

ATO DE CONCENTRAÇÃO**Nº 08012.012223/1999-60**

Requerentes: WL Cumbica LLC; Warner-Lambert Industries e Comércio Ltda; Kraft Lacta Suchard Brasil S.A.

Advogados: José Inácio G. Franceschini, Daphne Nunes, Giani Nunes de Araújo e outros.

Relator: Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Publicação do Acórdão: 23.09.2004

EMENTA

Ato de Concentração. Direito Econômico. Aquisição pela WL Cumbica LLC e cessão à Warner-Lambert Industries e Comércio Ltda., de todos os direitos, titularidades e bens ativos tangíveis e intangíveis referentes ao negócio de confeitos, balas de goma e wafer da Kraft Lacta Suchard Brasil S.A. Não participam da operação os ativos tangíveis e intangíveis relacionados à marca Confeti, assim como os acordos e contratos de distribuição ou de representação comercial. Ausência de prejuízo à concorrência. Subsunção: Lei nº 8.884/94, art. 54, § 3º – faturamento. Conformidade com a Res. nº 25/2002 – CADE. Tempestividade. Aprovação do Ato, sem restrições. Determinação de remessa dos autos ao Departamento de Proteção e Defesa dos Consumidores para apuração de eventual infração à Legislação de Defesa do Consumidor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas e feita a sustentação oral pelo advogado José Inácio Gonzaga Franceschini, acordam o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por maioria, aprovar a operação sem restrições, nos termos do voto do Conselheiro Fernando Marques, que concluiu ter sido preenchido os requisitos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, da tempestividade de sua apresentação e votou ainda pela remessa de todos os documentos necessários ao Departamento de Proteção e Defesa dos Consumidores, a fim de que seja apurada eventual infração à Legislação de Defesa do Consumidor, em especial, à Lei nº 8.078/90, caso exista indícios de que as Requerentes reduziram inadvertidamente os pesos dos produtos ofertados, em especial do Bubbalo, de 6,5g para 5,5g, e do Ping Pong, de 4,8g, para 4g (fl. 47 do parecer do Relator). Vencidos, no tocante às restrições aplicadas, o Conselheiro-Relator e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade e Cleveland Prates Teixeira. O presidente fez uso do voto de qualidade. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira, Luiz Alberto Esteves Scaloppe e a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília (DF), 14 de julho de 2004 (data do julgamento – 326ª SO).

JOÃO GRANDINO RODAS*Presidente do CADE***LUIZ ALBERTO ESTEVES SCALOPPE***Conselheiro-Relator para o acórdão***VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR****ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

Trata-se da aquisição pela WL CUMBICA LLC, de New Jersey (EUA), e cessão para a Warner-Lambert Ind. e Com. Ltda., ambas pertencentes ao Grupo Warner-Lambert (doravante Warner-Lambert), de todos os direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis da Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., subsidiária do Grupo Philip Morris (doravante Kraft Lacta), mantidos, utilizados ou empregados na operação de parte do negócio Confeitos, balas de goma e wafer (fls. 02).

O Grupo Warner-Lambert atua mundialmente nos setores Farmacêutico, Cuidados com a saúde (*Health Care*) e *Confectionery* . Em fevereiro de 2000 o controle do Grupo Warner-Lambert foi assumido por uma das maiores empresas farmacêuticas do mundo, a Pfizer, numa aquisição de aproximadamente US\$ 85 bilhões, sendo considerada a terceira maior fusão da história(1)

Nota

(1) O ato foi apresentado em 25.02.00 aos órgãos de defesa da concorrência brasileiros sob o nº 08012001844/00-51, e foi aprovado sem restrições em 09.01.02.

O Contrato de Compra e Venda da presente operação (fls. 72-143) foi celebrado em 23 de novembro de 1999 e apresentado **tempestivamente** à SDE em 14.12.99, em obediência ao art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94.

1 – DEFINIÇÃO DO MERCADO RELEVANTE

As requerentes afirmam genericamente que atuam no mercado de guloseimas em geral, o qual comporta inúmeras marcas e tipos de produtos, tornando difícil, segundo elas, mesmo para os participantes no mercado, a identificação precisa do(s) mercado(s) relevante(s).

De maneira geral, os padrões de segmentação normalmente adotados pelas empresas de pesquisa de mercado distinguem dois segmentos de produtos dentre as guloseimas: “ *Sugar Confectionery* ”, que no vernáculo são traduzidos por “Mercearia Doce” ou “Confeitos Doces”, para designar a categoria geral dos confeitos a base de açúcar, também chamados “*candies*” ou “ *sugar candies* ”, abrangendo balas de todos os tipos, *drops* , pastilhas, caramelos, gomas de mascar e chicles de bola, pirulitos e outros confeitos do gênero; e “ *Chocolate Confectionery* ” para designar os produtos de chocolate. A categoria geral “*CONFECTIONERY* ” ou “CONFEITOS”, abrangeria a somatória dos “ *CANDIES* ” e dos “ *CHOCOLATES* ” (2).

Nota:

(2) Veja-se por exemplo, os Pareceres da SEAE sobre este Ato de Concentração e sobre o Ato de Concentração nº 08012.006150/99-11 (Warner-Lambert e Van Melle). Veja também Panorama Setorial – Gazeta Mercantil, Análise Setorial “Doces, Candies, Chocolates e Sorvetes”, v. I, p. 4, set. 1997.

Mais especificamente, o negócio das requerentes ora analisado reúne sob o comando da Warner-Lambert as seguintes categorias de guloseimas: **Drops** (produzidos pela Warner-Lambert); **Balas** (produzidas pela Kraft Lacta); **Gomas de Mascar** (produzidas pela Warner-Lambert e pela Kraft Lacta); e **Chicles de Bola** (produzidos pela Warner-Lambert e pela Kraft Lacta), além dos confeitos Jujuba, Delicado e Jelly, produzidos pela Kraft Lacta. O Quadro I abaixo apresenta as diversas marcas e variedades de confeitos da adquirente e aqueles envolvidos na operação:

QUADRO I MARCAS E VARIEDADES DE CONFEITOS DOCES DAS EMPRESAS WARNER-LAMBERT E KRAFT LACTA

WARNER-LAMBERT	PRODUTO	KRAFT LACTA
Marca/variedade		Marca/variedade
Sem similar	Bala	Soft*
"	Bala	Bala do Tchan*
"	Bala mastigável	Frumello
"	Bala com chicle de bola dentro	Big Bol*
"	Confeito	Delicado*
"	"	Jujuba*
"	"	Jelly Luv's*
"	"	Jelly Ursinhos*
Certs*	Drops	Sem similar
Halls	"	"
Halls Sugar Free	"	"
Vita-C	"	"
Clorets Drops	"	"
Bubbaloo	Chicle de bola	Ping Pong
Bubblicious*	"	Ping Pong Splash
	"	Ploc
Clorets 60-56/2's	Goma de mascar	Plets
Clorets 20/12's	"	Suchard*
Clorets Stick 20/5's	"	
Clorets S.Free12/10's*	"	
Chidets 100/2's	"	
Chidets 20/12's	"	
Mini Chidets 24/155's*	"	
Azedinho	"	
Freshen-up 12/7's	"	
Trident 18/5's	"	
Trident Pellet 12/10's	"	
Dentyne 24/5's*	"	
Sour 20/5's*	"	

Fonte: requerente (fls.); * produtos que tiveram a fabricação descontinuada, após a operação.

Os confeitos de chocolate inclusive o de marca *Confeti* e os diversos outras marcas produzidos pela Kraft Lacta (Diamante Negro, Laka, Sonho de Valsa, p. ex.) não fizeram parte da operação, permanecendo, portanto, com esta empresa.

Como consta do relatório que antecede este voto, não houve consenso quanto à delimitação do mercado relevante na dimensão do produto entre os órgãos de instrução – enquanto a SEAE/MF aceitou os argumentos da requerente que o definiu como o de “Confectionery” englobando todos os confeitos à base de açúcar e os Chocolates, a SDE entendeu que o único mercado relevante se restringia aos produtos da categoria **Gomas de Mascar**, incluído aí os **Chicles de Bola**.

A definição da dimensão produto do mercado relevante é, portanto, o primeiro passo a ser dado antes de qualquer avaliação sobre o impacto da operação na concorrência do mercado. Uma definição ainda que não rígida do mercado relevante é fundamental para se aquilatar o que se denomina *estrutura de mercado*. Entende-se que a estrutura de mercado sintetiza o conjunto dos elementos que compõem um certo padrão concorrencial, expressando o nível das barreiras à entrada nele existentes.

Mesmo que se considere apenas os confeitos doces, atividade que contém as categorias de produtos envolvidos pela operação Warner-Lambert/Kraft Lacta, esta abrange uma variada e diversificada gama de linhas de produtos, nas mais diversas apresentações, comercializadas por diferentes canais e destinadas a diferentes públicos-alvos.

Como em geral ocorre em outros setores da indústria alimentícia, as guloseimas em geral, ou os confeitos, compreendem produtos que podem ser muito diferenciados entre si. Podem diferir, p. ex., quanto ao substrato base (açúcar, goma, chocolate), formato e apresentação do confeito (bala, *drops*, *pelet*, drácea, bastão, ovo), consistência (dura, macia, gomosa), ingredientes, sabores, e até por faixa de preço – balas e *drops* têm a mesma finalidade de adoçar e/ou refrescar a boca, entretanto, os *drops*, normalmente, são vendidos em embalagens fechadas com várias unidades e, por um preço maior, enquanto as balas podem ser vendidas unitariamente por um valor menor.

A requerente alega que a despeito das inúmeras marcas e tipos de produtos presentes no mercado, todas as categorias – balas, *drops* /pastilhas/pirulitos, gomas de mascar/chicles de bola e confeitos de chocolate – são potenciais concorrentes entre si. Pretendendo demonstrar que há considerável grau de substituíbilidade entre as diversas categorias de produtos no amplo mercado de guloseimas, a Warner-Lambert contratou uma pesquisa de elasticidade-preço da demanda que consistiu

na simulação de cenários com diversas combinações de produtos e preços, por meio de fotos exibidas a 300 entrevistados na cidade de São Paulo com produtos e preços correspondentes.

Segundo análise feita por especialistas da Warner-Lambert, os resultados da pesquisa indicaram que os produtos, dentro de suas faixas de preço, têm atributos semelhantes na ótica dos consumidores. Do ponto de vista quantitativo, a análise teria permitido que a partir dos quadros de participação de mercado conhecido como “*share of stomach*” das diferentes categorias de produtos fossem estimadas as curvas de demanda e correspondentes elasticidades de demanda ao preço próprio(3) para cada uma das categorias, fixados os preços das demais categorias. A elasticidade-preço de demanda(4) para cada categoria também foi estimada com base na mudança de *share* de mercado da categoria quando simulou-se a variação de preços de uma ou mais categorias.

Nota:

(3) A Elasticidade-Preço da Demanda (e) mede a resposta da demanda a variações no preço do produto. É definida como a variação percentual na quantidade demandada dividida pela variação percentual no preço, e geralmente tem o sinal negativo. Quanto mais inelástica é a demanda, mais próxima está de zero. Na prática, a elasticidade dos produtos tendem a se manter na faixa de 10 a 0. $e = 1$ é usualmente tomado como ponto de corte abaixo do qual (isto é, de 1 a 0) um produto é considerado inelástico, e acima de 1, considerado elástico.

(4) A Elasticidade-Preço Cruzada da Demanda refere-se à variação percentual na quantidade demandada de um dado produto devido à variação percentual no preço de um outro produto relacionado. É usada para classificar se os produtos são ou não “substitutos” ou “complementares” e também na definição de mercado para agrupar produtos tendentes a concorrer um com o outro. É um número variando de zero (não substitutos) a qualquer número positivo. Geralmente um número excedendo a 2 indicaria que os produtos relevantes são substitutos “próximos”.

O caso do chocolate em barra (Diamante Negro, p. ex.) foi dado como exemplo dos resultados da pesquisa: segundo a requerente o seu preço médio observado era de R\$ 0,70. A elevação da média de preço para R\$ 1,00 levaria, de acordo com o experimento, a uma redução da participação de mercado da categoria, de 34% para 21%. De acordo com os resultados, as categorias caramelo, lanchinho, barras de cereais, e mints, pouco ou nada absorveram da demanda deslocada, enquanto ganharam *share* de mercado as categorias goma de mascar (de 9% para 14%), *drops* (de 29% para 33%), e chocolate biscoito (de 3% para 5%). Pela análise da Warner-Lambert os resultados do experimento indicam uma “elevada” elasticidade da demanda ao preço próprio do chocolate em barra ($e = 1,07$) e elevadas elasticidades cruzadas da demanda apresentadas pela goma de mascar, pelo *drops* e pelo chocolate biscoito.

Em primeiro lugar há de se ressaltar que o experimento pode eventualmente até ter valor mercadológico, mas, seguramente, não pode ser aproveitado para uma análise antitruste, por diversos aspectos metodológicos que serão adiante destacados.

Ademais, ainda que tal categoria pudesse ser utilizada, *data vênia*, *n* não percebo “elevadas elasticidades” no experimento. Em que pese estarem os valores de “elasticidades” subestimados, como afirma a requerente, o valor encontrado para a barra de chocolate está muito próximo do limite entre ser considerado inelástico (<1) e elástico (>1). Da mesma forma, a tabela que apresenta as elasticidades-cruzadas entre os confeitos na faixa de R\$ 0,50 e R\$ 1,00 (produtos do Grupo B, fls. 518) mostra que só existe alguma substituíbilidade entre goma de mascar e *drops* (1,83), o que é razoável; entre chocolate biscoito e chocolate em barra (2,94), o que também é razoável por se tratar de confeitos de mesma natureza (chocolate); e entre caramelo e lanchinho (1,34). A substituíbilidade entre a barra de chocolate, o chocolate com biscoito e gomas de mascar indicadas pela pesquisa são muito baixas, como se pode verificar nos autos.

No entanto, desprezando as deficiências metodológicas, a Warner-Lambert, defende a tese de que esses resultados da pesquisa justificariam uma definição de mercado relevante que abrangesse todas essas categorias de produtos e os demais confeitos à base de açúcar e de chocolates, ou seja, as balas e caramelos, *drops*, pastilhas e pirulitos, gomas de mascar e chicles de bola, bombons (tipo Sonho de Valsa e Ferrero Rocher), barras de chocolate pequenas e chocolates com biscoito.

Por seu turno, a Associação Brasileira da Indústria de Chocolate, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados – ABICAB que apresentou manifestação contrária à definição ampla de mercado relevante e contra as justificativas para tal, mencionou (fls. 865) também outro estudo realizado por meio de entrevistas, no qual se demonstra que *drops*, pastilhas e balas refrescantes *concorrem* com o que se identifica como goma de mascar para adultos, e que as balas e *drops* mais doces com leite e frutas *concorrem* com chicles de bola.

Caracterizar o mercado relevante pode ser muito complicado quando os produtos são diferenciados. Os produtos são assim considerados quando há diferenças físicas ou atributos que podem ser reais ou percebidos pelos compradores, de maneira que sejam preferidos sobre aqueles de uma firma rival. Essa diferenciação complica a definição de mercado porque torna mais difícil estabelecer que produtos exercem disciplina sobre o preço de outros. No caso dos “confeitos”, como quer a Warner-Lambert, a dificuldade pode ser ainda maior, já que muitos produtos não são apenas diferenciados, mas distintos, como p. ex., um pirulito e um bombom Sonho de Valsa.

Considera-se que nas estruturas de mercados de alimentos existem três planos nos quais se pode abordar a rivalidade entre as grandes empresas alimentícias. O primeiro plano, mais geral, e relacionado às atividades produtivas, é determinado, grosso modo, pelos tipos de matérias-primas e/ou insumos básicos utilizados no processo produtivo. Este recorte define o que

se pode denominar **atividades alimentares**, tais como as atividades de lácteos, de carnes, de processamento de farinhas, de cervejas, de chocolataria, de refrigerantes etc. (e, certamente, a de confeitados doces). Um segundo recorte analítico pode ser feito a partir dos tipos de produtos derivados das elaborações industriais das diversas atividades produtivas. Neste plano, determina-se os **segmentos de produtos** (p. ex., da atividade de lácteos, derivar-se-iam os segmentos de iogurtes, de queijos, de leite em pó, de leite fluido, de manteiga etc.; da atividade de carnes: carnes bovinas, avícolas etc. É razoável complementar que da atividade de confeitados doces derivam-se os segmentos de balas e pirulitos, *drops* e pastilhas, gomas de mascar etc. O terceiro recorte – que se associa ao potencial de diferenciação de produtos finais nos mercados – pode ser considerado a partir das desagregações produtivas e comerciais dos segmentos produtivos, determinando o plano das **linhas de produtos** (p. ex., o segmento de iogurtes pode ser diferenciado em diversas linhas de produtos como as linhas *diet*, desnatado, com frutas etc.; por analogia, no segmento de gomas de mascar ter-se-iam os *sugar free*, os de bola, os recheados etc.)(5).

Nota:

(5) Essa classificação foi sugerida por MARTINELLI JÚNIOR, O. Barreiras à Entrada em Mercados Alimentares: Uma Discussão das Evidências Recentes. In Nova Economia –Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG, v. 8, n. 2, p. 133-158, dez. 1998.

Estando associado aos aspectos econômicos e sócio - culturais que conformam e regem o padrão de consumo vigente, o produto alimentar porta certos atributos e/ou quesitos que são valorizados comercialmente pelos mercados consumidores. Alguns dos elementos para identificar um produto poderiam ser os seguintes: a) ingredientes básicos; b) método de preparação; c) aspecto e cor; d) propriedades organolépticas; e) sabor; f) embalagem; g) tempo de manufatura; h) características dietéticas; i) tipo de consumidor (idade, estrato de renda, perfil de vida etc.); j) ocasião (refeição, hora, atividade etc.). O conjunto desses atributos e/ou quesitos delimita o que se poderia denominar de “espaço comercial” desse produto(6).

Nota:

(6) Idem, ibidem.

Idealmente a identificação dos produtos bons substitutos deveria ser feita pelo cálculo da elasticidade-preço cruzada da demanda, mas, com base em séries históricas de preços e quantidades. Cada vez mais, os métodos econométricos têm sido utilizados na análise de casos antitrustes e os dados sobre a extensão e natureza da substituição da demanda podem ser obtidos por diversos meios: dados de compra e venda (“*supermarket scanner data*”, tipo Nielsen, p. ex.), o uso de dados de intenções de compra ou rotinas domésticas para compreensão das estruturas de preferência, e o próprio uso de pesquisas de *marketing* (7).

Nota:

(7) Enquanto a elasticidade-preço própria da demanda de um produto indica a extensão da substituição do produto quando o seu preço é aumentado, ou seja, determina o poder de mercado do seu ofertante, a elasticidade-preço cruzada da demanda por um produto indica a elevação de sua participação de mercado quando o preço de um outro produto é aumentado, indicando que estes produtos são algo substituíveis entre si. Daí a sua importância na delimitação do mercado relevante, instrumento chave para avaliação do poder de mercado reforçado ou criado por um ato de concentração.

Porém, ainda que se considerasse válido o experimento da requerente para fins de determinação da substituíbilidade dos produtos do ponto de vista da demanda, o “mercado de Confeitados em Geral”, como ela definiu, seria um mercado extremamente amplo, de produtos altamente diferenciados, não só por marcas, mas por serem até mesmo distintos entre si, mesmo se considerarmos os seus usos finais(8).

Nota:

(8) Alguns produtos servem para matar a fome, outros para adoçar a boca, outros para adoçar e refrescar, outros ainda para satisfazer o desejo de mastigar, porque tem figurinhas etc.

Em que pese a importante contribuição da requerente que contratou especialistas na tentativa de extrair do experimento informações essenciais para uma boa análise antitruste, não entendo seja plausível aproveitar seus resultados para os propósitos desta análise. Os experimentos de laboratório para estimação de demanda baseados em simulação de compras, para terem algum sentido na delimitação de mercados relevantes de produtos em que a diferenciação por marca é um dado importante, deve-se dar aos entrevistados a oportunidade de escolher entre suas marcas preferidas dentre uma variedade delas. Assim foi p. ex. no experimento envolvendo as marcas líderes de refrigerantes cola (Royal Crown e Coca Cola) ou de café moído (Hills Brothers, Maxwell House e Chase & Sanborn) implementada nos EUA por Gabor, Granger e Sowter (1970) (9).

Nota:

(9) GABOR, A., CLIVE W. J. Granger, e SOWTER, A. P. Real and Hypothetical Shop Situations in Market Research. *Journal of Marketing Research*, n. 7, p. 355-359, Aug. 1970, citado por NEVIN, John R. Laboratory Experiments for Estimating Consumer Demand: A Validation Study. *Journal of Marketing Research*, v. XI, p. 261-268, 1974.

Quanto ao experimento apresentado pela requerente tenho pelo menos mais duas reservas, além das já expostas. Primeiro, sob a metodologia empregada universalmente – proposta pelos *Horizontal Merger Guidelines* do FTC/DoJ/USA, de 1992 (“*Guidelines*”) – um produto e uma área são um mercado se um monopolista sobre eles elevasse com lucro, o preço, significativamente acima dos níveis prevalentes ou tendentes a prevalecerem no futuro(10). Substituibilidade no lado da demanda seguramente é o primeiro fator na determinação desse mercado, mas não é o único(11). Segundo, tendo a pesquisa da requerente trabalhado com categorias de produto e não com produtos, os resultados de elasticidades encontrados não me parecem propriamente adequados para fins de verificação da substituibilidade de produtos “marcados”, com imagens próprias, ou seja, diferenciados, e por conseguinte, para aferição do poder de mercado dessa ou daquela empresa em particular. Considero, assim, que as informações trazidas pela requerente não são, por si só, suficientes para definir com segurança um mercado relevante de produto mais amplo.

Nota:

(10) Conforme as *Merger Guidelines* (Seção 1.0), “um pequeno mas significativo e não tran-sitório” aumento no preço, mantidos constantes as condições de venda de todos os outros produtos”.

(11) WERDEN, Gregory J. Four suggestions on market delineation. *The Antitrust Bulletin*, New York, v. XXXVII, n. 1, p. 107-121, 1992.

Não é difícil perceber que para todo produto existe substituto. Mas um mercado relevante não pode significativamente abranger essa extensão infinita. O círculo deve ser desenhado limitadamente para excluir qualquer outro produto para o qual, dentro de razoáveis variações no preço, somente um número limitado de compradores se voltará(12).

Nota:

(12) 345 U.S. 594, 612, n. 31 (1953), appud. WERDEN, Gregory J., op. cit.

Ademais, atua contra o pleito dos especialistas da Warner-Lambert o entendimento mais recente na literatura de organização industrial que o padrão de concorrência nas atividades alimentares é conformado, preponderantemente, em função dos limites comerciais e tecnológicos dos **segmentos** e das **linhas de produtos** em que as empresas atuam, uma vez que são nesses planos que as características dos produtos mais a ação de outros ativos intangíveis da empresa constituem-se em efetivas barreiras à entrada(13). Desse modo, além das evidentes vantagens competitivas derivadas das economias de custos, de escala, de escopo e das sinergias da rede de distribuição e/ou comercialização, as vantagens de diferenciação/ inovação de produtos definem e regem os estilos de concorrência e as condutas competitivas das empresas. E isso se dá a partir das particularidades dos produtos quanto aos seus atributos, finalidade e mesmo quanto à sua representatividade simbólica para os consumidores.

Nota:

(13) As características dos produtos são especialmente aquelas que se associam ao potencial de diferenciação das marcas (cf. MARTINELLI JÚNIOR, O., ob. cit.).

São nesses planos que são identificados também o tamanho e as potencialidades dos mercados relevantes, em função do potencial tecnológico de diferenciação dos produtos e das características econômicas e sócio-culturais dos consumidores, aspectos estes que servem de balizadores para as políticas de expansão das empresas nos diversos mercados considerados. Contudo – a literatura também aponta(14) – e nesse aspecto os técnicos da requerente têm razão, as demarcações *entre e intramercados* são, em geral, fluidas, dinâmicas e, na maioria dos casos, não-excludentes, fato que ajuda a explicar as estratégias competitivas de algumas grandes empresas via diversificação produtiva. Isso significa que não existem delimitações rígidas entre segmentos e linhas de produtos nesses mercados; pelo contrário. Assim, a partir da composição de um *mix* de segmentos e linhas de produtos que possam gerar algum tipo de sinergia, as empresas podem, produtiva, comercial e tecnologicamente, magnificar a ação das barreiras à entrada, associadas à diferenciação/ inovação de produtos e aos custos de publicidade e propaganda (P&P). Mas, contudo, parece forçoso reconhecer que a análise do poder de mercado deve ter como ponto de partida a **linha de produto**.

Nota:

(14) MARTINELLI JÚNIOR, O., op. cit., p. 136-137.

Por todo o exposto, rejeito a definição de um mercado relevante de guloseimas em geral ou “*Confectionery*” como um mercado único abrangendo os confeitos a base de açúcar e os confeitos de chocolate. Mantenho, assim, coerência com as decisões já tomadas pelo CADE, que, em duas oportunidades, confirmou as definições dadas aos mercados relevantes, de confeitos doces e de confeitos de chocolates, como mercados distintos, como foi nos atos de concentração envolvendo Warner-Lambert e Van Melle (AC nº 08012.006150/99-11), e Hershey do Brasil Ltda e Visagis S.A. Ind. Alimentícias (AC nº 08012.004138/01-40).

Porém, não adotarei a definição mais ampla dada ao mercado relevante no caso Warner Lambert/Van Melle em que foi definido que os confeitos doces formariam um só mercado relevante, ou seja, as balas de todos os tipos, caramelos, *drops*, pastilhas, pirulitos, gomas de mascar e chicles de bola, excluindo-se porém, os confeitos de chocolates.

Tomando o Clorets como exemplo, contrário senso, é possível argumentar que nome e sabor comuns não são suficientes para torná-los substitutos tão próximos a ponto de poder-se considerá-los num só mercado relevante. Um e outro – Clorets Drops e Clorets Goma – atendem a necessidades distintas do consumidor. Por outro lado, os primórdios do negócio de gomas atestam que este produto tem mesmo um mercado distinto dos demais confeitos: conta a estória que em 1899, as seis maiores companhias do negócio de gomas de mascar fundiram-se para formar o que foi conhecido como “o *trust* da goma de mascar”, e a estória diz também que essa combinação significou uma concorrência muito séria para uma das empresas que optou por não aderir a ela(15). Além do mais, como já mencionado, a diferenciação de produtos é de particular interesse na análise econômica em geral e, em particular, na análise de concentrações. As “Merger Guidelines” (da FTC/DoJ) dedica uma seção inteira à análise dos efeitos concorrenciais unilaterais de concentrações quando os produtos são diferenciados. Também a literatura especializada tem se ocupado intensamente dessa questão, como p. ex., Schmalensee (1982), Shapiro, C. (1995), Baker, J. (1997), Rubinfeld, D. (2000)(16), para citar apenas alguns.

Nota:

(15) The story of the Wrigley Company. Disponível em: <http://www.wrigley.com/gum/storcomp.htm>.

(16) Os trabalhos mencionados são respectivamente: “Product Differentiation Advantages of Pioneering Brands” in *The American Economic Review*, p. 349-365, June 1982; “Mergers With Differentiated Products”. Discurso perante a American Bar Association. November 9, 1995; “Product Differentiation through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues”. Discurso publicado no *Antitrust Bulletin*, v. 42, p. 177-196, Spring 1997; “Unilateral Competitive Effects Theories in Merger Analysis”, in *Antitrust Magazine*, p. 183-188, Spring 1997,) também de Jonathan Baker; e “Market Definition With Differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger”, in *Antitrust Law Journal*, v. 68, p. 163-182, Issue 1 (2000).

As “*Guidelines*” (Seção 2.2) indica o caminho para o analista antitruste de forma muito clara:

“ Em alguns mercados, produtos são diferenciados, de modo que produtos vendidos por participantes diferentes no mercado não são perfeitos substitutos uns para os outros. Ademais produtos diferentes no mercado podem variar no grau de sua substituição. Assim, a concorrência pode ser não-uniforme, mas localizada, de modo que vendedores individualizados competem mais diretamente com aqueles rivais vendendo substitutos mais próximos ”.

“(…) A elevação unilateral [lucrativa] de preços num mercado para produtos diferenciados requer que haja uma participação significativa de vendas para consumidores que consideram os produtos das empresas fusionadas como sendo suas primeiras e segundas escolhas. Requer ainda que o reposicionamento das linhas de produto das não-partes para substituir a competição localizada perdida com a fusão, seja improvável ”.

Como se vê, várias diretrizes para a análise podem ser tiradas desta passagem, mas a primeira é que todo o procedimento indicado nas “ *Guidelines* ” tem o seu significado ligado a produtos específicos, e isto é tanto mais válido quanto mais diferenciados são os produtos aos olhos dos consumidores. Assim, informação sobre as efetivas primeiras e segundas escolhas de determinado produto, pode ser fornecida por pesquisas de mercado; informações de estruturas de ofertas etc., mas não sobre primeiras e segundas escolhas entre categorias de produtos, que a meu ver são coisas diferentes. Como confirma Shapiro(17):

Nota:

(17) Ob. Cit.

“[A] abordagem predominante tomada pelos economistas estudando mercados com produtos diferenciados é modelar as firmas fixando independentemente, cada uma, os preços de suas marcas.” (tradução livre, destaque do Relator).

As dificuldades que a análise antitruste encontra nessas situações são de fato, concretas, e são reconhecidas pelos mais experientes técnicos da área. Tais dificuldades decorrem, em particular, de dois tipos de diferenciação de produtos. A primeira aparece mais comumente nas indústrias de bens de consumo, nos quais um grande número de marcas são disponíveis e os produtos variam em atributos físicos e em imagem, como os automóveis, os refrigerantes e muitos produtos alimentícios. A diferenciação nesse caso é espacial, para usar a metáfora dos economistas para produtos localizados em várias posições em um espaço abstrato de características (espaço de produtos). O segundo tipo de diferenciação enfatiza que as firmas nestas indústrias sempre introduzem inovação de produtos (diferenciação intertemporal)(18). Parece-me que os produtos relevantes no caso em análise se enquadram perfeitamente nas duas situações, de diferenciação espacial e temporal. Face aos problemas envolvidos, Jonathan Baker(19) especula que:

Nota:

(18) Esta é uma paráfrase de uma passagem traduzida livremente do discurso de Jonathan Baker (ob. Cit.). O autor ilustra comparando o tempo de hoje com aquele em que, por exemplo, a Coca-Cola e a Pepsi não vendiam colas “sugar-free” ou “Caffeine-free”, e quando a General Motors e Ford não vendiam carros compactos.

(19) Ob. cit.

“[S]e a definição de mercado relevante baseada em métodos usuais é falha na análise de concentrações entre ofertantes de produtos diferenciados, que outros instrumentos podem ser usados? Como identificar e recusar aquelas concentrações cujo efeito primário é criar ou reforçar monopólios localizados, mais do que ampliar a escolha do consumidor ou reduzir custos de produção?” (tradução livre).

O mesmo autor aconselha que:

*“[Q]uando tem-se que identificar poder de mercado em indústrias de produtos diferenciados, pode não ser útil começar a análise antitruste perguntando qual é o mercado relevante e então estimar os market shares. Em vez disso, no exame dos efeitos concorrenciais de uma transação tal como uma fusão, a primeira questão deve ser: — se a **concorrência entre os produtos das firmas fusionadas reduz e o preço de um deles aumenta, para onde os compradores irão? Esta pergunta é crítica porque ajuda identificar situações nas quais a concorrência localizada entre os produtos das firmas em fusão mantêm preços baixos e então identifica os produtos para os quais as firmas terão um forte incentivo para elevar preços em seguida à aquisição** . Isto é, se uma firma vendedora do produto A adquire a firma vendedora do produto B, seu incentivo para elevar o preço do produto A será maior, quanto maior o número de compradores de A que reagiriam a um aumento de preço mudando para o produto B . **O que interessa nessas combinações de produtos diferenciados é o que acontece com os preços se as firmas internalizam o que previamente era uma importante ‘concorrência localizada’** ” (tradução livre, destaque do Relator)(20).*

Nota:

(20) O conceito de concorrência localizada é resultado da aplicação dos modelos de concorrência espacial desenvolvidos a partir do estudo clássico de Hotelling (1929) e surgiu nas discussões do caso Kellogg nos EUA, em 1972. Conforme SCHMALENSEE, R. ("Entry deterrence in the ready-to-eat breakfast cereal industry", in The Bell Journal of Economics, n. 9, p. 305-327), "In the Hotelling model, a large number of small buyers are assumed to be distributed uniformly along a finite line segment (...) if all prices are equal, each consumer buys one unit of the brand of cider that is most like his preferred type by patronizing the brand closest to his location on the line. If there are several active sellers on the line, and if individual buyers take into account both prices of and distances to these sellers in determining how much to purchase and which seller to patronize, then small changes in any brand's price are only felt by its two closest neighbors on the line. That is, each individual brand of cider competes only with the closest brand on the right (e.g., the sourest of the sweeter brands) and the closest brand on the left (e.g., the sweetest of the sourer brands). In this framework, competitive effects are localized". Para os não economistas convém esclarecer que as abordagens de modelagem das indústrias de produtos diferenciados são divididas em dois grupos: os modelos locais (address models) e não locais (non-address models). Os modelos não locais são divididos em duas categorias: modelos com um número fixo de marcas diferenciadas (variedades fixadas, como p. ex., Cournot e Bertrand) e modelos com variedades endogenamente determinadas, como p. ex., o de concorrência monopolística que analisa um ambiente de equilíbrio geral onde a livre entrada é permitida de tal forma que o número de marcas em uma indústria é determinada no próprio modelo. Neste tipo de estrutura, embora uma firma concorra com várias outras firmas, tem, no entanto, um produto distinto. A abordagem espacial (modelos locais, como p. ex., o de "cidade linear" aplicado por Schmalensee, provê um método alternativo para modelar a diferenciação de produtos pela introdução de localização ou 'endereços' nas preferências dos consumidores que medem quão próximas estão as marcas produzidas com relação às marcas ideais dos consumidores (cf. SHY, O., Industrial Organization: Theory and Applications. The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1995 (London, England), p. 134-135).

O autor reconhece que não apenas os padrões de substituição de produtos, dos consumidores, em resposta a um aumento de preço são importantes para a análise dos efeitos concorrenciais unilaterais. O incentivo da firma concentrada para elevar o preço de um produto A, p. ex., é também tão grande, quanto mais alta é a margem preço-custo no produto B relativa ao produto A. Ou, então, quanto menos firmas rivais vendedoras de outros produtos potenciais substitutos respondem, concorrendo mais agressivamente em preço, ou modificando produtos para tornarem-se substitutos um pouco mais próximos. E os economistas têm desenvolvido grande quantidade de boas técnicas econométricas que podem integrar esses fatores. Mas o que o autor quer enfatizar é

"... que a definição de mercado relevante não é sempre o melhor lugar para começar na avaliação das conseqüências concorrenciais das concentrações em setores caracterizados pela extrema diferenciação de produtos" (tradução livre).

Percebe-se, então, que o caminho adotado pela SDE, foi de certa forma, o mesmo sugerido por Jonathan Baker, que é o de avaliar intuitivamente os efeitos específicos da operação na concorrência localizada. A SDE considerou que o mercado relevante de produto adotado pelas requerentes e pela SEAE é demasiadamente abrangente por colocar produtos distintos entre si, no mesmo mercado, seja pelo lado da demanda, seja pelo lado da oferta. A SDE, então, considerando a existência de significativas diferenças entre confeitos doces, gomas de mascar e chocolates, que os tornam não plenamente substituíveis "aos olhos do consumidor", delimitou o mercado relevante como o de **Gomas de mascar** (note-se que embora a Kraft Lacta tenha transferido para Warner-Lambert outras linhas de produtos como balas e alguns outros confeitos, a superposição de atuação das duas empresas no mercado só se deu com gomas de mascar e chicles de bola).

Diferentemente da dimensão do mercado relevante definido no ato de concentração Warner-Lambert/Van Melle (nº 08012.006150/99-11) que embora delimitando um mercado mais restrito de confeitos doces, não distinguiu as gomas de mascar dos demais confeitos, a SDE entendeu que as gomas de mascar possuem características próprias que as distinguem não apenas dos chocolates, mas também dos demais confeitos doces, como p. ex., o gosto, a forma de consumo, a percepção dos efeitos sobre a saúde bucal etc.

Não só a literatura especializada endossa o procedimento adotado pela SDE para definição do mercado relevante, como também a doutrina mais abalizada confirma seu acerto. Na impossibilidade técnica de calcular a elasticidade-preço cruzada da demanda dos produtos, por meio de métodos econométricos devidamente apoiados por séries de dados, a literatura indica que a definição do mercado relevante na dimensão produto envolve o exame – sempre cauteloso – das seguintes variáveis em conjunto :

- a) a finalidade, o tipo de uso ou aplicação do produto (hambúrgeres e caviar, em condições normais não são bons substitutos);
- b) o julgamento dos agentes – vendedores e compradores – participantes do mercado;

c) a existência de diferentes grupos de compradores e vendedores são indícios de que não são bons substitutos, estando em mercados relevantes distintos;

d) preços e seus movimentos diferenciados ao longo do tempo são indicadores de que os produtos não são substitutos, embora preços distintos para produtos com a mesma aplicação podem refletir somente a existência de diferenciação de produtos.

Werden(21) explica que:

Nota:

(21) WERDEN, Gregory J., op. cit.

*"[M]ercados relevantes são instrumentos usados para ajudar na avaliação de questões relacionadas a poder de mercado. Garantir que os mercados sejam adequados para os propósitos aos quais eles são propostos requer que um passo preliminar seja tomado antes da delimitação desses mercados. Esse passo é a identificação de **"quem" pode exercer poder de mercado ; contra "quem" esse poder de mercado pode ser exercido , e como ele pode ser exercido . Isso não significa que alguém precise analisar um mercado antes de delimitá-lo. Tudo que é necessário é que alguém efetue o exercício mental simples de determinar que tipo ou tipos de poder de mercado pode ser exercido no contexto da matéria em questão. Por meio desse exercício determina-se que mercados precisam serem delineados**" (tradução livre, destaque no original).*

No caso em questão, fica claro que quem pode exercer o poder de mercado é a Warner-Lambert, e o poder de mercado dessa empresa na colocação da carteira de seus produtos acrescida dos produtos adquiridos da Kraft Lacta, se exercido o será para constranger a concorrência no mercado de gomas de mascar e chicles de bola, em princípio, ou de forma interativa neste e nos demais – de balas e caramelos e de *drops* e pastilhas.

E os próprios especialistas que atuaram em nome da Warner-Lambert reconhecem a maior relevância da identificação da concorrência localizada ante a definição formal dos limites do mercado relevante, em casos que envolvem produtos diferenciados. Assim, citam também em petição juntada aos autos Jonathan Baker(22), para quem (fls.):

*"[A] questão legal, assim como a questão econômica, não é de concepção, mas de prova. Em um mercado, a diferenciação pode levar a **problemas de concorrência localizada que pouco dependem da localização precisa dos limites do mercado** . Idealmente estes problemas seriam demonstrados pela evidência econômica quantitativa sobre a extensão do poder de mercado exercido" (...).*

O que a requerente faz questão de ignorar é a sugestão do mesmo autor, nos seguintes termos:

*"... [M]as se os dados necessários para esse tipo de análise são difíceis de levantar, prova de **efeitos particulares, localizados** devem apoiar-se em outras evidências. Essas outras evidências podem incluir declarações das partes em seus planos e documentos de marketing identificando seus principais concorrentes ou **reclamações prevendo seus planos exclusionários antecipados** ou efeitos de elevação de preços. Isso pode também incluir **depoimentos de rivais e clientes** . Esta é a mesma espécie de evidência que é tipicamente aduzida na performance do exercício padrão de definição de mercados relevantes. Não por acidente, para o tipo de análise que estou propondo, seria interessante a identificação dos produtos que constroem o exercício de poder de mercado pelas firmas em concentração, exatamente como é interessante o familiar exercício de definição de mercado. Em uma indústria com extrema diferenciação de produto, entretanto, o resultado da definição padrão de mercado pode ser tanto desnecessária como inconveniente" (tradução livre, destaques do Relator).*

Cumpra, também, destacar recomendações da Comissão Europeia de Concorrência, segundo as quais o objetivo de definir um mercado tanto em função do seu produto como em função da sua dimensão geográfica é o de *identificar os concorrentes efetivos* das empresas envolvidas na concentração suscetíveis de restringir o seu comportamento e de impedi-las de atuar independentemente de uma pressão concorrencial efetiva. É nesta ótica que a definição de mercado permite subseqüentemente calcular as quotas de mercado, que é uma informação útil em (relação ao poder de mercado) para apreciar a existência de uma posição dominante(23). Nesse aspecto não posso aceitar a tese das requerentes de que a atuação da Warner-Lambert no mercado de gomas de mascar e chicles de bola seja condicionada pela atuação das empresas produtoras de chocolates em barras ou de paçocas de amendoim, por exemplo.

Nota:

(23) Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03).

Também a 'jurisprudência' das autoridades de defesa da concorrência em diversos países tem entendido que o mercado de gomas de mascar e de chicles de bola é um mercado distinto dos mercados dos demais confeitos, tal como delimitado pela SDE, como fez questão de mencionar aquela Secretaria em seu parecer. A SDE cita um caso de investigação de práticas anticoncorrenciais envolvendo a própria Warner-Lambert, o caso Chicles Canel's, S.A. de C.V. e Chicles Adams, S.A. de C.V., julgado em 19.11.1997 pela Comissão Federal de Competencia, no México, em que o mercado relevante fora considerado o de gomas de mascar e, embora contestado pela interessada, foi firmemente mantido em instância recursal(24). Para definir o

mercado relevante nesse caso a autoridade mexicana primeiro identificou a necessidade que o produto satisfaz, por que ele é demandado, o que faz a produção do produto ser um bom negócio e que produtos seriam seus substitutos próximos. Em sua decisão, a Comissão identificou que a necessidade satisfeita pela goma de mascar é aquela de ter algo para mascar. Doces e balas de outras espécies não foram incluídas na definição de mercado relevante, porque não satisfazem essa mesma necessidade.

Nota

(24) Comisión Federal de Competencia (México), Gaceta de Competencia Económica, año1, n. 1, p. 229-274, marzo-agosto, 1998.

Outros exemplos citados foram os casos Tennant & Ruttle Distribution Ltd./The Wrigley Company Ltd. (Irlanda) e Bewleys Manufacturing Ltd/Butlers Irish Confectionary (Irlanda)(25). Outro caso que pode ser citado é Nabisco/United Biscuits, da Comissão das Comunidades Européias(26), apreciado em 05.05.2000, em que as partes argumentaram que havia um único mercado de biscoitos envolvendo vários subsegmentos – doce, chocolate biscoito etc., que havia ainda substituíbilidade com outros itens como *savoury snacks* (salgadinhos). A investigação do mercado confirmou que biscoitos constituem um mercado relevante de produto separado, embora sujeito a constrangimentos de salgadinhos (“*snacks*”), confeitos (“*confectioneries*”), bolos e pães. Um outro caso, ainda, é o da Philip Morris Companies, Inc. e Nabisco Holdings Corp.(27), apreciado pela FTC/EUA em 17.12.00, em que entre os vários mercados relevantes identificados (gelatina, pudim, sobremesas prontas, etc.) considerou-se também como um mercado distinto, o de balas sabor menta do tipo “Intense Mints” (“*Altoids*”, “*Ice Breakers*” e “*Cool Blasts*”) e somente estes produtos, não incluindo nem mesmo as “*mint candies*” tradicionais. Na análise deste mesmo caso na Comissão das Comunidades Européias(28), identificou-se *overlap* nos seguintes países e nas seguintes categorias de produtos: (i) “*chocolate confectionery*” na Holanda; (ii) “*sugar confectionery*” na Alemanha; (iii) chocolate em pó e bebidas maltadas na Espanha; (iv) misturas semiprontas de sobremesas no Reino Unido; e (v) castanhas na Finlândia. Na categoria dos confeitos de chocolate (única que teve sobreposição significativa), apesar da alegação das partes de que esses confeitos concorrem em vários graus com os confeitos doces (“*sugar confectionery*”) e salgadinhos (“*savoury snacks*”), a Comissão concluiu, depois das investigações, que o mercado relevante de produto *não é mais abrangente* do que o de “confeitos de chocolate”, podendo haver uma segmentação mais restrita dentro da categoria. Em um outro caso de investigação de preço predatório contra a empresa mexicana Jogaymex S.A., na distribuição de confeitos, foi determinado que os segmentos de mercado envolvidos eram os de chocolates, confeitos doces (“*candies*”), *marshmallows* e gomas de mascar(29).

Nota:

(25) Competition Authority Decision of 27 July 1999 relating to a proceeding under Section 4 of the Competition Act, 1991. Notification nº CA/4/99, e Notification nº CA/915/ 92E. Disponível em: <http://www.irlgov.ie/compauth/Dec566.htm>.

(26) Case nº COMP/M.1920.

(27) FTC, Docket nº C-3987.

(28) Case nº COMP/M.2072.

(29) Comercializadora el Mar S.A. v. Jogaymex S.A.: File 035-96, Resolution of July 15, 1997. Disponível em: http://www.alca-ftaa.oas.org/cp_comp/english/dae2/rdeCRI.asp.

Um indicador forte de que chocolates, bombons e chicletes não compartilham do mesmo mercado, nem fazem parte do mesmo negócio é o fato de que a Kraft Lacta está se desfazendo unicamente do negócio de balas e chicletes. Continuando com todos os produtos de chocolate ou com chocolate (como o Confeti).

Assim, na falta de estudos econométricos mais abalizados fico com a definição do mercado relevante de produto dada pela SDE, até porque, como já visto, o mais importante, em casos de produtos tão diferenciados, não são os limites dos mercados formalmente definidos, mas a identificação da concorrência localizada. Adoto, assim, o mercado de **gomas de mascar**, incluindo os **chicles de bola**, como o mercado relevante de produto a ser analisado(30).

Nota:

(30) Conforme as requerentes, o chicle de bola é uma espécie de goma de mascar, com o qual é possível fazer uma bola durante seu consumo (fls. 601). Por apresentar apenas essa diferença, considera-se que o mesmo faz parte

do mercado relevante da goma de mascar. Assim, far-se-á referência apenas ao mercado de gomas de mascar, mas, estando nele compreendido os chicles de bola.

A dimensão geográfica do mercado definida pela SDE é o mercado nacional. Acolho também essa delimitação, tendo em vista que, conforme justificou aquela Secretaria, o produto apresenta baixo custo de transporte, não é perecível, sendo comercializado em todo o País, ainda que as fábricas possam estar localizadas apenas em determinado Estado, como é o caso da Warner-Lambert, por exemplo.

2 - ANÁLISE DO MERCADO RELEVANTE

2.1 – Características do produto relevante – goma de mascar

Com o objetivo de bem caracterizar as gomas de mascar (incluindo o chicle de bola) é mister descrever resumidamente suas características vis-à-vis as características dos produtos dos demais segmentos da indústria de confeitados doces. Essa indústria engloba, como já mencionado, além de outros confeitados, balas, *drops*, pastilhas, caramelos, gomas de mascar e pirulitos, normalmente segmentados em três ou dois segmentos como o de **balas e caramelos/ drops e pastilhas e gomas de mascar**. Esses produtos são consumidos por 95% da população brasileira(31).

Nota:

(31) Gazeta Mercantil, Panorama Setorial, Análise Setorial Doces, Candies, Chocolates e Sorvetes, Setembro de 1997.

As balas e caramelos são preparados à base de açúcar fundido; podem ter formatos variados e consistência dura ou semidura. Os doces conhecidos como balas são definidos como uma pequena porção de açúcar submetida à ação de calor até que se atinja determinado ponto, conhecido como ponto de vidro ou ponto vítreo – quando se esfria, a massa de açúcar torna-se quebradiça como vidro. Nela são adicionadas substâncias aromáticas e corantes variados, e também recheios como polpa de frutas, chocolate, mel e licor, entre outros.

Os *drops*, pirulitos e pastilhas são variações de balas. O caramelo também é uma bala, mas difere dela fundamentalmente pela consistência macia e mastigável. As balas em geral, no entanto, menos elaboradas, possuem preços mais baixos. A Kraft Suchard era uma das principais fabricantes desses produtos.

As gomas de mascar ou chicles (*chewing gums* e *bubble gums*) são massas elásticas mastigáveis, não digeríveis, constituídas de açúcar, corantes, aromas e uma base gomosa, podendo ser apresentada em várias formas. As principais empresas nesse segmento eram, até esta concentração, a Warner-Lambert, com as marcas Bubaloo, Adams, Dentyne, Trident, a Kraft Suchard, com as marcas Ping Pong e Ploc, e a Arcor. O Brasil é o segundo maior produtor e consumidor do mundo, movimentando cerca de US\$ 950 milhões, atrás apenas dos EUA(32).

Nota:

(32) Jornal Gazeta Mercantil de 10, 11 e 12 de maio de 2002, Caderno de Fim de Semana, p. 1.

As situações de consumo dos confeitados em geral envolve um sem número de variáveis, ou seja, depende da finalidade momentânea de uso do produto (a hora do dia, se tem fome, se alimentou, se fumou etc.); da disponibilidade dos produtos; os diferentes confeitados têm diferentes preços por unidade de compra, o que influencia as decisões de compra e consumo substitutivo dos produtos (fls. 864-865)(33).

Nota:

(33) Como os diferentes confeitados são vendidos em diferentes unidades de consumo, as mensurações de mercado em volume de vendas (AC Nilesen) são feitas por unidades de medição diferentes. Gomas de mascar, p. ex., cada unidade equivale a duas drágeas (para produtos que são vendidos em múltiplos) ou uma unidade para os produtos vendidos em apresentações unitárias. Um chicle de bola é uma unidade, enquanto uma caixinha com dois chicles em drágeas também é uma unidade. O volume da categoria drops,

caramelos e pastilhas é medido em milhares de embalagens, ou seja, cada “tubo” de drops é uma unidade (fls. 862-863).

No entanto, pode-se dizer que chocolates, balas, *drops* e gomas são quatro segmentos de confeitos bastante diferentes entre si: nos hábitos e nas formas de consumo, quanto à funcionalidade etc. Uma criança, ou um jovem compra um chiclete de bola porque quer fazer uma bola, e isso, ela não pode fazer com um biscoito, pirulito ou bala. As gomas atendem primordialmente ao desejo, ao secular hábito de mascar⁽³⁴⁾. Para as crianças, a principal motivação para o consumo de chiclete é o ato de brincar, no amplo sentido do termo. Um grande atrativo são as figurinhas. Pesquisas realizadas pelo setor concluíram que os consumidores compram chicletes de bola porque gostam de completar as coleções, ao mesmo tempo que elas permitem interagir com trocas entre os amigos⁽³⁵⁾.

Nota:

(34) Jornal Gazeta Mercantil, idem, p. 2. O hábito de mascar gomas em grande escala surgiu no século XIX, embora sua invenção date de milhares de anos.

(35) Informação constante do Jornal Gazeta Mercantil de 10, 11 e 12 de maio de 2002, Caderno de Fim de Semana, p. 1

As gomas de mascar são, hoje, qualitativamente subdivididas em “gomas de bola” especificamente voltadas para o consumidor-mirim e em “gomas funcionais”, de consumo geral, cujas composições apresentam ingredientes químicos ativos para a desinfecção bucal, combate ao mau hálito e efeitos benéficos outros para a higiene bucal. Estas definem uma nova geração de “gomas de mascar”, resultado do desenvolvimento de novos produtos à base de novas tecnologias, subsegmento este altamente concentrado e competitivo.

As balas, *drops* e confeitos representam um mercado muito mais pulverizado, pelas menores dificuldades encontradas na obtenção de matérias-primas e na produção, e pelo baixo índice tecnológico e de investimentos necessários para a fabricação desses produtos.

Segundo a ABICAB não é praxe dos fabricantes produzirem simultaneamente as três categorias de produto, predominando certa especialização (fls. 866-867), muito embora haja a percepção por parte de alguns fabricantes de balas, caramelos e pirulitos que apesar de os produtos chicletes e balas terem posicionamentos diferentes no mercado, os primeiros “*tiram um pouco do mercado de balas*”, o que faz com que alguns deste último procurem entrar também no segmento de gomas. Segundo a ABICAB esta relativa “especialização” está relacionada “*com a diferença tecnológica de produção de balas e drops/pastilhas e de produção de gomas de mascar. A maior parte dos produtores de balas são empresas (sic) de pequeno porte, de capital nacional, sem acesso a tecnologias mais sofisticadas, sem condições financeiras de investir em segmentos que requerem maiores investimentos*”. A Análise Setorial da Gazeta Mercantil também informa que no segmento de *candies*, cada companhia tem destaque num determinado produto⁽³⁶⁾.

Nota:

(36) Ob. cit. v. 1, p. 3-4.

Também segundo a ABICAB e contrariamente ao que informou a Warner-Lambert nos autos (fls. 750), não existe possibilidade de que os equipamentos e as principais matérias-primas utilizadas na fabricação de uma das categorias de produto sejam simultaneamente utilizados ou convertidos para a produção de outra categoria, sem custos significativos e em curto espaço de tempo. Segundo esta informante “*as empresas menores não produzem a goma base que é produzida apenas pela Warner-Lambert (no Brasil ou na Irlanda) e pela Arcor do Brasil (produtores de gomas de mascar), e pela ProAroma (fornecedor). Assim, os demais fabricantes têm custos mais altos na produção de chicles do que as empresas verticalizadas*”. E, “*Ainda que alguns equipamentos ou máquinas particulares possam ser adaptados de uma produção de balas e drops a uma produção de gomas de mascar e vice-versa, as linhas de produção têm conceitos completamente distintos; e os grandes investimentos para produzir gomas de mascar estão em equipamentos específicos e não adaptáveis*” (fls. 868).

2.2 – Identificação das Firms Participantes

Os participantes do mercado são, basicamente, as firmas que tenham condições de produzir ou vender gomas de mascar no território brasileiro. Entretanto, conforme as “*Guidelines*”, empresas que não estejam produzindo ou vendendo o produto no mercado geográfico, mas que possam vir a fazê-lo rapidamente, sem custos irreversíveis de entrada e saída (entrantes não comprometidos), diante de um aumento significativo e não transitório de preços, também serão incluídos como

participantes do mercado, podendo ser tanto firmas nacionais como estrangeiras. Mencione-se desde já que não se vislumbra nenhum participante nessa situação, visto que qualquer empresa nacional, mesmo que atuante em outros mercados de confeitos doces, para produzir e vender goma de mascar terá que fazer investimentos significativos, segundo informou a ABICAB. Quanto às firmas estrangeiras, estas já foram consideradas como participantes do mercado, com base nas exportações que fazem para o mercado brasileiro.

Tanto o mercado de *candies* em geral, como o de gomas de mascar em particular, passaram, no Brasil, por mudanças no que se refere à predominância da origem do capital das empresas líderes — as fabricantes nacionais passaram a pertencer a empresas de capital estrangeiro. As implicações dessas mudanças para o antitruste é que, como mostram as evidências recentes, progressivamente as grandes empresas de alimentos deixam de ter estratégias do oligopólio multidoméstico e passam a adotar aquelas mais próprias do oligopólio mundializado, vale dizer, adequando-se às necessidades estratégicas de mercados globais. Isso tem levado a um novo reposicionamento estratégico das empresas de alimentos, especialmente nos âmbitos técnico-produtivo e comercial, cujas manifestações mais relevantes são a maior internacionalização de suas atividades produtivas e o intenso processo de centralização industrial via fusões e aquisições. Magnificam-se, assim, os componentes mais importantes das barreiras à entrada da indústria alimentar como os custos de publicidade e propaganda (P&P), as estratégias de diferenciação de produtos e os gastos com pesquisa e desenvolvimento (P&D). Constatado esse processo, torna-se possível compreender alguns aspectos das estratégias competitivas das grandes empresas alimentícias e a dinâmica do padrão concorrencial vigente nos mercados alimentícios, pautada, cada vez mais, por estratégias oligopólicas de rivais globais. De modo derivado, pode-se realçar as exigências e as dificuldades econômicas, tecnológicas e financeiras que esse padrão coloca para as estratégias das empresas de menores porte econômico e capacidade concorrencial, restritas operacionalmente aos mercados domésticos.

Já refletindo esse processo de internacionalização há pouco mencionado, as principais concorrentes efetivas no mercado brasileiro de gomas de mascar são:

Warner-Lambert Ind. e Com. Ltda. (Warner-Lambert Consumer Group (Divisão da Pfizer Inc.)) – a norte-americana Warner-Lambert é dona das mais importantes marcas do setor de *candies*, no Brasil e na América do Sul, como o Bubbalo e o Chiclet's, da divisão Adams, o *drops* Halls e as gomas de mascar Trident, Freshen up, Dentyne e Azedinha. Com a aquisição do negócio de goma da Kraft Lacta, a Warner-Lambert passa a ter as duas marcas mais antigas e tradicionais do mercado, o Chiclet's (que chegou ao Brasil durante a segunda Guerra Mundial) e o Ping Pong (lançado em 1955), sendo que este último e o Ploc sozinhos ocupam 50% do mercado infantil (fls. 602-603).

A Warner-Lambert tem 85% das vendas de seus *candies* feitas por padarias, bares, mercearias, charutarias e bancas de revistas. A empresa tem o Brasil como seu terceiro maior mercado consumidor, atrás dos Estados Unidos e Japão. O faturamento mundial do Grupo em 1998 foi de US\$ 10,2 bilhões, divididos entre as atividades no setor farmacêutico, *Health Care* e *Confectionery*, respondendo este último por US\$ 1,8 bilhão(37).

Nota:

(37) A Warner-Lambert tem 20% de seu faturamento originado das vendas da goma de mascar Bubbalo. Chiclet's Adams representa 10%, além de ser responsável por 55% do consumo de gomas de mascar recobertas no Brasil, com produção anual de 1,2 bilhão de pastilhas por ano. A marca Adams, hoje pertencente a Warner-Lambert veio originalmente da com-panhia do próprio inventor da goma de mascar, em 1869, Thomas Adams, dos EUA. A marca "Dentyne" foi criada por volta de 1906, e vendida como uma "goma dental" (Informações extraídas do Jornal Gazeta Mercantil de 10, 11 e 12 de maio de 2002, Cader-no Fim de Semana, p. 1; do Panorama Setorial Gazeta Mercantil, Relatório Setorial Doces, Candies, Chocolates e Sorvetes (v. II, p. 60, set. 1997); do Annual Report Warner-Lambert, p. 45, 1998; Disponível em: <http://www.geocities.com/Yosemite/Trails/9334/gum.html>).

Arcor do Brasil Ltda. (Arcor S.A.I.C.) – é uma empresa argentina líder do mercado de *candies*, tendo seus produtos vendidos em 106 países nos cinco continentes. Possui mais de 30 fábricas espalhadas pela Argentina, Brasil, Uruguai, Chile e Peru. Tem aproximadamente 1.500 produtos e é líder em vários segmentos no mercado argentino: 38% de participação nos chocolates; 75% em caramelos; 65% em polentas; 35% em chicles; 34% em marmeladas; 25% em conservas de tomate; e 20% em biscoitos. Seu faturamento mundial em 2001, foi de aproximadamente, US\$ 1,2 bilhões (US\$ 270 milhões no Brasil). No Brasil, além das balas Kid's, a Arcor adquiriu as tradicionais marcas 7 Belo, Poosh, Pirapito e Amor (Paçoca), da Nestlé, tornando-se a maior fabricante de balas do País, com cerca de 40% de um mercado de aproximadamente R\$ 2 bilhões/ano (38). A Arcor já produzia também as balas da marca Butter Toffees, as recheadas de chocolate e menta. Os chicles da Arcor (marcas: Big Big, Big Bolão, Bolin Frutas, Bolin Bolão, Bolin Bola, Corsário, Dinovo, Huevitos e Flics) são produzidos na subsidiária Nechar Alimentos Ltda., em Rio das Pedras (SP).

Nota:

(38) Esse dado de market share já considera a aquisição do negócio de balas da Nestlé, ato que ainda está sob análise no CADE.

Riclan S.A. (nova denominação da **Fábrica de Balas São João S.A.**) – empresa de capital nacional com fábrica em Rio Claro (SP), é a fabricante das balas e dos drops Freegells. No mercado de gomas, atua com a marca Buzzy.

Perfetti do Brasil Ltda. / Van Melle Brasil Ltda. (Perfetti S.p.A.) – é um grupo italiano fabricante de gomas de mascar e confeitos em geral. Efetua suas vendas em aproximadamente 150 países em todo o mundo, tendo entrado no Brasil, construindo sua fábrica em Vinhedo (SP), e iniciado sua produção em 2000 (fls. 642) voltada para o mercado brasileiro, América do Sul e África. Seus produtos se concentram principalmente nos segmentos de goma de mascar, balas e caramelos e pastilhas para a garganta e o hálito. Atua no nicho mercadológico das gomas de mascar, hoje, em maior expansão, incorporando altas tecnologias que conferem às gomas propriedades outras que não a mera ocupação bucal, inclusive benefícios para a higiene bucal. O objetivo para o mercado brasileiro é de sempre inovar, trazendo novas linhas de produtos de qualidades funcionais muito bem aceitos por Dentistas e Pediatras como a linha Vivident Xylit(39). Suas principais marcas incluem o Brooklyn, Vigorsol, Vivident, Happydent, Day Gum Protex (gomas de mascar), Big Babol, Bloop Giga (chicle de bola), Golia (*drops sugar free*), Alpenliebe (caramelo), Cofitos, Frisk e Morositas. Visando criar um grupo de categoria mundial na área de confeitos, fundiu recentemente com a empresa holandesa Van Melle N.V. que tinha fábrica no Brasil (Jundiá (SP)) e vendia os *drops* Mentos e Fruittela. Os principais destaques da combinação Perfetti/Van Melle incluem: i) poderosa carteira comercial combinada de marcas de confeitos de açúcar e gomas de mascar; ii) sexto lugar no mercado mundial de confeitos de açúcar e gomas de mascar com giro líquido de EUR 1,2 bilhões; iii) segundo lugar no mercado europeu de confeitos de açúcar e gomas de mascar; iv) primeiro e segundo lugares nos mercados emergentes de elevado crescimento da Índia, China e Indonésia, estando classificada entre as cinco melhores posições em diversos outros países do sudeste asiático.

Nota:

(39) Sem açúcar e com Xilitol que neutraliza a acidez da boca após as refeições, prevenindo as cáries em adultos e crianças.

Outras concorrentes estabelecidas no mercado brasileiro de gomas de mascar, filiadas à ABICAB, são: **General Brands do Brasil Ind. e Com. Ltda ., Produtos Alimentícios Crispetes , Gama Indl. e Coml. de Secos e Molhados Ltda. (Mabel) , Peccin Ind. de Balas Ltda ., e Simas Industrial S.A .**

As empresas estrangeiras que não tem plantas instaladas no mercado relevante geográfico, mas dele participam por meio de exportações são **Cadbury Schweppes Plc** e **Wm. Wrigley** . Além destas, outras estrangeiras que fabricam gomas de mascar, e que já atuaram no Brasil são a **Tootsie Roll** , uma das maiores fabricantes de pirulitos do mundo, e que fabrica também balas, *candy bars* e chocolates. A espanhola **Chupa Chups** , forte no segmento de pirulitos (p. ex., o Fantasy Ball, que vira chicle), também tem seus produtos distribuídos no Brasil(40).

Nota:

(40) A Cadbury comercializa seus produtos no Brasil por meio da Cadbury Stani do Brasil Prod. Alimentícios Ltda.; os produtos da Wm. Wrigley, são distribuídos no Brasil por meio da Elma Chips, empresa de snacks do Grupo norte-americano PepsiCo. (Panorama Setorial, Gazeta Mercantil, v. II, set. 1997).

2.3 – Participações de Mercado e Grau de Concentração – Evolução

As participações no mercado nacional de gomas de mascar, nos anos de 1997 a 2001, tendo como base os dados Nielsen, são as constantes da tabela abaixo:

QUADRO II

PARTICIPAÇÕES RELATIVAS NO MERCADO NACIONAL DE GOMAS DE MASCAR (EM %)

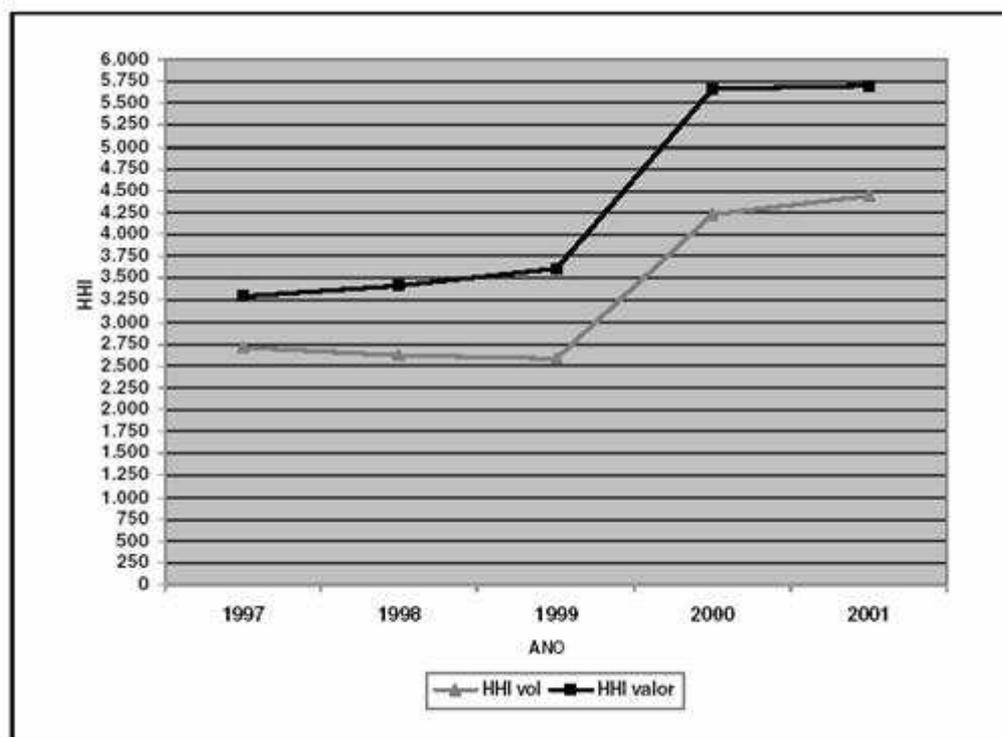
EMPRESA	1997		1998		1999		2000		2001	
	Qtde.	Valor	Qtde.	Valor	Qtde.	Valor	Qtde.	Valor	Qtde.	Valor
W.-Lambert	38,7	49,3	40,7	52,5	42,7	56,0	45,8	60,4	44,9	60,1
Kraft Lacta	32,5	28,2	27,1	23,5	22,1	18,9	20,3	16,9	19,0	14,4
Warner + Kraft							66,1	77,3	63,9	74,5
Arcor	11,9	8,2	14,5	9,9	15,9	10,6	15,1	9,5	15,8	9,9
Dos en Uno	3,0	2,2	3,2	2,4	1,6	1,1	0,8	0,3	0,5	0,2
Ridan / S. João			2,3	1,7	4,6	2,8	8,9	5,5	7,3	4,3
Arisco	0,5	0,4	0,6	0,4	0,2	0,1	0,2	0,1	0	0
Perfetti							0,4	0,6	1,8	3,0
Outros	10,9	9,1	9,7	7,4	10,5	7,8	5,2	4,0	6,9	5,3
Importações	2,5	2,6	1,9	2,2	2,4	2,7	1,1	1,4		
TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0		
HHI vol.	2.704		2.615		2.588		4.233		4.437	
HHI valor	3.298		3.416		3.613		5.658		5.703	

Fonte: ACNielsen.

O Quadro II mostra que a Warner-Lambert que já participava do mercado com 61,2%, em valor (ano 2000), com os produtos adquiridos da Kraft Suchard, que até então detinha a segunda posição, passou a deter, sozinha, 74,3% do mercado. Isso lhe dá uma posição francamente dominante, o que sugere que a aquisição dos ativos da Kraft Suchard por essa empresa aumentou ainda mais, e de forma considerável, a concentração do mercado. A Arcor, que passou para a posição de segunda colocada, participou do mercado, nesse ano, com apenas 10,7%.

Esses *market shares* dispensariam o cálculo de qualquer índice para medir o grau de concentração do mercado. No entanto, procurei elaborar o seguinte gráfico a respeito da evolução do índice de concentração:

GRÁFICO I EVOLUÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO (HHI) DO MERCADO DE GOMAS DE MASCAR NO BRASIL



Percebe-se desde logo que o mercado relevante, já altamente concentrado antes da operação, concentrou-se ainda mais depois dela. O HHI (valor), que era de 3.613 pontos antes da operação (1999), sobe para 5.730, imediatamente após, isto é, se calculado com os mesmos *market shares* de 1999, mas considerando as duas juntas. No entanto, estando disponíveis os novos *market shares* de 2000, o HHI calculado agregando-se os *market shares* da Warner-Lambert e dos produtos ex-Kraft Lacta, passa para 5.658 pontos(41). O HHI indica que, de 1997 a 1999, o mercado vinha desconcentrando-se lentamente em quantidade e concentrando-se em valor, o que pode estar indicando que a despeito de entradas nas franjas do mercado, aumentando as quantidades ofertadas por outros concorrentes nos nichos *low-price*, a líder do mercado seguia incólume

umentando o *share* de faturamento no setor.

Nota:

(41) A pequena redução do HHI relativo a 2000, comparado com aquele calculado logo após a operação, reflete a queda de 5 pontos percentuais no market share agregado da Warner-Lambert mais produtos ex-Kraft Lacta.

Além dos elevados graus de concentração do mercado, um fator preocupante para a autoridade de defesa da concorrência é o incremento do grau de concentração causado por esta operação específica. Chama a atenção o acréscimo no HHI, de 2.045 pontos, em consequência da operação, quando nos EUA, p. ex., a variação de 50 pontos nessa faixa de concentração pós-operação (HHI > 1.800) é suficiente para causar preocupação.

O CR4 que era de 91% antes da operação, mantém-se praticamente inalterado depois da operação, refletindo o fato de que além das três maiores firmas do oligopólio (reduzidas a duas), não há praticamente mais nenhuma que possa ser incluída no “time” das quatro maiores, e que possa fazer alguma diferença (com a entrada da quarta – Perfetti – com 0,5% de *market share*, em 2000, o CR4 acusa uma inexpressiva redução para 90,3%)(42).

Nota:

(42) O CR4 é um índice inferior ao HHI, por não refletir a distribuição do tamanho das firmas. Além disso, o CR4 pode ser útil se a preocupação for a possibilidade de colusão explícita ou cooperação tácita, o que não é o caso aqui.

Estou plenamente ciente de que a participação de mercado, ou o grau de concentração do mercado, não são os únicos fatores considerados para determinar se o poder de mercado existe, eis que este é um indicador imperfeito do poder de mercado, e não pode ser conclusivo a este respeito. Desta maneira, apesar da contundência dos números a respeito da elevadíssima concentração no mercado, passo também a proceder a análises adicionais das condições de mercado, para tirar conclusões mais precisas a respeito do poder de mercado. Tais considerações incluem, por exemplo, o nível das barreiras à expansão de firmas existentes, superioridade tecnológica resultando em vantagens de custo, economias de escala e escopo, política de preços, o tamanho relativo e a performance dos concorrentes, o grau de homogeneidade (diferenciação) do produto, poder financeiro, imagem das marcas, forças contrapostas do lado da demanda etc.

A análise deve também ser dinâmica e incluir a concorrência potencial. Nesse estágio deve-se levar em conta a substituíbilidade do lado da oferta proveniente de fabricantes de produtos substitutos próximos e/ou de produtores nos mercados geográficos adjacentes. Neste ponto, é necessário avaliar as condições de entrada, identificando possíveis barreiras à entrada de novos concorrentes, sendo no caso, a lealdade à marca, uma das mais significativas(43).

Nota:

(43) Cf. Carlton, D. & Perloff, J., *Modern Industrial Organization*. New York: Harper Collins, 1994, p. 803; ABA Antitrust Section, *Antitrust Law Developments*, 4. ed., p. 237-238.

Uma visão dinâmica do funcionamento dos mercados centra-se no processo inovativo em sentido amplo, entendido como a busca permanente de lucros extraordinários mediante obtenção de vantagens competitivas entre os agentes (empresas), que procuram diferenciar-se nas mais variadas dimensões do processo competitivo (processos, produtos, organização, mercados). Há muitas formas ou dimensões da concorrência, sendo a concorrência em preços apenas a mais tradicional e mais simples, mas não a mais importante ou mais frequente: **concorrência se dá também por diferenciação do produto e por inovações no sentido amplo, schumpeteriano. A ênfase na diferenciação dos agentes e na multiplicidade dos instrumentos de concorrência implica destacar a importância da diversidade estratégica e tecnológica** como elementos cruciais na análise da concorrência. Nesse sentido, desenvolvimentos recentes da literatura de organização industrial têm proporcionado avanços significativos, preocupando-se com questões relacionadas com variações nos produtos disponíveis para os consumidores, tanto quanto variações no núcleo de competências da firma (*core competencies*), *ranking*, crescimento, e entrada e saída das firmas(44).

Nota:

(44) Núcleo de competências da firma são espécies de economias de escala

ao nível de desen-volvimento de produtos, conforme Milgroom & Roberts, p. 107.

Por outro lado, a Economia de Organização Industrial tem adotado também uma análise mais desagregada da dinâmica do mercado e da firma. Visa explicar a evolução dos mercados mais do que lidar com instantâneos da concentração e performance de um mercado em dados momentos no tempo. O método analítico impõe uma aproximação da tendência que leva à performance da firma, desagregando os movimentos que sustentam mudanças na performance do mercado. No centro dessa abordagem está a crença de que para explicar a dinâmica da performance econômica é preciso ser capaz de levar em conta o mecanismo de mudança dentro da firma e de sua resposta a modificações no seu ambiente externo.

O atributo básico que diferencia a abordagem dinâmica na aplicação da política de concorrência é um foco na inovação, como já dito, mais do que preços e lucros e na *flexibilidade* na utilização de recursos, mais do que eficiência estática. Uma reorientação rumo à *flexibilidade* significa que os *policy makers* têm que estar menos preocupados em garantir coisas tais como a existência do “número certo” de firmas e mais sobre a facilidade com que aquele número pode ser mudado(45).

Nota:

(45) Uma maior atenção à inovação pode tornar a coordenação interfirmas e o tamanho delas menos indesejáveis do que seria em um modelo no qual mudança é rara e insignificante. Para uma descrição da visão dinâmica dos mercados e uma crítica às análises estáticas veja Audretsch, D. B., Baumol, W. J., & Burke, A. E., “Competition policy in dynamic markets”, in *International Journal of Industrial Organization*, n. 19, p. 613-634, 2001.

3 – BARREIRAS À ENTRADA DE NOVOS CONCORRENTES

3.1 – Potenciais Entrantes

Em condições de contestabilidade perfeita, o oligopólio é disciplinado pela concorrência potencial. Elevada subaditividade de custos(46) é consistente com preços competitivos se não existirem barreiras à entrada, os custos à saída (*sunk costs*) forem desprezíveis e as empresas estabelecidas não forem capazes de responder imediatamente uma entrada com cortes de preços. Nessas condições, a configuração sustentável da indústria exibirá elevada concentração, mas os preços serão iguais aos custos marginais. O critério de seleção das indústrias sobreviventes é a eficiência, e o mecanismo de seleção é o comportamento *hit and run* dos concorrentes potenciais(47).

Nota:

(46) A propriedade que os custos apresentam de serem subaditivos é o que acarreta a existência de economias de escala, e o caso geral pode ser formalizado como $SC(q_i) > C(Sq_i)$, sendo $q_i = q_1 \dots q_n$, um vetor de produção. Isto significa dizer que, em geral, é mais barato produzir uma quantidade maior de produtos juntamente do que produzi-los separadamente.

(47) Baumol, Panzar e Willig (1982), apud FARINA, E. M. M. Q. *Concorrência Imperfeita e Política Antitruste: Desenvolvimentos Recentes*. Texto base para o concurso para Professor Titular do Departamento de Economia da FEA/USP, p. 16, fev. 1999.

Minha primeira providência será verificar as possibilidades da concorrência potencial no mercado brasileiro de gomas de mascar. Ou seja, passo a avaliar se há condições que evidenciem a existência de potenciais candidatos a entrar no mercado brasileiro de gomas de mascar que possam ser tão eficientes quanto as empresas estabelecidas, e, em havendo, se há indícios de que a existência desses candidatos representa pelo menos uma concorrência potencial percebida (*perceived potential competition*) para a empresa que detém a posição dominante. Esta concorrência potencial como se sabe, se dá quando o concorrente ou entrante potencial acha-se posicionado na periferia do mercado alvo – “no vértice” (*edge*), ou “nas asas” (*on the wings*) –, e a sua presença, daí, já afetaria a conduta dos concorrentes instalados no mercado em causa, tornando-os mais competitivos(48). Se não há esses indícios, que barreiras poderiam estar fazendo com que uma relativa profusão de empresas, tanto no mercado doméstico quanto nos estrangeiros, do ramo de confeitos doces, não sejam percebidas como potenciais entrantes?

Nota:

(48) DUTRA, P. Pedido de Reapreciação no A.C. nº 58/1995, p. 92.

No mercado brasileiro de gomas, a concorrência potencial, em princípio, poderia vir de duas frentes: uma delas pode ser identificada com a ameaça de entrada dos fabricantes de outros confeitados doces, já instalados na mesma área geográfica, ou seja, os fabricantes nacionais de balas e caramelos e *drops* /pastilhas e pirulitos. A outra, pelas grandes empresas estrangeiras globais do setor de confeitados, líderes em um ou mais países, e que eventualmente planejem investir nos mercados emergentes, já que os mercados maduros crescem relativamente menos do que estes.

Como se sabe, o mercado de balas e caramelos e o de *drops* /pastilhas e pirulitos têm uma proximidade muito maior entre si, são mais concorridos que o de gomas, e especialmente o de balas, que é extremamente pulverizado, é conhecido como o mercado de guerra de preços(49). O Brasil é exportador desses produtos. Embora os posicionamentos nos mercados, das gomas e das balas sejam diferentes, as empresas que já galgaram alguma posição no mercado de balas procuram adentrar no mercado de gomas, dado que há a percepção de que as gomas tiram um pouco do mercado de balas e pirulitos. Se o fabricante destes produtos não entra na produção de gomas, ele perde, por não oferecer também estes produtos aos consumidores. Os maiores fabricantes de balas/ *drops* e caramelos, no Brasil, são, também, *players* no segmento de gomas, a começar pela própria Warner-Lambert, a Perfetti e a Riclan, que produzem *drops* e gomas, a Arcor, que produz balas e gomas, e a Kraft Lacta que também produzia esses produtos e confeitados de chocolate.

Nota:

(49) Revista Forbes Brasil, de 30.12.01, p. 53., juntado aos autos, às fls. pela requerente Warner-Lambert.

No entanto, como se verá a seguir, há barreiras elevadas para as demais firmas instaladas no mercado nacional de balas entrarem de forma suficiente no mercado de gomas. Esse mercado exige um volume maior de capital para acompanhar a concorrência, por meio, por exemplo, da oferta de produtos mais elaborados, que exigem investimentos em plantas atualizadas e em marketing, recursos que a maior parte das empresas de capital nacional não dispõe. O mercado de gomas é basicamente caracterizado por dois nichos: o de alta tecnologia, ou que poderia ser chamado de alto preço (*high price*) (que entre outros produtos inclui os *sugar free*), e o nicho de baixo preço (*low price*), que geralmente carece de algum licenciamento por meio de *royalty* , como um meio de diferenciação e atração dos consumidores. ***Daí, ser o mercado de gomas caracterizado por médias e grandes empresas multiproduto, onde as pequenas têm muito pouca chance de crescer, não representando, portanto, nenhuma ameaça às posições da firma dominante*** .

Outras entrantes potenciais poderiam ser as fabricantes estrangeiras de gomas de mascar, aquelas acaso interessadas em atuar no mercado brasileiro. A rigor, como o número dessas empresas é indefinido, é usual imaginar que elas formam uma fila organizada de acordo com a capacidade de competir na indústria. Assim, procurarei fazer aqui um exercício meramente prospectivo a fim de identificar a primeira da fila, isto é, aquela que reúne os melhores requisitos competitivos para ser a primeira entrante(50).

Nota:

(50) Esse exercício é sugerido por Kupfer, D., in KUPFER, D. e HASENCLEVER, L. Econo-mia Industrial. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2002, p. 112.

O mercado mundial de “ *Confectionery* ” é constituído por grandes empresas transnacionais que atuam principalmente nos mercados “maduros” da Europa Ocidental, América do Norte, Austrália, Nova Zelândia e Japão. Das vinte principais empresas do setor(51), cerca de metade desse número tem atuação no Brasil, seja com unidades fabris, seja por exportações. Entre as maiores empresas estrangeiras, apenas seis, aproximadamente (Warner-Lambert, Cadbury Schwepps, Arcor, Philip Morris, Wm. Wrigley e Perfetti), dedicam-se à produção de gomas de mascar e fabricam ou vendem seus produtos na América Latina. A Warner-Lambert é o maior *player* no continente, seja considerando o setor de confeitados doces como um todo (com 12,2%), seja considerando apenas o setor de gomas (56,3%), dados de 1998(52). Se aprovada a aquisição aqui analisada, essa participação na América Latina terá subido para 61,8%, considerando-se os 5,5% que eram detidos pela Kraft Lacta (Grupo Philip Morris). A Cadbury Schwepps Plc detém a 2ª posição com 6,3%, seguida pela Arcor, com 5,8%, e pela Wm. Wrigley Jr. Co. (uma das principais empresas produtoras de goma de mascar dos EUA) com 3,5% (dados do Euromonitor, citados pela ABICAB, fls. 940).

Nota:

(51) Nestlé, Lindt & Sprungli, Cadbury Schweppes, Ferrero, Stoprk, Stollwerk, Haribo, Huhtamaki, Karl Fazer, Mars, Philip Morris, Wrigley, Hershey, Warner-Lambert, RJR Nabisco, Lotte Shoji, Ezaki Glico, Arcor, Garoto e Perfetti (fls. 961). O faturamento da Wm. Wrigley foi de cerca de US\$ 1,85 bilhão, em 1998.

(52) Só a marca “Adams”, da Warner-Lambert, domina 70% do mercado latino-americano, com um faturamento de US\$ 25 milhões. (Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, Relatório Setorial Balas, Doces e Confeitos, v. II, p. 60, 1997).

A vinda recente dessas grandes empresas para os mercados da América do Sul (Mercosul) – Cadbury (1993), Tootsie Roll (1997) e Perfetti (2000), é o resultado da tendência que se verifica nos mercados maduros, em todo o setor de “*Confectionery*”, de taxas moderadas de crescimento da demanda, de aumento da competição, de internacionalização (via exportações e entrada direta com construção de plantas ou aquisições) e de globalização das marcas. Essas tendências contrastam com as condições vigentes nos mercados emergentes: grande população, altas taxas de crescimento da demanda, baixo poder aquisitivo (o que significa espaço para as balas, gomas de mascar e confeitos), baixo consumo *per capita*. Ainda segundo diagnósticos vindos da indústria, os mercados emergentes se caracterizam por **facilidade de entrada** (baixos custos de mídia e estrutura de varejo fragmentada), e pouca competição (oportunidade de expansão) (fls. 931-935). Como será visto, em se tratando do mercado brasileiro de gomas de mascar, esse diagnóstico não pode ser tomado ao pé da letra, tendo em vista sua estrutura conformada como foi pela operação em análise, tornando as condições de entrada bastante restritas.

Dentre as grandes líderes do setor de gomas que ainda não estão estabelecidas no Brasil, a Cadbury e Wm. Wrigley já participam desse mercado por meio de exportações. A Cadbury, inclusive, tem fábrica no Mercosul (Argentina), e escritório em São Paulo que cuida dos negócios no mercado brasileiro. Especula-se na imprensa que os planos da multinacional são de comprar ou associar-se a uma empresa nacional do ramo de confeitos.

Creio, então, que as entrantes potenciais mais habilitadas a entrarem no mercado brasileiro de gomas de mascar sejam Cadbury e Wrigley, nessa ordem. Resta, então, analisar as barreiras à entrada.

3.2 – Barreiras à Entrada

Barreiras à entrada são as vantagens que as firmas estabelecidas possuem sobre os competidores potenciais e que se refletem na capacidade de elevar os preços acima do nível competitivo sem atrair novas firmas para a indústria em questão.

Apesar de não serem mensuráveis diretamente, as barreiras são uma condição decisiva para a avaliação de poder de mercado. Por isso são um elemento fundamental de análise antitruste, principalmente para atos de concentração. As economias de escala podem limitar o número de empresas que podem coexistir no mercado; o acesso à tecnologia pode excluir potenciais concorrentes; gastos para tornar uma marca conhecida e obter reputação no mercado podem obstruir a entrada de novas empresas, etc. Estas, como veremos, são barreiras estruturais que de uma forma ou de outra caracterizam alguns mercados⁽⁵³⁾. Além destas, barreiras estratégicas para desestimular a entrada de novas empresas, inviabilizar a permanência de novo entrante, ou ainda, a sobrevivência de pequenos fabricantes, também são factíveis de ocorrer.

Nota:

(53) SHY, O., (ob. cit., p. 170) refere-se às barreiras à entrada de maneira muito didática como uma longa lista de condições que explicam porque a entrada não ocorre. Essas condições podem ser tecnológicas (tais como economias de escala ou custos irrecuperáveis de entrada); legais (patentes, direitos de concessão); ou resultarem das condições de organização do mercado (canais de distribuição, marketing networks); ou lealdade do consumidor e goodwill.

Cuido neste ponto do voto de tratar das barreiras estruturais que creio estarem presentes no mercado relevante de gomas de mascar, para mais à frente analisar as barreiras estratégicas que podem ter sido erguidas ou tornaram-se factíveis com a operação⁽⁵⁴⁾.

Nota:

(54) Entrada requer instalação de capacidade e nova empresa. Importações, por exemplo, não são entrada – ou committed entry – embora sejam fundamentais para disciplinar o mercado; são no máximo uncommitted entry. Entrada requer ainda capacidade de vender o produto, e portanto dispor dos

ativos (ou das condições) necessários(as) para tal. Instalar capacidade é necessário para produzir, mas nem sempre para vender, o que pode requerer uma forte marca e uma importante estrutura de distribuição, principalmente no caso de produtos diferenciados, em que a concorrência se dá na comercialização.

O nível das barreiras à entrada num mercado concentrado é o principal instrumento de avaliação do poder de mercado das empresas que nele atuam. Entretanto, numa visão dinâmica, ele deve incluir a *capacidade inovativa* da indústria e das concorrentes potenciais, pois a *inovação* é o principal antídoto tanto às barreiras à entrada quanto à possibilidade de abuso de poder de mercado pelas empresas dominantes.

Alguns tipos básicos de barreiras serão aqui abordados, na medida em que houver elementos nos autos que indiquem que seus fatores determinantes estão presentes no mercado em questão.

3.2.1 – Vantagens de Diferenciação do Produto

Decorrem da presença de elementos que fazem com que os consumidores considerem mais vantajoso adquirir um produto de empresas já existentes do que similares oferecidos por novos concorrentes. A intensidade de tais barreiras será tanto maior quanto mais elevados forem: i) o controle do acesso a tecnologia necessária para projetar os produtos por parte das firmas existentes; ii) o montante de gastos com propaganda e vendas requeridos para garantir a fidelidade dos consumidores, impondo aos novos concorrentes despesas elevadas para tornar seu produto conhecido e aceito no mercado (55).

Nota:

(55) A mensuração dessa barreira envolve um conhecimento aprofundado dos custos de servir ao mercado, e, por isso, é de difícil generalização. Mesmo assim, há virtual unanimidade entre os economistas industriais de que a diferenciação de produto é a mais forte dentre as fontes de barreira à entrada na indústria (KUPFER, D. & HASENCLEVER, L. (org.) Economia Industrial, p. 123).

Assim que alcança relevância e conhecimento sólido, uma marca serve para criar barreiras duradouras à entrada de novos concorrentes no mercado mesmo que seus produtos sejam superiores ou muito mais baratos. Consultores especializados em gestão de marcas identificam “megapadrões” de comportamento de consumidores em relação às marcas e mostram que um desses, o dos “produtos movidos à marca”, leva o valor a fluir para as empresas com marcas estabelecidas, pois os consumidores, que agora dispõem de grande número de opções e têm baixa percepção da diferenciação, confiam na marca como representante de qualidade(56).

Nota:

(56) SLYWOTZKY, Adrian e KANIA, John. O segredo das marcas está nos padrões de comportamento, in HSM Management, n. 31, ano 6, p. 58-66, mar.-abr. 2002.

A literatura também registra que para as empresas com liderança de mercado, a estratégia de diferenciação de produtos e o posicionamento (real ou potencial) em “espaços comerciais” de diversos segmentos e linhas de produtos frente às empresas rivais geram vantagens econômicas e comerciais importantes no processo competitivo – ampliando a gama de consumidores e fortalecendo sua imagem; valorização dos ativos intangíveis via expansão de linhas de produtos com a mesma marca da empresa; e a possibilidade de maior e melhor posicionamento nas prateleiras (e nas gôndolas) dos locais de venda(57).

Nota:

(57) MARTINELLI JUNIOR, O., Ob. Cit., p. 143-144.

Deve-se reconhecer que a eficácia do impedimento à entrada baseada em diferenciação de produtos é reduzida ou anulada quando a empresa entrante é uma subsidiária de uma empresa que detém produtos ou marcas conceituadas em mercados de outros produtos (diversificação) ou regiões (empresas transnacionais). Nessas situações ocorre um fenômeno conhecido como “transbordamento” (*spill-over*), pelo qual há a transferência de credibilidade da empresa do mercado original para o novo mercado. Além disso, pode-se argumentar que se a Warner-Lambert tem acesso a tecnologias avançadas que possibilitem a ela ter vantagens de diferenciação de produtos por meio da inovação, seus principais concorrentes efetivos e potenciais – Perfetti, Cadbury e Wrigley – também têm, razão pela qual a diferenciação de produtos não poderia ser considerada uma barreira à entrada(58).

Nota:

(58) A Warner-Lambert tem sido eficiente na inovação de produtos: a empresa introduziu no mercado o Bubaloo, o Trident (sugar free, drageado), p. ex., que representaram avanços tecnológicos, e logo se tornaram líderes do mercado, quando praticamente só se tinha o Ping Pong. Da mesma forma, a empresa se tornou líder (com 92%, em 2001) no nicho sugar free, em franca expansão (fls. 1.239).

De fato, esse argumento procede, mas a preocupação concorrencial com a operação não reside propriamente no segmento de produtos de mais alto preço, mas, no segmento mais atingido pela operação: o segmento de produtos infantis como o Ping Pong e o Ploc, de mais baixo preço(59).

Nota:

(59) Os concorrentes também atestam (fls. 658) que “[A] Warner adquiriu duas das principais marcas no segmento de chiclete de bola, Ploc e Ping Pong, comprando, assim, a liderança neste segmento, e passando a deter duas marcas tradicionais, as quais tem um forte apelo junto ao consumidor e “trade” (destaque do Relator).

Assim, a diferenciação representada pela reputação que as marcas da Warner-Lambert goza junto aos canais de venda e grande parte dos consumidores constitui-se em verdadeira barreira à entrada, principalmente no segmento de baixo preço das gomas de mascar.

3.2.2 – Lealdade à Marca

A Warner-Lambert afirmou (fls. 599) que os consumidores de guloseimas não possuem fidelidade a marca, e que isto não é um fator importante nesse mercado. Mas os gastos em propaganda são significativos e contradizem a afirmação da requerente (em 1999, Kraft Lacta e Warner-Lambert gastaram 14,5% e 7,4% do faturamento em publicidade, respectivamente, fls. 767). *Aliás, mais uma vez, a história da indústria mostra o contrário do afirmado: desde o início do século recém-terminado, o crescimento dos fabricantes de goma se deu na base da inovação e de agressivas campanhas promocionais e publicitárias.*

De fato, a pesquisa *Líderes de Venda*, realizada pela ACNielsen neste ano, nas lojas brasileiras de auto-serviço, que revela o líder de vendas em cada categoria, ou seja, aquele que, de fato, mais vendeu, revelando também os hábitos e escolhas do consumidor, apontou que a 1ª, a 2ª, a 3ª e a 4ª marca que mais vende no País – o Trident, o Bubaloo, o Clorets e o Chiclets, respectivamente, pertencem à Warner-Lambert. Somente a 5ª colocada – Vivident – pertence à sua concorrente Perfetti. Os resultados por região mostram uma liderança ainda maior por parte da Warner-Lambert: nas áreas 2 (Estados de Minas Gerais, Espírito Santo e Rio de Janeiro), 3 (Grande Rio), 5 (Estado de São Paulo), e 6 (Estados da Região Sul), as 5 principais marcas em vendas são da Warner-Lambert e da Kraft Lacta(60).

Nota:

(60) Cf. SuperHiper, ano 28, n. 322, p. 34-124, jul. 2002, Reportagem de capa: Líderes de vendas: As marcas que vendem de fato.

A fidelidade dos consumidores para com as marcas de reputação estabelecida (Bubaloo, Ping Pong, Chiclets) pode tornar mais difícil para uma nova marca entrar. É óbvio, uma vantagem pode resultar para a primeira firma que introduz um produto novo. Essa firma pode ter uma “vantagem de ser o primeiro”: a primeira firma a entrar tem custos mais baixos de

marketing porque ela não encontra nenhum rival. Depois as firmas encontram custos de marketing mais elevados porque elas têm de competir com as primeiras. Por exemplo, porque o produto da primeira firma no mercado é familiar aos consumidores, eles podem ser relutantes em trocar por uma nova marca(61).

Nota:

(61) Carlton e Perloff, ob. cit., p. 113. Mas creio que a razão mais importante da vantagem de ser o primeiro é que num jogo seqüencial, se a empresa 1 fizer o primeiro movimento, ela saberá que sua decisão estará limitando as decisões da empresa 2. O motivo é que fazer o anúncio (da quantidade a produzir) em primeiro lugar cria uma situação *fait accompli* – independentemente do que venha a fazer o seu concorrente a sua produção será grande. Para maximizar os lucros, o concorrente deverá agora assumir o seu nível anunciado de produção como fixo, devendo optar por um índice mais baixo de produção (PINDYCK, R. & RUBINFELD, D. Microeconomia. Trad. Pedro Catunda, São Paulo: MakronBooks, 1994, p. 571 e 630-633).

3.2.3 – Vantagens Absolutas de Custo

Essas vantagens se fazem presentes para as empresas já existentes quando estas têm acesso facilitado a determinados ativos ou recursos, o que lhes permite fabricar com a mesma escala de produção de um entrante potencial, a um custo mais baixo. Tais vantagens se originam, p. ex., dos seguintes fatores: i) controle de suprimento de matérias primas por meio de integração vertical, fazendo com que o entrante tenha que pagar mais caro por seus insumos ou recorrer a substitutos imperfeitos; ii) compra de matérias primas mais baratas pelas empresas já estabelecidas, devido a contratos exclusivos ou de longo prazo.

A Warner-Lambert pode gozar dessas vantagens já que é uma empresa verticalizada no que tange à fonte de goma base. É possível que estas barreiras se apresentem reduzidas para os entrantes estrangeiros aqui considerados, visto que estes podem também ter acesso privilegiado a fontes de matérias-primas.

3.2.4 – Presença de Economias de Escala

Economias de escala podem ser reais ou pecuniárias. Economias reais de escala são as derivadas da redução de custos possibilitada pelo aumento das dimensões da planta ou da firma, e podem ser ganhos de especialização, indivisibilidade técnica, economias geométricas e as relacionadas à lei dos grandes números. Economias pecuniárias são derivadas do pagamento de preços menores na aquisição de insumos em grande quantidade, incluindo menores custos com transporte, propaganda e outros gastos relacionados às vendas. A diferença está em que as economias reais reduzem o montante utilizado de fatores de produção ou insumos por unidade de produto, enquanto as pecuniárias resultam do menor preço pago pelos fatores ou insumos adquiridos. A existência de barreiras desse tipo pressupõe a existência de custos irrecuperáveis associados à entrada, porque, na ausência de *sunk costs*, vale a pena desistir da entrada comprometida e auferir lucros temporariamente extraordinários entrando e saindo rapidamente do mercado (*hit and run*).

A presença destas economias, enquanto barreiras “estratégicas” à entrada se dão, quando, dadas as dimensões do mercado e a escala mínima que viabiliza economicamente a operação de um entrante potencial, este espera que, como resultado da sua entrada no mercado, a oferta do(s) produto(s) em questão se eleve ao ponto de eliminar os lucros extraordinários que tornariam atrativa a operação do setor.

Pode-se perceber que os efeitos das economias de escala sobre a concorrência potencial dependem das expectativas dos entrantes acerca das reações das firmas já estabelecidas caso ocorra uma entrada, bem como das expectativas das firmas estabelecidas acerca do provável comportamento das entrantes. Em outras palavras, como a lucratividade esperada do entrante depende de qual será a reação da empresa já estabelecida, a intensidade da concorrência potencial passa a ser parcialmente determinada pelo processo de formação de expectativas, o que levou alguns autores a analisar as condições nas quais empresas já existentes adotam condutas que desencorajem entrantes potenciais(62).

Nota:

(62) Caves e Porter (1977) e Dixit (1980, 1982) apud POSSAS, M., in Análise de Atos de Concentração – Principais Conceitos e sua Aplicação Legal, II Curso de Defesa da Concorrência, CADE – 1999. Esse tipo de análise é considerado uma alteração dinâmica do paradigma E-C-D, na medida em que amplia no sentido de analisar também efeitos da conduta das firmas sobre a estrutura do mercado.

Nesta linha, é possível demonstrar que, em certo número de casos, pode ser vantajoso para a firma estabelecida dominante procurar dimensionar seu estoque de capital e capacidade produtiva de maneira a influenciar as decisões de entrantes eventuais, basicamente minorando a intensidade da concorrência potencial(63).

Nota:

(63) A idéia básica é que, ao investir em instalações produtivas que ficarão sub-utilizadas, a firma estabelecida cria uma “ameaça convincente” de que sua reação será bastante agressiva frente a uma entrada, visto que seus custos fixos se elevarão significativamente se a quantidade vendida diminuir. O entrante, por sua vez, concluindo pela baixa probabilidade de uma “acomodação” após a entrada, esperará dificuldades em ocupar sua capacidade, de modo que será dissuadido da iniciativa de passar a operar naquele mercado. Nesse caso, as barreiras à entrada são construídas estrategicamente pelas firmas estabelecidas. Para uma exposição didática a respeito do desencorajamento à entrada veja PINDYCK, R. S., e RUBINFELD, D. L. Microeconomia. Trad. Pedro Catunda, São Paulo: Makron Books, 1994, p. 641-644.

A análise das expectativas das entrantes e da(s) firma(s) estabelecida(s) que goza(m) dessas economias para saber se ocorre aí uma barreira à entrada é complexa, porque depende de informações difíceis de serem conhecidas. Barreiras estratégicas à entrada surgem do comportamento da(s) firma(s) *incumbent(s)*. Em particular, a firma dominante pode agir de tal forma que eleva as barreiras estruturais ou as ameaças à retaliação contra as entrantes se elas de fato entrarem. Desencorajamento estratégico de entrada sempre envolve alguma espécie de comportamento de ocupação de espaço pela(s) *incumbent(s)*. Um exemplo é o que a literatura chama de *pre-emption of facilities* pelo qual uma *incumbent* superinveste em capacidade, ficando com capacidade ociosa, que torna crível a ameaça de inundar o mercado de produto (guerra de preço) se a entrada ocorrer, tornando-a não lucrativa. Um outro tipo seria a proliferação de marcas e produtos de forma a ocupar nichos de mercado que permitiriam entrada lucrativa. Assim, não é uma mera coincidência que este Relator tenha colhido junto aos agentes atuantes no mercado a opinião de que a reunião pela firma dominante das três principais marcas (com seus elevados *market shares*) constitui por si mesmo em elevada barreira à entrada, capaz de dissuadir qualquer entrante potencial.

De fato, essa é uma barreira, tendo em vista que a assimetria de custos entre a empresa dominante e os potenciais entrantes, após a entrada, qualquer que seja a reação da firma dominante – de acomodação ou de retaliação – impossibilita essas últimas de obterem a mesma lucratividade que a primeira. Ressalte-se que barreira de tal magnitude poderia eventualmente ser superada apenas por produtos ainda não existentes no mercado, resultantes de inovações substanciais.

Além disso, adquirindo os ativos da Kraft Lacta, a Warner-Lambert ficou com uma reserva de capacidade produtiva. Mesmo após o redimensionamento que realocou capacidade entre as unidades fabris, a unidade adquirida (Bauru) ainda ficou com uma capacidade ociosa de 38%, em 2001 (fls. 751). Essa reserva de capacidade dá credibilidade à alternativa que ela terá de aumentar a produção e baixar o preço caso uma entrada ocorra, desencorajando-a. Conforme Pindyck & Rubinfeld (64), não se pode imaginar que as empresas atuantes mantenham o nível de produção semelhante aos anteriores à ocorrência de uma entrada, o que torna o risco da entrada muito alto.

Nota:

(64) *Idem*, p. 643.

A Warner-Lambert ainda tem outras vantagens que provavelmente serão sopesadas pela concorrência potencial como economias de escopo, decorrentes da existência de fatores comuns à produção de vários produtos e de complementaridades tecnológicas e comerciais.

3.2.5 – Rede de Distribuição de Grandes Atacadistas e Pequenos Distribuidores

Como regra geral, as principais empresas do mercado distribuem seus produtos por meio de uma rede de pequenos atacadistas espalhados pelo Brasil, que fazem vendas ao varejo das respectivas regiões no sistema de pronta entrega, usando para tanto as próprias equipes de venda, normalmente representantes comerciais. Para as grandes redes de supermercados e atacadistas a venda é feita diretamente (fls. 601).

Segundo a Warner-Lambert o ingressante potencial no “mercado nacional de guloseimas” não necessita de sistema de distribuição previamente constituído já que as tarefas de venda no atacado e distribuição são realizadas por atacadistas e distribuidores independentes (fls. 641). No entanto, dispor de uma rede de distribuição devidamente capilarizada, que atenda às características de um varejo extremamente diversificado, tanto no porte, quanto na dispersão espacial, não deve ser uma tarefa simples e leva tempo.

Esse entendimento foi confirmado pela SDE, para quem a necessidade de uma rede de distribuição capilar constitui-se na maior barreira à entrada no mercado de gomas de mascar. As compras por impulso e em pequenas quantidades são predominantes nesse mercado, o que torna fundamental a presença de tais produtos no maior número possível de estabelecimentos comerciais.

O caso da Van Melle Brasil ilustra muito bem as dificuldades que podem existir para se conseguir uma rede de

distribuição satisfatória quando se tem um pequeno portfólio de marca. Subsidiária de um Grupo multinacional com presença em mais de 80 países, presente no Brasil desde 1954, com fábrica em Jundiá (SP), e mais cinco centros regionais de vendas, a empresa acabou firmando, em 1999, um contrato de distribuição exclusiva com a Warner-Lambert, justificado pelo fato desta empresa “ *possuir sólidos contatos com uma extensa rede de pequenos atacadistas, em todo o território nacional, estratégia fundamental para a distribuição* ”. A Van Melle também considerou que, “ *por comercializar no país apenas duas linhas de seus produtos, [é] inviável financeiramente, o investimento em uma rede própria de pequenos atacadistas, e, que a forma de distribuição então (...), realizada por meio de uma reduzida rede de distribuidores e grandes atacadistas, não se mostrou eficiente* ”, e, ainda que, “ *a distribuição realizada exclusivamente por grandes atacadistas não se mostra eficaz, uma vez que, além de não atingir todos os pontos de venda, não possui um direcionamento específico para os produtos em questão*”(65). A própria Warner-Lambert endossou esses argumentos nos autos do processo em que era parte com a Van Melle, cujo registro a SDE teve o cuidado de transpor para os autos deste ato de concentração, o que foi juntado às fls. 637 a 639.

Nota:

(65) Voto da Conselheira-Relatora no AC nº 08012.006150/99-11 (Warner-Lambert/ Van Melle), em 21.02.2001.

Dois concorrentes têm opiniões diferentes quanto ao grau de dificuldade de estabelecer relações com a rede de distribuição. Um dos concorrentes consultados pela SDE afirmou o seguinte: “ *Não temos encontrado excepcionais dificuldades para a utilização dos Canais de Distribuição disponíveis para dia espécie de Produtos e não nos parece que, mesmo ocorrendo a concentração em objeto, dita disponibilidade possa sofrer esclerosamento*”, e “*O nicho mercadológico das gomas de mascar na tipologia incorporando altas tecnologias está em expansão, admitindo, assim, novos concorrentes, desde que nenhuma barreira artificial seja levantada mediante a dominação do mercado por um único concorrente*” (fls. 732). Outro concorrente quando solicitado pela SDE a avaliar as principais dificuldades para crescer no mercado brasileiro, apontou o fato de o mercado exigir uma distribuição altamente pulverizada, onde os segmentos bares e tradicionais representam 70% do volume. Sobre sua própria rede de distribuição, o concorrente a vê como “*estruturada, porém sem a força que tem a concorrência, reforçada ainda mais pela união das duas companhias (Warner e Suchard). Esta união dificulta ainda mais a entrada da Arcor nos pontos de venda, que se satisfazem com a quantidade de itens vendidos por elas*” (fls. 657).

A SDE analisou a chamada “distribuição numérica” (dados Nielsen, bimestre Out.-Nov. 1999), que serve como um indicador da abrangência e eficiência das redes de distribuição detidas pelas empresas e fez as seguintes observações:

- 1) Kraft Lacta e Warner-Lambert possuem as duas melhores redes de distribuição do mercado;
- 2) A Arcor consegue chegar a 49% dos varejos contra 66% e 67% de Warner-Lambert e Kraft Lacta, respectivamente;
- 3) Excluindo Kraft Lacta, Warner-Lambert e Arcor, nenhuma outra empresa consegue ter penetração significativa; e
- 4) Excluindo as empresas citadas, 68% dos varejos são atendidos por alguma outra fabricante nacional de gomas de mascar.

A SDE chega à conclusão que é difícil uma empresa conseguir uma rede de distribuição que atenda todo o país, sendo que apenas três empresas (Warner-Lambert, Kraft Lacta e Arcor) têm abrangência significativa, assumindo, no entanto, que a distribuição numérica permitiria contrabalançar as preocupações concorrenciais com a operação e, por conseguinte, sua aprovação. Ressalte-se que a CFC, do México, no caso citado entre Chiclets Cannel's vs . Warner-Lambert, também identificou barreiras significativas à entrada devido à necessidade de extensa rede de distribuição. Segundo aquela Comissão são barreiras criadas por anos em razão de fatores como exposição das marcas aos consumidores, gastos com propaganda e outras estratégias de *marketing*.

Procurei avaliar melhor a presença das empresas nos canais de distribuição e requisitei novas informações da Nielsen sobre a Distribuição Numérica média nos anos de 2000 e 2001, considerados os canais alimentar e bar(66), as quais são resumidas no Quadro III, a seguir:

Nota:

(66) O canal alimentar inclui os seguintes tipos de lojas: Armazéns, Bares-Mercearias, Empórios, Lojas de Conveniência, Mercearias-Quitandas, Padarias-Leiterias e Supermer-cados que vendem pelo menos três tipos de diversas categorias de produtos alimentícios. Estão excluídos deste canal os atacadistas que sejam ao mesmo tempo varejistas, mas onde as vendas de atacado representam 50% o mais do faturamento, as feiras livres, as lojas de departamento e outras lojas de varejo especializadas. O canal bar inclui os estabelecimentos varejistas não incluídos no canal alimentar que tenham pelo menos 10% de seu volume de vendas derivado de consumo local (refrigerantes, bebidas, alimentos e outros, no recinto da loja, tendo no máximo 19 mesas e a presença de um mínimo de produtos especificadas pela ACNielsen.

QUADRO III
DISTRIBUIÇÃO NUMÉRICA MÉDIA NO MERCADO DE GOMAS DE MASCAR (CANAL ALIMENTAR E BAR)

EMPRESAS	2000		2001	
	Distribuição Numérica	Nº Aprox. de Lojas Negociantes	Distribuição Numérica	Nº Aprox. de Lojas Negociantes
Warner-Lambert	62	445.159	60	430.730
Kraft Lacta Suchard	64	458.146	61	440.109
Warner-Lambert + Kraft Lacta	75	541.118	74	530.295
Arcor	37	269.116	37	269.116
São João	39	279.217	32	232.320
Sukest Ind. Sucos Ltda.	12	86.579	9	67.099
Sabritas S.A.	8	56.276	9	64.934
Dos en Uno	6	39.682	2	16.594
Arisco	2	14.430	0	1.443
Perfetti	1	3.607	5	33.910
Outros fabricantes	30	214.283	33	238.092

Número de lojas do universo, ano 2001: 721.490

Fonte: ACNielsen.

Além da superioridade numérica da Warner-Lambert no total de pontos de vendas auditados pela ACNielsen – em torno do dobro dos demais concorrentes – a rede de pontos de vendas não auditados pela ACNielsen, que não aparece na tabela acima, deve ser proporcionalmente maior pró Warner-Lambert, devido ao efeito multiplicador de capilaridade resultante da atuação de uma rede de distribuição no atacado mais abrangente.

Os números da tabela acima, não permitem ao meu ver, tirar conclusões mais animadoras a respeito da presença das demais empresas nos canais de venda do mercado de gomas de mascar. Com a devida *vênia*, considero frágeis as razões da SDE para afastar as preocupações com a assimetria competitiva no mercado. Diferentemente das conclusões tiradas por aquela Secretaria, uma observação mais alongada no tempo, retratada pelos números do Quadro III demonstra que a rede de distribuição da Arcor não está em expansão, mas ficou estagnada nos anos de 2000 e 2001. Além disso, não considero relevante “ *o fato de as pequenas empresas somadas abastecerem um número considerável de varejos* ”, como argumentou a SDE. Primeiro porque 33% dos pontos de venda, conforme indicado no Quadro III, não chega a ser um “ *número considerável* ” de varejos, diante dos 74% da Warner-Lambert mais Kraft Lacta e, segundo, porque não é certa a eficácia da soma dos esforços individuais de venda dos diversos pequenos concorrentes frente aos esforços de um grande concorrente.

O motivo pelo qual os atacadistas e distribuidores compram um determinado produto para revendê-lo é a margem de lucro que ganham nessa operação. À medida que a Warner-Lambert garante margens bastante atrativas para os atacadistas e distribuidores em alguns produtos, torna-se muito mais difícil para a concorrência fazer com que os atacadistas e distribuidores incluam seus produtos na linha de revenda deles, ou com que invistam em estoques relevantes de seus produtos, já que o investimento majoritário é feito em estoques de produtos da Warner-Lambert/Kraft Lacta(67). Assim, ainda que não exista exclusividade na maior parte da distribuição, como propagou a requerente, torna-se difícil para uma empresa nova no mercado conseguir colocar seus produtos.

Nota:

(67) Consta que o pioneiro da mundialmente famosa Wm. Wrigley Co. (William Wrigley) utilizava, no começo do século passado, prêmios para estimular os comerciantes ter seus produtos no estoque.

É verdade que os concorrentes potenciais podem, em tese, utilizar-se dos mesmos serviços de distribuição dos atuais ofertantes do produto, como afirmou a requerente. No entanto, há um intrínseco desinteresse por parte dos comerciantes em destacar em suas prateleiras produtos de baixa rotatividade, obtendo espaço as marcas que vendem mais. O pequeno varejista dispõe de pouco espaço físico, e, certamente prefere se concentrar nas marcas mais conhecidas, que têm mais giro, ou que podem lhe dar maior margem.

Por fim, o portfólio também é importante. Uma firma que detém inúmeras marcas pode ocupar todo o espaço de produto, não deixando espaço para a entrada de outra firma. A Warner-Lambert praticamente domina o segmento de gomas de mascar para adultos, o que gera também, economias de escala e escopo na distribuição e faz com que mais redes queiram distribuir seus produtos. Portanto, o atacadista/distribuidor tem que ter produtos Warner-Lambert para atender este segmento,

o que pode alavancar as vendas de outros produtos Warner-Lambert e contribuir para reduzir o nível de investimento destes atacadistas e distribuidores em estoques de produtos fabricados pela concorrência(68).

Nota:

(68) Conforme depoimento de um concorrente, juntado aos autos. A ABICAB também levan-tou este ponto (fls. 1.034).

3.2.6 – Avaliação do Nível das Barreiras Estruturais à Entrada

Constata-se assim que a diferenciação de produto, fidelidade à marca, economias de escala e necessidade de uma rede de atacadistas de grande e pequeno porte espalhados pelo país são barreiras existentes no mercado de gomas de mascar.

Apesar dessas barreiras algumas entradas ocorreram antes do ato de concentração em apreço, ou seja, quando o mercado era bem menos concentrado, conforme se viu pela mudança no patamar do HHI. Estas entradas estão listadas abaixo:

QUADRO IV
ENTRADAS NO MERCADO DE GOMAS DE MASCAR

EMPRESA	ANO DA ENTRADA	TENDÊNCIA DO MARKET SHARE EM 2000 / 2001
Arcor	1981	→ (9,9)
Arisco	1996	↓ (0,0)
Dos en Uno / Astut Ltda.	1996	↓ (0,2)
Perfetti / Van Melle	2000	↑ (3,0)

Fonte: ACNielsen. Elaboração: CADE.

O desempenho das entrantes quanto à participação do mercado, conforme Quadro IV, é um indicador da magnitude das barreiras à entrada, bem como da insuficiência competitiva da maior parte dessas entradas. A Arcor demonstra ter tido um crescimento contínuo, mas modesto, ao longo dos últimos cinco anos, sendo que após o ato de concentração Warner-Lambert/Kraft-Suchard sua participação de mercado deixou de crescer. Vale ressaltar que a Arcor, inclusive, fez lançamentos de produtos no segmento *sugar free*, nicho de mercado em franca expansão, não logrando, porém, sucesso nas vendas de seu produto. Isso certamente atesta as dificuldades de transpor as barreiras à entrada (diferenciação de marca, rede de distribuição e investimento em *marketing*).

As entradas das empresas Arisco e Dos en Uno demonstraram-se insuficientes para concorrerem no mercado e suas participações nos últimos cinco anos tornaram-se inexpressivas. O caso da Arisco chama a atenção, já que a empresa é considerada uma das líderes no setor de alimentos no Brasil (segundo maior grupo de capital nacional do mercado de alimentos) e dispõe de respeitável rede própria de distribuição no setor.

A entrada da Perfetti em 2000 é a mais importante, por se tratar de um *player* de porte mundial. Embora essa entrada tenha se dado após a aquisição do negócio de doces da Kraft pela Warner-Lambert, frize-se que a mesma já era irreversível quando a operação veio à luz (fls. 1.272). Vale registrar que essa entrada se deu com produtos tecnologicamente iguais ou acima dos melhores existentes no mercado, de modo que a concorrência com a Warner-Lambert está se dando nos nichos de produtos mais sofisticados (*sugar free*, funcionais etc) e não nos nichos de baixo preço.

Assim, se as barreiras à entrada antes da operação já não eram desprezíveis e só foram superadas por empresas multinacionais de porte, após a operação essas barreiras tornaram-se ainda mais elevadas.

4 – BARREIRAS À EXPANSÃO DAS FIRMAS EXISTENTES

As mesmas barreiras à entrada de novos concorrentes atuam com mais vigor contra a sobrevivência e expansão das firmas já existentes no mercado considerado. Atuam em favor da Warner-Lambert a superioridade tecnológica resultando em vantagens de custo, só contestadas pela Perfetti, que ainda tem pequena penetração na rede varejista. Da mesma forma as economias de escala e escopo, já que a Warner-Lambert fabrica e vende quantidades e variedades de produto muito acima de qualquer outro concorrente no mercado relevante. Com operações maiores, uma firma pode ser capaz de implementar equipamentos mais especializados, centros de distribuição localizados mais perto dos consumidores, um número maior de plantas, programas de treinamento para seus empregados talhados às circunstâncias particulares, e assim por diante(69).

Nota:

(69) Cf. MILGROM, P. e ROBERTS, J. Economics, Organization & Management. New Jersey: Prentice Hall, 1992, p. 106.

Por definição, economias de escala na produção possibilitam uma firma reduzir seus custos que são elemento importante na determinação dos preços a serem cobrados. Tais custos reduzidos são vantagens que poderiam ser muito benéficas em um mercado de bens homogêneos e em concorrência perfeita, mas, em um mercado caracterizado por produtos diferenciados e por uma única firma com posição dominante, certamente serão utilizadas de forma estratégica para inviabilizar a concorrência existente. E não há garantias de que sejam pelo menos parcialmente repassados aos consumidores.

A diferenciação do produto se dá pela reputação que as marcas da Warner-Lambert gozam junto ao consumidor, o que de certa forma torna os nichos onde atua quase monopolizados por ela (chicle de bola recheado, *drops sugar free* para todos os gostos etc.), por causa da fidelidade fixada pela “imagem” da marca, provavelmente em decorrência de anos de investimento em *marketing*. No segmento de chicles de bola, p. ex., a Warner-Lambert só atuava com o Bubbalo, e esse produto era praticamente o único chicle de bola recheado conhecido.

A finalidade da diferenciação de produtos é criar nichos de mercado onde a empresa possa ser monopolista. Até aí nenhum problema, mesmo porque a conquista de mercado resultante de processo fundado na maior eficiência de agente econômico não caracteriza dominação de mercado (art. 20, § 1º, da Lei nº 8.884/94). O problema surge quando essa empresa que já detêm a posição dominante em nichos importantes dos segmentos de mercado adquire a primeira opção dos consumidores também em outro nicho – o do chicle de bola da Kraft Suchard, de preço mais baixo, que era a porta de entrada dos concorrentes potenciais egressos do segmento de balas e *drops*, constituído por médios e pequenos fabricantes de capital nacional (ou sul-americano).

A entrada da Warner-Lambert também neste segmento, onde até então não atuava, caracterizando controle de parcela substancial do mercado relevante, ergueu mais uma barreira à entrada ou à expansão das menores concorrentes no mercado.

A maior parte dos elementos de competição considerados pela literatura econômica se baseia em hipóteses iniciais de assimetria entre os agentes⁽⁷⁰⁾. Ao meu ver essa assimetria entre a Warner-Lambert e seus concorrentes efetivos ou potenciais está assegurada pelo ato de concentração que alterou profundamente a estrutura do mercado. A literatura ainda menciona que é possível verificar situações em que as empresas atuam com preços inferiores aos de monopólio e superiores aos de concorrência – o preço limite – utilizando-se de custos irrecuperáveis como investimento em capacidade, em P&D, fixação da marca, entre outros com o objetivo de prevenir a entrada de entrantes potenciais rivais e dar consistência a posicionamentos estratégicos e ameaças. Como consequência deste tipo de análise, há um processo estratégico de concorrência a partir da realização de investimentos em custos irrecuperáveis, criador de assimetrias entre a empresa estabelecida e as empresas entrantes. Além disso, esses custos podem ser utilizados não só como instrumentos para prevenir a entrada, mas também como forma de concorrer com outras empresas já presentes no mercado.

Nota:

(70) Cf. ROCHA, Frederico. “Prevenção estratégica à entrada” in KUPFER, D., e HASENCLEVER, L., (Org), Economia Industrial – Fundamentos Teóricos e Práticos. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 239-263; e Oz Shy, Industrial Organization: Theory and Applications. Cambridge: The MIT Press, 1995 (Fourth printing, 1998), p. 186-206.

5 – POSICIONAMENTO DOS PRODUTOS E MARCAS NO MERCADO

Tendo em vista que a elevada participação de mercado conseguida pela Warner-Lambert não é, todavia, um indicador seguro para avaliar o efeito no mercado, da operação, a SDE passou a verificar o posicionamento de preços (a varejo) dos produtos das principais empresas no mercado de gomas e a evolução das participações de mercado de 1999 para 2000, ou seja, no primeiro ano imediatamente após a operação, conforme apresentado no quadro abaixo.

QUADRO IV POSICIONAMENTO DE PREÇOS DE VAREJO E EVOLUÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES DE MERCADO

EMPRESAS	ÍNDICE DE PREÇOS		SHARE VOLUME (%)		SHARE VALOR (%)		VARIACIONES
	1999	2000	1999	2000	1999	2000	
Warner-Lambert	131	138	42,7	44,3	56,0	61,2	↑ 5% nos preços; ↑ 1,6 no <i>share</i> volume; ↑ 5,2 no <i>share</i> valor.
K. Lacta	85	72	22,1	18,1	18,9	13,1	↓ 15,6% nos preços; ↓ 4 no <i>share</i> volume; ↓ 5,8 no <i>share</i> valor.
Warner + Kraft	-	-	64,8	62,4	74,9	74,3	↓ 2,4 no <i>share</i> volume; ↓ 0,6 no <i>share</i> valor.
Arcor	67	64,5	15,9	16,6	10,6	10,7	↓ 3,7% nos preços; ↑ 0,7 no <i>share</i> volume; → no <i>share</i> valor.
Outros fabricantes nacionais	66,7	62,7	16,9	19,4	11,7	12,7	↓ 6% nos preços; ↑ 2,5 no <i>share</i> volume; ↑ 1 no <i>share</i> valor.

Fonte: ACNielsen/ Elaboração: SDE/DPDE.

A SDE então observou, com base no Quadro IV, que (fls. 762):

- 1) a Warner-Lambert é a única empresa que consegue aumentar os seus preços e, mesmo assim, ampliar sua participação no mercado;
- 2) a Kraft Lacta é a única empresa que, apesar de diminuir os seus preços (em 15,6%), não consegue manter ou ganhar fatias de mercado (queda de 5,8 pontos percentuais no *share* valor); e
- 3) a Arcor e o grupo dos demais fabricantes nacionais de gomas de mascar estão diminuindo os seus preços e mantendo ou aumentando suas participações no mercado.

Passo a seguir a fazer algumas considerações que entendo pertinentes sobre as conclusões da SDE: sobre a observação 3 acima (posicionamento de preços e *share* de todos os concorrentes da Warner-Lambert), o que deve ser dito é que estas empresas diminuíram seus preços e praticamente não conseguiram elevar seus *market shares*, enquanto a Warner-Lambert aumentou preços e ainda aumentou *market shares*. Ou, dito de outra forma: somente a Warner-Lambert com suas próprias marcas conseguiu aumentar os preços e a participação de mercado, enquanto todas as demais marcas diminuíram os preços e ainda perderam *market share*, ou permaneceram nos mesmos níveis, incluindo as que ela adquiriu da Kraft Lacta.

O fato de a Warner-Lambert conseguir ganhar fatias de mercado, mesmo praticando preços crescentes só atesta, para a SDE, o que já era evidente: a posição dominante e o poder de mercado dessa empresa no mercado de gomas de mascar.

Apesar de ter constatado num passo seguinte da sua análise que há barreiras à entrada dada a necessidade de se dispor de uma rede de distribuição capilar e de gastos com propaganda, a SDE entendeu, contudo, que três fatores seriam fortes indícios de que o ato de concentração não prejudicaria a concorrência: i) o fato de a Kraft Lacta estar perdendo mercado; ii) mercado em retração; e iii) o fato de a rede de distribuição da Arcor ter boa abrangência além do que a maior parte dos varejos é atendida por pelo menos um fabricante de gomas que não seja a Warner-Lambert/Kraft Lacta.

Quanto ao primeiro indício, na visão da SDE, a aquisição do negócio de gomas de mascar da Kraft, se por um lado aumentou a participação total da Warner-Lambert no mercado, por outro, deixou a adquirente com determinados produtos que mesmo tendo seus preços reduzidos em 15,6% (entre 1999 e 2000), perderam participação de mercado.

Ao meu ver, essa justificativa da SDE não atenua o portentoso poder de mercado granjeado com a operação nem seu potencial de prejuízo à livre concorrência, até porque aparentemente não levou em conta a capacidade de gestão estratégica do portfólio.

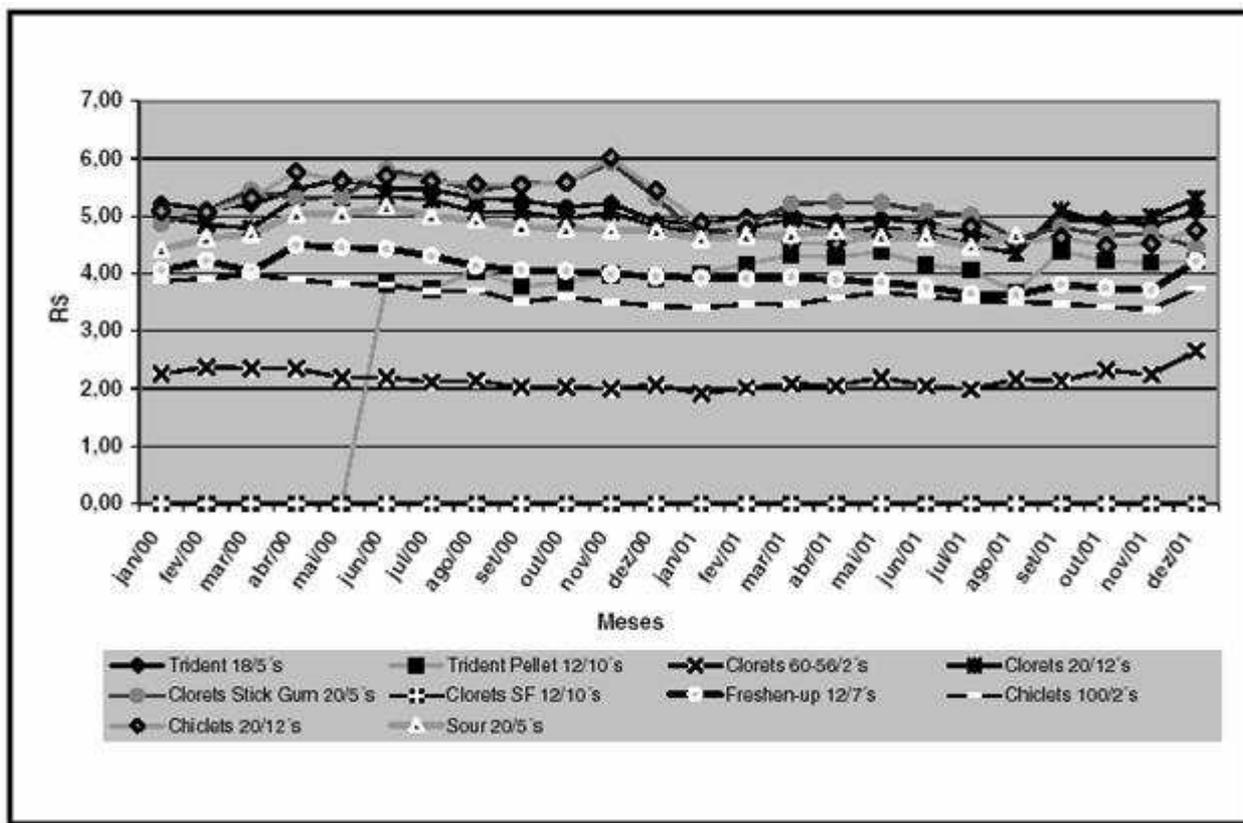
O segundo indício considerado pela SDE – mercado em retração – conduz, na minha visão, a conclusões diametralmente opostas às da Secretaria. Um mercado em expansão aumenta a possibilidade de entrada e crescimento de empresas menores e, portanto, minora a possibilidade de abuso da posição dominante.

O terceiro fator dado pela SDE também não me parece suficiente para afastar o potencial anticompetitivo da operação a ponto de permitir a aprovação da mesma, pelos motivos já apresentados, quando discuti a distribuição numérica.

Procurei, então, deter minha atenção no posicionamento do portfólio dos produtos da Warner-Lambert e daqueles adquiridos da Kraft Lacta, agora sobre os preços no atacado (cotejando-os com os preços no varejo) no período pós-operação para ver se haveria algum indício mais veemente das reais motivações da Warner-Lambert na aquisição da sua concorrente.

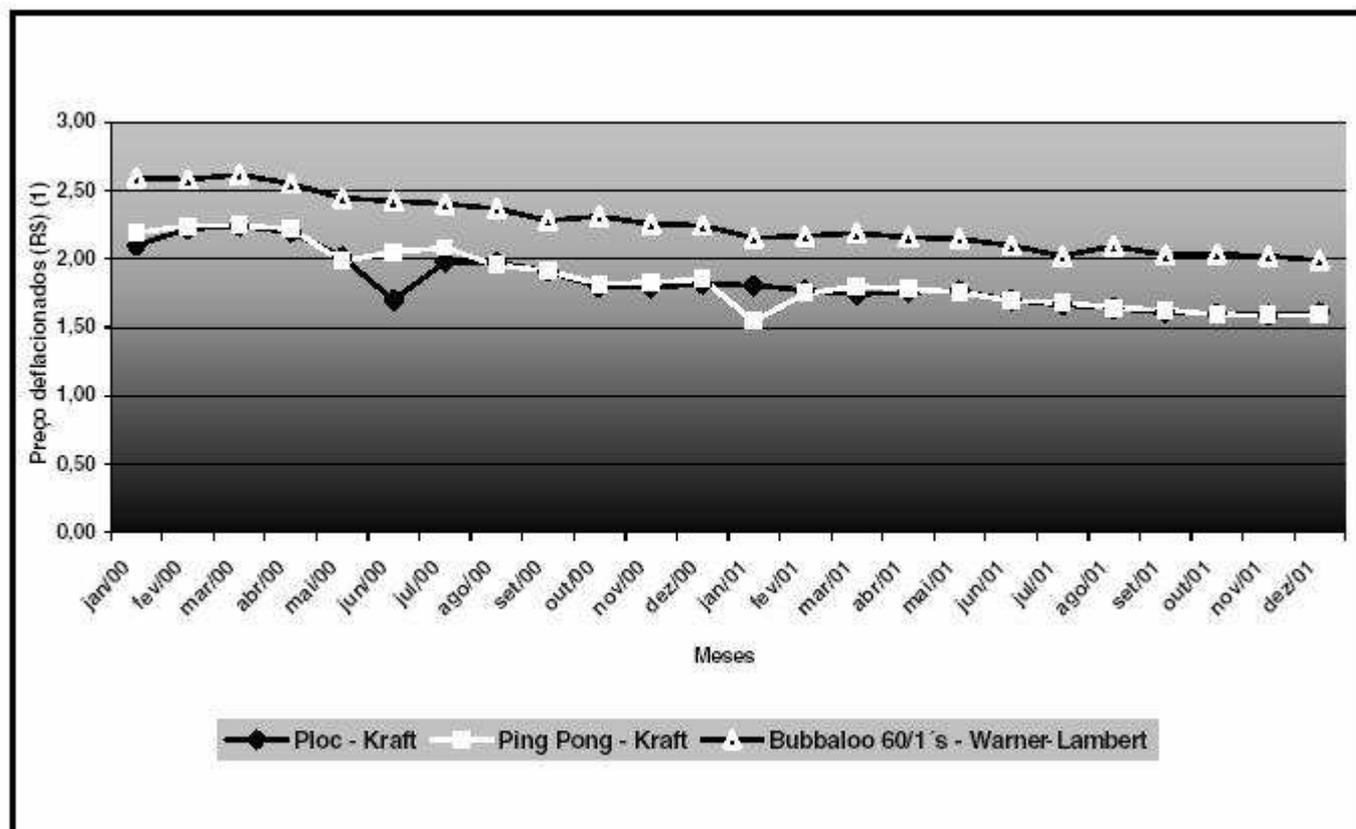
O gráfico abaixo mostra que imediatamente após a aquisição do negócio Kraft, a Warner-Lambert promove elevações de preços, por cerca de quatro meses, em quase todos os produtos do seu portfólio de gomas de mascar, mas, em seguida, passa a praticar contínuas reduções de preços durante o restante de 2000 e todo o ano de 2001.

GRÁFICO II
PREÇOS DE VENDA NO ATACADO DEFLACIONADOS PELO IGP-DI DE GOMAS DE MASCAR DA
WARNER-LAMBERT
JAN/00 - DEZ/01



O mesmo acontece com os preços das três principais marcas de chicletes de bola detidas pela Warner-Lambert, após a operação (Bubbaloo, Ping Pong e Ploc) sob seu controle único.

GRÁFICO III
PREÇOS ATACADOS DEFLACIONADOS DOS PRINCIPAIS PRODUTOS DA LINHA DE CHICLETES
DE BOLA DOS ANOS 2000 E 2001



(1) Índice de Preços por Atacado - Disponibilidade Interna (IPA - DI), Fundação Getúlio Vargas/Conjuntura Econômica (Mês base = dez/2001).

O Quadro V, a seguir, apresenta melhor que os gráficos as reduções dos preços reais no atacado e mostra que em praticamente todas as linhas de produtos vendidos pela Warner-Lambert, os preços foram reduzidos após a operação:

QUADRO V VARIAÇÃO DOS PREÇOS NO ATACADO DAS GOMAS DE MASCAR VENDIDAS PELA WARNER-LAMBERT

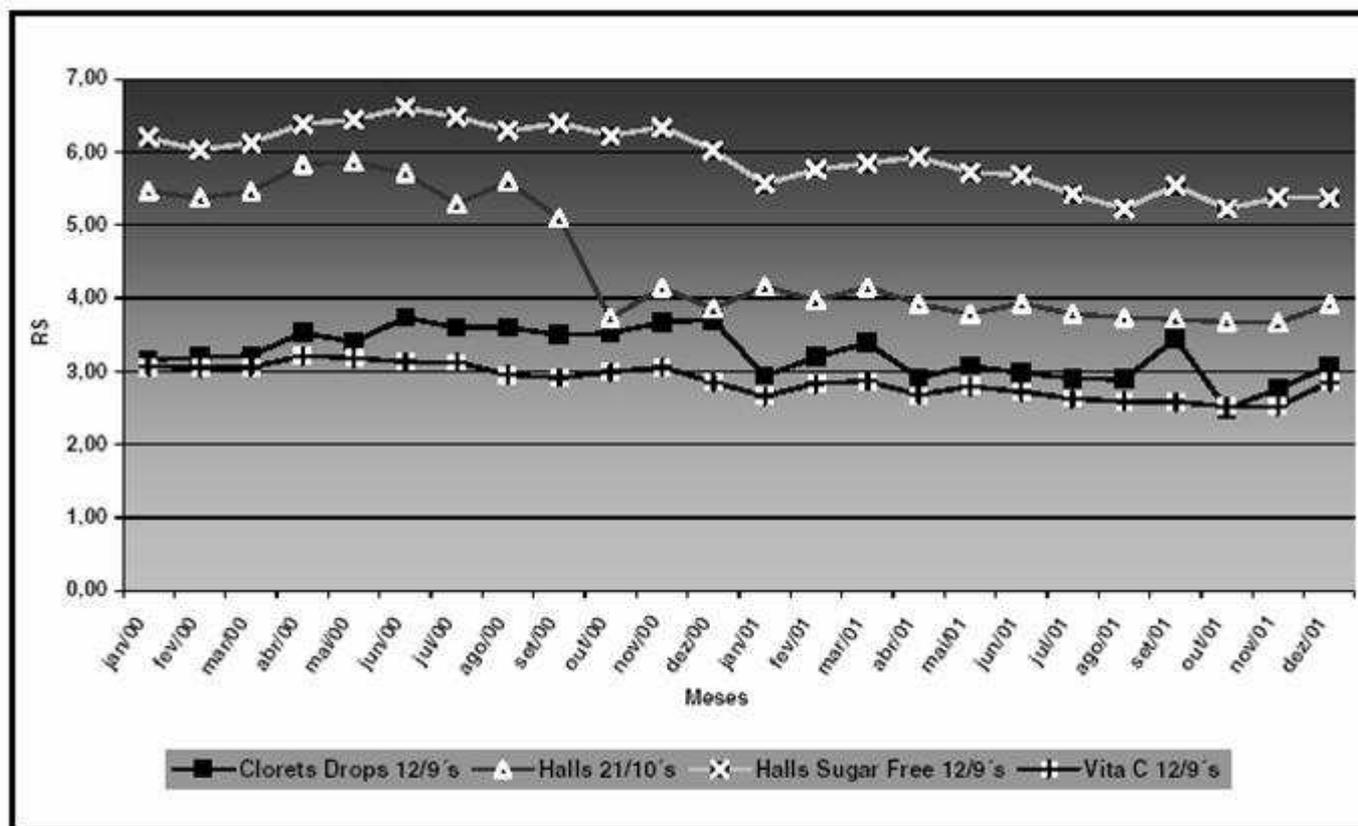
LINHA DO PRODUTO	PRODUTO	VAR. JAN-DEZ/00 (%)	VAR. JAN-DEZ/01 (%)	VAR. JAN/00-DEZ/01 (%)
Chicletes de Bolas	Bubbalo 60/1's	-13,46	-7,70	-23,32
	Ploc	-13,45	-10,93	-23,38
	Ping Pong	-15,56	2,72	-27,58
	Preço Médio	-14,19	-12,08	-32,69
	Trident 18/5's	0-5,86	003,76	
	Clorets 60-56/2's	0-8,55	038,49	
	Clorets 20/12's	0-3,55	012,24	
	Clorets Stick 20/5's	09,16	0-3,76	
	Freshen-up 12/7's	0-2,54	0 7,35	
	Chiclets 100/2's	-11,04	009,76	
	Chiclets 20/12's	07,25	0-2,72	
	Preço Médio	0-5,55	012,89	
	Plets	004,28	020,87	

Fonte: Requerente.

Se observarmos a evolução dos preços dos outros produtos, os drops, que não fazem parte do mercado relevante, mas fazem parte do portfólio da Warner-Lambert, seus preços tiveram comportamento idêntico ao das gomas de mascar e dos chicles de bola (Gráfico IV).

GRÁFICO IV

PREÇOS DE VENDA NO ATACADO DEFLACIONADOS PELO IGP-DI DE DROPS DA WARNER-LAMBERT JAN/00-DEZ/01



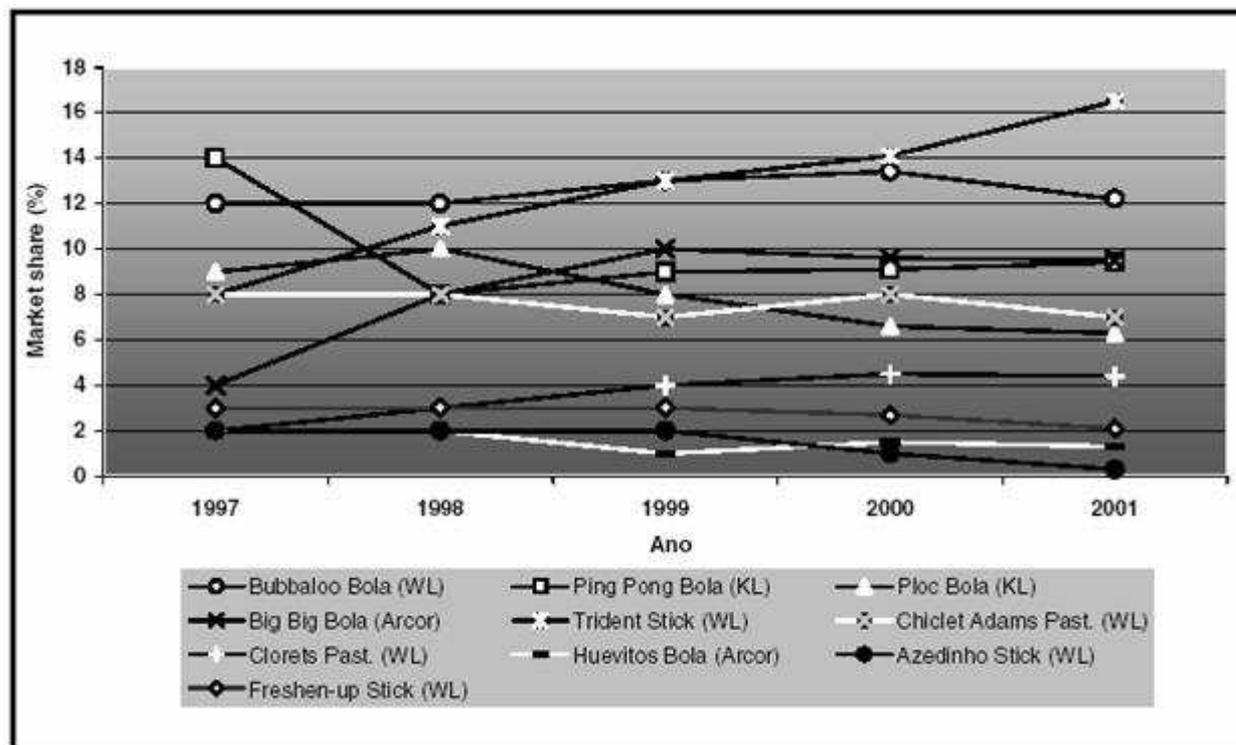
A evolução dos preços no atacado, praticados pela Warner-Lambert, desde logo indica que esta não é uma típica aquisição motivada pelo objetivo estratégico de eliminação de um único concorrente inoportuno (o competidor *maverick*).

Informações da ACNielsen indicam que no cômputo geral da variação de preços (de varejo) dos produtos, três empresas apresentaram elevação no índice de preços de 2000 para 2001: Arisco, Perfetti e Warner-Lambert. As demais apresentaram redução (Sukest e Kraft Lacta) ou permaneceram estáveis (Arcor e São João).

Conclui-se, portanto, que a redução dos preços no atacado da maior parte dos produtos da Warner-Lambert e da Kraft Lacta, em 2002 e 2001, foi acompanhada por uma redução dos preços nominais também no varejo em alguns produtos, como no caso do Bubbalo, do Ping Pong e do Ploc. Ao mesmo tempo, os indicadores de *market share* das marcas (Gráfico V) mostram que as três concorrentes mais antigas no mercado (Warner-Lambert, Kraft Lact e Arcor) tiveram marcas que ganharam *market shares* (Trident Stick (WL), Ping Pong (KL) e Big Big (Arcor)) e marcas que perderam *market shares* (Bubbalo (WL), Ploc (KL) e Huevitos (Arcor)), o que não permite tirar conclusões a partir dessas informações.

GRÁFICO V

MARKET SHARES (VOLUME) DAS PRINCIPAIS MARCAS DE GOMAS DE MASCAR



Fonte: ACNielsen. Elaboração SDE/CADE.

No entanto, diante das reduções de preços no atacado praticadas pela líder do mercado Warner-Lambert, cabe fazer as seguintes perguntas: teria o aumento de produtividade decorrente da adição de capacidade instalada adquirida da Kraft Lacta propiciado reduções de custo correspondentes às diminuições de preços?

Ao contrário, segundo informações da Warner-Lambert os custos unitários de produção das principais linhas de produto aumentaram de 2000 para 2001.

Um fato que não pode deixar de ser mencionado é que a Warner-Lambert optou por promover aumentos “disfarçados” de preço ao diminuir o peso do Bubbaloo, de 6,5g para 5,5g, o que muitas vezes não é percebido pelo consumidor (fls. 1.272). Também, no lançamento do PingPongPloc, neste ano de 2002, a Warner-Lambert reduziu seu peso de 4,8g para 4,0g, uma redução de 16,7%, atingindo, segundo os conhecedores do produto, o limite mínimo de qualidade. Certamente essas reduções de peso lhe permitem reduzir os preços nominais contra os concorrentes na colocação do seu produto junto à rede atacadista e varejista, o que certamente não é repassado para o consumidor que acaba pagando o mesmo preço por menos produto, ou seja, os preços reais ao consumidor podem não ter diminuído. Do mesmo modo, se mantido o preço, a redução de peso significa, na verdade, aumento disfarçado de preço.

A ABICAB manifestou-se nos autos suscitando que durante o ano 2000 foram notadas pelos seus associados várias “ações predatórias de preços” praticadas pela Warner-Lambert no segmento de *drops* e gomas de mascar, prejudicando as outras empresas de menor porte no mercado (fls. 739). No entanto, mesmo tendo este relator conferido à requerente a oportunidade de refutá-las, ela não o fez, de forma que não há respostas plausíveis nos autos para as interrogações que emergiram do comportamento dos preços no atacado praticados por ela.

A possibilidade de ação predatória não preocupou a SDE, porque, segundo o parecer, “... a empresa [Warner-Lambert] não tem potencial para tanto”. Para chegar a essa conclusão a SDE baseou-se nos seguintes argumentos:

- 1) a participação de mercado dos produtos Kraft Lacta teria diminuído (redução de 18,9% para 13,1% no *share* valor), além de não conseguir retirar fatias de mercado de seus concorrentes considerados agrupadamente;
- 2) a participação de mercado consolidada (Warner-Lambert/Kraft), em faturamento, diminuiu de 1999 para 2000, mesmo com o aumento de preços (no varejo) dos produtos originais da Warner-Lambert.

A ABICAB voltou a se manifestar afirmando que a SDE deixou de examinar a estratégia por trás da política de preços (fls. 1.042) e observou que no período após a aquisição – 2000 e 2001 – os preços de varejo dos produtos da Warner-Lambert aumentaram significativamente, enquanto os preços dos produtos adquiridos da Kraft Lacta variaram para baixo.

O que se observa pelos índices de preços de cada produto calculados pela AC Nielsen é que houve, no período considerado, reduções de preço na maioria dos produtos da Warner-Lambert (com algumas exceções como p. ex., o Trident), e em todos os produtos da Kraft Lacta. É fato, entretanto, que enquanto o índice de preços geral da Kraft Lacta reduziu de 83 para 76, o da Warner-Lambert aumentou de 132 para 134. Outra constatação é que o índice de preços de todas as demais principais concorrentes do mercado ou reduziu-se ou manteve o mesmo nível nos dois anos considerados.

Além disso, observa-se no Quadro II que o *market share* da Warner-Lambert cresceu significativamente de 1999 para 2000 e manteve-se praticamente estável de 2000 para 2001.

As informações de preço no varejo e *market share* podem estar indicando apenas que a Warner-Lambert não teve sucesso em recuperar os *market shares* dos produtos Kraft Lacta, apesar de praticar uma considerável redução nominal de preços (15,6%, entre 1999 e 2000, como indica o índice de preços Nielsen estimado no parecer da SDE, fls. 762), o que

explica a redução da soma dos *market shares* desta empresa com os da Kraft Lacta, conforme argumentou a SDE.

A evolução dos preços dos produtos originários da Warner-Lambert no atacado e no varejo, após a operação, pode estar indicando que a empresa reduziu seus preços no atacado mais do que no varejo, ou praticou descontos seletivos, aumentando a margem dos distribuidores e varejistas, de forma estratégica.

Além disso, a Warner-Lambert diminuiu seu faturamento só com o Bubbalo e somente em 2000 (-2%), tendo tido acréscimos substanciais em todos os outros produtos em 2000 e 2001. Assim, houve perda de participação de mercado, mas não perda de faturamento. E, mesmo que houvesse, deve ser acentuado que uma estratégia de perda no curto prazo, encetada por empresa com poder no mercado e porte financeiro suficiente, pode ter como objetivo afastar ou disciplinar concorrentes(71).

Nota:

(71) E em razão das condições estruturais vigentes no mercado relevante em questão, não é certo que tal estratégia seja tão fadada ao fracasso

Para a ABICAB, o uso do portfólio de marcas de forma 'predatória', seria possibilitado pelo fato de que a Warner-Lambert tem significativas vantagens com relação a seus rivais, e a eventual perda de faturamento seria a consequência, no curto prazo, da adoção de uma estratégia de redução de preços, com o objetivo de inviabilizar a entrada e a permanência de rivais no mercado(72) .

Nota:

(72) Segundo a ABICAB, "a estratégia adotada pela Warner-Lambert com a compra do negócio de gomas de mascar da Kraft Lacta não foi a de reduzir os preços dos produtos desse portfólio adicional para aumentar sua participação de mercado. O objetivo da Warner-Lambert foi aumentar seu faturamento e bloquear a entrada e participação no mercado de empresas rivais. A aquisição dos ativos da Kraft Lacta permitiu um reposicionamento de produtos no portfólio, elevando os preços do Bubbalo e reduzindo os preços de Ploc e Ping Pong, por meio de campanhas promocionais desenvolvidas ao longo do ano de 2000 (...). Essas marcas adquiridas, tradicionais e de presença necessária em todo pequeno varejo, têm servido para alavancar as vendas de produtos de maior valor agregado, em especial do Bubbalo, para permanecermos no mesmo mercado relevante".

A contínua redução de preços no atacado dos produtos Warner-Lambert, observada no período 2000-2001 (Gráficos II a IV), pode estar indicando que a 'estratégia predatória' estaria sendo implementada não nos preços de venda ao consumidor, mas em concessões comerciais (descontos, promoções etc.) à rede de distribuição atacadista e varejista. Observe-se ademais, a possibilidade de que tais reduções de preços reflitam tão somente o intuito estratégico de criação de barreira na distribuição à expansão das concorrentes, sem qualquer vantagem para os consumidores. Resta ainda o fato de que as acusações da ABICAB não foram devidamente espancadas pela Warner-Lambert.

A doutrina admite, inclusive, que uma conduta predatória pode estar ocorrendo se uma empresa com poder de mercado estiver vendendo com baixíssimos níveis de lucro (preço-limite), visando à eliminação dos concorrentes. Por outro lado, a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue, o que dificulta sobremaneira a identificação de práticas predatórias.

É até possível que não esteja ocorrendo a prática de preço predatório, mas um processo competitivo normal em mercados de oligopólio. A literatura mais avançada sobre essa conduta descreve uma situação em que o entrante tem uma entrada com valor positivo (lucrativa), mas, de fato, incorre em perdas, uma condição necessária, mas não suficiente para que a predação tenha ocorrido. O entrante pode ter-se confundido, pelo menos inicialmente, de forma que é necessário checar como a situação evoluiu no período pós-entrada. A firma estabelecida (*incumbent*), por sua vez, pode não ser responsável pelas perdas do entrante, se é o entrante que age agressivamente e impõe perdas a ele mesmo e à *incumbent* . Tal comportamento agressivo faz sentido: pode significar uma luta para estabelecer liderança no mercado, sem querer eliminar o rival. Uma tal estratégia é chamada conflito de Stackelberg na literatura econômica(73).

Nota:

(73) Excerto traduzido livremente de PHLIPS, Louis. Competition Policy: a game-theoretic perspective. Cambridge University Press, 1995, p. 223.

Contudo, não pretendo em sede deste processo de análise de ato de concentração encontrar a certeza se a Warner-Lambert está ou não, de fato, praticando ações predatórias contra suas concorrentes, até porque nem o procedimento administrativo nem as informações carreadas aos autos são apropriados para esse tipo de investigação.

Resta, porém, a questão que, independentemente da conduta atual da Warner-Lambert, **a operação i) concentrou significativamente o mercado relevante; ii) o mercado relevante é caracterizado por barreiras estruturais à entrada** representadas por diferenciação de produto (gastos com publicidade e propaganda, fidelidade à marca), necessidade de contar com um portfólio mínimo eficiente para justificar uma rede de distribuição capilarizada, e vantagens de custo dadas pelas economias de escala e de escopo na produção e na distribuição); e, **iii) a posição dominante – e portanto assimétrica – da Warner-Lambert no mercado magnifica o nível das barreiras à entrada de novos entrantes e à expansão das firmas menores**, dadas as possibilidades que passa a ter de criação de barreiras estratégicas à entrada e à expansão dos concorrentes, decorrentes dessas vantagens de custo e do portfólio de marcas que passa a deter.

6 – ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO CONCORRENCIAL DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

É contrária ao direito concorrencial a estrutura de mercado que possa proporcionar uma restrição substancial e injustificável da concorrência(74).

Nota:

(74) Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: As estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 143.

A regra da razão permite autorizar atos que levem à dominação de mercados ou restringem a concorrência se houver justificativas de eficiência e redistribuição de benefícios para o consumidor.

Mas, no direito concorrencial brasileiro (art. 54, da Lei nº 8.884/94), a regra da razão inclui a avaliação tanto do montante da restrição à concorrência quanto suas justificativas. Prevê o § 1º inc. III, ser necessário que os atos “ *não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços* ”.

Se o ato não implica eliminação da concorrência de **parte substancial** do mercado relevante, mas apresenta efeitos anticompetitivos reais ou potenciais estes atos ainda podem ser aprovados pelo CADE, desde que também apresentem justificativas que possam contrabalançar os efeitos negativos. Estas justificativas, na verdade, condições que o ato deve atender, estão listadas no § 1º, inc. I e II do art. 54, e são i) *ter por objetivo* o alcance de eficiências (*benefícios*) e ii) a repartição dos benefícios decorrentes com o consumidor. Os efeitos anticompetitivos são, nessa hipótese, apenas o lado negativo do balanço (*o custo*), que em princípio poderia ter um saldo positivo, o que autorizaria a aprovação de um ato com efeitos anticoncorrenciais no mercado. Vejamos se eles estão presentes no ato de concentração ora analisado.

6.1 – Potenciais Efeitos Anticoncorrenciais do Ato

Entendo que uma concentração que reforça a participação global da firma já dominante no mercado tem grande probabilidade de constituir uma restrição substancial da concorrência. De acordo com a lei brasileira de defesa da concorrência, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante. E, ainda, a posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante. No caso em análise, a requerente não só passou a controlar a expressiva parcela de 74,3% (valor), como nenhuma outra rival chega a ter mais de 10,7% do mercado relevante (dados calculados com base no valor das vendas, de 2000).

A preocupação é não apenas por causa da elevada participação da Warner-Lambert no mercado relevante de gomas de mascar. As barreiras à entrada que, como vimos, atuam nos atuais mercados alimentícios oligopolizados, são um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permitem transformá-lo em verdadeira dominação do mercado. Por esses motivos, elas são um elemento fundamental a ser levado em conta na aplicação do art. 54, § 1º, da Lei Concorrencial Brasileira. Conforme Calixto Salomão Filho, “[E]specificamente com relação à concentração empresarial, o desrespeito aos interesses acima mencionados – dos concorrentes e dos consumidores – **impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente nos incs. III e II**. Com efeito, existentes barreiras à entrada, **há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (inc. III)** . Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo anticompetitivo”(75).

Nota:

(75) Idem, p. 154. Segundo Calixto Salomão (ob cit., p. 166), barreiras à entrada “[T]alvez seja o único fator de todos cuja presença é apta, quase por si só (desde que acompanhada pelo menos dos patamares mínimos de participação no mercado), a caracterizar a ilicitude. Isso porque, existentes as barreiras, toda a concorrência potencial está automaticamente eliminada. Substancial é, portanto, a limitação da concorrência”.

Veja que a questão não é o investimento em aumento de capacidade produtiva por meio da operação, que certamente foi um dos motivadores dela, conforme declarou a adquirente no formulário Anexo I à Resolução nº 15 do CADE. Apesar disso poder significar também, como vimos, uma estratégia de firmas estabelecidas de desencorajamento de entrada, a Warner-Lambert poderia fazê-lo de outra forma – adquirindo terreno, montando novas linhas de produção etc. – da qual o CADE sequer tomaria conhecimento. Porém, preferiu a Warner-Lambert adquirir todo o negócio de confeitos doces da Kraft-Lacta, ciente, no entanto, que a lei antitruste veda operações que resultem em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante. É o que ocorre no presente caso.

Também a expansão do portfólio de marcas poderia se dar tanto por inovações quanto pela aquisição das já existentes no mercado. No caso desta última, o papel do controle preventivo das estruturas de mercado atribuído ao CADE pela Lei nº 8.884/94 visa avaliar sua potencialidade de lesão à livre concorrência no mercado. No caso, a capacidade de uso estratégico da política de preços por meio de marcas de combate com grande apelo junto ao consumidor, bem como a possibilidade de bloqueio do acesso a canais de distribuição, através da imposição de condições de exclusão e/ou restrição de espaço, são de fato, preocupantes do ponto de vista concorrencial.

O domínio sobre um amplo portfólio de marcas também possibilita que a firma detentora do portfólio faça venda de uma marca condicionada à aquisição de uma outra. A Comissão Européia recentemente teve essa preocupação nos casos Guinnesss/Grand Metropolitan e Boeing/McDonnell Douglas(76).

Nota:

(76) Cf. VERLOOP, P. (ed.), Merger Control in the EU. Kluwer Law International (London). Third revised edition, 1999, p. 26-27.

Como restou evidente, além das barreiras estruturais que caracterizam o mercado relevante, a possibilidade de elevação de barreiras estratégicas à entrada e à expansão das firmas existentes são factíveis. Sobressaem-se entre essas barreiras estratégicas aquelas decorrentes da “vantagem de ser o primeiro”. Este tipo de vantagem ocorre em muitas situações estratégicas em setores dominados por uma grande empresa que geralmente lidera na tomada de decisões fundamentais no mercado(77).

Nota:

(77) PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L. Microeconomia. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 571. O autor observa que nestes casos o modelo de Stackelberg é o mais apropriado para descrever o mercado. Nesse modelo, uma empresa toma sua decisão de produção antes que sua concorrente o faça. No equilíbrio de Stackelberg (que é também um equilíbrio de Nash), cada empresa estará fazendo o melhor que pode em função da decisão tomada por sua concorrente (p. 615).

No caso em apreço, o reforço da posição dominante da empresa líder, a própria Warner-Lambert, torna-a apta a “dar as regras” no jogo da concorrência no mercado. Isso é poder de mercado, que é comumente definido na literatura antitruste como o poder de uma empresa de fixar preços significativa e persistentemente acima do nível competitivo. O sinônimo na lei brasileira de poder de mercado (art. 20) é o de posição dominante e seu respectivo abuso(78).

Nota:

(78) Na lição de Paula Forgioni, a posição dominante “é decorrência e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado”. In: “Posição Dominante e seu Abuso”, in Revista de Direito Econômico n. 26, p. 109, ago./dez. 1997. Há posição dominante sobre um mercado quando uma ou várias empresas podem agir de maneira fundamental sobre as decisões de outros agentes econômicos, por meio de estratégia independente, de sorte que uma concorrência praticável e suficientemente eficaz não pode surgir e manter-se no mercado (cf. FARIA, Werter. Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992, p. 32).

É importante ressaltar que o poder de mercado não se expressa somente nos preços. Grande parte das condutas

consideradas anticompetitivas (p. ex., art. 21 da Lei nº 8.884/94) não ocorrem via preços. Mas a primeira definição, embora restritiva, é utilizada por ser muito simples e de fácil aplicação, inclusive jurídica. Ela implica logicamente a suposição de que quem pode elevar os preços acima dos custos: i) possui poder de mercado; e ii) pode em princípio exercê-lo por qualquer outro meio disponível(79).

Nota:

(79) Se serve de ilustração, Joseph Farrel e Carl Shapiro estudaram as concentrações horizon-tais no contexto de um modelo de Cournot sob condições muito gerais de oferta e demanda no qual lidam com os efeitos de concentrações no preço ou no bem-estar do consumidor. Nesse modelo os autores mostram que mesmo que as concentrações tornem os custos mais baixos ainda elevam o preço, a menos que tornem muito mais baixos os custos (WERDEN, G. J. Using the Herfindahl-Hirschman index – Horizontal Mergers: comment, in PHLIPS, L. (Ed.), Applied Industrial Economics. Cambridge University Press, 1998, p. 368).

Poder de mercado exerce quem o tem. E a percepção de tê-lo equivale à possibilidade de exercê-lo (de forma abusiva ou não) sem constrangimento. Toda aquisição de poder econômico excessivo não se harmoniza com o princípio da liberdade de concorrência. É por isso que a lei procura prevenir as concentrações que geram concentrações excessivas. Num contexto de enorme disparidade competitiva entre os agentes do mercado, se deixado este às suas próprias regras, ou seja, sem nenhuma intervenção preventiva no controle de sua estrutura, tende a ganhar validade a máxima “contra a força não há resistência”. A teoria dos jogos dá diversos exemplos em que decisões estratégicas como a determinação de níveis de produção, determinação de preços, decisão de gastos com P&P, de lançamento de produtos etc., dependem da decisão da empresa que fizer o primeiro movimento, e esta saberá que sua decisão estará limitando as opções das outras concorrentes.

Além disso, note-se que a empresa dominante pode lançar mão de um leque variado de movimentos estratégicos, assim entendido aqueles que influenciam as opções de outra pessoa de uma forma favorável ao agente do movimento(80).

Nota:

(80) Cf. SCHELLING, Thomas C. The Strategy of Conflict. Nova Iorque: Oxford Univ. Press, 1960, p. 160 apud PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L., ob. cit., p. 634.

Os depoimentos dos concorrentes da Warner-Lambert no mercado de gomas de mascar, dos quais os autos estão repletos, são categóricos: “[C] *om a operação a Warner aumentou seu poder de negociação junto ao mercado (fls. 657). Com a força das marcas adquiridas e o poder de distribuição e de negociação junto ao trade (por ser líder de mercado), a Warner consegue combater as outras concorrentes com maior facilidade.*

Segundo Werter Faria(81) discorrendo sobre concentração no Mercado Comum Europeu, “ *as causas da existência de posição dominante podem corresponder à produção, à distribuição ou ao poder financeiro, isso, sem deixar de levar em conta a evolução do mercado e de considerar a empresa no contexto de suas relações econômicas*”. Nesta análise todas essas considerações foram feitas e constatou-se que a posição da Warner-Lambert no mercado relevante e no contexto macro desse mercado, isto é, considerada a concorrência potencial, se reveste de todos os atributos potencialmente ameaçadores ao livre funcionamento do mercado. Como restou demonstrado na análise, o ato de concentração elimina a concorrência de parte substancial do mercado relevante, o que determinaria até mesmo a dispensa da avaliação do seu custo-benefício, dada a irrelevância dessa avaliação diante da ilegalidade patente do ato.

Nota:

(81) Ob. Cit. p. 33.

6.2 – Possíveis Justificativas da Operação – Eficiência e Distribuição de seus Resultados

Como já foi observado, o inciso III, do § 1º do art. 54 estabelece como condição para a aprovação de atos de concentração que possam causar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências, que estes não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens ou serviços. A presente operação significa a eliminação de um concorrente importante do mercado ao mesmo tempo que reforça ainda mais a posição dominante de outro que já detinha parcela substancial do mercado, com evidentes prejuízos à concorrência. Considero, assim, que a concentração em tela implica **eliminação da concorrência de partesubstancial** do mercado relevante, razão pela qual

entendo que ela não pode ser aprovada.

Conforme já observou o i. Conselheiro Celso Campilongo, a experiência internacional, a exemplo da lei brasileira **não autoriza operações que provoquem reduções substanciais da concorrência**. Conforme consta das " *Guidelines* " das agências norte-americanas de defesa da concorrência, "... *eficiências quase nunca justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio*"(8)2.

Nota:

(82) Seção 4 das Horizontal Mergers Guidelines (revisada e atualizada em 1997), citada no Voto no Ato de Concentração nº 08000.020471/97-70 (Kellog do Brasil e Nutribom), julgado em 21.03.2001.

A Comissão Européia também estabeleceu que operações que provoquem graus de concentração com participação de mercado superior a 50% não autorizam mais o exame das supostas eficiências compensatórias(83).

Nota:

(83) Conselheiro Celso Campilongo, idem.

No entanto, ainda que as eficiências pudessem ser analisadas, elas não autorizariam a aprovação da presente operação.

Entende-se por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, *que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno* (Resolução CADE nº 15/1998, Anexo V, item 1.9). A lei considera como condição de aprovação, também, nesse caso, o objetivo de melhoria de qualidade e de propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

De acordo com o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE/SDE (Portaria Conjunta nº 50/2001), serão consideradas como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis, e para as quais as causas ("como") e o momento em que serão obtidas ("quando") estejam razoavelmente especificados. As eficiências alegadas não são consideradas quando são estabelecidas vagamente, quando forem especulativas ou quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis.

A Warner-Lambert apresentou a operação por meio do formulário Anexo I da Resolução CADE nº 15/1998, o qual não requer que as informações sobre eventuais eficiências geradas pela operação sejam apresentadas. Por isso, não há nos autos informações a esse respeito, talvez até porque não houvesse mesmo a expectativa por parte da requerente quanto a tais eficiências.

Sobre as razões consideradas decisivas para a realização do ato (campo II. 7 do formulário), a requerente informou (fls. 49) que a) concentrava esforços para ampliar o potencial de penetração no Mercosul; b) reduzir ou eliminar, no curto prazo, suas necessidades de importação de produtos acabados de unidades estrangeiras do grupo; c) aumentar sua capacidade de produção e obter ganhos de escala e escopo na distribuição de produtos; e, d) transformar a fábrica adquirida em pólo de fabricação de produtos para exportação. Embora não conste dos autos, é provável que uma outra razão para a compra dos ativos da Kraft é que essa alternativa exigia um menor montante de investimentos do que a construção e instalação de nova unidade fabril, em local adequado para o empreendimento.

Desses objetivos, com exceção do item (b) "reduzir ou eliminar, no curto prazo, as necessidades de importação de produtos acabados", todos os demais poderiam ser conseguidos por meio de alternativas factíveis, pelo investimento na expansão das unidades fabris por meio de novas instalações e equipamentos ou por quaisquer outros esforços internos da empresa, que envolvam menores riscos para a concorrência.

É preciso verificar, portanto, se a única meta que poderia, apenas pela questão temporal, ser considerada para justificar a operação, de fato foi alcançada no curto prazo. As informações sobre importações de produtos pela requerente, solicitadas por meu gabinete, mostram que no prazo de aproximadamente 01 (um) ano após a aquisição não houve redução das importações mencionadas. Somente no segundo ano as importações foram drasticamente reduzidas, o que comprova que até mesmo este objetivo poderia ter sido atendido de outra forma que não a aquisição do negócio em apreço.

A requerente apresentou sem maiores detalhes, informação de redução de 22% no custo de produção em R\$ por mil unidades e ganho de produtividade do trabalho de aproximadamente 33% em apenas 01 (um) ano (2000/2001). Não há informações de que tais ganhos decorreram unicamente em razão da operação, e não de esforços internos da empresa. Assim, entendo que tais ganhos não podem ser considerados uma eficiência intrínseca da operação.

Ademais, cumpre observar que a Lei nº 8.884/94, tal como no Tratado de Roma, em que se inspirou, só autoriza os atos com esses atributos se ficar provado que além do objetivo de alcance de eficiências, reserva aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios decorrentes. Não basta, portanto, a existência da eficiência, é necessária a garantia da efetiva repartição dos seus benefícios com os consumidores.

Portanto, não há o que falar de eficiências geradas pela operação e muito menos de distribuição equitativa de benefícios entre os participantes de um lado e consumidores de outro. Ao contrário, os ganhos do consumidor com as reduções de preços no varejo verificadas no produto Ping Pong podem ter sido mais do que anulados pelas perdas da elevação do preço no Bubbalo, conforme informou a. Além disso, não se pode esquecer que ambos os produtos tiveram redução no peso, o

que pode ter resultado não em queda de preços (líquida), mas em aumentos para o consumidor.

Concluo, assim, que a operação em tela não atende à condição para autorização imposta pelo § 1º, inciso III, do art. 54 da Lei nº 8.884/94 (“que não implique em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante”), razão pela qual este Conselho não pode autorizá-la.

Mais uma vez peço vênia para trazer à colação as palavras do Conselheiro Celso Campilongo em voto no AC nº 08000.020471/97-70, para quem “... a existência de efetiva concorrência serve como baliza, inclusive constitucional, para a avaliação da dominação de mercado. A livre concorrência não é nem um valor em si nem um valor absoluto. Porém, a efetiva pluralidade, real ou potencial, de alternativas de escolha entre produtos – ou, de outro modo, a manutenção de elevada taxa de complexidade (de opções de seleção) no mercado relevante – para todos os atores do mercado, é uma referência fundamental para o direito antitruste. Se a concentração suprime incentivos à redução de preço – preços finais – facilita comportamentos anticompetitivos unilaterais (...) e diminui as alternativas dos demais concorrentes e consumidores (...) o remédio antitruste deve ser utilizado com o objetivo de restaurar o sistema concorrencial e a liberdade de escolha do consumidor. Confira-se nesta linha, o escílio de Calixto Salomão Filho: “... [A] diminuição da possibilidade de escolha do consumidor (talvez não por preço, mas por qualidade do produto) e a concessão de poder sobre o mercado a um produtor que pode vir a utilizá-lo no futuro para aumentar os preços de forma a suplantir o benefício decorrente de sua própria redução de custos, são custos para o consumidor que não podem ser desconsiderados” 84.

Nota:

(84) Revista do IBRAC, v. 8, n. 8, p. 164-165, 2001

7 – DECISÃO

7.1 – Solução Estrutural

Previu o legislador ordinário que, em decisões pela **não aprovação do ato**, deverá o Plenário do CADE determinar as providências cabíveis no sentido de que seja desconstituído, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica. Deve, assim, o CADE discricionariamente, eleger a providência cabível à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica, devendo tal providência, entretanto, ser determinada uma vez demonstrada a sua proporcionalidade ao efeito danoso que se busca eliminar, buscando, assim, reduzir a possibilidade do remédio adotado pela autoridade ser questionado quanto à sua legalidade.

E foi neste sentido que caminhou a jurisprudência do CADE quando da apreciação das primeiras operações que se apresentavam sem o atendimento das condições elencadas no parágrafo 1º do art. 54.

No **Ato de Concentração nº 12/1994** (Rhodia-Sinasa), p. ex., o CADE, entendendo que o ato examinado, na parte relativa ao mercado de fibras sintéticas de poliéster e acrílicas, não atendia as condições estabelecidas no parágrafo 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, decidiu por aprovar parcialmente a transação, determinando às requerentes, no que diz respeito à parte da transação não aprovada, nos termos do § 9º, a sua desconstituição. Essa decisão deixou à escolha das requerentes as formas de desconstituição que seria válida desde que restaurasse o vigor concorrencial do mercado.

No **Ato de Concentração nº 06/1994** (Eternit-Brasilit), o CADE considerou inexistentes as eficiências que justificariam a aprovação da operação face à eliminação da concorrência entre as duas empresas, e decidiu, por unanimidade, **negar autorização para a fusão pretendida**.

As providências a serem determinadas pelo Plenário do CADE, com o objetivo de eliminar os efeitos danosos à ordem econômica advindos do ato submetido ao seu controle, decorrem de imposição legal, e constituem-se, ainda, em sede de execução judicial das decisões do CADE, em condição necessária à rápida e eficaz implementação dessas decisões.

Em verdade, o remédio a ser adotado deve ser suficiente e capaz à eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica causados pela operação não autorizada. É de fundamental importância, ainda, a forma pela qual o remédio será adotado, bem como as precauções que deve ter a autoridade antitruste no processo em que se implementa a sua aplicação.

Nesse contexto, é mister considerar a experiência secular do direito antitruste norte-americano que vem demonstrando ser o desinvestimento (*divestiture*) o remédio de maior aptidão a eliminar problemas relacionados a altas concentrações de mercado decorrentes de processos de fusão ou aquisição. A propósito, a Federal Trade Commission – FTC finalizou, em 1999, estudo(85) em que se procura destacar que 1) ordens de venda tendem a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados; e 2) ordens de venda envolvendo um negócio inteiro, que seja organicamente independente e sustentável, tendem a ter mais sucesso de que ordens de venda de determinados ativos selecionados. O estudo ainda faz uma série de recomendações, tais como, a necessidade da aprovação do comprador pela Comissão; reduzir ao máximo os períodos de cumprimento da ordem de venda; a indicação de um auditor independente para gerenciar o desinvestimento, dentre outras.

Nota:

(85) FTC, Bureau of Competition, A Study of the Commission's Divestiture Process (1999). Disponível em: www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6. A menção a este estudo baseou-se no voto do Cons. Celso Campilongo no caso Kellog do Brasil-Nutribom já citado.

No caso presente, como já demonstrei, não cabe o remédio do Compromisso de Desempenho previsto no art. 58 da Lei nº 8.884/94, remédio esse de caráter nitidamente comportamental que visa assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do art. 54, ou seja, das eficiências objetivadas com a operação e das demais condições estabelecidas para a aprovação do ato nos incisos I a IV do § 1º supra. A propósito, é de se observar que tem havido a percepção crescente por parte dos operadores do direito da concorrência no Brasil de que soluções desta natureza, na prática não são eficazes (86).

Nota:

(86) Cf. votos dos Conselheiros Hebe Romano no AC nº 08012.005486/99-12 (AMBEV) e Celso Campilongo no AC nº 08000.020471/97-70 (Kellog do Brasil e Nutribom) e Santacruz, R., Prevenção Antitruste no Brasil: 1994/1996. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, in Relatório Anual 1998/1999. CADE, p. 77.

Resta ainda dizer que o Compromisso de Desempenho tal como sugerido pela ABICAB não restaura a concorrência vigente no mercado, antes da operação. Suspender temporariamente, e depois restituir à firma dominante, marcas cinquentenárias como a do Ping Pong, que têm todos os atributos para manter elevado o nível de concorrência, por serem um instrumento de concorrência eficaz nas mãos de um rival eficiente, é como tirar de outros players num páreo uma arma de disputa importante. Pode, assim, representar um prejuízo igual ou maior do que a lesão à concorrência do mercado que se quer evitar. Sem falar na perda de bem-estar que a perda de um patrimônio tão valioso como são marcas de reputação, em nome de uma pretensa proteção à concorrência no mercado.

O que se faz necessário é restaurar o quanto antes as condições concorrenciais vigentes antes da concentração. E isso significa que se deve retirar as marcas adquiridas pela firma dominante fazendo com que elas sejam ofertadas a outro concorrente em condições de concorrer, pelo menos, com o mesmo status da firma que alienou os ativos, marcas e direitos de fabricação dos produtos.

Além disso, o Compromisso de Desempenho se destina a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do art. 54 (aumento de produtividade, melhoria de qualidade, eficiência e desenvolvimento tecnológico), que como demonstrado, o ato em tela não atende.

No caso presente não há dúvida que os percentuais da empresa concentrada indicam uma participação de mercado suficientemente alta para viabilizar um eventual exercício unilateral de poder de mercado pela Warner-Lambert. Mais do que isso, as condições de concorrência presentes no mercado permitem tal exercício. O gasto com diferenciação do produto (P&P, licenciamento etc.) a força da marca e a estrutura de distribuição, sem dúvida constituem-se em barreiras à entrada de concorrentes no mercado nacional de gomas de mascar, barreiras estas que são elevadas a partir da operação Warner-Lambert e Kraft Lacta.

Como já verificado, não foram demonstradas eficiências inerentes à operação e, ao contrário, as condições do mercado sugerem fortes indícios de que a operação não atende à condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54. Assim, a única decisão do CADE cabível é a medida estrutural, ou seja, a desconstituição do ato de concentração conforme indicado no § 9º do art. 54.

A medida estrutural, além de ser a única solução adequada para o caso presente é também vista como o mais importante dos remédios antitrustes. No caso Dupont (EUA, 1961) considerou-se que a ordem de *divestiture* “is simple, relatively easy to administer, and sure” (87).

Nota:

(87) Citação no voto do Conselheiro Celso Campilongo já mencionado.
Tradução livre:
“ ... é simples, relativamente fácil de administrar, e seguro”.

Firme nas razões expendidas, voto pela desconstituição do ato naquilo que é pertinente às atividades que dizem respeito às gomas de mascar, que se realizará conforme detalhado a seguir.

7.2 – Detalhamento da Ordem de Desinvestimento

Sobre a forma do desinvestimento, aplico aqui, a mesma orientação já sugerida pelo i. Conselheiro Celso Campilongo em voto em outro ato apreciado neste Plenário. Como o desfazimento do negócio é parcial, os direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis a serem postos a venda pela Warner-Lambert deverão ser aqueles correspondentes à atual operação do negócio de gomas das linhas dos produtos PingPongPloc e Plets, e dos produtos cujas marcas foram descontinuadas pela Warner-Lambert. É importante que este “pacote” de direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis, constitua uma

entidade econômica completa, suficientemente rentável e capaz de gerar efeitos concorrenciais importantes e imediatos. A tarefa não é simples e imagino que apenas através de uma empresa de auditoria independente, contratada pela vendedora, é que se poderá determinar o tamanho e conteúdo minimamente necessário para este “pacote” de ativos. Os ativos transferidos devem garantir ao comprador acesso a todos os fatores necessários para operar o negócio.

Deixo claro, desde logo, que os direitos, titularidade e bens ativos objetos do ato de concentração que não forem relacionados com a atividade de gomas de mascar não se incluem nesta determinação de desinvestimento.

Em conformidade com o § 9º do art. 54, da Lei nº 8.884/94, determino que:

- a) a Warner-Lambert proceda a cisão da parte dos ativos tangíveis e intangíveis (inclusive as marcas) adquiridos da Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., relacionados com a atividade de produção, distribuição e comercialização de gomas de mascar, e que seja esta parte alienada de modo a envolver um negócio inteiro, independente e sustentável no mercado relevante de gomas de mascar, a um terceiro interessado aprovado pelo Plenário, e que se apresente como competidor capaz de operar o negócio e sustentar as marcas;
- b) a Warner-Lambert deverá providenciar a criação de pessoa jurídica com os bens a serem desinvestidos, antes da alienação;
- c) a Warner-Lambert deverá alienar todos os elementos de propriedade intelectual, vale dizer, registros, licenciamentos e direitos inerentes às marcas de gomas de mascar antes pertencentes à Kraft Lacta;
- d) a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da parte do negócio alienada à época da aquisição, mas deverá, necessariamente, envolver as marcas e os ativos relacionados na alínea “C”;
- e) a alienação deverá ter preços e alternativas de condições de pagamento lastreados em avaliação realizada por empresa de auditoria idônea, que também deverá atestar, por meio de laudo pericial, que o conjunto de direitos, titularidade, e bens ativos tangíveis e intangíveis avaliado é suficiente para ser caracterizado como um negócio completo. A empresa deverá ser apresentada ao CADE, pela Warner-Lambert, em 15 dias, a contar da publicação da decisão do Plenário do CADE, para em seguida, assinar termo de responsabilidade;
- f) toda a operação de alienação será acompanhada por outra empresa de auditoria de reconhecida reputação – inclusive habilitada a identificar eventuais compradores e monitorar a transferência de tecnologia e de informações comerciais e industriais – apresentada pela Warner-Lambert ao Plenário do CADE, previamente, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da publicação da decisão, para em seguida, assinar termo de responsabilidade;
- g) a transferência de tecnologia e de informações comerciais e industriais abrange, inclusive, respeitados os direitos trabalhistas, a transferência dos profissionais que a implementaram no vendedor, em especial, e preferencialmente, no vendedor original, a Kraft Lacta;
- h) o futuro adquirente dos ativos relacionados ao mercado de gomas de mascar antes pertencentes à Kraft Lacta ficará sub-rogado em todos os direitos definidos no Contrato de Compra e Venda constante dos autos às fls. 72-143, no que for aplicável, bem como em seus anexos e instrumentos complementares, desde que compatíveis com as obrigações, faculdades e limites estabelecidos na presente decisão;
- i) fica assegurado aos compradores o direito de apresentarem ao CADE quaisquer reclamações contra as dificuldades, por eles eventualmente enfrentadas na negociação com os vendedores;
- j) no prazo de 30 dias, iniciados a partir da assinatura do termo de responsabilidade, pelas empresas auditoras, em conformidade com a Resolução CADE nº 13/1998, deverá ser encaminhado ao Plenário do CADE o laudo pericial de avaliação com a discriminação dos respectivos ativos e das alternativas de condições de pagamento, com a certificação de que o conjunto de ativos forma um negócio completo. No prazo de 60 dias, a contar da publicação da ata da Sessão Ordinária que aprovar o laudo, a Warner-Lambert deverá alienar os ativos previstos;
- k) a Warner-Lambert deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação;
- l) o descumprimento de qualquer uma das determinações efetivadas implicará na imposição de pena de multa diária conforme disposto no art. 25 da Lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e promoção da execução judicial da decisão, nos termos do disposto nos artigos 60 a 78 da Lei nº 8.884/94.

8 – QUALIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS E O TEMPO DE ANÁLISE DO ATO

Algumas observações devem ser efetivadas a respeito do tempo consumido para a análise deste processo. Não há dúvidas quanto à sua alargada dimensão, o que demanda reflexões sobre as suas causas. A par das notórias deficiências estruturais do SBDC, e da complexidade do mercado relevante em tela, que demandaram inúmeras diligências para a sua exata compreensão, não há como deixar de mencionar que diversas informações prestadas pelas requerentes, posteriormente desmentidas por diversas evidências nos autos, colaboraram para que o tempo fosse mais dilatado que o razoável.

No caso presente, em particular, anotei as seguintes informações prestadas pela requerente, para as quais havia outra versão, aparentemente mais plausível com a realidade do mercado relevante:

INFORMAÇÃO DA REQUERENTE	FATO OU INFORMAÇÃO DIVERGENTE
<p>O ingressante potencial no mercado nacional de guloseimas não necessita de sistema de distribuição previamente constituído já que as tarefas de venda no atacado e distribuição são realizadas por atacadistas e distribuidores independentes (fls. 641).</p>	<p>A própria requerente afirmou no caso Warner-Lambert/ Van Melle que "a forma de distribuição realizada por meio de uma reduzida rede de distribuidores e grandes atacadistas não se mostrou eficiente, e que a distribuição realizada exclusivamente por grandes atacadistas não se mostra eficaz..." (fls. 637/639).</p>
<p>Uma das eficiências da operação é a capacidade que esta tem de gerar redução de preços ao consumidor final (fls. 894).</p>	<p>Os produtos adquiridos da Kraft Lacta tiveram redução de preços ao consumidor, da ordem 16,8% (Quadro VII) após a operação, mas tiveram redução de peso na embalagem, de 16,7%. Outro produto, o Bubbalo, teve aumento de preço ao consumidor - passou de R\$ 0,05 para R\$ 0,10 (fls.) e ainda teve redução de peso de 15,5%.</p>
<p>"... as unidades fabris de confeitos são multipropósito, podendo ser produzidas gomas de mascar, balas e outros produtos" (fls. 750). Um ano depois quando o Relator pediu que a informação fosse confirmada, a resposta foi: "Os equipamentos para a fabricação de confeitos são praticamente os mesmos, adaptados em algumas fases do processo de produção conforme as características do produto final. Não obstante, as fábricas apresentam linhas de produção distintas, uma vez que perderia muito tempo para instalar novos moldes ..." (fls. 1.067/1.068)</p>	<p>Ainda que alguns equipamentos ou máquinas particulares possam ser adaptados de uma produção de balas e drops a uma produção de gomas de mascar e vice-versa, as linhas de produção têm conceitos completamente distintos; os grandes investimentos para produzir gomas de mascar estão em equipamentos específicos e não adaptáveis (fls. 868).</p>
<p>A Warner-Lambert "distribui seus produtos por meio de uma rede de pequenos atacadistas espalhados pelo Brasil, que fazem vendas para o varejo das respectivas regiões no sistema pronta entrega" (fls. 601). Em resposta à pergunta da SDE de "Quantos estabelecimentos dos canais auto-serviço, tradicional e bar são atingidos pela rede de distribuição da Warner-Lambert" (fls. 706), esta respondeu que o número de estabelecimentos envolvidos na comercialização dos produtos Warner-Lambert era de 152.973 nos canais auditados pela AC Nielsen, para o ano 2000, e de 196.686 incluindo os não auditados pela AC Nielsen (fls. 707).</p>	<p>Informação da AC Nielsen sobre o número aproximado de lojas negociantes dos produtos Warner-Lambert (somente os auditados), para o ano 2000, foi de 445.159.</p>

As informações controversas acima selecionadas mostram que o problema de informação assimétrica existe não apenas entre uma agência reguladora e uma operadora regulada, mas atestam a possibilidade real de manifestação desse problema entre a autoridade antitruste e os diferentes agentes econômicos.

A habilidade de controlar o fluxo de informação para o regulador e/ou para o órgão antitruste é um elemento crucial para afetar as decisões destes. Essas agências – reguladoras e antitruste – podem ser *orientadas* na direção desejada pela firma regulada, ou, no caso, pela requerente de aprovação de um ato de concentração, tornando-lhes disponíveis fatos cuidadosamente selecionados, ou mesmo pela tergiversação sobre fatos que a autoridade antitruste teria maiores dificuldades de conhecer, como este caso exemplificou. Alternativamente, um atraso no fornecimento da informação pode ser vantajoso. Uma forma de atrasar uma informação solicitada também é prestar excesso de informação, inundando o órgão antitruste com mais informação do que ela pode absorver(88).

Nota:

(88) Para um tratamento dos problemas de assimetria de informações na regulação, consulte os seguintes trabalhos: LAFFONT, J. J. e TIROLE, J. A Theory of Incentives in Procurement and Regulation (1993, p. 1-3); ARMSTRONG, M., COWAN, S. & VICKERS, J. Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience. The MIT Press, 1994, p. 26-28; e VICKERS, J., & YARROW, G. Privatization: An Economic Analysis. MIT Press, 1988, p. 99-101.

Essa espécie de "manipulação" da informação é um exemplo dado por Laffont & Tirole, e é, realmente, muito comumente utilizada no dia-a-dia do relacionamento agência-firma regulada, e na experiência dos órgãos antitruste.

O legislador, ciente do problema de assimetria de informações existente entre os órgãos antitrustes responsáveis por zelar pela concorrência nos mercados e as empresas munuiu a Lei nº 8.884/94 (art. 26) com a previsão de punição severa para

comportamentos oportunistas que de alguma forma poderia subtrair dos órgãos antitrustes a capacidade de avaliação correta e em tempo econômico dos impactos de uma conduta ou concentração no mercado.

Considerando os exíguos recursos de que normalmente dispõem os órgãos encarregados de zelar pela concorrência, em especial, no nosso país, não é difícil perceber as conseqüências que informações desencontradas como as acima resumidas acarretam no processo de análise de condutas e estruturas de mercado – insegurança, demoras, atrasos, custos e maior probabilidade de erros nos resultados da análise.

Considero, assim, que o longo período de análise gasto neste ato de concentração (2 anos e 6 meses) deveu-se em parte à qualidade das informações prestadas pela requerente, que demandaram inúmeras diligências para averiguar a sua efetiva aderência à realidade.

Estou plenamente ciente da tênue linha que separa a argumentação da prestação de informações. Por este motivo, além de visar a não dilatar ainda mais o prazo de análise do ato, optei por não instaurar de imediato incidente para apurar o possível enquadramento de tais informações como enganosidade. Porém, creio ser pertinente a remessa dos autos à Secretaria de Direito Econômico, a fim de ser averiguada a possível instauração de processo administrativo para este fim.

Sendo assim, voto pela remessa da documentação específica e do acórdão à SDE com a solicitação de que seja averiguada a pertinência da abertura de processo administrativo para apuração do enquadramento das afirmações deduzidas pela requerente e expostas no primeiro quadro deste item no tipo previsto no art. 26 da Lei nº 8.884/94, observando-se o princípio do amplo contraditório.

É como voto.

Brasília, 04 de setembro de 2002.

Roberto augusto castellanos Pfeiffer
Conselheiro-Relator

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

I – DA OPERAÇÃO

Trata-se da aquisição pela WL CUMBICA LLC (New Jersey, EUA) e cessão à WARNER-LAMBERT INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, ambas pertencentes ao grupo Warner-Lambert, de todos os direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis referentes ao negócio de confeitos, balas de gomas e *wafer* da KRAFT LACTA SUCHARD BRASIL S.A., subsidiária do grupo Philip Morris.

Não participam da operação: i) os ativos tangíveis e intangíveis relacionados à marca Confeti, permanecendo em propriedade da Kraft; ii) os acordos e contratos de distribuição ou de representação comercial.

O valor da operação é da ordem de R\$ 75 milhões.

II – DAS REQUERENTES

O grupo norte-americano Warner-Lambert, do qual a WL Cumbica LLC é afiliada e a Warner-Lambert Indústria e Comércio Ltda. é controlada, atua internacionalmente na indústria de confeitos, farmacêutica, produtos de higiene, higiene pessoal, perfumaria e cosméticos.

O faturamento consolidado do grupo Warner-Lambert em 1998 foi de R\$ 11,8 bilhões, sendo de R\$ 310 milhões no Brasil e R\$ 81 milhões no Mercosul e Chile.

A Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., por sua vez, é afiliada do grupo norte-americano Philip Morris com atuação mundial na indústria de cerveja, produtos alimentícios e de tabaco, e faturamento consolidado da ordem de R\$ 85,7 bilhões. No Brasil, o faturamento do grupo em 2001 foi de cerca de R\$ 1,2 bilhões.

III – DO RECOLHIMENTO DA TAXA PROCESSUAL

Conforme atesta a D. Procuradoria do CADE no Parecer nº 453/2001, o recolhimento da taxa processual foi devidamente comprovado pelas Requerentes.

IV – DA APRESENTAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

A operação foi celebrada em 23 de novembro de 1999, conforme consta do Contrato de Compra e Venda (fls. 72 a 143), tendo sido apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 14 de dezembro de 1999, respeitado o prazo de 15 dias úteis estipulados pelo parágrafo 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, sendo, portanto, tempestiva a apresentação.

V – DA SUBSUNÇÃO DA OPERAÇÃO ÀS HIPÓTESES DO ARTIGO 54, CAPUTE § 3º, DA LEI nº 8.884/94

A presente operação de aquisição subsume-se às hipóteses de apresentação de atos de concentração elencadas no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento no Brasil do Grupo Philip Morris em 2001 foi de R\$ 1,2 bilhões, e a participação no mercado relevante da Warner-Lambert, conforme a delimitação ora proposta, com base no valor comercializado em 1998 foi de 23,14%.

Concluo, portanto, pelo conhecimento da operação.

VI – DO MERCADO RELEVANTE

A importância(1) de uma acurada definição do mercado relevante foi inserida na doutrina antitruste a partir da introdução do paradigma estrutura-conduta-desempenho e, ao contrário das várias proposições já revistas, a relevância do tema permanece intacta. Entretanto, se a necessidade de uma delimitação precisa das fronteiras do mercado relevante é inquestionável, também parece o ser a sua dificuldade e as controvérsias técnicas que a envolvem, ainda mais em se tratando de mercados de produtos diferenciados, como no caso em análise.

Nota:

(1) “The importance of concentration ratios in the administration of the antitrust law makes the definition of the market in which to compute the defendant’s market share critical. Given enough flexibility in market definition, high concentration becomes ubiquitous and a surprising number of innocuous mergers can be made to appear dangerously monopolistic”. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, fl. 147.

Em linhas gerais, a definição do mercado relevante se dá em dois estágios: primeiro identifica-se a demanda, grupo de consumidores que devem receber a proteção legal; e então, o grupo de ofertantes que atendem ou poderiam atender à essa demanda(2).

Nota:

(2) “Market definition is a two-step process. First, a group of purchasers entitled to the protection of law must be identified (for example, consumers of corned beef in New York City). Second, the group of sellers who are serving those purchasers, or could do so if the market price rose even modestly because they sell a product that is good substitute in either consumption or production, must be identified. The output of the product together with that of its good substitute constitutes the output of the relevant market and is thus the denominator, while the output of each of the producers is the numerator, in the calculation of each producer’s market share”. BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. New York: The Free Press, fl. 149.

Internacionalmente, tanto na jurisdição da Comunidade Européia quanto dos Estados Unidos, o mercado relevante sob a óptica do produto é definido com base no comportamento da demanda, de forma que são as preferências dos consumidores que indicam o grau de substitutibilidade dos produtos, identificando assim, quais produtos pertencem a determinado mercado relevante.

Não se pode olvidar, contudo, que o mercado brasileiro é um cenário muito peculiar, tendo em vista sua dimensão territorial e a diversidade de renda e hábitos que permeiam a grande população brasileira. Esses fatores agregam ainda mais dificuldade à definição objetiva do mercado relevante. Diagnosticar as preferências de consumo demandaria ampla base de pesquisa que, ainda assim, poderia sofrer sensíveis desvios regionalmente.

As dificuldades intrínsecas à definição do mercado relevante nestes autos, resultaram, no caso concreto, na falta de consenso nas definições propostas pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, que acolheu a definição apresentada pelas requerentes, e pela Secretaria de Direito Econômico, eleita pelo ilustre Conselheiro-Relator em seu voto. O aspecto mais preocupante da divergência estabelecida possivelmente é o fato de que ambas estão devidamente embasadas e fundamentadas em argumentos importantes. Inclusive, é de se ressaltar que foram juntadas aos autos duas pesquisas abordando a questão da substitutibilidade cujos resultados se contrapõem (fls. 429 e ss e 1.030 e ss.).

A definição do mercado relevante é especialmente significativa por dois aspectos: apurar os níveis de concentração do mercado, por meio dos *market shares*, e identificar a factibilidade de competidores potenciais ingressarem no mercado de modo a procurar verificar a existência e aspectos dimensionais do eventual exercício de poder de mercado. Ainda que não se considere a concentração de *market share* como fator suficiente à caracterizar o dano à concorrência, não se pode

negligenciar a análise desse fator em conjunto com os demais aspectos pertinentes (possibilidade de entrada no mercado, efeitos da operação, p. ex.).

Diante disso, é necessário que se estabeleça um posicionamento objetivo, a fim de definir os limites mercadológicos dos efeitos da operação. Aceitar o mercado relevante como dos *confectionery* (*candies*(3) e chocolates), implica indicar uma concentração decorrente da operação de 15,4% do mercado, em termos de valor comercializado. Por outro lado, delimitá-lo como o composto por gomas de mascar, incluindo chicles de bola, aponta uma concentração de 77,4%, também apurado com base no valor.

Nota:

(3) Conforme as informações contidas nos autos, o segmento de *candies*, ou confeitados doces, inclui balas de todos os tipos, drops, pastilhas, caramelos, gomas de mascar, chicles de bola, pirulitos e outros confeitados do gênero.

A disparidade encontrada nos graus de concentração, de acordo com a definição de mercado relevante, demonstra a necessidade de alongar-se no estudo desse tópico no caso sob exame.

Um importante marco na discussão da definição do mercado relevante é o famoso julgamento da operação envolvendo a Du Pont, em 1956, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu que o mercado relevante da concentração era constituído de todos os produtos flexíveis para embalagem e não só o celofane, objeto direto da operação. A partir de então, passou a ser amplamente aceita a idéia de que “o mercado é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles” (4).

Nota:

(4) SHIEBER, Benjamim M. Abusos do Poder Econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 47.

Neste sentido, o Professor Calixto Salomão considera que: “para que um produto seja considerado um substituto, do ponto de vista do consumidor, é preciso demonstrar, portanto: (i) a viabilidade funcional do produto (desempenha as mesmas funções que o primeiro); (ii) a sua viabilidade econômica (os gastos incorridos em sua aquisição e utilização não são proibitivos)” (5).

Nota:

(5) Regulação e Concorrência. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 19.

Apesar de se tratar de um critério simples, não encerra qualquer complexidade técnica, a aplicação no caso concreto permeia-se de importante entrave: qual a finalidade das guloseimas? ou mesmo, das gomas de mascar, das balas, dos bombons? Existem diversos fatores que poderiam ser levantados para cada um dos produtos isoladamente e, certamente, muitos deles seriam idênticos ou equivalentes.

A problemática fica evidente no caso da linha Clorets, disponível tanto em *drops* quanto em goma. O produto é identificado por sua propriedade de refrescar o hálito, fazendo parte do mesmo esforço de *marketing* da empresa. Haveria realmente necessidades e desejos distintos satisfeitos por cada forma de apresentação do produto, ou a opção de aquisição por uma ou outra versão justifica-se por uma questão de hábito, disponibilidade, preço unitário?

Mas não é só a identificação da finalidade dos produtos que torna a questão complexa, a própria categorização dos produtos se mostra, em diversos casos, arbitrária. Encontramos no mercado produtos compostos por bala e goma, como por exemplo, o Big Bol produto da Kraft descrito como uma bala recheada com chicle de bola; ou ainda, o Mentos da Van Melle/Perfetti, que é um *drops* mastigável e deglutível de goma; isso sem mencionar os pirulitos recheados de chicles de bola, as balas recheadas de chocolate e outros produtos.

A criatividade dos fabricantes esbarra somente na limitação do consumo e, a ver pela imensa variedade de sabores, misturas e formas, nota-se que a demanda não rejeita novidades e tampouco exige uma classificação rígida entre as categorias, de tal forma que não se exige da empresa um posicionamento estanque dos produtos, podendo mais de uma característica/diferença ser promovida junto ao consumidor.

No intuito de identificar as relações de substituíbilidade entre os produtos que compõem o seguimento *candies*, solicitou-se às Requerentes que informassem, segundo dados da Empresa de Auditoria ACNilsen, evolução mensal de preços e quantidades no varejo. De posse dessas informações, procurou-se empreender um estudo econométrico referente à elasticidade cruzada dos produtos entendidos como *candies*, o que permitiria a melhor compreensão do mercado relevante

para a presente análise(6).

Nota:

(6) A coleta de dados e elaboração do estudo contou com a participação do Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental, em exercício no Ministério da Justiça e cedido ao CADE, Rutelly Marques da Silva.

Entretanto, a correlação entre os preços de *drops*, chicletes e gomas de mascar, não permitiu proceder-se à análise das elasticidades cruzadas. Os dados auditados pela Nilsen revelam que a evolução de preços desses produtos acontece de forma bastante uniforme. A correlação de preços verificada(7) ficou muito próxima a 1, como atesta a Tabela I:

Nota:

(7) Cumpre mencionar que foram verificadas algumas correlações negativas entre os preços de determinados produtos auditados pela Nilsen. Tais correlações, entretanto, são esporádicas podendo ser resultantes, inclusive, da estratégia das empresas na promoção de um produto específico.

TABELA I

	Preço <i>Drops</i>	Preço Chicletes	Preço Gomas
Preço <i>Drops</i>	1,000		
Preço Chicletes	0,9662	1,000	
Preço Gomas	0,9802	0,9843	1,000

Com efeito, mesmo não se procedendo ao estudo das elasticidades cruzadas, foi possível perceber que a evolução de preço dá-se no mesmo sentido, o que pode ser considerada como uma evidência de que o mercado relevante para a presente análise não engloba apenas um produto do segmento *candie*, mas todo o seguimento.

Assim, considero que segmentar excessivamente o mercado relevante afetado pela operação poderia, em alguns aspectos, não respeitar as tendências da demanda, afastando a definição para fins de análise das evidências empíricas.

Uma abordagem interessante a ser realizada, na busca pela adequação da definição processual aos fatos reais, diz respeito ao posicionamento dos *players* quanto ao mercado relevante. O foco dessa análise está em questionar se há a percepção pela oferta de que cada produto compõe um mercado exclusivo ou se existem mercados que agrupam dois ou mais produtos, seja decorrente de características produtivas, do posicionamento no mercado ou de preferências dos consumidores.

Dessa forma, parece produtiva a busca por indícios da configuração do mercado com base no posicionamento dos *players*. Ressalte-se, a busca por outros indícios não deve ter sua extensão limitada às informações aduzidas nos autos do processo administrativo. Isto porque, o processo administrativo está sob a égide do Princípio da Verdade Material.

“Agustín Gordillo (*Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. IX-59) acrescenta um dado extremamente importante: o princípio da verdade material possibilita e, mesmo, determina que a decisão do processo administrativo não fique balizada pelo que foi deduzido pelas partes e que, além disso, na formulação da decisão não sejam consideradas apenas as provas produzidas pelas partes. No processo administrativo, para a formulação da decisão, deve o órgão julgador valer-se de fatos ou provas que sejam de conhecimento público, ou que estejam em poder da Administração por outras circunstâncias, ainda que constem de outros expedientes que possam ser examinados. Se a decisão não se ajustar aos fatos verdadeiros, ela estará viciada” (8).

Nota:

(8) FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001, p. 87.

Inicialmente, a própria opção das requerentes em classificar o mercado relevante como sendo o de *confectionary* é um

indício, mas que precisa ser visto sob o pesar do interesse das requerentes, de forma que a autoridade não pode assumir este posicionamento como fosse o posicionamento da indústria, sem que existam outros indícios nesse sentido.

Em resposta ao Ofício DPDE nº 398/2001, a Perfetti do Brasil, espontaneamente, afirmou: “Como breve relato, a Perfetti SPA, com sede em Milão, Itália, foi fundada em 1946 com a filosofia de desenvolver produtos de alta tecnologia e qualidade no segmento de *candies*’ buscando sempre acompanhar a expectativa dos consumidores” (fl. 731).

Encontra-se semelhante manifestação no *site* da Riclan S.A. (www.riclan.com.br): “... permitem à Riclan ocupar uma posição de destaque no cenário nacional e internacional, sendo considerada, hoje, uma das empresas mais inovadoras no segmento de *candies*”.

No endereço eletrônico da Arcor (www.arcor.com.br) os produtos da empresa estão divididos em quatro categorias: chocolates, doces, biscoitos e alimentos, conforme Tabela II:

TABELA II

CHOCOLATES	DOCES	BISCOITOS	ALIMENTOS
- tabletes - alfajores - confeitos ^A - chocolates infantis - bombons - natal ^B - chocolates/ coberturas - <i>wafers</i> - páscoa - barras de cereais	- balas mastigáveis - balas de goma - balas duras recheadas - <i>torrones</i> com <i>wafer</i> - pirulitos - goma de mascar - balas refrescantes - balas duras - <i>drops</i> - natal ^C	- biscoitos doces - biscoitos recheados - <i>cracker</i> - petiscos - <i>wafers</i> - biscoito amantegado - <i>panetone</i> - bolo inglês	- geléias - doces ^D - molhos de tomates - hortaliças e legumes - compota de frutas - sobremesas para preparado - chocolate em pó - farinha de milho

A (amendoim com chocolate, chocolate ao leite e chocolate branco).

B (confeitos de amêndoas com chocolate ao leite, amêndoas confeitadas, amêndoas sortidas, amendoim com cobertura de chocolate, chocolate ao leite e confeito de amendoim e chocolates).

C (torrones, especialidades exclusivas para as festas natalinas: bolos, bolinhos, garrapiñadas, balas e torronet).

D (de batata e goiabada).

Por fim, também o SICAB (Sindicato da Indústria de Produtos de Cacau, Chocolates, Balas e Derivados do Estado de São Paulo), ao apresentar em seu *site* (www.sicab.com.br) informações sobre a evolução do consumo aparente no Brasil, no *link* estatísticas, oferece dois gráficos distintos: o primeiro, com as informações sobre chocolates (sob todas as formas), o segundo, com balas e confeitos.

Contudo, conforme foi alegado nos autos, é preciso observar que a ACNielsen audita os diversos segmentos de forma diferenciada. Note-se que as auditorias realizadas pela empresa em questão são customizada, ou seja, se dão em razão de demanda, de forma que é necessário que haja um interesse na auditoria de determinado segmento para que ele o seja. Comprova isso o fato de as balas não serem auditadas por falta de demanda.

Parece razoável que os *players* do mercado relevante desejem ter informações precisas sobre o posicionamento de cada um de seus produtos e de outros fabricantes, especialmente para a definição da estratégia de preço. À título de exemplo, ainda que se aceite que façam parte de um mesmo mercado relevante o celofane e outros materiais flexíveis para embalagem, nada impede que sejam realizados procedimentos de auditoria separadamente.

Ainda analisando o posicionamento da indústria, na tentativa de encontrar indícios para a configuração do mercado relevante do caso em tela, merece destaque a observação realizada pelo ilustre Conselheiro-Relator em seu voto: “Embora os posicionamentos nos mercados, das gomas e das balas sejam diferentes, as empresas que já galgaram alguma posição no mercado de balas procuram adentrar no mercado de gomas, dado que há a percepção de que as gomas tiram um pouco do mercado de balas e pirulitos. Se o fabricante destes produtos não entra na produção de gomas, ele perde, por não oferecer também estes produtos aos consumidores. Os maiores fabricantes de balas/ *drops* e caramelos, no Brasil, são, também, *players* no segmento de gomas, a começar pela própria Warner-Lambert, a Perfetti e a Riclan, que produzem *drops* e gomas, a Arcor, que produz balas e gomas, e a Kraft Lacta que também produzia esses produtos e confeitos de chocolate” (não grifado no original).

A afirmação do ilustre Relator subsume-se perfeitamente à estratégia empresarial da Indústria de Balas Florestal, que há 66 anos atua no mercado de balas (duras e mastigáveis), e, recentemente, passou a atuar no mercado de gomas, com a linha de chicles em lâmina Flodente.

Recentemente, o periódico DOCE, Revista de abril/maio de 2002, publicou matéria enfatizando a proximidade dos confeitos doces e chicles:

“A compra da Van Melle mundial pela Perfetti (hoje sexta potência global em *candies*) e a fusão das duas operações, por sinal com fábricas no Brasil, acabou acontecendo em meio à fase de introdução das linhas de gomas de mascar no país. Assimilada pela Perfetti, a distribuição local dos confeitos da Van Melle (antes entregue à concorrente Adams) agora compõe um *mix* que ajuda na penetração das marcas de chicles”.

A posição da indústria, dessa maneira, parece tender à unidade do mercado relevante de *candies*, não obstante as

manifestações nos autos em sentido contrário.

Indiscutível é que o mesmo conjunto de fatos pode gerar mais de uma interpretação, ainda mais estando em sede de duas ciências humanas: o direito e a economia. Daí então ser de tanta importância a argumentação solidamente fundamentada.

Certamente, o que se apresentou até então diz respeito meramente a indícios de uma configuração de mercado relevante. Entretanto, não parece haver outra forma de delimitar o mercado se não com base em indícios, tendo em vista a dificuldade de definir com precisão a substitutibilidade entre os produtos. Ressalte-se, que as pesquisas apresentadas não constituem outra coisa senão indícios, em razão das peculiaridades do mercado brasileiro e dos produtos com algum grau de diferenciação.

Ante toda a argumentação desenvolvida (impossibilidade de delimitar precisamente as categorias, o posicionamento da indústria e a percepção de que gomas, balas e pirulitos competem entre si, o que indicaria um elevado grau de substitutibilidade), concluo que o mercado relevante de produto afetado pela operação sob exame é formado pelos *candies*, ou seja, balas de todos os tipos, *drops*, pastilhas, caramelos, gomas de mascar, chicles de bola, pirulitos e outros confeitados do gênero.

O aspecto territorial do mercado relevante não enseja qualquer problemática, tendo em vista que as empresas concentrantes e os grandes concorrentes têm atuação nacional e que se tratam de produtos indistintamente comercializados, cujas propriedades físico-químicas possibilitam o deslocamento nacional preservando-se os padrões de sabor e apresentação. Dessa forma, entendo que o mercado relevante geográfico é o nacional.

VII – AVALIAÇÃO DOS ÍNDICES DE CONCENTRAÇÃO DO MERCADO

Há muito já foi desmistificada a análise dos índices de concentração do mercado relevante como critério suficiente a diagnosticar a competitividade no mercado. Entende-se hoje, pela necessidade mas não suficiência do fator alta concentração na caracterização de um mercado como pouco competitivo.

Neste sentido, o Relatório de Desenvolvimento Mundial, de 2002, do Banco Mundial enunciou:

“Some studies have found that the benefits of competition do not depend on having large numbers of firms”.

(...)

“The preceding discussion suggests that to obtain the benefits of competition – greater efficiency and innovation in product markets – some degree of competition, but not always competition by a large number of firms, is needed”.

(tradução livre)

Alguns estudos comprovaram que os benefícios da concorrência não dependem de se ter um grande número de empresas.

A discussão anterior sugere que para se obter os benefícios da concorrência – maior eficiência e inovação em produtos – é necessário algum grau de competição, mas nem sempre a competição entre um grande número de empresas é necessária.

Ocorre que o estudo dos índices de concentração é a etapa preliminar da análise dos efeitos da concentração: identificado o mercado relevante, é preciso delimitar a participação das requerentes nesse mercado, para então avaliar se decorre da operação uma maior concentração, ainda que isto não imponha menor concorrência.

Neste ponto, é preciso fazer uma distinção clara entre elevados *market shares* e a possibilidade de exercício de poder de mercado. A correlação entre deter parcela substancial do mercado relevante e ter poder de mercado é somente aparente, já que a conclusão prescinde da análise de uma gama de outros dados especialmente referentes à estrutura do mercado. Ressalte-se que essa exigência, análise estrutural, não denota qualquer entonação estruturalista(9), trata-se somente de enriquecer a análise de forma a não precipitar conclusões equivocadas.

Nota:

(9) “Para os estruturalistas, nos mercados caracterizados pela alta concentração de poder e pela existência de elevadas barreiras à entrada, a estrutura do mercado seria determinante em relação ao comportamento dos concorrentes e levaria à conduta oligopolística. Por este motivo, essa estrutura de mercado representaria um mal em si, a ser combatido pela política antitruste, já que levaria a resultados economicamente indesejáveis, quais sejam escassez e preços elevados. Da estrutura decorreriam a conduta e os resultados, razão pela qual não haveria sentido em combater comportamentos anticoncorrencias, porque melhor seria combater a causa desse mesmos comportamentos, agindo preventiva e diretamente sobre as estruturas de mercado, de forma a cortar o mal pela raiz. Por isso, de pouco adiantaria a repressão aos comportamentos anticoncorrenciais em mercados de elevada concentração, já que nesta hipótese se estaria combatendo o sintoma e não a causa da doença, razão pela qual os desvios de conduta retornariam no futuro, pois seriam inerentes à própria estrutura do mercado. A perspectiva estrutural, portanto, teria extrema relevância quando da análise prévia dos atos de concentração, já que a atividade estatal teria caráter preventivo, e o risco de eliminação da concorrência, advindo da estrutura do mercado, justificaria a atitude do Estado de assegurar que a concentração nos

mercados não alcançasse níveis perigosos. Essa relação de causalidade entre estrutura, conduta e resultados anticompetitivos ficou conhecida nos Estados Unidos, como structure, conduct, performance paradigm, que, segundo afirma Hovencamp, foi desen-volvida por Bain. Hovencamp assinala, ainda, que o estruturalismo assumiu grande relevância na disciplina antitruste americana, tendo influenciado em grande medida os Mergers Guidelines, publicados em 1968.

Severas críticas ao estruturalismo foram feitas, todavia, por parte dos membros da Escola de Chicago. É ainda Hovencamp que assinala as quatro principais críticas aduzidas em relação à perspectiva estruturalista: 1) os estudos sobre a lucratividade, levados a efeito por Bain e outros, não autorizariam a conclusão generalizada de que os lucros seriam mais próximos ao nível monopolístico em mercados altamente concentrados do que naqueles com menor grau de concentração; 2) o elevado grau de concentração em determinado mercado seria normalmente fruto de economias de escala ou de eficiência, sendo que os custos de intervir-se com o objetivo de reduzir a concentração seriam maiores do que os ganhos que poderiam ser obtidos através de práticas concorrenciais mais acirradas; 3) mesmo em mercados com elevado nível de concentração, as empresas tenderiam a proceder de forma bastante competitiva quando fossem baixas as barreiras à entrada, muito embora o caráter da competição pudesse mostrar-se bastante mais complexo; 4) muitas das práticas que os estruturalistas reputavam anticoncorrenciais, na realidade, não prejudicariam a concorrência". BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 66-67.

Feitas essas considerações, passa-se a analisar os dados de mercado da operação em tela.

TABELA III
MARKET SHARE COM BASE NO VOLUME (%)

	1997	1998	1999	2000	2001
Wamer-Lambert	17,78	15,65	15,54	11,00	11,24
Kraft Suchard	4,07	2,85	-	-	-
Arcor	3,58	3,95	4,60	4,85	8,35
Riclan	0	0	0	2,38	2,44
Outros	77,57	77,56	79,86	81,77	77,97

Fonte: EUROMONITOR (informação fornecida pelas requerentes em respostas aos ofícios Gab. FOM nº 31, 55 e 72), os dados percentuais foram recalculados com base nos volumes informados, desprezando-se os arredondamentos.

TABELA IV
MARKET SHARE COM BASE NO VALOR (%)

	1997	1998	1999	2000	2001
Warner-Lambert	19,39	23,14	22,67	17,18	17,59
Kraft Suchard	1,89	0,51	-	-	-
Arcor	2,67	3,38	3,76	4,02	6,23
Riclan	0	0	0	3,23	3,35
Outros	76,05	72,97	73,57	75,57	72,83

Fonte: EUROMONITOR (informação fornecida pelas requerentes em respostas aos ofícios Gab. FOM nº 31, 55 e 72), os dados percentuais foram recalculados com base nos valores informados, desprezando-se os arredondamentos.

A análise do mercado nos últimos cinco anos sugere que houve um crescimento da Arcor, especialmente em 2000 e 2001, tendo ampliado sua participação em termos de volume, em mais de 133% entre 1997 e 2001.

A entrada da Riclan, que em 2001 respondia por 2,44% do mercado, com base no volume, associada ao aumento da

http://127.0.0.1:49152/NXT/gateway.dll/LibCade/cade1/cadeid1_16_revista03_07_2004/cadeid1_r_0... 15/10/2009

participação da Arcor culminou na redução de mercado da Warner-Lambert.

Os dados de *market share*, calculados com base no volume, após a consolidação da operação, 2000 e 2001 refletem que a Arcor, com 8,35% do mercado, está em patamar bastante próximo à Warner-Lambert, ainda líder com 11,24%.

No período analisado, resta clara a tendência de pulverização do mercado, indicando que a entrada de novos *players*, ou a ampliação de participação dos já instalados, tem forte repercussão no desempenho dos concorrentes, o que também pode ser explicado pelo fato de o mercado nacional estar sofrendo uma redução: em 1997, a demanda total era de 209.125,90 toneladas, tendo diminuído para 181.680,50 toneladas em 2001.

Vale ressaltar, que a tendência de redução do consumo pode indicar uma alteração no crescimento da indústria, o que, por sua vez, poderia ser atribuído à sua maturidade. Em cenários de amadurecimento da indústria o que se verifica é a intensificação da rivalidade competitiva entre os *players*, o que impõe mudanças estratégicas como forma de encontrar o espaço necessário para melhorar a situação frente aos concorrentes.

A comparação entre os dados obtidos com base no volume e no valor, demonstra que os produtos comercializados pela Warner-Lambert têm, em média, maior valor agregado, de tal forma que, enquanto sua participação em termos de volume é de 11,24% em 2001, com base no valor será de 17,59%.

É interessante ressaltar que somente em 1998 e 1999 as participações das requerentes, com base no valor, ultrapassaram 20% do mercado, tendo, nos anos seguintes, reduzido para 17,18% e 17,59% em 2000 e 2001, respectivamente.

Com fundamento nos dados apresentados, é possível concluir que a operação não implicou em elevados índices de concentração do mercado relevante, não restando prejudicada a concorrência, vez que foram mantidos os níveis de opções de seleções para todos os agentes do mercado.

Todavia, em razão das divergências quanto à definição do mercado relevante e, portanto, dos efeitos da operação, é preciso recorrer a uma análise mais extensiva, tendo em vista que a análise antitruste não se satisfaz com o entendimento dos números, a boa técnica revela que também devem ser sopesados outros valores.

VII.1 – Da Pressão Competitiva dos Mercados Afins

A definição do mercado relevante, ao delimitar os produtos substituíveis entre si, não exclui a possibilidade de que outros mercados afins exerçam pressão competitiva, de forma a limitar a ocorrência de práticas anticoncorrencias. Isto é decorrência direta do fato de o mercado ser uno, sendo a sua segmentação um esforço retórico para fins analíticos.

Não se pode ignorar, então, a importância dos mercados próximos ao mercado relevante sob análise. As divergências quanto à definição do mercado relevante já indica que há proximidade entre os *candies* e os confeitos de chocolates, as barras de chocolate pequenas e os bombons de todos os tipos. Em uma análise macro, tem-se que a categoria *confectionary* (*candies* e chocolates) disputa com outras categorias *share of stomach*.

Aponta-se, então, que, não obstante não se esteja considerando o grau de substitutibilidade entre *candies* e chocolates como suficiente a inseri-los no mesmo mercado relevante, não se pode afastar a pressão recíproca que esses mercados exercem.

Neste sentido, ao abordar semelhante questão, o recente parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico no Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89 (Nestlé do Brasil Ltda e Chocolates Garoto S.A.) esclarece que:

“Entretanto, como as próprias Requerentes afirmam, e algumas das concorrentes também, em resposta aos ofícios nº 1.697 e 1.704, no momento da determinação de preços dos produtos, elas levam em consideração os preços praticados nos outros segmentos, principalmente o preço dos confeitos. Assim, variações no preço de confeitos teriam impacto no preço de chocolates e vice-versa”.

Corroborando esse entendimento, o fato de que a parcela elástica da demanda tende a ser deslocada para outros mercados quando verificada uma elevação importante de preços, de tal forma que os consumidores passam a se satisfazer com produtos sem elevado grau de substitutibilidade. Não parece ser outro o cenário entre *candies* e chocolates.

Elucidativa é a explicação de Michael Porter referente à pressão dos produtos substitutos:

“Todas as empresas em uma indústria estão competindo, em termos amplos, com indústrias que fabricam produtos substitutos. Os substitutos reduzem os retornos potenciais de uma indústria, colocando um teto nos preços que as empresas podem fixar com lucro. Quanto mais atrativa a alternativa de preço-desempenho oferecida pelos produtos substitutos, mais firme será a pressão sobre os lucros da indústria.

Os produtores de açúcar confrontados com a comercialização em larga escala do xarope de frutose de milho, um substituto do açúcar, estão, hoje, aprendendo esta lição, assim como aprenderam os produtores de acetileno e de raio que enfrentaram competição extrema de materiais alternativos com custo mais baixo para muitas de suas respectivas aplicações. Os substitutos não apenas limitam os lucros em tempos normais, como também reduzem as fontes de riqueza que uma indústria pode obter em tempos de prosperidade”(10).

Nota:

(10) Estratégia Competitiva. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1989, p. 39-40.

É interessante também notar, que há uma predisposição dos agentes a atuarem nos mercados de *candies* e chocolates simultaneamente, a ver pelo portfólio da Arcor, da própria Warner-Lambert, da Indústria de Balas Florestal que, recentemente adquiriu a marca de chocolates Neugebauer e dos *players* internacionais.

O paradigma de expansão no mercado tende a indicar a importância para a indústria da macro disputa por *share of stomach*, na categoria *confectionary*.

Constatada a pressão competitiva, impõe-se a relativização de eventual poder de mercado no segmento de *candies*, isto porque ainda que haja substancial concentração no segmento, o exercício de eventual poder de mercado ficaria prejudicado pela força antagônica e limitante dos mercados afins.

No caso concreto, o mercado dos chocolates, aqueles inseridos no conceito de *confectionary*, está assim dimensionado:

TABELA V
MARKET SHARE COM BASE NO VOLUME (%)

	1997	1998	1999	2000	2001
Kraft Foods	25,90	27,43	30,36	31,24	31,14
Nestlé	26,89	27,16	28,40	28,26	29,04
Garoto	25,84	25,48	26,20	24,96	23,13
Mairs Inc.	1,50	1,67	1,99	2,83	3,00
Ferrero	5,81	4,09	2,65	1,80	1,40
Bauducco	0,73	0,61	0,56	0,61	0,67
Arcor	0,85	1,09	1,69	1,57	1,82
Siccan	0,33	0,32	0,30	0,54	0,54
Parmalat	0	0	0,60	0,43	0,43
Pan	0,54	0,54	0,32	0,32	0,32
Outros	11,61	11,60	6,94	7,43	8,50

Fonte: EUROMONITOR (informação fornecida pelas requerentes em respostas aos ofícios Gab. FOM nº 31, 55 e 72), os dados percentuais foram recalculados com base nos volumes informados, desprezando-se os arredondamentos.

O esforço interpretativo indica que há fortes *players* engajados no mercado afim, indicando que a pressão competitiva é real e deve ser levada em conta na análise de eventual exercício de poder de mercado pelas requerentes.

Em sua configuração do mercado relevante, a SEAE apontou que:

“Há coincidência de atuação das duas empresas no segmento de goma de mascar. Entretanto, ao considerar que os setores de balas se confundem com os dos drops, que concorrem em preços com as gomas de mascar e os chiclets de bola, além de merecerem espaço e tratamento equivalentes aos dos bombons e chocolates, devido ao interesse que despertam nos consumidores, define-se a dimensão produto como o mercado dessas guloseimas”.

Note-se que as diferenças quanto à delimitação do mercado relevante são frutos da dissonância cognitiva do grau de substitutibilidade entre os produtos, contudo, não haveria razão para afastar a interação entre todos os produtos tidos como *confectionery*, especialmente, no que tange ao comportamento de preços.

Dessa forma, ainda que não se aceite a definição do mercado relevante ora proposta, que indica uma baixa concentração após a operação, analisando somente os produtos em que há coincidência de atuação das requerentes (gomas de mascar e chiclets de bola), ainda assim estariam presentes fatores limitantes ao eventual abuso de posição dominante ou de poder de mercado.

VIII – BARREIRAS À ENTRADA

Não obstante o item barreiras à entrada seja um dos aspectos a serem analisados para a avaliação dos índices de concentração no mercado (item III), por opção metodológica, inaugura-se um novo item, tendo em vista as peculiaridades e a importância do tema.

Para uma adequada análise das estruturas do mercado relevante, quando da apreciação de uma operação de concentração econômica, é preciso suscitar o ponto referente à probabilidade de entrada de outros produtores (novos ou já instalados em outros mercados relevantes geográficos).

Este ponto discute a existência ou não de barreiras à entrada no mercado relevante definido para a operação sob apreciação.

Inicialmente, é preciso esclarecer que o estudo das barreiras à entrada no direito antitruste está longe de ser tema pacífico, existindo forte antagonismo nas propostas de Joe S. Bain, George J. Stigler, Robert H. Bork e Richard A. Posner. Dessa forma, parece mais adequado analisar os pontos que, potencialmente poderiam ser entendidos como barreiras à entrada, no mais amplo conceito disponível, para então verificar se há ou não obstáculos ao ingresso de novos concorrentes no mercado relevante, tentando, ao máximo, não adentrar as discussões doutrinárias, o que desviaria o curso da análise do caso em concreto.

VIII.1 – Diferenciação do Produto e Gastos com Propaganda

A grande diferenciação dos produtos que compõem o mercado relevante foi apontada nos autos, especialmente pelos terceiros interessados, como suposta barreira à entrada de novos *players* e à ampliação das participações dos já operantes.

Nesse entendimento, a diferenciação estaria relacionada principalmente a dois fatores: a) a possibilidade tecnológica e financeira para o desenvolvimento de produtos diferenciados e b) os gastos com publicidade dos produtos ofertados.

Em princípio, é preciso esclarecer que a diferenciação dos produtos, por si só, não pode ser identificada como uma barreira à entrada, conclusão esta que dependeria da análise de outros aspectos do mercado relevante. Isto se dá em razão de estar a diferenciação inserida no rol de questões definidas pela estratégia empresarial, ou seja, trata-se de uma opção disponível tanto aos entrantes quanto aos produtores já instalados de diferenciarem ou não seus produtos.

A lógica da diferenciação reside na busca do aumento das vendas, ou seja, do sucesso empreendedor. Nesse sentido, um entrante encontrará dificuldades em mercados de produtos diferenciados se o seu produto não alcançar a aceitação pelos consumidores da mesma forma que produtores já instalados podem frustrar-se no lançamento de novos produtos na tentativa de expandirem suas atividades.

Contudo, a diferenciação extrapola a seara de opções da oferta, inserindo-se também na órbita de desígnios dos consumidores: comprar ou não um produto diferenciado é uma opção do consumidor. Dessa forma, entendendo que o direito antitruste tem como premissa elementar a maximização da satisfação dos consumidores, a diferenciação de produtos seria importante ferramenta disponível na busca desse objetivo maior, por agregar maior possibilidade de satisfação dos usuários finais.

O fato de a diferenciação ser entendida como uma opção à estratégia competitiva e operacional da empresa, afasta a assertiva de que a impossibilidade tecnológica ou financeira para o desenvolvimento de produtos diferenciados excluiria competidores do mercado. Havendo a exclusão de um *player*, estar-se-á diante de uma seleção competitiva promovida pela liberdade de opção dos consumidores, que rejeitaram os produtos diferenciados do *player* excluído, ou então preferiram os produtos sem diferenciação desse *player*.

Bork ainda traz mais um argumento a explicar que a diferenciação dos produtos não constitui barreira à entrada:

“But differentiation may also provide routes for entry. Again and again, new firms enter markets by offering something different from the products of established firms”(11).

Nota:

(11) The Antitrust Paradox. New York: The Free Press, fl. 312.

(tradução livre)

Mas a diferenciação também pode oferecer caminhos para a entrada. Muitas e muitas vezes, novas empresas entram no mercado oferecendo alguma coisa diferente dos produtos das empresas estabelecidas.

Ocorre ainda, que a diferenciação de uma empresa ou de alguns de seus produtos pode agradar somente a um determinado grupo de compradores com necessidades particulares.

Neste sentido, não haveria razão para considerar isoladamente uma peculiaridade do mercado relevante, a diferenciação dos produtos, como barreira à entrada de novos competidores. Ao contrário, poder-se-ia argüir que a diferenciação dos produtos aponta aberturas para a entrada de novos competidores, tendo em vista que, no mais das vezes, a diferenciação é dispendiosa; ao mesmo tempo em que pode atender aos anseios de maior satisfação dos consumidores.

Parece também adequado recorrermos ao entendimento de Porter sobre o tema:

“A rivalidade entre os concorrentes existentes assume a forma corriqueira de disputa por posição – com o uso de táticas como concorrência de preços, batalhas de publicidade, introdução de produtos e aumento dos serviços ou das garantias ao cliente.(...)”

as batalhas de publicidade podem expandir a demanda ou aumentar o nível de diferenciação do produto na indústria com benefício para todas as empresas”(12)

Nota:

(12) PORTER, Michael E. Estratégia Competitiva. 2. ed. Rio de Janeiro:

Editora Campus, 1989, p. 34.

Das informações aduzidas, podemos concluir, ainda, que são pelo menos três as variáveis competitivas desse mercado relevante: disponibilidade, preço e diferenciação. A existência de múltiplos fatores críticos de competição indica ser provável a coexistência de um maior número de concorrentes, isso porque, como explica Philip Kotler, “quanto menor o número de variáveis competitivas críticas, menor o número de concorrentes” (13).

Nota:

(13) Administração de Marketing. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1996, p. 214.

Ainda neste tópico, resta abordarmos a questão referente aos gastos com propaganda.

Há, nos autos, várias manifestações indicando que, com a concentração da Warner-Lambert e da Kraft Suchard, houve uma centralização das principais marcas do mercado relevante em poder de somente um *player*, o que poderia desequilibrar as relações concorrenciais neste mercado. Ainda, alega-se que as demais empresas do mercado não teriam condições de acompanhar os altos gastos com propaganda dispensados pelas requerentes, de forma que esses gastos dificultariam a ampliação das participações de mercado das concorrentes, que não conseguiram promover suas marcas junto aos consumidores.

Se gastos com *marketing* são realmente capazes de agregar valor à marca alvo, então, se pode entender que os dispêndios financeiros realizados neste intuito passam a integrar o ativo intangível da empresa, de forma que a diferença entre marcas já consagradas ou não, residiria simplesmente no fato de a empresa já ter, ou não, realizado o investimento.

Mas, há ainda a possibilidade de entender os gastos com propaganda como parte dos custos dos produtos ofertados. Nesta esteira, quanto maior o esforço de *marketing* empregado, maior será a pressão sobre os custos do produto, de forma que haverá conseqüente aumento de preços, a fim de não ver sacrificada a margem de lucro da empresa.

Sob a óptica proposta, os competidores que não incorrem em custos tão elevados com propaganda têm evidente vantagem de custos em relação aos demais. Dessa forma, parece bastante plausível que um novo foco de concorrência seja estabelecido entre os *players* desse mercado relevante com base no preço.

A importância atribuída às marcas nos argumentos trazidos pelos interessados no Ato de Concentração surge como superestimada, tendo em vista que a principal motivação para a compra dos produtos é o impulso⁽¹⁴⁾ o que sobrepõe a disponibilidade à marca; de forma que não parece estar presente no caso concreto a relação de causa e conseqüência entre a importância das marcas e os elevados gastos em propaganda.

Nota:

(14) Conforme observou a SEAE em seu parecer, fls. 561 e ss., “os Confectionery têm nas padarias, bares, lanchonetes e cantinas de escola seus principais canais de comercialização, por serem consumidos basicamente por crianças e jovens; adquiridos por impulso pelo atrativo de suas cores, embalagens e sabores e terem preços acessíveis a todas as camadas sociais da população. Existe, ainda, comercialização expressiva nas lojas de auto-serviços”.

Argumentar a importância das marcas com base nos vultosos dispêndios com propaganda na tentativa de fidelizar o consumidor, não atende às evidências, conforme salienta Richard A. Posner:

“Massive advertising is said to create a consumer preference for existing brands that the new entrant can overcome only with still more massive advertising (...) the argument is also contrary to the evidence, which shows that heavily advertised brands are associated with unstable brand preferences” (15).

(tradução livre)

Nota:

(15) Antitrust Law. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, fl. 115.

Propaganda massiva é tida por criar uma preferência nos consumidores pelas marcas existentes que o novo entrante somente poderia superar com propaganda ainda mais massiva (...) O argumento é também contrário à evidência, que mostra que marcas excessivamente anunciadas estão associadas com instáveis preferências por marcas.

Gastos crescentes com divulgação da marca, dessa forma, parecem estar mais atrelados à falta de fidelidade dos consumidores do que à fidelização do consumo. Neste sentido, ainda é importante ressaltar que grande, se não a maior, parte das compras são impulsivas, o que descaracterizaria a preferência por determinada marca em face da disponibilidade.

Ressalte-se, ainda, que os gastos com propaganda serão imprescindíveis em determinado mercado relevante se a demanda for uma função da publicidade da indústria. Nessa situação, as vendas de uma empresa poderiam se beneficiar da publicidade dos concorrentes, de tal forma que seria benéfico a toda indústria os investimentos em divulgação realizados por qualquer dos *players*, não havendo razões para os concorrentes insurgirem-se contra os elevados gastos.

Contudo, não é este o caso do mercado relevante sob análise, haja vista tratar-se de bens de conveniência, cujo consumo não encerra qualquer planejamento ou esforço de procura.

Parece, então, razoável entender que não há barreiras à entrada decorrentes de elevados gastos com propaganda e também, que existem fortes indícios de que as marcas não são determinantes para a concorrência nesse mercado relevante.

Finalmente, concluo que não restou evidenciada que a suposta relação entre diferenciação e gastos com propaganda criem vantagens às requerentes pelo fato de deterem conhecidas marcas de gomas de mascar e chicles de bola do mercado relevante, de tal forma que não houve alteração nas condições de entrada no mercado relevante a partir da operação sob análise.

VIII.2 – A Distribuição

A necessidade de uma rede de distribuição capilarizada foi apontada pela Secretaria de Direito Econômico em seu Parecer como a maior barreira à entrada no mercado de gomas de mascar. Não padece de eventual vício estender o entendimento da D. Secretaria à definição de mercado relevante que ora se propõe, sem prejuízo da argumentação e dos dados trazidos pelo Parecer, tendo em vista que as gomas estão inseridas no conceito de *candies* e, assim, a distribuição de um e outro têm as mesmas características.

Analisar a distribuição no segmento de gomas, com base nos dados já disponíveis nos autos, não implica em qualquer prejuízo à sistemática de análise da operação, tendo em vista que somente houve sobreposição de produtos no caso das gomas de mascar. Dessa forma, ainda que o mercado relevante não seja inteiramente abordado na análise que se fará, as conclusões extraídas para o segmento de gomas suscitam maior interesse público, haja vista a sobreposição e assim, são suficientes a atender à preocupação antitruste.

Ressalte-se ainda que, estando claro que não há possibilidade de comprometimento da análise pela utilização dos dados já disponíveis e das considerações já tecidas, seria contrário ao interesse público e à economia processual a realização de novas diligências e o não aproveitamento dos estudos pertinentes.

Conforme os dados da ACNielsen, as requerentes possuem as mais amplas redes de distribuição do mercado de gomas, com penetração em 66 e 67% do universo de estabelecimentos que trabalham com o produto.

A concorrente com melhor distribuição é a Arcor (49%), sendo ainda, conforme observação da SDE, que 68% do varejo são atendidos por alguma outra fabricante nacional de gomas que não as requerentes, a Arcor, a Dos em Uno e a Arisco.

As informações fornecidas pelas requerentes revelam que a operação não envolveu nem o compartilhamento nem tampouco a transferência para a Warner-Lambert dos contratos de distribuição celebrados pela Kraft Lacta Suchard(16), de tal forma que não houve o aumento numérico da distribuição em razão da operação. Ainda mais, afirmam as requerentes que contratos de distribuição exclusiva não são a praxe nesse mercado.

Nota:

(16) Resposta ao ofício Gab. FOM nº 39/2002.

Dos dados apresentados referentes à participação de mercado e à distribuição numérica média no mercado de gomas de mascar, nota-se que há clara relação entre o número de lojas negociantes e o *market share* da empresa.

Mas a relação: quanto maior o número de distribuidores, maior a fatia do mercado, não autoriza, por si, a conclusão de que estamos diante de uma barreira à entrada. A conclusão direta e lógica a ser extraída dos números é que uma das facetas da competitividade neste mercado relevante é a capilaridade da distribuição.

Esse fato é notório no mercado, a ver pela estratégia da empresa Perfetti para expandir suas atividades no Brasil:

“O plano de crescimento para os próximos anos está baseado a partir da cobertura nacional em 2001 em atender através de distribuidores um mínimo de 150.000 pontos de vendas no canal tradicional e bares e aproximadamente 8.000 pequenos supermercados fora as grandes redes, como citado anteriormente” (17).

Nota:

(17) Manifestação da Perfetti do Brasil em resposta ao OF/DPDE nº 398/2001, fl. 732.

Confirmada a hipótese de que a capilaridade de distribuição é uma exigência peculiar do mercado relevante para a ampliação das participações, amplamente conhecida pelos *players*, restaria então indagar se há obstáculos, impostos ou não pelas requerentes, ao acesso aos canais de distribuição. A existência de restrições de acesso, sob a forma de contratos de exclusividade, indicaria uma dificuldade artificial ao ingresso ou à extensão das atividades no mercado relevante.

Reitere-se que a distribuição no mercado relevante, conforme informações das requerentes, não é formada de contratos de exclusividade, de forma que não parece razoável atribuir à grande capilaridade da rede de distribuição da Warner-Lambert qualquer outra característica que não a de uma eficiência, verdadeira vantagem competitiva da empresa que não tem o condão de obstaculizar o acesso à distribuição pelos demais competidores.

Fica claro assim, que a capilaridade constitui uma vantagem competitiva capaz de ampliar a penetração dos produtos da empresa atuante nesse setor. Não se trata de barreira artificial introduzida no mercado pelas requerentes por meio de práticas excludentes.

A dimensão continental do mercado relevante geográfico é uma característica conhecida por todos os competidores, inclusive os potenciais que, em hipótese alguma, barra a entrada de novos *players* ou a expansão dos já operantes. Trata-se, em suma, da estratégia operacional de ingresso no mercado, facultando à empresa iniciar as atividades de forma localizada para, então, ampliar os horizontes de distribuição.

Aceitar a capilaridade da distribuição como uma barreira à entrada seria aceitar que qualquer mercado relevante de dimensão nacional no Brasil teria um óbice à entrada de novos concorrentes. Dessa forma, o padrão seria a barreira, deslocando o paradigma de comparação para a exceção e não para a regra, como deve ser.

O estudo do caso em tela sugere ainda que a grande vantagem competitiva desse mercado relevante, mais do que preço, qualidade ou gastos com propaganda, é a capilaridade da distribuição. Reforça esse entendimento o fato incontroverso de que as compras se dão, em regra, por impulso (sem planejamento ou esforço de procura) e em pequenas quantidades.

Diante disso, a racionalidade concorrencial indica que terá maior participação no mercado a empresa que disponibilizar seus produtos a um maior número de consumidores, o que pode ser verificado empiricamente. Poder-se-ia, até mesmo questionar se expressiva parte da demanda não seria criada pela própria oferta, ou seja, se a mera exposição ao consumidor dos produtos não criaria demanda.

Afora a argumentação exposta, em termos fácticos, não parece ser a distribuição uma barreira à entrada, a saber pela afirmação da Perfetti:

“Não temos encontrado excepcionais dificuldades para a utilização dos Canais de Distribuição disponíveis para dita espécie de Produtos e não nos parece que, mesmo ocorrendo a concentração em objeto, dita disponibilidade possa sofrer esclerosamento” (18).

Nota:

(18) Manifestação da Perfetti do Brasil em resposta ao OF/DPDE nº 398/2001, fl. 732.

Mas a manifestação da Perfetti não foi acompanhada pela Arcor do Brasil que, questionada sobre a avaliação da sua própria rede de distribuição, manifestou-se no seguinte sentido:

“Estruturada, porém sem a força que tem a concorrência reforçada ainda mais pela união das duas companhias (Warner e Suchard). Esta união dificulta ainda mais a entrada da Arcor nos pontos de venda, que se satisfazem com a quantidade de itens vendidos por ela” (19).

Nota:

(19) Manifestação da Arcor do Brasil em resposta ao OF/DPDE nº 5114/2000, fl. 657.

A estruturada rede de distribuição da Arcor garante aos produtos da empresa presença em 49% do universo de lojas, conforme dado da ACNielsen reproduzidos no Parecer da SDE. Os números não sugerem que a empresa tenha maiores dificuldades referentes ao estabelecimento de uma rede de distribuição eficiente.

Quanto ao segundo aspecto mencionado pela Arcor, a quantidade de itens vendidos, não obstante a redação não seja expressa, tudo indica que a empresa faz menção ao portfólio das requerentes. Ora, a apreciação do portfólio da própria Arcor (que inclui balas, pirulitos, pastilhas, chicles de bola, gomas, caramelos, chocolates em barra, bombons, chocolates em caixa, amendoins e outros confeitados) demonstra que há sinergias, ou de produção ou de distribuição, entre todas as classes de produtos inseridas no conceito de *confectionary*.

Ad argumentando, imaginando a existência de um monopolista neste mercado relevante, auferindo lucros em níveis monopolistas, por certo não seria a necessidade de uma rede de distribuição capilarizada que ofereceria resistência à entrada de novos competidores atraídos pelos lucros supranormais.

Concluo, à diante dos argumentos acima expostos, que a necessidade de uma rede capilarizada de distribuição, no mercado em questão, não configura verdadeira barreira à entrada.

VIII.3 – Acesso aos Insumos

A análise dos autos sugere que o único insumo cujo acesso poderia sofrer alguma restrição nesse mercado seria a goma base, utilizada na produção de gomas de mascar e chicles de bola.

Segundo informações fornecidas pela ABICAB (Associação Brasileira da Indústria de Chocolate, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados), são três as produtoras de goma base que atuam no mercado brasileiro: o grupo Warner-Lambert, a Arcor do Brasil e a ProAroma.

A Warner-Lambert do Brasil, conforme informações fornecidas pela própria empresa, não produz esse insumo. Contudo, há uma fábrica pertencente ao Grupo Warner-Lambert Company, do qual faz parte, instalada na Irlanda que fornece a goma base para consumo cativo de empresas do grupo.

Dessa forma, a Warner-Lambert poderia ter vantagens de custo em relação às demais concorrentes do mercado de goma e chicles se o preço praticado entre a fábrica da Irlanda e fábrica instalada no Brasil fosse um preço de transferência. Entretanto, é preciso levar em conta que a goma base fornecida à subsidiária brasileira é onerada pelos custos de transporte assim como pelas variações cambiais.

Mas a questão que se propõe é se essa suposta vantagem de custo é meramente uma eficiência da empresa integrada ou uma barreira à entrada. Pensando se tratar de uma integração vertical, então haveria razões suficientes a motivar o entendimento de se tratar de uma eficiência. O fato de a Arcor do Brasil produzir a goma base e comercializar gomas de mascar e chicles de bola, indica que a integração traz vantagens à indústria e é uma opção às empresas do setor. Mas esse fato não impede outros competidores de atuarem no mercado de gomas, isso porque há, ao menos, um fornecedor independente, a ProAroma.

A operação não resultou efeitos no mercado de gomas base, isso porque o acesso ao produto fornecido pela fábrica da Irlanda sempre foi cativo às empresas do grupo Warner-Lambert.

Portanto, não há parcela do mercado relevante assegurada à Warner-Lambert pelas vantagens de custos, o que descaracteriza a existência de uma barreira à entrada neste sentido.

VIII.4 – Economias de Escala

No intuito de não se alongar na análise, se as economias de escala configuram ou não uma barreira à entrada de novos competidores no mercado relevante, o que certamente, não solucionaria a questão nem tampouco enriqueceria substancialmente a análise do presente caso, analisar-se-á a possibilidade de a existência de economias de escala aumentarem o risco da entrada⁽²⁰⁾.

Nota:

(20) Neste sentido, Posner afirma que: "Of greater practical importance are conditions that do not create a barrier to entry but do increase the length of time required for new entry to take place by making the production process a complex one that requires substantial time to organize efficiently. Such factors include vertical integration and economies of scale, which increase the optimum size of the new entrant. These factors may sometimes increase the risk of entry as well vis-à-vis incumbency and so create a barrier to entry in Stigler's sense, but this cannot be assumed. For example, if economies of scale are so large to demand that there is room for only one firm in the market operating at an efficiency scale, the risk to a new entrant of failing to wrest the market from the incumbent may be matched by risk to the incumbent of losing out to the new entrant and thus having to exit the market. And the risk may be smaller than appears, though again symmetrical, if the optimal response of the incumbent is to cede half the market to the new entrant, albeit the result is higher costs than if they fought to the death, or to merger the two companies into one". Antitrust Law. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, fl. 74.

Não há dúvidas quanto à existência de risco em toda e qualquer atividade econômica. Daí estar o foco da presente discussão no aumento desse risco decorrente da escala ótima de produção. Opta-se pela análise em sede de escala ótima e não escala viável, porque dada a dimensão nacional do mercado relevante, é possível a existência de diferenças regionais intensas quanto à viabilidade da planta produtiva.

A notar pela estrutura da oferta no mercado internacional, fortemente dominada por empresas multipropósito, de amplo portfólio e de grande porte, é possível deduzir que a escala ótima de produção é elevada. Contudo, esta conclusão deve ser submetida a uma análise cartesiana, para sua comprovação ou não.

A entrada da Perfetti do Brasil em tempo razoável (1 ano, os primeiros estudos do mercado foram realizados em 1998 e a fábrica de vinhedo iniciou suas atividades em 1999(21)) e com investimentos em torno de US\$ 50 milhões, indica que o mercado brasileiro exerce forte atração de investimentos neste segmento. Ressalte-se, que a própria entrante identifica o Brasil como “um dos maiores mercados do mundo nessa atividade [*candies*] e o 1º da América Latina” (fl. 731).

Nota:

(21) Fls. 731 e 1.272.

Pode-se, então concluir que o risco da atividade em muito é superado pela perspectiva de ganhos e de expansão das atividades. Fortalece esta conclusão o fato de que no Brasil encontram-se em construção unidades da Ferrero, Mars e Fini e, ainda, aquisições da Hershey/Visconti e Parmalat/Neugebauer(22) (ressalte-se que a Neugebauer foi recentemente vendida à Balas Florestal).

Nota:

(22) Conforme informações da ABICAB, fls. 928-1.059.

A Indústria de Balas Florestal, tradicional fabricante de balas, recentemente ingressou no mercado de chiclete em lâmina, tendo investido R\$ 4,5 milhões para a fabricação diária de 1,5 mil quilos de sua nova linha Flodent(23).

Nota:

(23) Notícia veicula em 1º de outubro de 2002 no Jornal Valor Econômico.

Não obstante preponderar no mercado relevante empresas de grande porte, é marcante também a presença de empresas nas franjas do mercado. À título de exemplo, podemos mencionar que no mercado de gomas e chicles de bola, os “outros fabricantes nacionais” (empresas que não a Warner-Lambert, Kraft Suchard, Arcor, Dos em Uno e Arisco) estão presentes em 68% do universo de lojas de varejo. Ainda mais, sabe-se que há forte presença de pequenas empresas no nicho da balas.

É ainda preciso lembrar que a escala ótima de produção também é uma medida individualizada para as empresas, isto porque os custos incorridos podem diferir substancialmente, de tal forma que as empresas que incorrem em elevados custos de propaganda e *marketing* precisariam de uma escala de produção maior para os diluir. De acordo com esse raciocínio, a competitividade via preço das empresas que investem em propaganda poderia estar atrelada à maior escala de produção.

Neste sentido, parece provida de lógica a arguição de ser elevada a escala ótima de produção. Entretanto, esta afirmação não afasta o entendimento de que plantas pequenas são especialmente viáveis em mercados regionais de difícil acesso às redes de distribuição das grandes empresas.

No extremo do argumento, poderiam ser identificados dois planos distintos de concorrência entre as empresas: nas regiões de fácil distribuição, em que todas as marcas têm acesso, por preço, diferenciação, qualidade e outros fatores; já nas regiões de difícil acesso, pela simples disponibilidade do produto.

Dessa forma, parece não ser adequado entender as economias de escala peculiares do mercado relevante como fatores que provocam um sensível incremento do risco da atividade, capaz de inibir a entrada de novos competidores.

No que tange aos custos de entrada no mercado de *candies*, não há indícios de que sejam estes impeditivos, tendo em vista a recente entrada da Perfetti, a ampliação de portfólio da Indústria de Balas Florestal, além das construções de plantas no Brasil por empresas de atuação internacional (Fini, Mars e Ferrero).

A entrada e saída de dois *players* em curto intervalo de tempo: Arisco e Dos em Uno, indica ainda a inexpressividade dos *sunk costs* no mercado relevante em questão, apontando a possibilidade de competidores entrarem e saírem do mercado rapidamente, *hit and run*, quando sinalizada a possibilidade de se auferir lucros supranormais.

Assim, concluo a análise do item “Barreiras à Entrada”, após sua decomposição e exame, com o entendimento de que o

mercado relevante envolvido na operação analisada, não apresenta óbices com aptidão a afastar novos investimentos, sejam de novos entrantes, ou de empresas já instaladas para a expansão de suas atividades. Por fim, note-se que não houve sensível incremento do risco da atividade pela operação realizada.

IX – EFEITOS DA OPERAÇÃO

Indiscutível que as operações potencialmente podem gerar tanto efeitos positivos quanto negativos em relação ao bem-estar econômico dos consumidores. O caráter dual das concentrações aponta a necessidade da avaliação do caso concreto, ainda porque, a história da evolução do Direito da Concorrência, construída em erros e acertos, liberalismo e radicalismo, demonstra que condenar as concentrações *per se* não atende à demanda do interesse público.

A Conselheira Neide Teresinha Malard, por ocasião do julgamento do Processo Administrativo nº 61/92, esclareceu que:

“Concorrer é disputar a preferência do consumidor quer pelo preço quer pela qualidade do produto. Qualquer artifício utilizado pelo agente para restringir ou obstar essa disputa, limitando ou reduzindo o poder de escolha do consumidor, importa a eliminação da concorrência, e prejudica o mercado tanto do lado da produção quanto do consumo”.

Entendendo a preservação da concorrência como a manutenção da gama de alternativas disponíveis ao consumidor, e às preferências do mercado, qualquer operação de concentração, por menor que seja a participação de mercado envolvida, criaria, em tese, um prejuízo ao limitar as opções disponíveis.

É interessante ressaltar que este raciocínio em muito se aproxima do entendimento manifestado no roteiro de fusões editado pelo Departamento de Justiça e a Comissão Federal de Comércio norte-americanos, que “parte da noção de que a concentração eleva ou cria poder de monopólio, que se define como a capacidade de a empresa resultante da operação elevar seus preços acima dos custos de forma sustentada, ou seja, sem incentivar a entrada de novos ofertantes ou o aumento da oferta dos existentes”, conforme ensina a ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado, em seu voto no AC nº 27/94.

Tendo em vista essa concepção, a aprovação dos atos de concentração estaria condicionada à prova de que seriam gerados pela operação benefícios suficientes a amortizar o prejuízo imediato aos consumidores. Presumir os benefícios e sua suficiência dependeria de expressa determinação legal, ainda porque os interesses tutelados nas análises do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são coletivos.

Parece não ser outro o espírito da Lei nº 8.884/94 especialmente ao nos depararmos com a obrigatoriedade de apresentação de todas as operações que se enquadrem nos critérios legais, e com a disposição que indica ser a aprovação pelo CADE condição de eficácia do ato.

Impõe-se, portanto, a análise dos efeitos da operação mesmo após as conclusões extraídas no item “Barreiras à Entrada”.

Neste momento, cabe fazer menção ao que dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Na sistemática da Lei, seriam duas as hipóteses de aprovação de operações enquadradas na definição legal de “ato de concentração”.

O artigo 54 da Lei nº 8.884/94, em seu parágrafo primeiro, determina a aprovação incondicional do ato de concentração submetido à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica que atenda às condições descritas nos incisos I a IV do artigo 54. Ressalte-se que o vernáculo “poderá”, conforme a técnica legislativa, deve ser compreendido como “deverá”.

Dessa forma, esta primeira hipótese de aprovação requer a existência de pelo menos uma das seguintes eficiências: produtiva, qualitativa ou tecnológica.

Atente-se que o inciso II faz menção à distribuição equitativa de benefícios e não de eficiências; e não por acaso assim agiu o legislador, uma vez que benefício é o gênero do qual as eficiências são espécies. A teoria econômica aplicada ao direito antitruste restringe as hipóteses de eficiências econômicas obtidas por processos de concentração. Assim, todos os benefícios auferidos pelas empresas concentrantes, independentemente de serem configurados como eficiências ou não, devem ser equitativamente distribuídos com os consumidores.

No que tange ao respeito aos limites do estritamente necessário (inciso IV), busca-se que os objetivos lícitos das concentrações não sejam atingidos por meios, ainda que também lícitos, excessivamente onerosos para a sociedade, de forma que este inciso sopesa os valores constitucionais da livre iniciativa, da defesa dos consumidores e da livre concorrência.

A segunda hipótese de aprovação das operações também pode ser extraída do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, de seu parágrafo 2º.

De acordo com a previsão legal, o ato de concentração também deverá ser aprovado ainda que não atenda uma, e somente uma, das condições previstas no parágrafo 1º do artigo 54. Contudo, para configurar esta hipótese de aprovação será necessária a verificação de mais duas condições: a existência de “motivo preponderante da economia nacional” e, cumulativamente, o não “prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

O entendimento acima exposto quanto à diferença do tratamento econômico incorporado pela lei entre eficiências e benefícios, encontra neste parágrafo maior subsídio, uma vez que se não prevalecesse esta diferenciação, ou seja, se benefícios e eficiências fossem sinônimos perfeitos, uma operação sem eficiências não poderia ser aprovada com base nas hipóteses previstas pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, isso porque não haveria como distribuir equitativamente eficiências não existentes.

Feita essa digressão a respeito das hipóteses previstas na Lei de Defesa da Concorrência, voltemos ao tema do tópico: efeitos da operação.

No intuito de contextualizar os efeitos da operação em tela, parece adequado recorrer-se a uma breve exposição dos

motivos apresentados pelas requerentes para a realização da concentração.

A opção de venda dos ativos da Kraft pelo grupo Philip Morris se deu no sentido de restringir o *core business* do grupo, concentrando suas operações nas áreas de tabaco, chocolates e bebidas em pó.

Conforme relato das requerentes, a oferta aos potenciais compradores, entre eles a Warner-Lambert, dos negócios de confeitos da Kraft Suchard foi intermediada por um Banco de Investimento Internacional e se deu no momento em que a Warner-Lambert defrontava-se com a limitação produtiva de suas plantas e já iniciava o planejamento de expansão das atividades, com a compra de terreno localizado em São José dos Campos (SP)(24). Dessa forma, a principal carência que assolava a Warner-Lambert era a de espaço físico para a expansão/alteração de instalação da capacidade produtiva.

Nota:

(24) “Por se defrontar com o esgotamento das áreas instaladas em Cumbica e na Avenida do Estado, a empresa no início do ano de 1999 havia providenciado a compra de um terreno no município de São José dos Campos – SP, com vistas à construção de uma nova unidade produtiva de guloseimas. As condições das unidades da Requerente de Cumbica e da Avenida do Estado apresentavam-se ainda mais restritivas se consideradas as intenções da empresa de concentrar toda a produção destinada ao Mercosul no Brasil, com o fechamento das fábricas na Argentina e Uruguai”. (fl. 1.311)

A decisão pela aquisição dos negócios da Kraft foi muito influenciada pelo valor da operação, US\$ 39 milhões, “custo substancialmente inferior ao da construção de nova unidade fabril e um enorme ganho de tempo para colocar em funcionamento” (fl. 1.312), como foi ressaltado pelas requerentes.

Conforme informações fornecidas pelas requerentes, a economia inicial proporcionada pela aquisição foi da ordem de US\$ 61 milhões, tendo ainda possibilitado a otimização de investimentos a médio prazo de aproximadamente US\$ 30 milhões. Ressalte-se que o terreno adquirido em São José dos Campos foi destinado a atividades operacionais relacionadas à área farmacêutica do grupo Pfizer.

Os dados referentes à utilização da capacidade produtiva instalada das unidades fabris da Warner-Lambert indicam a total utilização da capacidade da unidade de Cumbica e uma capacidade ociosa de 20% na da Avenida do Estado. A instalação localizada na Avenida do Estado depara-se com alguns inconvenientes: trata-se de construção antiga e obsoleta, considerada ineficiente para os padrões atuais e sem possibilidade de ampliação, de acesso dificultado para caminhões por se tratar de uma via de tráfego intenso próxima ao centro da Capital do Estado de São Paulo.

O projeto de centralização da produção destinada à América Latina no Brasil, no cenário descrito, mostrava-se impossibilitada no curto prazo. A oferta dos negócios de confeitos da Kraft Suchard, nesse momento, criou a oportunidade de reduzir o tempo necessário para expansão e centralização no Brasil da capacidade produtiva. A unidade fabril adquirida, sita em Bauru, tinha uma capacidade ociosa de 49% em 1999, que foi reduzida para 38% em 2001, o que demonstra claramente que houve aumento de produção após a operação.

Com a integração das atividades, a Warner-Lambert aumentou suas exportações a partir do Brasil em cerca de 39% entre 1999 e 2001, reduzindo ou mesmo suspendendo as importações de produtos acabados que antes eram realizadas. Este foi um dos efeitos imediatos da operação que poderia ser considerada como uma eficiência produtiva, tendo em vista que não haveria outra maneira de, no curto prazo, realizar esse objetivo.

Ressalte-se ainda, que as importações pela Warner-Lambert de produtos acabados apresentavam uma tendência de crescimento acelerado até 2000, revertendo-se a partir de 2001 com o início da implementação do projeto de centralização no Brasil da produção destinada ao Mercosul.

Mas parece não ser esta a única eficiência presente neste Ato de Concentração. Tendo em vista a questão, já discutida, da distribuição, é possível intuir que resultarão da operação economias de escopo imediatas na distribuição dos produtos. A estratégia de ampliação do portfólio para a otimização da distribuição é fato notório nesse mercado relevante: a ver pela ampla gama de produtos da Arcor que conta com uma distribuição estruturada com boa penetração e também pela estratégia declarada da Perfetti do Brasil: “novos produtos deverão ser lançados como forma de otimizar a operação de distribuição”. (fl. 733)

A discussão quanto à possibilidade de alcançar esta economia de escopo por outro meio que não a operação merece destaque, uma vez que possivelmente o custo de lançamento de novos produtos, incluindo o tempo demandado para tanto, superaria o custo de aquisição do negócio de confeitos da Kraft Suchard. Não se trata de mera divagação teórica, há embasamento nos autos para dar maior crédito a este raciocínio.

A ampliação do portfólio pela Warner-Lambert exigiria a instalação de uma nova unidade fabril, dado o alto índice de utilização das capacidades instaladas, associado a isto, estaria o custo de desenvolvimento dos novos produtos. Conforme já se afirmou neste voto, o custo de aquisição foi menor do que o estimado, de US\$ 100 milhões(25), para a instalação da fábrica no terreno de São José dos Campos, por certo, nesta comparação está computado o custo de oportunidade da empresa em dispor instantaneamente de uma maior capacidade produtiva. Como se pode notar, há elementos suficientes a comprovar que a aquisição constituiu a forma mais rápida e econômica de atingir a economia de escopo na distribuição.

Nota:

(25) Conforme resposta ao Ofício Gab. FOM nº 39/2002.

É possível, a partir do raciocínio desenvolvido, questionar quanto à existência de economias de escala na distribuição. De antemão já se sabe que a distribuição é fator gerador de competitividade nesse mercado relevante. Também já foi abordada a questão das empresas nas franjas do mercado, cuja distribuição tende a ser regionalizada, o que diminui sensivelmente seus custos.

Não há relação de causa e consequência entre a existência de economias de escala na distribuição e uma suposta impossibilidade de concorrência das empresas menores não dotadas de recursos financeiros suficientes a arcar com custos elevados de logística, faturamento entre outros.

Em manifestação nos autos, a Van Melle explicitando as razões que a levaram a firmar um contrato de distribuição com a Warner-Lambert, afirmou: "... a Van Melle atualmente comercializa no mercado nacional apenas duas linhas de produtos – Mentos® e Fruit-tella® –, sendo inviável financeiramente investir em uma extensa rede de distribuição própria a pequenos atacadistas em todo o território brasileiro, e montar uma estrutura logística de transporte e faturamento a esses pequenos atacadistas". (fl. 298)

A manifestação transcrita demonstra claramente que existem hipóteses viáveis às empresas de menor porte para distribuir nacionalmente seus produtos, sendo que as economias de escala, e também as de escopo, na distribuição não obstam o desenvolvimento econômico das empresas menores. Esse exemplo também é muito ilustrativo quanto à dimensão ótima do portfólio, rompendo com o paradigma de que somente as empresas com ampla oferta de produtos têm competitividade no mercado.

Mas é fato que existem economias de escala na distribuição. Cabe então idêntico raciocínio ao desenvolvido para as economias de escopo, o qual se exime de repetir, tendo em vista que a obtenção imediata de escala seria inviável no cenário em que a empresa se encontra. Diante disso, entende-se que existem economias de escala imediatas decorrentes da operação que não seriam alcançadas no curto prazo de outra forma.

Concluo então a análise deste tópico entendendo que existem benefícios específicos decorrentes da operação, contudo, tendo em vista a exigência de quantificação para a caracterização de eficiências econômica, apenas a eficiência produtiva decorrente da maior utilização da capacidade produtiva da unidade de Bauru e o aumento das exportações, plenamente quantificáveis, pode ser reconhecida verdadeiramente como eficiências. Os demais ganhos proporcionados pela operação restringem-se ao plano dos benefícios.

Questiona-se agora se os reconhecidos benefícios estão ou não sendo distribuídos equitativamente entre as requerentes e os consumidores. A dúvida tem razão de ser: seriam somente as oscilações de preço que demonstrariam a exigida distribuição equitativa? Parece que não.

Por outro lado, seria então a melhor alocação dos recursos econômicos, por definição escassos, suficiente a satisfazer o inciso II do parágrafo primeiro do artigo 54 da Lei nº 8.884/94? É certo que uma melhor alocação atende aos fundamentos econômicos para o aumento do bem-estar social, tendo em vista que a má utilização dos recursos econômicos seria, por si, indesejável.

Mas o argumento parece não ter grande influência persuasiva jurídica, dada a sua generalidade. No entanto, o legislador não ofereceu subsídios suficientes a afastar a pura lógica econômica, deixando poucas opções ao aplicador da lei que não a contemplação da resposta econômica.

A Portaria Conjunta nº 50 da SDE e SEAE explica que:

"... o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos e que o papel do controle de concentrações é avaliar os efeitos econômicos da operação, impedindo a consecução dos atos que gerem prejuízos à eficiência econômica e/ou ao bem-estar social..."

Isto posto, parece adequado admitir que, não havendo a imputação de prejuízos aos consumidores, maiores do que os benefícios decorrentes da operação, então sim poderíamos recorrer a este critério simplificado de verificação da distribuição equitativa: a melhor alocação dos recursos econômicos.

Com efeito, a aplicação do Princípio da Proporcionalidade ao Direito Econômico indica que: "O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado" (26).

Nota:

(26) ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 130.

Pelas razões expostas, considero que a operação sob exame atende à reclamada distribuição equitativa dos benefícios ao permitir uma melhor alocação dos recursos econômicos.

IX.1 – Manifestação dos Distribuidores

Resta, por fim avaliar a percepção dos efeitos da operação pelos compradores (distribuidores) afetados.

A Martins Comércio e Serviço de Distribuição S.A., por ocasião da resposta ao Ofício Gab. FOM nº 22/2002, manifestou-se no sentido de que “a operação de que trata o Ato de Concentração em epígrafe resultou no melhor desempenho de mercado das marcas envolvidas haja vista o trabalho focado que está sendo feito por parte de seu atual detentor”.

Também chamada a se manifestar (Ofício Gab. FOM nº 23/2002), a Companhia Brasileira de Distribuição afirmou: “após a referida operação, não detectamos qualquer mudança significativa no comportamento, que poderiam vir a cercear o ambiente concorrencial do mercado, por parte das requerentes”.

Diante das manifestações colhidas, não há indícios de que existiram prejuízos aos intermediários desse mercado relevante.

X – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, concluo pelo conhecimento e aprovação sem restrições da operação realizada entre a Warner-Lambert Indústria e Comércio Ltda e a Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., por entender preenchidos os requisitos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, reconhecendo a tempestividade de sua apresentação.

Ainda, existindo indícios de que as requerentes reduziram inadvertidamente os pesos dos produtos ofertados, em especial do Bubbalo, de 6,5g para 5,5, e do Ping Pong, de 4,8g, para 4g (fl. 47 do Parecer do Relator), voto pela remessa dos documentos necessários ao Departamento de Proteção e Defesa dos Consumidores da Secretaria de Direito Econômico, a fim de apurar eventual infração à Legislação de Defesa do Consumidor, em especial, à Lei nº 8.078/90.

Tendo em vista a existência de informações contraditórias fornecidas pelas requerentes nos autos, conforme apontou em seu voto o ilustre Conselheiro-Relator, neste aspecto, acompanho o voto do I. Relator pela remessa dos autos à Secretaria de Direito Econômico para que esta se manifeste acerca do cabimento da sanção prevista no artigo 26 da Lei nº 8.884/94, suprimindo a omissão em sua Nota Técnica.

É como voto.

Brasília, 13 de novembro de 2002.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Conselheiro do CADE

ADITAMENTO AO VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Tendo já externado minhas opiniões acerca da operação em referência e, considerando: i) a recente manifestação da ABICAB, Associação Brasileira da Indústria de Chocolates, Cacau, Amendoim, Balas e Derivados, referente ao memorial encaminhado pela Warner-Lambert ao meu Gabinete, e ii) o voto-vista proferido pelo ilustre Conselheiro Thompson Andrade, entendo que se faz necessária nova manifestação, no intuito de contribuir para o esclarecimento de mais alguns pontos relativos aos aspectos abordados em minha manifestação de voto.

I – DA MANIFESTAÇÃO DA ABICAB

Inicialmente, é preciso esclarecer que a manifestação da ABICAB, enquanto interessada, está devidamente amparada no Despacho de 04 de dezembro de 2002 do Conselheiro Thompson Almeida Andrade que a autorizou.

A ativa militância dos interessados exerce papel fundamental no processo de formação da convicção dos julgadores, na medida em que suas manifestações podem colacionar os fatos apresentados pelas requerentes ou mesmo aduzir fatos até então desconhecidos acerca do caso contribuindo para a busca da verdade material dos autos do processo.

Neste sentido, entendo que a garantia do direito de manifestação dos interessados na operação, atende ao Princípio da Verdade Material que baliza todo o Processo Administrativo, no respeito ao interesse da coletividade, fulcro da política antitruste.

Este é o posicionamento dos professores Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari:

“Aberto ou instaurado o processo, por iniciativa da própria Administração ou de particular interessado, inicia-se a fase de instrução, na qual serão deduzidos os fundamentos legais que disciplinam o assunto objeto de exame, serão produzidos os argumentos destinados a gerar o convencimento de quem deve decidir, serão produzidas as provas documentais, periciais e testemunhais eventualmente necessárias, serão emitidos pareceres técnicos e jurídicos – enfim, reunidas todas as informações necessárias para a decisão, cuja consistência e confiabilidade dependem dos cuidados adotados na instrução” (1). (grifo nosso)

Nota:

(1) Processo Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 2001, p. 123.

Entendo pela pertinência e legalidade da possibilidade de manifestação dos interessados, na defesa do interesse público.

Nesses termos, apesar de iniciada a fase de julgamento, em razão de sucessivos pedidos de vista a instrução propagasse entre os votos proferidos com o que me inclino a manifestar-me sobre o quanto dos autos passou a constar após minha manifestação.

No caso em tela, iniciado o julgamento, a ABICAB trouxe ao conhecimento do Plenário seu “ponto de vista sobre o memorial da Warner-Lambert e nossa apreciação oficial diante dos fatos até agora apreciados no processo em referência”, por meio do Parecer Econômico elaborado pela Professora Lúcia Helena Salgado, ex-Conselheira desse Egrégio Conselho.

Analisando o estudo da ilustre Professora, conclui pela necessidade de manifestar-me acerca de determinados pontos abordados. Saliente-se que, o presente Adendo não advoga em favor de meu já proferido voto – ainda porque as posições ali assumidas estão firmemente e coerentemente motivadas – mas busca sim a elucidação de aspectos que entendo merecem ser explicitados diante da recente manifestação.

I.1 – Da Apuração dos Índices de Concentração

Merecem atenção as observações da ilustre Professora quando da análise dos índices de concentração apurados pelo ilustre Conselheiro-Relator em seu voto, especificamente no que tange à superioridade dos valores obtidos em razão do valor em comparação à quantidade.

Inicialmente, é preciso esclarecer que, mesmo nas divergentes configurações de mercado relevantes propostas (guloseimas, chicles e gomas de mascar ou *candies*, conforme argumentei), nota-se um descompasso entre o *market share* obtido com base no valor e na quantidade, o que demonstra que não se trata meramente de uma peculiaridade da definição do mercado relevante eleita pelo Relator, que, cabe ressaltar, acompanhou o entendimento da Secretaria de Direito Econômico.

Ocorre que, no entender da ilustre Parecerista, esta diferença “revela o exercício poder de mercado da Requerente, capaz de impor preços elevados – tecnicamente acima do nível competitivo – sem que isso resulte em perda de participação do mercado”.

A conclusão merece alguns comentários. Indiscutível é que o exercício abusivo do poder de mercado é capaz de assegurar ao agente a imposição de preços supracompetitivos, sem com isso ver abalada sua posição no mercado, com a manutenção do *status* quantitativo. Entretanto, é preciso averiguar se é este o caso real do mercado em tela.

O diagnóstico do poder de mercado prevê diversas etapas anteriores, tais como a definição do mercado relevante, a análise das condições de entrada no mercado, a avaliação da contestabilidade do mercado, entre outras.

“Once the market is defined, the participants in the market identified, and market shares determined, there remains the task of assessing whether that market, as the result of a merger, is significantly at risk for collusion or other anticompetitive effects” (2).

Nota:

(2) SULLIVAN, Lawrence A. GRIMES, Warren S. The Law of Antitrust: an integrated handbook. Minn, USA: West Group, 2000, p. 591.

(tradução livre)

Uma vez definido o mercado relevante, identificados os participantes do mercado, e determinados os *market shares*, ainda resta a tarefa de determinar o quanto o mercado, como resultado da concentração, está significativamente sob risco de colusão ou outros efeitos anticompetitivos.

Assim, trata-se de um encadeamento lógico cuja conclusão quanto a um aspecto se concatena às demais conclusões que a precedem e antecedem, a rigor, não haveria lacunas para contrariedades, sob risco de macular total ou parcialmente a análise.

Tendo em vista esse quadro, não parece ser útil a discussão quanto à existência ou não de poder de mercado, isto porque a adoção preliminar de definições de mercado relevante distintas pode gerar divergentes resultados, ainda que estes encerrem em si alta dose de coerência e subsídios teóricos-doutrinários. Contudo, a análise que se propõe não resta comprometida em razão das diferentes posições adotadas, isso porque, o distanciamento entre o *market share* apurado com base no valor e na quantidade pode derivar não só do exercício do poder de mercado.

Isso fica claro ao analisarmos o caso da empresa Perfetti. O Conselheiro-Relator apresenta em seu voto(3), os seguintes dados referentes ao mercado de gomas de mascar:

Nota:

(3) Tendo em vista que o Parecer extrai a conclusão ora discutida, dos dados apresentados pelo Conselheiro-Relator, optei por desenvolver a argumentação a partir dos mesmos dados, como forma de não viciar a análise, demonstrando que, independentemente do mercado relevante analisado, as conclusões apresentadas podem ser equivocadas. Dessa forma, para que não restem dúvidas quanto à posição já assumida em meu voto, reitero que não se trata de acolher da definição de mercado proposta pelo ilustre Conselheiro-Relator, mercado de gomas de mascar, posição com a qual respeitosamente contrariei em meu voto.

TABELA I

EMPRESA	2000		2001	
	QUANTIDADE (%)	VALOR (%)	QUANTIDADE (%)	VALOR (%)
Warner + Kraft	66,1	77,3	63,9	74,5
Perfetti	0,4	0,6	1,8	3,0

Seria a Perfetti detentora de tão substancial poder de mercado capaz de garantir-lhe uma participação, em 2001, em termos de valor 67% maior do que em termos de quantidade? Lembremos que, no caso das Requerentes, em 2001, essa diferença é de 16,5%.

Colocado a teste o raciocínio, resta que, da existência da diferença não é possível concluir o exercício de poder de mercado, ainda menos o exercício abusivo. No limite do argumento, esse fator (diferença) poderia ser apontado como mero indício da suposta existência de poder de mercado, com as ressalvas cabíveis no que tange ao valor probatório dos indícios. Dessa forma, é inegável que outros fatores podem ser indicados como causa da diferença. À título de exemplo, conforme justifiquei em meu voto, tal diferença poderia ser derivada do maior valor agregado dos produtos oferecidos pelas Requerentes, o que também explicaria o caso da Perfetti.

Entretanto, não é só de generalização que padece a conclusão, outro aspecto também abala a conclusão extraída pela Parecerista: o fato de que, progressivamente, as Requerentes vêm perdendo mercado tanto em termos percentuais de quantidade quanto de valor. Elucidam esta constatação os dados apresentados pelo Conselheiro-Relator: em 1997, as Requerentes somavam uma participação de 71,2% em termos de quantidade; já em 2001, de 63,9%. Neste sentido, houve perda de mercado, ao contrário do que advoga a ilustre Parecerista.

Fato é que a perda de mercado em termos de quantidade superou a perda em valor, contudo, esse dado pode apontar um refinamento do portfólio das requerentes, ou ainda, uma tendência de crescimento do mercado de produtos de maior valor, tais como os produtos sem açúcar ou com propriedades benéficas à saúde bucal. O que, ainda mais, explicaria o aumento de vendas de 350% da Perfetti no segmento de gomas.

Dessa forma, a conclusão extraída a partir da superioridade do *market share* das requerentes em termos de valor parece ter sido precipitada. Mesmo na definição de mercado relevante até então defendida pela ABICAB (como de gomas de mascar, incluindo chicles de bola), outras hipóteses podem ser argüidas.

Sobre a definição de mercado relevante, é interessante notarmos que a Parecerista não apontou diretamente o seu entendimento quanto à definição do mercado relevante. Contudo, em determinada passagem do estudo, afirma:

“A aquisição do portfólio de marcas da Kraft-Suchard pela Requerente produziu justamente essa situação, agravada pela particularidade do varejo deter pequeno espaço para a disposição dos produtos em tela e da distribuição depender marcadamente de pequenos atacadistas em organização capilar. Com um portfólio contendo as principais marcas de todas as variações de confeitos, tal como proporcionado pela operação em tela, a Requerente ocupa todo o mercado, inviabilizando a concorrência”. (grifo nosso)

Ora, a conclusão que extraio do presente trecho é de que a Parecerista adota como mercado a definição proposta pela SEAE, ou seja, do mercado de guloseimas. Neste cenário, recordemos que a participação das requerentes, conforme apontou a SEAE, atingiu somente 15,4% do mercado em 1998, valor que, por si só, não despertaria preocupação antitruste, nos termos da legislação em vigor. Somente na comprovada presença de peculiaridades no mercado relevante, a argumentação de poder de mercado seria factível.

Assim, haveria alguma contrariedade no Parecer: adotar a mais ampla definição de mercado relevante proposta durante a instrução e, ao mesmo tempo, valer-se dos dados obtidos pela definição mais restrita para argüir a existência de poder de mercado pelas Requerentes.

Outro aspecto importante a ser observado é que o posicionamento deflagrado no trecho transcrito contraria a definição de mercado defendida pela própria ABICAB ao longo de toda a instrução. Poder-se-ia, então, questionar se houve a efetiva mudança de atitude da Associação, isso porque conforme fica claro no ofício de encaminhamento, o documento elaborado

pela ilustre Parecerista representa a “apreciação oficial” da Associação.

Todavia, não é o foco do presente estudo abordar as posições, alteradas ou não, assumidas pela ABICAB, razão pela qual retorno ao cerne da questão concluindo que a proposição do documento referente à superioridade do *market share* em valor frente ao em quantidade deve ser relativizada, senão descartada, frente aos argumentos expostos.

I.2 – Do Caráter Repressivo e Preventivo da Lei nº 8.884/94

A Defesa da Concorrência no Brasil, com a ênfase atribuída pela Lei nº 8.884/94, estabelece-se, especialmente, em duas esferas distintas: a repressiva e a preventiva. Tem-se aceitado, majoritariamente, que o caráter repressivo da Lei está consubstanciado em seus artigos 20, 21 e seguintes, que tratam das condutas anticoncorrenciais; já a faceta preventiva, estaria representada nos artigos 54 e seguintes, acerca dos atos de concentração.

Possivelmente o aspecto mais prático da divisão relatada, diz respeito ao processo administrativo⁽⁴⁾ competente para o exercício da competência do SBDC: os atos de concentração são analisados em sede de um processo administrativo específico, eventuais condutas apuradas nesse processo devem ensejar a instauração de outro expediente (procedimento, averiguação ou processo administrativo).

Nota:

(4) Sem adentrar as discussões referentes à adequação dos termos processo e procedimento, adotei, neste adendo, meramente no intuito de facilitar sua compreensão, o termo processo administrativo como gênero, no qual estão as espécies: ato de concentração, processo estrito senso, procedimento e averiguação.

Esta exigência não contraria o princípio da economia processual, como se poderia argumentar, isto porque existem importantes peculiaridades em cada procedimento investigatório que, conjugadas, poderiam causar um tumulto processual, retardando desnecessariamente o julgamento final e tornando-o mais custoso para o Estado e, finalmente, para a sociedade.

Não há dúvidas quanto a natureza do presente processo administrativo: ato de concentração. Neste sentido, é preciso analisarmos o seguinte trecho do Parecer:

“Vale lembrar que a Lei nº 8.884/94 não cuida somente de reprimir condutas que não alcancem o objetivo de lesar a concorrência, mas também evitar que tal ocorra e que sejam também punidas condutas anticoncorrencias mesmo que seus resultados não sejam alcançados. (...) No contexto de incerteza própria à economia de mercado, não há garantia de sucesso para condutas e estratégias, por mais considerável que seja o poder de mercado em questão. Nem por isso as condutas e estratégias devam deixar de ser evitadas ou reprimidas”.

Inequívoco é o entendimento de que, ante as disposições da legislação pátria, não se faz necessário o exaurimento da conduta anticoncorrencial para a sua punição, de tal forma que a potencialidade do dano é suficiente a ensejar a pretensão punitiva do Estado. Entretanto, é preciso avaliar a possibilidade de extensão do raciocínio aos atos de concentração, uma vez que a utilização do termo estratégias, no parecer, ampliou sensivelmente os limites do raciocínio, tendo em vista que no conceito de estratégias estão abrangidas todas as ações empresariais, dentre as quais estão os atos de concentração.

“Segundo OHMAE (1998:35):

‘o que a estratégia empresarial procura – o que a distingue de todos os outros tipos de planejamento empresarial é, em poucas palavras, a vantagem sobre a concorrência. Sem os concorrentes, desnecessária seria a estratégia, já que a finalidade única do planejamento estratégico é permitir à empresa conseguir sobre suas concorrentes, da maneira mais eficiente possível, alguma vantagem que depois ela precisa sustentar’.

Para HENDERSON (1998:35):

‘estratégia é a busca deliberada de ação para desenvolver e ajustar a vantagem competitiva de uma empresa...’

DAY e REIBSTEIN (1999:59):

‘estratégia é buscar uma vantagem competitiva sobre os concorrentes e, ao mesmo tempo, diminuir a erosão das vantagens atuais’ (5).

Nota:

(5) MONTEIRO NETO, Carlos de Barros. Marcas próprias em supermercados: uma oportunidade para a criação de vantagem competitiva. in Caderno de Pesquisas em Administração. São Paulo, v. 08, n. 03, jul./set. 2001.

A primeira ressalva que deve ser feita diz respeito à própria pretensão punitiva do Estado. Entendo que, nos atos de concentração, a manifestação da Administração Pública não representa tal pretensão, isso porque não se trata de punição aos agentes que pretendem implementar uma operação de concentração, ainda que esta repercuta efeitos indesejáveis no ambiente concorrencial, mas sim de condição de eficácia do ato. O caráter punitivo, nestes casos, limita-se às penas pecuniárias por intempestividade.

Atos que se subsumam à hipótese do *caput* do artigo 54, para serem aprovados, devem preencher os requisitos legais previstos nos parágrafos 1º e 2º. Assim, caberia questionar se as estratégias anticoncorrenciais, entendidas essas, por esforço retórico, como decisões de concentração econômica, mesmo que sem a garantia de seu sucesso, não devam ser aprovadas pelo CADE, à semelhança da imposição de punição às condutas consideradas anticoncorrenciais, face meramente à sua comprovada potencialidade danosa.

Como se vê, não há razão para acolhermos uma resposta afirmativa, isso porque mesmo que uma operação tenha potencial lesivo à concorrência, várias situações podem ser percebidas: o resultado líquido da operação pode ser positivo, não obstante esteja presente algum prejuízo à concorrência; ou, em outra hipótese, uma operação pode ser aprovada com base no permissivo do § 2º, por estar presente motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.

A própria exigência legal de análise das eficiências de uma operação, demonstra claramente que o foco da análise das concentrações não se contenta meramente com a evidência do risco. Isso porque, as eficiências ainda que comprovadas, não diminuem o risco da concentração apenas atuam como contra-peso no julgamento da operação.

Nesse sentido, explicam SULLIVAN e GRIMES:

“Unlike easy to entry, efficiencies do not eliminate the anticompetitive risks of a merger – but the gains from efficiency may partially or wholly offset those risks” (6).

Nota:

(6) The Law of Antitrust: an integrated handbook. Minn, USA: West Group, 2000, p. 577.

(tradução livre)

Ao contrário da facilidade de entrada, eficiências não eliminam os riscos anticompetitivos de uma concentração – mas os ganhos com eficiências podem parcialmente ou totalmente compensar esses riscos.

A verificação da possibilidade de lesão à estrutura competitiva do mercado relevante não se mostra suficiente à ensejar a não aprovação da operação. Explorando os limites do argumento, poder-se-ia até mesmo questionar se a lesão à concorrência, não o seu efeito líquido, mas tão somente seu potencial lesivo, não se faria presente em toda e qualquer operação de concentração econômica.

Não haveria, então, como transpor a sistemática do aspecto repressivo da Lei nº 8.884/94, ao preventivo.

Por fim, cabe lembrarmos que nos autos, não existem elementos suficientes a justificar a instauração de processo administrativo para apurar eventual conduta anticoncorrencial das Requerentes. Esse também foi o entendimento do ilustre Conselheiro-Relator que, explicitamente, afastando qualquer confusão entre conduta e concentração, manifestou-se pelo desfazimento da operação “independentemente da conduta atual da Warner-Lambert”.

Indubitável, ainda, que a estratégia empresarial, como fica claro na doutrina de Michael Porter, sempre busca o distanciamento da concorrência como forma de maximizar o lucro. Em um ambiente de concorrência perfeita, como é sabido, os preços tendem a se igualarem ao custo marginal⁽⁷⁾. Portanto, é nas estruturas de concorrência imperfeita que a possibilidade de lucro é efetiva, ou seja, o ingresso no mercado somente se justifica frente à perspectiva de ganho, de tal forma que ambientes perfeitamente competitivos não atrairiam entrantes.

Nota:

(7) “In competitive markets, firms produce at the level where price equals marginal cost”.

STIGLITZ, Joseph E. WALSH, Carl E. Economics. Third Edition. New York: Norton, 2002, p. 160.

Contudo, é preciso ficar claro que concorrência imperfeita não indica, necessariamente, menor rivalidade. A preocupação em superar os rivais está presente mesmo nos mercados de concorrência imperfeita.

Nesse sentido, explicam Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus:

“A rivalidade intensa e a concorrência perfeita são fenômenos distintos. A rivalidade compreende uma diversidade de fenômenos, desde a publicidade até tentativas de deslocação da curva da procura para a direita. A concorrência perfeita implica que as empresas podem vender tudo quanto desejem ao actual nível de preços de mercado” (8).

Nota:

(8) Economia. 12. ed. Portugal: McGraw Hill, p. 622.

Mercados nos quais há rivalidade são mais atrativos do que aqueles em que a competição entre as empresas é reduzida em razão de alguma característica do mercado ou aqueles nos quais não há perspectiva de ganhos, face à concorrência.

Portanto, o entendimento externado no Parecer referente à repressão às estratégias potencialmente lesivas à concorrência não corresponde à sistemática legal, que impõe a análise de um conjunto de fatores e não somente da possibilidade de dano para a aprovação ou não de uma operação de concentração econômica. A transposição da lógica repressiva para os atos de concentração merece importantes ressalvas, na medida em que as condições de aprovação estão expressas em lei.

I.3 – Da Interpretação do Voto-Vista

Inicialmente, é preciso que fique claro que não se trata de contestar a avaliação possivelmente realizada pela ilustre Parecerista acerca do voto que oportunamente proferi. Ainda porque, sendo o Direito e a Economia ciências, entendo necessário o conhecimento e a aceitação das posições divergentes. A riqueza do conhecimento científico somente se constrói pelas discussões e divergências, que realizam verdadeira seleção natural de argumentos e conclusões.

Contudo, para o questionamento de argumentos e conclusões é preciso que, inicialmente, sejam os mesmos bem interpretados para, depois, sem distorcer-lhes o sentido, combatê-los. As ciências humanas oferecem múltiplas interpretações que possibilitam, sempre, a sólida defesa de argumentos contrários, sem a necessidade de alterar o sentido eleito pelo autor.

Neste sentido, ao sumarizar as razões que teriam motivado a minha decisão de aprovar sem restrições a operação em tela, o Parecer mereceria algumas observações, de forma a afastar a impressão de que a ilustre Parecerista interpretou erroneamente a argumentação.

I.3.1 – Da Importância da Distribuição

Ao contrário do que é afirmado no documento que ora se comenta, reconheço na necessidade de uma rede de distribuição capilarizada fator essencial e efetivo diferencial do sucesso dos *players* nesse mercado, como fica patente na simples leitura das passagens do voto a seguir transcritas:

“A conclusão direta e lógica a ser extraída dos números é que uma das facetas da competitividade neste mercado relevante é a capilaridade da distribuição”.

“Fica claro assim, que a capilaridade constitui uma vantagem competitiva capaz de ampliar a penetração dos produtos da empresa atuante nesse setor”.

Dessa forma, mais do que significativa, elevei a capilaridade da distribuição ao *status* de maior vantagem competitiva do mercado relevante:

“O estudo do caso em tela sugere ainda que a grande vantagem competitiva desse mercado relevante, mais do que preço, qualidade ou gastos com propaganda, é a capilaridade da distribuição. Reforça esse entendimento o fato incontroverso de que as compras se dão, em regra, por impulso (sem planejamento ou esforço de procura) e em pequenas quantidades”.

Diante do exposto, não restam dúvidas quanto ao equívoco do Parecer ao afirmar: “quanto à distribuição, tampouco reconhece como significativa a necessidade de uma rede capilarizada de distribuição para atender em condições econômicas o mercado”.

Infelizmente, não foi somente nesta passagem do Parecer que o sentido do voto, no tocante à importância da distribuição, foi mal compreendido.

Na seqüência, volta-se a afirmar no Parecer que: “Há de se esclarecer que a conclusão do I. Conselheiro Marques pela desimportância dessa rede...”. Ora, os trechos acima transcritos indicam claramente a importância maior da rede de distribuição e não o contrário como tentou apontar o Parecer.

I.3.2 – Das Divergências com o Voto do Ilustre Conselheiro-Relator

Completamente desautorizada é a afirmação constante do Parecer de que teci críticas ao voto do ilustre Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer. Em momento algum a contrariedade de opiniões indica que houve uma postura crítica em relação ao entendimento do Relator, ainda porque, sob avaliação estão os fatos e não o entendimento do colega Conselheiro.

Não posso me eximir, contudo, de realizar agora um juízo de valor acerca dessa passagem, que ultrapassou os limites dos fatos: sem dúvidas, é censurável a postura do presente Parecer que deturpa e compromete os trabalhos até então desenvolvidos e devidamente fundamentados.

Neste momento, prevalece a minha íntima certeza de que no Plenário do CADE prepondera o respeito mútuo por opiniões e entendimentos, sem que as divergências representem apreciações pessoais, o que imprimiria no importante órgão uma guerra de vaidades, em prejuízo dos julgamentos imparciais.

I.3.3 – Das Marcas no Mercado Relevante

Outro aspecto que deve ser abordado nesse adendo, diz respeito à questão das marcas, afirma-se no Parecer que no meu suposto entender, “a marca não é elemento fundamental na disputa concorrencial no mercado de *candies*”. Ora, a generalização não procede, como evidencia o trecho a seguir:

“A importância atribuída às marcas nos argumentos trazidos pelos interessados no Ato de Concentração surge como superestimada, tendo em vista que a principal motivação para a compra dos produtos é o impulso o que sobrepõe a disponibilidade à marca; de forma que não parece estar presente no caso concreto a relação de causa e consequência entre a importância das marcas e os elevados gastos em propaganda”.

Entendo que as marcas não são determinantes para a concorrência nesse mercado, o que significa dizer que a concorrência não é somente acicatada pelas marcas, o que, todavia, não autoriza a generalização, nos termos propostos no Parecer. Ainda porque, a diferenciação, por vezes alcançada por meio da fixação de marcas pela publicidade, pode ser uma variável competitiva, conforme realcei no trecho a seguir:

“Das informações aduzidas, podemos concluir, ainda, que são pelo menos três as variáveis competitivas desse mercado relevante: disponibilidade, preço e diferenciação. A existência de múltiplos fatores críticos de competição indica ser provável a coexistência de um maior número de concorrentes, isso porque, como explica Philip Kotler, “quanto menor o número de variáveis competitivas críticas, menor o número de concorrentes”. (não grifado no original)

Ocorre, então, que em determinados segmentos do mercado, parcela importante da concorrência pode se estabelecer exatamente sobre a importância das marcas. Entretanto, em todos os segmentos do mercado, mais importante do que as marcas é a disponibilidade do produto. Esclareço, contudo, que nem por isso aceito como barreira à entrada os gastos com publicidade, as marcas, nem tampouco, a necessidade de uma rede capilarizada de distribuição, conforme esclareci em meu voto.

Nesse sentido, é importante que se ressalte que as vendas nesse mercado são caracterizadas como sendo de impulso, dessa forma, a lealdade à marca é superada pela novidade do produto. Os custos derivados dos gastos com publicidade para alavancar uma marca, no mercado que tratamos, foram absorvidos pelo fato de que os outros participantes no mercado detêm um portfólio diversificado e outras marcas bem lançadas, portanto, os entrantes, nesse ponto, tem outro produto líder para alavancar o lançamento de um novo produto.

Segundo a Revista Distribuição, “Há pesados investimentos em *merchandising* para destacar seus produtos nos pontos-de-venda, estimulando a compra por impulso, que caracteriza o comportamento habitual do consumidor de *candies*, que busca conveniência. Consolidado como um dos setores mais dinâmicos da indústria alimentícia brasileira, o segmento de balas e confeitos exportou 94 mil toneladas em 2001 e negociou 89 mil toneladas para o mercado externo no ano passado, segundo dados preliminares da ABICAB”.

Nos moldes do que tenho afirmado a partir da análise do caso concreto, a publicidade é uma variável competitiva importante, ainda que não determinante (volto a insistir que o determinante nesse mercado é a disponibilidade, sendo as outras variáveis secundárias, tais como preço e marca). Os gastos com publicidade têm como função precípua a diferenciação dos produtos, sendo certo que se a marca tem alguma influência na decisão de compra, é evidente que, racionalmente, as empresas investirão em divulgação da marca.

Ocorre, entretanto, que não há nos autos estudo econométrico que comprove a importância das marcas na decisão de compra, a saber, os indícios apontam no sentido de que, maior penetração o produto terá no mercado, quanto mais eficiente for a sua distribuição, e não propriamente em função da fixação da marca. Corroborar esse entendimento a estratégia de desenvolvimento de negócios dos *players* no mercado, conforme apontei no voto.

É ainda estranho imaginar que o consumidor infantil, certamente responsável por considerável parcela do mercado de guloseimas, seja propenso a depositar confiança a uma determinada marca e, por isso, ser influenciado em sua decisão de compra. O público-alvo infantil será mais influenciado pelo apelo visual do produto do que pela suposta qualidade dele. Seria preciso avaliar se, não estando disponível o produto exaustivamente anunciado, o consumidor irá desistir da compra naquele momento, comprar outro produto ou, ainda, locomover-se para procurar o produto anunciado.

Ora, haja vista tratar-se de um bem de impulso, não haveria razão para acreditar na possibilidade de locomoção do consumidor. Ainda mais, por ser bem de impulso, é possível questionar que, antes de ter contato visual com o produto, se há a necessidade de compra, ou seja, se a compra é planejada ou impulsiva? Estou propenso, como argumentei em meu voto, a acreditar que importante parcela da demanda é criada pela simples exposição dos produtos nos pontos de venda, de tal forma que a própria disponibilidade do produto cria demanda.

I.4 – Da Dinamicidade da Economia

Para fins de análise antitruste, o operador é instigado a analisar o mercado concorrencial como um fenômeno econômico estático. Não obstante não restem dúvidas quanto à deficiência do método, a dificuldade, ou talvez impossibilidade, de operar a uma análise dinâmica, na maior parte dos casos, impõe o congelamento da situação. Somente em alguns casos, é possível

e valiosa, a análise da dinâmica passada.

A sistemática de apresentação dos atos de concentração da Lei nº 8.884/94, embora plenamente compreensível, condiciona os órgãos do SBDC à posição de expectadores que se debruçam sobre o passado, de no mínimo 15 dias, para avaliar uma situação que, por vezes, já se alterou substancialmente. Analisa-se um quadro enquanto a seqüência se desenrola.

Analisar o que já se passou no mercado após a operação é um fator que agrega complexidade ao controle das concentrações, ainda porque, é possível questionar se os malefícios percebidos no mercado são derivados efetivamente do potencial lesivo da operação ou decorrentes de condutas anticoncorrencias pós-operação.

Contudo, o fato de o Brasil adotar a possibilidade de apresentar a *posteriori* as operações, não permite que os aplicadores se abstenham de conhecer e reconhecer as limitações e falhas do sistema. A atividade antitruste preventiva da autoridade, dessa forma, é posta a prova a cada operação que permanece sob análise por 1, 2 ou 3 anos.

A experiente Parecerista em matéria antitruste, economista de renome e prestígio, se viu traída pela própria dinamicidade da ciência objeto de seu estudo. Em seu parecer manifestou-se no sentido de que: “É factível, portanto, a luz de todos os elementos que aqui se procura expor, supor que a aquisição e posteriormente a manipulação estratégica dos preços do portfólio, teve o objetivo de reagir negativamente à ameaça da entrada à posição de líder da Requerente”.

São diversas as razões que ensejam uma operação de concentração, entretanto, o foco central sempre será o resultado econômico:

“If mergers are untaken to make money, there are two obvious explanations as to why they occur. One is that mergers create efficiencies, allowing the merged firm to reap the economic benefits of these efficiencies. This is a socially desirable result. A second explanation, and one that is the primary concern of antitrust, is that mergers create market power that allows the merged entity to exploit less powerful buyers or sellers, in this manner achieving economic gain. One or both of these expectations may partially explain why many mergers occur. Yet these explanations do not reflect the range of motives for acquisitions” (9).

Nota:

(9) SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. The Law of Antitrust: an integrated handbook. Minn, USA: West Group, 2000, p. 525.

(tradução livre)

Se as concentrações são realizadas para obter “lucros”, existem duas óbvias explicações para o porquê delas ocorrerem. Uma é que as concentrações criam eficiências, permitindo às empresas concentradas valerem-se dos benefícios econômicos destas eficiências. Este é um resultado socialmente desejável. A segunda explicação, e uma que é a principal preocupação antitruste, é que as concentrações criam poder de mercado que permite à concentrada explorar compradores ou vendedores com menos poder, desta maneira obtendo ganhos econômicos. Uma ou ambas as explicações podem parcialmente explicar porque muitas concentrações ocorrem. Entretanto, essas explicações não refletem totalmente o conjunto de motivos das aquisições.

Ora, a recente venda da Adams para a Cadbury(10), um forte grupo internacional, mostrou que a suposição não correspondeu à realidade. Se a intenção era barrar a entrada de novos competidores, a fim de manter a liderança do mercado, então, por que a venda da Adams a um *player* forte? A evolução dos fatos mostrou que a aquisição dos negócios da Kraft, pela Warner-Lambert, não se deu no intuito de fechar o mercado ou eliminar a concorrência.

Nota:

(10) AC nº 08012.009292/2002-99.

É sabido que empresas já estabilizadas e consolidadas em outros segmentos alimentícios estão se voltando para esse mercado, como é o caso, por exemplo, da Todeschini de Curitiba. As grandes empresas no setor de alimentos tendem a diversificar os seus investimentos como forma de evitar os altos investimentos e aproveitar a força da marca.

Ademais, é importante que se diga que a situação atual desse mercado, no Brasil, é alvo de crescentes investimentos internacionais. Conforme se pode notar em trecho do 4º Anuário Brasileiro do Setor do Chocolates, *Candies* e Biscoitos: “Apesar de corporações globais como Nestlé/Garoto, Kraft Foods, Arcor, Mars, Ferrero, Cadbury e Hershey’s cerrarem fileira na cena confeitaria do Brasil, o setor é reforçado por um escalão crescente de empresas nacionais de porte mais intermediário”.

O cenário proposto pela interessada: poder de mercado capaz de impedir a sobrevivência de outros *players*, e elevadas barreiras à entrada, indicaria a possibilidade de obtenção de lucros supracompetitivos no mercado, sem a invasão do mercado pelos competidores potenciais. Neste panorama, por que a Adams seria negociada?

I.5 – Da Ampliação da Capacidade Produtiva

Interessante observar, ainda, que o Parecer levanta dúvidas quanto a real intenção do Grupo Pfizer quando da aquisição do terreno em São José dos Campos e, ainda mais, questiona: “se a ampliação da capacidade produtiva poderia ser atendida por outro meio, nos termos da Resolução nº 15 do CADE e da jurisprudência firmada, tal aquisição não estaria a gerar eficiência econômica específica”.

Compete ressaltar que a necessidade de ampliação da capacidade produtiva da empresa foi questionada sem ao menos discorrer sobre a utilização/ociosidade de suas instalações. Ainda mais, a posterior utilização do terreno adquirido em outro negócio do Grupo Pfizer não parece ser um argumento de valor, isso por duas especiais razões: i) trata-se de um grupo econômico, logo, há um interesse único e é plenamente possível o intercâmbio de recursos, *know-how* e outros fatores entre os integrantes do grupo, assim, é factível que a melhor aplicação do ativo imobilizado fosse sua utilização em atividades relacionadas à área farmacêutica; ii) tendo o Grupo encontrado uma opção menos custosa para aumentar sua capacidade produtiva, seria racional esperar que não a adotasse?

A operação de concentração, de acordo com os dados apresentados pelas Requerentes, mostrou-se como a melhor opção na estratégia de ampliação do negócio pelas Requerentes. Dessa forma, é desprovida de valor argumentativo a questão da eficiência econômica específica.

Neste sentido, entendi em meu voto que:

“Conforme já se afirmou neste voto, o custo de aquisição foi menor do que o estimado, de US\$ 100 milhões, para a instalação da fábrica no terreno de São José dos Campos, por certo, nesta comparação está computado o custo de oportunidade da empresa em dispor instantaneamente de uma maior capacidade produtiva. Como se pode notar, há elementos suficientes a comprovar que a aquisição constituiu a forma mais rápida e econômica de atingir a economia de escopo na distribuição”.

A conclusão de que a operação não estaria a gerar eficiência econômica específica, nesse sentido, prescinde da análise de fatores essenciais. A simples existência de outra forma de ampliar a capacidade produtiva não basta para desqualificar uma concentração econômica.

Nos expressos termos da lei brasileira, a aprovação, quanto a este aspecto específico, requer somente que “sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” (inciso IV, § 1º, art. 54). Desta feita, não é a mera existência de alternativa à concentração que elide a existência de eficiência econômica específica, isso porque é preciso avaliar a viabilidade e a qualidade dessa alternativa, o que não se procedeu no Parecer.

II – DO VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ANDRADE

Analisando o voto-vista proferido pelo II. Conselheiro Thompson Andrade, entendi que se fazem necessárias algumas observações, no intuito de colacionar a argumentação trazida em seu voto. No entanto, reitero, a fim de que não sejam novamente levantadas dúvidas, o respeito que dispenso à posição adotada pelo II. Conselheiro. Não há nesta manifestação qualquer crítica, nem tampouco desqualificação de sua posição, mas tão somente o interesse em esclarecer a operação ora analisada no interesse da coletividade.

II.1 – Da Adoção das Hipóteses Conservadoras

Interessante observarmos que o II. Conselheiro Thompson Andrade, considerando as divergências que se fazem presentes no caso sob análise, optou em seu voto por adotar as hipóteses mais conservadoras tanto na definição do mercado relevante quanto na apreciação das barreiras à entrada, mantendo ao longo da análise desenvolvida, apreciável uniformidade metodológica.

Entretanto, com o respeito devido ao trabalho desenvolvido pelo II. Conselheiro, entendo que algumas considerações precisam ser tecidas sobre tal opção. Ressalte-se que, em meu voto, não obstante a definição do mercado relevante em termos mais amplos, em cenário intermediário ao proposto pela SEAE e SDE, esta acompanhada pelo Conselheiro-Relator e também pelo Conselheiro Thompson, delonguei-me na argumentação que propiciaria a aprovação sem restrições da operação, ainda que considerado como mercado relevante envolvido na operação somente o das gomas e chicles de bola, mesma conclusão a que chegou a SDE.

Em conformidade com a argumentação esposada no r. voto, a adoção de um paradigma de análise mais restrito, ou seja, optar por uma configuração de mercado relevante reduzida às gomas atenderia à “missão do CADE de proteger o direito da coletividade a um ambiente concorrencial saudável”, isso porque ensejaria um menor “risco de se aprovar uma concentração prejudicial à concorrência”.

A preocupação do Conselheiro tem razão de ser, isto porque não restam dúvidas quanto à vocação legal do Conselho de proteger os bens jurídicos da coletividade no que tange à livre concorrência, haja vista a disposição expressa do parágrafo único do artigo 1º da Lei de regência.

Ocorre, entretanto, que a hermenêutica jurídica impõe a leitura contextualizada do parágrafo, diante disso, cabe recordarmos os termos do *caput* do artigo 1º: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Não há de se questionar, também, o valor livre iniciativa como um dos esteios da ordem econômica pátria. Sobre a livre iniciativa, é válido recorrermos aos preciosos ensinamentos do Professor José Afonso da Silva:

“É certamente o princípio básico do liberalismo econômico. Surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaiam por herança, seja do período feudal, seja dos princípios do mercantilismo. No início, e durante o século passado até a Primeira Grande Guerra (1914-1918), a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida. (...)”

Assim, a *liberdade de iniciativa econômica privada*, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É nesse contexto que se há de entender o texto supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditamos da lei e, ainda, dos condicionamentos constitucionais em busca do bem-estar coletivo” (11).

Nota:

(11) Curso de Direito Constitucional Positivo. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p. 663.

Estabelecida a extensão do princípio constitucional, cabe então analisarmos a confrontação entre a garantia à livre iniciativa e a atividade do Estado, enquanto fator limitante ao pleno gozo da liberdade.

Já é amplamente conhecido pelos operadores do Direito, que as regras de Direito Concorrencial funcionam como verdadeiras condicionantes do próprio direito de propriedade. Mais do que isso, afetam também o exercício da prerrogativa constitucional da livre iniciativa. Não há nisso qualquer novidade ou razão para espanto, ainda porque no Estado de Direito no qual vivemos, a defesa da concorrência foi elevada à condição de princípio ordenador da ordem econômica.

“O excesso de liberalismo, manifestado pela preeminência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que deve prevalecer sobre o individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade” (12).

Nota:

(12) GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 286.

Contudo, as restrições sempre estarão no campo das exceções, devendo ser amplamente justificadas, respeitando-se especialmente o princípio da legalidade, de modo a não macular a atuação estatal. Neste sentido a questão na órbita do tema seria: há razões para, no caso concreto, impor restrições à liberdade dos agentes em se concentrar?

A rica doutrina administrativista ensina que a atuação estatal, ao limitar as liberdades constitucionais deve se pautar no critério da proporcionalidade. Sobre isso, bem ilustra o Professor Alexandre Santos de Aragão:

“A resposta à questão acima colocada deve, portanto, recorrer ao vestuto, mas redescoberto, Princípio da Proporcionalidade, cuja aplicação dos seus três elementos ao Direito Público Econômico pode ser dissecada da seguinte forma:

(a) A restrição à liberdade do mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perqueridos – **elemento adequação** dos meios aos fins. Ex.: o tabelamento interno de preços não é o meio adequado para controlar o aumento de preços de produtos encarecidos em razão da alta do valor da matéria-prima importada.

(b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – **elemento necessidade**. Ex.: se o Estado pode assegurar o bem-estar da coletividade simplesmente ordenando determinada atividade privada, não deve titularizá-la como serviço público, excluindo-a do âmbito da iniciativa privada.

HEINRICH SCHOLLER observa que as restrições à liberdade econômica devem ‘operar apenas em um degrau (ou esfera)’, passando para a fase seguinte ‘tão-somente quando uma restrição mais intensa se fizer absolutamente indispensável para a consecução dos fins almejados’.

(c) A restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que aquela seja o meio menos gravoso, deve, em uma relação decreto-legislação racional tendo em vista a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’ – **proporcionalidade em sentido estrito**. O Estado não pode, por exemplo, qualificar determinada atividade relativamente supérflua como serviço público, mesmo que, suponhamos, esta seja a forma menos gravosa para realizar a finalidade pública. Os benefícios a serem obtidos ‘não compensariam’ a restrição que a qualificação como serviço público imporia aos particulares interessados em explorar livremente a atividade” (13).

Nota:

(13) ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 129-132.

Neste ponto, a questão que emerge da análise da operação é se as restrições impostas pelo voto são absolutamente indispensáveis a garantir a livre concorrência, ou se, ao menos, são adequadas e proporcionais.

A aplicação dos ensinamentos do ilustre professor merece especial atenção na promoção da defesa da livre concorrência, isso porque somente uma análise acurada, mas nunca livre de equívocos, como bem demonstra o histórico evolutivo internacional da disciplina, pode apontar a medida em que a restrição imposta ao agente atende à proteção da coletividade.

Uma eventual superdosagem da restrição pode impor ônus ainda maior à coletividade: restarem indevidamente prejudicados dois importantes princípios constitucionais, livre concorrência e livre iniciativa. Impedir ou restringir a legítima congregação de esforços entre *players* atenta contra a própria coletividade. Neste sentido, adotar parâmetros essencialmente restritivos, sem ponderar as divergências interpretativas, no meu entender, pode corromper o sistema ao onerar excessivamente os titulares dos bens jurídicos tutelados.

Entretanto, não entendo como suficiente a minimização do risco de erro como fator suficiente a legitimar a atuação estatal em restringir a liberdade econômica dos particulares. Nesse sentido, em muito diferem os votos do Conselheiro-Relator e do Conselheiro Thompson Andrade. Enquanto o primeiro argumentou pela ilegalidade do ato de concentração externando sua interpretação dos fatos, o segundo optou por indicar as hipóteses que, em seu entender, menos comprometeriam a coletividade em caso de erro.

Ora, não deveria a autoridade basear-se na possibilidade de erro ao julgar, o que não implica dizer que está totalmente afastado o erro, nem tampouco que ele não deve ser considerado. Contudo, os Conselheiros do CADE julgam embasados em suas livres convicções motivadas, sendo que todas as operações encerram peculiares dificuldades que precisam ser superadas pela autoridade. Não fosse assim, qualquer operação que apresente um único elemento complicador seria rejeitada alegando-se a defesa do interesse público. Neste sentido, focar o erro pode, inclusive, aproximá-lo da decisão.

A análise do caso concreto, enquanto requisito essencial da análise antitruste, em certa medida, afasta a incidência das probabilidades, não há de se pautar no provável se estamos diante do caso, único e específico, cujas peculiaridades enriquecem a análise e o afastam dos demais casos já analisados. Se o erro deve ser considerado e o deve, como também o fiz em meu voto, ao não me furtar de analisar extensivamente a operação não obstante tenha apurado baixos valores de concentração de mercado, deve o ser em razão do caso concreto.

Abstrair os fatos em detrimento da probabilidade nos conduziria aos extremos já superados do início do antitruste, muito claro na evolução norte-americana, no qual chegou-se ao extremo de negar casos de concentrações irrisórias⁽¹⁴⁾. Optar sempre pela definição mais restritiva e que acarrete em maior concentração, neste sentido, pode implicar em importantes desvios no ambiente concorrencial, ignorando-se os possíveis benefícios das integrações.

Nota:

(14) "The Supreme Court's refusal in *Brown Shoe* to sanction a horizontal merger of as much as 5 percent in a market characterized by easy, if not instantaneous, entry is representative of current doctrine. Perhaps the case even sets too high a threshold figure for illegality, since in *Pabst Brewing Co.* the Court, through Justice Black, said that each of three figures, the lowest being 4.49 percent of national beer sales, was 'amply sufficient' to show a probable adverse effect on competition". BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*, New York: The Free Press, 1993, p. 217

Optar por uma configuração de mercado relevante, mais do que pautada na probabilidade de erro deve ser argumentada na convicção do julgador. Entendo, sem críticas ao voto do II. Conselheiro, que não há convicção de acerto em acolher a hipótese de menor probabilidade de erro.

No meu particular entender, no direito da concorrência decisões baseadas "*in dubio pro reu*" ou "*pro societatis*", não atendem ao interesse público. É preciso considerar que as restrições impostas às liberdades constitucionais dos particulares devem estar adstritas à legalidade o que impõe a subsunção do caso concreto à lei, e não de situações hipotéticas à lei, ou ao caso real e concreto dos autos.

II.2 – Das Barreiras à Entrada

Somente no intuito de auxiliar no esclarecimento do caso, aponto um aspecto que notei no voto do II. Conselheiro em sua avaliação dos níveis das barreiras à entrada:

“À luz das considerações acima, entendo que a redução da quantidade de marcas reconhecidas pelo consumidor disponíveis aos demais concorrentes, aliada ao amplo acesso aos pontos de venda possibilitado pela extensa rede de distribuição contratada pela Warner-Lambert, teve o condão de elevar as barreiras à entrada para entrantes potenciais, além de dificultar a expansão das atividades dos atuais concorrentes”. (fl. 14)

“Como os contratos de distribuição com a Philip Morris não foram transferidos para a Warner-Lambert não se pode afirmar que houve alteração no acesso aos pontos de venda, no que toca às redes de distribuição, como consequência da operação”. (fl. 17)

“Assim, embora a operação não tenha produzido impactos diretos sobre o sistema de distribuição de gomas de mascar, quando associada com outras características do mercado, quais sejam, a necessidade de um portfólio diversificado, marcas fortes e produtos de qualidade, a necessidade de uma rede de distribuição capilarizada pode representar uma barreira à entrada de concorrentes de menor porte”. (fl. 18)

Independentemente do meu já externado entendimento sob as barreiras à entrada neste caso, resplandece importante dúvida quanto à potencialidade de o ato de concentração sob análise elevar as barreiras à entrada no mercado em questão. Isso porque as condições de distribuição não foram alteradas com a operação, não obstante tenha havido a conjugação da comercialização das marcas sob uma única distribuição. Isoladamente, as requerentes já detinham as mais importantes redes de distribuição do mercado relevante, de tal forma que o acesso aos pontos de venda não foi com a operação alterado.

Chamo ainda a atenção para o aspecto eficiência da ampliação do portfólio, como ressaltou em seu voto o Conselheiro:

“Ressalte-se ainda a existência de economias de escopo geradas na comercialização de gomas de mascar conjuntamente com os produtos ofertados no mercado de balas, *drops* e caramelos e outros confeitados sem chocolate”.

Neste sentido, se um portfólio amplo no mercado de *candies* mostra-se importante na conquista de economias de escopo, a diversidade no segmento de gomas mostrar-se-ia imprescindível. Assim, a avaliação de uma suposta elevação de barreiras à entrada pela ampliação do portfólio deveria ser sopesada com os ganhos de eficiência proporcionados. Digo sopesados com razão, uma vez que os ganhos de eficiência não afastam os supostos prejuízos decorrentes da concentração conforme já esclareci.

Contudo, a amplitude do portfólio também pode representar perdas à empresa, especialmente, quando coexistem produtos concorrentes. Foi neste cenário que a Warner-Lambert, após a operação, descontinuou algumas de suas marcas, em um esforço mais de racionalização de custos do que reconhecendo uma suposta dificuldade em administrá-las.

Entendo questionável a afirmação de que “Uma vez ampliada a linha de produtos da Warner-Lambert, com a adição das marcas da Kraft, ao varejista será mais racional contratar somente com aquela empresa, que oferta os produtos líderes em todos os segmentos do mercado. Desta forma, o varejista poderá obter maiores descontos, devido à maior quantidade contratada de um só produtor, e ainda reduzir o tempo gasto na negociação com outros fornecedores.”

Faz-se necessário neste ponto recordarmos que a força da distribuição esta em sua pulverização, com a presença marcante de pequenos distribuidores regionais e atacadistas. Seriam então os atacadistas os supostos interessados em adquirir apenas de um *player* os produtos comercializados, possivelmente, beneficiando-se de descontos e da redução dos custos de transação. Entretanto, é oportuno questionar se a diversidade de marcas e fabricantes não se trata de uma exigência do mercado.

É amplamente conhecido o fato de que a concorrência pode ser estabelecida sob diversos prismas: preço, qualidade, diferenciação, propriedades especiais e disponibilidade, por exemplo. Neste cenário, e considerando que a Warner-Lambert está voltando seu potencial para produtos competitivos em tecnologia, entendo que os produtos da empresa não preenchem todas as necessidades do mercado, isto porque produtos regionalizados e competitivos em preço continuariam a ter demanda. Conforme já ficou esclarecido nesses autos, os produtos da concentrante têm maior valor agregado, com preços mais elevados. A qualidade é sim importante, mas para alguns segmentos do mercado, para outros, possivelmente o preço e o apelo lúdico ocupam lugar de destaque.

Após a abertura comercial e a globalização, iniciada na década de 90, sabe-se que o setor em questão tornou-se mais atento à qualidade, mais sensível as tendências internacionais e buscando alternativas em *marketing* e promoção para sobressair com inovações e produtos de maior valor. Cabe aos concorrentes tornarem seus produtos mais atrativos, valendo-se de suas vocações competitivas e criando, com isso, demanda.

II.3 – Efeitos da Operação

O longo lapso de tempo decorrido entre a realização da operação e sua efetiva apreciação pelo SBDC possibilita aos órgãos que se avalie o mercado pós-operação. Neste cenário, muito elucidativas foram as observações do Conselheiro acerca da evolução do mercado.

O que se notou foi exatamente a redução de preços e a perda de mercado em vários produtos das Requerentes: Bubbalo, Chiclets, Plets, Ping Pong e Ploc (fls. 21 e 22 do voto). Não obstante esse fato, concluiu o II. Conselheiro:

“Uma possível hipótese de manipulação de portfólio decorrente da operação em tela poderia ter sido efetivada com a redução nos preços das marcas da Kraft (Ping Pong, Ploc e Plets) para combater produtos concorrentes e beneficiar as marcas próprias que concorrem no mesmo segmento como, por exemplo, o chicle de bola Bubbalo. Embora a participação da marca Bubbalo tem sofrido queda após a operação, deve-se observar, que ela conseguiu ampliar levemente suas vendas em termos de volume, conforme se observa dos dados do Quadro III abaixo”.

Ora, se o produto Bubbaloos concorre no mesmo mercado dos produtos da Kraft, então a estratégia da empresa em combater concorrentes por meio da redução de preço dos produtos Kraft não poderia beneficiar a marca Bubbaloos, uma vez que estaria desviando a demanda de uma marca para outra, ou seja, não haveria ampliação de mercado para a empresa.

Mas ainda outro ponto deve ser analisado: é de se questionar se os produtos mencionados realmente são concorrentes entre si, tanto no que tange à questão preço quanto ao que se refere às propriedades, haja vista que, mesmo que os produtos sejam voltados ao mercado infantil, o Bubbaloos não vem acompanhado de figurinhas, forte apelo do Ping Pong e Ploc, nem tampouco se assemelha ao Plets, goma de marcas que não pode ser considerada como chicle de bola, sendo que a principal característica do produto é ser recheado. Como se vê, então, os produtos citados apresentam importantes diferenças, o que pode indicar que os produtos têm posicionamentos distintos.

Se a estratégia da empresa é reposicionar seus produtos de modo a impedir a entrada de novos concorrentes ou mesmo o fortalecimento dos atuais, é forçoso concluir que a mesma tem se mostrado de pouca eficácia, como se pode comprovar dos dados apresentados pelo Conselheiro no Quadro IV à fl. 24 de seu voto, que demonstra a perda de mercado pela empresa concentrante: em 2000, detinha 77,3% do mercado, passando para 72,9% em 2002, isso com base no faturamento.

O caso específico da marca Trident mereceria uma análise diferenciada, isso porque se trata de um segmento muito peculiar do mercado, dos produtos sem açúcar com propriedades associadas à saúde bucal e comportamentos alimentares tidos por desejáveis. Contudo, não entendo que tal análise de faça necessária, por agora, ainda porque estamos diante de uma marca líder e reconhecidamente percussora do mercado brasileiro, cujo crescimento vertiginoso decorre, como também reconhece o Conselheiro, de um *boom* do mercado.

Por fim, entendo que a imposição de restrição à operação, nos termos do voto, é absolutamente inócua, ainda porque como o próprio Conselheiro observou em nota de rodapé número 14, à fl. 27 de seu voto, "Em dezembro de 2002, o grupo Cadbury adquiriu o negócio mundial relativo à fabricação de confeitos doces sem chocolate (chicletes Adams) do grupo Pfizer (Warner-Lambert), operação notificada através do Ato de Concentração nº 08012.009292/2002-99".

A apresentação posterior dos atos de concentração, conforme já explicitarei neste adendo, não autoriza que a autoridade antitruste ignore a dinamicidade do mercado.

III – CONCLUSÃO

Ante todo o exposto e, na expectativa de ter, mais uma vez, contribuído para a elucidação da operação em tela, chamo a atenção para as necessárias ressalvas cabíveis ao documento trazido aos autos pela ABICAB, especialmente no que tange às tendenciosas interpretações do voto que proferi e o qual mantenho integralmente e também às observações que entendo pertinentes em face do r. voto do II. Conselheiro Thompson Andrade.

Era o que cumpria aditar ao voto que proferi e mantenho com estes aditamentos ora realizados.

Brasília, 07 de maio de 2003.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Conselheiro do CADE

VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO THOMPSON ALMEIDA ANDRADE

I – INTRODUÇÃO

O meu pedido de vista se deu em razão das divergências existentes em torno da definição do mercado relevante de produto. Não somente os órgãos instrutores propuseram definições distintas dos produtos relevantes, como também os votos do Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer e do Conselheiro Fernando Marques optaram por definições divergentes entre si, redundando em conclusões diametralmente opostas acerca do impacto da operação sobre a concorrência.

A SEAE optou por uma definição mais abrangente, considerando como produtos substitutos balas, *drops*, gomas de mascar e os chicletes de bola, além dos bombons, e chocolates. Desta maneira, SEAE classificou como componentes de um mesmo mercado relevante os "*candies*" (abrangendo balas cozidas, medicinais e *toffees*, caramelos, gomas de mascar, *drops*, pastilhas, pirulitos e outros confeitos do gênero) e os chocolates, o que define, segundo padrões internacionais o mercado de guloseimas ("*confectionery*"). Assim, a SEAE concordou com definição do mercado relevante de produto proposta pelas Requerentes. Segundo esta definição, a participação das Requerentes no mercado nacional de guloseimas alcança 15,4%, em termos de valor comercializado, percentual incapaz de conferir poder de mercado às requerentes.

Já a SDE, adotou uma definição de mercado de produto mais restrita abrangendo somente "gomas de mascar", argumentando que há significativas diferenças⁽¹⁾ entre confeitos doces, gomas de mascar e os chocolates, os quais não seriam plenamente substituíveis "aos olhos do consumidor". Citou, ainda, o fato da ACNielsen realizar auditorias separadas para cada uma desses mercados e a jurisprudência internacional e nacional que definem separadamente estes mercados⁽²⁾, com indicativo de acerto da definição por ela proposta.

Nota:

(1) Diferenças como gosto, forma de consumo, efeitos sobre a saúde bucal (supondo que gomas de mascar provocam mais cáries do que as balas e chocolates), reações químicas no organismo (pelo fato do chocolate provoca uma sensação de bem-estar ao por liberar a substância serotonina) e utilidade (o chocolate é geralmente oferecido como presente, ao contrário das balas e gomas de mascar).

(2) No Ato de Concentração nº 08012.006150/99-11 (Warner-Lambert/Van Melle), julgado recentemente, o CADE definiu o mercado como o de “confeitos doces”, exceto gomas de mascar, e não de “guloseimas em geral”.

O mercado de gomas de mascar (incluindo chicles de bola) indica uma concentração de 74,3%, valor obtido com base no faturamento. Apesar do elevado grau de concentração a SDE concluiu que a operação não possui aptidão para gerar efeitos anticoncorrenciais, sugerindo sua aprovação sem restrições. Para isso argumentou que as empresas Warner-Lambert e Suchard perderam conjuntamente participação de mercado de 2,4 e 0,6 pontos percentuais, em termos de volume e valor, respectivamente, de 1999 para 2000, mesmo diminuindo seus preços e investindo mais em propaganda. Afirmou ainda que a Warner-Lambert já possuía posição dominante no mercado anteriormente ao ato de concentração, não sendo esta decorrente do presente ato.

O Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer concordou com a parecer da SDE na definição do mercado relevante de produto, adotando o mercado de gomas de mascar como o relevante, mas chegou a conclusões opostas às da SDE. Concluiu o Conselheiro-Relator que a operação concentrou significativamente o mercado relevante o qual seria caracterizado por “barreiras estruturais à entrada representadas por diferenciação de produto (gastos com publicidade e propaganda, fidelidade à marca), necessidade de contar com um portfólio mínimo eficiente para justificar uma rede de distribuição capilarizada, e vantagens de custo dadas pelas economias de escala e de escopo na produção e na distribuição”. Ressaltou então que “posição dominante da Warner-Lambert no mercado magnifica o nível das barreiras à entrada de novos entrantes e à expansão das firmas menores, dadas as possibilidades que passa a ter de criação de barreiras estratégicas à entrada e à expansão dos concorrentes, decorrentes dessas vantagens de custo e do portfólio de marcas que passa a deter”. Assim, determinou a desfazimento parcial do negócio, com alienação, pela Warner-Lambert, dos direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis correspondentes ao negócio de gomas das linhas dos produtos PingPongPloc e Plets, e dos produtos cujas marcas foram descontinuadas pela Warner-Lambert.

O Conselheiro Fernando Marques ponderou, no seu voto de vista, que as delimitações do mercado de produto realizadas até então basearam-se em indícios de uma configuração de mercado relevante, em vista da dificuldade em se definir com precisão o grau de substituição entre os produtos. Concluiu, então, após extensa argumentação – com base no “posicionamento da indústria” (fabricantes e sindicatos) acerca do perfil das informações mercadológicas utilizadas para orientar suas estratégias comerciais, assim como “da percepção de que gomas, balas e pirulitos competem entre si, o que indicaria um elevado grau de substitutibilidade” – que “o mercado relevante de produto afetado pela operação foi o de *candies*, ou seja, balas de todos os tipos, *drops*, pastilhas, caramelos, gomas de mascar, chicles de bola, pirulitos e outros confeitos do gênero”.

Os dados de mercado mostraram que as requerentes tiveram participação, em termos de volume, de 11,24% em 2001, e, com base no valor, de 17,59% no mercado de *candies*. Concluiu então o Conselheiro Fernando Marques que a operação não implicou elevados índices de concentração do mercado relevante. Acentuou, ademais, que ainda que não se aceite a definição do mercado relevante proposta, o eventual poder de mercado das requerentes não poderia ser exercido em razão da constatada pressão competitiva observada no mercado relevante, cujos agentes tendem “a atuarem nos mercados de *candies* e chocolates simultaneamente”, além da não existência de “ôbices com aptidão a afastar novos investimentos, sejam de novos entrantes, ou de empresas já instaladas para a expansão de suas atividades”.

Em síntese, os órgãos instrutores e os votos dos Conselheiros que me precederam definiram de 3 formas diferentes o mercado relevante de produto: mercado de guloseimas, incorporando *candies* e chocolates (Requerentes e SEAE), mercado de *candies* (Conselheiro Fernando Marques) e mercado de gomas de mascar e chicles de bola (SDE e Conselheiro Roberto Pfeiffer).

II – DEFINIÇÃO DO PRODUTO RELEVANTE

Os elementos levantados na fase de instrução do processo, assim como nos votos dos conselheiros que já se manifestaram nos autos, demonstraram que a definição do mercado de produto relevante constitui-se num dos pontos mais controversos. Esta dificuldade decorre, principalmente, do fato dos produtos objeto da operação (balas, confeitos sem chocolate, chicles de bola e gomas de mascar) apresentar grande proximidade com os produtos produzidos pela empresa adquirente (*drops*, chicles de bola e gomas de mascar), ao mesmo tempo em que a estratégia de comercialização destes produtos incorporam como elemento mercadológico preponderante a diferenciação.

A dificuldade em se definir o produto relevante em operações realizadas em mercados com elevado grau de diferenciação é reconhecida pela literatura antitruste internacional, conforme largamente citado no voto do Conselheiro-Relator. O texto já clássico de Jonathan Baker(3) sugere:

Nota:

(3) BAKER, Jonathan. Product Differentiation through Space and Time: Some

Antitrust Policy Issues. Discurso publicado no Antitrust Bulletin, v. 42, p. 177-196, Spring 1997.

“Se a definição de mercado relevante baseada em métodos usuais é falha na análise de concentrações entre ofertantes de produtos diferenciados, que outros instrumentos podem ser usados? Como identificar e recusar aquelas concentrações cujo efeito primário é criar ou reforçar monopólios localizados, mais do que ampliar a escolha do consumidor ou reduzir custos de produção?”.

(...)

“Quando tem-se que identificar poder de mercado em indústrias de produtos diferenciados, pode não ser útil começar a análise antitruste perguntando qual é o mercado relevante e então estimar os market shares. Em vez disso, no exame dos efeitos concorrenciais de uma transação tal como uma fusão, a primeira questão deve ser: – se a concorrência entre os produtos das firmas fusionadas reduz e o preço de um deles aumenta, para onde os compradores irão? Esta pergunta é crítica porque ajuda identificar situações nas quais a concorrência localizada entre os produtos das firmas em fusão mantém preços baixos e então identifica os produtos para os quais as firmas terão um forte incentivo para elevar preços em seguida à aquisição. Isto é, se uma firma vendedora do produto A adquire a firma vendedora do produto B, seu incentivo para elevar o preço do produto A será maior, quanto maior o número de compradores de A que reagiriam a um aumento de preço mudando para o produto B. O que interessa nessas combinações de produtos diferenciados é o que acontece com os preços se as firmas internalizam o que previamente era uma importante ‘concorrência localizada’ (tradução livre transcrita do voto de Conselheiro-Relator).

A maneira mais adequada de acatar a sugestão de Jonathan Baker seria através da realização de estudos de elasticidade cruzada da demanda entre os produtos transacionados pelas Requerentes e entre estes e os produtos dos concorrentes. Deve-se lembrar que a operação gerou concentração horizontal significativa somente na produção e comercialização de gomas de mascar e chicles de bolas. Os demais produtos objeto da operação (balas e confeitos sem chocolate) não são produzidos pela empresa adquirente. Assim, a boa técnica antitruste recomenda iniciar a análise dos impactos competitivos nos mercados dos produtos substitutos mais próximos dentre aqueles que foram objeto da transação. Evidentemente que se deveria investigar, primeiramente, se efetivamente as marcas de gomas de mascar e chicles de bola das Requerentes apresentam elevado grau de substituição entre si. Uma vez definido este conjunto de produtos como substitutos, se deveria testar a substituição por outras marcas de goma de mascar/chicles de bola para, em seguida, introduzir na pesquisa outros produtos que poderiam ser considerados mais próximos como as balas, *drops* e confeitos sem chocolate.

As Requerentes apresentaram um estudo sobre a elasticidade preço da demanda denominado *Share of Stomach*, elaborado pela Ipsos Latin America, baseado na técnica *Choice-Based Measurement*, que propõe a “escolha entre alternativas compostas pelas variáveis categorias e preços, dentro de grupos previamente determinados” (fls. 441/549). Contudo, duas opções metodológicas(4) adotadas no estudo colocam em dúvida a sua aplicabilidade na análise antitruste. Na primeira, as Requerentes optaram, baseando-se “em uma percepção prévia das Requerentes sobre o padrão de competição no setor”, por realizar a pesquisa entre categorias de produtos agregados definidos previamente e não entre os produtos e marcas das Requerentes e entre estas e os dos concorrentes. Desta forma, os consumidores pesquisados depararam-se com 3 categorias de produtos (grupo A: bombons, baton, paçoca e *gummies*; grupo B: *drops*, gomas, barras de chocolate, chocolate biscoito, barra de cereais, barra de caramelos e *mints*; grupo C: chicles de bola, gomas de mascar, pirulitos, balas e balas *toffee*). As perguntas foram feitas para possíveis consumidores do conjunto dos 3 grupos, presumindo-se a existência de substituição entre estas categorias, o que deveria ser comprovado pelo exame da elasticidade cruzada entre elas.

Nota:

(4) Explicitadas no parecer da Edgard Pereira & Associados, juntado pelas Requerentes às fls. 1071/1096.

A outra opção metodológica a que me refiro diz respeito à avaliação de que “não era possível estabelecer “aumentos marginais” de preços para produtos com preços médios inferiores a R\$ 1,00”. Assim, a faixa de variação de preços dos produtos do grupo C (chicles de bola, gomas de mascar, pirulitos, balas e balas *toffee*), por exemplo, foi de 33% a 100%.

O agrupamento efetuado para constituir os grupos de produtos, resultante da “percepção prévia” das Requerentes de que há concorrência entre todas as linhas de produtos denominados “guloseimas”, pode ter gerado distorções decorrentes do fato de que a escolha do universo pesquisado não levou em consideração que o núcleo dos efeitos da operação foi o segmento de gomas de mascar/chicles de bola. Ou seja, primeiramente os consumidores de gomas de mascar/chicles de bola deveriam ter sido consultados sobre se, diante de variações no preço de gomas de mascar ou de chicles de bola, substituiriam estes produtos por outros, os quais, paulatinamente, poderiam ou não passar a integrar o mercado do produto relevante. Ao misturar no universo pesquisado consumidores preferenciais de diferentes produtos, a pesquisa levou as pessoas consultadas a considerar a possibilidade teórica da substituição entre os distintos grupos de produtos apresentados (através de fotografias), não consumidos usualmente por ela, o que pode ter gerado respostas induzidas que não representam o comportamento real desses consumidores. Outra consequência decorre da inadequação em se simular variações de preços de 33% a 100%, quando o percentual de adotado comumente na análise antitruste é de 5 a 10%. Evidentemente, quanto maior o índice de reajuste de preço simulado maior é a possibilidade de se agregar outros produtos e produtores no mercado relevante, reduzindo assim o impacto da operação sobre o grau de concentração. Assim, a adoção desta metodologia, inadequada para fins antitruste, levou à conclusão esperada pelas Requerentes de que “os resultados da pesquisa amparam as definições amplas do mercado de guloseimas”.

Diante das dificuldades encontradas para a definição do mercado de produto relevante cabe indagar qual tem sido a jurisprudência recente do CADE na análise de casos envolvendo segmentos afins aos da operação em tela. Segue abaixo uma breve descrição de 3 atos de concentração julgados recentemente e a definição de produto relevante adotada.

No Ato de Concentração nº 08012.006150/99-11, julgado em 21 de fevereiro de 2001, que tratou de contrato de distribuição firmado entre Warner-Lambert Indústria e Comércio Ltda e Van Melle Brasil Ltda. o produto relevante compreendeu "balas cozidas, caramelos, caramelos frutais, balas de goma, gelatinosas, *drops*, pastilhas, pirulitos, balas medicinais e *toffees*", no qual as empresas envolvidas no Ato, Warner-Lambert e Van Melle, tinham a participação somada diminuta, em 1998, de 4,3% em termos de valor.

No Ato de Concentração nº 08012.004138/2001-40, julgado em 16 de janeiro de 2002, tratou da aquisição, pela Hershey do Brasil Ltda. (99,99%) e pela Hershey International Ltd. (0,01%), da divisão de produção de chocolates da Visagis S.A. Indústrias Alimentícias, os produtos objeto da operação foram aqueles fabricados pela divisão de produção de chocolates da Visagis, ou seja, bombons, coberturas, confeitos de chocolate e cremes de chocolates. O produto relevante da operação foi definido como o de chocolates sob todas as formas, conforme adotado pela SEAE.

No Ato de Concentração nº 08012.002194/2001-40, julgado em 23 de outubro de 2002, que tratou da aquisição de 98,36% do total das quotas da Van Melle, pelo Grupo Perfetti, ocorreu concentração horizontal entre as requerentes somente no mercado de *drops*, pastilhas e caramelos, sendo este o mercado relevante de produto adotado tanto pela SEAE quanto pelo CADE.

Neste último ato, do qual fui o relator, ressaltei no meu voto que "definições mais restritas ou abrangentes do mercado de produto de balas, pastilhas, *drops*, caramelos e confeitos podem ser obtidas a partir de estudos mais detalhados". Entretanto, os estudos até aqui realizados não permitiram se chegar a uma definição incontroversa. Não pretendo, todavia, aprofundar a discussão sobre a delimitação do mercado relevante, mas concentrar a atenção sobre os perigos potenciais introduzidos pela operação, segundo a análise efetuada nos pareceres e votos e demais informações constantes dos autos. Entendo, entretanto, que em situações como a que se apresenta, por cautela, deve-se adotar como ponto de partida da investigação a configuração de mercado que menos risco encerra de se aprovar uma concentração prejudicial à concorrência, tendo em vista a missão do CADE de proteger o direito da coletividade a um ambiente concorrencial saudável.

A definição do mercado relevante permitiria o cálculo do grau de concentração gerado por esta operação neste mercado e, em conseqüência, ter uma idéia da potencial ingerência provocada no mercado como resultado desta operação. Dada a indefinição a respeito do mercado relevante, a tarefa de decidir por uma baixa concentração ou por uma alta concentração implica na possibilidade de ocorrência de erro de decisão ao classificar a operação como baixa ou alta:

i) Ao definir a concentração como baixa, ela pode ser efetivamente alta;

ii) Ao definir a concentração como alta, ela pode ser efetivamente baixa.

Deve-se recordar que, ao definir a concentração como baixa, se segue na análise concorrencial que a operação em exame não oferece condições perigosas para o funcionamento do mercado por não dotar a empresa adquirente de poder mercado suficiente para manipular as condições de competição. Portanto, cometer este erro de classificação implicaria que se estaria abrindo a possibilidade da empresa adquirente operar de forma anticoncorrencial no mercado, sacrificando o nível de bem estar social. Trata-se, portanto, de uma conseqüência séria a decorrente de se cometer este tipo de erro.

A decisão errada (embora desconhecida) de considerar uma concentração como alta, embora a princípio não desqualifique a operação (pois a análise concorrencial deveria prosseguir para examinar outras questões, como a possibilidade de existência de barreiras à entrada neste mercado, qualquer que ele seja, a existência de rivais significativos e a geração de eficiências e benefícios para os consumidores), pode levar à conclusão de que a operação deve ser desfeita ou de que aprovação da mesma deve estar condicionada a restrições ao funcionamento da empresa. Aqui também se sacrifica o bem estar social ao impor restrições às atividades da empresa, com prováveis repercussões negativas sobre a disponibilidade de bens ou serviços aos consumidores.

A possibilidade de cometer erros de classificação está sempre presente quando uma decisão precisa ser tomada. Obviamente, esta possibilidade de cometer erro se expressa por um nível maior ou menor, dependendo do grau de informação que se tenha das variáveis relevantes para a decisão. A onisciência faria com a possibilidade de se cometer este erro fosse nula. Por outro lado, a perfeita ignorância destas variáveis maximizaria a possibilidade do erro.

A probabilidade de se cometer erro é um capítulo especial no estudo da Estatística, pois esta ciência está preponderantemente baseada na realização de testes de hipóteses, testes nos quais estão presentes exatamente os dois tipos de erros a que fizemos referência acima. Quem estudou Estatística há de se lembrar dos famosos Erro Tipo I (aceitar uma hipótese quando ela é falsa) e o Erro Tipo II (rejeitar uma hipótese quando ela é verdadeira). Deve-se lembrar que estes erros são interdependentes, de tal modo que se buscar minimizar a probabilidade de se cometer o Erro Tipo I, se estará maximizando a probabilidade de cometer o Erro Tipo II e vice-versa. No caso específico do presente Ato de Concentração, na ignorância a respeito do efetivo mercado relevante, ao se adotar um determinado procedimento para minimizar a probabilidade de se errar ao decidir que a concentração de mercado é baixa quando ela na verdade é alta, este procedimento estaria maximizando a probabilidade de dizer que ela é alta quando na verdade ela é baixa.

Testes de hipóteses estão presentes no nosso dia a dia, seja nos negócios (os testes de qualidade na indústria, por exemplo), nos exames laboratoriais médicos e mesmo na atividade jurídica. No caso de exames laboratoriais, o teste busca decidir se o interessado está afetado por um determinado vírus, por exemplo. Este teste está sujeito a erros, como concluir que o interessado é portador do vírus, quando na verdade ele não é portador, ou concluir que o interessado não é portador, quando ele efetivamente é portador. Na atividade jurídica, um julgamento criminal, no fundo é um teste no qual se pode cometer um erro ao se considerar como inocente uma pessoa que efetivamente é a culpada de um crime e um erro de se considerar como culpada do crime alguém que efetivamente é inocente.

Vê-se, portanto, que a situação presente na análise deste Ato de Concentração não é peculiar. Decidir quando existe a probabilidade de se estar errando na classificação do nível de concentração gerado pela operação não é uma situação original.

Como lidar com circunstâncias nas quais estão presentes as possibilidades de se cometer erros de decisão? O que aprendemos com o uso empírico dos testes estatísticos e mesmo o método de decisão aplicado nos julgamentos criminais?

A alternativa a ser escolhida quanto ao objetivo de minimizar a probabilidade de errar de uma forma ou de outra depende das características da questão sendo examinada. No caso de exames laboratoriais empregam-se métodos ou técnicas de análise que minimizem a probabilidade de se dizer que o paciente não tem uma doença quando na verdade (desconhecida) ele a tem. Convencionou-se que é uma boa prática médica que é preferível usar um método que tenha pouca probabilidade de dizer que o paciente não é portador de alguma doença, o que levaria o seu médico e o próprio paciente a relaxarem com os indícios da doença que ele efetivamente tem, mas que ninguém sabe. Este método de análise, ao minimizar esta probabilidade, poderá maximizar a probabilidade de concluir que o paciente é portador de tal doença quando na verdade ele não é. Este também é um erro, mas o médico e o paciente, conhecedores desta possibilidade, não deverão usar esta escassa informação e empregarão testes complementares que confirmem o diagnóstico. Parece mais perigoso dizer a um paciente que ele não está doente e os exames na área médica seguem este princípio. Quanto aos julgamentos criminais, da mesma forma, convencionou-se, usando os princípios jurídicos, que é preferível inocentar em julgamento uma pessoa que é verdadeiramente culpada (embora sua culpabilidade não seja conhecida) do que condenar uma pessoa que na verdade, desconhecida, é inocente. Daí, o emprego de um método de análise que emprega provas, evidências e aspectos legais que procuram minimizar o erro de se condenar um inocente, embora se esteja maximizando a probabilidade de inocentar um culpado.

Esta longa digressão tem por objetivo situar a questão que esta presente nos presentes autos. Há uma dificuldade em se definir qual é o mercado relevante no presente caso, coerente com o que já era esperado teoricamente, conforme mostrado pela literatura que trata de definição de mercado em uma situação de produtos diferenciados. O Conselheiro-Relator, Conselheiro Roberto Pfeiffer, após uma laboriosa análise, preferiu definir o mercado de uma forma que o nível de concentração resulta ser elevado. O voto de vista do Conselheiro Fernando Marques, também em análise aprofundada, optou por concluir que o nível de concentração gerado pela operação em análise é da ordem de 17,59%. O Conselheiro-Relator prosseguiu a sua análise e decidiu pela interposição de restrições para a aprovação da operação; o Conselheiro Fernando Marques, embora fosse desnecessário pelo baixo nível de concentração suscitado pela operação, também fez prosseguir a sua análise e votou pela aprovação sem restrições.

Dadas as dificuldades de definição do mercado relevante no presente caso, parece-nos mais adequado adotar um procedimento de análise do mesmo que trabalhe com a possibilidade da operação ter gerado um alto nível de concentração, permitindo a possibilidade de exercício de um alto poder de mercado. Esta forma de tratamento implica em uma probabilidade de se estar errando no diagnóstico e criando a oportunidade de impor condições para a aprovação da operação ou mesmo desaprovando-a inteiramente. Este erro, entretanto, somente será materializado, primeiro, se na verdade a efetiva concentração for baixa e se o prosseguimento da análise indicar que existem significativas barreiras à entrada e que as eficiências não estão presentes. Portanto, o advento de estar adotando uma hipótese falsa (qual seja, uma concentração elevada resultante de uma definição de um mercado mais restrito) quando a concentração é baixa e daí gerar perdas ao produtor e aos consumidores por impor condições indevidas, dependerá do resultado da análise complementar que deverá ser feita sobre as barreiras à entrada. A alternativa de se adotar a hipótese de baixa concentração e aprovar *in limine* a operação, embora possa levar a um erro de classificação, parece-nos menos recomendável pela consequência imediata da decisão.

Logo, a nossa decisão analítica é adotar como mercado relevante aquele que propicia uma elevada concentração provocada pela operação. Como já é conhecido, este mercado é o de produção de gomas de mascar.

Uma vez estabelecida esta primeira decisão, há uma segunda a ser enfrentada, também sujeita a erro, qual seja, existem ou não existem barreiras à entrada neste mercado? Da mesma forma, o erro ocorrerá quando se decidir que existem barreiras quando na realidade não existem ou que elas não existem quando na verdade estão presentes. Aqui também se faz necessário optar por um procedimento que leve a uma minimização desejável da probabilidade de se estar cometendo um erro de decisão.

Creemos que, da mesma forma como foi feito na primeira decisão, o exame das alternativas possíveis de erro a minimizar (quais sejam, existem barreiras quando não existem e não existem barreiras quando existem) nos leva a adotar a hipótese a ser aceita no teste a hipótese de que existem barreiras. Esta hipótese, se ela for aprovada no teste, também não é definitiva para a não-aprovação da operação ou da sua aprovação condicionada, pois ainda teriam que ser examinadas as eficiências geradas pela operação. Se a hipótese a ser aprovada fosse a de que não existem as barreiras e se ela fosse aprovada, a análise da operação terminaria aí porque, embora concentrado, esta concentração não impediria a rivalidade competitiva.

Portanto, é recomendável testar a hipótese de que existem barreiras à entrada no mercado relevante. Aqui, diferentemente da situação da primeira decisão quanto a ser alta ou baixa a concentração, situação esta na qual havia muitas dificuldades empíricas para a delimitação do mercado relevante, aqui vai ser possível utilizar argumentos que nos levam a minimizar a probabilidade de cometer o erro de decidir que existem barreiras à entrada quando na realidade elas não existem. Em outras palavras, poderemos estar errando ao aceitar a hipótese de que existem barreiras, mas a probabilidade deste erro será mínima.

Podemos estabelecer que a probabilidade de se cometer este erro é função de diversas variáveis e que ela pode ser expressa da seguinte forma:

$$P[Y] = f(X_1, X_2, \dots, X_n), \text{ onde } (\partial P[Y] / \partial X_i) > 0 \text{ para qualquer } i = 1, 2, \dots, n$$

A expressão diz simplesmente que a probabilidade de se cometer o erro de aceitar que existem barreiras à entrada quando elas não existem, $P[Y]$, é uma função que depende de várias variáveis determinantes X_i e que a probabilidade deste erro é crescente ou decrescente para valores crescentes destas determinantes.

Um conjunto de determinantes se candidata a influenciar o valor desta probabilidade. Dentre essas podem ser citadas as seguintes:

1) **Exigência de um portfólio abrangente** . Tem-se discutido que alguns mercados, para serem acessados, requerem que o produtor seja capaz de chegar junto aos atacadistas, distribuidores e varejistas com um amplo leque de produtos para satisfazer a demanda deles por um leque diversificado (satisfazendo as preferências dos consumidores e para diluir seus custos fixos por uma gama ampla de produtos). O produtor que chegasse ao mercado com um portfólio restrito não teria chance de permanecer nele e, portanto, seria incapaz de manifestar qualquer rivalidade às empresas que já estão no mercado. Dessa forma, a probabilidade de se errar ao se aceitar que existem barreiras à entrada está inversamente relacionada à dimensão do portfólio requerido para a existência de uma rivalidade competitiva. Em outras palavras, quanto menor a exigência de portfólio abrangente, maior a probabilidade de cometer um erro ao aceitar que existem barreiras à entrada;

2) **Quantidade de empresas que entraram no mercado e potenciais entrantes**. Quanto maior a quantidade de empresas que tenham entrado no mercado em um período recente razoável, maior será a probabilidade de se cometer um erro ao decidir que **existem** barreiras à entrada. A entrada de apenas uma, por exemplo, poderia ser uma evidência apenas propiciada pela chance e não uma efetiva indicação de que é efetivamente possível entrar no mercado. Da mesma forma, se uma análise puder caracterizar que existem empresas que estão fora do mercado, mas que a um sinal de lucros supranormais que podem estar ocorrendo no mercado em função do poder de mercado obtido pela operação, elas terão a capacidade técnica, os meios materiais e os recursos financeiros para disputar este mercado, maior será a probabilidade de se cometer este erro quanto maior for o número constatado de empresas com este potencial. É claro que se somente uma empresa tiver esta capacidade, deve-se refletir se isto não poderia significar que o mercado não está fechado para potenciais entrantes(5);

Nota:

(5) Na realidade, devemos estar preocupados não apenas com o potencial de entrada no mercado, mas também com as facilidades de saída e os respectivos custos, ou seja, com as condições de contestabilidade do mercado.

3) **Exigência de rede capilarizada de distribuição , acesso aos insumos básicos e volume de gastos com propaganda** , também podem ser determinantes significativos para, inversamente, influenciar o nível de erro de uma decisão que se incline por concluir pela existência de barreiras à entrada de competidores no mercado relevante, qualquer que ele seja. Por exemplo, embora seja polêmica a função da propaganda, conforme ficou evidenciado na leitura dos textos apresentados pelos pareceristas, qual seja, se ela funciona para introduzir marcas ou se ela é requerida porque os consumidores não são fiéis às marcas, de qualquer forma pode-se aceitar que a entrada em um mercado ficará mais dificultada quanto maior forem os recursos financeiros requeridos para fazer propaganda, com o objetivo de inovar com uma marca e para mantê-la no mercado. Logo, a probabilidade do erro ao dizer que existem barreiras à entrada é inversamente relacionada ao volume de propaganda exigido para a existência de competição no mercado. Em outras palavras, se o nível de propaganda exigido é grande (isto é, é difícil financeiramente entrar no mercado, a menos que haja disponibilidade dos recursos necessários), deve-se concluir que há barreiras. Portanto, a probabilidade de cometer erro depende do inverso do volume de propaganda requerido(6). O mesmo tipo de conclusão pode ser feita com os requerimentos de uma rede capilarizada de ofertantes dos produtos, de acesso aos insumos básicos e o tamanho mínimo crítico (ou seja, escala de oferta).

Nota:

(6) Lembre-se que $P[Y]$ foi definido como a probabilidade de errar ao se aceitar que existem barreiras. A probabilidade de se acertar que existem barreiras aumenta com o nível de propaganda, mas a probabilidade errar aumenta com o inverso do nível de propaganda, isto é, $(1/\text{gastos com propaganda})$.

Certamente existirão outras variáveis determinantes da probabilidade de se cometer um erro de decisão de considerar que existem barreiras à entrada. Entretanto, essas são as que costumeiramente são lembradas para se verificar se uma elevada concentração de mercado é capaz de ser convalidada por difíceis acessos ao mercado, permitindo às empresas exercer um poder de manipular as condições de mercado.

O que vai ser feito a seguir é examinar como essas variáveis determinantes do erro de decisão se apresentam no caso do mercado relevante adrede selecionado, qual seja, o mercado de gomas de mascar. Recorde-se que o objetivo da análise que vai ser feita a seguir pretende minimizar a probabilidade de se errar se a conclusão for a de que existem barreiras à entrada nesse mercado.

A adoção de um mercado mais amplo, como o de guloseimas ou o de *candies*, no qual a participação de mercado resultante seja inferior a 20%, tornam desnecessárias quaisquer outras considerações acerca do impacto da operação já que a análise dos demais atributos estruturais do mercado seria redundante, pois as empresas que realizaram o Ato não seriam capazes conjuntamente de afetar o mercado relevante definido. Desnecessário seria também iniciar investigações no âmbito da SDE acerca de eventuais condutas identificadas no curso da análise dos presentes autos, dado que as Requerentes não possuiriam poder de mercado para praticar infração à ordem econômica.

Sendo assim, considero mais apropriado, visto tratar-se de um mercado de produtos diferenciados, definir como produto relevante o conjunto de produtos dentro do qual se situa o núcleo das preocupações quanto aos possíveis impactos anticoncorrenciais da aquisição, ou seja, o mercado de gomas de mascar e chicles de bola. Deve-se ressaltar que esta definição, adotada pelo Conselheiro-Relator, é mais a coerente com a jurisprudência recente do CADE, que nos processos acima citados delimitou mercados mais restritos, que não foram contestados pelos representantes das partes naqueles feitos. Quanto à dimensão geográfica, concordo com abrangência nacional do mercado relevante, sobre a qual não há divergência.

A participação de mercado da Warner-Lambert verificada após a operação no mercado de gomas de mascar/chicles de bola foi bastante elevada (74,3%), possibilitando o abuso do poder de mercado, a menos que outras características da do mercado impeçam este abuso. Assim, serão examinadas as condições do mercado pós-operação das quais se originam as preocupações quanto aos efeitos anticompetitivos do Ato.

III – ANÁLISE DAS BARREIRAS À ENTRADA

III.1 – Exigência de um Portfólio Abrangente de Marcas e Produtos

A oferta de um portfólio amplo de marcas e produtos com características diferenciadas e destinados aos diversos segmentos de consumidores constitui-se numa exigência para que as empresas ingressem como concorrentes efetivos no mercado de gomas de mascar. Ressalte-se ainda a existência de economias de escopo geradas na comercialização de gomas de mascar conjuntamente com os produtos ofertados no mercado de balas, *drops* e caramelos e outros confeitados doces sem chocolate. Empresas que não dispõem de um conjunto diversificado de produtos, mas que se mantêm no mercado de gomas de mascar, atuam somente nas franjas do mercado com participações marginais. Isto explica porque as principais incumbentes, Warner, Kraft, Arcor e Perfetti, que possuem um portfólio abrangente, ocupam quase 90% do mercado.

Não é por outra razão que diversos concorrentes manifestaram nos autos preocupação com a agregação ao portfólio da Warner-Lambert das marcas Ping Pong e Ploc, de propriedade da Kraft Suchard, sendo bastante representativos os argumentos da Chupa Chups Brasil Ltda:

“é notório que a Warner-Lambert é a empresa que detém a liderança do mercado brasileiro de gomas de mascar através de fortes marcas como: Trident, Bubbalo, Clorets, Fresh Up e Adams. Adição de duas das mais tradicionais marcas deste segmento ao portfólio já existente acaba por concentrar praticamente a totalidade de *brand awareness* de todo o mercado com marcas sob gestão da Warner-Lambert. Isso significa uma barreira real de entrada para novos competidores, que ou se sujeitam a competir por preço com produtos de baixo custo e, portanto, baixa qualidade, ou assumem o risco de investir fortemente em construir mais uma marca dentro do mercado, o que obviamente terá seu campo de ação bastante limitado pela posição que ocupa a Warner-Lambert com suas marcas já consolidadas dentro do segmento. Vale ressaltar que Ploc e Ping Pong são marcas fortes graças ao alto investimento feito durante décadas na sua construção, seja através da mídia, seja através de distribuição. Para um novo entrante conseguir esse feito, partindo de um mercado já ocupado em seus diferentes segmentos de mercado e por uma só empresa é um risco que dificilmente será assumido, seja por multinacionais seja por empresas brasileiras”. (fl. 1.267)

Também a Arcor, ao responder uma pergunta da SDE referente ao peso da marca no mercado de gomas de mascar, sustentou que:

“A Warner adquiriu duas das principais marcas no segmento de Chicle de Bola, Ploc e Ping Pong comprando assim a liderança neste segmento e passando a deter duas marcas tradicionais as quais tem um forte apelo junto ao consumidor e *trade*. Com a força das marcas adquiridas e o poder de distribuição e negociação junto ao *trade* (por ser líder do mercado), a Warner consegue combater as outras empresas concorrentes com maior facilidade”. (fl. 658)

A dificuldade para administrar um portfólio de marcas pode ser inferida pelo comportamento da própria Warner-Lambert que, após a operação, descontinuou uma série de marcas de gomas de mascar como Dentyne, Clorets SF, Mini Chiclets, Sour, Suchard, Bublicious e Bubbalo Capsule (fl. 1.124). Também as marcas Ping Pong e Ploc foram reunidas numa mesma marca Ping Pong Ploc, visando, segundo a empresa, reduzir custos de embalagens e de “licenciamento de uso de imagens de personalidades e personagens nas figurinhas que tradicionalmente acompanham o produto” (fl. 1.635). Tudo indica que, diferentemente das suas concorrentes, a Warner-Lambert se defronta com uma grande quantidade de marcas, principalmente após incorporar as marcas da sua principal concorrente, a Kraft Suchard, sendo que muitas destas marcas disputam a clientela de um mesmo segmento de consumo.

A oferta pela Warner-Lambert de um portfólio de produtos altamente diversificado com marcas tradicionais e de forte apelo junto à clientela certamente reduz o espaço, tanto físico quanto mercadológico, para a colocação, nos pontos de venda, de produtos concorrentes menos conhecidos, com pequeno volume de vendas, giro de estoques mais lento e com preços menores. Uma vez ampliada a linha de produtos da Warner-Lambert, com a adição das marcas da Kraft, ao varejista será mais racional contratar somente com aquela empresa, que oferta os produtos líderes em todos os segmentos do mercado. Desta forma, o varejista poderá obter maiores descontos, devido à maior quantidade contratada de um só produtor, e ainda reduzir o tempo gasto na negociação com outros fornecedores.

À luz das considerações acima, entendo que a redução da quantidade de marcas reconhecidas pelo consumidor disponíveis aos demais concorrentes, aliada ao amplo acesso aos pontos de venda possibilitado pela extensa rede de distribuição contratada pela Warner-Lambert, teve o condão de elevar as barreiras à entrada para entrantes potenciais, além de dificultar a expansão das atividades dos atuais concorrentes.

A criação de entraves ao crescimento das empresas concorrentes pode se dar via restrições estruturais à entrada de novos lançamentos de produtos concorrentes com os da líder do mercado, devido à ocupação dos pontos de venda pelos produtos da Warner-Lambert, e também através da manipulação dos preços relativos das marcas da própria empresa,

visando combater marcas concorrentes.

III. 2 – Quantidade de Empresas que Entraram no Mercado e Entrantes Potenciais

No voto do relator Conselheiro Roberto Pfeiffer são listadas 4 entradas de empresas no mercado de gomas de mascar ocorridas antes da operação: a Arcor ingressou em 1984, a Arisco, em 1996, a Dos em Uno em 1996 e a Perfetti, em 2000(7). A Arisco saiu do mercado em fevereiro de 2001 e a Dos em Uno em junho de 2002. A participação da Dos em Uno no bimestre dezembro/janeiro de 1998 era de 1,8%, enquanto a Arisco detinha 0,6% do mercado (fl. 1.970). No final de 1999, quanto ocorreu a operação, suas participações já tinham caído para 0,8% e 0,1%, respectivamente.

Nota:

(7) A planta industrial construída pela Perfetti em Vinhedo-SP foi inaugurada em 1999 e toda estratégia de ingresso da companhia no mercado brasileiro foi encetada antes da presente operação.

A Arcor elevou lentamente sua participação de mercado até 1999, ou seja, em 17 anos de atividade, quando atingiu uma fatia em torno de 9-10%, vindo a estabilizar sua participação neste patamar desde então. A Perfetti ingressou no mercado com investimentos vultosos numa nova planta incorporando tecnologia de ponta situada no município de Vinhedo-SP – tendo reservado mais US\$ 10 milhões para gastos com marketing só no primeiro ano de atividade no país (fls. 642 e 731) – e não conseguiu ainda alcançar 3% de participação.

As Requerentes, em Memorial protocolizado em 18 de dezembro de 2002, destacam que “não se tem qualquer impressão de que a Perfetti Van Melle Ltda venha encontrando quaisquer dificuldades para desenvolver seus negócios, sobretudo em, razão da aquisição pela Warner-Lambert dos ativos da Kraft Foods Brasil S.A., até porque todas as conquistas suscitadas ocorreram recentemente, portanto, posteriormente à realização da operação”.

Entretanto, não é isto que se observa nos números do mercado, onde a Perfetti, líder no segmento na Europa (95% de participação na Itália, segundo a revista “Doce” de abril/maio de 2002, citada pelas Requerentes à fl. 1.918), que ingressou no mercado brasileiro em 2000 com “uma fábrica moderna explorando a mais alta tecnologia conhecida desenvolvida nos laboratórios da Matriz” (fl. 692), lançando produtos inovadores com gomas de mascar de última geração e com uma rede de distribuição que atinge cerca de 45 mil pontos de venda classificados como tradicionais/bar e pequenos auto-serviços, após 2 anos e meio de atividade, logrou alcançar somente 2,7% do mercado nacional de gomas de mascar, percentual reduzido diante da elevada capacitação tecnológica e financeira da empresa e da sua larga experiência no mercado europeu.

Também em relação à Arcor as Requerentes argumentam que “trata-se de mais uma empresa que vem conquistando rapidamente expressiva participação no mercado, com preços competitivos, assim não detém ela motivos razoáveis para sustentar uma impugnação à presente operação (fl. 1.923)”. Os dados da ACNielsen revelam que a participação da Arcor, que está presente no mercado nacional de gomas de mascar desde 1984, permaneceu praticamente estável desde o bimestre outubro/novembro de 1999, período da realização da operação, quando atingiu a 9,1% do mercado, até agosto de 2002 (9,3%), estancando a elevação palatina da sua participação verificada antes da operação.

Outro dado preocupante refere-se à evolução das participações dos outros fabricantes, excluídos os quatro maiores produtores (Warner, Kraft, Arcor e Perfetti). Segundo as Requerentes, empresas como a Peccin Indústria de Balas Ltda e General Brands do Brasil Ltda não têm encontrado dificuldades para “estabelecer-se junto ao mercado e nele crescer” (fl. 1.927). No entanto, a participação de mercado dos outros fabricantes auditada pela ACNielsen mostra que estes perderam fatias de mercado após a operação, interrompendo igualmente uma tendência de crescimento constatada anteriormente, como se verá no Quadro IV mais adiante.

Estes dados não autorizam concluir que são reduzidas as barreiras à entrada e tampouco que inexistem custos irrecuperáveis (*sunk costs*) no mercado de gomas de mascar. O ingresso da Perfetti é ilustrativo quanto aos investimentos necessários para uma entrada efetiva(8). A entrada e permanência no mercado exigem a realização de substanciais investimentos em pesquisa e aperfeiçoamento tecnológico, além de gastos com propaganda e *marketing* , em ambos casos, típicos exemplos de custos irrecuperáveis.

Nota:

(8) Duas entradas ocorreram após a operação: as empresas Sabritas e Sukest ingressam no mercado em dezembro de 2000, com participações de 1,7% e 0,7%. Entretanto, se trataram de entradas marginais já que estas empresas permaneceram com participações reduzidas posteriormente. Em agosto de 2002, a Sabritas detinha 2% e a Sukest 1%.

Exemplo desta condição de mercado são as informações trazidas pelas Requerentes quanto aos investimentos previstos para a atualização tecnológica das gomas utilizadas nos chicletes Ping Pong e Ploc:

“A renovação das marca e os investimentos já realizados na reformulação do PingPongPloc trarão benefícios importantes ao consumidor. O produto já passou por dois testes formulação associada à alteração da goma base. (...) Os testes são dispendiosos e exigem interrupção prolongada da linha de produção para que nova formulação possa ser testada nas máquinas. Até o momento, as tentativas demonstraram que as duas formulações testadas não são adequadas para o equipamento. (...) Permanece na agenda da empresa a realização de novos testes para nova formulação do produto.”(..) De acordo com as classificações do produto mencionadas, PingPongPloc se transferirá para o segmento de produtos competitivos em tecnologia”.

A julgar pelas quedas acentuadas nas vendas dos chicletes Ping Pong e Ploc e da reduzida participação da nova marca PingPongPloc, se deve deduzir que é cada vez mais reduzido o espaço mercadológico para produtos de baixa qualidade, mesmo se tratando de marcas fortes e tradicionais.

Tal situação indica que são crescentes as dificuldades para o ingresso no mercado relevante para entrantes potenciais (9). As principais marcas do mercado incorporam tecnologias inovadoras e detêm a preferência do consumidor garantida por gastos continuados em propaganda e *marketing*, circunstâncias que revelam serem elevadas as barreiras à entrada.

Nota:

(9) A identificação de entrantes potenciais significa a provar a existência de empresas que tenham condição de ingressar no mercado para concorrer efetivamente com as empre-sas instaladas. Isto implica excluir como entrantes potenciais empresas sem capacidade tecnológica e financeira para ofertar produtos inovadores, ou seja, exclui possíveis entradas marginais que em nada alterariam as políticas comerciais das maiores ofertantes. São excluídas também entradas via aquisição de empresa já instalada, isto é, entradas sem a criação de capacidade produtiva nova.

III.3 – Exigência de Rede Capilarizada de Distribuição, Acesso aos Insumos Básicos, Volume de Gastos com Propaganda e *Marketing*

III.3.1 – Exigência de Rede Capilarizada de Distribuição

A distribuição no mercado de gomas de mascar é realizada através de grandes atacadistas, vendas diretas a redes de supermercados e distribuidores independentes contratados. Em razão das características deste mercado, tais como compras por impulso e em quantidades pequenas, o acesso a um grande número de pontos de vendas como bares, bancas de jornais e quiosques, constitui-se num importante fator competitivo, sendo imprescindível a utilização de uma eficiente e capilarizada rede de distribuidores para ingressar e se manter no mercado.

A Warner-Lambert dispõe de uma extensa rede de distribuição contratada, cobrindo todo o território nacional que alcançava em 1999 66% do número total de estabelecimentos varejistas pesquisados pela AC Nielsen. A Kraft Suchard utilizava a rede de distribuição da Philip Morris para a distribuir as gomas de mascar, alcançando 67% dos estabelecimentos. Como os contratos de distribuição com a Philip Morris não foram transferidos para a Warner-Lambert não se pode afirmar que houve alteração no acesso aos pontos de venda, no que toca às redes de distribuição, como consequência da operação.

As manifestações de concorrentes constantes dos autos indicam que a disponibilidade de redes de distribuição não chega a ser elemento impeditivo para desenvolvimento das suas atividades. A Perfetti, por exemplo, informou que seus “planos de novos investimentos não estão sendo prejudicados por dificuldades na distribuição. Não temos encontrado excepcionais dificuldades para a utilização dos Canais de Distribuição disponíveis para a dita espécie de Produtos e não nos parece que, mesmo ocorrendo a concentração em objeto, dita possa sofrer esclerosamento”. (fls. 692)

Na verdade o acesso a redes de distribuição somente é dificultado quando o entrante não dispõe de um portfólio de produtos amplo o suficiente para justificar a contratação de uma rede própria de distribuidores. Este foi caso da Van Melle que, antes de ser adquirida pela Perfetti, utilizava a rede de distribuição da concorrente Warner-Lambert em função da pouca diversidade da sua linha de produtos, composta de basicamente da pastilha Mentos® e do *drops* Frui-tella®, o que tornava anti-econômica a contratação de uma rede de distribuidores em âmbito nacional.

Assim, embora a operação não tenha produzido impactos diretos sobre o sistema de distribuição de gomas de mascar, quando associada com outras características do mercado, quais sejam, a necessidade de um portfólio diversificado, marcas fortes e produtos de qualidade, a necessidade de uma rede de distribuição capilarizada pode representar uma barreira à entrada de concorrentes de menor porte.

III.3.2 – Acesso aos Insumos

Quanto à possibilidade de restrição no acesso ao insumo básico para a fabricação de gomas de mascar, a goma base, concordo com o Conselheiro Fernando Marques, no sentido de que não existe tal barreira neste mercado. Diante da presença de um fornecedor independente, a ProAroma, que pode atender a demanda de concorrentes efetivos e entrantes, e do fato da produção de goma base da Warner-Lambert ser produzida de modo cativo para o atendimento das empresas do grupo, é forçoso concluir que a operação não acarretou a elevação de barreiras relativas a acesso aos insumos.

III.3.3 – Marketing e Propaganda

Argumentaram as Requerentes, relativamente ao mercado de gomas de mascar, que “existe a percepção dos consumidores quanto à qualidade do produto, de modo que não se pode atribuir às gomas a qualidade de “produto movido à marca” e imputar ao mercado a característica de que poucos benefícios provê em termos de qualidade e inovação” (fl. 1.701).

A afirmação é correta quando atenta para a importância crescente da pesquisa e desenvolvimento tecnológico neste mercado. Entretanto, não se pode desconsiderar a relevância da marca como elemento essencial ao *marketing*. A permanência, por mais de uma década, de produtos como Bubbalo, Trident e mesmo as tradicionais Ping Pong e Ploc entre as marcas mais vendidas mostra que as marcas de forte apelo, ancoradas em estratégias de *marketing*, são importantes na conquista do consumidor, ao lado da qualidade e do preço.

O argumento esposado pelas Requerentes de que as compras de gomas de mascar são motivadas por impulso, o que reduziria a importância da fixação da marca como barreira à entrada, não explica os vultosos investimentos em promoções e *marketing* efetuados pelas principais empresas. Como já foi citado, a Perfetti reservou US\$ 10 milhões, só para o primeiro de operação, em 2000, para gastar em *marketing* para divulgar seus produtos junto ao consumidor.

Segundo a Perfetti, o “nicho mercadológico das gomas de mascar tem incorporado altas tecnologias que conferem às gomas propriedades outras que não a mera ocupação bucal, inclusive benefícios para a higiene bucal. O objetivo original que continuará sendo perseguido pela Perfetti para o mercado brasileiro é o de sempre inovar, trazer para o segmento novas linhas de produtos de qualidades funcionais, muito bem aceitos por dentistas e pediatras com a linha Vivident Xylit”.(fl. 692)

A tendência atual do mercado de gomas de mascar é de crescente sofisticação dos seus produtos, sejam as linhas destinadas ao segmento infantil, sejam as linhas destinadas ao segmento adulto. Neste contexto, as informações relativas à qualidade dos ingredientes e suas características inovadoras são instrumento importante na estratégia de *marketing*, ao lado das tradicionais promoções associadas a celebridades esportivas e artísticas e a personagens de *cartoons*.

Em face destas características, é imprescindível que o ingresso de novos produtos sejam acompanhados de campanhas promocionais agressivas de forma a tornar conhecidas as novas marcas e as inovações dos novos produtos. Ademais, estes investimentos devem ser continuados, sob o risco de se perder a identificação do consumidor com a marca. Uma ilustração deste fato é o destaque dado pelas Requerentes às medidas tomadas no processo de reestruturação das marcas Ping Pong e Ploc, que visaram basicamente reduzir os elevados custos de embalagens (nas quais são introduzidos adesivos e outros brindes promocionais) e de manutenção de contratos de “licenciamento de uso de imagens de personalidades e personagens nas figurinhas que tradicionalmente acompanham o produto” (fl. 1.635). Registre-se ainda que as próprias Requerentes consideraram, ao explicar o excepcional desempenho da adquirente no segmento de gomas de mascar *sugar free*, que “a participação da Warner-Lambert em gomas sem açúcar deve-se em princípio à tradição da marca Trident” (fl. 1.310).

As dispendiosas campanhas promocionais necessárias para criar e manter marcas fortes e reconhecidas pela clientela atuam como barreiras à entrada no contexto de um mercado no qual a empresa líder detém as marcas mais vendidas e conhecidas, ocupa cerca de 75% do mercado, e tem capacidade financeira e produtiva para encetar políticas de preços defensivas destinadas a bloquear entradas e impedir o crescimento de marcas concorrentes.

III.4 – Considerações Finais

A análise das barreiras à entrada indica que a operação elevou barreiras à entrada devido à produção dos seguintes efeitos:

1. Elevação do grau de concentração de mercado, onde a principal ofertante, a Warner-Lambert, elevou sua participação de 56%, em 1999, para 74,5% em 2001, sendo que o índice HHI elevou-se de 3.613 para 5.703, de 1999 a 2001(10), segundo cálculo efetuado pelo relator;

Nota:

(10) O índice de Herfindahl Hirschman (HHI) corresponde ao somatório dos quadrados das participações de cada empresa no mercado. Num mercado onde atua somente uma empresa (monopólio) o HHI corresponde a 10.000 (100% elevado ao quadrado). O índice tende a se aproximar de zero quanto mais pulverizado for o mercado.

2. Eliminação do principal concorrente, a Kraft Suchard, que detinha as mais tradicionais e conhecidas do mercado, Ping Pong e Ploc;

3. Elevação das barreiras à entrada consubstanciadas na reunião das principais marcas do mercado sob controle da Warner-Lambert, o que dificulta a colocação de produtos concorrentes nos pontos de vendas e eleva volume de investimentos em *marketing* necessários para a fixação de novas marcas entrantes e expansão das já existentes;

4. As entradas da Perfetti, Sabritas e Sukest, em 2000, não foram suficientes para contestar a posição da Warner-Lambert no mercado, fortalecida pela aquisição dos ativos da Kraft Suchard. A participação somada das entrantes não atingiu 5% em 2002, resultado que corrobora a hipótese de que são elevadas as barreiras à entrada, inclusive para empresas de grande porte e com experiência internacional neste mercado, como é o caso da Perfetti.

IV – EVOLUÇÃO DO MERCADO APÓS A OPERAÇÃO

Passados mais de 3 anos da realização da operação interessa investigar se a ampliação do portfólio da adquirente efetivamente fortaleceu sua posição no mercado. A Warner-Lambert e a Kraft Suchard, como primeiro e segundo ofertantes do mercado, detêm as marcas mais vendidas. As marcas mais fortes da Warner-Lambert são Trident, Bubbalo, Clorets e Chiclets. Já as da Kraft Suchard são as marcas Ping Pong, Ploc e Plets. O quadro abaixo mostra a participação percentual das principais marcas gomas de mascar/chicles de bola no bimestre de outubro/novembro de 1999, data da realização da operação(11), e em agosto de 2002, data última informação disponível.

Nota:

(11) O Contrato de Compra e Venda foi assinado em 23 de novembro de 1999.

QUADRO I

MERCADO NACIONAL DE GOMAS DE MASCAR

EVOLUÇÃO DA PARTICIPAÇÃO PERCENTUAL DAS PRINCIPAIS MARCAS (% COM BASE NO FATURAMENTO)

MARCAS	Out/Nov 1999	Out/Nov 2000	Ago/ 2001	Ago/ 2002
Bubbalo (WL)	19,3	15,3	14,1	11,7
Trident Stick (WL)	17,6	24,5	24,9	29,7
Chiclets 2's (WL)	7,0	6,2	6,1	6,4
Plets (Kraft)	3,5	3,4	2,9	2,7
Ping Pong (Kraft)	11,2	6,9	7,0	1,7
Ploc (Kraft)	3,9	4,3	4,2	1,0
Ping Pong Ploc (Kraft)	-	-	-	6,2
Big Big (Arcor)	5,5	5,7	5,3	5,3
Bolin (Arcor)	1,5	1,5	0,8	0,6
Top Line (Arcor)	0,5	0,2	0,2	0,2
O. Arcor (Arcor)	1,5	1,5	1,8	1,8
Vivident Xylit (Perfetti)	-	1,9	1,1	1,2
Bloop (Perfetti)		0,2	0,5	0,4

Fonte: ACNielsen, fls. 1.970/1.971.

O quadro acima mostra que das 3 principais marcas da Warner-Lambert 2 tiveram quedas de participação de mercado no período entre a data da operação (nov/1999) e agosto de 2002: Bubbalo partiu de 19,3% caindo para 11,7% e Chiclets 2/s de 7,0% caiu para 6,4%. Somente a Trident, marca de goma de mascar sem açúcar, destinada ao público jovem/adulto, experimentou um forte crescimento, partindo de 17,6% e alcançando 29,7% no final do período. O segmento de gomas sem açúcar é um nicho de mercado que vem se expandindo de forma veloz. Note-se que as principais marcas da Warner-Lambert (Trident) e da Perfetti (Vivident Xylit) situam-se neste segmento.

O Quadro II abaixo – que mostra a evolução dos preços médios reais, por 1000 unidades, das marcas mais vendidas da Warner-Lambert, da Kraft, da Arcor e da Perfetti – revela que as 3 principais marcas de gomas de mascar da Warner-Lambert sofreram reduções reais de preços após a operação (Bubbalo, Trident e Chiclets). Note-se, também, que as reduções de preços reais observadas nas marcas Bubbalo e Chiclets (-22% e -37%, respectivamente, entre jun/jul de 1999 e jun/jul de 2002) não foram suficientes para a manter suas participações no mercado, com se constata nos dados do Quadro I. Somente a marca Trident, que experimentou redução real de preços de 15% entre jun/jul de 1999 e jun/jul de 2002, conseguiu aumentar substancialmente a sua participação de mercado.

Relativamente às linhas de produtos da Kraft, a marca Ping Pong sofreu reduções significativas de preços nos anos de 2000 e 2001 (-61% entre jun/jul de 1999 e jun/jul de 2002). As marcas Plets e Ploc também encerraram o período com preços reais inferiores aos praticados em jun/jul de 1999 (-35% para a Plets e -64% para a Ploc).

QUADRO II

MERCADO NACIONAL DE GOMAS DE MASCAR
ÍNDICE DA EVOLUÇÃO DOS PREÇOS MÉDIOS REAIS DAS PRINCIPAIS MARCAS
(JUN/JUL DE 2002 = 100)

MARCAS	Jun/Jul 1998	Jun/Jul 1999	Jun/Jul 2000	Jun/Jul 2001	Jun/Jul 2002
Bubbaloo (W/L)	169	125	120	110	100
Trident Stick (W/L)	125	115	111	99	100
Chiclets 2's (W/L)	158	137	118	102	100
Plets (Kraft)	-	*135	114	106	100
Ping Pong (Kraft)	174	161	108	93	100
Ploc (Kraft)	176	164	118	101	100
Big Big (Arcor)	178	139	123	107	100
Bolin (Arcor)	182	161	109	102	100
Top Line (Arcor)	123	96	101	100	100
Vivident Xylit (Perfetti)	-	-	**70	96	100
Bloop (Perfetti)	-	-	**159	111	100

Obs.: Preços deflacionados pelo IGP-OG da FGV (jun/jul de 2002 = 100).

(*) valor referente a ago/set de 1999, primeiro bimestre com dados disponíveis.

(**) valor referente a ago/set de 2000, primeiro bimestre com dados disponíveis.

Fonte: ACNielsen, fls. 1.517/1.523.

Também as marcas da Arcor, exceto a Top Line (*sugar free*), experimentaram reduções substanciais de preços, embora não tenham conseguido manter suas participações de mercado no período. Já a Perfetti que ingressou no país com planta própria, situada em Vinhedo-SP, em meados de 2000, reduziu o preço da marca Bloop (-56%), enquanto Vivident Xylit (*sugar free*) teve seu preço aumentado em 30%, ao mesmo tempo em que estabilizou sua participação de mercado em 1,2%.

Uma possível hipótese de manipulação de portfólio decorrente da operação em tela poderia ter sido efetivada com a redução nos preços das marcas da Kraft (Ping Pong, Ploc e Plets) para combater produtos concorrentes e beneficiar as marcas próprias que concorrem no mesmo segmento como, por exemplo, o chiclete de bola Bubbaloo. Embora a participação da marca Bubbaloo tenha sofrido queda após a operação, deve-se observar, que ela conseguiu ampliar levemente suas vendas em termos de volume(12), conforme se observa nos dados do Quadro III abaixo.

Nota:

(12) Deve-se observar que o chiclete Bubbaloo teve o peso da unidade vendida reduzido de 6,5g para 5,5g, enquanto o preço para o varejista foi mantido em R\$ 0,06 e em R\$ 0,10 para o consumidor final (fl. 1272).

Verifica-se no Quadro III – que mostra o índice das quantidades vendidas, em 1000 unidades, das principais marcas entre jun/jul de 1998 e jun/jul de 2002 – que a quantidade vendida das principais marcas foi incrementada, com exceção das marcas Ping Pong e Ploc, da Kraft e Bolin da Arcor, que, em consequência, sofreram as maiores quedas nas suas participações de mercado. Um fato importante a ressaltar é o formidável desempenho das vendas da marca *sugar free* Trident, com crescimento de 50% entre jun/jul e 1999 e jun/jul de 2002. O segmento de gomas de mascar sem açúcar tem experimentado grande crescimento e a Warner-Lambert, que possui a principal marca deste segmento, se beneficiou deste *boom* com a ampliação da sua participação de mercado nos anos de 2000 a 2001.

QUADRO III
MERCADO NACIONAL DE GOMAS DE MASCAR
ÍNDICE DA EVOLUÇÃO DAS QUANTIDADES VENDIDAS DAS PRINCIPAIS MARCAS
(EM 1000 UNIDADES)

MARCAS	Jun/Jul 1998	Jun/Jul 1999	Jun/Jul 2000	Jun/Jul 2001	Jun/Jul 2002
Bubbaloo (WL)	87	98	78	101	100
Trident Stick (WL)	46	50	55	84	100
Chiclets 2's (WL)	76	72	64	90	100
Plets (Kraft)	-	*79	77	106	100
Ping Pong (Kraft)	168	181	166	234	100
Ploc (Kraft)	229	210	156	214	100
Big Big (Arcor)	54	64	67	96	100
Bolin (Arcor)	185	154	100	117	100
Top Line (Arcor)	95	80	55	88	100
Vivident Xylit (Perfetti)	-	-	**45	75	100
Bloop (Perfetti)	-	-	**11	121	100
Chiclets 2's (WL)	076	0*72		090	100
Plets (Kraft)	-	0*79		106	100
Ping Pong (Kraft)	168	*181		234	100
Ploc (Kraft)	229	*210		214	100
Big Big (Arcor)	054	0*64		096	100
Bolin (Arcor)	185	*154		117	100
Top Line (Arcor)	095	*080		088	100
Vivident Xylit (Perfetti)	-	-		075	100
Bloop (Perfetti)	-	-		121	100

Obs.: jun/jul de 2002 = 100.

(*) valor referente a dez/jan de 2000, primeiro bimestre com dados disponíveis.

(**) valor referente a ago/set de 2000, primeiro bimestre com dados disponíveis.

Fonte: ACNielsen, fls. 1.517/1.523.

O Quadro IV – que mostra a evolução da participação de mercado dos principais ofertantes de 1997 a agosto de 2002 – informa que a Warner-Lambert conseguiu elevar sua participação de mercado em 4,4 pontos percentuais, de 1999 a 2000 (de 56,0% para 60,4%), e estabilizando sua participação em torno de 60% nos anos seguintes. Cabe observar também que os produtos da Kraft perderam cerca de 7% da sua participação de mercado, o que pode ser explicado pela queda das vendas das marcas Ping Pong e Ploc – que se ressentem do envelhecimento da sua fórmula frente a dos seus concorrentes diretos – e, principalmente, pelo fato da Kraft não ter ingressado no segmento *sugar free*, de maior crescimento. Registre-se que em abril de 2002 este segmento já representava 34,36% do faturamento total do mercado de gomas de mascar (fl. 1.239).

QUADRO IV
MERCADO NACIONAL DE GOMAS DE MASCAR
EVOLUÇÃO DAS PARTICIPAÇÕES DOS PRINCIPAIS OFERTANTES – 1997 A 2002
(% COM BASE NO FATURAMENTO)

EMPRESAS	1997	1998	1999	2000	2001	2002*
Warner	49,3	52,5	56,0	60,4	60,1	61,3
Kraft	28,2	23,5	18,9	16,9	14,4	11,7
(W + K)				77,3	74,5	72,9
Arcor	8,2	9,9	10,6	9,5	9,9	9,3
Perfetti	-	-	-	0,6	3,0	2,7
São João	-	1,7	2,8	5,5	4,3	2,0
Outros	11,7	11,9	11,8	10,5	12,8	10,7
Importações	2,6	2,2	2,7	n/d	n/d	n/d
Total	100,0	100,0	100,0	100,0		

Obs.: Embora tenham sido identificados problemas na totalização nos dados, estes fornecem uma noção aproximada da evolução da estrutura de oferta do mercado.

(*) dados de ago/2002.

Fonte: ACNielsen

A ampliação da participação da Warner-Lambert deve ser explicada principalmente pelo significativo aumento das vendas da goma de mascar Trident, e, secundariamente, pelo incremento das vendas das marcas Bubbalo e Chiclets. A marca Trident, lançada em 1984, foi a pioneira no segmento de gomas de mascar sem açúcar. As concorrentes diretas do Trident são a Top Line, da Arcor, lançada em 1997, e a Vivident, da Perfetti, lançada em 2000. Mesmo após a entrada das duas marcas concorrentes a Warner-Lambert manteve o domínio deste segmento, com participação de 91,1% em abril de 2002, seguida pela Perfetti, com 9,1%, e pela Arcor, com uma participação de 0,6% no segmento *sugar free*.

Os dados da evolução mensal dos preços praticados pela Warner-Lambert, ilustrados no gráfico abaixo, mostram que os preços do Bubbalo foram aumentados fortemente, em termos reais, entre junho de 1999 a março de 2000, período em que se concretizou a aquisição dos ativos da Kraft Suchard. Este movimento de aumento de margens teve como efeito a elevação da participação de mercado da Warner-Lambert em 4 pontos percentuais de 1999 a 2000(13). Após a entrada da Perfetti no mercado, que se deu em junho de 2000, os preços do Bubbalo entraram em trajetória de queda, assim como os dos demais produtos da Warner-Lambert. Estes dados indicam que a Warner-Lambert implementou uma política defensiva reduzindo preço após a entrada da Perfetti. Note-se que a Perfetti, que possui um portfólio de produtos de alta qualidade destinado a uma clientela mais exigente e de maior poder aquisitivo, visou ocupar faixas do mercado exploradas quase exclusivamente pela Warner-Lambert.

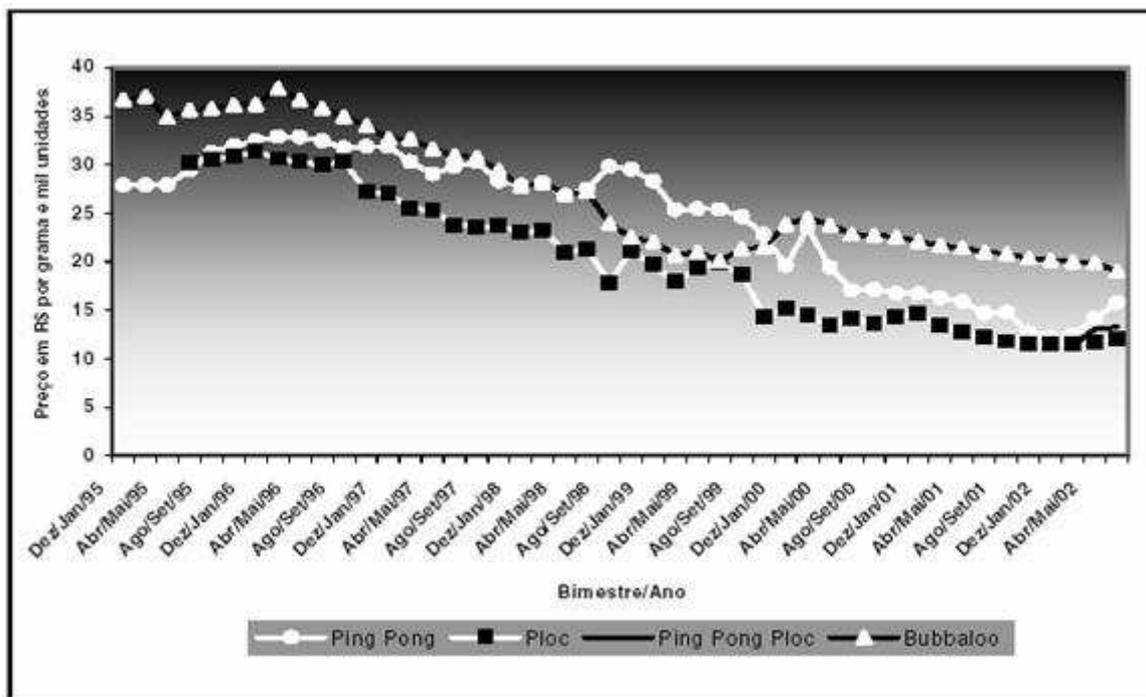
Nota:

(13) Segundo os dados constantes do parecer da SDE, entre 1999 e 2000 a Warner-Lambert elevou seus preços, em média, em 5% e aumentou sua fatia do mercado em 5,2% em termos de faturamento.

Esta reação da empresa incumbente à entrada de uma empresa de grande porte, sua concorrente em outros mercados geográficos, forçou os demais concorrentes a reduzirem também seus preços. Como consequência houve forte elevação das quantidades demandadas no mercado. Com aquisição da planta da Kraft Suchard, parcialmente adaptada para a produção das suas principais marcas, a Warner-Lambert se encontrava preparada para enfrentar esta nova situação de mercado, ampliando fortemente o volume de vendas dos seus principais produtos.

As marcas da Kraft, Ping Pong e Ploc, por outro lado, sofreram quedas nas quantidades vendidas em 2000, que foram recuperadas em 2001, votando a sofrer quedas acentuadas em 2002. O fraco desempenho das marcas da Kraft, que já vinha perdendo mercado antes da operação, deve ser explicado não somente pela defasagem tecnológica da sua formulação, mas também pela demora da Kraft em redefinir sua estratégia tecnológica e mercadológica para a inserção destas marcas no seu portfólio, o que sugere que a prioridade da Warner-Lambert com a aquisição dos ativos da Kraft era efetivamente a ampliação das suas instalações produtivas para a produção das suas marcas.

GRÁFICO I EVOLUÇÃO DOS PREÇOS DE CHICLES DE BOLA DA WARNER E KRAFT



A estratégia implementada obteve êxito no sentido de deter o crescimento da Perfetti e também da Arcor, cuja participação vinha aumentando paulatinamente nos anos anteriores à operação. Sem dúvida que o sucesso desta estratégia deveu-se, em grande parte, à eliminação da principal concorrente, a Kraft, e, em consequência, das ameaças representadas pelas suas principais marcas.

A análise das barreiras à entrada no mercado relevante, assim como o exame da evolução deste mercado após aquisição, mostraram que a presente operação tem potencial para acarretar danos à concorrência no mercado nacional de gomas de mascar, por ter produzido os seguintes efeitos:

- eliminou o principal concorrente do mercado;
- concentrou fortemente o mercado aumentando a participação do maior ofertante para, aproximadamente, 75%, sendo que o segundo maior ofertante possui menos de 10% do mercado;
- concentrou as principais marcas do mercado não mãos de um só concorrente, o que elevou as barreiras à colocação de produtos concorrentes nos pontos de vendas;
- elevou volume de investimentos em *marketing* necessários para a fixação de novas marcas entrantes e expansão das já existentes.

V – EFICIÊNCIAS

Constatada a ocorrência de danos ao processo competitivo no mercado nacional de gomas de mascar, cabe ainda verificar se as eficiências que poderão ser obtidas com a operação são suficientes para compensar o dano acarretado. O item 1.9 do anexo V da Resolução CADE nº 15/98 dispõe que se deve entender “por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno”.

O §1º do artigo 54 prevê que o CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições:

“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 os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

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

IV – sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados;”.

As eficiências apontadas pelas Requerentes (fls. 1.635/1.640) foram:

1. Unificação das marcas Ping Pong e Ploc que “permitiu economias substanciais na compra de direitos e licenciamento de uso de imagens de personalidades e personagens nas figurinhas que tradicionalmente acompanham o produto”.

2. Alteração da goma base do PingPongPloc visando melhorar a qualidade do produto conferindo-lhe maior maciez. Embora duas tentativas de mudança da goma já tenham sido efetuadas sem sucesso, aludem as Requerentes que as eficiências a serem obtidas com a melhoria da qualidade da goma “dificilmente seriam alcançadas se as marcas fossem transferidas a outro fabricante visto que a maioria, senão todos os concorrentes no segmento infantil, utilizam o

látex líquido, mais econômico e de qualidade nitidamente inferior, na formulação dos produtos”;

3. Segundo as Requerentes, “embora produção do PingPongPloc não esteja proporcionado lucros (...) até o momento, a manutenção das duas marcas, agora unificadas, tem permitido à empresa diluir custos fixos da unidade de Bauru, enquanto o processo de realocação das linhas não se concluiu”. (fl. 1.635);

4. A economia proporcionada com a compra da planta da Kraft (Bauru), adquirida por US\$ 39 milhões, teria sido de, aproximadamente, US\$ 61 milhões, já que as estimativas de custo da construção de uma nova unidade giravam em torno de US\$ 100 milhões. Informaram as Requerentes que, a operação decorreu da necessidade de ampliação da capacidade produtiva da empresa, diante dos elevados níveis de ocupação das plantas de Cumbica e de Avenida e da impossibilidade de ampliação dessas unidades;

5. Os benefícios esperados com a aquisição da “planta da Kraft Suchard em Bauru-SP e de outros ativos tangíveis ou intangíveis ainda estão por ser alcançados. Isto se deve a contingências como, por exemplo, a mudança do controle acionário na matriz, fora do controle da empresa no Brasil que vem prejudicando o andamento de projetos de otimização”, que envolvem a realocação das linhas de produção e mudanças na logística de transporte. Atualmente apenas o Trident e o Halls estão sendo parcialmente produzidos na planta adquirida em situada em Bauru. Segundo a Warner, “a empresa continua operando com elevados custos tendo em vista a superutilização de determinados equipamentos, e alocação ainda não concluída de linhas e a condição incerta da empresa quanto ao futuro controlador”(14);

6. A Warner-Lambert pretende “consolidar as três fábricas (Avenida, Cumbica Bauru) em uma com vistas a atender não apenas a demanda interna, como centralizar no Brasil a produção destinada ao Mercosul”.

7. Segundo as Requerentes, “eficiências expressivas já foram alcançadas com a substituição de importações de produtos acabados” sendo que, “já em 2001 grande parte das importações foi substituída por produção local e a empresa logrou aumentar o volume de exportações”;

8. Para a unificação das plantas em Bauru encontra-se em estágio avançado de construção a estação de tratamento de efluentes, o que permitirá a transferência, dentre outras, das linhas de produção de *drops* para aquela unidade. O investimento previsto para esta obra é de US\$ 4 milhões;

Relativamente às eficiências indicadas nos itens 1, 2 e 3, estas não podem ser consideradas como específicas da operação já que a unificação das marcas Ping Pong e Ploc poderiam ter sido promovidas, seja pela própria Kraft ou por outra concorrente ou entrante potencial. Quanto à melhoria da qualidade da goma, considero pouco factível que somente a Warner-Lambert possa implementá-la, uma vez que outras empresas do cenário internacional (por exemplo, a líder mundial, Wrigleys, que ainda não ingressou no mercado nacional) e nacional possuem capacidade financeira e tecnológica de promover a atualização das gomas das marcas Ping Pong e Ploc.

As demais eficiências referem-se aos ganhos que poderão advir da transferência das linhas de produção das plantas Avenida e Cumbica para a unidade de Bauru. Embora os ganhos produtivos relativos à redução de custos fixos, substituição de importação e aumento de exportação, sejam efetivos, estes poderiam ser obtidos sem a eliminação de marcas de gomas de mascar concorrentes, de propriedade da Kraft e a consequente elevação das barreiras à entrada. Deste modo, a aquisição não atende aos incisos III (eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante) e IV (sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados) e tampouco ao inciso I, pois devido à elevada concentração provocada no mercado relevante, não haverá incentivos para a distribuição equitativa dos benefícios aos consumidores ou usuários finais.

VI – CONCLUSÃO

Considerando a operação acarretou a eliminação do principal concorrente num mercado caracterizado por: (a) alto grau de concentração da oferta; b) elevadas barreiras à entrada relativas a gastos com propaganda e *marketing* associados à fixação de marca junto aos consumidores; e c) à necessidade de se deter um amplo e diversificado portfólio de produtos como condição para o acesso aos pontos de venda; entendo que a presente operação não pode ser aprovada da forma proposta pelas Requerentes.

Da análise acima efetuada percebe-se que a concorrência neste mercado se faz preponderantemente entre as marcas dos principais ofertantes que buscam, através de campanhas de *marketing*, distinguir seus produtos em relação aos dos concorrentes seja através de modos atrativos de apresentação do produto ou da introdução de inovações tecnológicas que alteram o seu conteúdo. Em vista disso, considero que a introdução de medidas reparadoras das condições competitivas deve procurar restaurar as condições competitivas entre as principais marcas presentes no mercado antes da operação.

Sendo assim, entendo que se deve excluir dos ativos adquiridos pela Warner-Lambert aqueles referentes às marcas de gomas de mascar e chicles de bola de propriedade da Kraft Suchard. Inclui-se nesta exclusão a marca PingPongPloc, uma vez que esta representa fusão das duas principais marcas da Kraft.

Isto posto, aprovo o ato de concentração em análise sob a condição de que a Warner-Lambert faça a alienação das marcas de gomas de mascar e chicles de bola adquiridas da Kraft Suchard, inclusive com transferência dos contratos de licenciamento e demais instrumentos e documentos necessários à exploração comercial das referidas marcas, a um terceiro interessado aprovado pelo Plenário que se apresente como competidor capaz de operar no mercado e sustentar as marcas, observando-se condições similares àquelas estabelecidas no voto do Conselheiro-Relator, quais sejam:

1. Apresentação ao CADE, no prazo de 15 dias contados a partir da publicação do acórdão da presente decisão no Diário Oficial da União, de empresa de auditoria idônea, o qual deverá ser aprovada pelo CADE e, posteriormente, assinar o termo de responsabilidade, para a realização das seguintes atividades:

a) elaboração de uma proposta de cronograma para a venda das marcas, assim como a relação dos ativos a serem alienados e dos contratos a serem transferidos, envolvendo todos os registros, licenciamentos e direitos inerentes às marcas de gomas de mascar da Kraft Suchard;

b) realizar uma avaliação dos preços e alternativas de condições de pagamento, assim como atestar, por meio de laudo pericial, que o conjunto de direitos, titularidade, e bens avaliados é suficiente a exploração comercial das marcas;

- c) identificar eventuais compradores e monitorar a transferência de tecnologia e de informações comerciais e industriais;
d) acompanhar toda a operação de alienação;

2. No prazo de 30 dias, iniciados a partir da assinatura do termo de responsabilidade pela empresa auditoria, em conformidade com a Resolução CADE nº 13/98, deverá ser encaminhado ao Plenário do CADE o laudo pericial de avaliação com a discriminação dos respectivos ativos e das alternativas de condições de pagamento, assim como um cronograma com as etapas a serem seguidas na operação de venda. No prazo de máximo de 60 dias, a contar da publicação ata da Sessão Ordinária que aprovar o laudo, a Warner-Lambert deverá alienar os ativos previstos;

3. Dentro das condições estabelecidas para a alienação deverá estar previsto, na medida do interesse da compradora, a possibilidade da assinatura de contratos para a produção das gomas de mascar relativas às marcas alienadas, entre aquela e a Warner-Lambert, com vigência pelo período necessário para que a compradora realize as adaptações necessárias nas suas instalações industriais para a produção das gomas. As condições constantes deste contrato, como prazo e qualidades e demais especificações técnicas, deverão ser objeto de avaliação por empresa de auditoria, aprovada pelo CADE, caso não haja êxito na negociação entre as partes;

4. Fica assegurado à compradora o direito de apresentar ao CADE quaisquer reclamações relativas a eventuais dificuldades enfrentadas na negociação com os vendedores;

5. A Warner-Lambert deverá zelar pela manutenção de todos os ativos a serem alienados, enquanto não for concretizada a operação;

6. O descumprimento de qualquer uma das determinações efetivadas implicará na imposição de pena de multa diária conforme disposto no art. 25 da Lei nº 8.884/94, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e promoção da execução judicial da decisão, nos termos do disposto nos artigos 60 a 78 da Lei nº 8.884/94.

É o voto.

Brasília – DF, 26 de fevereiro de 2003.

THOMPSON ALMEIDA ANDRADE

Conselheiro do CADE

**VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO
CLEVELAND PRATES TEIXEIRA,¹
(Versão Pública)**

Nota:

(1) Participaram da elaboração deste voto as assessoras Tatiana Mercier Querido Farina e Susana Salum Rangel e os estagiários Gustavo Nery Silva e Paulo Siqueira. Durante o período em que esteve em meu Gabinete, colaborou ainda o assessor Bruno Carazza.

Pedi vistas do presente processo para melhor me posicionar quanto à definição da dimensão produto do mercado relevante afetado por esta operação, dada a divergência de posicionamento dos Conselheiros que já proferiram seus votos.

1 – DIVERGÊNCIAS NOS VOTOS PROFERIDOS

O **Conselheiro-Relator** do Ato de Concentração em epígrafe, acompanhando a definição proposta pela SDE, entendeu que o mercado relevante na sua dimensão produto era o de **gomas de mascar e chicles de bola**. O **Conselheiro Thompson Andrade** também acompanhou esta delimitação.

O **Conselheiro Fernando Marques**, contudo, em seu voto vista, entendeu que o mercado relevante do produto era o de **candies, ou seja, balas de todos os tipos, drops, pastilhas, caramelos, gomas de mascar, chicles de bola, pirulitos e outros confeitos do gênero**. O referido Conselheiro chegou a esta conclusão considerando que diante da dificuldade de definir com precisão a substitutibilidade entre os produtos envolvidos, não haveria outra forma se não delimitar o mercado com base em fortes indícios. Para tanto, utilizou uma pesquisa apresentada pelas Requerentes.

Para o **Conselheiro-Relator**, a operação gerou uma concentração significativa no mercado relevante definido, que seria também caracterizado por **barreiras estruturais à entrada, tais como diferenciação de produto (gastos com publicidade e propaganda, fidelidade à marca), portfólio mínimo de produtos para justificar uma rede de distribuição capilarizada, e vantagens de custo e de escopo na produção e na distribuição**. Ressaltou que *“a posição dominante da Warner-Lambert no mercado magnifica o nível das barreiras à entrada de novos entrantes e à expansão das firmas menores, dadas as possibilidades que passa a ter de criação de barreiras estratégicas à entrada e à expansão dos concorrentes, decorrentes dessas vantagens de custo e do portfólio de marcas que passa a deter”*. **Por fim, determinou o desinvestimento parcial do negócio, com alienação, pela Warner-Lambert, dos direitos, titularidade e bens ativos tangíveis e intangíveis correspondentes ao negócio de gomas das linhas dos produtos Ping Pong Ploc e Plets, e dos produtos cujas marcas**

foram descontinuadas pela Warner-Lambert.

Já o **Conselheiro Thompson Andrade**, que embora tenha acompanhado a definição adotada pelo Relator, **votou pela aprovação da operação sob a condição de que a Warner-Lambert promova a alienação das marcas de gomas de mascar e chicles de bola adquiridas da Kraft Suchard, inclusive com transferência dos contratos de licenciamento e demais instrumentos e documentos necessários à exploração comercial das referidas marcas.** O Conselheiro Andrade entendeu que, dado o alto grau de concentração da oferta e as elevadas barreiras à entrada relativas a gastos com propaganda e *marketing* associados à fixação de marca junto aos consumidores, a operação deveria ser aprovada mediante a alienação de um amplo e diversificado portfólio de produtos como condição de acesso aos pontos de venda, visando restaurar as condições competitivas do mercado.

Para o **Conselheiro Fernando Marques**, no mercado de *candies* não resta evidente que a suposta relação entre diferenciação e gastos com propaganda crie vantagens às Requerentes. Além disso, sustentou que uma rede capilarizada de distribuição não é pré-condição para a entrada. Destacou que não existem cláusulas de exclusividade nos contratos de distribuição desse tipo de mercado. Apesar de entender que a capilaridade da distribuição é uma variável importante de competição, esta não poderia ser considerada uma barreira à entrada. Com base nessas informações, votou pela aprovação da operação sem restrições.

2 – DO MERCADO RELEVANTE

2.1 – Dimensão do Produto

2.1.1 – As Definições da Dimensão Produto do Mercado Relevante nos Votos já Proferidos

Como ressaltado, a origem da divergência entre os votos já proferidos (de um lado Conselheiro-Relator e Thompson Andrade, e de outro, Conselheiro Fernando Marques) origina-se da delimitação da dimensão produto do mercado relevante objeto da operação.

Como bem destacado pelos ilustres Conselheiros, a definição do mercado relevante no caso de bens diferenciados é bastante complexa – e nesse grupo se inserem os confeitos em geral e as gomas de mascar, em particular.

O voto do Conselheiro-Relator exprime, de forma precisa, essa preocupação. Sua opção de adotar a definição proposta pela SDE pautou-se pela identificação da concorrência localizada, conforme destacado por Baker (1997). Segundo o Relator, *“(...) na falta de estudos econométricos mais abalizados fico com a definição do mercado relevante de produto dada pela SDE, até porque, como já visto, o mais importante, em casos de produtos tão diferenciados, não são os limites dos mercados formalmente definidos, mas a identificação da concorrência localizada. Adoto, assim, o mercado de gomas de mascar, incluindo os chicles de bola, como o mercado relevante de produto a ser analisado”*.

No conceito de concorrência localizada de Baker (1997) a pergunta-chave do processo de investigação é a seguinte: *“se a concorrência entre os produtos das firmas fusionadas reduz, e o preço de um deles aumenta, para onde os compradores irão? (...) Isto é, se uma firma vendedora do produto A adquire a firma vendedora do produto B, seu incentivo para elevar o preço do produto A será maior, quanto maior o número de compradores de A que reagiriam a um aumento de preço mudando para o produto B”*.

A partir desta visão, aplicada pelo Conselheiro-Relator, se a firma adquirente (Warner-Lambert) aumentasse o preço de uma de suas marcas de gomas de mascar, muito provavelmente os consumidores migrariam para outros produtos de gomas de mascar, e não para outros tipos de confeitos doces, como balas, *drops*, chocolates, etc. Observe-se que se trata de uma abordagem mais restritiva que a apresentada pelas Requerentes, que, inicialmente, consideraram o mercado relevante envolvido na operação como sendo o de confeitos em geral, tendo em momento diverso, mudado o enfoque para envolver apenas aqueles confeitos doces, exclusive chocolates.

O Conselheiro Thompson Andrade também adotou a definição proposta pela SDE e seguida pelo Relator. Utilizando a abordagem estatística dos testes de hipóteses, o referido Conselheiro entendeu que: *“dadas as dificuldades de definição do mercado relevante no presente caso, parece-nos mais adequado adotar um procedimento de análise do mesmo que trabalhe com a possibilidade da operação ter gerado um alto nível de concentração, permitindo a possibilidade de exercício de um alto poder de mercado. Esta forma de tratamento implica em uma probabilidade de se estar errando no diagnóstico e criando a oportunidade de impor condições para a aprovação da operação ou mesmo desaprovando-a inteiramente. Este erro, entretanto, somente será materializado, primeiro, se na verdade a efetiva concentração for baixa e se o prosseguimento da análise indicar que existem significativas barreiras à entrada e que as eficiências não estão presentes”*.

Como visto, o Conselheiro Fernando Marques optou por uma definição mais ampla do mercado relevante do produto. As justificativas para tal entendimento tinham por base: (i) a elevada correlação de preços entre as categorias de *drops*, chicles e gomas; (ii) o posicionamento de diversas empresas nacionais em ofertar, além de gomas de mascar, chocolates, doces, biscoitos e outros alimentos; e (iii) a percepção de alguns competidores de mercado de que “gomas tiram um pouco do mercado de balas e pirulitos”, identificada pelo Conselheiro-Relator. Concluiu, ante toda a argumentação desenvolvida (impossibilidade de delimitar precisamente as categorias, o posicionamento da indústria e a percepção de que gomas, balas e pirulitos competem entre si, o que indicaria um elevado grau de substitutibilidade), que o mercado relevante de produto era o de *candies*, ou seja, balas de todos os tipos, *drops*, pastilhas, caramelos, gomas de mascar, chicles de bola, pirulitos e outros confeitos do gênero.

2.1.2 – Segmentação entre Chicle de Bola e Gomas de Mascar

Diante dessa divergência procurei analisar com maior cautela as informações trazidas aos autos, buscando definir o *locus* de concorrência das empresas nesse mercado. Como ponto de partida, segui a estratégia adotada pelo Relator em relação à concorrência localizada.

Parece-me que questões relacionadas à demanda (objetivos e gostos dos consumidores) e à oferta (custo de produção, estratégias de *marketing*, etc.) caracterizam o mercado de gomas de mascar (incluindo chicles de bola) como sendo um segmento de mercado independente de outros confeitos, como balas, *drops*, pirulitos, caramelos, etc.

Ademais, chamou-me a atenção diversas menções presentes nas declarações das Requerentes, concorrentes, associação de produtores (ABICAB) e mesmo nos votos dos Conselheiros Roberto Pfeiffer e Fernando Marques indicando que o mercado relevante poderia ser ainda mais restrito.

Partindo dessas considerações, e como se verá a seguir, entendo que é possível uma segmentação ainda maior do mercado, envolvendo, de um lado, as chamadas gomas de mascar e, de outro, os chicles de bolas.

O primeiro indício que justifica essa segmentação reside na identificação do público-alvo de cada um dos produtos envolvidos.

Gomas de mascar e chicles de bola apresentam atributos bastante diversos, relacionados a sabor, propriedades odontológicas e à presença (ou não) de atrativos extras, como as figurinhas. Em geral, chicles de bola são focalizados no público infantil, apresentam sabores mais doces (principalmente frutais) e contêm, na maioria dos casos, figurinhas baseadas em personagens de desenhos animados. As gomas de mascar, por outro lado, são destinadas ao público jovem e adulto, que busca no produto algo que lhe ofereça distração (pelo simples hábito de “mastigar algo”) e bom hálito. São comuns nesses produtos sabores refrescantes e menos doces (derivados de menta), sendo valorizadas as propriedades odontológicas das versões *sugar free* e *diet*.

Essas distinções entre as gomas de mascar e os chicles de bola, pelo lado da demanda, já haviam sido apontadas no voto do Conselheiro-Relator: “As gomas de mascar são, hoje, qualitativamente subdivididas em ‘gomas de bola’, especificamente voltadas para o consumidor-mirim, e em ‘gomas funcionais’, de consumo geral, cujas composições apresentam ingredientes químicos ativos para a desinfecção bucal, combate ao mau hálito e efeitos benéficos outros para a higiene bucal. Estas definem uma nova geração de ‘gomas de mascar’, resultado do desenvolvimento de novos produtos à base de novas tecnologias, sub-segmentos este altamente concentrado e competitivo”.

A associação que representa os interesses dos produtores de confeitos no Brasil, a ABICAB, também sugere um padrão de concorrência diferenciado pelos mesmos motivos. Conforme presente em documento nº 08700 enviado a este Conselho no dia 13 de fevereiro de 2002, haveria evidências de que “*drops, pastilhas e balas refrescantes concorrem com o que se identifica como goma de mascar para adultos, e que as balas e drops mais doces com leite e frutais concorrem com chicles de bola*”. Note-se que a hipótese levantada pela ABICAB reforça o argumento de que, pelo lado da demanda, haveria dois mercados distintos: gomas de mascar e chicles de bola.

O Conselheiro Fernando Marques, em seu aditamento ao voto de vista, também aventa a possibilidade de segmentar o mercado, dadas as características das gomas de mascar, personificada na marca Trident, das Requerentes. *In verbis*: “O caso específico da marca Trident mereceria uma análise diferenciada, isso porque se trata de um segmento muito peculiar do mercado, dos produtos sem açúcar com propriedades associadas à saúde bucal e comportamentos alimentares tidos por desejáveis”.

Essas diferenças de anseios dos consumidores infantis e jovens/adultos quanto aos chicles de bola e às gomas de mascar são reforçadas pelos resultados de pesquisas mercadológicas realizadas a pedido das Requerentes.

A pesquisa “Gomas Infantis”, encomendada pela Adams em maio de 2000 ao Instituto Ipsos(2), oferece interessantes dados sobre o mercado de gomas de mascar. Foram entrevistadas 1.000 pessoas de idades entre 7 e 16 anos, das classes A, B, C e D, residentes em São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre e Recife, entre os meses de julho e agosto de 2000.

Nota:

(2) Em outros votos, critiquei a metodologia de análise utilizada pelo IPSOS, em particular, o método de estimativas de elasticidades (Price Elasticity Model – PEM). Entretanto, sinto-me à vontade para utilizar os dados que apresento neste voto, uma vez que são meras estatísticas descritivas de questionários aplicados junto ao consumidor.

Um exemplo a favor da segmentação de mercado pode ser encontrado na indicação, pelos pesquisados, da marca de chicle de bola ou goma de mascar preferida, sem nenhum estímulo (como lista de marcas pré-definidas) por parte do entrevistador. Nesse exercício, amplamente conhecido como *Top of Mind*, verifica-se que marcas de chicles de bola predominam na faixa etária de 7 a 9 anos, como Bubbalo/Adams (X% – DADO CONFIDENCIAL), Big Big/Arcor (X% – DADO CONFIDENCIAL), Buzzy/Riclan (X% – DADO CONFIDENCIAL) e Ping Pong/Adams (X% – DADO CONFIDENCIAL). Já as marcas de gomas de mascar, se não são praticamente desconhecidas desse público, pelo menos não são de amplo reconhecimento. Nessa mesma faixa etária, as marcas da Trident, Clorets e Chiclets, todas da Adams, receberam menções de X%, X% e X% (DADOS CONFIDENCIAIS), respectivamente. Já no grupo de idade mais elevada, de 13 a 16 anos, composto de pré-adolescentes e adolescentes, a pesquisa *Top of Mind* revela uma mudança de preferência em direção a marcas de gomas, destacando-se Trident (X% – DADO CONFIDENCIAL), Clorets (X% – DADO CONFIDENCIAL) e Chiclets (X% – DADO CONFIDENCIAL). Esse seria um indicativo de que na medida em que as faixas etárias avançam, as gomas de mascar passam a ser de maior preferência do consumidor, em detrimento dos chicles de bolas.

Essa tendência é ainda mais forte quando se pesquisa as marcas consumidas no último mês anterior às entrevistas. Comparando-se a prevalência das marcas Trident e Clorets nas faixas etárias de 7 a 9 anos e de 13 a 16 anos, verifica-se um crescimento significativo. Enquanto apenas X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL) do grupo mais jovem afirmou ter consumido as marcas acima, entre os mais velhos (13 a 16 anos) esses índices passou a X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL), por exemplo.

Essas informações encontram-se ilustradas nos Gráficos 1 e 2 (DADOS CONFIDENCIAIS).

GRÁFICO 1

CHICLES DE BOLA – MARCAS CONSUMIDAS NOS 30 DIAS ANTERIORES À PESQUISA – DIVISÃO POR FAIXA ETÁRIA

GRÁFICO 2

GOMAS DE MASCAR – MARCAS CONSUMIDAS NOS 30 DIAS ANTERIORES À PESQUISA – DIVISÃO POR FAIXA ETÁRIA

Tal diferença nas preferências dos consumidores em relação às marcas pode estar associada às características dos produtos e à sua aceitação entre os grupos de consumidores. É de amplo conhecimento, reforçado inclusive por afirmação da própria ABICAB, já citada nesse voto, que os chicles de bola apresentam predominantemente sabores frutais, enquanto as gomas de mascar contêm sabores que oferecem ao consumidor a sensação de refrescância. Não é sem razão que isso acontece. Segundo a mesma pesquisa realizada pelo Ipsos, crianças e adolescentes têm reações marcadamente diferentes em relação aos sabores. Os sabores morango e uva, por exemplo, de ampla aceitação entre as crianças (respectivamente X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL) de menções entre os pesquisados de 07 a 09 anos), não encontram a mesma aceitação entre os adolescentes de 13 a 16 anos (algo em torno de X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL)). Já os sabores hortelã e menta, bastante comuns entre as gomas de mascar, contam com uma aceitação de, respectivamente, X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL) no grupo de 07 a 09 anos e X% (DADO CONFIDENCIAL) e X% (DADO CONFIDENCIAL) entre a faixa com idade entre 13 e 16 anos.

Essas indicações sobre as preferências dos consumidores entre o público infantil e infanto-juvenil são reforçadas por uma outra pesquisa realizada pelo Ipsos(3), envolvendo uma amplitude etária maior, de 10 a 45 anos.

Nota:

(3) Pesquisa encomendada a pedido das Requerentes em agosto de 2001.

A hipótese de diferenciar os mercados entre gomas de mascar e chicles de bola também tem fundamento pelo nível de tecnologia envolvido na produção de cada um dos produtos e, conseqüentemente, dos custos incorridos. A concorrente Perfetti, em documento enviado a este Conselho, comprova essa afirmação, ao justificar sua opção mercadológica pelo segmento de gomas de mascar. *In verbis*: “O nicho mercadológico das gomas de mascar, na tipologia hoje em expansão, **incorporando altas tecnologias que conferem às gomas de propriedades outras que não a mera ocupação bucal**, inclusive benefícios para a higiene bucal, está em expansão, admitindo assim novos concorrentes, (...)” (grifos nossos).

De fato, o tipo de goma-base utilizado para a produção de gomas de mascar é muito mais refinado – e, portanto, mais caro – do que aquele tido como insumo em chicles de bola. Além disso, o grau de exigência de produtos destinados ao público jovem/adulto, relativo a percentual de açúcar e características odontológicas, demanda a utilização de insumos e de tecnologia que encarecem a produção desses em relação aos chicles de bola. Essas informações foram comprovadas por respostas a ofícios enviados pelas Requerentes e pela fornecedora de gomas-base ProAroma(4).

Nota:

(4) Resposta da ProAroma ao ofício Gab CPT nº 504/2003 recebido no dia 9 de julho de 2003 e resposta das Requerentes ao ofício Gab CPT nº 56/2003 juntada aos autos no dia 29 de julho de 2003.

De acordo com informações prestadas pelas Requerentes, os custos de produção de um chicle de bola do tipo “tijolinho” (*bricks*) (como é o caso do PingPongPloc, adquirido da Kraft Shuchard pela Warner-Lambert, ou do Big Big, produzido pela Arcor) giram em torno de R\$ 4.460,00, por tonelada. Já um produto mais elaborado, do tipo *stick* (como o Trident, da Warner-Lambert, ou o Top Line, da Arcor) custa o equivalente a R\$ 11.570,00 por tonelada. A diferença nos custos de produção, portanto, são superiores a 150%. Produtos com essa diferença de custo dificilmente podem ser incluídos no mesmo mercado relevante, pelo lado da oferta.

Em ofício enviado à principal fornecedora de goma-base no Brasil, a ProAroma, foi questionado a razão para as diferenças de preços da principal matéria-prima utilizada na produção de chicles de bola e gomas de mascar. De acordo com a empresa, “as diferenças de preços podem chegar a mais de 500%, uma vez que a formulação das gomas de mascar são muito complexas e as matérias-primas usadas são de diversas qualidades, diferentes tipos e muito variáveis”.

Os diferenciais tecnológicos e de custos somam-se às preferências existentes entre os consumidores infantis e jovens/adultos para segmentar o mercado relevante em chicles de bola e gomas de mascar. Mas o argumento definitivo para essa separação é a diferença de preços entre os produtos : enquanto os chicles de bola (com ou sem

recheio) são comercializados na faixa de preços de R\$ 0,05 a R\$ 0,15, as gomas de mascar custam ao consumidor entre R\$ 0,70 e R\$ 1,00. Ao meu ver, o teste do monopolista hipotético não permite inserir no mesmo mercado dois produtos com preços tão díspares.

Pelas razões expostas acima, entendo que a operação envolve dois mercados relevantes distintos: (i) chicletes de bola, para o público infantil e (ii) gomas de mascar, para o público adulto.

Por fim, ressalto que as marcas da Warner-Lambert foram classificadas da seguinte forma: Adams, Clorets, Trident, Azedinho Doce, Dentyne, Freshen-up e Plets como gomas de mascar de adultos; e Big Bol, Ping Pong Plain, Ping Pong Splash, Ping Pong Ploc, Ploc, Bubbalo e Bubblicious, como chicletes de bola para crianças.

2.2 – Dimensão Geográfica

A dimensão geográfica do mercado relevante não foi objeto de divergência entre os Conselheiros que já proferiram voto. Todos acompanharam a definição proposta pela SDE.

De acordo com a Secretaria de Direito Econômico, “o produto goma de mascar, por apresentar baixo custo de transporte e ser não-perecível, pode ser comercializado por todo o país, sem que, para isso seja necessária a construção de unidades fabris dispersas geograficamente”. Essa constatação justifica o fato de todas as unidades produtoras de gomas de mascar da Warner-Lambert estarem localizadas no Estado de São Paulo e distribuir seus produtos para todo o país. O mesmo se dá com as outras empresas desses segmentos.

Note-se que esta caracterização foi realizada tanto para chicletes de bola quanto para gomas de mascar. Por entender que não há razões para discordar dessa definição, delimito os mercados relevantes na suas dimensões geográficas como sendo o território nacional(5) .

Nota:

(5) A seção 3 contém os gráficos de participação das vendas de cada empresa por região, que corroboram a definição de dimensão geográfica como nacional.

3 – DETERMINAÇÃO DA PARCELA DE MERCADO

Uma vez definido o mercado relevante, passo a analisar as participações das empresas após a operação em tela. Nas Tabelas 1 e 2 apresento a evolução das parcelas de mercado antes e após a fusão(6).

Nota:

(6) As participações de mercado e os índices de concentração foram calculados com base em dados de valor das vendas. Segundo o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, o valor é um indicador melhor do que volume para produtos diferenciados.

TABELA 1 (CONFIDENCIAL) PARTICIPAÇÕES DE MERCADO – ADULTO STICKS, STICKS RECHEADOS E PASTILHAS

	ANTES DA FUSÃO		DEPOIS DA FUSÃO			
	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Arcor	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Adams*	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Warner-Lambert	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Suchard	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Perfetti Van Melle	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Stani	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Stick Imp.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Stick Nac.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Past. Imp.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Past. Nac.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
HHI	X	X	X	X	X	X
1/HHI	X	X	X	X	X	X
CR4	X	X	X	X	X	X

Fonte: Dados ACNielsen fornecidos pelas Requerentes.

A Adams é a marca de balas, gomas e chicles de mascar da Warner-Lambert. Portanto antes da operação (1998 e 1999), a participação da Adams é a mesma da Warner Lambert e, depois da operação (2000, 2001, 2002 e 2003), a Adams é a soma das participações das marcas que já eram da Warner-Lambert e das marcas da Suchard.

TABELA 2 (CONFIDENCIAL)
PARTICIPAÇÕES DE MERCADO – INFANTIL
BRICKS, BOLAS DRAGEADOS, BOLAS

	ANTES DA FUSÃO		DEPOIS DA FUSÃO			
	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Arcor	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Arisco	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Dos em Uno	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Adams	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Warner	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Suchard	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Riclan	X%	X%	X%	X%	X%	X%
General Brands	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Sukest	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Sabritas	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Perfetti	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Maluquinho	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Bola Nac.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
O. Marcas Bola Imp.	X%	X%	X%	X%	X%	X%
HHI	X	X	X	X	X	X
1/HHI	X	X	X	X	X	X
CR4	X	X	X	X	X	X

Fonte: Dados Ac Nielsen fornecidos pelas Requerentes.

A Tabela 1 mostra que a Warner-Lambert foi sempre quase líder absoluta do mercado de gomas de mascar para adultos. Antes da operação, que ocorreu em novembro de 1999, a empresa já detinha X% (DADO CONFIDENCIAL) de participação. Após incorporar a Suchard em sua divisão de confeitos – a Adams – passou a responder por 94% desse mercado. O índice número equivalente(7) – inverso do HHI – mostra que o mercado já apresentava a dinâmica de um quase monopólio. Por outro lado, não há como negar que a altíssima concentração observada foi de certa maneira agravada pelo acréscimo de aproximadamente X% (DADO CONFIDENCIAL) na participação de mercado de gomas com a presente operação.

Nota:

(7) Se há n firmas de tamanho idêntico no mercado, então o HHI será igual a 1/n. Por essa razão, o inverso do HHI é chamado de medida número-equivalente (numbers-equivalent) da concentração da oferta. Esse índice nos ajuda a entender o padrão de concorrência que se dá em cada mercado.

(MARTIN, S. Industrial Organization – A European Perspective. Oxford: Oxford University Press, 2001.

A Tabela 2 descreve o cenário do mercado relevante de chicles infantis. Como se pode observar, a concentração resultante foi inferior à verificada no mercado de adultos – X% (DADO CONFIDENCIAL) em 2000. Antes da operação, a Warner-Lambert detinha de X% (DADO CONFIDENCIAL) de participação. Assim, pode-se observar que o aumento da participação das Requerentes (X% – DADO CONFIDENCIAL), nesse segmento, foi superior ao de adultos (X% – DADO CONFIDENCIAL). No que se refere a esse mercado (chicles de bolas) houve, no momento da operação, uma redução substancial da concorrência. Tal afirmativa pode ser observada pela mudança do índice número-equivalente que caiu de X (DADO CONFIDENCIAL) para X (DADO CONFIDENCIAL).

As Tabelas 3 e 4 referem-se à evolução das participações de cada marca das Requerentes nos segmentos de chicles infantis e de gomas de mascar respectivamente.

TABELA 3 (CONFIDENCIAL)
PARCELA DE MERCADO POR MARCAS – INFANTIL
STICKS, SITCKS RECHEADOS E PASTILHAS

Fonte: Dados ACNielsen fornecidos pelas Requerentes.

TABELA 4 (CONFIDENCIAL)
PARCELA DE MERCADO POR MARCAS – ADULTO
STICKS, SITCKS RECHEADOS E PASTILHAS

Fonte: Dados ACNielsen fornecidos pelas Requerentes.

Cabe ressaltar que o HHI de ambos os produtos os coloca na categoria de mercados altamente concentrados de acordo com as *Merger Guidelines* americanas. Segundo o guia americano, se o HHI for inferior a 1.000, o mercado é desconcentrado; se o HHI estiver entre 1.000 e 1.800, a concentração é moderada; e, por fim, se o HHI for superior a 1.800, então a concentração é alta.

3.1 – Aspectos da Evolução da Estrutura dos Mercados

Vale também destacar que depois de 2000, houve uma tendência de desconcentração no mercado de produtos infantis, como mostra o Gráfico 3. O HHI voltou a estar próximo de seu nível pré-fusão.

GRÁFICO 3 (CONFIDENCIAL)
EVOLUÇÃO DO HERFINDAHL HIRSCHMAN
MERCADO DE CHICLES INFANTIS

O Gráfico 4 mostra que o mercado de gomas de mascar para adultos também apresentou tendência similar, mas bem menos intensa.

GRÁFICO 4 (CONFIDENCIAL)
EVOLUÇÃO DO ÍNDICE HERFINDAHL HIRSCHMAN
MERCADO DE GOMAS DE MASCAR DE ADULTOS

É importante notar que tal fenômeno de desconcentração, após 2000, não se deve apenas ao ganho de participação de concorrentes que já estavam no mercado antes da fusão, mas também às novas firmas que nele ingressaram. A entrada de novas empresas foi particularmente expressiva no segmento infantil, como se verá mais à frente.

4 – DA PRESENÇA DE BARREIRAS À ENTRADA

Como visto na seção anterior, a Warner-Lambert detém parcela substancial de ambos os mercados relevantes envolvidos na operação. Entretanto, embora a alta participação seja condição necessária para o exercício do poder de mercado, ela não é suficiente. Em outras palavras, é essencial ainda verificar se estão presentes fatores que favoreçam a adoção de condutas danosas ao consumidor. Em particular, é importante avaliar as condições de entrada nos mercados definidos.

Considerando que o foco de divergência entre os Conselheiros que já proferiram voto também se estendeu sobre a presença de barreiras à entrada, passo a analisar a existência das mesmas, na perspectiva dos mercados relevantes que defini.

4.1 – Distribuição

Segundo parecer da SDE, “a necessidade de uma rede de distribuição capilarizada constitui-se na maior barreira à entrada no mercado de gomas de mascar”. O principal argumento para esta sustentação reside no fato de que o produto em questão é vendido de forma muito pulverizada e em pequenas quantidades, gerando a necessidade de um sistema de logística igualmente pulverizado. Segundo a SDE, em 1999, 72,8% das vendas de gomas de mascar destinou-se a canais de consumo tradicionais e bares, isto é, pequeno varejo. De acordo com o Relator e o Conselheiro Thompson Andrade, a organização e controle de tal estrutura demandam grandes gastos e por isso a distribuição deveria ser considerada como um obstáculo para a entrada de novas firmas de pequeno porte.

Acredito, em conformidade com a SDE e os demais Conselheiros, que a capilaridade da distribuição é variável-chave de competição nesses mercados. Conforme mostra as informações acostadas aos autos pelas Requerentes sobre distribuição, as gomas de mascar Adams sempre foram aquelas que atingiram maior percentual de lojas no universo de pontos de varejo auditados pela Ac Nielsen como mostra a tabela 5(8). Tal fato já deveria ser esperado, uma vez que esta marca é a líder no mercado. Como observou o Conselheiro Fernando de Oliveira Marques, “há clara relação entre o número de lojas negociantes e o market share da empresa”, mas essa relação “(...) não autoriza, por si, a conclusão de que estamos diante de uma barreira à entrada”.

Nota:

(8) A distribuição numérica é um bom indicador da abrangência das redes de distribuição das empresas.

TABELA 5 (CONFIDENCIAL)* MÉDIA DE DISTRIBUIÇÃO NUMÉRICA

Fonte: Dados ACNielsen fornecidos pelas Requerentes.

* A média de distribuição numérica é o percentual de estabelecimentos atingidos pela empresa com relação ao universo de estabelecimentos auditados pela ACNielsen.

Assim, considere necessário analisar como se dá a relação dos concorrentes da Warner-Lambert com os atacadistas. O motivo de a análise estar centrada no atacado decorre do fato da maior parte da distribuição de gomas de mascar ser feita via atacadistas. O Gráfico 5, apresentado pelas Requerentes, mostra a participação de cada tipo de canal de distribuição no total das vendas da Adams. A partir de 1999 o atacado respondeu por mais de 85%.

GRÁFICO 5 (CONFIDENCIAL) PARTICIPAÇÃO DE GOMAS DE MASCAR NOS CANAIS DE DISTRIBUIÇÃO(9)

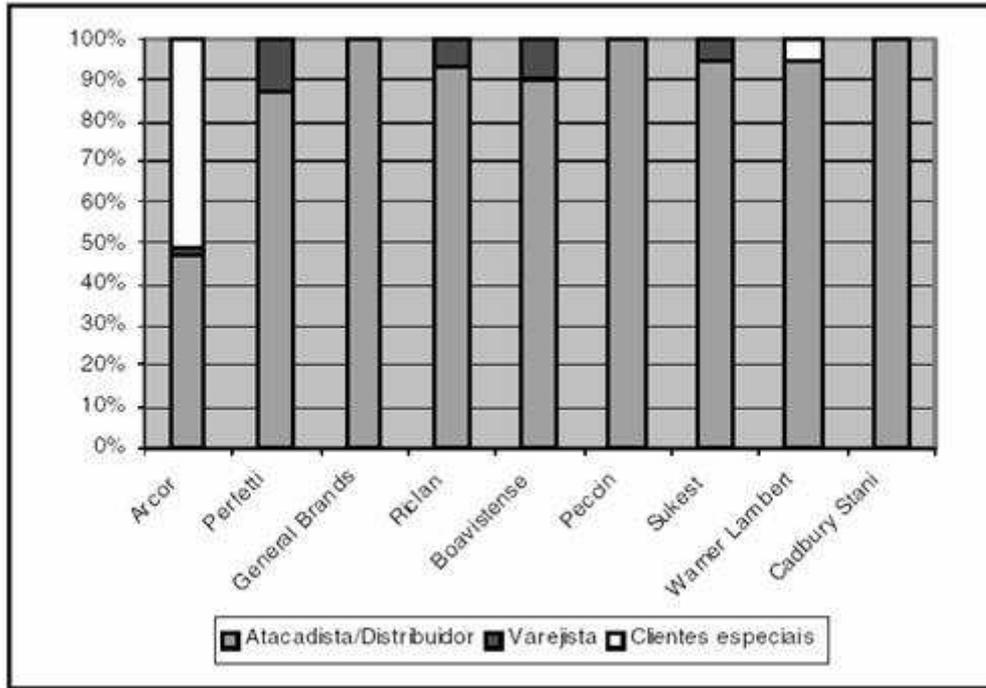
Nota:

(9) Distr. Varejo são as vendas para pequenos atacadistas que, por sua vez, entregam o produto ao varejista de pequeno porte. Atacado são “vendas para atacadistas”. S.M. são as “vendas da Warner-Lambert para atacadistas distribuidores que operam ou revendem aos supermercados de pequeno e médio porte”. K.A. ou Key Account são “vendas diretas às grandes redes varejistas tais como Carrefour, Pão de Açúcar, Lojas America-nas e Wal Mart. Traditional Trade são as “vendas ao pequeno varejista” (padarias, lanchonetes, mercearias, etc). Orgazitional Trade “agrega os K.A. e S.M. acima discriminados (para o ano de 1998 não foi possível desagregar as vendas para estes dois canais de distribuição)”. (grifos nossos).

Fonte: Requerentes.

O Gráfico 6 mostra o percentual das vendas por canal de distribuição das demais empresas do mercado. Mais uma vez, nota-se que o atacado vem se constituindo no principal canal.

GRÁFICO 6
PORCENTAGEM DE VENDAS DAS EMPRESAS PARA CADA SETOR



Fonte: Dados das fabricantes constantes nos autos.

A partir de tal constatação, entendo que a primeira questão que deve ser analisada refere-se a uma possível exigência de exclusividade da distribuição. Ou seja, é preciso investigar se as grandes empresas – em especial a Warner-Lambert – impõem alguma restrição aos atacadistas que acabe impedindo ou dificultando a negociação desses distribuidores com concorrentes.

Segundo informações prestadas pelas Requerentes, a Warner-Lambert não exige exclusividade na distribuição e não determina nenhum outro tipo de restrição. As respostas de alguns atacadistas, acostadas aos autos, confirmam esta declaração(10).

Nota:

(10) Apresentarei mais adiante nesta seção uma análise mais detalhada das mencionadas respostas dos atacadistas.

Ao meu ver, é bastante racional que os atacadistas façam o maior esforço possível para não negociar apenas com um fabricante. Esse raciocínio, guardadas as devidas ressalvas, pode ser ampliada para outras relações dentro de uma cadeia produtiva. Em tese, uma firma nunca deseja depender de um monopolista ou de um monopsonista, uma vez que o poder de barganha deste outro agente reduz sobremaneira o seu espaço de negociação. Nessa linha, o trabalho Farina e Nunes (2003) (11) contratado pela Cepal, por exemplo, mostra como o setor atacadista vem se articulando para sobreviver ao aumento da concentração da indústria – *upstream* – e ao aumento da concentração do varejo – *downstream*. Os autores concluem que os distribuidores têm auxiliado a entrada de novos concorrentes no mercado de alimentos – tanto para pequenos fabricantes quanto pequenos varejistas. No referido trabalho verifica-se que as mudanças de estrutura do mercado de alimentos pós-Real obrigaram o setor atacadista a se reorganizar, tornando-o mais eficiente.

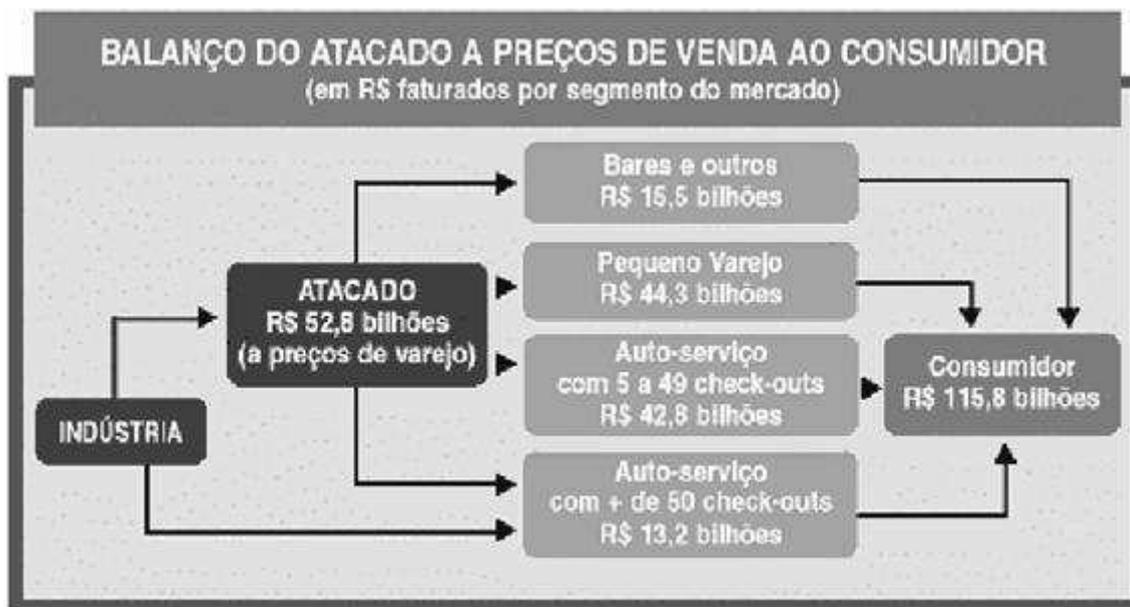
Nota:

(11) FARINA, E. M. M. Q. e NUNES, R. (2003), A Evolução do Sistema Agroalimentar no Brasil e a Redução de Preços para Consumidores: os Efeitos da Atuação dos Grandes Compradores.

A Tabela 6, retirada da Revista de Distribuição, mostra como o pequeno varejo é responsável por importante fatia das vendas da indústria. Juntos, pequeno varejo e bares e outros respondem por metade desse faturamento e são atendidos

principalmente pelo atacado. Portanto, é nítida a importância desse segmento para a indústria de alimentos, na qual estão inseridas as empresas do caso concreto.

TABELA 6



Fonte: www.revistadistribuição.com.br. As setas indicam os canais de vendas de atuação da indústria e do atacado. Os valores indicados se referem ao faturamento estimado de cada canal. Fonte: ABAD, Nielsen, FIA/USP.

A SDE afirmou em seu parecer que é difícil uma empresa conseguir uma rede de distribuição que atinja todo o país. Entretanto, no caso específico, não foi isso que se observou a partir dos dados acostados aos autos. As pesquisas de distribuição da Ac Nielsen mostram que mesmo pequenas empresas conseguem atingir a maioria das unidades da federação. As informações apresentadas pelas concorrentes também corroboram a pesquisa da auditoria. Embora as fabricantes concentrem sua produção, em geral, em apenas um Estado, a malha de atacadista tem se mostrado suficientemente eficiente para maximizar o número de pontos de vendas por todo o país. Os Gráficos de 7 a 13 foram elaborados com base em dados ACNielsen. Os Gráficos 14, 15 e 16 referentes às Balas Boavistense, Gama e Peccin(12), foram elaborados com dados fornecidos pelas próprias empresas.

Nota:

(12) Essas empresas não aparecem nas planilhas da ACNielsen, pois representam uma minúscula parcela do faturamento total desse mercado.

GRÁFICO 7 (CONFIDENCIAL)
ADAMS 2002

GRÁFICO 8 (CONFIDENCIAL)
SUKEST 2002

GRÁFICO 9 (CONFIDENCIAL)
ARCOR

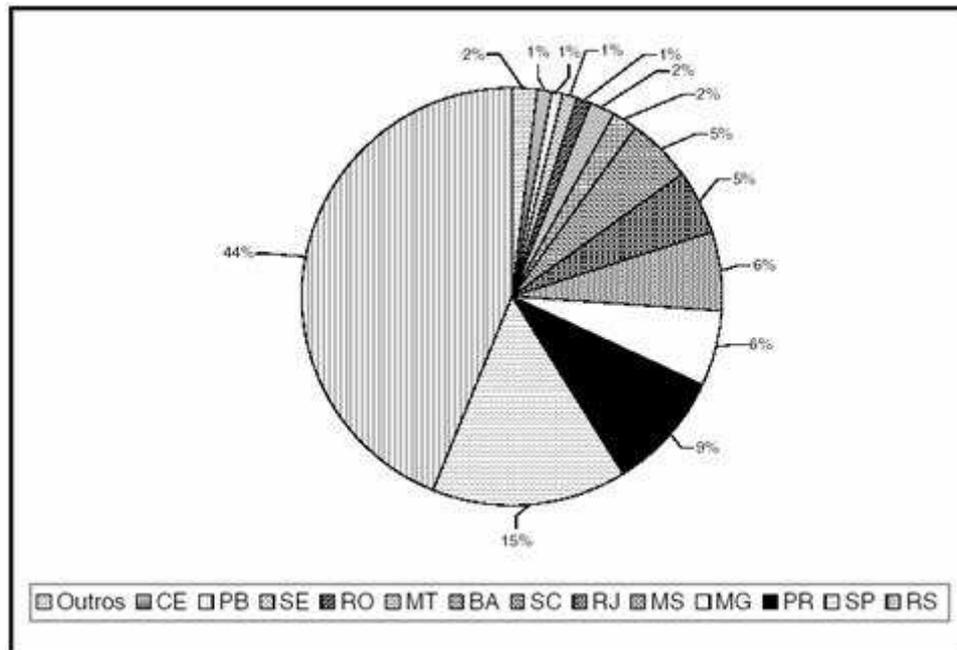
GRÁFICO 10 (CONFIDENCIAL)
SABRITAS

GRÁFICO 11 (CONFIDENCIAL)
RICLAN INFANTIL

**GRÁFICO 12 (CONFIDENCIAL)
DOS EM UNO**

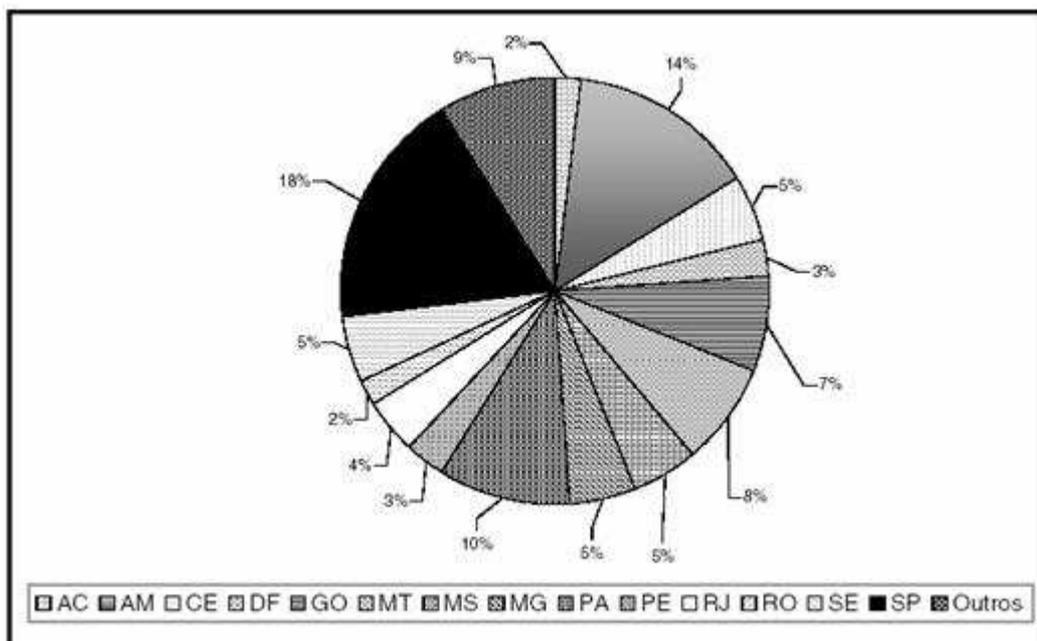
**GRÁFICO 13 (CONFIDENCIAL)
ARISCO INFANTIL**

**GRÁFICO 14
BALAS BOAVISTENSE 2002**



Fonte: Boavistense.

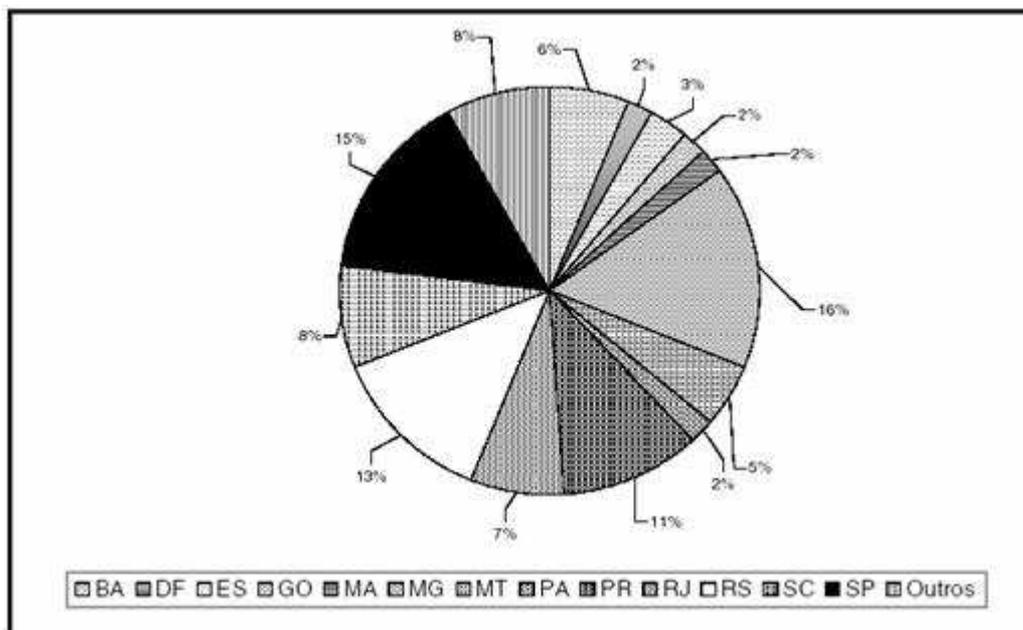
**GRÁFICO 15
GAMA 2002**



Fonte: Gama.

GRÁFICO 16

PECCIN 2002



Fonte: Peccin.

Os Gráficos 17 a 19 referem-se à distribuição de gomas de mascar para adultos com base em dados da ACNielsen. Não foi possível fazer o mesmo para a Florestal(13) que também atua nesse segmento.

Nota:

(13) A goma de mascar de adulto, Flodent, da Florestal não é auditada pela ACNielsen.

**GRÁFICO 17 (CONFIDENCIAL)
ARCOR – ADULTOS 2002**

**GRÁFICO 18 (CONFIDENCIAL)
ADAMS – ADULTOS 2002**

**GRÁFICO 19 (CONFIDENCIAL)
PERFETTI – ADULTO 2002**

O fato de os atacadistas venderem produtos entre si é uma das características que permite com que empresas menores atinjam um grande número de pontos de venda. As Tabelas 7 e 8, de informações consolidadas dos distribuidores, mostram que parte de seus compradores refere-se a outros distribuidores. Esse comércio é feito tanto entre pequenos e grandes, quanto entre os próprios pequenos e entre os próprios grandes. Segundo a Marsil – atacadista de médio porte, “por falta de estrutura de vendas, as entregas para clientes localizados distantes dos pontos de vendas dos grandes atacadistas são atendidos pelos menores”. Os cinco grandes atacadistas que apresentaram informações sobre suas operações – Atacadão, Makro, Martins, Arcom e Pennacchi – declararam que vendem para outros atacadistas como mostra a Tabela 5, mais a frente.

A Boavistense(14) é um ótimo exemplo de pequena empresa que consegue vender para diversas regiões: em que pese o fato de não representar nem 1% das vendas do mercado de chicletes infantis, consegue distribuir seus produtos por todo o país como mostra o Gráfico 14. Em 2002, suas vendas foram de R\$ 1,5 milhão e mais do que triplicaram, em 2003, atingindo R\$ 4,5 milhão. O número de pontos de vendas atingidos, por sua vez, aumentou 4,7%. Reconheço que esta empresa representa uma parcela pequena do mercado discutido. Entretanto não há como se descartar, que nesse mercado, as pequenas empresas, dada a estrutura de distribuição hoje existente, tem atingido todas as regiões do país.

Nota:

(14) Vale a pena comentar que a Boavistense nem sequer consta nas planilhas geradas pela ACNielsen.

Nota-se também que o interesse dos atacadistas em distribuir produtos de diversas empresas, e não apenas das líderes, foi evidenciado por algumas manifestações de agentes desse setor. Novamente, as Tabelas 7 e 8 resumem os pontos de vista desses distribuidores acerca das principais questões relevantes para avaliar se a distribuição é ou não uma barreira à entrada.

TABELA 7
PEQUENOS ATACADISTAS

PERGUNTAS	RESPOSTAS	OBSERVAÇÕES
É mais vantajoso distribuir produtos de empresas que detenham maior portfólio de produtos (balas, pirulitos, drops, chicles, etc?)	Sim: 09 Não: 12	<ul style="list-style-type: none"> - Marsil: Adquire aproximadamente 5000 itens (doces, pirulitos, drops, balas, biscoitos, chocolates, etc) de aproximadamente 300 fornecedores. - Irmãos Tateno & Cia: O que importa é o grau de giro do produto. - RF: Dada a diversidade da demanda, o importante é trabalhar com produtos de diversos tipos quer em qualidade quer em preço. - Ibiapina: É mais vantajoso, pois temos condições de oferecer um mix completo de produtos, no entanto ficamos refém de um único fornecedor. - Cozumel: É mais vantajoso, pois quanto maior portfólio de produtos. - Bocchi: O que importa é qualidade, preço e aceitabilidade dos produtos no mercado. - Doces Belém: vantagens em distribuir um mix maior de produtos por fornecedor são: negociação com menor número de fabricantes; diminuição de custos na distribuição; oferecimento de uma linha de produtos mais completa aos nossos clientes. - União: Sim, porque somos generalistas e trabalhamos com poucos fornecedores.
É mais vantajoso distribuir produtos de grandes fabricantes?	Sim: 05 Não: 16	<ul style="list-style-type: none"> - Com. Panda: Uma vez que os grandes atacadistas têm maior vantagem de negociação com os grandes fabricantes, para o pequeno atacadista é interessante distribuir produtos de fabricantes menores. - Ibiapina: Se for mais de um fornecedor (indústria) melhor a oferta e o preço - Bocchi: A única vantagem em distribuir produtos de grandes fabricantes é que sua maioria os grandes fabricantes investem mais em marketing o que torna seus produtos mais conhecidos e conseqüentemente pode vir a facilitar a distribuição. - Manos: Todos os fornecedores oferecem praticamente as mesmas condições independente do tamanho.
Existe algum incentivo para não atender a pequenos fabricantes ou regionais?	Sim: 01 Não: 20	<ul style="list-style-type: none"> - Doces Belém: A vantagem ao negociar a distribuição exclusiva com um grande fabricante, é a rentabilidade maior que lhe é oferecida.
Como é feita a coleta de fabricantes mais distantes?	<ul style="list-style-type: none"> - Via representantes dos fabricantes / Empresas transportadoras contratadas pelos fabricantes / Mercadoria CIF (21) - Diana's: coleta os produtos de empresas mais distantes por meio de vendedores regionais. 	
Pontos de vendas que consegue atingir:	<ul style="list-style-type: none"> - Supermercados, minimercados, mercearias, lojas de conveniência, panificadoras, bancas de jornal e revistas, bares, lanchonetes, restaurantes, pizzarias, fruteiras, bazaar, cafeterias, locadoras, fruteiras, hotéis, distribuidores, cantinas escolares, ambulantes, camelôs, farmácias, cinemas, colégios, etc. 	
É feita a compra de gomas de mascar por grandes atacadistas também?	Sim: 03 Não: 18	<ul style="list-style-type: none"> - Mano's Doces: esporadicamente, quando alguma vantagem é oferecida em relação a preço. - Diana's: compra de atacadistas maiores assim como também de menores se estes oferecerem melhores condições de negociação.
Existem pontos de vendas que pequenos atacadistas não conseguem atingir?	Sim: 05 Não: 15	<ul style="list-style-type: none"> - Megafort: Não há nenhum tipo de estabelecimento que não se consiga atingir. As dificuldades encontradas para a distribuição estão relacionadas a uma malha rodoviária precária. - Marsil: Atende qualquer tipo de ponto de venda dentro no Estado de São Paulo - Campeste, Cozumel, Real Bombons, Praça da Sé: Não consegue atingir supermercado.

Fonte: Respostas dos atacadistas a ofícios.

TABELA 8
GRANDES ATACADISTAS

PERGUNTAS	RESPOSTAS	OBSERVAÇÕES
É mais vantajoso distribuir produtos de empresas que detenham maior portfólio de produtos (balas, pirulitos, <i>drops</i> , chicles, etc?)	Sim: 4 Não: 1	- Arcom: Sim, porque o cliente tem mais opções.
É mais vantajoso distribuir produtos de grandes fabricantes?	Sim: 0 Não: 5	- Pennacchi: O que importa no comércio de goma de mascar não é o fabricante, mas o produto – em geral, o que importa é a figurinha. - Makro: Não, em geral os grandes fabricantes têm preços maiores de custo para o mesmo produto.
Existe algum incentivo para não atender a pequenos fabricantes ou regionais?	Sim: 0 Não: 5	
Como é feita a coleta de fabricantes mais distantes?	- Via representantes dos fabricantes / Mercadoria CIF (5)	
Pontos de vendas que consegue atingir:	- Supermercados de 1 a 4 check-outs, armazéns e mercearias, padaria e panificadoras, atacados de pronta entrega e outros atacados menores, bar e lanchonete, bombonieres e varejos doces, hotéis, motéis, restaurantes, mercearias, bares, cozinhas industriais, tabacarias, escolas, lojas de conveniência, etc.	
Existe algum tipo de venda que não consegue atingir?	Sim: 0 Não: 5	- Makro: A principal dificuldade de se atingir um grande número de comerciantes é a distância entre os clientes e as lojas do Makro.
São realizadas vendas para atacadistas menores?	Sim: 5 Não: 0	

Fonte: Respostas dos atacadistas a ofícios.

Depreende-se, ainda, das respostas dos atacadistas, que não parece ser interessante para os distribuidores comercializar apenas marcas de um fabricante, pois uma das variáveis-chave de competição na distribuição de gomas de mascar para os pontos de venda final é possuir um grande portfólio de marcas – inclusive de marcas menores e regionais. Além disso, a maior parte dos atacadistas foi enfática em afirmar que não há vantagens em se distribuir gomas de fabricantes maiores em detrimento das menores. Segundo o distribuidor Mano's, praticamente todos os fornecedores oferecem as mesmas condições de negócio. A Comercial Panda, por exemplo, respondeu que nem sempre é mais vantajoso para os pequenos varejistas distribuir produtos de grandes empresas, pois os grandes atacadistas conseguem, em geral, uma melhor negociação, uma vez que normalmente o preço varia de acordo com o volume. **Isso mostra que os concorrentes menores ou as novas firmas que querem participar do mercado podem ter nos distribuidores de menor porte um grande aliado e não uma barreira à entrada.** Além disso, os cinco grandes atacadistas disseram que não há nenhuma vantagem em se comercializar com fabricantes maiores.

Quanto à questão da exigência de exclusividade dos grandes fabricantes de gomas, com exceção dos Doces Belém, todos os atacadistas informaram não haver nenhum tipo de restrição nesse sentido. Ademais, não haveria sequer incentivos para que os distribuidores aceitassem tais condições.

Note-se que conforme destacado no voto do Conselheiro-Relator, seria razoável se esperar que existam economias de escopo na distribuição e que, portanto, os distribuidores preferissem comercializar produtos daquelas empresas que possuam um portfólio extenso que inclua vários tipos de guloseimas como pirulitos, balas, *drops*, gomas de mascar, dentre outros.

Entretanto, causou-me certa surpresa o fato de mais da metade dos atacadistas afirmar que não importa se a empresa detém ou não um grande portfólio. A explicação que encontro para isso é que as entregas das fabricantes para os atacadistas são realizadas pelas próprias fabricantes ou por transportadoras contratadas por elas⁽¹⁵⁾, assim o portfólio de produtos das empresas não chega a ser fator determinante para a realização do negócio. O que importa é que o distribuidor detenha um extenso portfólio de produtos para oferecer ao varejo, não sendo relevante se esses são ou não do mesmo fabricante. A Tabela 9 apresenta algumas das fabricantes de chicles e gomas de mascar com as categorias de produtos que ela produz. Cabe ressaltar, no entanto, que embora o portfólio das empresas não seja fator decisivo, todas elas, inclusive as pequenas, produzem uma ampla gama de guloseimas. Isso decorre do fato de haver economias de escopo na produção. Portanto, ainda que o número de produtos fosse considerado um pré-requisito, não configuraria uma forte barreira à entrada na distribuição, já que é uma característica da própria indústria.

Nota:

(15) Como dizem os próprios atacadistas, as suas compras são CIF.

TABELA 9

EMPRESAS	PRODUTOS
Riclan	Balas, pirulitos, <i>drops</i> , chicles e cereais em barra.
Sukest	Refresco em pó, balas, <i>drops</i> e chicles.
Florestal	Balas duras, balas mastigáveis, balas <i>diet</i> , pirulito, chicles e gomas de mascar.
Boavistense	Balas duras, balas mastigáveis, balas recheadas, pirulito e chicles.
Perfetti	Balas, chicles e gomas de mascar.
Arcor	chocolates, barras de cereais, balas, pirulitos, gomas de mascar, <i>drops</i> , chicle, biscoitos, cereais e outros alimentos (geléias, doces, molhos de tomate, etc).
Parati	biscoitos, macarrão, candies, chicles, refrescos, chocolates, panetones, cereais.
General Brands	refrescos, suplementos alimentares, chicle.
Peccin	balas, pirulitos, chicle.
Arisco	ketchup, mostarda, maionese, azeite, caldos de carne e de galinha, temperos em pasta, extratômato, molho Tarantella, polpa de tomate, refrescos, chicles.

Na realidade a dinâmica desse mercado parece indicar que de fato, o “consumidor” dos produtos definido seria na realidade os atacadistas/distribuidores, que formam seus respectivos portfólios e o comercializam com outros atacadistas, além de pontos de varejo. Assim, os distribuidores formam uma malha complexa de logística, que permite uma maior distribuição numérica. Parece-me, portanto, que este segmento da cadeia produtiva tem fundamental importância no padrão de competição desse mercado.

Finalmente, vale lembrar que segundo o Conselheiro-Relator, “o motivo pelo qual os distribuidores compram um determinado produto para revendê-lo é a margem de lucro que ganham nessa operação”. Assim, os atacadistas não teriam interesse em comercializar marcas de empresas menores, uma vez que as marcas das grandes são mais conhecidas e possibilitam que se imponha uma margem mais alta. Entretanto, os dados fornecidos pelos distribuidores mostram que esse percentual varia muito pouco entre os produtos das grandes e das pequenas empresas. Em diversos casos, como mostra a tabela 10(16), ela é constante para a maioria dos produtos. Ademais, nos casos que isso não ocorre, as margens variam muito pouco, como indica o desvio-padrão calculado. Note-se que não variam nem entre gomas de mascar para adultos e chicles infantis.

Nota:

(16) Na tabela estão apresentados os dados sobre alguns atacadistas que se manifestaram nos autos. Outros informaram que não conseguiam computar uma margem média.

TABELA 10

DISTRIBUIDORAS/ATACADISTAS	MÉDIA DA MARGEM (%)	DESMO PADRÃO (%)
Diana's	25.00	0.00
Letícia	24.93	1.62
Bocchi	23.00	0.00
Abical Bombom	20.00	
Megafort	20.00	
Peixoto	41.00	
Comercial Destro	22.00	
Pennacchi	22.00	
RF Comércio de Produtos Alimentícios	30.00	
Falcon	19.00	
Stoque	35.00	
Cozumel	32.00	
Atacadão	20.04	
Makro	15.70	
Real Bombons	20.00	
Martins	25.00	
Mano's	19.50	
União	16.60	
Panda	27.02	
Irmãos Tatenó	23.00	
Aldri Atacadista	32,91	
Ibiapina	38.00	

Fonte: Dados fornecidos pelos atacadistas constantes nos autos.

Portanto, ao se observar o funcionamento da logística das gomas de mascar, conclui-se que a estrutura de governança para a distribuição ótima é o próprio mercado. Ou seja, não se faz necessário um arranjo contratual complexo para que a distribuição seja feita de forma eficiente. Não é a fabricante que faz o arranjo entre os atacadistas, são eles próprios que negociam entre si. Isto é, um atacadista vende para o outro, formando uma malha de distribuição, permitindo que as empresas produtoras atinjam os locais mais distantes. A fabricante, entretanto, não tem nenhuma influência sobre essa negociação. Assim, concordo com as Requerentes quando afirmam que não é necessário um sistema de distribuição previamente constituído para novos entrantes.

Dessa forma, entendo não ser indispensável a constituição de um canal de distribuição para que uma nova empresa possa entrar nos mercados relevantes definidos.

4.2 – Diferenciação do Produto

Antes de adentrar na investigação do impacto dos investimentos em propaganda e fidelidade à marca nos mercados de gomas de mascar e chicles, acredito que seja importante fazer alguns comentários sobre estratégias de diferenciação. Afinal o objetivo principal dos gastos com propaganda é diferenciar os produtos aos olhos do consumidor final.

O Conselheiro-Relator entendeu que *“a diferenciação representada pela reputação que as marcas da Warner-Lambert goza junto aos canais de venda e grande parte dos consumidores constitui-se em verdadeira barreira à entrada, principalmente no segmento de baixo preço das gomas de mascar”*.

Por outro lado, é preciso considerar que a diferenciação de produtos é uma resposta natural e saudável à demanda dos consumidores. Conforme afirmam Scherer e Ross (1990)⁽¹⁷⁾, os desejos das pessoas com relação a um tipo de produto são heterogêneos. Os consumidores atribuem diferentes pesos a imagens subjetivas relacionadas aos bens adquiridos.

Nota:

(17) SCHERER, F. M. e ROSS, D. Industrial Market Structure and Economic Performance. 3. ed. Editora Houghton e Mifflin, 1990.

De acordo com os autores, o debate persiste em torno da questão de qual é o grau desejável de diferenciação. Em outras palavras, a partir de que grau, sob certas condições do mercado, a diferenciação passa a ser excessiva e indesejável. O ponto mais controverso refere-se à diferenciação por imagem, especialmente quando essa é criada ou reforçada por gastos com propaganda. Segundo os autores, a propaganda pode aumentar a competição ao informar melhor os consumidores sobre as características dos produtos ou reduzi-la ao estimular a preferência a uma marca em detrimento de suas supostas alternativas. Note-se que a linha que divide essas duas situações não é trivial.

Robert L. Steiner(18) demonstra que em um cenário em que o produto já está em uma fase madura de seu ciclo de vida, e que marcas com altos investimentos em propaganda deparam-se com forte competição de preço por outras marcas(19), esses investimentos podem gerar maior rivalidade entre as empresas, resultando em menores preços aos consumidores.

Notas:

(18) STEINER, Robert L. Does Advertising Lower Consumer Prices?. *Journal of Marketing*, v. 37, p. 19-26, out. 1973. STEINER, Robert L. Basic Relationships in Consumer Goods Industries. *Research in Marketing*, v. 7, p. 165-208, 1984.

(19) As que também são caracterizadas por gastos com propaganda e as que não são.

Por outro lado, investimentos em propaganda podem ser usados pelas firmas estabelecidas para gerar custos irrecuperáveis para os novos entrantes. Comanor e Wilson (1967)(20) afirmam que o custo de penetração em mercados nos quais os gastos com propaganda são elevados é a principal barreira à entrada. Em função de efeitos cumulativos, as empresas estabelecidas podem gastar menos em propaganda para proteger sua marca do que uma teria que fazê-la para constituí-la.

Nota:

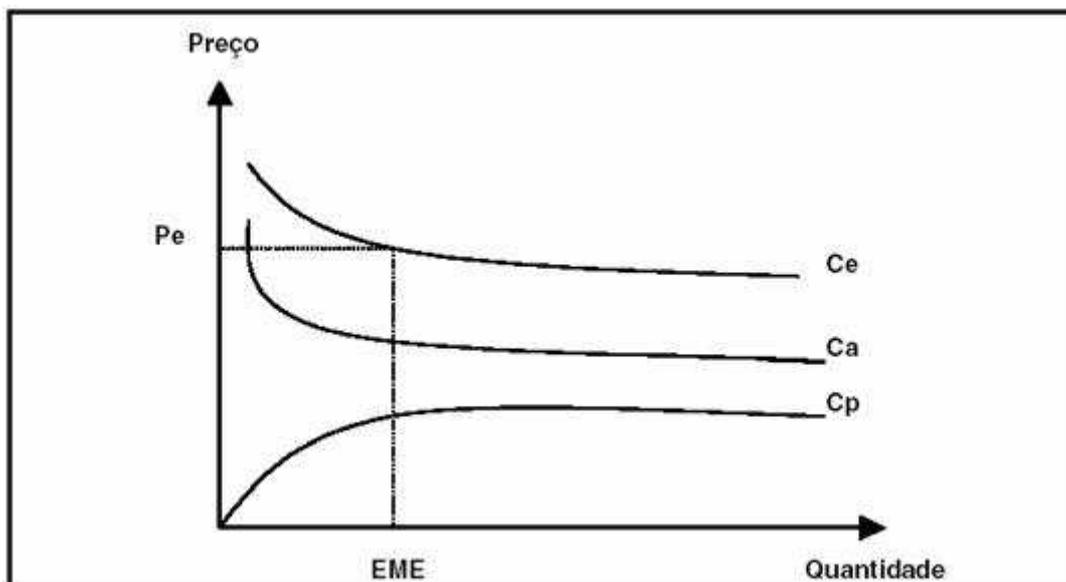
(20) COMANOR, W. e WILSON, T. Advertising, Market Structure and Performance. *Review of Economics and Statistics*, v. 49, p. 423-440, nov. 1967.

O Gráfico a seguir ilustra a questão posta. A curva C_a refere-se aos custos da empresa estabelecidas, enquanto que a C_e ao que as novas firmas que quiseram entrar no mercado terão que incorrer. Este último inclui também o referido custo de penetração.

GRÁFICO 20 BARREIRAS À ENTRADA E PROPAGANDA(21)

Nota:

(21) ALMEIDA, E. L. F. de e LOSEKAM, L. Estratégias de propaganda e marketing. In: *Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. David Kupfer & Lia Hsenclever. Ed. Campus (2002).



Fonte: Almeida, L. F. e Losekam (2002).

Onde:

Ca são os custos das firmas estabelecidas;

Ce são os custos das firmas entrantes;

Cp são os custos de penetração;

Pe é o preço que previne a entrada (determinado pela relação entre escala mínima eficiente da entrante, EME, e o tamanho do mercado).

Em resumo, muito embora se observe que existe um razoável grau de gastos com propaganda nas indústrias, esses podem eventualmente não se configuram em uma barreira à entrada. Nesse sentido é importante analisar os impactos observados dessa estratégia no mercado. A idéia não é propor uma forma de se estimar o investimento ótimo em propaganda para os segmentos de gomas de mascar e chicles, mas verificar se os gastos que têm sido realizados têm impedido ou prejudicado de alguma forma a concorrência nesses mercados.

4.3 – Investimentos em Propaganda

Como já foi dito, o Conselheiro-Relator entendeu que a fidelidade às marcas da líder Warner-Lambert geram uma necessidade de altos investimentos em publicidade para que outras marcas possam se estabelecer no mercado, impondo um alto custo irrecuperável para as novas firmas. Sustentou, portanto, que esses gastos seriam uma importante barreira à entrada.

O Conselheiro Thompson concluiu que “as dispendiosas campanhas promocionais necessárias pra criar e manter marcas fortes e reconhecidas pela clientela atuam como barreiras à entrada no contexto de um mercado no qual a empresa líder detém as marcas mais vendidas e conhecidas (...) e tem capacidade financeira e produtiva para encetar políticas de preços defensivas destinadas a bloquear entradas e impedir o crescimento de marcas concorrentes”.

O Conselheiro Fernando Marques cita o seguinte trecho de Bork como um de seus argumentos para sustentar que a diferenciação não deve ser vista como barreira à entrada: “*Mas a diferenciação também pode oferecer caminhos para a entrada. Muitas e muitas vezes, novas empresas entram no mercado oferecendo alguma coisa diferente dos produtos das empresas estabelecidas*” (tradução livre)(22).

Nota:

(22) Bork. The Antitrust Paradox. New York: The Free Press.

O que se observa é que há um razoável dispêndio das principais fabricantes em propaganda e *marketing*. No entanto, conforme já foi dito, essa não é condição suficiente para se concluir que tais gastos se configurem em fortes barreiras à entrada. É importante lembrar que essa é uma característica comum do padrão de concorrência da indústria de alimentos como um todo(23). Assim, entendo que se faz necessário realizar uma análise mais minuciosa sobre o papel da propaganda nos mercado de chicles infantis e gomas de mascar para adultos.

Nota:

(23) Segundo ALMEIDA, E. L. F. de e LOSEKANN, L. (2002), a indústria de alimentos respondeu por 4% dos gastos de brasileiros no Brasil em 2000. Foi o oitavo setor que mais investiu em propaganda atrás apenas de comércio (varejo), serviço (governo), educação/meios de comunicação, brinquedos e diversões, mercado financeiro, construção e perfumaria e farmácia.

(i) Chicletes Infantis

Na Tabela 11 está exposta a evolução da participação do investimento em propaganda no faturamento das empresas. Só foram considerados os valores referentes a chicletes infantis. Os dados utilizados para os cálculos foram fornecidos pelas próprias empresas e estão nos autos do processo.

TABELA 11*
CHICLES

FABRICANTE	PARTICIPAÇÃO DO MARKETING SOBRE O FATURAMENTO (%)					
	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Perfetti Van Melle Brasil Ltda			11.76	0.00	0.00	0.00
General Brands		X%	X%	X%	X%	X%
Arcor	X%	X%	X%	X%	X%	X%
Peccin	-	14.03	7.82	0.73	4.58	5.56
Simas	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00	0.00
Sukest	6.00	6.00	6.00	6.00	6.00	5.81
Boavistense	-	-	-	-	0.75	0.93
Riclan	1.33	1.21	1.03	4.01	4.78	4.10
Florestal				0.00	0.00	0.94
Warner	2.89	6.13	6.49	5.10	6.91	7.23

Fonte: Dados fornecidos pelas empresas

* A participação da General Brands e Arcor (dados em cinza) são confidenciais.

É fato que a Warner-Lambert tem sido a empresa que, nos últimos dois anos, dedicou maior parcela de seu faturamento para propaganda. Em que pese ter havido um aumento nos últimos cinco anos, como indica a tabela acima, o mesmo não tem ocorrido com a sua participação de mercado. Nesse segmento, como pode ser observado no gráfico 21, sua parcela de mercado tem caído substancialmente.

GRÁFICO 21 (CONFIDENCIAL)
PARTICIPAÇÃO DA WARNER-LAMBERT NO MERCADO INFANTIL

Em situação diametralmente oposta à das Requerentes, encontra-se a Arcor – segunda maior empresa do mercado de chicletes infantis –, pois tem reduzido a fatia do faturamento destinada à propaganda e ganho participação nesse segmento.

Da mesma forma pode ser observado, no Gráfico 22, que a General Brands reduziu os gastos de propaganda como participação do faturamento. Entretanto, as vendas da sua **única** marca de goma de mascar teve um forte crescimento entre 1999 e 2003, assim como sua participação no total do mercado infantil (Tabela 2 da seção 3).

GRÁFICO 22 (CONFIDENCIAL)
FATURAMENTO DO GANG
GENERAL BRANDS

Já a Balas Boavistense S.A., mencionada anteriormente nesse voto, investiu menos de 1% do faturamento em propaganda. A maior parte dos gastos foi destinado a anúncios em revistas. A empresa também declarou não ter estabelecido

nenhum licenciamento de imagem. Ressalte-se novamente que a Balas Boavistense S.A. triplicou seu faturamento com chicles infantis de 2002 para 2003.

A fabricante de guloseimas Gama afirmou que, nem sequer, investe regularmente em publicidade de seus chicles. A empresa informou que das cinco marcas lançadas entre 1999 e 2003, apenas o Chiclete Hot Bel 500g recebeu investimentos em propaganda para seu lançamento. Tal investimento foi destinado ao pagamento de *royalties* da figura do Spawn e à confecção de catálogos para a campanha de lançamento.

A Florestal realizou gastos com propagandas para seus chicles somente em 2003, sem que esse atingisse 1% do faturamento. Ainda assim, a empresa tem registrado aumento das vendas de seus produtos, como se observa na Tabela 12, além de ter lançado mais três marcas no segmento infantil (Pirulito Chile Q'Pinta, Bala Chicle Q'Pinta e Pirulito Chicle Cereja).

**TABELA 12
FLORESTAL**

	PRODUTO	2001 / 2002	2002 / 2003
AUMENTO DE VENDAS (%)	Bala Chiclé	99.15	243.73
	Pirulito Chiclé	180.75	286.15

Fonte: Florestal.

Da mesma forma, a Simas Industrial de Alimentos S.A., fabricante do Bub-O e do recém lançado Cherry Bol, declarou que não investiu em propaganda para suas gomas de mascar. Não houve, inclusive, investimento no lançamento do Cherry Bol. Apesar de nenhum gasto em *marketing*, a Simas tem apresentado crescente faturamento com seus produtos. O Gráfico 23 mostra a evolução das vendas do Bub-O desde 1998. Como se observa as vendas desse produto têm crescido constantemente. Esse é um dos exemplos que mostra como gastos com propaganda não configuram condição necessária para que firmas entrem e permaneçam nesse segmento e, portanto, nem tão pouco barreira à entrada.

**GRÁFICO 23
FATURAMENTO DO BUB-O SIMAS INDUSTRIAL ALIMENTOS**