

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE

PARECER DA PROCADE nº 196 /2011.

ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08012.004423/2009-18.

PARTES Perdigão S.A. e Sadia S.A.

VERSAO PUBLICA

Ementa

ATO DE CONCENTRAÇÃO. MERCADO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. ELEVADA CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL VERIFICADA EM DIVERSOS MERCADOS RELEVANTES. REMÉDIOS PROPOSTOS PELA SEAE NÃO PARECEM SUFICIENTES PARA COMBATER OS PROBLEMAS IDENTIFICADOS. PELA ADOÇÃO DE OUTRAS RESTRIÇÕES OU PELA REPROVAÇÃO DA OPERAÇÃO.

- Quanto aos aspectos formais, inexistem vícios que impeçam o julgamento do mérito da operação.
- No que se refere especificamente aos documentos e às informações confidenciais acostados aos autos, verifica-se que os ditames do devido processo legal, notadamente do contraditório e da ampla defesa, foram observados.
- A operação deve ser conhecida, uma vez que foram preenchidos os requisitos do Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94;
- O prazo de análise do ato de concentração previsto no §6º do Art. 54 foi interrompido, nos termos do §5º do Art. 4º da Lei 8.884/94, conforme exposto no presente parecer.
- O APRO firmado em 08 de julho de 2009 é o instrumento cautelar que garante hoje a higidez competitiva dos mercados em análise.
- As elevadas concentrações de mercado encontradas indicam que as medidas propostas pela SEAE não são suficientes para (i)



possibilitar que outro agente econômico contraste o poder de mercado concentrado na BRF após a operação ou para (ii) permitir que as eficiências geradas sejam repartidas de maneira equânime com os consumidores.

- Pela aprovação com restrições, desde que (i) possibilitem, efetivamente, que um terceiro agente econômico possa contrastar o poder de mercado gerado para a BRF e/ou (ii) possibilite-se repartir com os consumidores as eficiências decorrentes da operação. Caso medidas como essas características não sejam possíveis, impõe-se a reprovação da operação, ante as elevadas concentrações encontradas nos mercados relevantes analisados.

ÍNDICE

1. RELATÓRIO.....	3
2. FUNDAMENTAÇÃO.....	5
2.1. Formalidades.....	6
2.2. Devido Processo Legal.....	7
2.3. Prazo para Análise do Ato de Concentração.....	12
2.4. Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação - (APRO).....	16
2.5. Mérito.....	20
2.5.1. Barreiras à entrada.....	24
2.5.2. Rivalidade.....	28
2.5.3. Eficiências.....	30
2.5.4. Remédios propostos pela SEAE.....	32
3. CONCLUSÕES.....	37



1. RELATÓRIO.

1. O presente ato de concentração trata da aquisição da Sadia S.A. (doravante "Sadia") pela Perdigão S.A. (doravante "Perdigão"), a qual passará a ser chamada de BRF Brasil Foods S.A.. Conforme explicam as requerentes, a operação acontecerá em três etapas.

2. Primeiramente, em etapa denominada de "organização societária da SADIA", acionistas que detenham, no mínimo, 51% do capital votante da Sadia migrarão para a HFF Participações S.A (doravante "HFF"), com a finalidade de que esta se torne acionista controladora da Sadia.

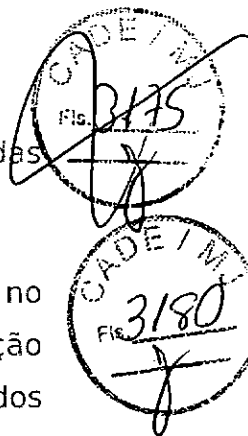
3. Em seguida, a Perdigão incorporará as ações de emissão da HFF, ocasião em que HFF se tornará sua subsidiária integral, e a Perdigão, em consequência, passará a ser a controladora da Sadia.

4. Ainda nesta etapa, a Perdigão alterará sua denominação social para BRF Brasil Foods S.A. (doravante "BRF"). Existe a possibilidade de a BRF realizar a incorporação da subsidiária integral HFF, o que fará com que passe a deter diretamente as ações da Sadia que eram de propriedade da HFF.

5. Finalmente, na última etapa da operação, a BRF, já na qualidade de acionista controladora direta ou indireta da Sadia, realizará a incorporação das ações da Sadia que remanescerem em poder do público, ocasião em que a Sadia tornar-se-á sua subsidiária integral.

6. Segundo relatam as requerentes, é possível afirmar, em apertada síntese, que a Perdigão atua por meio de subsidiárias na produção e exportação de carnes *in natura* e no processamento/comercialização de carnes bovina, suína e de aves industrializadas. A empresa atua também nos segmentos de vegetais congelados e de alimentos prontos para consumo como massas prontas, tortas, pizzas e folhados. Finalmente, nos

mercados de produtos lácteos, a Perdigão opera por meio das marcas Batavo, Cotochés e Elegê.



7. A Sadia, por sua vez, é uma empresa atuante no Brasil, no setor alimentício, com atividades de abate e produção de frangos, suínos e perus, em alimentos congelados e resfriados industrializados, e em margarinas, além de atuar na exportação de aves, suínos e produtos industrializados.

8. No dia 08 de julho de 2009 foi assinado Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO) com as requerentes, com a finalidade de resguardar temporariamente as preocupações concorrenciais decorrentes da concentração.

9. A SEAE, em 29 de junho de 2010, após identificar elevadas concentrações em grande parte dos mercados relevantes analisados, posicionou-se pela aprovação da operação com restrições.

10. Os autos foram encaminhados à ProCADE através de despacho datado de 06/04/2011 para manifestação no prazo de 30 dias.

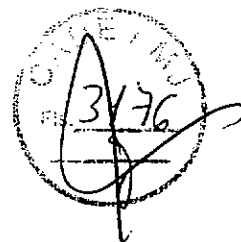
[REDACTED]

12. Compete à ProCADE elaborar manifestação célere e efetiva, de maneira a viabilizar a apreciação do mérito do presente ato de concentração, observando o necessário tempo econômico aplicável ao caso.

13. É o que de mais importante se tem para relatar.

14. Segue a manifestação.

2. FUNDAMENTAÇÃO.



15. Para a análise aqui empreendida, a fundamentação estará dividida em cinco tópicos.

16. No primeiro, denominado "formalidades", serão analisados aspectos formais atinentes à operação, tais como tempestividade da notificação, pagamento de taxa processual, procurações, documentos necessários para a análise, dentre outros.

17. No segundo tópico, intitulado "devido processo legal", será analisada a regularidade processual, mais especificamente quanto às oportunidades dadas às requerentes para exercer a ampla defesa e o contraditório.

18. No terceiro tópico, tendo em vista que, durante algum tempo, em decorrência do término de mandato de alguns conselheiros e do impedimento de outro, o processo em análise (especificamente considerado) ficou sem quórum mínimo (Art. 49 da Lei 8.884/94¹), serão avaliados os efeitos que isso pode acarretar ao caso, mais especificamente ao prazo de análise do CADE estabelecido no Art. 54, §6º, da Lei 8.884/94².

19. O quarto tópico da fundamentação abordará o Acordo de Prevenção da Reversibilidade da Operação (APRO) e a sua importância para garantir a higidez da livre concorrência nos mercados afetados pela concentração.

20. Finalmente, no quinto item será analisado o mérito do ato de concentração propriamente dito.

21. Aqui é importante mencionar que existe nos

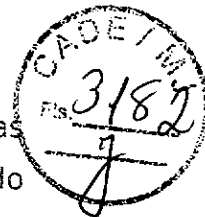
¹ Lei 8.884/94, Art. 49. As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.

² Lei 8.884/94, Art. 54, § 6º Após receber o parecer técnico da Seae, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias

autos discussão acerca da própria definição de mercado relevante, das condições de entrada, da rivalidade e, finalmente, das eficiências decorrentes da operação.



22. Não obstante a existência das controvérsias acima referidas, o impacto da presente operação para o mercado e para os consumidores exige da Procuradoria o endereçamento de preocupações que devem, quando menos, nortear a deliberação do Plenário no julgamento do caso.



2.1. Formalidades.

23. As Requerentes juntaram aos autos as procurações concedidas aos seus representantes legais (fls. 33 e ss., autos públicos).

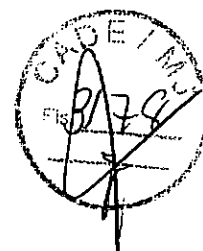
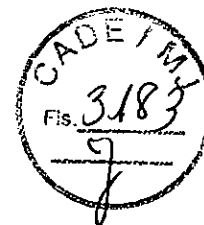
24. O Contrato ("Acordo de Associação", fls. 32 e ss. dos autos confidenciais SBDC e Requerentes) foi acostado aos autos, no apartado confidencial. Da leitura do instrumento não foi identificada cláusula de não-concorrência.

25. Cópia autenticada do comprovante de recolhimento de taxa processual consta à fl. 68 dos autos públicos.

26. Considerando a realização da operação na data da celebração do "Acordo de Associação", 19/05/2009, e a sua apresentação em 09/06/2009, verifica-se a tempestividade da notificação, nos termos do art. 54, §4º, da Lei 8.884/94³.

27. O anexo I da Resolução 15 foi apresentado (vide fls. 10 e ss. dos autos confidenciais SBDC e Requerentes).

³ Lei 8.884/94, Art. 54, § 4º: "Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae. (Redação dada pela Lei nº 9.021, de 30.3.95)"



2.2. Devido Processo Legal.

28. A análise do devido processo legal em tópico apartado faz-se necessária por conta de discussão ocorrida incidentalmente acerca da confidencialidade de alguns documentos.

29. A respeito do tema, em parecer específico, a ProCADE se manifestou, detalhadamente, sobre o material acostado aos autos, indicando ao Conselheiro-relator quais os documentos e quais os assuntos que poderiam ser disponibilizados às Requerentes. Segue trecho do parecer elaborado pela ProCADE:

“Em certas situações, para preservar a intimidade ou o segredo empresarial das partes envolvidas no processo, é possível tratar algumas informações como sendo confidenciais, restringindo o acesso dos autos apenas às respectivas partes para quem as informações interessam, ou aos seus advogados.

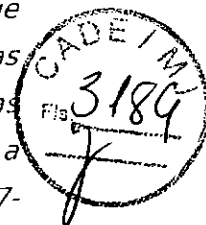
No caso dos processos administrativos que tramitam perante o CADE, interessa mais diretamente o chamado “segredo empresarial”. São as informações sensíveis das empresas que não podem ser disponibilizadas a terceiros, salvo anuência do interessado.

A Portaria SEAE 46/2006 e o RI do CADE dispõem⁴ sobre o tema, expressamente. Percebe-se, nos dois atos normativos, que existe uma identidade entre as hipóteses de deferimento do sigilo nos processos antitruste. O RI-CADE repete as situações elencadas pela SEAE para se deferir confidencialidade a documentos apresentados pelas partes.

⁴ Cf. art. 4º e ss. da Portaria SEAE 46/2006 e art. 44 e ss. da Resolução CADE nº 45/2007 (RICADE).

(...)

Ademais, deve-se lembrar que, no presente caso, o que existe não é um processo administrativo sancionador, mas um ato de concentração. Sobre essa distinção e suas conseqüências na análise das confidencialidades dos autos, a ProCADE já se pronunciou no bojo do AC 08012.013152/2007-20⁵.



⁵No que toca à confidencialidade de alguns dados em relação às requerentes, cabe ressaltar que o procedimento de aprovação/reprovação de ato de concentração tem feição distinta do processo administrativo para apuração da prática de infração contra a ordem econômica, este último nitidamente um processo sancionatório. Nos termos do art. 54, § 3º, da lei 8.884/94, determinados negócios que se enquadrem nos seus critérios objetivos devem ser notificados ao CADE e, nos termos do § 7º do mesmo dispositivo, tem sua eficácia condicionada à sua aprovação pelo plenário do CADE.

Para estabelecer se determinado negócio é ou não potencialmente limitador ou prejudicial à livre concorrência, ou se resulta na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, o CADE faz uso de conceitos e técnicas científicos, muitos deles afetos à economia, para subsidiar suas decisões.

Para instrumentalizar esta análise (correntemente denominada "análise antitruste"), o órgão de defesa da concorrência deve coletar e cotejar informações sobre os mercados potencialmente afetados pelo negócio sob exame, assim como sobre as empresas envolvidas e seus concorrentes/consumidores/fornecedores.

Evidentemente, dada a diversidade da economia, tais informações, normalmente, não são detidas ex ante pela autoridade de defesa da concorrência, que se utiliza de dados fornecidos pelas empresas que realizaram o negócio, por seus concorrentes/fornecedores/consumidores ou por qualquer outro ente que disponha de elementos aptos a subsidiar sua análise.

Neste sentido, o procedimento seguido para se chegar a um juízo de aprovação/reprovação de um negócio (que chamaremos adiante pelo seu nome técnico "ato de concentração") não segue a lógica de um processo condenatório, como usualmente se faz supor.

O seu norte é o acúmulo de informações sobre um determinado mercado, ou mercados, para que, bem pintado o quadro onde se insere o ato de concentração, a autoridade de defesa da concorrência possa inferir se o mesmo ocasiona dano ao ambiente concorrencial e, em caso positivo, se tal dano é compensado por outros fatores que levem à conclusão de que o negócio pode ser aprovado, segundo os critérios da lei (in casu, art. 54 da lei 8.884/94, com especial ênfase ao seu parágrafo primeiro).

Para viabilizar tal acúmulo de informações recorre-se, em princípio, a duas fontes principais: os dados fornecidos pelos requerentes que realizaram o ato de concentração, interessados na sua aprovação, e os dados trazidos aos autos mediante o uso dos poderes instrutórios conferidos pela lei (com ênfase no § 8º do art. 54 e no art. 26 da lei 8.884/94).

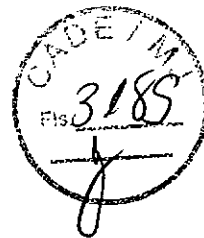
O poder de oficiar requerendo quaisquer informações, inclusive elaborando quesitos, tanto às partes interessadas quanto a terceiros que tenham conhecimento sobre o mercado (ou mercados) afetados pelo ato de concentração é tão ou mais importante, para a instrução, que as informações prestadas pelas requerentes quando do protocolo de pedido de aprovação do ato.

Ele é conferido tanto ao CADE quanto à SEAE e à SDE, órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência responsáveis por fazer a primeira avaliação (opinativa) e instrução (não definitiva, porque ao CADE também cabe instruir, se assim entender necessário) do processo de aprovação/reprovação de ato de concentração.

Muitas das informações prestadas voluntariamente pelas requerentes ou requeridas delas ou de terceiros, dizem respeito à aspectos sensíveis das suas atividades empresariais, como, por exemplo, participação de mercado, contratos



30. Após ter sido proferido Despacho pelo Conselheiro-relator, datado de 14 de outubro de 2010, acatando os fundamentos do Parecer da ProCADE, grande parte dos documentos, anteriormente registrados como confidenciais, aos quais as requerentes não tinham acesso, foi disponibilizada.



31. As requerentes, logo após, peticionaram aos autos afirmando que, apesar de grande parte do pleito delas ter sido deferido, era preciso que elas ainda tivessem acesso a alguns dados.

32. Sobre o assunto, o Conselheiro relator proferiu despacho afastando os argumentos elencados pelas requerentes

firmados com clientes/fornecedores, níveis de produção, níveis de capacidade ociosa, estratégia de atuação, etc.

Neste contexto, o CADE, a SEAE e a SDE, voluntariamente, porque não há disposição legal obrigando a tanto, editaram atos normativos disciplinando a confidencialidade de determinadas informações (e.g. arts. 44 a 47 do Regimento Interno do CADE), com dois escopos principais: 1 - proteger a privacidade das pessoas jurídicas que de alguma forma participem do processo de aprovação/reprovação do ato de contratação; 2 - estimular os entes que possuam dados sobre o mercado a prestar subsídios à análise antitruste, mediante a garantia de que aquelas informações sensíveis aos seus interesses empresariais (e isto vale inclusive para as requerentes) não serão acessadas por seus eventuais concorrentes.

Por este motivo, os autos de atos de concentração, usualmente, são classificados de acordo com as pessoas que podem ter acesso às informações neles contidas, sempre ressaltando que somente aquilo que for estritamente confidencial pode ser sonogado ao público em geral e às próprias requerentes em particular.

Assim, é possível que no próprio parecer ou voto que reprova um ato de concentração seja defeso às partes requerentes acessarem determinados dados de concorrentes que foram acostados aos autos em subsídio à análise antitruste. Isso torna crível que seja invocado pelas requerentes, como de fato o está sendo no presente ato de concentração, que se está a perpetrar uma restrição a direito constitucional (direito à livre iniciativa) sem a correspondente garantia de acesso às informações que justificam a restrição, em ofensa aos postulados, também constitucionais, da ampla defesa, do contraditório e do direito à informação. Ocorre que esta eventual restrição ao direito da livre iniciativa decorre, também, de uma restrição inicialmente provocada pelas requerentes ao realizarem negócio que, por presunção legal, é potencialmente nocivo à livre concorrência, valor este também de extração constitucional (art. 170, IV, CF) e direcionado à coletividade.

Vê-se, pois, que a questão vai além de uma mera afirmação de que ocorre uma espécie de condenação baseada em dados secretos, de vez que se pode estar diante da proteção de informações sensíveis de terceiros que chegaram ao processo como auxílio à análise, pela autoridade antitruste, de um negócio voluntariamente celebrado pelas requerentes e sabidamente passível de reprovação por esta autoridade. Em verdade, pendente de eficácia até esta eventual aprovação."

e ratificando a obediência ao devido processo legal no presente caso.

33. Agora, acredita-se pertinente que a ProCADE volte a analisar o assunto, tendo em vista que grande parte da instrução processual já foi realizada.

34. Constata-se que, no presente caso, o devido processo legal foi integralmente observado. O fato de alguns dados não terem sido disponibilizados às requerentes, por envolverem segredos empresariais de terceiros, não impediu que elas exercessem, nos autos, em plenitude, a ampla defesa e o contraditório.

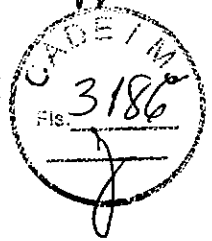
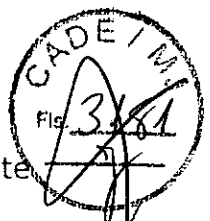
35. Na instrução do procedimento, tanto a SEAE quanto o Conselheiro relator obedeceram estritamente às normas de regência, notadamente a Lei 8.884/94, a Portaria SEAE 46/2006 e o RI do CADE.

36. Foram dadas inúmeras oportunidades às requerentes para produzir provas e estudos acerca dos pontos controvertidos constantes nos autos.

37. Preocupado em facultar, às requerentes, a participação para o esclarecimento de suas dúvidas sobre as questões processuais e de mérito, o Conselheiro-relator encaminhou-lhes inúmeros ofícios pedindo informações.

38. Preocupado com aspectos do contraditório, o conselheiro-relator intimou as partes para: se manifestarem sobre o parecer da SEAE, para se manifestarem sobre petições de seus concorrentes sobre o parecer da SEAE, bem como para juntarem aos autos versões públicas de petições confidenciais. Isso sem falar em diversas manifestações e pareceres espontaneamente apresentados. Tudo foi devidamente deferido e juntado aos autos.

39. Tiveram oportunidade, ainda, de se manifestar acerca de todas as denúncias de descumprimento do APRO. Quanto à preocupação do Conselheiro-relator com o contraditório,



foi emitido despacho, como já mencionado, prevenindo as partes sobre quais matérias seriam confidenciais ou não.



40. No esteio de auxiliar as requerentes ao exercício da ampla defesa, ou seja, na preocupação de reduzir eventuais obstáculos existentes para a obtenção da tutela "jurisdicional" efetiva, o conselheiro-relator, incondicionalmente, deferiu todos os pedidos de cópia e facultou acesso a todas as manifestações existentes nos autos não passíveis de confidencialidade.



41. Existiram, ainda, inúmeras reuniões dos advogados das requerentes e de seus representantes legais com o Presidente do CADE⁶, o Conselheiro-relator e a ProCADE.

42. Finalmente, registre-se, a quase totalidade dos pedidos das requerentes referentes à abertura de informações confidenciais foram atendidos, com exceção daqueles proibidos por lei e pelo RI-CADE, os quais foram indeferidos de modo fundamentado.

43. Ainda assim, deve-se lembrar que em várias situações, quando a informação era confidencial, foi facultado o acesso das requerentes aos dados por faixas de porcentagem e de valores.

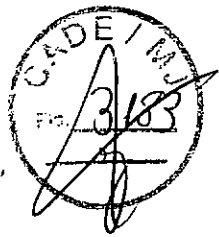
44. Foram mantidos confidenciais assuntos que as próprias requerentes consideraram, em outros momentos do processo, importante também esconder de seus concorrentes.

45. Importante transcrever aqui alguns pontos levantados pelo Conselheiro relator ao proferir despacho sobre o assunto, que tratou da matéria com pertinência:

"(...) poucas serão as informações que deverão permanecer confidenciais, conforme se denota do parecer da ProCADE, objetivamente baseado nas normas aplicáveis, tornando

⁶ A reunião referida foi realizada com o então presidente à época da notificação da operação, Arthur Badin.

despiciendo o aprofundamento deste debate, em abstrato, sobre direitos de confidencialidade e direito de contraditório.



(...) as próprias Requerentes reconhecem, expressamente, a necessidade de se conceder confidencialidade a determinados dados – grifos nossos - (no caso, em particular, valor e volume de vendas, e participações de mercado exatas, quando puderem levar a esses dados). Não obstante, vêm aos autos e requerem a abertura desses exatos mesmos dados apresentados por terceiros (medida contraditória e que, além de tudo, protela o andamento do processo).”



46. Em suma, a falta de acesso das requerentes a alguns poucos dados acostados por fornecedores, consumidores e concorrentes, protegidos pelo sigilo empresarial, não impediu que elas exercessem de maneira plena o contraditório e a ampla defesa. Efetivamente tiveram oportunidade de influir no resultado do julgamento da causa.

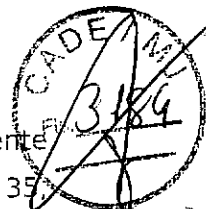
47. Esta Procuradoria não constata, pois, em toda a instrução, qualquer dano ao direito fundamental das partes de um devido processo legal.

2.3. Prazo para Análise do Ato de Concentração.

48. O Art. 49 da Lei do CADE prescreve que “*As decisões do CADE serão tomadas por maioria absoluta, com a presença mínima de cinco membros.*” Em razão desse comando normativo, o § 5º do Art. 4º da Lei do CADE, o qual trata da composição do Plenário, prevê que:

Lei 8.884/94, Art. 4º, §5º: “Se, nas hipóteses previstas no parágrafo anterior (renúncia, morte ou perda de mandato – acréscimo nosso, com base no texto do parágrafo 4º), ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Conselho ficar reduzida a número inferior ao

estabelecido no art. 49, considerar-se-ão automaticamente interrompidos os prazos previstos nos arts. 28, 31, 32, 33, 35, 37, 39, 42, 45, 46, parágrafo único, 52, § 2º, e 54, §§ 4º, 6º (grifos nossos), 7º e 10, desta Lei, e suspensa a tramitação de processos, iniciando-se a nova contagem imediatamente após a recomposição do quorum”.



49. Um dos prazos interrompidos por conta do disposto no §5º do Art. 4º da Lei do CADE é o do Art. 54, §6º, que cuida justamente do prazo para análise de atos de concentração, in verbis:

Lei 8.884/94, Art. 54, §6º: Após receber o parecer técnico da SEAE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de sessenta dias.

50. Analisando especificamente o caso concreto, é possível inferir que, durante algum tempo, o processo ficou sem quórum mínimo para julgamento.

51. É que o atual Presidente do CADE, Fernando de Magalhães Furlan, já se declarou suspeito/impedido para julgar o caso. Desde 06/11/2010, quando terminaram os mandatos do então presidente Arthur Badin e do Conselheiro César Mattos, o CADE conta apenas com cinco conselheiros, que formam justamente o mínimo necessário para julgamento, nos termos do Art. 49 da Lei 8.884/94.

52. Considerando a impossibilidade de o Presidente Fernando Furlan participar do julgamento deste processo especificamente, tem-se que havia (até a posse dos novos conselheiros), para o julgamento do caso concreto, um número de conselheiros inferior ao mínimo estabelecido no Art. 49 da Lei 8.884/94. O que acontece, portanto, em situações como esta, em relação ao prazo do Art. 54, §6º, especificamente, e a outros prazos processuais do CADE?



53. Ao que parece, a partir de uma leitura detida da Lei 8.884/94, o legislador não tratou especificamente desta hipótese.



54. Ao ver desta Procuradoria, três são as soluções possíveis de serem cogitadas.

55. Primeiramente, poder-se-ia concluir que os prazos continuam correndo naturalmente para esses casos, sem incidir a interrupção do Art. 4º, §5º, da Lei do CADE.

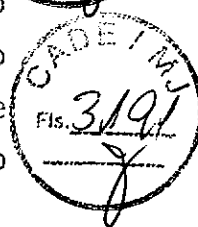
56. O grande problema desse posicionamento é que, caso ele venha a ser aplicado, punir-se-ia a Administração (e, por conseguinte, a coletividade, visto que o CADE está aqui tutelando direitos coletivos em sentido lato) por uma inércia que não lhe pode ser atribuída. A eventual demora no julgamento do processo não poderia ser imputada ao Conselheiro relator ou ao Plenário, mas a circunstâncias alheias à sua vontade.

57. Um segundo posicionamento seria a aplicação analógica do disposto no Art. 4º, §5º, da Lei do CADE, devendo ser, portanto, interrompido o prazo para análise do ato de concentração específico. Talvez seja o posicionamento mais imune a críticas, tendo em vista que, teleologicamente, estar-se-ia aplicando ao caso concreto a finalidade do dispositivo, que consiste em beneficiar a Administração e o administrado com a interrupção de prazos, ante a ausência de quórum.

58. Uma terceira solução seria aplicar ao caso o disposto no § 8º do Art. 54, o qual prescreve:

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

59. Se para o menos, falta de documento necessário para julgamento da causa, poder-se-ia suspender o prazo de análise do caso, porque não para o mais, falta de quórum mínimo? Entretanto, a analogia com este dispositivo parece mais distante do que a aplicação do Art. 4, §5º.



60. Primeiro porque aqui os problemas não estariam totalmente resolvidos, vez que apenas seriam suspensos os prazos dos §§6º e 7º do Art. 54, e não os demais. Segundo, a racionalidade do dispositivo é suspender o prazo em razão da inércia de umas das partes para esclarecer fatos ou apresentar documentos. Novamente, a ausência de quórum é tanto circunstância alheia à vontade do Plenário do CADE quanto ao desejo das partes.

61. Assim, para casos como o ora analisado, em que há uma falta de quórum específica para o processo, parece que seria o caso de se aplicar, analogicamente, o Art. 4º, §5º, da Lei do CADE.

62. Ou seja, entende-se que o prazo de análise do ato de concentração em apreço foi interrompido no dia 06/11/2010, quando terminaram os mandatos do então presidente Arthur Badin e do Conselheiro César Mattos, momento em que deixou de haver quórum mínimo para julgamento do caso específico, em razão do impedimento/suspeição do Presidente Furlan.

63. Com as posses dos novos conselheiros, ocorrida em 03/05/2011, o prazo para análise reiniciou sua contagem, exceto exista, por óbvio, uma eventual suspensão decorrente de instrução.

64. Ressalte-se, contudo, que, independentemente do entendimento adotado, não há que se discutir, para o presente prazo, o decurso de prazo para análise. Estando os autos em constante instrução, o prazo para análise do CADE esteve boa

parte do tempo suspenso, como disciplina a legislação de regência.



65. Além disso, vale ressaltar que no dia 25/03/2011, com a saída do Conselheiro Vinícius, o quórum mínimo do Conselho – e não apenas do caso em análise – ficou reduzido aquém do mínimo legal, interrompendo-se, portanto, o prazo de todos os processos em curso, inclusive o do presente ato de concentração.



66. Em suma, na prática, não há qualquer dúvida acerca do prazo de análise do presente ato de concentração.

2.4. Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação - (APRO)⁷.

67. Hoje está em vigor APRO que mantém protegido o mercado, evitando a irreversibilidade da operação e, por conseguinte, a irreversibilidade de eventual condição de exercício abusivo de posição dominante por parte da BRF.

68. Antes de analisar o APRO deferido no bojo deste processo, convém trazer trecho do RI-CADE do CADE que trata do assunto:

“DO ACORDO DE PRESERVAÇÃO DE REVERSIBILIDADE DA OPERAÇÃO

Art. 139 - Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos.

Parágrafo único - O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n. 7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de

⁷ A ProCADE, em momento oportuno, caso o Conselheiro-relator entenda pertinente, pode vir a analisar o efetivo cumprimento das medidas determinadas no APRO.

mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento (grifo nosso).

Art. 140 - O APRO poderá ser celebrado por iniciativa do Relator ou por requerimento das partes envolvidas no Ato de Concentração.

§ 1º O requerimento de celebração do APRO não gera às requerentes direito subjetivo a sua celebração, resguardando-se ao CADE o juízo sobre a conveniência e oportunidade de celebrá-lo.

§ 2º Nas hipóteses em que o Relator entender conveniente a celebração do APRO, serão intimadas as requerentes para apresentação de minuta, as quais serão apreciadas pelo Relator, a quem caberá a redação final.

§ 3º O Relator poderá encaminhar a minuta à Procuradoria do CADE, para parecer, no prazo que estipular e, posteriormente, será levada à homologação do Plenário.

§ 4º Caso o acordo não seja homologado, o Relator deverá submeter, na sessão seguinte, sua decisão acerca da Medida Cautelar para referendado do Plenário, sem prejuízo da elaboração de nova minuta.

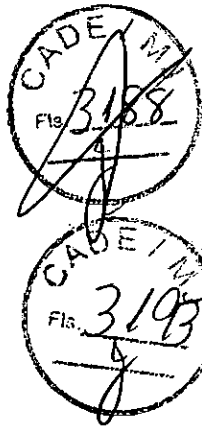
Art. 141 - Sempre que compatível com os seus termos, a decisão de concessão da Medida Cautelar ou a minuta do APRO conterà a obrigação das requerentes informarem ao Relator, em relatório pormenorizado que contemple as mudanças que:

I - já ocorreram na empresa adquirida desde a notificação do ato;

II - e as programadas a ocorrer.

Parágrafo único - O CADE, sempre que as circunstâncias recomendem, poderá determinar que os relatórios referidos no caput sejam elaborados por empresa de consultoria ou auditoria independentes contratadas para este fim, às expensas dos interessados."

69. Como a natureza jurídica do APRO se assemelha a de um processo cautelar, faz-se importante trazer algumas lições da doutrina sobre:



“A tutela jurisdicional cautelar se limita a proteger a execução contra os males do tempo, assegurando que, quando de sua realização, seja possível a atuação prática do direito substancial, com os meios executivos incidindo sobre aqueles bens previamente apreendidos. Com o processo cautelar, portanto, cria-se um meio de prevenção dos males do tempo, sendo certo que, como disse um dos mais notáveis juristas de todas as épocas (Francesco Carnelutti), ‘o valor que o tempo tem no processo é imenso e, em grande parte, desconhecido. Não seria demasiadamente atrevido comparar o tempo a um inimigo contra o qual o juiz luta sem descanso’ (...) É de se notar que o processo cautelar é um instrumento de proteção de outro processo. O que se quer dizer é que com o processo cautelar vão-se combater situações em que existe risco para a efetividade de um processo (grifo nosso).”⁸



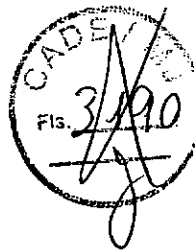
70. No presente caso, o APRO foi assinado em 08 de julho de 2009, tendo como premissas os seguintes argumentos:

“O acordo veda que a Perdigão exerça controle sobre a Sadia, determina que as estruturas administrativas, produtivas e comerciais da Sadia serão mantidas íntegras (com preservação de marcas, de relações contratuais com terceiros, etc.) e independentes, e, por fim, limita a troca de informações entre as duas empresas. O Acordo permite, por outro lado, a reestruturação financeira da Sadia, uma das razões de urgência alegadas para a realização da operação, e circunscreve o conjunto de medidas que as Requerentes poderão adotar ao implementar essas reestruturação. O acordo também permite a contratação de consultoria independente para a identificação de sinergias decorrentes da operação, sendo vedada, entretanto, qualquer troca de informações que possa alterar a gestão independente das empresas, até a decisão final a ser proferida pelo CADE. Desse modo, o Acordo procura assegurar a plena reversibilidade da operação sem impor ônus desnecessários

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. III, 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 2 e 3.

às empresas.

Por fim, auditores independentes monitorarão o cumprimento do APRO e serão responsáveis pela apresentação de relatórios de acompanhamento ao CADE. Auditores independentes, diretores executivos e os membros dos Conselhos de Administração das duas empresas encaminharão ao CADE termo de adesão no qual, sob as penas da lei, se comprometem a comunicar ao CADE qualquer descumprimento de que venham a ter ciência. (trecho do Despacho do então Conselheiro Paulo Furquim ao submeter o APRO para aprovação do Plenário do CADE)



71. Em 16 de setembro de 2009 e em 16 de dezembro de 2009 foram proferidos outros dois despachos que alteraram o APRO inicial em pontos específicos, conforme pedidos formulados pelas requerentes.

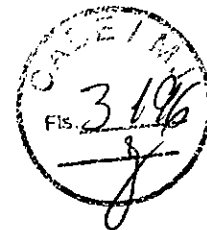
72. No primeiro despacho (fls. 44 e ss. do APRO), foi deferido pleito para integração das atividades de exportação das requerentes. No segundo (fls. 62 e ss. do APRO), foi deferido pleito atinente à coordenação das atividades de carne *in natura* e à coordenação na negociação e aquisição de insumos e serviços.

73. No mais, as atividades administrativas de Sadia e Perdigoão devem permanecer separadas, conforme determinação do APRO.

74. Faz-se esse relato para ressaltar a importância que tem, para a efetividade da tutela da concorrência no presente caso, a manutenção do APRO até a decisão definitiva sobre o mérito da operação.

75. O estado de fato hoje existente, em vigor desde julho de 2009, garante a proteção da coletividade ante uma possível deterioração das condições de concorrência nos mercados relevantes envolvidos na operação. Ou seja, o *status quo* atual, decorrente da assinatura do APRO, é o que garante a higidez da livre concorrência para os mercados analisados.

76. Alterá-lo implica a necessidade de decidir, fundamentadamente, acerca dos aspectos atinentes à operação e aos seus efeitos na coletividade, representada imediatamente pelos inúmeros consumidores dos produtos da Sadia e da Perdigão.



77. Afinal de contas, o presente APRO é condição *sine qua non* para a própria efetividade do processo principal, que, no caso, é o ato de concentração, configurando, por consequência, medida imprescindível para a tutela de todos os mercados relevantes (e dos consumidores) ligados à operação.

78. São apenas alguns dos motivos pelos quais se acredita que a análise de mérito a ser empreendida deva estar embasada em substancial apreciação econômica e jurídica.

79. Esses e outros aspectos devem ser analisados pelo CADE no julgamento do presente ato de concentração.

2.5. Mérito.

80. A presente operação deve ser conhecida, nos termos do §3º, art. 54, da Lei 8.884/94, seja porque os faturamentos dos grupos Sadia e Perdigão, no Brasil, em 2008, superaram o patamar de 400 milhões, seja por conta das participações superiores a 20% que foram encontradas em vários mercados relevantes relacionados à operação.

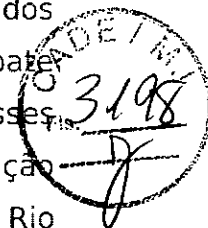
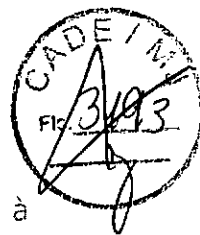
81. A SEAE estruturou sua definição de mercado relevante a partir de quatro premissas, quais sejam: (i) informações apresentadas pelas requerentes na notificação da operação, (ii) jurisprudência européia, (iii) proposta de mercado relevante das requerentes, e, finalmente, (iv) respostas das empresas oficiadas.

82. Foram identificados pela Secretaria, no que se refere à relação das adquirentes com os consumidores, os seguintes mercados relevantes, na dimensão produto, com concentração horizontal:



(i) carnes in natura – frango, (ii) carnes in natura – suínos, (iii) carnes in natura – Peru, (iv) carnes in natura – bovino, (v) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Lasanhas e pratos prontos, (vi) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Pizzas Congeladas, (vii) Congelados – Pratos Prontos Congelados – pão de queijo e pães prontos congelados, (viii) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – hambúrguer (carne bovina e carne de frango), (ix) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Empanados de frango, (x) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Kibes e almôndegas, (xi) Congelados – Batatas e Vegetais, (xii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Presunto (suíno e frango) e apresuntado, (xiii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Mortadela, (xiv) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Salame, (xv) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Frios especiais (cota, etc.), (xvi) Carne processada - Carnes processadas cozida semi-pronta – salsicha (suíno, frango e peru), (xvii) Carne processada - Carnes processada fresca – lingüiça frescal, (xviii) Carne processada - Carne processada curada – lingüiça defumada, paio e bacon, (xix) Kit festa – Kit festa aves – Tender de frango, Chester, peru temperado congelado, (xx) Kit festa – Kit festa suíno – Lombo suíno temperado congelado, paleta suína defumada, pernil com osso temperado, pernil sem osso temperado, presunto tender, tender suíno, (xxi) Margarinas – Margarinas.

83. A SEAE, com espeque em questões relativas ao prazo de perecimento dos produtos, bem como à distribuição, definiu os mercados relevantes acima mencionados, quanto ao aspecto geográfico, como sendo nacionais.

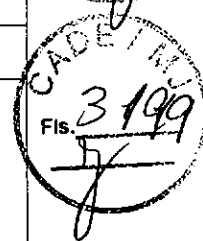
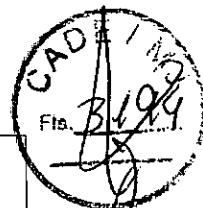


84. Foram identificados ainda, no que concerne à relação das requerentes com os produtores, os mercados relevantes de (i) abate de suíno, (ii) abate de frango e (iii) abate de peru. No aspecto geográfico, a Secretaria delimitou esses mercados em âmbito estadual, identificando sobreposição horizontal nos seguintes estados: Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul para suínos; Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Goiás para frangos; e apenas Paraná para perus.

85. Abaixo segue quadro que detalha as participações dos requerentes, pós-operação, por mercado relevante (exceto mercados de abate). É possível observar, em muitos mercados, um patamar de concentração bastante elevado, haja vista que Sadia e Perdigão eram, em vários deles, as líderes. Segue:

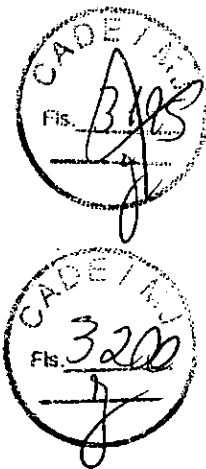
Mercado	Participação pós- operação
(i) carnes in natura – frango	0-10
(ii) carnes in natura – suínos	0-10
(iii) carnes in natura – Peru	50-70
(iv) carnes in natura – bovino	0-10
(v) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Lasanhas e pratos prontos	80-90
(vi) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Pizzas Congeladas	60-70
(vii) Congelados – Pratos Prontos Congelados – pão de queijo e pães prontos congelados	10-20
(viii) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – hambúrguer (carne bovina e carne de frango)	70-80
(ix) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Empanados de frango	70-80

(x) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Kibes e almôndegas	70=80
(xi) Congelados – Batatas e Vegetais	0=10
(xii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Presunto (suíno e frango) e apresuntado	50=70
(xiii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Mortadela	50=60
(xiv) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Salame	50=60
(xv) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Frios especiais (cota, etc.)	50=100
(xvi) Carne processada - Carnes processadas cozida semi-pronta – salsicha (suíno, frango e peru)	40=50
(xvii) Carne processada - Carnes processada fresca – lingüiça frescal	30=40
(xviii) Carne processada - Carne processada curada – lingüiça defumada, paio e bacon	50=70
(xix) Kit festa – Kit festa aves – Tender de frango, Chester, peru temperado congelado	30=90
(xx) Kit festa – Kit festa suíno – Lombo suíno temperado congelado, paleta suína defumada, pernil com osso temperado, pernil sem osso temperado, presunto tender, tender suíno	50=70
(xxi) Margarinas – Margarinas	50=60



86. Percebe-se, portanto, que para apenas os mercados de carnes in natura – frango, carnes in natura – suínos, carnes in natura – bovino, Congelados – Pratos Prontos

Congelados – pão de queijo e pães prontos congelados e Congelados – Batatas e Vegetais não será necessário prosseguir na análise, tendo em vista a baixa concentração encontrada.



87. No que concerne aos mercados de abate, após terem sido estimadas as participações, foi verificado que as requerentes atingiriam patamares pós-operação que demandariam o prosseguimento da análise, com vistas a verificar a possibilidade de exercício abusivo do poder de monopólio.

2.5.1. Barreiras à entrada.

88. Assim, em decorrência dos *market shares* encontrados nos mercados acima citados, a SEAE iniciou, nos termos do Guia de Concentrações Horizontais, a análise de barreiras à entrada. A Secretaria dividiu esta análise em (i) condições de entrada do grupo *in natura* e (ii) condições de entrada do grupo processados (composto pelos grupos congelados, kit festa e margarinas).

89. Após explicar detalhadamente como funciona a cadeia produtiva de aves e a de carne suína, bem como após constatar que a grande maioria das empresas que atuam nesses mercados funciona de forma integrada, a SEAE aduziu que:

“para a entrada no mercado de abate e no mercado de carnes *in natura* seria necessária a prévia constituição de uma rede de produtores integrados, bem como a contratação de matrizes reprodutoras junto às empresas de genética (desenvolvedoras e multiplicadoras). Assim, as Escalas Mínimas Viáveis (EMVs) deveriam abarcar todos esses investimentos”.

90. Contudo, tendo em vista que as EMVs apresentadas não abrangeriam todo o investimento estipulado

pela SEAE, não foi possível constatar, de maneira clara, a efetiva probabilidade de entrada.



91. Ainda quanto à segmentação *in natura*, a Secretaria passa a avaliar a tempestividade da entrada, confrontando dados apresentados pelas requerentes com os dados trazidos por outras concorrentes, e conclui que “a necessidade de programação impactaria o cronograma para um eventual entrante”.



92. Quanto à suficiência da entrada nos mercados *in natura*, foi verificado que, nos últimos anos, houve apenas aquisições de empresas pré-existent.

93. Assim, quanto à entrada no mercado *in natura*, a SEAE concluiu que ela não era provável, tempestiva e suficiente, seja nos mercados de abate, seja nos mercados de carne *in natura* de peru.

94. Na análise das barreiras à entrada nos mercados de processados, a SEAE confronta a manifestação apresentada pelas Requerentes, na qual concluem que a entrada, para processados, seria provável, tempestiva e suficiente. A Secretaria entende de maneira diametralmente opostas às requerentes e fundamenta seus argumentos de maneira sólida, da seguinte maneira.

95. A SEAE considerou, ao ver desta Procuradoria acertadamente, que alguns elementos podem ser interpretados como barreiras à entrada, tais como economias de escala/escopo, grau de integração da cadeia produtiva, cadeias de distribuição e marcas. Tudo geraria impacto nas condições de entrada para os mercados considerados.

96. Quanto à distribuição, deve-se considerar, como afirma a SEAE, que as companhias atuam em âmbito nacional, por meio de redes geograficamente extensas e capilares – atendendo diversos pontos de venda heterogêneos como hipermercados,

supermercados, padarias e lojas de conveniência.

97. Quanto mais extensa e complexa (capilar) é a rede de distribuição que congrega a clientela de um ofertante, maiores são os requisitos de escala que viabilizam os custos incorridos na constituição e manutenção dessa rede.

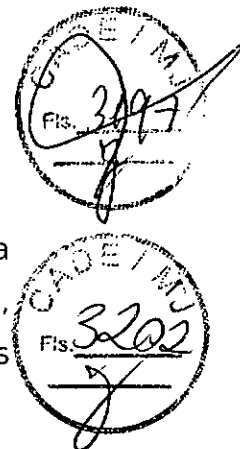
98. As firmas otimizariam seus ativos de distribuição por meio de compartilhamento de carga entre diversos produtos que requerem determinada faixa de refrigeração. Em muitos casos, tal fator pode ser determinante para a extensão do portfólio de produtos e para a entrada em determinado mercado.

99. Quanto à marca, aduz a SEAE que ela seria um requisito significativo para a suficiência do potencial entrante com a finalidade de se mitigar um possível poder de mercado. E, como restou demonstrado nos autos, Sadia e Perdigão não apenas detinham as linhas líderes de vários mercados, mas também as marcas "de combate", como a Rezende, por parte da Sadia, e a Batavo, por parte da Perdigão, dentre outras.

100. Aliás, sobre o assunto "marca", que muito preocupa a Procuradoria, a SEAE traz interessantes ponderações.

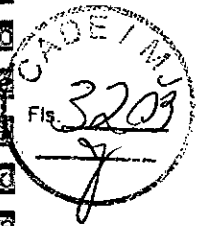
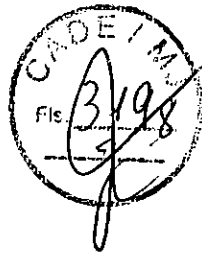
101. A marca pode ser considerada uma barreira à entrada se ela confere à firma alguma vantagem mercadológica definitiva sobre os potenciais entrantes. Para medir o valor de uma marca, seria necessário comparar os efeitos de comercialização de um produto com marca com os efeitos de comercialização com um produto sem marca. Para tal medição deve-se avaliar como a marca é tratada (i) ao nível da firma, (ii) ao nível do produto e, finalmente, (iii) ao nível do consumidor.

102. A entrada de produtos em mercados onde existem marcas fortes é, em geral, mais custosa, uma vez que são necessários investimentos em propaganda. E os estudos da SEAE quanto à relação existente entre marca e investimento



permitiram a SEAE concluir que:

Em média, a marca Sadia apresenta um percentual superior para o investimento em relação ao seu faturamento que a marca líder da Perdigão; Em média, a marca de combate da Perdigão (Batavo) apresenta um percentual superior para o investimento em relação ao seu faturamento que a marca de combate Sadia (Rezende). Observa-se que um entrante deveria comprometer parte do seu faturamento com propaganda/marketing - no caso de pizzas e mortadelas, isso implicaria a necessidade de conquistas imediatas de participação de mercado.



103. Ou seja, nos mercados ora analisados, a marca constitui fator importante para caracterização das barreiras à entrada. Tal constatação corrobora o senso comum de que as marcas mais conhecidas e utilizadas nos mercados de processados são, justamente, as detidas pelos requerentes: Sadia e Perdigão.

104. Isso tanto é verdade que, segundo ainda a SEAE, tanto concorrentes como clientes tomam a marca nesses mercados como atributos competitivos muito relevantes. Sadia e Perdigão não apenas são a 1ª e 2ª escolha dos consumidores, como as marcas de combate (Batavo, Rezende e outras) estão muito distantes delas em participação de mercado.

105. Coerente com a sua análise acerca dos mercados *in natura*, a SEAE ponderou que, em razão das características das cadeias produtivas de suínos e frangos, as quais estão relacionadas à maioria dos mercados relevantes de processados, a entrada, a princípio, seria limitada pelos requisitos de integração vertical com a atividade abatedora, bem como pela necessidade de uma presença prévia em outros mercados relevantes.

106. Finalmente a SEAE, analisando ainda aspectos atinentes à probabilidade de entrada (EMV e OV), à

tempestividade e à suficiência⁹, concluiu, para os mercados de processados, que a entrada não seria, ao mesmo tempo, provável, tempestiva ou suficiente em nenhum mercado.



2.5.2. Rivalidade.

107. Continuando a análise, em relação à rivalidade nos chamados mercados *in natura*, a SEAE constatou que, dentre as maiores empresas abatedoras, identificam-se grupos empresariais que atendem simultaneamente aos mercados internos e externos, o que ajudaria na conclusão de que existiria, para os mercados de abate, rivalidade suficiente.

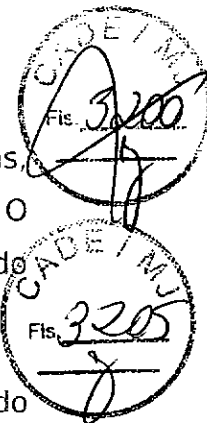
108. Contudo, a SEAE verificou que especificamente no mercado de abate de frango do Mato Grosso e no de peru do Paraná haveria um monopólio gerado em decorrência da operação. Ante a falta de rivais, a Secretaria sugere que, em relação a esses mercados de abate, a análise continue sendo realizada.

109. Ainda para mercados *in natura*, ao tratar da oferta de carne de peru, a SEAE concluiu que não há informações suficientes nos autos para se posicionar pela existência de rivalidade. Ao contrário. A alta participação de mercado verificada no cenário pós-operação, aliada ao fato de que a Sadia deteria um volume considerável de capacidade ociosa no abate de peru e, conseqüentemente, na produção e na posterior oferta *in natura* no mercado nacional, fez com que a Secretaria, acertadamente ao ver desta Procuradoria, continuasse a análise para este mercado relevante.

110. Quanto aos mercados de "processados", a SEAE diversificou a análise de rivalidade em, basicamente, dois

⁹ Para evitar maiores repetições desnecessárias, reporta-se às fls. 64/69 do Parecer da SEAE.

tópicos. O primeiro consistente nas condições necessárias, avaliadas por meio da capacidade ociosa das concorrentes. O segundo relativo às condições suficientes avaliadas por meio do rendimento dos concorrentes em relação às requerentes.




111. Quanto à capacidade ociosa, foi verificado que a grande maioria das concorrentes, em quase todos os mercados relevantes, tem capacidade ociosa bem menor que Sadia e Perdigão e insuficientes para atender um eventual desvio de demanda estimada em 10%.

112. Apenas no mercado de margarina foi constatada essa possibilidade, em que pese também ter sido constatado que, para a maioria dos produtos analisados, algumas empresas oficiadas obtiveram crescimento na quantidade produzida e/ou na quantidade instalada.

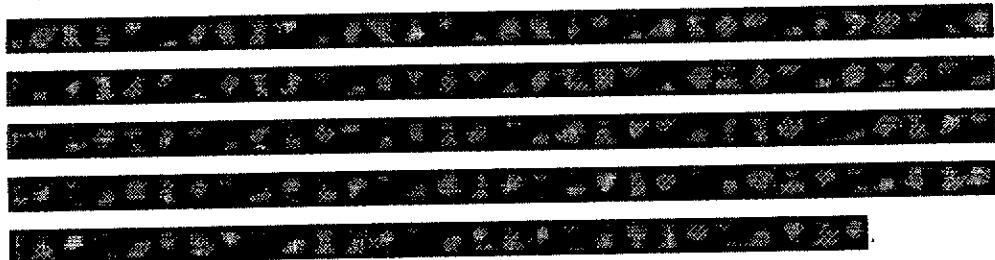
113. A análise da *performance* das requerentes em todos mercados relevantes permitiu a constatação de que a rivalidade estava basicamente centrada entre as marcas Sadia e Perdigão, ficando, geralmente, em terceiro ou quarto lugar as marcas Batavo e Rezende, também pertencentes às requerentes. Reporta-se às fls. 80/117 do parecer da SEAE, nas quais a Secretaria analisa detidamente a evolução da participação e da rivalidade em cada mercado relevante.

114. Conclui a SEAE que é preciso prosseguir a análise para os seguintes mercados (grande maioria): (iii) carnes in natura – Peru, (v) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Lasanhas e pratos prontos, (vi) Congelados – Pratos Prontos Congelados – Pizzas Congeladas, (viii) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – hambúrguer (carne bovina e carne de frango), (ix) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Empanados de frango, (x) Congelados – Pratos Semi prontos congelados – Kibes e almôndegas, (xii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Presunto (suíno e frango) e apresuntado, (xiii) Carne processada - Carnes processadas para consumo a frio – Mortadela, (xiv) Carne processada - Carnes

processadas para consumo a frio – Salame, (xv) Carne processada
- Carnes processadas para consumo a frio – Frios especiais (cota,
etc.), (xvi) Carne processada - Carnes processadas cozida semi-
pronta – salsicha (suíno, frango e peru), (xviii) Carne processada
Carne processada curada – lingüiça defumada, paio e bacon, (xix) 
Kit festa – Kit festa aves – Tender de frango, Chester, peru
temperado congelado, (xx) Kit festa – Kit festa suíno – Lombo
suíno temperado congelado, paleta suína defumada, pernil com
osso temperado, pernil sem osso temperado, presunto tender,
tender suíno, (xxi) Margarinas – Margarinas, além dos mercados
de abate de frangos no Mato Grosso e de peru no Paraná.

2.5.3. Eficiências.

115. As requerentes aduzem que a operação tem o potencial de gerar economias de custo e despesas em torno de



116. Em síntese, afirmam as requerentes que a operação em tela "*propicia efeitos líquidos positivos, do ponto de vista antitruste, e não gera qualquer incentivo para elevação nos preços por parte das Requerentes*".

117. Desde já, sobre o tema, vale destacar o que afirma o DOJ/FTC, cujo *Horizontal Merger Guidelines* prescreve que "eficiências importam mais para a análise quando os efeitos competitivos adversos não são significativos, ausentes quaisquer eficiências. Eficiências quase nunca justificam uma fusão que gere um monopólio ou quase-monopólio (grifo nosso)". Nesse sentido, vide decisão CADE proferida no AC nº 08012.001383/2007-91

(Requerentes: Recofarma Indústria do Amazonas Ltda. e Leão Júnior S.A.; Voto-Vogal do Conselheiro Carlos Ragazzo).



118. A SEAE, por sua vez, após definir “eficiências” para os fins da análise antitruste, aduz que não houve um detalhamento sobre se as eficiências calculadas pela consultoria poderiam ser alcançadas de outras formas menos prejudiciais à concorrência. Em síntese, a SEAE concluiu que as eficiências apresentadas não eram suficientes para justificar a operação, pois:



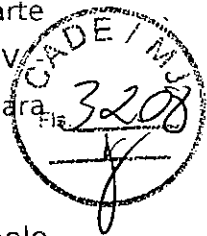
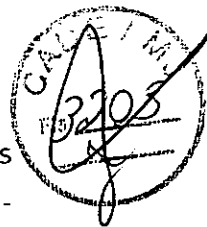
“as reduções de custos elucidadas são resultado de economias de escala de operações comerciais ou incremento do poder de barganha (não economias físicas), ou de reorganização de processos intra-firma (exemplo: processo de compras de passagens aéreas), e não de sinergias; não existe, no trabalho, evidências de que a junção de ativos resulta em novos produtos e/ou novos processos distintos daqueles que já existiam antes da operação; não existe, no trabalho, evidências de inexistência de tecnologias substitutas no mercado nem de custos ou especificidades de outras tecnologias que justifiquem a fusão; não foi apresentado como as eficiências seriam repartidas com os consumidores (grifos nossos).”

119. O último ponto elencado pela SEAE é bastante sensível e, ao ver desta Procuradoria, deve conduzir a análise das eficiências no presente caso.

120. Segundo prescreve o §1º do Art. 54:

“O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições: I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos

equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro (grifo nosso); 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."



121. Assim, um dos requisitos analisados pelo CADE para a aprovação das operações econômica é o de que seus benefícios sejam "*distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro*".

122. As requerentes, ao que tudo indica e é possível depreender da análise dos autos, não lograram êxito em demonstrar como os benefícios decorrentes da operação poderão ser repartidos com os consumidores finais. E isso, ao ver da Procuradoria, deve ser uma das preocupações primordiais do CADE ao analisar o presente caso.


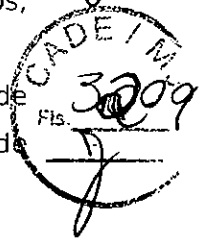
2.5.4. Remédios propostos pela SEAE.

123. Como possíveis soluções para os problemas concorrenciais verificados, a SEAE propõe os seguintes remédios, *in verbis*:

"Alternativa A

Licenciamento temporário (no mínimo 05 anos) de um ativo marca principal (Sadia ou Perdigão), acompanhado da alienação do conjunto de ativos produtivos correspondentes à participação de mercado detida pela marca objeto do licenciamento - considerando a média dos últimos 03 anos anteriores à operação. Tal conjunto de ativos produtivos contempla um pacote integrado dos seguintes elementos:

- unidades de industrializados (pessoal, instalações e equipamentos);

- 
- 
- unidades de abate correlatas (fornecedoras de insumos carne de aves ou suínos às unidades de industrializados);
 - carteiras de contratos de fornecedores integrados, correspondentes às unidades de abate supracitadas.

Alienação de ativos de abate de frango no Mato Grosso e de perus no Paraná, incluindo as respectivas carteiras de produtores integrados de frangos e perus, respectivamente.

Alternativa B

Alienação de um bloco de ativos correspondente às marcas de combate das Requerentes, a saber:

- * Batavo;
- * Rezende;
- * Confiança;
- * Wilson; e
- * Escolha Saudável.

A alienação das marcas acima deverá ser acompanhada da venda de um conjunto de ativos produtivos que corresponda à participação de mercado detida pelas respectivas marcas objeto da alienação – considerando a média dos últimos 03 anos anteriores à operação. Tal conjunto de ativos produtivos contempla um pacote integrado dos seguintes elementos:

- unidades de industrializados (pessoal, instalações e equipamentos);
- unidades de abate correlatas (fornecedoras de insumos carne de aves ou suínos às unidades de industrializados);
- carteiras de contratos de fornecedores integrados, correspondentes às unidades de abate supracitadas.

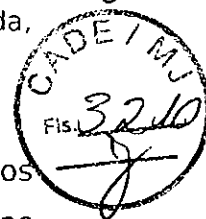
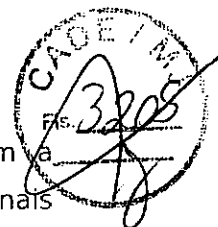
Alienação de ativos de abate de frango no Mato Grosso e de perus no Paraná, incluindo as respectivas carteiras de produtores integrados de frangos e perus, respectivamente.

Especificamente no que se refere às margarinas, sugere-se, adicionalmente, a alienação do conjunto de marcas, acompanhadas dos respectivos ativos produtivos, adquiridos da Unilever por meio do Ato de Concentração 08012.009820/2007-14 – Unilever e Perdigão, saber:

- * Doriania;
- * Claybom; e
- * Delicata.

Em complemento, sugere-se a adoção de medida

comportamental pela qual as Requerentes se obrigam a divulgar e submeter ao CADE seus programas promocionais de fidelidade e bonificação junto aos pontos de venda, objetivando uma maior publicidade.”



124. Alguns problemas nos remédios propostos podem ser identificados a partir das próprias premissas levantadas pela SEAE para estruturar sua fundamentação.

125. A SEAE considerou que, nos mercados analisados, a marca seria um fator importante, tanto que poderia ser considerada uma barreira à entrada. Sadia e Perdigão, na grande maioria dos mercados, são justamente as marcas líderes e, de certa forma, cativam a fidelidade dos consumidores.

126. A SEAE também considera que, porque o mercado tem essa característica em relação às marcas, o investimento em publicidade e propaganda constitui um elemento de custo importante a ser considerado para a entrada de um agente econômico nos mercados.

127. Partindo dessas premissas, qual seria a racionalidade de um agente econômico adquirir, por licenciamento, a marca Sadia ou Perdigão por apenas um período limitado de tempo (cinco anos, como proposto pela SEAE), sabendo que deveria investir em publicidade e propaganda nessa marca e que, para o mercado, de uma maneira geral, o fator marca é relevante? Não parece perda de tempo e de dinheiro investir numa marca que, após 5 anos, seria devolvida a BRF?

128. Parece que a solução “A” da SEAE, pois, além de não ser interessante para os agentes econômicos, com espeque nas próprias premissas trazidas pela Secretaria, não solucionariam os problemas do mercado de maneira definitiva, vez que, ultrapassado o prazo de 5 anos, a marca Sadia ou Perdigão não mais poderia ser utilizada pelo competidor da BRF. Enfim, trata-se de uma solução que, justamente por ser temporária, não resguardaria a contento, para um médio e longo

prazo, a livre concorrência.

129. A solução "B" também não enfrenta melhor sorte. A Secretaria, ao analisar a rivalidade, constatou que tanto a marca Sadia quanto a Perdigão, na grande maioria dos mercados, não apenas são as líderes como também detêm participação quase que dobrada em relação aos demais concorrentes.

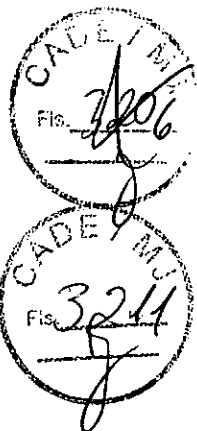
130. A alienação, portanto, de marcas de combate apenas, ao ver desta Procuradoria, segundo estudo realizado pela própria SEAE de rivalidades, não seria suficiente para, de uma maneira geral, atribuir a um agente econômico poder de mercado necessário para contrastar eventual exercício de posição dominante por parte da BRF.

131. Além disso, a SEAE, para quaisquer das medidas que viessem a ser adotadas ("A" ou "B"), sugere *"a adoção de medida comportamental pela qual as Requerentes se obrigam a divulgar e submeter ao CADE seus programas promocionais de fidelidade e bonificação junto aos pontos de venda, objetivando uma maior publicidade"*.

132. A ProCADE, órgão hoje responsável pelo Setor de Cumprimento de Decisões do CADE, não verifica de que maneira se poderia realizar o monitoramento dessa medida de maneira efetiva, sem implicar enormes custos tanto para o administrado, no caso a BRF, quanto para a autoridade antitruste, no caso o CADE.

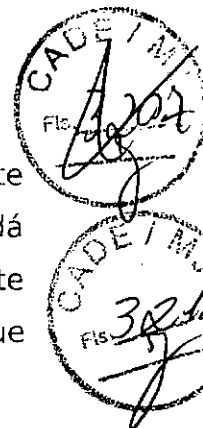
133. Aliás, medidas comportamentais de tamanha grandeza, para operações como a ora analisada, importam em custos de monitoramento, em geral, consideráveis. É preciso realizar uma ponderação acerca do grau de efetividade de tais medidas, bem como de seus custos, antes delas serem efetivamente adotadas.

134. Finalmente, as soluções propostas pela SEAE não abarcaram aspectos referentes aos canais de



distribuição. Sabe-se que as grandes concorrentes (especialmente as Requerentes) têm redes de distribuição amplas, o que lhes dá certa vantagem competitiva. Os remédios para a presente operação devem também considerar os custos significativos que os canais de distribuição representam nos mercados analisados.

135. Por esses motivos, a Procuradoria entende que as medidas trazidas pela SEAE, além de não parecerem suficientes para inibir o eventual exercício abusivo de poder de mercado concentrado na BRF e de não garantirem que as eventuais eficiências decorrentes da operação sejam repartidas de maneira equânime com os consumidores, estão em contradição com os próprios fundamentos trazidos pela Secretaria em seu parecer.



3. CONCLUSÕES.

136. Dessa forma, com base no que consta nos autos, notadamente no parecer da SEAE, esta Procuradoria, na figura dos procuradores federais abaixo subscritos, posiciona-se:

* pela regularidade formal do procedimento, sobretudo no que concerne à obediência aos ditames do devido processo legal;

* pela interrupção do prazo de análise do ato de concentração previsto no §6º do Art. 54, nos termos do §5º do Art. 4º da Lei 8.884/94, conforme exposto no presente parecer;

* pelo conhecimento da operação, uma vez que foram preenchidos os requisitos do Art. 54, § 3º, da Lei 8.884/94;

* pela aprovação da operação condicionada a restrições, desde que (i) possibilitem, efetivamente, que um terceiro agente econômico possa contrastar o poder de mercado gerado para a BRF e/ou (ii) possibilite-se repartir com os consumidores as eficiências decorrentes da operação.

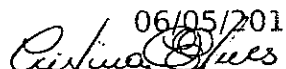
* Caso medidas com essas características não sejam possíveis, tendo em vista os problemas de marca, de integração vertical, de distribuição, de capacidade produtiva diferenciada e de necessidade de repartição com os consumidores das eficiências, impõe-se a reprovação da operação, ante as elevadas concentrações encontradas nos mercados relevantes analisados.

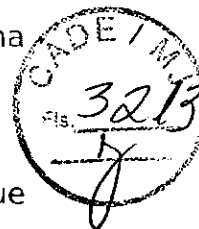
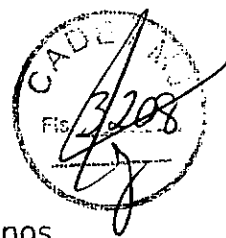
É o parecer.

Brasília, 04 de maio de 2011.


Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior
Procurador Federal

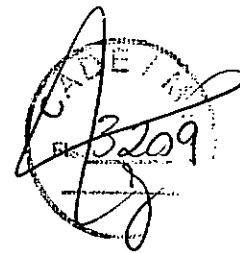
De acordo. Ao Procurador-Geral.

06/05/2011

Cristina Campos Esteves
Chefe do Setor Consultivo





MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE
PROCURADORIA – GERAL FEDERAL
PROCURADORIA ESPECIALIZADA JUNTO AO CADE



DESPACHO ProCADE

De acordo. Aprovo o Parecer ProCADE nº...../2011 da lavra do Procurador Federal Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior e adoto-o no Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18.

Ao i. Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Brasília/DF, maio de 2011.


GILVANDRO VASCONCELOS COELHO DE ARAÚJO
Procurador-Geral do CADE