.

Renault De Freitas Castro
Conselheiro-Relator”

VOTO DO CONSELHEIRO ARTHUR BARRIONUEVO

Sessão Ordinária de 11/06/97

“1.Senhor Presidente, senhores Conselheiros, demais presentes, em primeiro lugar, gostaria de cumprimentar o Conselheiro Renault de Castro pelo exaustivo trabalho realizado na análise do mercado de cerveja, tanto a nível nacional, como de suas tendências internacionais. Peço vênha ao ilustre Conselheiro-Relator, pois vou realçar em seu Relatório apenas aqueles pontos sobre os quais tenho discordância, com o objetivo de fundamentar meu voto que é divergente do relator, sem que isso signifique qualquer avaliação negativa da qualidade de seu estudo.

2.Pretendo abordar cinco pontos, que permitirão situar este acordo entre as Cervejarias Brahma e Miller - onde a primeira deve distribuir e, eventualmente fabricar, produtos com a marca da Miller na América Latina - dentro de um contexto de competição internacionalizada e que embasam o presente voto, quais sejam:

A Globalização na Indústria de Cervejas;

O Mercado Brasileiro de Cervejas;

Barreiras à Entrada na Indústria Cervejeira;

Alianças Estratégicas;

Aspectos Restritivos do Acordo e Eficiências;

que permitirão abordar os principais aspectos concorrenciais em questão.

I. A Globalização na Indústria de Cervejas

3.Quanto ao processo de globalização na indústria de cervejas, creio que é útil começar com a citação do Financial Times constante à página 11 do Relatório, “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”.

4. Esta notícia indica a existência de uma tendência internacional das empresas realizarem alianças, segundo consta, por tempo indeterminado. O estudo de Sutton (1991: 518)³⁰ mostra que as cervejas de tipo lager eram produzidas no Reino Unido sob licença de firmas estrangeiras, embora com o crescimento deste mercado, as cervejarias britânicas passaram a promover marcas nacionais. Conforme estudo do MMC (1989)³¹ “Lager, contudo, tem se tornado proeminente através de uma estratégia de marcas nacionais, com os consumidores geralmente demandando produtos que tem uma credibilidade nacional e, freqüentemente, uma origem internacional”.

5. Também com relação à estrutura de mercado e tamanho das empresas, podemos observar que a situação de Brahma e Antártica no Brasil, não destoa da configuração de outros países como os EUA, Grã-Bretanha, França e Japão e, embora seja diferente do caso da Alemanha, este país passa por um processo de concentração, que o aproxima de outros casos. Conforme Sutton (1991), estes países tem estruturas de mercado concentradas, onde o CR4 é maior do 59% para todos, como se pode ver na tabela 1 a seguir.

Tabela 1
Participação de Mercado das 4 Maiores Firmas

Estados Unidos	% Mercado (1986)	Reino Unido	% Mercado (1986)
Anheuser-Busch	39%	Bass PLC	23%
Miller Brewing Co	21%	Allied Lyons PLC	13%
Stroh	12%	Grand Metropolitan	12%
Heilemann	9%	Whitbread & Co	11%
Nº de Firmas	67	Nº de Firmas	171

Fonte: Sutton, op. cit. (1991)

Tabela 1 (Continuação)
Participação de Mercado das 4 Maiores Firmas

Japão	% Mercado (1986)	França	% Mercado (1986)
Kirin Brewing Co	60%	BSN	50%
Sapporo Breweries	21%	SOGEBRA	25%
Asahi Breweries	12%	Seb Artois	6%
Suntory Ltd.	4%	Pecheur	2%

³⁰ Sutton, J. 1991. *Sunk Costs and Market Structure*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

³¹ In Sutton, *op.cit.* (1991: 520)

Nº de Firmas	5		Nº de Firmas	33
--------------	---	--	--------------	----

Fonte: Sutton, op. cit. (1991)

6. Também em relação ao tamanho das empresas, pode-se notar pela tabela da página 9 do Relatório que, Anheuser-Busch (1.^a empresa em tamanho no mundo, em volume de vendas físicas) produz 140 milhões de hectolitros, enquanto, Miller Brewing produz 73 milhões (3.^a posição), Brahma com 40 milhões (8.^a posição) e Antártica com 27 milhões (na 15.^a posição). Assim, as empresas brasileiras tem porte que é equivalente ao das maiores companhias mundiais, européias e americanas, o que se deve ao tamanho do mercado brasileiro, pois suas operações internacionais são pequenas.

II. O Mercado Brasileiro de Cervejas;

7. O Relatório afirma em sua página 21, que do lado da oferta, o mercado brasileiro é caracterizado pela grande rivalidade existente entre Brahma e Antártica e, pela dificuldade de entrada, exemplificada pela situação da Kaiser, que mesmo bancada pela Coca-Cola, com investimentos maciços em publicidade, levou muitos anos para atingir no máximo uma participação que varia em torno de 14%. Gostaríamos de observar que esta participação não é assim tão desprezível, contudo, o investimento em publicidade, distribuição e capacidade produtiva para atingir esta meta, com certeza foi significativo.

9. Pelo lado da demanda, o Relatório constata um forte crescimento do consumo após o Plano Real, que deve perdurar pelos próximos anos. Ainda em relação à demanda, o Relatório define o mercado relevante como sendo o nacional e de cervejas em geral. Levantamos uma dúvida sobre este ponto - que não é fundamental - devido ao fato do mesmo afirmar que os consumidores são indiferentes à marca³² preferindo a “mais gelada”, ao mesmo tempo em que considera necessário um forte gasto em publicidade para fixar a marca.

10. Estas duas afirmações, a) que o consumidor prefere a cerveja “mais gelada” e b) que os consumidores são indiferentes à marca, não são conciliáveis, ou o consumidor é fiel à marca ou, ele prefere qualquer uma dependendo do momento. Nos parece, seguindo Sutton (1990), que aquelas empresas incumbentes³³ que anunciam fortemente, conseguem uma vantagem em relação às que tem baixa publicidade. Talvez - à verificar - no caso brasileiro, a elasticidade de substituição entre as cervejas das empresas que anunciam tenha um valor diferente (menor) do que a elasticidade entre as que fazem publicidade e as que não fazem. Colocamos a hipótese de haver separação entre mercado “premium” e comum, devido à alta diferença não

³² O que indica possibilidade de forte concorrência por preços.

³³ Incumbentes são as empresas que já estão dentro do mercado.

transitória de preços (maior do que 5%, seguindo o Merger Guidelines de 1992), mas esta afirmação dependeria do levantamento das elasticidades cruzadas entre estes tipos e, não é fundamental para a presente análise.

III. Barreiras à Entrada na Indústria Cervejeira;

11.O Relatório na pg. 26 coloca que as barreiras à entrada nesta indústria são os investimentos em: a) capacidade produtiva; b) sistema de distribuição e c) campanha publicitária para fixação de marca. No caso brasileiro, a Cia. Brahma detém todos estes requisitos, onde destacamos a rede de distribuição com 700 revendedores, capaz de atingir um milhão de pontos de venda.

12.Ainda em relação à distribuição, relembramos as dificuldades que a Kaiser, mesmo sendo de propriedade da Coca-Cola, teve para conquistar uma parcela do mercado cervejas. A Phillip Morris, por sua vez, que detém forte rede de distribuição no Brasil, nos setores de alimentos e de cigarros (canais muito próximos ao da cerveja) preferiu introduzir a Miller através de parceria com a Brahma para reduzir os riscos de entrada.

13.A dificuldade de criar uma nova rede de distribuição e de fixar uma nova marca, dá margem a uma possível³⁴ aplicação do modelo de Dixit (1977) e Spence (1980) onde discutem barreiras estratégicas à entrada através de investimentos em capacidade produtiva. Este modelo foi estendido por Tirole (1988)³⁵ 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 entrantes³⁶.

14.A Brahma, tendo em vista seu tamanho relativo, sua posição no mercado brasileiro, tem condições de investir limitando a entrada de novos concorrentes. Mesmo uma empresa do porte da Miller, nestas condições, considerando a reação das empresas já estabelecidas, pode achar não lucrativa a entrada nessas condições. Um indicador desta conjectura é que mesmo contando com a rede de distribuição da Phillip Morris, a Miller preferiu a associação à correr o risco.

15.Finalmente, cabe ressaltar ainda que o Relatório na pg. 28 afirma que a “introdução de (...) marcas de prestígio internacional no mercado brasileiro representa importante barreira adicional para as empresas nacionais

³⁴ Uma aplicação efetiva só poderia ser feita com um escrutínio empírico, o que os dados do Relatório não permitem.

³⁵ Tirole, J. 1988. *The Theory of Industrial Organization*. Cambridge (Mass.): MIT Press.

³⁶ Ou seja, de um equilíbrio de Stackelberg-Nash que é mais lucrativo para o líder do que para o seguidor.

de menor porte”³⁷. Com certeza, a fixação de marca é uma vantagem competitiva para quem a detém, especificamente as internacionais³⁸, todavia, isto ocorreria, prejudicando os concorrentes menores, mesmo se as cervejarias internacionais entrassem independentemente.

IV. Alianças Estratégicas;

16.Quanto às alianças estratégicas, o trabalho citado no Relatório, de Khemani e Waverman (1995), estuda especialmente alianças de P&D que tem alcance diverso do caso em questão. As alianças de P&D ocorrem devido ao risco e custo crescente das atividades de pesquisa, principalmente nas áreas onde o ciclo de vida do produto é curto. Portanto, alianças por tempo determinado podem ser úteis para as partes. Alianças como a da GM-Toyota, onde a firma americana tinha interesse em aprender os métodos de produção japoneses e a Toyota aprender a produzir nos EUA, apresentavam ganhos para as participantes, mesmo sendo provisória.

17.A presente joint venture só apresenta vantagens se for permanente. Não interessa obviamente à Brahma pura e simplesmente abrir as portas a um concorrente. É questionável também se a Miller teria interesse em continuar só. De modo que, o caráter temporário deve inviabilizar o atual contrato.

18.Ressaltamos finalmente, o caráter pró competitivo do acordo, já que sua manutenção implica que Brahma-Miller deve aumentar sua participação no mercado brasileiro de cervejas, o que obviamente será feito às custas de outras marcas. Assim sendo, não existem efeitos danosos concretos sobre a concorrência, para limitá-lo.

V. Aspectos Restritivos do Acordo e Eficiências;

19.Quanto às eficiências, elas não necessitam ser discutidas neste acordo, quando o ato não traz danos à concorrência. Contudo, registramos o aumento da variedade de produtos à disposição do consumidor, aspecto altamente positivo por ampliar sua liberdade de escolha.

20.Em relação aos aspectos anti concorrenciais da joint venture devemos tratar de dois pontos:

a teoria do concorrente potencial e;

aspectos anti concorrenciais do contrato entre a Brahma e a Miller.

21.De acordo com a Section of Antitrust Law da American Bar Association (1992: 322)³⁹, nos EUA, a jurisprudência sobre concorrência potencial considera duas versões teóricas: 1) Concorrência Potencial Efetiva,

³⁷ Novamente o Relatório cai na contradição apontado no § 10 acima.

³⁸ Vide o caso das cervejarias britânicas supra-citadas.

³⁹ Section of Antitrust Law - American Bar Association. 1992. Antitrust Law Developments 3rd Edition.

que é seguida pelo Departamento de Justiça, FTC e Cortes de primeira instância e, 2) Concorrência Potencial Percebida, seguida pela Suprema Corte.

22.No caso da Concorrência Potencial Efetiva, o Departamento de Justiça coloca as seguintes condições para questionar uma aquisição:

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

as barreiras à entrada são altas e as firmas sem nenhuma vantagem específica neste mercado, não entram;

as vantagens de entrada da firma adquirente são possuídas por menos de três outras firmas.

23.Claramente, o caso Brahma-Miller não incorre no terceiro item, portanto, não seria nem questionado pelo Departamento de Justiça, haja visto, como demonstra o Relatório, a existência de um número significativo de grandes cervejarias aptas a entrar neste mercado.

24.A Corte Suprema nos EUA coloca ainda mais duas exigências para a aplicação da teoria, que seja provada a factibilidade de outros meios de entrada e, segundo, que tais alternativas tenham forte probabilidade de trazer resultados pró competitivos. Isto trouxe à baila a discussão de como provar a intenção de entrada da firma, o que para a FTC é apenas “speculation regarding future competitive effects”⁴⁰. Nos últimos anos a FTC atuou em apenas dois casos considerando a Concorrência Potencial Efetiva e um de Concorrência Potencial Percebida⁴¹.

25.Em relação à jurisprudência sobre concorrência potencial, vale a pena citar Carlton e Perloff (1994: 824-825), que analisam os casos Procter & Gamble e Clorox (1967), onde a última produzia produtos de limpeza e, houve o medo de que a aquisição aumentaria as barreiras à entrada neste mercado, pois a Procter era uma das poucas firmas com possibilidade de ingresso e b) Pennwalt Chemicals e Olin Mathieson Chemical (1964) que pretendiam uma jointventure para a produção de cloreto de sódio no sudeste dos EUA, onde nenhum dos dois vendia antes.

26.São dois casos dos anos 1960, onde a visão estruturalista ortodoxa era a predominante. Contudo, desde Marine Bancorporation (1974), a Suprema Corte restringiu a aplicação da teoria. Neste caso, foi questionada uma fusão entre dois bancos um em Seattle e outro em Spokane (os dois não eram competidores embora baseados no mesmo estado). Conforme Carlton e Perloff (1994: 825), “O governo questionou a fusão baseado no fato de que o banco comprador poderia descobrir uma alternativa mais competitiva para entrar na área de Spokane. A Corte decidiu que: a teoria do competidor potencial requer dois ingredientes: primeiro, que existam meios factíveis para entrar no mercado que não a aquisição e, em segundo lugar, que esses meios ofereçam uma probabilidade substancial de efeitos pró competitivos.” A

⁴⁰ Vide American Bar Association (1992: 325).

⁴¹ Vide American Bar Association (1992: 324).

Suprema Corte americana não ficou convencida que os meios alternativos de entrada atingiriam os mesmos efeitos pró competitivos.

27.Como se pode ver, “Desde a decisão *Marine Bancorporation* que a doutrina do competidor potencial não tem se saído bem (Posner e Easterbrook, 1980, 531)”. Portanto, tanto para Carlton e Perloff, como para Viscusi et alii, embora logicamente, um competidor potencial efetivo ou percebido como tal, possa influenciar o mercado, “a doutrina do competidor potencial percebido depende dessa percepção dos competidores e não de fatos facilmente verificáveis. Consequentemente, embora a doutrina seja logicamente consistente, torna-se extremamente complexo, litigar nessa situação, que é baseada na opinião dos competidores (que podem estar interessados em prevenir uma fusão que resultaria na criação de um competidor eficiente e rival).” Vide Carlton e Perloff (1994: 825).

28.Também Viscusi et alii (1995: 219) coloca que, “Embora o princípio do competidor potencial é certamente correto na teoria, existem problemas difíceis envolvidos em estabelecer empiricamente quem são os potenciais entrantes e, quais os seus respectivos custos. Ainda mais difícil é estabelecer se uma firma proibida de entrar através da aquisição de uma firma entrará via construção de nova capacidade ou por adquirir uma firma menor.”

29.Finalizando, a partir do exposto, consideramos que a operação deva ser aprovada por tempo indeterminado, embora, eliminando as cláusulas anti concorrenciais do acordo, como por exemplo a que fixa preços dos produtos. Não consideramos adequada a posição de restringir o acordo, como quer o Relator, porque a operação tem efeitos pró competitivos devendo só por isso ser aprovada e, além disso, pressupõe implicitamente como dada, a entrada da Miller de forma independente.”

VOTO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER DE OLIVEIRA

“1. Inicialmente gostaria de parabenizar o Relator e a equipe técnica pela riqueza de informações e pesquisa.

2. Apesar de compartilhar com parte do diagnóstico contido no Relatório, não entendo que o voto e, por conseguinte, a decisão, sigam como seu corolário. Contrariamente ao que preconiza o Relator e, em consonância com os pareceres da SEAE, SDE e da Nota Técnica da Procuradoria, não acredito que a operação em tela represente riscos de dano à concorrência na dimensão sugerida pelo voto do Relator.

3. O exercício da repressão e prevenção ao abuso do poder econômico requer que se assegure que, ao reprovar 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.

4. O problema reside na tese central de presumível eliminação de competidor potencial. Note-se que tal conceito está longe de ser aceito unanimemente 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.

Parece evidente a necessidade de extrema cautela na utilização da doutrina de concorrente potencial, especialmente tendo em vista as condições específicas da economia brasileira.

Este conceito tem tido maior utilização em um mesmo mercado geográfico para empresas atuando com produtos relevantes distintos⁴². Assim, conforme ilustra o Quadro 1, a aplicação habitual do conceito de competidor potencial é o da célula A, ou seja, um competidor em um mercado relevante de produto diferente, mas que teria potencial de entrar naquele mercado específico para operar em um mesmo mercado geográfico.

Note-se que o voto do Relator se baseia em aplicação da célula B, ou seja, um competidor potencial no mesmo mercado de produto relevante, mas atuando em mercados geográficos diferentes (no caso a Miller atua em

⁴² Um caso clássico da jurisprudência norte-americana é o da Procter & Gamble e Clorox de 1967. O caso de 1964 envolvendo as empresas de gás natural El Paso Natural Gas e Pacific Northwest Pipeline Corporation poderia ser um exemplo de mesmo produto relevante e mercados geográficos distintos, uma vez que a Pacific Northwest não operava no Estado da Califórnia. Porém, conforme assinalado por Carlton e Perloff (1994, p.823), como a Pacific Northwest havia sido uma das participantes de concorrência pública (embora perdedora, e, portanto, não fornecedora no Estado da Califórnia) parece mais adequado considerá-las concorrentes efetivas e não potenciais.

algumas partes do mundo que não incluiriam o Brasil no momento da operação).

Quadro 1 Possibilidades de Utilização do Conceito de Competidor Potencial conforme Posição dos Concorrentes

Mercado Relevante	Geográfico	
Produto	Igual	Diferente
Igual		B
Diferente	A	

6. A aplicação proposta no voto do Relator da noção de concorrente potencial incorre em dois equívocos que magnificam a probabilidade de uma falha de Estado:

(i) a aplicação do conceito neste caso não atende sequer aos quesitos mínimos que normalmente seriam requeridos para justificar uma aplicação segura do conceito de concorrente potencial.

(ii) não parece trivial, nem tampouco adequado para este caso, a adoção do conceito de concorrente potencial para uma análise efetuada em um mesmo mercado relevante de produto, mas diferentes mercados geográficos. Tal transmigração de A para B indicada no Quadro 1 não contém problema do ponto de vista lógico. Porém, conforme argumentado em seguida, requer um conjunto muito mais amplo e sofisticado de informações, ampliando as possibilidades de falhas de Estado.

Ausência dos Pressupostos para a Aplicação do Conceito de Concorrente Potencial

7. Um paralelo com a decisão norte-americana no caso da compra da Clorox pela Procter pode ser 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”.

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 “joint-venture” Brahma-Miller em tela:

Existiam fortes evidências de que a Procter era o entrante mais provável. Essa linha não foi explorada em nenhum momento no relatório do ato Brahma-Miller e, de fato, seria muito difícil mostrar elementos que comprovassem que a Miller era a entrante ou uma das entrantes mais prováveis;

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 a existência de mais de uma dezena de companhias que, em tese, poderiam ser competidores potenciais. Mais importante, tal análise exigiria cuidadosa investigação do mercado mundial o que compreensivelmente não foi feito, tendo em vista o elevado volume de informações requerido.

Era claro que o comportamento do setor onde a Clorox atuava era influenciado pela previsão do comportamento dos concorrentes, incluindo os potenciais. No caso em exame, a própria caracterização do mercado relevante geográfico como o nacional feita pelo relator exclui essa possibilidade;

As barreiras à entrada para uma firma do tamanho da Procter não eram significantes. Nesse caso, o relator fez uma análise exaustiva das elevadas barreiras à entrada existentes no mercado de cerveja brasileiro as quais teriam relevância mesmo para empresas do tamanho da Miller, especialmente o acesso à rede de distribuição. O relator, inclusive, acentua na página 29 do relatório que “o fato de as cervejarias instaladas contarem com sistemas de distribuição ... estabelecidos ... dificulta sobremaneira ... a entrada de novos concorrentes”. Na mesma direção, conclui, “De fato, das cervejas internacionais que atualmente operam no mercado brasileiro, nenhuma se dispôs a ingressar no país estruturando sistema de distribuição própria”. E finalmente, “Se ... qualquer marca entra sozinha no Brasil a possibilidade de crescer é muito menor do que crescer junto com a Brahma...” ;

8. Viscusi e outros (1995, p.219) oferece um conjunto de quesitos que, no espírito das Guidelines da FTC, deveriam ser preenchidos simultaneamente para a aplicação do conceito de competidor potencial:

elevado HHI (superior a 1800);

elevadas barreiras à entrada;

concorrente potencial eliminado deve ser um dos poucos que poderiam ter vantagens comparativas para entrar no mercado;

participação mínima de mercado da firma adquirida (ou neste caso, da empresa doméstica que está se associando).

O próprio relatório permite concluir que as condições a) e c) não são preenchidas integralmente desabonando, assim, a utilização do conceito de concorrente potencial neste caso, mesmo se se quiser creditar à doutrina de concorrência potencial alguma utilidade.

Os próximos parágrafos discutem como o nível de concentração do setor (alínea a) deve ser relativizado.

9. Vários fatores relativizam a importância do nível de concentração no setor cervejeiro:

9.1 Conforme ilustra o Quadro 2, a operação em questão está longe da chamada “região de alerta”, segundo os critérios da FTC. De fato: I) a variação no HHI é negligenciável devido à participação irrisória da Miller no mercado brasileiro antes da operação; ii) o relatório informa um nível de HHI superior a 1800 (cerca de 3431,5)⁴³. 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.

Quadro 2 Situação dos Mercados Relevantes

Classificação Segundo Critérios da Federal Trade Commission

Variação no HHI	Sem Variação	Até 50	Entre 50 e 100	Superior a 100
-----------------	--------------	--------	----------------	----------------

⁴³ O relator à página 21 destaca um HHI de 2.800. Os números do Relatório indicam, contudo, número maior se se somar - como parece ser o correto - as fatias da Brahma e da Skol.

HHI depois da operação				
Baixa Concentração (até 1000)	Farinha de Trigo	Fios Têxteis		
Concentração Moderada (entre 1000e 1800)	GLP	Fornos Microondas Fertilizantes Nitrogenados		Condutores Padrão Linhas para Costura Antiácidos Fertilizantes Fosfatados
Alta Concentração (superior a 1800)	Cerveja Tinta automotiva Evaporadores Roll-Bond Colas Brancas Bastão Fluorita Grau Ácido Refrigeradores Freezers Máquinas de Lavar Roupa	Enchaguante Bucal Resina de Poliuretano Aditivo Acelerador Aditivo para Óleo Bombas de Combustível Colas Brancas Líquidas Condicionadores de Ar	Fio Dental Aditivo Antidegradante e Fralda Descartável TDI	Condutores de Energia Creme Dental Escova Dental Mercado Varejista Compostos Vedantes Aspirador de Pó Fundidos Choque Fundidos Engate Fundidos Truque Quinta Roda Aditivos Especiais Fluorita Grau Metalúrgico Tabaco Rocha Fosfática Anticoccidanos Avícolas

9.2 A alta concentração deve ser relativizada pelo potencial de expansão do mercado em questão. Segundo dados do próprio relatório, o mercado deve crescer a taxas de 9,2% ao ano. Isto equivale a dobrar o mercado em 7,9 anos. Essa situação é completamente diferente do exemplo da decisão da Comissão Europeia na Bélgica dado pelo relator na página 18, onde o mercado pode ser considerado estagnado para os padrões brasileiros. Naquele País, o mercado dobra a cada 46 anos. Em contraste, a permanente mudança estrutural no Brasil abre espaço para o aumento da rivalidade e faz com que as estratégias de colusão por parte das empresas líderes sejam inerentemente mais instáveis.

9.3 Os níveis de concentração devem ser sempre relativizados pela variável tamanho. Sendo o mercado brasileiro de cerveja cerca de cinco vezes inferior ao norte-americano, não é casual que se encontre maior índice de

concentração. Um exemplo numérico hipotético ilustra o ponto: suponha um país A onde o mercado é de 100 unidades e o tamanho mínimo eficiente é de 10, propiciando, em tese, espaço para a atuação de dez empresas; se cada uma detivesse 10% do mercado o HHI resultante seria 1000, caracterizando baixa concentração. Um país B, cujo mercado fosse cinco vezes menor, e que aplicasse a mesma tecnologia (portanto, mesmo tamanho mínimo) ofereceria espaço para apenas duas empresas nas mesmas condições, resultando um HHI de 5000 e caracterizando alta concentração.

9.4 Ao contrário daquilo que afirma o relatório, não se verificou movimento concentracionista no mercado brasileiro de cervejas no período recente. De acordo com os dados de tabela constante da página 20, o HHI passou de cerca de 4257,2 em 1989 para 3431,5 em 1995, ou seja uma queda de mais de 800 pontos!!

9.5 No mercado de cervejas há intensa rivalidade, especialmente entre as duas grandes (Brahma e Antarctica), além de uma elevada elasticidade-preço. Lembre-se que o índice de Lerner, que define o poder de mercado de uma empresa, varia inversamente com a elasticidade da demanda. Assim, uma elevada participação no mercado pode ser compensada pela alta elasticidade da demanda para efeito de redução da capacidade da empresa em exercer poder de mercado. Assim, mesmo havendo elevada participação da Brahma no mercado nacional, seu poder de mercado não é necessariamente tão grande, dada a alta elasticidade de demanda.

9.6 No tangente à elevada elasticidade da demanda elevada, cumpre chamar a atenção para uma contradição no relatório. Uma das barreiras à entrada identificadas às fls 26 é a “tradição das duas grandes marcas e “hábito de consumo consagrado das duas marcas”. Por outro lado, às fls 15 o relator coloca que “para esse consumidor típico, 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 a marcas e, por outro, o forte apelo exercido pelos preços na escolha do consumidor”. Ora, a importância da fidelidade à marca, do ponto de vista da análise antitruste, reside no fato de que ela deve implicar no seu dual: uma baixa elasticidade de preços. Afinal, de que adiantaria uma fidelidade que fosse quebrada a partir de um pequeno aumento de preços?

Dificuldades Adicionais para a Aplicação do Conceito de Concorrente Potencial em Mercados Geográficos Distintos

10. Se as requerentes estivessem em um mesmo mercado geográfico e como se assume o produto relevante é igual (cerveja) deveriam ser tratadas como concorrentes efetivas. Conforme assinalado no Quadro 2, o relatório dá

tratamento peculiar ao conceito de concorrentes potenciais, colocando-os em mercados geográficos distintos.

Estando em um mercado geográfico distinto (mundial), o efeito supostamente benéfico da própria existência de um concorrente potencial diminui em intensidade. Pois, por hipótese, a formação doméstica de preços não é determinada pela dinâmica do mercado mundial.

11. Independentemente de tais ambiguidades conceituais, a aplicação da doutrina de concorrente potencial neste caso impõe à autoridade a necessidade de um volume muito mais vasto de informações, pois:

Torna-se necessário demonstrar que há apenas um número reduzido de concorrentes potenciais no mundo capazes de entrar no mercado nacional. Não é preciso muita experiência em análise de investimentos para saber que as tarefas analítica e estatística envolvidas em tal demonstração não são triviais.

Destaque-se, a propósito, que parâmetros muito mais elementares sobre o próprio mercado doméstico, como a elasticidade preço do produto e as elasticidades cruzadas entre grupos de cervejas e mesmo com outras bebidas alcoólicas, não puderam ser documentados.

12. Mesmo supondo que tal tarefa ciclópica acerca das tendências do investimento privado internacional no setor fosse capaz de fornecer um guia seguro para a autoridade, restaria o problema não menos trivial de 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. Pois se já é difícil discriminar no plano internacional os possíveis entrantes, estabelecer o tempo de ingresso e o volume ótimo de investimentos são tarefas praticamente impossíveis e apenas factíveis com uma dose exagerada de discricionariedade.

13. Com relação à definição de mercado relevante geográfico, as preocupações apresentadas recaem sobre a baixa expressividade das importações do produto (2,9 milhões de hl em 1995) e a alíquota de importação de 20%. Apesar disso, se coloca que “a partir de 1990 inicia-se um novo ciclo para o setor...expondo os produtos brasileiros a concorrência internacional”. Além disso, como barreira à entrada de novos produtores no mercado nacional se coloca a “concorrência exercida por cervejas importadas”, o que parece ser contraditório com a definição de um mercado relevante geográfico nacional.

14. Ressente-se de uma análise do custo de internação da cerveja importada vis-à-vis o custo da cerveja nacional, que traria uma informação mais precisa sobre as possibilidades do fluxo de importações reagir a um aumento “pequeno, mas significativo e não transitório” do preço da cerveja nacional, conforme guidelines do FTC.

Lembre-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 no pico tarifário da estrutura da TEC.

Efeitos da Operação no Médio e Longo Prazos

15. Possíveis cenários de entrada da Miller em associação com a Brahma, apontam para um aumento de oferta e queda de preço. Assim, o ato pode ser pró-concorrencial, dado que permite a entrada de um concorrente no mercado nacional. O fato dessa entrada se verificar com um concorrente existente não prejudica essa conclusão, podendo-se supor os seguintes cenários:

a Miller aumenta a sua oferta no mercado interno e a Brahma mantém a sua oferta constante. Esse parece ser o cenário mais plausível. Nesse caso, amplia-se a oferta interna de cervejas o que, ceteris paribus, ensejará uma redução de preços, a menos que haja uma situação de excesso de demanda no mercado de cervejas, o que não parece estar acontecendo. Nesse caso, a redução de preços pode, de fato, eliminar algumas cervejarias pequenas do mercado, mas apenas o suficiente para enxugar o aumento anterior de oferta e retornar o preço à situação anterior. Observe-se que a eliminação das cervejarias pequenas apenas ocorreria se as mesmas estivessem trabalhando já na sua fronteira de custos. De qualquer forma, mesmo que isso ocorra, não deve ser preocupação do ponto de vista da concorrência, já que estariam sendo eliminadas unidades menos eficientes e, mantendo-se a oferta total no mercado sem qualquer prejuízo ao consumidor. É importante que o CADE proteja a concorrência e não os concorrentes, sejam eles grandes ou pequenos (especialmente os menos eficientes);

a Miller aumenta a sua oferta, enquanto a Brahma reduz a sua na mesma proporção, de forma a evitar pressionar para baixo os preços. Nessa conjuntura, não haveria pressão sobre preços, dado que a oferta se mantém a mesma, a menos que a joint-venture gere um aumento de eficiência que redunde em redução de preços. Apenas com esse aumento de eficiência,

haveria possibilidade de eliminação de concorrentes. No entanto, o consumidor seria beneficiado.

a Miller aumenta a sua oferta, enquanto a Brahma reduz a sua em proporção superior, de forma a gerar pressões altistas nos preços. Nessa situação cabe indagar porque a Brahma já não reduziu sua oferta antes da “join-venture” para exercer tal pressão. Ademais, esse cenário seria muito simplista, tendo em vista que o mais provável seria uma resposta em termos de aumento de quantidade por parte das concorrentes, especialmente a Antarctica, conquistando fatias de mercado, o que não parece ser do interesse da joint-venture. Para que isso não ocorra é preciso supor que todas as concorrentes estivessem operando em um trecho de fortes rendimentos decrescentes de escala, para tornar pouco atrativo o aumento de produção. Alternativamente, poder-se-ia supor que a aliança Brahma-Miller entrasse em conluio com a aliança Antártica-Busch, o que não parece razoável. Mesmo nessas circunstâncias, surgem as seguintes questões: Por que a Brahma não efetuou a estratégia de redução de oferta antes da associação ? Por que a Brahma não efetuou a hipotética associação com a Antarctica antes do acordo?

Além disso, alguns destes efeitos já poderiam ser percebidos, pois a operação já se encontra em exame há cerca de dois anos.

Assim, o cenário mais plausível é de um aumento de oferta e da concorrência no curto prazo, ou seja, o benefício ao mercado nesse período é certo, tal como a operação se encontra.

16. Independentemente das conjecturas 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 Kwaka (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.

Efeitos sobre as Pequenas e Médias Empresas

Outra linha de argumentação ressaltada sobretudo no parecer da Procuradora-Geral diz respeito à ameaça às pequenas cervejarias representada pela operação. No entanto, a causa da redução no espaço para as pequenas empresas em geral não pode ser relacionada com a entrada do grande capital estrangeiro mas, preponderantemente:

à política intervencionista de controle de preços do passado que inibiu a diversificação e conseqüente aparecimento de nichos de mercados que pudessem constituir oportunidades de negócios para unidades menores;

às barreiras à entrada representadas pelos altos custos de transação gerados pelo excesso de burocracia e regulamentação no país,

à prevalência de modelos de gestão ultrapassados e incompatíveis em um primeiro momento com a nacionalização do mercado e, mais recentemente, com a globalização,

ao instável ambiente macroeconômico e os elevados custos de capital;

O relatório defronta-se com um problema de consistência lógica: se bem sucedido, o voto do Relator deverá levar ou a um aumento das importações e/ou à entrada de grandes empresas internacionais. Em ambos os casos, as menores enfrentarão enormes desafios.

A justa preocupação em manter o espaço para unidades menores deveria inspirar outro tipo de ação por parte da autoridade pública, sempre no sentido de aumentar a concorrência e produtividade e nunca na direção oposta, de protecionismo xenófobo.

Seria interessante, por exemplo, que as autoridades de defesa da concorrência estivessem atentas a proposições como a de Frischtak (1996, p.80) de “formação de redes horizontais e verticais de pequenas e médias empresas, cujos efeitos positivos de aglomeração e ganhos de escala possibilitam que estas empresas penetrem mercados mais exigentes e potencialmente mais lucrativos”.

Conclusão

17. A taxa de desconto intertemporal de uma economia emergente ávida por inversões externas é alta. A Lei 8884/94 é explícita ao impor aos seus aplicadores a consideração de ocorrência de eficiências e estímulos ao desenvolvimento econômico.

Parece evidente, portanto, que a autoridade de defesa da concorrência deve otimizar sua atuação, procurando sinergias com as políticas públicas de estímulo ao investimento. Isto não significa subordinar a defesa da concorrência à política de governo. Trata-se antes de fazer aquilo que a sociedade reclama e o legislador estabeleceu: procurar equilíbrio e harmonia entre as diferentes ações do Estado em benefício do aumento de bem estar da população.

18. Nesse contexto, cabe uma reflexão sobre o papel de um órgão como o CADE em uma economia moderna. Nesse espírito, acredito que não cabe ao CADE:

avaliar efeitos sobre o bem estar de mecanismos de diferenciação de produto, tal como efetuado no relatório. Não é preciso ir muito longe na teoria

econômica para saber que o que deve prevalecer são as preferências reveladas dos consumidores no mercado e não aquelas presumidas pelos burocratas;

avaliar qual a melhor forma de entrada de uma empresa estrangeira. As associações podem reduzir o tempo de ingresso e conseqüentemente ter efeito benéfico. Quem deve avaliar o dinamismo do mercado brasileiro são as próprias empresas. Valho-me do próprio texto do voto à página 49 onde afirma que:

“Examinei a possibilidade de indicar formas alternativas de entrada da Miller que fossem aceitáveis ou até desejáveis do ponto de vista da concorrência. Concluí, no entanto, que, no caso, não caberia ao CADE fazer tais indicações, que poderiam caracterizar-se como ingerência indevida do CADE em estratégias comerciais da Empresa. Essa decisão deve caber à Miller, posto que é o seu interesse comercial o principal motivador do negócio, e sobre o qual ninguém tem melhor conhecimento do que ela própria” (grifos meus).

Infelizmente, esse entendimento do relator, o qual compartilho, não teve seu espírito estendido para a própria decisão. Tal postura constitui enorme risco em um momento em que o Brasil procura se integrar de forma competitiva a uma economia globalizada.

19. Concluo, retornando ao ponto inicial de uma das precondições básicas para uma defesa da concorrência eficaz. Cumpre assegurar que ao reprovar uma operação ou impor condições à sua realização se detenha razoável segurança em termos de informação e cenários prospectivos. Do contrário, estaríamos substituindo a falha de mercado pela falha de Estado. Temo, francamente, que este seja o caso em tela.

Assim, voto pela aprovação da operação sujeita a compromisso de desempenho que se restrinja a aspectos de conduta derivados das cláusulas contratuais que firam hoje - e não em um futuro incerto e longínquo - a ordem econômica.”

Brasília, 11 de junho de 1997

LEGISLAÇÃO

PERÚ

Decreto Ley N° 25868

LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

(de 6 de noviembre de 1992.)

(§)(modificada por el Decreto Legislativo N°788 de 29 de diciembre de 1994)

(*) (modificada por el Decreto Legislativo N°807 de 16 de abril de 1996)

Art.1.- Creación del INDECOPI.

TÍTULO I.- DE LA FINALIDAD Y DOMICILIO; art.2 y 3.

TÍTULO II.- DEL DIRECTORIO; art.4 y 5.

TÍTULO III.- DEL CONSEJO CONSULTIVO; art.6 a 9.

TÍTULO IV.- DEL ÓRGANO DE CONTROL INTERNO; art. 10.

TÍTULO V.- DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA FUNCIONAL.

CAPÍTULO I.- DEL TRIBUNAL; art.11 a 17.

CAPÍTULO II.- DE LAS COMISIONES; art. 18 a 29.

CAPÍTULO III.- DE LAS OFICINAS; art. 30 a 40.

TÍTULO VI.- DE LA ESTRUCTURA ORGANICE ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO I.- DE LA GERENCIA GENERAL; art.41 a 43.

CAPÍTULO II.- DE LAS GERENCIAS; art.44 y 45.

CAPÍTULO III.-DE LAS SECRETARÍAS TÉCNICAS; art.46 y 47.

TÍTULO VII.- DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y LABORAL; art.48 a 50.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS; Primera a quinta.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA; Única.

DISPOSICIONES FINALES; Primera y segunda.

Decreto Ley N°. 25868

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR CUANTO:

El Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional
Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto Ley siguiente:

LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL
INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL -
INDECOPI

Artículo 1.- Crease el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI como organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales. Tiene personería jurídica de derecho público y goza de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Rige su funcionamiento de acuerdo a las disposiciones que contiene el presente Decreto Ley.

TÍTULO I
DE LA FINALIDAD Y DOMICILIO

Artículo 2.- El INDECOPI es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:

- a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal, y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;
- b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el artículo 30 del presente Decreto Ley;
- c) la calidad de los productos, y
- d) otros que se le asignen.

Artículo 3.- El INDECOPI tiene su sede en la ciudad de Lima, y podrá establecer oficinas en el territorio de la República.

TÍTULO II
DEL DIRECTORIO

Artículo 4.- El Directorio es el órgano máximo del INDECOPI. Está integrado por tres Miembros, dos en representación del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales y uno en representación del Ministerio de Economía y Finanzas, los que serán designados mediante Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Son funciones del Directorio:

- a) aprobar las políticas de administración del INDECOPI;
- b) designar al Gerente General del INDECOPI;
- c)* designar a los miembros del Consejo Consultivo, a los miembros de las Comisiones y a sus Secretarios Técnicos, a los Secretarios Técnicos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, así como a los Jefes de las Oficinas a que se refieren los Capítulos II Y III del Título V del presente Decreto Ley. Para la elección de los miembros de las Comisiones y de los Jefes de Oficina contara con la opinión que emita el Consejo Consultivo;
- d)* Expedir directivas normando el funcionamiento administrativo del Indecopi, en el marco de las normas contenidas en el presente Decreto Ley y en su reglamento.
- e)* Crear o desactivar, así como modificar el régimen de Gerencias y Subgerencias de la Institución.
- f)* Otras que se le encomienden.

Artículo 5.- El Presidente del Directorio del INDECOPI será designado por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales internacionales, entre uno de los representantes de ese Sector, por un período de cinco años, y solo podrá ser removido del cargo por las causales a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto Ley. En ausencia o impedimento temporal es reemplazado por uno de los Directores, conforme lo establezca el Reglamento.

Son funciones del Presidente:

- a) convocar y presidir las sesiones del Directorio y representar al INDECOPI en los actos públicos y privados de la institución;
- b) proponer a las autoridades pertinentes del Gobierno la adopción de las medidas legales o reglamentarias que juzgue necesarias para garantizar la protección de los derechos a que se refiere el artículo 2 del presente Decreto Ley;

- c) representar al INDECOPI ante los organismos de cooperación técnica internacional, coordinando las acciones que realice al efecto con el Secretario Ejecutivo de Cooperación Técnica Internacional del Ministerio de la Presidencia;
- d) supervisar la marcha institucional, y
- e) otras que se le encomiende.

TÍTULO III DEL CONSEJO CONSULTIVO

Artículo 6.-* El Consejo Consultivo es el órgano de consulta del Indecopi. Esta integrado por profesionales y especialistas de reconocida capacidad y experiencia. En su designación deberá buscarse que sus integrantes representen distintos sectores de la actividad pública y privada que guarden relación con el rol y funciones de Indecopi y reflejen pluralidad de perspectivas.

Artículo 7.- Son funciones del Consejo Consultivo:

- a) emitir opinión en los asuntos que el Presidente del INDECOPI someta a su consideración;
- b) recomendar al Presidente del INDECOPI la realización de gestiones ante los organismos competentes de Estado para la adopción de medidas destinadas a proteger los derechos a que se refiere el artículo 2;
- c) asesorar al Presidente del INDECOPI en las gestiones que lleve a cabo ante los organismos de cooperación técnica internacional, coordinando las acciones que realice con el Secretario Ejecutivo de Cooperación Técnica Internacional del Ministerio de la Presidencia;
- d) proponer la adopción de Políticas orientadas a la consecución de los fines del INDECOPI;
- e)* Emitir opinión, a la solicitud del Directorio, en la designación de los vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, los miembros de las Comisiones y los Jefes de Oficina.
- f) proponer al Directorio del INDECOPI ternas para la designación de los Presidentes y demás miembros de las Comisiones y sus correspondientes suplentes, así como de los Jefes de las Oficinas a que se refieren los Capítulos II y III del Título V del presente Decreto Ley, y
- g) otras que se le encomiende.

Artículo 8.-* El Consejo Consultivo será presidido por el Presidente del Directorio del INDECOPI y estará integrado por un número no menor de seis y no mayor a doce miembros. La designación de sus integrantes así como la determinación del número de miembros corresponde al Directorio de Indecopi.

Artículo 9.- El Consejo Consultivo elegirá entre uno de sus miembros, a su Vice-Presidente.

TÍTULO IV DEL ÓRGANO DE CONTROL INTERNO

Artículo 10.-(§) El INDECOPI cuenta con un Órgano de Control Interno encargado de supervisar la gestión económica y financiera de la Institución, así como la conducta funcional de sus funcionarios.

TÍTULO V DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA FUNCIONAL

Capítulo I Del tribunal

Artículo 11.-* El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual está integrado por dos Salas: la Sala de Defensa de la Competencia que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi y la Sala de la Propiedad Intelectual, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Oficinas del Indecopi. Cada Sala contará con el apoyo de un Secretario Técnico, que será designado por el Directorio.

La Sala de Propiedad Intelectual está integrada por cuatro vocales y la Sala de Defensa de la competencia por seis vocales, todos ellos designados por Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales a propuesta del Directorio el que tomara en consideración la opinión del Consejo Consultivo. Los vocales reunidos en Sala Plena elegirán en su seno un Presidente y un Vicepresidente por un período de un año. Asimismo, cada Sala elegirá a un Presidente y Vicepresidente de Sala por el mismo lapso. Los Vicepresidentes podrán sustituir a los Presidentes en casos de ausencia o impedimento. Los cargos son ejercidos por un período de un año siendo posible la reelección.

En caso de ausencia o impedimento de algún vocal, un vocal de una Sala podrá también ser reemplazado por un vocal de la otra para completar el quórum necesario.

Con la periodicidad que determine el Presidente del Tribunal, o cuando las necesidades funcionales lo exijan o lo soliciten al menos tres vocales o el

Directorio del Indecopi, se producirá la reunión de la Sala Plena del Tribunal con la asistencia de los vocales integrantes de ambas Salas. Las funciones del Secretario Técnico, en el caso de Sala Plena, serán ejercidas por el Secretario Técnico de la Sala a la cual pertenezca el Presidente del Tribunal. El quorum para la reunión de Sala Plena es de siete vocales, tomando las decisiones por mayoría simple de los vocales asistentes, teniendo el Presidente del Tribunal voto dirimente. La Sala Plena se reunirá para:

- a) Dictar directivas para la determinación de las competencias entre los distintos órganos funcionales.
- b) Resolver contiendas de competencia que surjan entre los órganos funcionales.
- c) Designar al Presidente del Tribunal.
- d) Dictar directivas de orden procesal.
- e) Adoptar los acuerdos que sean necesarios para su mejor desarrollo y funcionamiento.

Artículo 12.-* Son requisitos para ser designado miembro del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual: ser profesional titulado (§:Referencia a haber cursado estudios superiores) con no menos de cinco años de experiencia profesional y con reconocida solvencia moral. El cargo de vocal del Tribunal podrá ser desempeñado a tiempo completo o a tiempo parcial, según establezca el Directorio en cada caso.

Artículo 13.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual tiene las siguientes funciones:

- a) conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como de los derechos de la propiedad intelectual, conforme a lo establecido en el artículo 2 del presente Decreto Ley;
- b) conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de sanciones por infracción a las disposiciones a que se refiere el inciso anterior;
- c) recomendar al Presidente del INDECOPI la realización de gestiones ante las autoridades pertinentes del Gobierno para la adopción de las medidas legales o reglamentarias que juzgue necesarias para garantizar la protección de los derechos a que se refiere el artículo 2 del presente Decreto Ley;
- d) indicar al Viceministro de Economía la imposición de los derechos antidumping o compensatorios, de ser el caso, y

- e) recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones en caso de ser necesario.

Artículo 14.-* La Sala de la Propiedad Intelectual requiere la concurrencia mínima de tres vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones por dos votos conformes. El Presidente de la Sala tiene voto dirimente en caso de empate.

La Sala de Defensa de la Competencia requiere la concurrencia mínima de cuatro vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones por tres votos conformes. El Presidente de la Sala tiene voto dirimente en caso de empate.

Sus audiencias serán públicas, salvo que la Sala considere que el caso amerita reserva porque podría vulnerarse el secreto industrial o comercial de cualquiera de las partes involucradas en el proceso.

Artículo 15.-(§) Los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser removidos de sus cargos por incurrir en negligencia, incompetencia o inmoralidad.

No obstante por tratarse de un cargo de confianza podrán ser removidos sin expresión de causa, siempre que se cuente con la opinión favorable del Directorio y el Consejo Consultivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual y del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Artículo 16.- En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa.

Para efectos de lo dispuesto en el presente Decreto Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Artículo 17.-* Las resoluciones que expida el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual podrán ser impugnadas en la vía judicial, en primera instancia, ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la República, a que se refiere el artículo 33° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las resoluciones que expida la referida Sala podrán ser apeladas, en segunda instancia, ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Las resoluciones emitidas por las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ejecutaran

inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnatorios que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por algún órgano funcional del Indecopi cuando el Tribunal de Defensa de la Competencia o la Corte Suprema del Poder Judicial, de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución impugnada.

Capítulo II De las Comisiones

Artículo 18.-* El INDECOPI tiene siete Comisiones destinadas a la protección de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como a facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado, que son las siguientes:

- a) Comisión de Libre Competencia;
- b) Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios;
- c) Comisión de Protección al Consumidor;
- d) Comisión de Represión de la Competencia Desleal,
- e) Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales,
- f) Comisión de Salida del Mercado y
- g) Comisión de Acceso al Mercado.

Artículo 19.- Las Comisiones a que se refiere al artículo anterior, tienen las siguientes características;

- a) tienen autonomía técnica y funcional, y se rigen por las normas legales por medio de las cuales se crearon y sus modificatorias, en lo que no se opongan a lo prescrito en el presente Decreto Ley;
- b) resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes;
- c)* están integradas por seis miembros, uno de los cuales las preside;
- d)* eligen a su Presidente y Vicepresidente;
- e) cuentan con dos miembros suplentes, elegidos con las mismas formalidades que los titulares;
- f) para sesionar válidamente requieren la presencia de tres de sus miembros,
- g) aprueban sus resoluciones por mayoría de votos, teniendo el Presidente voto dirimente, y

- h) cuentan con una Secretaría Técnica que les sirve de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

Artículo 20.- Los miembros de las Comisiones a que se refiere el presente Capítulo están sujetos a las siguientes disposiciones:

- a)* Son designados por el Directorio del INDECOPI, previa opinión del Consejo Consultivo;
- b) Ejercen sus cargos por tiempo indeterminado;
- c)* El cargo de Presidente es ejercido por un año, transcurrido el cual quien detente el cargo puede ser reelegido, siendo el límite máximo para el ejercicio del cargo 5 años consecutivos;
- d) Deben ser profesionales titulados (§:Referencia a haber cursado estudios superiores) con reconocida experiencia en la especialidad, además de contar con los requisitos establecidos en las leyes que regulan las correspondientes materias.

Artículo 21.- Corresponde a la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, conforme a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 701.

Artículo 22.- Corresponde a la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios velar por el cumplimiento de las normas para evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el "dumping" y los subsidios, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 133-91-EF y sus normas modificatorias.

Artículo 23.- Corresponde a la Comisión de Protección al Consumidor velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor aprobada por el Decreto Legislativo N° 716. Para el efecto, asume las funciones que se refieren los artículos 38 y 42 de dicha norma legal.

Artículo 24.-* Corresponde a la Comisión de la Represión de la Competencia Desleal [ex-Supervisión de la Publicidad] velar por el cumplimiento de las normas de publicidad en defensa del consumidor, aprobadas por el Decreto Legislativo N° 691, así como velar por el cumplimiento de las normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley 26122.

Artículo 25.-(§) Derogado.

Artículo 26.-* Corresponde a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales [ex-Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de

Calidad y Restricciones Paraarancelarias] aprobar las Normas Técnicas recomendables para todos los sectores y las normas sobre metrología legal, así como calificar y autorizar a las empresas e instituciones a fin de facultarlas para ejercer las funciones de certificación de calidad de los productos y de su conformidad con normas técnicas, asumiendo para el efecto las funciones de la Comisión creada por el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 658. Asimismo, le corresponde velar por la defensa de las normas referidas al libre comercio; y pronunciarse sobre la aplicación de las disposiciones que establecen restricciones paraarancelarias y sobre las que contravengan la dispuesto en el Decreto Legislativo N° 668 y el artículo 4 del Decreto Ley N° 25629. La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales es el órgano Nacional de Normalización y Acreditación.

Artículo 26 BIS.-* La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos n.ºs. 283,668,757, el Artículo 61º del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley n°25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2º, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondientes, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguientes: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos(2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5)UIT.

En caso que la presunta barrera burocrática haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no podrá ordenar su derogatoria o inaplicación ni imponer sanciones. En tal supuesto el pronunciamiento de la Comisión se realizara a través de un informe que sera elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan.

Lo dispuesto en el párrafo que antecede también sera de aplicación a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 27.- Las resoluciones de las Comisiones a que se refiere el presente Capítulo podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Artículo 28.- Los procesos que se sigan ante las Comisiones a que se refiere el presente Capítulo pueden ser iniciados por las Secretarías Técnicas de oficio y par los interesados o perjudicados, o por representantes de las asociaciones a entidades gremiales de los afectados.

Artículo 29.- Los casos en que se presente conflicto de competencia entre dos o más Comisiones se resolverá conforme a lo prescrito en el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

En caso de asuntos cuya materia no sea de la competencia de la Comisión ante la cual se acciona sino de las Comisiones a que se refiere el presente Capítulo, la Comisión referida se inhibirá de conocer sobre el asunto y lo remitirá sin más trámite a la Comisión pertinente para su resolución.

Capítulo III De las Oficinas

Artículo 30.-* El INDECOPI tiene tres Oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, que son las siguientes:

- a) La Oficina de Signos Distintivos;
- b) La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías; y
- c) La Oficina de Derechos de Autor.

Artículo 31.- Las Oficinas a que se refiere el artículo anterior tienen las siguientes características:

- a) tienen autonomía técnica, funcional y administrativa, conforme a las normas legales por medio de las cuales se crearon;
- b) resuelven en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como sobre la imposición de las sanciones correspondientes;
- c) están a cargo de un Jefe, y
- d) pueden contar con jefaturas para las distintas áreas funcionales de su competencia, conforme a lo que establezca el Reglamento.

Artículo 32.- Los Jefes de las Oficinas a que se refiere el presente Capítulo están sujetos a las siguientes disposiciones:

- a)* son designados par el Directorio del INDECOPI, previa opinión del Consejo Consultivo;
- b) ejercen sus cargos por tiempo indefinido;
- c) deben ser profesionales titulados (§:referencia a haber cursado estudios superiores) con reconocida experiencia en la especialidad, además de contar con los requisitos, establecidos en las leyes que regulan las correspondientes materias, y;
- d) sirven de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

Artículo 33.- Corresponde a la Oficina de Signos Distintivos llevar el registro de marcas, nombres comerciales, lemas y denominaciones de origen o geográficas, así como proteger los derechos derivados de dicho registro.

Artículo 34.-(§) Corresponde a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías llevar los registros de patentes, modelos industriales, diseños o dibujos industriales, variedades vegetales, biotecnología y otras nuevas tecnologías, así como proteger los derechos derivados de dichos registros. Asimismo, está encargada de difundir los adelantos tecnológicos.

Artículo 35.-(§) Derogado.

Artículo 36.- Corresponde a la Oficina de Registro de Transferencia de Tecnología Extranjera llevar el registro de los contratos de licencia de uso de tecnología, patentes, marcas u otros derechos de propiedad Industrial de origen extranjero, así como de asistencia básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipulen el pago de regalías, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto Legislativo N° 662.

Artículo 37.- Corresponde a la Oficina de Derechos de Autor cautelar, proteger y registrar los derechos de autor y derechos conexos sobre obras artísticas en todas sus manifestaciones y sobre software, así como mantener el depósito legal intangible. Así mismo, lleva el registro de las asociaciones autorales.

Artículo 38.-* Las resoluciones de las oficinas a que se refiere el presente capítulo podrán ser apeladas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la propiedad Intelectual. El Jefe de Oficina podrá apersonarse, en los procedimientos iniciados o impulsados de oficio, ante el Tribunal afín de sustentar y defender las resoluciones que hubiese dictado en las apelaciones que se hubieran planteado contra ellas. Dicha defensa se ejercerá en aquellos casos en que el Jefe de Oficina respectivo lo considere necesario y será ejercida por el Jefe de Oficina o por la persona que éste designe.

Artículo 39.- Los casos en que se presente conflicto de competencias entre dos o más Oficinas se resolverán conforme a lo prescrito en el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

En caso de asuntos cuya materia no sea de competencia de la Oficina ante la cual se acciona sino de otra de las Oficinas a que se refiere el presente Capítulo, la Oficina referida se inhibirá de conocer sobre el asunto y lo remitirá sin más trámite a la Oficina pertinente para su resolución.

Artículo 40.- En los casos en que un determinado derecho sobre la propiedad intelectual en cualquiera de sus manifestaciones haya sido registrado en dos o más de las Oficinas a que se refiere el presente Capítulo, se determinará la preferencia del derecho según la prioridad en el tiempo de la inscripción.

TÍTULO VI DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA ADMINISTRATIVA

Capítulo I De la Gerencia General

Artículo 41.- La Gerencia General es el órgano ejecutivo y administrativo de la institución, de cuya administración responde ante el Directorio del INDECOPI.

Artículo 42 .- Son funciones de la Gerencia General del INDECOPI:

- a) dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de las diferentes dependencias administrativas;
- b) coordinar las acciones de las diferentes dependencias funcionales y prestarles el apoyo que requieran para su funcionamiento;
- c) ejercer la representación legal de la institución;
- d) administrar los recursos económicos y presupuestales;
- e) designar, promover, suspender y remover al personal administrativo, y;
- f) las demás que se le encargue por acuerdo del Directorio del INDECOPI.

Artículo 43.- Las funciones de la Gerencia General son apoyadas por las Gerencias del INDECOPI.

Capítulo II De las Gerencias

Artículo 44.- El INDECOPI cuenta con cuatro Gerencias que dependen directamente del Gerente General, que son las siguientes:

- a) La Gerencia de Administración, Finanzas y Apoyo a los Órganos Funcionales, de la cual dependen administrativamente los Secretarios Técnicos de las Comisiones, así como los Jefes de las Oficinas a que se refieren los Capítulos II y III del Título V del presente Decreto Ley. Sus funciones están referidas a las acciones necesarias para lograr el normal funcionamiento del INDECOPI.
- b) La Gerencia de Informática y Sistemas, cuyas funciones están orientadas a prestar apoyo a los órganos funcionales del INDECOPI en todo lo relacionado con información computarizada.
- c) La Gerencia de Relaciones Internacionales, cuyas funciones están referidas a realizar el seguimiento de las acciones de los organismos internacionales en materias de competencia del INDECOPI, y evaluar los acuerdos internacionales vigentes a fin de recomendar la incorporación del país a los mismos.
- d) La Gerencia Legal, cuyas funciones están referidas a prestar el apoyo legal requerido por todos los órganos funcionales y administrativos del INDECOPI.

*Sin perjuicio de lo establecido en los incisos precedentes, el Directorio se encuentra facultado para crear nuevas Gerencias y Subgerencias, así como para desactivarlas o modificar su régimen, de acuerdo con las necesidades de la institución, y siempre dentro del marco de lo que dispongan las normas presupuestarias.

Artículo 45.-* Las funciones específicas de cada una de las Gerencias a que se refiere el artículo anterior se establece en el Reglamento del presente Decreto Ley y en los acuerdos que sobre el particular tome el Directorio del Indecopi.

Capítulo III De las Secretarías Técnicas

Artículo 46.-* Cada una de las Comisiones a que se refiere el Capítulo II del Título V del presente Decreto Ley, cuenta con una Secretaría Técnica que le sirve de órgano de enlace con la estructura orgánica administrativa del INDECOPI.

Cada una de las Secretarías Técnicas a que se refiere el párrafo anterior depende funcionalmente de su correspondiente Comisión y está a cargo de una o unas personas designadas por el Directorio del INDECOPI, teniendo en cuenta las propuestas de la Comisión respectiva.

En caso de ausencia o impedimento de quien se encuentra nombrado para ejercer la Secretaría Técnica, asumirá las funciones la persona que la Comisión designe para el efecto, quien actuara como Secretario técnico encargado. Dicha encargatura no podrá comprender un período superior aun mes. Luego de dicho plazo corresponde al Directorio de Indecopi designar a la persona que ejerza el cargo. Este artículo es también aplicable a los Secretarios Técnicos del Tribunal, en lo que fuera pertinente.

Artículo 47.- Son funciones de las Secretarías Técnicas:

- a) Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos funcionales y administrativos del INDECOPI;
- b) Iniciar de oficio los procedimientos o procesos que se sigan ante su respectiva Comisión cuando considere que el caso lo amerita, o cuando la Comisión así lo disponga;
- c) Realizar las investigaciones requeridas; para que las Comisiones cuenten con los elementos de juicio necesarios para emitir la resolución correspondiente, conforme a sus respectivas normas legales de creación;
- d) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación, y
- e) Otras que se le encomienden.

TÍTULO VII DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y LABORAL

Artículo 48.- Son recursos del INDECOPI:

- a) los derechos de tramitación de procedimientos ante las Comisiones y Oficinas, de ser el caso;
- b) los derechos de registro de propiedad intelectual;
- c) los montos que recaude por concepto de multas;
- d) los recursos provenientes de la cooperación técnica internacional;
- e) los legados y donaciones que reciba, y
- f) los recursos que se le transfieran conforme a Ley.

Artículo 49.-* Todos los cargos que desempeñan las personas que laboran en el INDECOPI son remunerados, con excepción de los miembros del Consejo Consultivo. El pago de la remuneración a que se refiere el párrafo anterior procede siempre que no se trate de funcionarios o servidores públicos que desempeñan otros empleos o cargos remunerados por el Estado. En este último caso perciben una dieta, conforme a lo que establezca el Reglamento del presente Decreto Ley.

Artículo 50.- Los trabajadores del INDECOPI están sujetos al régimen laboral de la actividad privada. En consecuencia, se rigen por lo establecido en la Ley N°4916 y sus normas modificatorias, ampliatorias, complementarias y conexas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- En aplicación y conforme a lo dispuesto en el presente Decreto Ley, quedan modificados los Decretos Legislativos N° 71, 171, 570, 577, 658, 691, 701, 716; el artículo 78 de la Ley N° 13714; el Decreto Ley N° 25595; los Decretos Supremos N° 61-62-ED, 095-85-EFC, 009-87-ED, 133-91-EF; las Resoluciones Supremas N° 09081-ITI/IND y 175-88-ICTI/IND; la Resolución Jefatural NP 012-87-BNP y la Resolución Directoral N° 001-69-DIGDA-BNP.

Segunda.- El INDECOPI queda comprendido dentro de los alcances de las disposiciones sobre seguridad jurídica en materia administrativa contenidas en el Título IV del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, con excepción de sus artículos 24, 25, 26 y 32. En consecuencia, el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) de INDECOPI debe ser aprobado por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

Tercera.- Cuando las normas legales por medio de las cuales se hayan creado las Comisiones y Oficinas a que se refiere el Título V del presente Decreto Ley no hayan previsto plazos especiales para la realización de los procedimientos y procesos de su competencia, serán de aplicación las disposiciones contenidas en el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

Cuarta.- Por Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, se transferirá al INDECOPI los recursos económicos, saldos presupuestarios, bienes patrimoniales y acervo documentario del Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas - ITINTEC, conforme a lo

dispuesto en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25818, que declara en disolución y liquidación a dicho Instituto.

Quinta.-El Reglamento del presente Decreto Ley se aprobara por Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única.- Los miembros de las Comisiones a que se refiere el Capítulo II del Título V del presente Decreto Ley que se encuentren ejerciendo dichos cargos a la fecha de entrada en vigencia de esta norma legal, continuarán en funciones hasta que se realice la nueva designación conforme a lo establecido en el inciso f) del artículo 5.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.- Deróguese el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 716, el Artículo 3 del Decreto Ley N° 25629, y toda otra norma legal que se oponga a lo dispuesto en el presente Decreto Ley.

Segunda.- El presente Decreto Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los seis días del mes noviembre de mil novecientos noventa y dos.

PERÚ

DECRETO LEGISLATIVO N° 807

LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL
INDECOPI

Título I: Facultades de las Comisiones y Oficinas del INDECOPI
Artículos 1 a 6

Título II: Normativa sobre eliminación de practicas monopólicas, controlistas y restrictivas.

Artículo 11 a 13 (modifican artículos del Decreto Legislativo n° 701 ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título III: Normativa sobre publicidad en defensa del consumidor y represión de la competencia desleal.

(no se reproduce el texto)

Artículo 14 a 17 (modifica artículos del decreto Legislativo N° 691 y del Decreto Ley N° 26122 y deja sin efecto varias Resoluciones y artículos de Decretos Supremos).

Título IV: Normativa sobre protección al consumidor.

(no se reproduce el texto)

Artículos 19 a 21 (modifica artículos del Decreto Legislativo N° 716).

Título V: Procedimiento único de la comisión de protección al consumidor y de la comisión de represión de la competencia desleal.

(no se reproduce el texto)

Artículos 22 a 41

Título VI: Eliminación de exigencias y formalidades costosas.

Artículo 42

Título VII: Publicación de jurisprudencia administrativa.

Artículo 43

Título VIII: Prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidad de los funcionarios.

Artículos 44 a 46

Título IX: Normativa sobre el Tribunal.

Artículos 47 y 48 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título X: Normativa sobre las Comisiones.

Artículo 49 a 51 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Artículos 52 a 54

Título XI: Transferencia de Tecnología extranjera.

Artículos 55 a 57

Título XII: Normativa sobre Oficinas.

Artículo 58 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título XIII: Normativa sobre el Directorio.

Artículo 59 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título XIV: Normativa sobre el Consejo Consultivo.

Artículo 60 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título XV: Normativa sobre las Gerencias.

Artículo 61 y 62 (modifica artículos del Decreto Ley N° 25868, ya incorporados en el texto refundido precedente)

Título XVI: Destino de los bienes incautados o decomisados.

Artículo 63

Título XVII: Procesos judiciales.

Artículo 64 (modifica artículo del Decreto Ley N° 25868, ya incorporado en el texto refundido precedente)

Artículo 65

Disposiciones Transitorias.

Primera a Octava

Disposiciones finales.

Primera y Segunda.

DECRETO LEGISLATIVO N° 807

LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

Decreto Legislativo del 16 de abril de 1996 (publicado el 18 de abril de 1996).

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:

CONSIDERANDO:

Que, el Congreso de la República, en virtud de las Leyes N° 26553 y 26557, ambas expedidas de conformidad con el artículo 104 de la Constitución Política del Perú, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, en primer lugar, en materia de reorganización, modificación de sistemas administrativos en general, asignación y ejecución de funciones de las entidades que lo conforman, y en segundo lugar, entre otras materias, sobre Libre Competencia y Prácticas que la restrinjan o limiten Protección al Consumidor y Propiedad Intelectual.

Que de conformidad con el Decreto Ley N° 25868 de noviembre de 1992, se creó el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Que el Decreto Legislativo N° 701 y sus modificatorias prohibieron las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, en concordancia con el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

Que el Decreto Ley N° 26122 y sus modificatorias, así como los Decretos Legislativos N° 691, N° 716 y sus modificatorias establecieron el conjunto normativo destinado a la tutela del consumidor, y a la represión de las prácticas que, realizadas a través de cualquier medio, y en especial de la publicidad, violen los derechos de los consumidores reconocidos en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú y distorsionen la competencia leal y auténtica.

Que la experiencia de los tres años de existencia de Indecopi demuestra la conveniencia de efectuar determinadas modificaciones en su estructura orgánica a fin de dotarlo de mayor efectividad y eficacia en su acción y facilitar el acceso de los usuarios a los servicios que presta y a los procedimientos que tramita, tal como se precisa en la Exposición de Motivos presentada.

Que dicha experiencia demuestra que es necesario reformar el régimen vigente, adecuándolo a las nuevas coyunturas y exigencias de una política

sostenida destinada a crear un marco institucional adecuado para el real funcionamiento de una economía social de mercado, en concordancia con lo dispuesto en el Título III de la Constitución Política del Perú.

Que con el objeto de otorgar mayor seguridad a los agentes económicos en relación con los procesos seguidos ante Indecopi, es necesario que se unifique, simplifique, y organice adecuadamente la dispersa normativo de procedimientos existentes, a fin de crear un procedimiento ágil y eficiente que resulte aplicable a las materias relacionadas con la Defensa del Consumidor y la Represión de la Competencia Desleal en el mercado.

Que en concordancia con lo anterior, y a fin de reforzar la actuación de Indecopi, es necesario que se precisen claramente las facultades de las Comisiones y Oficinas que lo conforman, se eleve substancialmente el monto de las multas, se incremente la magnitud de las otras sanciones existentes y se simplifiquen los procedimientos existentes

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y con cargo a dar cuenta al Congreso;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

TÍTULO I FACULTADES DE LAS COMISIONES Y OFICINAS DEL INDECOPI

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

- a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

- b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.
- c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.

Artículo 3.- Las Comisiones, las Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi podrán solicitar información a cualquier organismo público y cruzar los datos recibidos con aquellos que obtengan por otros medios. De la misma manera, podrán transferir información a otros organismos públicos, siempre que dicha información no tuviera el carácter de reservada por constituir un secreto industrial o comercial.

Artículo 4.- Toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de una Comisión, de una Oficina o de una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi dentro de un procedimiento administrativo tendrá el carácter de declaración jurada.

Las transcripciones de las grabaciones o filmaciones de las declaraciones realizadas ante los funcionarios de una Comisión o una Oficina del Indecopi requieren ser certificadas por el funcionario autorizado de éstas, constituyendo instrumentos públicos. Los interesados, sin embargo, podrán solicitar el cotejo de la transcripción con la versión grabada o filmada, a fin de comprobar su exactitud. La exactitud de las copias de los documentos y registros tomadas por una Comisión u Oficina serán certificadas por el funcionario autorizado de ésta.

Las respuestas a los cuestionarios o interrogatorios deberán ser categóricas y claras. Si la persona citada por la Comisión u Oficina respectiva se niega a

declarar, la Comisión u Oficina apreciará ese hecho al momento de resolver, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 5 de la presente norma.

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponde. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

Artículo 6.- La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal respectivo. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad.

Únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la respectiva Comisión, Oficina o Tribunal, los funcionarios del Indecopi asignados al procedimiento y, en su caso, los miembros y personal encargados del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los funcionarios que atenten contra la reserva de dicha información o en cualquier forma incumplan con lo establecido en el presente artículo serán destituidos e inhabilitados hasta por un plazo de diez años para ejercer cualquier función pública, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar. La destitución o inhabilitación será impuesta por el Directorio.

Artículo 7.- En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponde, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo N° 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente

motivada. La sanción administrativo se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponde.

Artículo 8.- Las Comisiones y Oficinas podrán requerir el auxilio de la fuerza pública para el desempeño de sus funciones, el mismo que será prestado de inmediato bajo responsabilidad.

Artículo 9.- Las Comisiones y Oficinas podrán aprobar pautas o lineamientos que, sin tener carácter vinculante, orienten a los agentes económicos sobre los alcances y criterios de interpretación de las normas cuya aplicación tiene encomendada cada Oficina o Comisión.

Artículo 10.- Las Comisiones y Oficinas podrán dictar, de ser necesario, medidas cautelares dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de dicho daño. Para el dictado de dicha medida será de aplicación, en lo pertinente, lo previsto en el Procedimiento Único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales de cada Comisión u Oficina.

TÍTULO VI ELIMINACIÓN DE EXIGENCIAS Y FORMALIDADES COSTOSAS

Artículo 42.- En los procedimientos seguidos ante todas las Oficinas, Comisiones y el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi no es obligatoria la intervención de abogado y en consecuencia no puede establecerse como requisito de admisibilidad de los recursos que se presenten en dichos procedimientos que éstos estén autorizados por letrado.

Sin embargo, las partes tienen el derecho de hacerse asesorar o representar por abogado en cualquier procedimiento seguido ante Indecopi. En este caso, las Oficinas, Comisiones y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual deberán brindarle las máximas facilidades para el ejercicio de su función, de acuerdo con lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo y en sus disposiciones reglamentarias.

TÍTULO VII PUBLICACIÓN DE JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Artículo 43.- Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria,

mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

TÍTULO VIII PROHIBICIONES, INCOMPATIBILIDADES Y RESPONSABILIDADES DE LOS FUNCIONARIOS

Artículo 44.- Es incompatible con el desempeño de las funciones de miembro del Directorio, vocal del Tribunal, Jefe de Oficina y Secretario Técnico ejercer el cargo de Presidente de la República, Vicepresidente, Miembro del Congreso, Contralor General de la República, Ministro de Estado, Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, Subcontralor General de la República, Vice Ministro y Director General de Ministerio, Alcalde y cualquier otro cargo en que se ejerza autoridad política, mientras ejerza el cargo o hasta seis meses después de cesar en el mismo por cualquier causa.

Artículo 45.- Los miembros del Directorio, los vocales del Tribunal, los miembros de las Comisiones, los Jefes de Oficina, los Secretarios Técnicos, y, en general, el personal de Indecopi o los que ocupen cargos funcionales equivalentes en las entidades delegadas de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, están prohibidos de

- a) Defender o asesorar pública o privadamente causas ante el Indecopi, o ante cualquier entidad delegada de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, salvo causa propia o la de su cónyuge o concubino. Esta prohibición subsistirá a su alejamiento del cargo para aquellas causas en que hubiesen participado directamente como funcionarios de Indecopi o de una entidad delegada según fuera el caso.
- b) Aceptar de los usuarios o sus abogados o por cuenta de ellos, donaciones, obsequios, atenciones, agasajos o sucesión testamentaria en su favor o en favor de su cónyuge o concubino, ascendiente, descendiente o hermano, por el ejercicio de sus funciones.
- c) Admitir o formular recomendaciones en procesos seguidos ante el Indecopi o cualquier entidad delegada de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788, salvo aquellas que les corresponde efectuar en ejercicio de las competencias de su cargo.

- d) En el caso de los vocales del Tribunal, miembros de Comisiones y Jefes de Oficina sostener conversaciones con las partes, o sus abogados, o representantes, en las que se toquen o discutan las posiciones planteadas en un expediente en trámite ante dicho funcionario o ante el órgano funcional del cual forma parte dicho funcionario, salvo que esté presente la otra parte, su abogado o su representante en dicha conversación.

Artículo 46.- Los vocales del Tribunal, los miembros de las Comisiones, los Jefes de Oficina y los Secretarios Técnicos y los que ocupen cargos funcionales equivalentes en las entidades delegadas de acuerdo al Decreto Legislativo N° 788 son recusables por las causales previstas en el artículo 17 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. El órgano o funcionario que conoce del procedimiento conocerá también de la recusación, la misma que deberá formularse por escrito.

El órgano o funcionario que acepte la procedencia de la causal deberá abstenerse de conocer el caso en cuestión, pero de no aceptarla emitirá un informe al respecto y formará un cuaderno, remitiéndolo al Presidente de la Sala competente del Tribunal para que resuelva sobre la procedencia de la causal, sin que esto pueda suspender el procedimiento. En caso de que la causal se invoque o se refiera a un vocal del Tribunal, se remitirá el cuaderno a la otra Sala para que ésta resuelva.

También resultan aplicables a las personas mencionadas los supuestos de responsabilidad previstos en el artículo 28 de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos y las sanciones previstas en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo N° 276, en lo que sea pertinente. Corresponde al Órgano de Control Interno del Indecopi realizar las investigaciones correspondientes, sea de oficio o a instancia de parte. Las sanciones a que se refiere este artículo serán impuestas por el Directorio del Indecopi.

TÍTULO X NORMATIVA DE LAS COMISIONES

Artículo 52.- Modifíquese la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, en los siguientes términos:

"La Comisión de Salida del Mercado es competente para conocer sobre la declaratoria de insolvencia de los deudores, el reconocimiento de la titularidad, legitimidad y cuantía de los créditos, la realización de las Juntas de

Acreedores y todos los demás asuntos relacionados con dichos temas, conforme a lo establecido en el presente Decreto Ley."

Artículo 53.- En toda norma vinculada con la aplicación del Decreto Ley N° 26116, Ley de Reestructuración Empresarial, o con la declaración de insolvencia, reestructuración, liquidación o quiebra de empresas o personas naturales que realicen actividad empresarial en forma individual, cuando se refiera a la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, se entenderá referida a la Comisión de Salida del Mercado. En toda norma vinculada a la eliminación de barreras burocráticas tal como ha quedado definida en el artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868, cuando se mencione a la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado, se entenderá referida a la Comisión de Acceso al Mercado.

Asimismo, entiéndase que toda referencia a la Comisión de Supervisión de Publicidad y Represión de la Competencia Desleal en cualquier norma legal, ha quedado sustituida por la referencia a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Por otra parte, cualquier referencia a la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paraarancelarias ha quedado sustituida por la referencia a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales.

Artículo 54.- Cuando en un procedimiento a cargo de la Comisión de Salida del Mercado surjan controversias entre las partes involucradas, y siempre que éstas lo soliciten y la Comisión lo acepte en este sentido, la resolución que emita la Comisión sobre el tema materia de controversia tendrá carácter de laudo arbitral definitivo e inapelable, siempre que en la tramitación se haya cumplido con las disposiciones contenidas en el reglamento que se menciona en el párrafo siguiente.

Las partes se sujetarán al reglamento arbitral que haya elaborado la Comisión de Salida del Mercado y que haya sido aprobado por el Directorio del Indecopi. La existencia de esta vía no enerva el derecho de las partes a someterse a un arbitraje distinto.

TÍTULO XI TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA EXTRANJERA

Artículo 55.- Transfiérase las funciones de la Oficina de Transferencia de Tecnología Extranjera a las Oficinas de Signos Distintivos e Invenciones y Nuevas Tecnologías.

Artículo 56.- Se entienden registrados los contratos de transferencia de tecnología extranjera a que se refiere la Decisión N° 291 de la Comisión del

Acuerdo de Cartagena con el registro de las licencias de uso de signos distintivos ante la Oficina de Signos del Distintivos del Indecopi; con el registro de la licencia para la explotación de patentes u otros derechos de propiedad industrial y la inclusión en el listado de licencias de uso de tecnología, asistencia técnica, ingeniería básica y de detalle, gerencia y franquicia, de origen extranjero ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, según corresponde.

Artículo 57.- Quedan establecidos como Organismos Nacionales Competentes, para efectos del registro de contratos de transferencia de tecnología extranjera a que se refiere la Decisión N° 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la Oficina de Signos Distintivos o la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, según corresponde.

TÍTULO XVI DESTINO DE LOS BIENES INCAUTADOS O DECOMISADOS

Artículo 63.- En los casos en que las Comisiones, Oficinas o el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi ordenen la incautación o decomiso de bienes, ya sea de manera provisional o definitiva, dichos bienes serán depositados en el lugar que para el efecto señale el accionante, a su cuenta, costo y riesgo, debiendo designarse al depositario en el propio acto de la diligencia. El depositario al aceptar el cargo será instruido de sus obligaciones y responsabilidades. Cuando la incautación o decomiso sea ordenado de oficio, corresponderá al Indecopi la designación del depositario.

Luego de consentida la resolución de primera instancia o agotada la vía administrativo en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, y no habiéndose impugnado lo ordenado ante el Poder Judicial dentro del término de ley, los bienes incautados o decomisados serán adjudicados por el Directorio del Indecopi a entidades estatales que desarrollen labores o programas de apoyo social, a instituciones sin fines de lucro o a actividades benéficas, las mismas que deberán velar porque dichos bienes no sean comercializados, salvo en los casos a que se refiere el siguiente párrafo.

Tratándose de bienes que consignent un signo distintivo ilegítimo o utilicen derechos de propiedad intelectual de manera ilegal, se procederá, de ser posible, a la destrucción o eliminación de dichos signos distintivos ilegítimos o derechos de propiedad usados ilegalmente, antes de proceder a su adjudicación.

El Indecopi procederá a la destrucción de los bienes incautados o decomisados, una vez transcurridos los términos de ley conforme a lo prescrito en el párrafo anterior, en los casos siguientes:

- a) Cuando atenten contra la salud, la moral o el orden público; o
- b) Cuando su distribución cause un perjuicio económico directo al titular del derecho de propiedad intelectual por generarle una restricción a su actividad comercial o constituir competencia en el mercado.

TÍTULO XVII PROCESOS JUDICIALES

Artículo 64.- Modifíquese el artículo 17 del Decreto Ley N° 25868, de acuerdo al siguiente texto:

Artículo 65.- Los órganos funcionales de Indecopi suspenderán la tramitación de los procedimientos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual o de la Comisión u Oficina respective, precise de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante Indecopi.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- Los actuales vocales del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual seguirán conociendo de las apelaciones que se planteen contra las resoluciones de las Comisiones y Oficinas, hasta que se instalen la Sala de Defensa de la Competencia y la Sala de Propiedad Intelectual, creadas por el presente Decreto Legislativo.

SEGUNDA.- Las normas de procedimientos contenidas en el presente Decreto Legislativo serán de aplicación a los procedimientos iniciados luego de la entrada en vigencia del mismo.

TERCERA.- Las personas que actualmente se desempeñan como miembros suplentes de las Comisiones del Indecopi se convertirán en miembros titulares a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo.

CUARTA.- Las Comisiones de Indecopi que tengan a su cargo expedientes que de acuerdo al artículo 26 BIS del Decreto Ley N° 25868 sean de

competencia de la Comisión de Acceso al Mercado, deberán remitirlos de manera inmediata a esta última Comisión una vez instalada ésta.

QUINTA.- A efectos de adecuar la estructura organizativa del Indecopi a las modificaciones dispuestas en la presente norma y con cargo a sus recursos propios, exoneresele por el plazo de 180 días calendarios, computados a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, de las normas de austeridad en materia de contratación de personal y remuneraciones establecidas en la Ley Anual de Presupuesto, facultándolo a modificar su cuadro de asignación de personal y a efectuar recategorizaciones, dando cuenta de tales acciones a la Oficina de Instituciones y Organismos del Estado

SEXTA.- En tanto no se dicten las disposiciones que establezcan las normas de procedimiento para la tramitación de acciones de oficio o a petición de parte ante la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales y ante la Comisión de Acceso al Mercado, serán de aplicación las normas del Procedimiento Único contenidas en el Título V del presente Decreto Ley, en lo que fuera pertinente.

SETIMA.- Por Decretos Supremos refrendados por el Ministerio de Industria, Turismo e Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales se aprobarán los Textos Únicos Ordenados de los Decretos Leyes N° 25868 y 26122, los Decretos Legislativos N° 691, 701 y 716; de los Decretos Supremos N° 025-93-ITINCI y N° 020-94-ITINCI; y, de las demás normas relacionadas a los temas del Indecopi.

OCTAVA.- Por Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se aprobará la lista de organismos de la Administración Pública en los que no se requerirá de la intervención de abogado para la tramitación de procedimientos administrativos.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Déjese sin efecto el Artículo 30 del Decreto Supremo N° 075-93-EF, así como los artículos 19, 20 y 23 del Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI y todas las demás normas que se opongan al presente Decreto Legislativo.

SEGUNDA.- El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial "El Peruano".

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla, dando cuenta al Congreso de la República.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los dieciséis días del mes de abril de mil novecientos noventa y seis.

ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI

Presidente Constitucional de la República

ALBERTO PANDOLFI ARBULU

Presidente del Consejo de Ministros

LILLIANA CANALE NOVELLA

Ministra de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales

ÍNDICE REMISSIVO DA REVISTA DO IBRAC

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

P.A. 15	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A	vol. 1 n.º 1
P.A. 19	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X KNOLL S.A PRODUTOS QUÍMICOS E FARMACÊUTICOS	vol. 1 n.º 1
P. A. 17	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X LABORATÓRIOS PFIZER LTDA. S.A.	vol. 1 n.º 1
P. A. 20	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X GLAXO DO BRASIL	vol. 1 n.º 1
P. A. 18	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X MERREL LEPETIT FARMACÊUTICA LTDA.	vol. 1 n.º 1
P. A. 02	SDE EX OFICIO X WEST DO BRASIL COM E IND. LTDA, METALÚRGICA MARCATTO LTDA., RAJ COM E IND DE TAMPAS METÁLICAS LTDA	vol. 1 n.º 1
P. A. 38	SECRETARIA DE JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DO ESTADO DE SÃO PAULO X SHARP ADMINISTRAÇÃO DE CONSÓRCIOS S/C LTDA. E SHARP DO BRASIL S/A INDÚSTRIA DE PRODUTOS ELETRÔNICOS	vol.. 1 n.º 2
P. A. 12	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X ACHÊ LABORATÓRIOS	vol.. 1 n.º 2
P.A. 29	SINDICATO DO COMÉRCIO VAREJISTA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL X ACHÊ LABORATÓRIOS FARMACÊUTICOS S.A	vol.. 1 n.º 2
P. A. 13	PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA X PRODOME QUÍMICA FARMACÊUTICA LTDA	vol.. 1 n.º 2
P.A. 109/89	ELMO SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO DE VALORES S/C X SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA E VIGILÂNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS	vol.. 1 n.º 2
P.A 07	SERPRO - SERVIÇO FEDERAL DE PROCESSAMENTO DE DADOS X TICKET - SERVIÇOS DE ALIMENTAÇÃO S/C LTDA. E OUTRAS	vol.. 1 n.º 2
P.A. 30/92	SEARA AGRÍCOLA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA X ICI BRASIL S/A.	vol. 2 n.º 1
P.A. 23/91	REPRO MATERIAIS E EQUIPAMENTOS DE XEROGRAFIA	vol. 2 n.º 1

	LTDA. E OUTRAS X XEROX DO BRASIL LTDA	
P.A. 01/91	INTERCHEMICAL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. X SHARP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 31/92	TRANSAUTO TRANSPORTES ESPECIALIZADOS DE AUTOMÓVEIS S/A X FIAT AUTOMÓVEIS S/A	vol. 2 n.º 1
P.A. 10/91	FOGAREX - ARTEFATOS DE CAMPING LTDA X LUMIX QUÍMICA LTDA	vol. 2 n.º 1
P.A. 32	SDE X 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 X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SERGIPE - AHES	vol. 2 n.º 2
P.A. 34/92	COSMOQUÍMICA S/A - INDÚSTRIAS E COMÉRCIO X CARBOCLORO S/A - INDÚSTRIAS QUÍMICAS	vol. 2 n.º 2
P.A. 15	PRESIDENTE DA REPÚBLICA X LABORATÓRIO SILVA ARAÚJO ROUSSEL S/A	vol. 3nº 11
P.A. 121/92	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO X SIEEESP	vol. 3 n.º 11
P.A. 40/92	REFRIO LTDA X COLDEX S/A	vol. 3 nº 11
P.A. 20/92	DEP. EST. (SP) CÉLIA C. LEÃO EDELMUTH X EMPRESA MUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPINAS	vol. 3 nº 11
P.A. 35/92	MP DO ESTADO DO PARANÁ X OUTBOARD MARINE LTDA, HERMES MACEDO	vol. 3 n.º 12
P.A. 211/92	EULER RIBEIRO X 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 X ASSOCIAÇÃO DOS HOSPITAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO	vol. 3 n.º 12
P.A. 76/92	DAP X AKZO - DIVISÃO ORGANON	vol. 3 n.º 12
P.A. 38/92	PROCON - SP X SHARP ADM. DE CONSÓRCIOS	vol. 3 n.º 12
P.A. 61/92	FEDERAÇÃO NACIONAL DE EMPRESAS DE SEGUROS PRIVADOS E CAPITALIZAÇÃO	vol. 3 n.º 12

	X ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA	
P A 49/92	LABNEW IND. E COM. LTDA X BECTON E DICKSON IND. CIRÚRGICAS LTDA.	vol. 4 n° 2
P A 148/92	Recurso Voluntário KRAFT SUCHARD	vol. 4 n° 2
P A 68/92	MEFP X ALCON LABORATÓRIOS DO BRASIL LTDA.	
Representação 83/91	MEFP X ABIGRAF	vol. 4 n° 2
Consulta 03/93	ABRAFARMA - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FARMÁCIAS E DROGARIAS.	vol. 2 n.º 2
CONSULTA 01/93	ANCOR - ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS CORRETORAS DE VALORES, CÂMBIO E MERCADORIAS	vol. 2 n.º 2
P.A. 155 a 1722/94	DPDE X SINDICATO DOS LABORATÓRIOS DE PESQUISA E ANÁLISES CLÍNICAS DE BRASÍLIA	vol. 4 n° 3

ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

AC 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO	vol. 2 n.º 3
AC 12/94	RHODIA S. A. E SINASA ADMINISTRAÇÃO, PARTICIPAÇÕES E COMÉRCIO (2ª PARTE)	vol. 2 n.º 3
AC 11/94	YOLAT - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA, E CILPE - COMPANHIA DE INDUSTRIALIZAÇÃO DE LEITE 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 10/94	HANSEN FACTORING - SOCIEDADE DE FOMENTO COMERCIAL LTDA; HANSEN MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA; TRANSPORTADORA 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 SIDERÚRGICA PAINS)	vol. 2 n.º 4
AC 16/94	REAPRECIÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO N°16/94 - GRUPO GERDAU - CIA SIDERÚRGICA PAINS	vol. 3 n.º 3
AC 05/94	CARBORUNDUM DO BRASIL LTDA. E NORTON S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO	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 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. (FAIRWAY)	vol. 4 n.º 1
AC 38/95	BASF. S. A.	vol. 4 n.º 3
AC 42/95	ÍNDICO PARTICIPAÇÕES	vol. 4 n.º 3
Ac 29/95	PRIVATIZAÇÃO DA MINERAÇÃO CARÁÍBA	vol. 4 n.º 3

DOUTRINA

ARRUDA SAMPAIO, ONOFRE	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
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	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	Defesa da concorrência e globalização	vol. 3 n.º 6
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	vol. 3 n.º 8
DUTRA, PEDRO	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	vol. 4 n.º 1
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
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	vol. 3 n.º 8

	proposta de conciliação	
FARINA, LAÉRCIO	Do processo administrativo da natureza do ato	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	vol. 3 n.º 6
FERRAZ, TÉRCIO SAMPAIO	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	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	vol. 3 n.º 5
GRINBERG, MAURO	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	vol. 3 n.º 8
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
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
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
RIVIÉRE 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 HASSON	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	

TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

Eugênio de Oliveira Fraga Marcos Vinícius de Campos José Del Chiaro F. da Rosa José Inácio G. Franceschini Lázara Cotrin Mauro Grinberg, Debate Carlos F. de Magalhães Neide Malard Tércio Sampaio Ferraz Ubiratan Mattos		SIMPÓSIO “PRÁTICAS COMERCIAIS RESTRITIVAS NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE”	vol.1 n.º 3
Carlos F. de Magalhães Guilherme Duque Estrada Mauro Grinberg, Pedro Camargo Neto Pedro Wongtschowski Edmondo Triolo Tércio Sampaio Ferraz Leane Naidin Ubiratan Mattos		SIMPÓSIO “DUMPING E CONCORRÊNCIA EXTERNA”	vol.1 n.º 3
Luiz Olavo Baptista Michel A. Alaby Werter R. Faria Maria Isabel Vaz		SIMPÓSIO “CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL”	vol.1 n.º 3
Carlos Francisco de Magalhães Ruy Coutinho Neide Malard José Del Chiaro Tércio Sampaio Ferraz	José Inácio Franceschini Laércio Farina Elizabeth Farina Jorge Gomes de Souza.	SIMPÓSIO “CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA E A RESOLUÇÃO N.º 1 DO CADE”	vol.3 n.º 1
Gesner de Oliveira Gabriel Castanheda Elizabeth Farina Pedro Dutra Onofre C. de Arruda Sampaio,	Carlos Francisco de Magalhães, Laércio Farina José Inácio G. Franceschini Tércio Sampaio Ferraz.	TRANSCRIÇÃO DAS PALESTRAS DO II SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA CONCORRÊNCIA	vol.3 n.º 6

LEGISLAÇÃO

HORIZONTAL MERGERS GUIDELINES (edição bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	vol. 3 n.º 1
CLAYTON ACT - CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra REGULAMENTO DO CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (EEC) 4064/89 SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO DE EMPRESAS (edição bilingue) Tradução e comentários Pedro Dutra	vol. 3 n.º 2
DECRETO N.º 1355 DE 30 DE DEZEMBRO DE 1994	

DECRETO N.º 1.488 DE 11 DE MAIO DE 1995	vol. 3 n.º 9
LEI RELATIVA À PREVENÇÃO DE MONOPÓLIOS PRIVADOS E À PRESERVAÇÃO DE CONDIÇÕES JUSTAS DE COMÉRCIO DO JAPÃO - LEI Nº 54, DE 14 DE ABRIL DE 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	vol. 4 n.º 1
LEI MEXICANA DE REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER DOMINANTE - REGULAMENTO INTERIOR DA <i>COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA</i>	vol. 4 n.º 1
LEI ARGENTINA : LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	vol. 4 n.º 2
PORTARIA 144 DE 03/04/97 – REGIMENTO INTERNO DA SDE	vol. 4 n.º 3
PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO MERCOSUL	vol. 4 n.º 3
ACÓRDÃOS E DESPACHOS	vol. 4 n.º 3

