

Perspectivas da Política de Concorrência no Brasil: O controle de Fusões e Aquisições¹

José Tavares de Araujo Jr.

“If a society were to interfere in every activity which might possibly lead to a reduction of competition, regulation would be ubiquitous and the whole purpose of a public policy of competition would be frustrated.”

George Stigler (1955)

1. Introdução

Algumas decisões recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) revelam o grau de amadurecimento já alcançado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)² no exercício das funções de preservar o interesse público e promover a eficiência produtiva. No primeiro semestre de 2005, por exemplo, foram encerrados três casos notáveis: o cartel das britas, as taxas cobradas indevidamente pelos terminais portuários em Santos e o compartilhamento de rotas (*codesharing*) que vigorou em 2003 e 2004 entre a TAM e a VARIG. No primeiro caso, 17 empresas que operam no mercado de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo receberam multas que variaram entre 15% e 20% do faturamento anual, pelas práticas de divisão de mercado e colusão de preços. No segundo caso, os cinco terminais que operam no porto de Santos foram punidos pela cobrança indevida de taxas para a liberação de cargas. Conforme indicam os autos do processo, essas taxas distorciam a concorrência no mercado de armazenagem e prejudicavam o comércio exterior do país. No terceiro caso, o fim do *codesharing* TAM-VARIG restaurou as pressões competitivas no setor de transporte aéreo e promoveu o declínio imediato dos preços das passagens.

Não obstante algumas deficiências, como a falta de funcionários de carreira e a curta duração do mandato dos conselheiros do CADE, que é de apenas dois anos, a última década na história do SBDC registrou um processo contínuo de aprimoramento, em contraste com o período 1963–1994,³ quando o direito da concorrência existia apenas no plano das

¹ Este artigo foi preparado para a sessão especial do *Fórum Nacional* sobre política de concorrência, organizada pelo Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE). Rio de Janeiro, 26 de janeiro de 2006.

² O SBDC é composto pelo CADE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE).

³ O direito da concorrência foi introduzido na Constituição brasileira em 1946, mas só veio a ser regulamentado através da lei 4.137, que criou o CADE em setembro de 1962. Em 1994, os poderes do CADE foram fortalecidos pela lei 8884, que estabeleceu as normas atuais que orientam a ação do SBDC.

formalidades jurídicas. Este processo foi marcado por dois tipos de esforços. Em primeiro lugar, o SBDC conferiu prioridade crescente à repressão de condutas anticompetitivas, que é o foco principal da legislação antitruste em economias maduras. Em segundo lugar, reduziu significativamente o tempo médio dispendido na análise dos atos de concentração, sobretudo após a edição do *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal* (SEAE/SDE). Introduzido pela SEAE em 1999 e atualizado em edição conjunta com a SDE em 2002, o guia tornou mais transparentes os procedimentos e critérios que orientam as decisões das autoridades antitruste.

A principal função do guia é lembrar que a lei antitruste não visa restringir o tamanho das empresas ou promover a desconcentração industrial, mas impedir que o poder de mercado seja exercido em detrimento do interesse público. Este esclarecimento reduz a incerteza das decisões de investimento, sobretudo naquelas indústrias onde os mercados domésticos são muito concentrados, mas as empresas ali estabelecidas só sobrevivem se estiverem preparadas para competir no mercado mundial. Todavia, apesar de seus méritos, o guia não é isento de limitações, a maioria das quais derivada de seu marco analítico, que é o modelo Estrutura – Conduta – Desempenho (ECD) da teoria da organização industrial. Cientes destas restrições, diversos países explicitam que os procedimentos descritos nos seus respectivos guias são flexíveis e que, portanto, não serão aplicados necessariamente em todos os casos. Embora o guia brasileiro também não tenha caráter vinculante, ele tem sido usado com frequência pelos técnicos do SBDC como se fosse uma tradução fiel dos princípios ditados pela lei 8884. Ademais, alguns critérios daquele manual, como tempestividade da entrada e eficiências da operação, tem sido aplicados com excessivo rigor, acentuando ainda mais o irrealismo do modelo ECD e, muitas vezes, levando a decisões contrárias aos objetivos da lei antitruste, conforme veremos adiante neste artigo.

Este artigo visa discutir, em primeiro lugar, os erros cometidos pelo SBDC em decorrência das limitações acima referidas e de alguns eventos circunstanciais, como o risco de decisões populistas. Em segundo lugar, procura identificar os procedimentos que poderiam minimizar esses erros. Para iniciar a análise, a seção 2 aborda a questão do populismo antitruste, que é uma modalidade particular de um problema mais geral – o da captura – que ocorre em qualquer política pública quando, ao invés de atender às finalidades daquela política, a autoridade privilegia interesses particulares. Esta distorção não advém de atos ilícitos, mas de falhas regulatórias ou da aplicação incorreta das normas legais, como ilustram dois casos da experiência norte-americana ali referidos, *Brown Shoe* e *IBM*.

A seção 3 mostra que, nos casos de fusões e aquisições, o risco de captura pode ser evitado se a análise da operação não focalizar apenas os aspectos relativos ao exercício do poder de mercado, mas examinar também outros fatores explicativos do comportamento das firmas petionárias. Entretanto, o guia não contém instrumentos para lidar com estes fatores, em virtude do marco analítico subjacente àquele manual.

Este ponto é elaborado na seção 4, que destaca as hipóteses simplistas do modelo ECD e sugere uma abordagem que vai além daquelas hipóteses. Esta abordagem privilegia quatro aspectos que estão presentes na maioria das operações de grande porte: (a) a presença de empresas multinacionais diversificadas; (b) a importância dos investimentos em P&D

como instrumentos de competição; (c) as peculiaridades da geografia econômica do país; (d) o poder de barganha dos clientes. Para ilustrar esta abordagem, a seção 5 usa dois casos internacionais complexos, *Boeing–McDonnell Douglas* e *Pilkington*, onde os princípios antitruste foram observados rigorosamente, mas as decisões das autoridades não foram baseadas nos critérios do modelo ECD.

Em seguida, a seção 6 revê, à luz do esquema analítico da seção 4, duas fusões importantes na experiência brasileira recente: *Nestlé–Garoto*, que foi a única operação de grande porte a ser vetada com base no guia SEAE/SDE; e *Kolynos–Colgate*, que foi o primeiro caso a alcançar notoriedade após a edição da lei 8884. Por fim, a seção 7 resume as conclusões do artigo.

2. O populismo antitruste

Quando uma autoridade antitruste investiga uma conduta supostamente anti-competitiva, sua ação consiste em avaliar os eventuais danos ao interesse público advindos de fatos em curso nos mercados relevantes do caso em exame. De acordo com a conhecida classificação de Stigler (1955), esta é a função *corretiva* da política de concorrência, em contraste com a função *preventiva*, que é exercida através do controle de fusões e aquisições. Nesta última função, portanto, a autoridade não dispõe de fatos documentados para analisar, mas trabalha com hipóteses sobre eventos futuros que poderão resultar de mudanças prováveis nas condições de concorrência da economia.

Para avaliar tais mudanças, as autoridades costumam solicitar informações e comentários críticos a quatro tipos de firmas: (a) produtores incumbentes nos mercados relevantes do caso; (b) clientes das empresas que pretendem se fundir⁴; (c) fornecedores de bens e serviços àquelas empresas; (d) competidores potenciais. Embora este material seja útil para esclarecer diversos aspectos do processo de competição da indústria em exame, é necessário tratar com cautela as opiniões emitidas pelas empresas do tipo *a* e *d*, sobretudo quando elas forem impugnadoras do ato de concentração, já que seus interesses contrários à fusão são diretamente proporcionais à magnitude dos ganhos de eficiência que poderão resultar daquela operação.

Uma forma de exercer a cautela é comparar os argumentos dos competidores com as opiniões das firmas dos tipos *b* e *c*. Para estes agentes, as eficiências potenciais da operação poderão ser benéficas ou neutras, desde que a eventual posição dominante da empresa que resultar da fusão não estimule condutas abusivas, tais como: (i) extrair rendas dos clientes

⁴ É importante lembrar que, no caso de fusões em indústrias de bens de consumo, as reações relevantes a serem examinadas não são as do consumidor final, mas as dos grupos econômicos que atuam nos setores de distribuição e revenda. Como notou Goldberg (2005): “Muitas vezes as grandes cadeias de distribuição e revenda, longe de caracterizarem como canais neutros de ligação até o consumidor final, são na verdade agentes de mercado que gozam de tremendo poder econômico, capazes de influenciar de forma significativa a formação de preços nos mercados à jusante e à montante.” (p. 2)

e/ou fornecedores através da manipulação das condições de compra e venda nos mercados relevantes; (ii) no caso de indústrias de rede, restringir o acesso a recursos essenciais (*essential facilities*) às atividades produtivas de clientes ou competidores não verticalizados; (iii) dificultar o desenvolvimento de tecnologias alternativas àquelas controladas pela firma dominante; (iv) criar barreiras estratégicas à entrada de novos competidores, através de capacidade ociosa planejada, acordos de exclusividade e/ou segmentação artificial de mercados; (v) liderar práticas colusivas e outras infrações tipificadas na lei antitruste.

Em princípio, a função da autoridade antitruste é verificar se a firma resultante da fusão terá interesse e capacidade de executar as ações acima referidas. A literatura econômica mostra que são frequentes as situações em que uma grande corporação dispõe de instrumentos para implantar condutas abusivas, mas estão submetidas a normas auto-limitadoras impostas por suas prioridades estratégicas, que tornam irracionais aqueles expedientes (Ordover e Baumol, 1988; Scheffman, 1993; Lopatka, 2000). Assim, a comparação entre as visões oferecidas pelos distintos tipos de firmas potencialmente afetadas pela fusão pode esclarecer a natureza das mudanças que serão introduzidas nas condições de concorrência da indústria. O ponto fundamental a ser elucidado é o de saber se os competidores serão prejudicados pelo abuso de uma posição dominante, ou simplesmente porque irá surgir naquele mercado um produtor mais eficiente que os demais.

Infelizmente, na história da política antitruste, não foram poucos os eventos nos quais competidores frágeis conseguiram convencer as autoridades de que a presença de um produtor eficiente significava uma ameaça ao bom funcionamento da economia⁵. Dois casos paradigmáticos da experiência norte-americana foram os de um fabricante de sapatos, a *Brown Shoe Co.*, e o da *IBM*. O primeiro caso, ocorrido na segunda metade dos anos cinquenta, talvez tenha sido a decisão mais desastrosa do século XX, na avaliação de muitos autores, e tornou-se a referência simbólica do chamado *populismo antitruste* (Bork, 1978; Armentano, 1990). Entretanto, o segundo caso, iniciado em 1967, e só concluído quinze anos depois, pode ter sido ainda mais grave porque causou danos a uma empresa que, à época, operava na fronteira tecnológica da economia mundial.

Em 1956, *Brown Shoe Co.* ocupava o quarto lugar entre os principais fabricantes de sapatos nos Estados Unidos e detinha cerca de 4% do mercado nacional, numa indústria onde estavam estabelecidas 1048 firmas naquele ano (Armentano, 1990). Um de seus competidores era uma empresa familiar, *G. R. Kinney Co.*, cuja parcela de mercado era de apenas 0,5%, mas que possuía uma cadeia de distribuição importante, com mais de 400 lojas em 270 cidades. Desde o final da década anterior, o foco principal a estratégia de crescimento de *Brown Shoe* concentrava-se na aquisição de pontos de venda, cuja rede já contava com 845 lojas em 1956. Naquele momento existiam mais de setenta mil pontos de venda no país, mas mesmo assim o Departamento de Justiça (DOJ) decidiu vetar a fusão destas firmas, sob

⁵ Tais alegações costumam ocorrer não só em casos de fusões, mas também quando a superioridade da empresa líder decorre de seu esforço inovador, como bem ilustram os casos IBM e Microsoft. Conforme observam Baumol e Ordover (1985): “Whenever a competitor becomes too successful or too efficient, whenever his competition threatens to become sufficiently effective to disturb the quiet and easy life his rival is leading, the latter will be tempted to sue on the grounds that the competition is ‘unfair’.” (p. 252)

os argumentos de que seria eliminada a competição entre duas marcas com muito prestígio no setor varejista, que o fortalecimento das relações verticais na cadeia produtiva ameaçaria a sobrevivência daqueles fabricantes que não tivessem redes próprias de distribuição, e que, por fim, era necessário conter as tendências concentradoras em curso na indústria de calçados. O caso foi julgado pela Corte Distrital em 1959, e pela Suprema Corte em 1962, que aceitaram os argumentos do DOJ.

Entre o pós-guerra e o início dos anos 80 a *IBM* manteve a liderança mundial na indústria de informática que, àquela época, compreendia a produção de computadores e demais equipamentos periféricos, como leitoras/perfuradoras de cartões e fitas de papel, leitoras/gravadoras de discos e fitas magnéticas, impressoras, etc. Além de ocupar todos os segmentos da indústria, investir intensamente em pesquisa e desenvolvimento, abrir um número crescente de filiais em diversos países, e lançar periodicamente equipamentos mais velozes e com novos atributos, a estratégia empresarial da *IBM* buscava estabelecer vínculos duradouros com grandes clientes. Tais vínculos eram construídos através de duas rotinas complementares. Por um lado, sua política de comercialização estimulava os clientes a alugar os equipamentos, ao invés de comprá-los, para facilitar a substituição por novos modelos. Por outro lado, os contratos de aluguel incluíam programas de treinamento e atualização tecnológica dos funcionários dos clientes. Assim, uma vez firmado o primeiro contrato, dificilmente o cliente deixaria de renová-lo, dados os custos de retreinamento das equipes técnicas e a cultura criada na empresa em favor dos equipamentos *IBM*.

Em 1967, quando a Divisão Antitruste do DOJ iniciou a investigação, a *IBM* detinha 74% do mercado americano de computadores. Seus competidores alegavam que esta posição decorria de inúmeras práticas ilícitas, como preços predatórios, anúncios prematuros de novos produtos para forçar a obsolescência dos equipamentos concorrentes, domínio artificial dos demais segmentos da indústria, já que os computadores *IBM* não eram compatíveis com os equipamentos periféricos de outras marcas, criação de barreiras estratégicas através de contratos de longo prazo com os principais clientes, e obstáculos ao desenvolvimento de empresas independentes nas áreas de *software* e serviços de manutenção. Segundo Lopatka (2000), a investigação consumiu 700 dias de julgamento, 860 depoimentos de testemunhas, e 104.400 páginas de transcrições durante as gestões de sete chefes da Divisão Antitruste. As despesas governamentais com o caso foram de 16,8 milhões de dólares, e os custos privados, incluindo todas as partes envolvidas, oscilaram entre 50 e 100 milhões *anuais*. Em 1982, o governo decidiu encerrar a investigação, por falta de provas contra a *IBM*. Conforme resumiu Lopatka (2000): “*United States v. IBM* is the greatest waste of resources in the history of antitrust enforcement.” (p. 146)

O debate sobre estes dois casos gerou, entretanto, contribuições importantes para o aprimoramento da política antitruste. O caso *Brown Shoe* tornou evidente que condutas anticompetitivas são insustentáveis em indústrias onde não existem assimetrias de informação, as barreiras à entrada são irrelevantes, e a elasticidade-preço da demanda é elevada. Portanto, a autoridade antitruste não deve se preocupar com os atos de concentração em indústrias deste tipo. O caso *IBM* mostrou que a manutenção de posições dominantes em indústrias onde o ritmo de progresso técnico é intenso não implica necessariamente danos ao interesse público. Assim, a autoridade deve analisar o comportamento dessas indústrias com

a cautela e o ceticismo recomendados pela escola de Chicago: “Doubt that we know the optimal organization of industries and markets. Doubt that government could use that knowledge, if it existed, to improve things, given the ubiquitous private adjustments that so often defeat public plans, so that by the time knowledge had been put to use the world has moved on.” (Easterbrook, 1992, p.119)

3. Causas e consequências dos atos de concentração

Para avaliar corretamente as opiniões dos clientes, fornecedores e concorrentes das firmas que pretendem se fundir, a autoridade antitruste deveria, em princípio, conhecer a estratégia empresarial subjacente àquela operação. Embora certos detalhes da estratégia envolvam dados sigilosos que as requerentes não irão revelar, a maioria das variáveis explicativas do processo de competição na indústria em análise pode ser obtida a partir de sua evolução recente no país e no exterior. Tais variáveis, que são de domínio público, incluem: (a) ritmo de crescimento dos mercados relevantes da operação; (b) condições de acesso aos insumos produtivos e demais características da cadeia produtiva onde a indústria está inserida [grau de integração vertical das firmas que operam nos distintos segmentos da cadeia, poder de compra dos usuários e importância dos canais de distribuição.]; (c) histórico da entrada de novos competidores e sua eventual taxa de mortalidade; (d) restrições institucionais e regulatórias; (e) natureza das tecnologias vigentes e ritmo das inovações; (f) hábitos dos consumidores; e (g) grau de internacionalização do processo produtivo.

A literatura sobre a evolução de grandes empresas não oferece uma teoria geral sobre fusões e aquisições, mas apenas discute as situações típicas em que tais operações se tornam um instrumento complementar – ou alternativo – à acumulação interna para sustentar o crescimento da firma (Prais, 1981; Sutton, 1980). De fato, cada ato de concentração resulta de uma combinação particular de eventos oriundos da história das requerentes, do foco de suas estratégias de crescimento e das condições de concorrência vigentes no momento da operação. Assim, as decisões normativas sobre as consequências destes atos requerem um horizonte analítico de longo prazo, já que, na maioria dos setores industriais, os principais resultados só surgirão vários anos após a operação.⁶

Uma situação bem estudada é a de indústrias emergentes, onde o ritmo de entrada de novas empresas é elevado, e um dos principais obstáculos à acumulação de capital é a escassez de capacidade gerencial. Neste caso, o acesso ao conhecimento adquirido por outros competidores através de experiências recentes – e ainda não difundidas na indústria – é um recurso fundamental para reduzir o grau de incerteza na escolha de estratégias alternativas para o crescimento da firma (Holmstrom e Roberts, 1998). Este conhecimento pode estar incorporado em três tipos de ativos, aqueles específicos ao produto, ao mercado, e às atividades de pesquisa e desenvolvimento (Ordover e Baumol, 1988). O primeiro tipo de

⁶ Conforme apontou um autor com vários anos de experiência na *Federal Trade Commission* dos Estados Unidos: “To sum up, a merger, particularly a horizontal merger, must be seen as a profound strategic action that is fundamentally driven by long-run strategic goals. Thinking about merger benefits and costs in terms of short-run cost or market power considerations is unlikely to shed much light on why a particular merger is undertaken.” (Scheffman, 1993, p. 719)

ativo inclui as instalações para produzir os bens de grande aceitação no mercado naquele momento. Em indústrias nascentes, o controle sobre uma parcela expressiva da capacidade produtiva dos bens de primeira geração costuma ser um pré-requisito para o sucesso dos modelos de gerações seguintes, quando o consumidor não está familiarizado com a inovação, mas confia no fabricante. Logo, a aquisição de instalações já testadas é também um investimento em reputação, que é um dos ativos específicos ao mercado tão importante quanto os canais de distribuição para manter a fidelidade dos clientes. Da mesma forma, o aprendizado produtivo e o acompanhamento dos hábitos dos consumidores são recursos decisivos para definir os investimentos em P&D, sobretudo nos primeiros anos de uma indústria nascente. Por outro lado, a taxa de retorno desses investimentos varia com o tamanho da base produtiva da empresa e o grau de fidelidade de seus clientes.

Assim, as principais consequências dos atos de concentração em indústrias nascentes decorrem das sinergias entre os ativos controlados pelas requerentes. A fusão entre empresas detentoras de um único tipo de ativo pode eventualmente provocar uma elevação imediata de suas parcelas de mercado, mas este resultado será efêmero se existirem outras firmas com um perfil mais adequado para enfrentar a competição futura, quando novas gerações de produtos estiverem disponíveis no mercado. De fato, a combinação de ativos associados a reputação, capacidade inovadora e base produtiva, anteriormente dispersos entre os parceiros, costuma ser a marca de fusões bem sucedidas em indústrias emergentes, independentemente do tamanho das firmas envolvidas na operação (Prais, 1981).

Outra situação típica é a da introdução de inovações importantes em indústrias tradicionais. Ao longo do século XX, o processo de difusão de inovações nestas indústrias sempre foi acompanhado por ciclos de fusões e aquisições. Alguns exemplos notáveis foram os de teares sem lançadeira na indústria têxtil, máquinas-ferramenta com controle numérico no complexo metal-mecânico, o *float process* na produção de vidro plano, prensas especiais na indústria de papel, laminadores contínuos e conversores a oxigênio na siderurgia, e o processo de via seca na fabricação de cimento (Nabseth e Ray, 1974). Neste caso, a fusão visava cumprir três objetivos principais: facilitar a substituição das instalações que se tornaram obsoletas com a inovação, explorar as economias de escala e escopo criadas pela nova base técnica, e redefinir as rotinas organizacionais da empresa para enfrentar as novas condições de concorrência vigentes na indústria.

4. As limitações dos guias para a análise de fusões

Durante a década de 1990, a maioria dos países onde a política de concorrência havia adquirido alguma relevância passou a adotar guias para a análise de fusões similares àqueles que as autoridades norte-americanas vinham aplicando desde 1982. Estes guias descrevem um conjunto de procedimentos inspirados num ponto solidamente estabelecido pelo modelo ECD, o de que o exercício do poder de mercado só é viável se a indústria em análise apresentar pelo menos três características: graus elevados de concentração, barreiras à entrada significativas e baixa elasticidade-preço da demanda. Como este conjunto de características não costuma aparecer em cerca de 95% dos casos, a principal consequência prática do guia é a de indicar que a autoridade antitruste irá aprovar a maioria das operações. Além de evitar

erros do tipo *Brown Shoe*, o guia confere transparência e previsibilidade à política de concorrência.

Embora os critérios do guia sejam indiscutíveis quando aplicados a operações que mereçam ser aprovadas sem restrições, o mesmo não ocorre em relação à parcela de 5% dos casos onde, segundo as prescrições do modelo ECD, seria recomendável impor algum tipo de veto, parcial ou total, à operação. Conforme observou Willig (1991), a metodologia descrita no guia é deliberadamente simplista e genérica, a fim de destacar os vínculos entre delimitação do mercado, concentração e impacto sobre o bem estar.⁷ Para avaliar tal impacto, a teoria econômica oferece diversos modelos de competição oligopolista que visam identificar os preços e as quantidades de equilíbrio no mercado relevante após a fusão (Shapiro, 1989). Os exercícios econométricos baseados nesses modelos costumam produzir resultados polêmicos devido a dois motivos principais. O primeiro reside no uso sistemático de instrumentos irrealistas, como equações lineares de demanda e funções de produção com rendimentos constantes, que eliminam determinadas características do processo de competição que frequentemente são indispensáveis para analisar o poder de mercado em situações concretas. O segundo motivo decorre da extrema sensibilidade dos modelos em relação a mudanças mínimas nas hipóteses básicas, como bem sabem os econométricos.

Em virtude destas limitações, o guia norte-americano frisa que os procedimentos ali descritos apenas indicam uma metodologia de análise, e não implicam o compromisso de que as decisões das autoridades serão baseadas exclusivamente nos dados obtidos através das perguntas listadas no guia. Ademais, em certos casos aqueles dados poderão ser ignorados.⁸ Já o guia brasileiro é mais inflexível: “Estes procedimentos e princípios articulam as principais etapas da análise antitruste e procuram ser, na prática, um instrumento de aplicação da regra da razão.” (SEAE/SDE, 2002, p. 11) As secretarias esclarecem, contudo, que esta metodologia não se aplica a casos de menor relevância.⁹

De fato, quando existe a possibilidade, ainda que remota, de que o poder de mercado das petionárias seria fortalecido após a fusão, a análise antitruste precisa ir além dos resultados fornecidos pelos modelos simplistas de competição oligopolista. O primeiro tópico a ser revisto é o do equilíbrio estável de preços e quantidades pós-fusão, já que este resultado só se sustenta sob as hipóteses de rendimentos decrescentes ou constantes. No caso de rendimentos crescentes, que é a característica típica da atividade industrial, a evolução do

⁷ “This treatment assumes that there are no efficiencies directly or indirectly by the merger, no dynamic effects, and there is no possibility of entry into the market.” (Willig, 1991, p. 286)

⁸ “The Guidelines are designed primarily to articulate the analytical framework the Agency applies in determining whether a merger is likely substantially to lessen competition, *not to describe how the Agency will conduct the litigation* of cases it decides to bring. Although relevant in the latter context, the factors contemplated in the Guidelines *neither dictate nor exhaust the range of evidence* that the Agency *must or may* introduce in litigation.” (DOJ-FTC, 1997, pp. 1-2) (Itálicos meus)

⁹ “Por questão de economia processual, as Secretarias poderão não aplicar o Guia nas operações que, a critério das mesmas, não tragam impacto real sobre a concorrência, aplicando-se nesses casos um rito sumário de análise.” (SEAE/SDE, 2002, p. 12)

setor pode incluir diversas trajetórias alternativas de crescimento, com momentos eventuais de equilíbrio transitório, além da situação mais comum, que é a da instabilidade permanente.¹⁰ O ponto de partida para estudar estas trajetórias consiste no exame das variáveis explicativas do processo de competição vigente na indústria em análise, conforme discutimos na seção 3. Tal exame visa identificar o impacto da fusão sobre o cenário de longo prazo referido por Scheffman (1993), que compreende o ritmo de crescimento da produção e dos investimentos, inclusive em P&D, o lançamento de novos produtos e novas tecnologias, o comportamento dos índices de produtividade total dos fatores e, por fim, a competitividade internacional da indústria doméstica.

O escopo deste exercício é, portanto, mais amplo do que a análise convencional das eficiências da fusão, tal como descrita no guia. Além disso, a discussão do cenário de longo prazo pode requerer atenção especial a vários temas sobre os quais a metodologia do guia é omissa ou inadequada, tais como: (a) poder de mercado em indústrias onde o ritmo de inovação é intenso; (b) barreiras à entrada em indústrias cuja configuração é determinada pela geografia econômica do país; (c) condutas de clientes com poder de compra; (d) evolução do mercado relevante quando as incumbentes também competem em outros mercados; (e) papel da concorrência potencial em indústrias nas quais o período de maturação dos investimentos é superior a dois anos.

Ao longo do século XX, tornou-se crescente o número de indústrias nas quais os gastos em P&D constituem um instrumento de competição que cumpre dois objetivos. O primeiro visa elevar a eficiência da firma através de inovações incrementais oriundas dos paradigmas tecnológicos conhecidos. O segundo, mais ambicioso e incerto, procura redefinir o escopo da indústria através de inovações radicais, dando início ao processo schumpeteriano de destruição criadora. A primeira estratégia é conhecida como *competição no mercado*, e a segunda como *competição pelo mercado* (Evans e Schmalensee, 2001). Em ambos os casos, o poder de mercado e a lucratividade excepcional das empresas líderes são atributos inerentes ao dinamismo da indústria. Estes fatos contrariam, evidentemente, a hipótese básica do modelo ECD, posto que o grau de concentração e outras características estruturais destas indústrias, como distribuição de tamanhos de firmas e barreiras à entrada, não podem ser tratados como variáveis exógenas, como quer aquele modelo, porque constituem resultados naturais da interação entre progresso técnico, formas de concorrência e tamanho do mercado.

Uma aplicação burocrática dos critérios do guia em indústrias deste tipo levaria, sem dúvida, ao veto ou à imposição restrições drásticas a qualquer fusão envolvendo empresas líderes. De fato, as peticionárias controlariam parcelas substanciais dos mercados relevantes; os concorrentes potenciais importantes – isto é, aqueles detentores de ativos tecnológicos que

¹⁰ Por exemplo, nos últimos 25 anos, os índices de preços hedônicos de computadores pessoais vendidos nos Estados Unidos registraram um declínio anual da ordem de 15 a 20% (Feestra e Knittel, 2004; Tavares, 1998). Este índice mede as variações de preços ponderadas pelas inovações introduzidas nos computadores a cada ano, levando em conta o tamanho de memória, velocidade de processamento e capacidade de disco rígido. Este é um caso radical, mas não raro, de desequilíbrio permanente. Na verdade, trajetórias de crescimento instável costumam ocorrer em qualquer indústria onde o ritmo de progresso técnico for pelo menos moderado.

poderiam resultar em inovações radicais – não seriam identificáveis; novos produtores de bens similares aos das peticionárias não gerariam rivalidade efetiva, por falta de reputação; e o poder de mercado da firma resultante da fusão seria, portanto, incontestável. Contudo, decisões antitruste baseadas nestes critérios beneficiariam apenas os produtores mais frágeis, além de, provavelmente, arrefecer o dinamismo da indústria.

Enquanto que, em indústrias de alta tecnologia, barreiras à entrada que pareçam intransponíveis podem desaparecer repentinamente com o advento de uma inovação radical, em indústrias cuja configuração resulta da geografia econômica do país, tais barreiras são, em geral, permanentes. O setor de mineração é o exemplo mais conhecido, mas as restrições impostas pela geografia também se manifestam, com menor intensidade, em setores de infraestrutura, como energia e transportes, segmentos da indústria de bens de capital, como máquinas agrícolas e equipamentos sob encomenda, e na cadeia produtiva do agro-negócio. No caso da mineração, tanto a configuração industrial, quanto os níveis de competitividade internacional das firmas que ali operam, decorrem de fatores ligados, direta ou indiretamente à geografia. A eficiência de uma empresa mineradora baseia-se, em primeiro lugar, na qualidade do minério, na localização da suas minas e no tamanho de suas reservas minerais. Esses parâmetros geológicos irão determinar a escala e a rentabilidade potencial da atividade mineradora, cuja realização dependerá de dois outros fatores também associados à geografia do país: o traçado das ferrovias e a localização dos portos. Em síntese, a competitividade internacional daquela empresa dependerá, de um lado, das economias de escala na mineração, e, de outro, das economias de escala, escopo e densidade na operação dos serviços de logística. Naqueles países onde a natureza permitiu a realização de tais rendimentos, o setor de mineração será marcado pela presença de grandes empresas com alta rentabilidade, minérios de boa qualidade, e uma configuração oligopolista ou monopolista.

O principal motivo para a fusão de empresas mineradoras é, portanto, a busca de economias de escala e escopo mais elevadas. Um dos resultados inevitáveis da operação será o fortalecimento do poder de mercado das peticionárias, com o agravante de que as barreiras à entrada não são transitórias, como nas indústrias de alta tecnologia. Entretanto, neste caso, o parâmetro de referência para a análise das eficiências não é o bem estar do consumidor final, mas o impacto sobre os clientes imediatos das peticionárias, que são as indústrias produtoras de bens intermediários, cuja configuração usual é oligopolista. Assim, não cabe analisar “a equação de demanda” de minérios, porque neste caso o consumidor não é uma pessoa física, incapaz de influir nas condições de oferta, mas um cliente sofisticado, com poder de barganha para partilhar os ganhos de eficiência advindos da fusão. A evolução dos preços do minério após a fusão resultará de um processo de negociação marcado pela interdependência entre compradores e vendedores. O poder de cada lado dependerá de vários fatores, como o tamanho relativo das duas indústrias, seus respectivos graus de internacionalização, o eventual poder disciplinador das importações, as possibilidades de integração de integração vertical de ambos os lados, e o peso do minério na composição do preço dos bens intermediários.

Além de não fornecer um marco conceitual adequado para tratar as relações entre poder de mercado, lucratividade e barreiras à entrada em diversas configurações industriais, como as discutidas nos parágrafos anteriores, a metodologia do guia é inadequada para prever

a evolução do mercado relevante quando as incumbentes também operam em outros mercados. Toda grande empresa diversificada possui um plano estratégico de longo prazo cuja execução implica a revisão periódica dos interesses da firma em cada um de seus mercados. Assim, a conduta da firma naqueles mercados obedece não só às características da configuração ali vigente, mas, sobretudo, às prioridades globais da corporação. São comuns os casos em que uma firma detentora de parcela significativa de um determinado mercado venda aquele ativo em virtude de mudanças de foco no seu plano estratégico. Quando isto acontece, interessa àquela firma divulgar, pelo menos, algumas de suas novas prioridades, a fim de valorizar o ativo que está vendendo. Tal anúncio, que em geral diz respeito a metas de longo prazo, provoca reações imediatas de outros competidores nos distintos mercados onde aquela firma opera.

O guia, entretanto, adota a abordagem usual nos modelos de competição oligopolista, e, após definir o mercado relevante, trabalha com a hipótese de que as firmas incumbentes só operam naquele mercado. Ademais, considera que a entrada de novos competidores só será tempestiva se ocorrer em até dois anos. “Neste prazo, incluem-se todas as etapas necessárias à entrada no mercado, tais como planejamento, desenho do produto, estudo de mercado, obtenção de licenças e permissões, construção e operação da planta, promoção e distribuição do produto.” (SEAE/SDE, 2002, p. 30)¹¹ Além de irrealista, este prazo é inútil para a maioria das indústrias contemporâneas. Quando uma grande empresa dá início a um projeto de investimento, o simples anúncio do fato é suficiente para mudar as condições atuais de concorrência nas indústrias que serão afetadas pelo projeto, mesmo que a planta só entre em operação cinco ou seis anos mais tarde.

5. Monopolistas bem comportados

A fusão *Boeing–McDonnell Douglas* é um exemplo contundente da inadequação do modelo ECD para lidar com atos de concentração complexos. Se as recomendações do guia quanto a barreiras à entrada, tempestividade e grau de concentração tivessem sido consideradas pelas autoridades, a operação certamente seria vetada. Entretanto, ela foi submetida à *Federal Trade Commission* e à Comissão Europeia no início de 1997, e aprovada seis meses depois em ambas jurisdições. Em lugar dos critérios do guia, aquelas autoridades formularam suas decisões com base nas peculiaridades do processo de competição na indústria aeronáutica e nas perspectivas de longo prazo após a fusão, tal como sugerido na seção anterior.

Desde meados da década de 1980, o mercado mundial de jatos com mais de 100 assentos era atendido por três empresas: as duas petionárias norte-americanas e *Airbus*, um consórcio empresarial europeu formado na década anterior, com elevada participação dos governos da Alemanha, Espanha, França e Reino Unido. A participação média da *Boeing*

¹¹ Seria interessante que, em edições futuras, o guia apresentasse exemplos de indústrias que cumprem estes requisitos, que, aliás, incluem várias outras atividades não explicitadas no texto supra-citado, como contratação e treinamento de mão de obra, seleção de gerentes, formação de eventuais parcerias, negociação de contratos com fornecedores de insumos, obtenção de financiamento, compra de bens de capital sob encomenda, etc.

neste mercado nos dez anos anteriores à fusão havia sido de 60%, enquanto que as parcelas da *Airbus* e *McDonnell Douglas* oscilaram em torno de 29% e 11%, respectivamente. Do lado da demanda comercial, o mercado também era razoavelmente concentrado. Em 1996, existiam cerca de 250 companhias aéreas com frota superior a cinco aviões. Entretanto, as 12 maiores empresas operavam 50% da frota mundial (Comissão Européia, caso no. IV/M.877). Do lado militar, o principal comprador era o Departamento de Defesa dos Estados Unidos, cujo poder de barganha dispensa avaliações.

As barreiras à entrada eram virtualmente intransponíveis, dados os custos elevados de P&D e, sobretudo, a vasta coleção de modelos fracassados que marcou a história desta indústria no século XX. Não por acaso, nos 30 anos anteriores à fusão, a única firma entrante havia sido *Airbus*. Para lançar uma nova série de um modelo já em operação, as atividades de desenho, teste, certificação, produção e comercialização costumam levar entre três e cinco anos, e os custos de P&D podem variar entre um e três bilhões de dólares, antes que o primeiro equipamento seja vendido. Tais custos podem alcançar US\$ 10 bilhões, quando se tratar de um novo modelo de um jato de grande porte. Neste caso, o fabricante precisará vender pelo menos 600 aviões para recuperar os gastos iniciais em P&D. Na história da aviação comercial, apenas nove modelos de jatos de grande porte superaram a marca de 1.000 unidades vendidas. (Boeder e Dorman, 2000)

Em 1º de julho de 1997, ao aprovar sem restrições a operação, a FTC julgou conveniente enfatizar que o caso havia sido analisado exclusivamente sob a ótica antitruste, e que, em particular, a decisão não visava restringir as condições de concorrência no mercado internacional para promover interesses exportadores norte-americanos: “*We do not have the discretion to authorize anticompetitive but ‘good’ mergers because they may be thought to advance the United States’ trade interests. If they were thought to be a wise approach, only Congress could implement it. In any event, the ‘national champion’ argument is almost certainly a delusion. In reality, the best way to boost the United States’ exports, address concerns about the balance of trade, and create jobs is to require United States’ firms to compete vigorously at home and abroad.*” (FTC, file no. 971-0051, p. 1)

A decisão da FTC foi baseada em três motivos. Em primeiro lugar, embora *McDonnell Douglas* não fosse uma firma insolvente, seu poder de competição no mercados de aviação comercial e militar havia se tornado insignificante, e a análise do caso não identificou a possibilidade de que esta situação poderia ser alterada através de alguma estratégia economicamente sustentável a longo prazo. Por outro lado, a complementaridade dos ativos das petionárias indicava a existência de economias de escala e escopo que poderiam ser exploradas após a fusão. Em segundo lugar, a FTC entrevistou, além das 12 principais companhias aéreas, cerca de 30 firmas de pequeno e médio porte em diversos países. Nenhuma delas apresentou qualquer crítica à operação. Em terceiro lugar, o Departamento de Defesa apoiava ativamente a fusão, porque grande parte das eficiências potenciais seriam apropriadas pelo governo, através da redução de custos no orçamento militar.

A FTC manifestou, entretanto, preocupação com os contratos de exclusividade que a *Boeing* havia firmado em 1996 com a *American Airlines*, *Delta* e *Continental*, cuja duração

era de 20 anos. Como estes acordos implicavam o fechamento de 11% do mercado mundial, a FTC anunciou que iria monitorar os impactos anticompetitivos que poderiam advir deles. Esta declaração foi, entretanto, superada pela decisão da Comissão Européia em 30 de julho, que só aprovou a operação sob a condição de que a *Boeing* não iria exercer seus direitos de exclusividade naqueles contratos, e que não firmaria outros compromissos similares até 2007.

A discussão do caso na Comissão Européia foi marcada por fortes pressões políticas. Por um lado, com base no acordo de cooperação para tratar casos antitruste de interesse bilateral, firmado pelos Estados Unidos e a União Européia em 1991, os Departamentos de Defesa e de Justiça encaminharam, em 13 de julho, uma manifestação formal à Comissão, expondo as razões pelas quais interessava ao governo americano que a fusão também fosse aprovada naquela jurisdição. Embora documentos deste tipo fossem rotineiros no âmbito do acordo bilateral, sua importância foi magnificada neste caso, porque outras autoridades, como o vice-presidente Al Gore e o senador Trent Lott, líder da maioria no Senado, também haviam opinado enfaticamente a favor da fusão, em várias oportunidades durante o primeiro semestre de 1997. Por outro lado, a *Airbus*, com suporte de seus acionistas governamentais, procurava usar todos os recursos ao seu alcance para impugnar a operação. Conforme comentaram dois consultores da *Boeing* neste caso: *“Representatives of the merging companies [...] were struck throughout the EC merger review process by the extent to which the positions of arch rival Airbus appeared to be given absolute credibility, despite their inconsistency with its prior public pronouncements, and the extent to which effects on Airbus were given high priority while evidence of customer support or neutrality toward the merger were either ignored or incorrectly cited.”* (Boeder e Dorman, 2000, p. 19)

A decisão da Comissão foi inovadora, embora baseada numa avaliação idêntica à da FTC quanto às condições de concorrência em vigor no mercado internacional e à perspectiva de longo prazo da indústria aeronáutica. Além de reconhecer os méritos da operação, e de ter sido mais rigorosa em relação aos contratos de exclusividade, a Comissão impôs uma série de restrições moderadas cujo teor, de fato, aprimoraram a decisão da FTC. As restrições visaram quatro objetivos: (a) preservar os interesses dos clientes da divisão comercial da *McDonnell Douglas*, cuja parcela expressiva era formada por firmas européias; (b) conferir, na medida do possível, maior transparência aos projetos de P&D executados pela *Boeing* com recursos do Departamento de Defesa; (c) assegurar que a *Boeing* não iria dificultar a transferência de tecnologia aos fabricantes de aviões de pequeno e médio porte; (d) evitar condutas abusivas da *Boeing* em relação aos produtores de componentes para a indústria aeronáutica.

Um precedente célebre de decisões deste tipo foi estabelecido pela *Monopolies Commission* do Reino Unido no caso *Pilkington*. Em 1968, as autoridades britânicas concluíram uma investigação sobre aquela empresa, que na década de 50 havia se tornado monopolista no mercado doméstico de vidro plano, após uma sequência de aquisições iniciada nos anos 30. À época da investigação, a *Pilkington* era a empresa mais eficiente do mundo na produção de vidro plano, graças ao controle de uma tecnologia revolucionária, o *float process*, que ela havia introduzido em 1959. Além de dominar o mercado britânico, a *Pilkington* ditava as regras do jogo de um oligopólio internacional controlado por ela e três outras empresas: Saint Gobain, Pittsburgh Plate Glass e Libbey-Owens-Ford. Seus concorrentes no mercado internacional dependiam de uma tecnologia cujos segredos só ela

conhecia, e procuravam acompanhar os níveis de preços que ela estabelecia através de suas exportações e de suas subsidiárias em diversos países.

Em sua análise do caso, a *Monopolies Commission* privilegiou três aspectos: (a) nenhuma empresa seria capaz de competir com a Pilkington no mercado britânico, quer através de exportações àquele mercado, ou pelo estabelecimento de filiais no Reino Unido; (b) após haver se tornado monopolista, a Pilkington adotou uma política de reajuste de preços no mercado doméstico cujos índices eram ligeiramente inferiores aos da inflação nacional; (c) a empresa beneficiava sistematicamente o balanço de pagamentos do país através de suas exportações, das receitas advindas de *royalties* do *float process* e remessas de lucros de suas subsidiárias (*Monopolies Commission*, 1968). Com base nestes fatos, a Comissão concluiu que a manutenção do monopólio da Pilkington atendia ao interesse público britânico, e sua única determinação foi a de eliminar a tarifa de 20% que até então incidia sobre as importações de vidro. Embora essa tarifa fosse supérflua, a Comissão considerou que seria irracional conferir proteção aduaneira a uma empresa monopolista. Este, aliás, foi outro precedente importante estabelecido neste caso, que posteriormente foi adotado em diversas jurisdições, mas não no Brasil.¹²

6. A experiência brasileira recente: *Nestlé–Garoto* e *Kolynos–Colgate*

De 1934, quando a marca *Garoto* foi lançada, até o início da década de 1990, a indústria brasileira de chocolates era composta quase exclusivamente por firmas locais, salvo uma exceção importante, a *Nestlé*, que havia instalado uma subsidiária no país em 1921. Este quadro mudou rapidamente nos últimos 15 anos, com a entrada de outras multinacionais como *Kraft*, *Hersheys*, *Mars* e *Cadbury*. As origens deste processo são conhecidas: a abertura da economia no Brasil e em outros países da América Latina, a formação do Mercosul, do Nafta, e a perspectiva de proliferação de áreas regionais de livre comércio, como a Alca e o acordo Mercosul–União Européia. Diante destas mudanças, efetivas ou imaginárias, aquelas empresas reavaliariam suas estratégias em relação à América Latina, tal como ocorreu em várias outras indústrias durante a década passada.

Atualmente, as duas empresas líderes no mercado brasileiro são *Nestlé* e *Kraft*. A primeira, fundada em 1866, é o maior fabricante mundial de alimentos, com subsidiárias em mais de 100 países. Suas linhas de produção incluem dezenas de marcas tradicionais nos ramos de bebidas, sorvetes, chocolates, alimentação infantil, condimentos, sopas, massas, rações animais, nutrientes, etc. Sua trajetória de crescimento nos últimos 50 anos foi sustentada por dois instrumentos principais: gastos em P&D e aquisições de empresas. Seu centro tecnológico emprega 650 funcionários, dentre os quais 300 cientistas de 50

¹² O artigo 7, inciso X, da lei 8884, confere ao CADE competência para requisitar aos órgãos do Poder Executivo Federal as medidas necessárias ao cumprimento daquela lei. Entretanto, até o presente, o Conselho nunca recomendou a abolição de tarifas aduaneiras em atos de concentração de grande relevância. Cabe recordar apenas dois exemplos notáveis, os casos Ambev e Nestlé–Garoto: as tarifas de cerveja e chocolate são idênticas – 20%. No primeiro caso a proteção pode ser supérflua, mas no segundo certamente não é.

nacionalidades, distribuídos em oito departamentos dedicados a pesquisa básica e aplicada em áreas como biotecnologia, comportamento alimentar do consumidor, nutrição, segurança alimentar e controle de qualidade. Em 2004, por exemplo, aquele centro produziu 20 patentes e 268 publicações científicas. Quanto ao outro instrumento estratégico, a *Nestlé* adquiriu 10 empresas entre 1985 e 2004, dentre as quais siglas famosas como *Perrier*, *Carnation*, *Purina*, *Sanpellegrino*, *Rowntree* e *Buitoni-Perugina*, além de participações societárias em outros empreendimentos.

A *Kraft*, fundada em 1903, é a segunda maior empresa na indústria mundial de alimentos, e a primeira nos Estados Unidos, com cerca de 200 unidades produtivas em 150 países. Sua estratégia de crescimento é similar à da *Nestlé*, embora seja mais ativa ainda em fusões e aquisições, tendo realizado mais de 20 operações nas duas últimas décadas, dentre as quais a compra em 1996 de uma firma brasileira, a *Lacta*. Suas atividades de P&D estão distribuídas em 9 centros tecnológicos, um dos quais no Brasil.

Como vimos na seção 4, em indústrias intensivas em P&D, as estratégias das firmas têm dois focos: a competição no mercado atual e a disputa por novos mercados. Embora as inovações schumpeterianas na indústria de alimentos não sejam tão frequentes quanto em outros ramos como biotecnologia, química, farmacêutica, software e telecomunicações, a competitividade internacional da *Nestlé* e da *Kraft* no século XX resultou de alguns inventos que mudaram os hábitos de consumo e sustentaram lucros monopolistas por longos períodos. Os exemplos mais notáveis foram o café sem cafeína, bebidas dietéticas, leite em pó, queijo Philadelphia, café instantâneo e leite condensado. No âmbito da competição nos mercados vigentes, a década de 1990 significou, para a subsidiária brasileira da *Nestlé*, o final de uma longa era de convivência pacífica com a *Lacta* e a *Garoto* num mercado protegido por barreiras aduaneiras intransponíveis. Neste contexto, com base na experiência adquirida no período anterior, e diante da compra da *Lacta* por seu principal rival no resto do mundo, a *Nestlé* decidiu incorporar a *Garoto* em 2002.

Embora a operação tenha permanecido em análise no SBDC durante dois anos, os aspectos referidos nos parágrafos anteriores foram ignorados, conforme mostra o voto do conselheiro que apresentou o caso ao plenário do CADE em fevereiro de 2004, seguindo religiosamente a litania do guia. De início, o relator identificou três mercados relevantes nacionais onde a operação elevaria o grau de concentração: (a) achocolatados (incluindo cacau e chocolate em pó); (b) chocolates sob todas as formas; (c) cobertura de chocolate. Nos dois primeiros mercados, as fatias da *Nestlé* subiriam de 58% para 61%, e de 34% para 58,4%, respectivamente. No terceiro mercado, a situação era mais intrincada. Até 1998, os únicos produtores de cobertura de chocolate eram as petionárias, sendo que a *Garoto* detinha 78% do mercado. Em 1999, uma empresa argentina, *Arcor*, começou a fabricar este produto no Brasil, e, dois anos mais tarde, já havia ocupado 11,4% do mercado, provocando uma redução equivalente na fatia da *Garoto*, enquanto que a posição da *Nestlé* permaneceu inalterada, em torno de 22%. Assim, após a fusão, esta parcela subiria para 88,6%.

Em seguida, analisou as barreiras à entrada nestes mercados, e concluiu que em nenhum deles os lucros extraordinários das incumbentes iriam atrair novos competidores “de forma suficientemente rápida (período aproximado de 12 a 24 meses).” (p. 15) Atenção

especial foi dedicada ao mercado de cobertura de chocolate, devido não só ao elevado grau de concentração, mas também porque este produto é um insumo para outros fabricantes de chocolate. Apesar do desempenho recente da *Arcor*, e do comportamento do mercado durante o longo período em que estivera sob o domínio exclusivo das peticionárias, o relator avaliou que não surgiriam novos entrantes no futuro próximo, que a *Arcor* não iria continuar expandindo sua produção, e que, portanto, a consequência mais provável da operação seria a colusão entre as duas firmas remanescentes, embora este tipo de conduta não tenha ocorrido na fase anterior a 1998.

Continuando a análise, o voto passa a examinar a rivalidade nos mercados sob as hipóteses de que as incumbentes só produziriam aqueles três tipos de produtos, e que suas condutas estariam restritas à maximização dos lucros naqueles mercados no curto prazo, independentemente dos interesses globais de suas matrizes. Estavam assim estabelecidas as condições para a entrada no mundo lúdico dos modelos de competição oligopolista, onde a grande diversão é descobrir o equilíbrio de preços e quantidades pós-fusão. A partir daí, o texto se transforma num relato do acirrado debate econométrico travado entre consultores da *Kraft* e da *Nestlé* nos meses anteriores ao julgamento do caso. Após revisar várias simulações baseadas em oligopólios à la Bertrand, estáticos e dinâmicos, jogos superpostos, modelos de Monte Carlo, etc., o relator conclui que os resultados da *Kraft* eram mais convincentes, ao indicar uma provável elevação de preços da ordem de 12%.

Pelo menos duas questões pedestres, mas fundamentais para o julgamento do caso, ficaram à margem daquela sofisticada tertúlia: Como reagiriam à fusão os principais compradores de chocolates, que são os supermercados? Não teriam eles qualquer influência na formação do preço final de chocolates? Quando estava analisando as barreiras à entrada, o relator notou que *“cerca de 70% das vendas de chocolates é realizada no canal auto-serviço por supermercados e hipermercados, que possuem centros de distribuição abastecidos diretamente pelo fabricante.”* (p. 24) Mas, no resto do texto, este ponto foi abandonado, e o voto continua a supor que as fábricas vendam diretamente aos consumidores.

Por fim, ao analisar as eficiências, o relator aceita apenas três itens – dentre os 13 apresentados pela *Nestlé* – como sendo específicos da operação, que corresponderiam a uma redução de custos variáveis pós-fusão da ordem de 2%. Portanto, como estes ganhos não seriam suficientes para compensar os aumentos de preços encontrados nos exercícios de simulação da *Kraft*, a operação deveria ser vetada para evitar prejuízos aos consumidores. Neste ponto, novamente um detalhe crucial foi descartado. Para sugerir uma medida tão drástica, teria sido conveniente indicar, pelo menos, o tamanho da perda de bem estar dos consumidores. A tabela 1 fornece os dados básicos para este exercício, que são os índices de consumo per capita de chocolate no Brasil segundo os níveis de renda familiar. A principal informação não é novidade: quem consome chocolate em nosso país são os ricos. De fato, os índices só adquirem alguma relevância nas famílias com renda mensal acima de R\$ 3.000,00. Mesmo assim, o consumo médio **anual** das pessoas nessa classe de renda é de apenas **400 gramas** de chocolates em tablete e **1,3 kg** de chocolate em pó! O peso deste consumo na renda familiar, segundo o IPCA de julho de 2005, foi de **0,19%**. Assim, cabe perguntar: se a análise apresentada no voto estivesse correta, e os preços subissem em 12%, de que excedente do consumidor estaríamos falando?

Tabela 1
Brasil: Consumo Anual Per Capita de Chocolates por Classes de Renda Familiar Mensal

| Classes de Renda (R\$) | Chocolate em Tabletes (Kg) | Chocolate em Pó (Kg) |
|-------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------|
| Até 400 | 0,004 | 0,189 |
| 400 – 600 | 0,019 | 0,260 |
| 600 – 1000 | 0,055 | 0,452 |
| 1000 – 1600 | 0,081 | 0,703 |
| 1600 – 3000 | 0,177 | 0,931 |
| Mais de 3000 | 0,377 | 1,316 |

Fonte: IBGE, Pesquisa de Orçamentos Familiares, 2002–2003

Na verdade, esta não foi a única vez em que o CADE tratou de casos irrelevantes quanto ao impacto potencial sobre o bem estar dos consumidores. Um exemplo radical foi o do AC no. 08012.012223/1999-60, referente à venda, em novembro de 1999, de alguns ativos da *Kraft* à *Warner Lambert*. A operação só foi julgada em julho de 2004, apesar de a SEAE e SDE terem recomendado a aprovação sem restrições. Mas, três conselheiros do CADE entenderam que o mercado de **guloseimas** deveria ser subdividido em dois: goma de mascar (consumidores adultos) e chicletes de bola (mercado infantil). Como *Warner Lambert* iria adquirir uma posição dominante na oferta destes bens, a operação só poderia ser aprovada com a venda dos ativos naqueles mercados a uma terceira firma. Graças ao bom senso dos demais conselheiros – e o voto de Minerva do presidente João Grandino Rodas – a operação foi, afinal, aprovada sem restrições.

No caso *Nestlé–Garoto*, embora a maioria dos erros cometidos tenham decorrido de uma aplicação burocrática do guia, pelo menos dois deles não podem ser imputados àquele manual. O primeiro foi a atenção conferida aos argumentos da *Kraft*. Conforme vimos na seção 2, os competidores cumprem um papel importante em casos de fusão porque costumam chamar a atenção para aspectos que as petionárias gostariam de esconder. Mas a autoridade deve avaliar estes aspectos sob a ótica de outros interessados, como fornecedores e clientes, e não da perspectiva da impugnadora. Neste caso, por exemplo, era indispensável, além de ouvir a opinião dos supermercados, ter quantificado a importância dos canais de distribuição na composição do preço final de chocolates. Assim, sobrou modelagem de um lado, e faltou de outro. O segundo erro diz respeito justamente ao uso da econometria na análise antitruste. Este é um recurso poderoso quando usado com a devida cautela, e o modelo teórico focaliza os aspectos pertinentes do caso. Num trabalho acadêmico, se o autor simplificar a descrição do tema em estudo, levantar uma hipótese implausível, ou interpretar superficialmente os resultados de uma simulação, talvez alguns leitores fiquem frustrados. Em questões antitruste, tais procedimentos poderão induzir a decisões desastrosas, conforme ilustra o presente caso.

Outro caso notável da experiência brasileira recente foi *Kolynos–Colgate*. Esta fusão resultou de uma transação ocorrida em Nova Iorque em 1995, na qual a *Colgate–Palmolive* adquiriu os negócios mundiais de higiene bucal da *American Home Products*, cuja subsidiária, *Wyeth-Whitehall*, era proprietária da *Kolynos do Brasil*, fabricante do creme dental mais

vendido no país desde a primeira metade do século XX. Ao julgar a operação em setembro de 1996, o CADE aplicou pela primeira vez o conceito de *mercado relevante*, que é o instrumento básico da análise antitruste contemporânea (Salgado, 2003). Como notou César Mattos (2003), no período anterior à lei 8884, o Conselho trabalhava com o conceito difuso de “mercado”, tal como entendido no mundo dos negócios. A análise deste caso foi pioneira também ao cometer três lapsos que depois se tornaram frequentes no Brasil: (a) delimitar mercados relevantes artificialmente pequenos; (a) analisar de forma incompleta as barreiras à entrada; (c) ignorar a dimensão dos impactos de bem estar.

Segundo as requerentes, o mercado relevante do caso deveria ser o de produtos de higiene bucal vendidos no Brasil. Só operam neste mercado multinacionais diversificadas, como *Johnson & Johnson*, *Unilever*, *Procter & Gamble*, e outras. O perfil dessas empresas em cada país depende basicamente de três fatores: o tamanho daquele mercado, a data de estabelecimento da subsidiária no país, e os segmentos do mercado já ocupados pelos competidores que chegaram ali antes. Frequentemente, essas firmas possuem linhas de produtos bem sucedidos em outras partes do mundo, mas aguardam vários anos antes de lançá-las num país onde se estabeleceram recentemente. As razões são circunstanciais, mas sempre ligadas àqueles três fatores. Algumas vezes, é necessário concentrar inicialmente os esforços da nova subsidiária nos produtos que matriz considera mais promissores naquele país. Outras vezes o mercado é muito pequeno, já está atendido há longo tempo por outra marca, mas possui boas perspectivas de crescimento, sendo necessário, portanto, aguardar o momento mais oportuno para entrar. Assim, é possível que um determinado segmento atravesse décadas com apenas dois ou três fornecedores e, em seguida, surjam novas marcas que rapidamente se tornam preferidas dos consumidores.

O CADE não aceitou a definição abrangente apresentada pelas petionárias e, seguindo a praxe internacional, identificou quatro mercados relevantes, sob a ótica do comportamento da demanda: creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante bucal. Como os dois últimos mercados eram desconcentrados, a análise focalizou apenas os dois primeiros. No caso de creme dental, haviam apenas três produtores: *Kolynos* (com 51% do mercado), *Colgate* (27%), e *Unilever* (22%). No segmento de escovas, a concentração era menor. As petionárias detinham, em conjunto, uma fatia de 35%, e o restante do mercado era distribuído entre *Johnson & Johnson* (26%), *Condor* (17%), *Gillete* (9,5%) e *Unilever* (2,5%).

Embora seja correto delimitar o mercado relevante a partir das elasticidades de demanda, no momento de fazer o teste do monopolista hipotético, é indispensável averiguar se, dadas as tecnologias e as condições de comercialização vigentes, seria possível existir tal monopolista. Por exemplo, se, ao começar o teste, o mercado relevante contiver apenas um produto, cabe perguntar se existem economias de escala e escopo que tornariam inviável a sobrevivência de um fabricante especializado exclusivamente na oferta daquela mercadoria. Se esta hipótese for verdadeira, é preciso seguir acrescentando bens e serviços àquele mercado até o ponto em que surja um monopolista hipotético com um perfil factível. Este exercício aparentemente não foi feito pelo CADE neste caso. O simples fato de que não há um único produtor especializado em nenhum daqueles quatro mercados já é um indicador forte de que o teste do monopolista hipotético foi mal feito.

A análise sobre as barreiras à entrada e o exercício de poder de mercado nos segmentos de creme dental e escovas foi bastante detalhada, tendo percorrido toda a lista de fatores apontados pela teoria da organização industrial, como escalas mínimas de produção, concorrência potencial, gastos em publicidade, o papel das redes de distribuição, relações com os provedores de insumos, investimentos em P&D, etc. Foram descartados, entretanto, dois aspectos circunstanciais que, naquele momento, ainda eram relevantes para explicar o perfil da economia brasileira: a memória inflacionária e as barreiras governamentais que vigoraram durante a era da substituição de importações. Como se sabe, da década de 1950 ao final dos anos oitenta o grau de concentração de vários ramos industriais era afetado por três tipos de restrições que foram crescentes ao longo daquele período: os controles de preços, as barreiras aduaneiras e as normas cambiais.

Ao final da análise, o CADE concluiu que o único mercado onde haveria risco de práticas abusivas era o de creme dental, em virtude da tradicional fidelidade do consumidor brasileiro à marca *Kolynos*. Assim, para reduzir o poder dominante da *Colgate*, a operação foi aprovada sob a condição de que aquela marca seria retirada do mercado por quatro anos. A restrição revelou-se, de fato, inócua. Nos anos seguintes, o mercado de produtos de higiene bucal e o seu segmento de creme dental passaram por rápidas transformações, tal como tantos outros ramos da indústria brasileira, à medida em que se consolidavam os efeitos da abertura comercial e desaparecia a memória inflacionária. Novos fabricantes entraram no mercado, como *Procter & Gamble* que, não por acaso, havia tentado impugnar a fusão, e atualmente oferece oito variantes do creme dental *Crest*. A *Colgate*, que manteve sua liderança, possui agora uma linha de produção com 38 apresentações distintas, lançadas em sua maioria nos últimos dez anos, e depois de 2001, quando expirou a restrição imposta pelo CADE, não se interessou em relançar a marca *Kolynos*.

Quanto aos supostos benefícios auferidos pelos consumidores em virtude daquela decisão, cabe lembrar que, segundo o IPCA de julho de 2005, o peso da rubrica “creme e fio dental” na média mensal da despesa familiar brasileira é de **0,13%** (menor ainda do que o de chocolates). Os demais “mercados relevantes” do caso *Kolynos–Colgate* sequer são registrados na pesquisa de orçamentos familiares do IBGE.

7. Conclusão

Um dos primeiros casos de conduta anticompetitiva registrados na história foi o cartel de cereais que operava na ilha de Ática na Grécia antiga, e que foi julgado pelo Senado de Atenas em 386 a.c. (Kotsiris, 1988). Desde então, favores do governo e crime organizado revelaram-se, em inúmeras oportunidades, instrumentos mais eficazes para a acumulação de capital do que a inovação tecnológica (Baumol, 1990). Não por acaso, algumas das passagens mais célebres de Adam Smith e Karl Marx referem-se justamente a práticas colusivas e à influência dos empresários nas decisões governamentais.¹³

¹³ O manual de Laffont e Tirole (1993) sobre teoria da regulação, quando discute o conceito de *captura*, recorda que o primeiro autor a usar este conceito foi Marx.

Em contraste com esta tradição empresarial de 2.400 anos, na maioria dos países, inclusive entre as economias industrializadas, a política antitruste só adquiriu relevância no passado recente. A lei italiana, por exemplo, foi votada em 1991. Outros países, como Austrália, Canadá e Nova Zelândia, que possuíam leis antigas, só começaram a aplicá-las com rigor a partir da década de 1980. Nos Estados Unidos, não obstante a longevidade do *Sherman Act*, a rebelião promovida pela Escola de Chicago nos anos setenta e oitenta foi uma reação aos equívocos que eram cometidos frequentemente pelas autoridades, inclusive a Suprema Corte, em casos do tipo *Brown Shoe* e *IBM*. Segundo alguns autores, a política antitruste norte-americana só atingiu a maturidade durante a administração Clinton (Kovacic, 2003).

É neste contexto que devem ser entendidas as críticas ao SBDC feitas neste artigo: como observações sobre uma política em fase de amadurecimento, onde as lições da experiência internacional devem ser tratadas com cautela, porque o resto do mundo também ainda está aprendendo a usar este instrumento. Por exemplo, em votos do CADE, é possível encontrar, às vezes, citações sobre a jurisprudência norte-americana dos anos 50 e 60 que, supostamente, visam fortalecer os argumentos defendidos pelo conselheiro. Entretanto, os casos escolhidos costumam ser, na verdade, manifestações típicas do populismo antitruste.

Além do esquema analítico sugerido na seção 4, que supõe a preparação de uma versão mais flexível do guia, outro procedimento que o CADE poderia adotar em casos complexos é o de aplicar com maior frequência a atribuição que lhe é conferida pelo art. 7, inciso X, da lei 8884. No Brasil, as barreiras à entrada e as distorções no processo de competição em indústrias concentradas são quase sempre reforçadas por privilégios criados pelo Estado através de mecanismos de toda ordem, como tarifas aduaneiras, renúncias fiscais e subsídios, disparidades do sistema tributário, falhas de regulação nos setores de infraestrutura, e os expedientes usados em compras governamentais. Problemas deste tipo também são usuais em outras jurisdições, mas a coletânea brasileira é particularmente prolífica.

Referências

- Armentano, D. 1990. **Antitrust and Monopoly: Anatomy of a Policy Failure**, The Independent Institute, Oakland, California.
- Baumol, W. 1990. “*Entrepreneurship: Productive, Unproductive, and Destructive*”, **Journal of Political Economy**, Vol. 98, No. 5.
- Baumol, W. e Ordover, J. 1985. “*Use of Antitrust to Subvert Competition*”, **Journal of Law & Economics** Vol XXVIII, maio.
- Boeder, T. e Dorman, G. 2000. “*The Boeing/McDonnell Douglas Merger: The Economics, Antitrust Law and Politics of the Aerospace Industry*”, **Antitrust Bulletin**, Vol. 45, No. 1.
- Easterbrook, F. 1992. “*Ignorance and Antitrust*”, in T. Jorde e D. Teece (orgs.), **Antitrust, Innovation, and Competitiveness**, Oxford University Press.

- Evans, D. e Schmalensee, R. 2001. “*Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries*”, **NBER Working Paper** No. 8268.
- Feenstra, R. e Knittel, C. 2004. “*Re-Assessing the U.S. Quality Adjustment to Computer Prices: The Role of Durability and Changing Software*”, **NBER Working Paper** No. 10857.
- Goldberg, D. 2005. **Poder de Compra e Política Antitruste**. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Holmstrom, B. e Roberts, J. 1998. “*The Boundaries of the Firm Revisited*”, **Journal of Economic Perspectives**, Vol. 12, No. 4.
- Kotsiris, L. 1988. “*An Antitrust Case in Ancient Greek Law*”, **The International Lawyer**, Vol. 22, No. 2.
- Kovacic, W. 2003. “*The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*”, **Antitrust Law Journal**, Vol. 71, No. 2.
- Laffont, J. e Tirole, J. 1993. **A Theory of Incentives in Procurement and Regulation**, The MIT Press.
- Lopatka, J. 2000. “*United States v. IBM: A Monument to Arrogance*”, **Antitrust Law Journal**, Vol. 68, pp. 145-162.
- Mattos, C. 2003. “*Introdução*”, in **C. Mattos (org.), A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**, Editora Singular, São Paulo.
- Monopolies Commission. 1968. **A Report on the Supply of Flat Glass**, H.M.S.O, Londres.
- Nabseth, L. e Ray, G. (orgs.) 1974. **The Diffusion of New Industrial Processes: An International Study**, Cambridge University Press.
- Ordover, J. e Baumol, W. 1988. “*Antitrust Policy and High-Technology Industries*”, **Oxford Review of Economic Policy**, Vol. 4, No. 4.
- Prais, S. 1981. **The Evolution of Giant Firms in Britain**, Cambridge University Press.
- Salgado, L. 2003. “*O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira*”, in **C. Mattos (org.), A Revolução do Antitruste no Brasil: A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos**, Editora Singular, São Paulo.
- Scheffman, D. 1993. “*Making Sense of Mergers*”, **Antitrust Bulletin**, Vol. 38, No. 3.
- Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. 2002. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**, Brasília.
- Shapiro, C. 1989. “*Theories of Oligopoly Behavior*”, in **R. Schmalensee e R. Willig (orgs.), Handbook of Industrial Organization**, North-Holland.

Stigler, G. 1955. “*Mergers and Preventive Antitrust Policy*”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 104, No. 2, novembro.

Sutton, C. 1980. **Economics and Corporate Strategy**, Cambridge University Press.

Tavares de Araujo, J. 1998. “*Transaction Costs and Regional Trade*”, **Revista Brasileira de Economia**, Vol. 52, No. Especial, fevereiro.

U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission. 1997. **Horizontal Merger Guidelines**, Washington, D.C.

Willig, R. 1991. “*Merger Analysis, Industrial Organization Theory, and Merger Guidelines*”, **Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics**, Vol. 1991, pp.281-332.