

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

DAS PRELIMINARES

Antes de proferir o meu voto, e por entender ser este o momento adequado para fazê-lo, apresento ao Egrégio Plenário minhas decisões sobre as questões incidentais suscitadas no transcurso do processo.

A empresa “Cervejarias Kaiser Brasil S/A” requereu, conforme consta do Relatório,

“(...) sua habilitação, na qualidade de terceiro interessado, no processo de Ato de Concentração, bem como cópia dos autos, invocando, para tanto, a Lei n. 9.784/99, que rege o Processo Administrativo, alegando ser o processo de Ato de Concentração um “processo administrativo”, necessitando ser interpretado e tratado no âmbito da Administração Pública, na forma das regras acima citadas, e desconheceu os dispositivos especiais constantes da Lei n. 8.884/94, relativos aos Atos de Concentração.”

No que concerne à matéria, assim me pronuncio:

1ª QUESTÃO INCIDENTAL

DA CARACTERÍSTICA DO PROCESSO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

Consigna a Lei n. 8.884/94, quando trata do CONTROLE DE ATOS E CONTRATOS, que:

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

Adiante, no mesmo artigo, o § 1º diz:

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

.....” (grifei)

O § 2º, também na mesma esteira, dispõe na sua parte inicial:

“§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo (...)” (grifei)

A lei sempre que se refere à atuação do CADE, em atos de concentração, assegura ao Órgão sua competência para:

- Apreciar - art. 54, *caput*;
- Autorizar - ou não autorizar - art. 54, § 1º;
- Examinar - art. 54, § 4º;
- Deliberar - art. 54, § 6º;
- Aprovar - art. 54, § 7º;
- Concluir pela não aprovação - art. 54, § 8º;
- Aprovação - art. 55;
- Submeter a exame - art. 54, *caput*;
- Revogação da aprovação - art. 54, § 3º.

Como se vê, os Atos de Concentração têm um tratamento processual definido pela Lei n. 8.884/94. Esta mesma lei dá ao Processo Administrativo, nos arts. 32 a 50, configuração bem diferente, conferindo ao CADE competência para julgamento, e atribuindo-lhe poderes para decidir, julgar e aplicar sanções.

Assim, a Lei abriga duas formas de atuação do CADE: *contenciosa* e *voluntária*. Age o Conselho de forma contenciosa quando do julgamento do Processo Administrativo com a finalidade de eliminar o litígio entre concorrentes ou evitá-lo, punindo quem de alguma forma tenta transgredir o estatuto de proteção à livre concorrência; e, de forma voluntária, quando APRECIA, para aprovar ou não, o Processo de Ato de Concentração.

Faz-se necessário tecer algumas preliminares principalmente sobre a conceituação no Direito do que seja “jurisdição voluntária”.

Segundo De Plácido e Silva, jurisdição voluntária é a denominação que se dá também à jurisdição graciosa.

“Jurisdição voluntária ou graciosa é a designação dada ao exercício da jurisdição, quando no processo, em que a mesma se manifesta, apenas se tem em mira assegurar direitos contra possíveis lesões.”¹

Ora, este é o papel do CADE, que exerce sua função preventiva, ao analisar os Atos de Concentração Econômica, assegurando às requerentes o direito de praticar os atos que, sob a luz do princípio da livre iniciativa, entendam de seu interesse, garantindo às empresas existentes no mercado o direito de concorrerem livremente, assegurando à coletividade o de não ter os interesses de seus integrantes prejudicados e aos consumidores o direito de não serem lesados e de não verem suas rendas transferidas para empresas que abusem de posição dominante.

Afirma ainda o citado autor, quanto à jurisdição voluntária *verbis*:

“Seu principal objetivo, assim, em caráter meramente preventivo, é de acentuar ou firmar o direito, colocando fora de dúvida o fato ou o direito, para que, futuramente, possa impedir a formação do litígio.”²

E continua:

“E quando no processo de jurisdição graciosa se queira discutir matéria que lhe é imprópria ou impertinente, manda-se que os contendores formem o juízo próprio, por ação que lhe seja legalmente indicada.”³

Para reforçar o que aqui se impõe decidir, diz o Professor Humberto Theodoro Júnior, na qualidade de rigoroso cientista jurídico, que o Processo Civil é um instrumento cada vez mais útil e eficaz à realização do direito material:

“(...) Na chamada “jurisdição voluntária”, o Estado apenas exerce, através de órgãos do Judiciário, atos de pura administração, pelo que não seria correto o emprego da palavra jurisdição para qualificar tal atividade.

¹ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 17^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 2000. p. 467.

² *Idem*, nota 1. p. 467.

³ *Idem*, nota 1. p. 468.

No entanto, a expressão é tradicional, não só entre nós, como no direito europeu.

(...) Entre nós, Frederico Marques tem estudado com profundidade o tema e aponta as seguintes características para a jurisdição voluntária:

“a) como função estatal, ela tem a natureza administrativa, sob o aspecto material, e é ato judiciário, no plano subjetivo orgânico;

b) em relação às suas finalidades, é função preventiva e também constitutiva”.⁴

Pressuposto da jurisdição voluntária é, no dizer do eminente processualista, “um negócio ou ato jurídico, e não, como acontece na jurisdição contenciosa, uma lide ou situação litigiosa. O contraditório entre as partes é traço exterior da jurisdição contenciosa... Inexistindo lide, a jurisdição voluntária é, por isso mesmo, um procedimento que se desenvolve sem partes”.⁵

Dai a afirmação de Alcalá-Zamora de que na jurisdição voluntária não há litígio, mas negócio jurídico; não há partes, mas simples participantes; nem há ação, mas apenas pedido.⁶

Há, enfim, procedimento de jurisdição voluntária quando, conforme Prieto-Castro, os órgãos judiciais são convocados a desempenhar uma função administrativa destinada “a tutelar a ordem jurídica mediante a constituição, asseguramento, desenvolvimento, e modificação de estados e relações jurídicas com caráter geral, ou seja, frente a todos.”⁷

Tomem-se como exemplo os procedimentos da apresentação e publicação de testamentos e da interdição dos incapazes, onde os traços da jurisdição voluntária emergem com nitidez.

Em ambos os casos, os requerentes não têm direitos subjetivos a exercitar contra os requeridos, mas visam realizar ato jurídico em juízo que crie ou instale um novo estado jurídico oponível erga omnes, mas sem o efeito da coisa julgada, pois aquilo que emana tanto do procedimento dos testamentos como da interdição estará sempre passível de discussão em posteriores procedimentos de jurisdição contenciosa ou até mesmo de revisão e modificação em outros procedimentos voluntários.”⁸

⁴ Manual de Direito Processual Civil, 1ª ed., v. I, n. 62, p. 79.

⁵ Ob. cit., nota 4, pp. 79/80.

⁶ Apud Frederico Marques, ob. cit., loc. cit.

⁷ Derecho Concursal. 1ª ed., Madrid, 1974, n. 135, pp. 179/180.

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 21ª ed. v. 3. Rio de Janeiro: Universitária. 1999. p. 394.

Geralmente, a ordem jurídica deixa a critério dos particulares regularem suas obrigações em face da elaboração de contratos e estatutos, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações.

No entanto, quando tais critérios estiverem sujeitos à fiscalização e controle de algum órgão, surge uma terceira relação jurídica, que se dá através da administração de interesses privados, por agentes do Poder Público.

Com toda clareza, o que se vê é que na jurisdição voluntária o juiz não aplica o direito com vistas a eliminar conflitos de interesse individual particular, que são resolvidos em sede de jurisdição contenciosa, mas sim com o propósito de homologar ou não, considerar válido ou não, um negócio privado ou uma situação jurídica, mediante expressa autorização legal.

A Lei n. 8.884/94, quando cuida do controle dos atos e contratos, obedece ao Princípio da Livre Iniciativa e manda que os interessados apresentem os atos.

Não obstante a legal imposição de prazo para apresentação do ato ou contrato, mesmo sabendo de sua existência, o CADE só pode determinar sua apresentação na forma da Lei, após expirado o prazo legalmente definido, quando age de ofício mediante procedimento administrativo próprio.

Assim, diante da característica de voluntariedade do processo de análise de atos de concentração, tem-se que o CADE apreciará, para homologar ou não, um negócio jurídico particular, com a competência atribuída por lei, com vistas a controlar e proteger a livre concorrência, no interesse específico da coletividade.

Isto posto, concluo que a análise e o controle dos atos e contratos é procedimento de jurisdição voluntária, e não se dá sob as regras do Processo Administrativo *stricto sensu*, como regulado nos arts. 32 a 50 da Lei n. 8.884/94. Não devem, pois, ser aplicados à análise dos atos de concentração, os critérios e procedimentos previstos para o Processo Administrativo, e sim as regras subsidiárias do Código de Processo Civil, Título II - Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Voluntária, Capítulo I - Das Disposições Gerais, artigos 1.103 e seguintes.

2ª QUESTÃO INCIDENTAL

DA LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA PARA O CONTROLE DOS ATOS E CONTRATOS - TERCEIRO INTERESSADO

Não é demais repetir que o ordenamento jurídico existe para proteção dos cidadãos. Fazendo-se uma exegese do art. 54, da Lei n. 8.884/94, tem-se que:

1. os atos e contratos serão submetidos a exame para que o CADE os autorize ou não;
2. a apresentação do ato deverá ser feita, necessariamente, pelas empresas que dele participam;
3. a relação jurídica principia e se encerra entre a Administração e os signatários dos atos ou contratos, ou seja, entre o CADE, no interesse público que é indisponível, e os Requerentes, informantes do ato realizado, não permitindo a Lei, neste caso pólo passivo ou ativo, nem o ingresso de terceiros interessados;
4. a análise dos atos e contratos feita pelo CADE tem sua função preventiva no controle das relações de mercado, a fim de proteger os interesses da coletividade, bem jurídico que a lei tem por tutelar, conforme se verifica no parágrafo único do art. 1º, da Lei n. 8.884/94, que reza:

“Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”

Não há que se falar, portanto, em admissão de terceiro interessado, que alega ter seus interesses econômicos privados possivelmente afetados. Este princípio, o da presunção, não atribui a terceiro o direito de interferir nos atos de impulso do Administrador que age no interesse público.

No feito relativo ao ato de concentração econômica, como dito, as partes são: de um lado o Poder Público, neste caso representado pelos órgãos que integram o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência constituído pela SDE/MJ e a SEAE/MF, que submetem ao Tribunal Administrativo, CADE, que aquele Sistema também integra, todos na defesa da coletividade bem jurídico que a lei tem por tutelar; de outro lado encontra-se a Consulente, que submete à apreciação dos órgãos constituídos, à luz da imposição legal, os atos ou contratos, que se enquadrem nas disposições do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Neste momento procedimental, a Autoridade age por provocação da parte interessada ou, caso não se observe o prazo fixado nos parágrafos daquele dispositivo, age de ofício, através de processo administrativo em que

se apura a infração concomitantemente com a realização do ato frente ao mercado.

A relação existe entre quem informa a realização do ato ou do contrato e o Poder Público, fiscal da Lei e defensor dos interesses da coletividade, bem jurídico expressamente previsto na norma que regula a questão. Os demais atuam no feito, se provocados pela Autoridade, como meros informantes, em face da necessidade, às vezes, de elementos que subsidiem a formação de juízo de convencimento para o que se aprecia. O fato de o concorrente expressar sua posição contestando, ou não, os atos realizados, não lhe dá o direito de ingressar como parte no procedimento administrativo de consulta, porquanto não se reveste este da instalação do contraditório, ainda que fosse. Trata-se da ação do Estado no plano do direito público, em que não se podem subjetivar interesses jurídicos de natureza privada.

Faz-se esta observação, tão-somente para não passar sem registro e apreciação, porquanto terceiros interessados não têm qualquer relação jurídica que os vincule ao Tribunal Administrativo de Defesa da Ordem Econômica-CADE que lhes autorizem interferir na apreciação do requerimento firmado pela Consulente, à luz do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Quando a Lei determinou ao Estado, neste caso ao CADE, que reprimisse os abusos do poder econômico, deu-lhe a competência de agir no plano da ação pública, para garantir, pelo poder de polícia, interesses transindividuais, pertencentes a toda coletividade. Não há, pois, espaço para discutir-se interesses jurídicos individuais, os quais excepcionalmente podem se subsumir, em face da proteção maior dos interesses públicos.

Em suma, não caberia, como não cabe, aceitar o ingresso de qualquer outra empresa ou terceiros interessados no âmbito deste feito administrativo, vez que, ainda que em ações cíveis ou penais, vê-se impossível acolher a pretensão do ingresso de assistente ou terceiro interessado particular ao Poder Público, mesmo para anular decisões do Colegiado. Logo, por coerência interpretativa, não se pode acolher qualquer pretensão de interferência na apreciação de requerimentos da natureza deste que se aprecia, pois o interesse geral supera e não se confunde com interesses jurídicos de caráter particular, ensina a boa doutrina.

Verifica-se, então, que tendo a Lei tratado com regras claras e precisas a análise e o controle dos atos e contratos, não há que se falar em aplicação de regras subsidiárias. A Lei nº 8.884/94 estabelece que o CADE apreciará atos e contratos realizados entre empresas, e determina, ainda, de que forma deva ser feita tal apreciação, impondo, inclusive, condições para a

sua realização. Não há, portanto, que se aplicar as regras peculiares da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo, e, quando cabível, sendo sempre legítimo o recurso ao Código de Processo Civil.

Aliás, como já bem salientou o respeitado advogado José Inácio Gonzaga Franceschini⁹, com a colaboração dos não menos ilustres Mauro Grinberg, Edgard Antônio Pereira e Eleni Lagroteria da Silva, com uma visão bem mais rígida, visto que tal entendimento alcança até o processo de conduta, a saber:

“(...) O terceiro legitimado é aquele que tem interesse jurídico no resultado da lide e não um mero interesse de fato ou econômico. Pacífica é a jurisprudência dos Tribunais e a doutrina no sentido de que não basta o simples interesse econômico para justificar a assistência e, portanto, a intervenção do terceiro.”¹⁰ (grifei)

Assim já se manifestou o Poder Judiciário, repelindo a figura do assistente no processo antitruste.¹¹ (...) Impõe-se a solução, máxime porque o sujeito passivo do delito econômico é o mercado, o povo, e não o particular diretamente atingido pela conduta ilícita.”¹²

Completa o insigne advogado, utilizando os ensinamentos de José Frederico Marques e Pontes de Miranda, dentre outros, que no mesmo sentido está a melhor doutrina pátria.¹³

Define ainda que:

⁹ *Roteiro do Processo Penal-Econômico na Legislação de Concorrência*. Revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC. v. 5. n. 10. São Paulo. 1998. p. 18.

¹⁰ e.g. vide STJ-4ª Turma, Resp 9.548-0-SP, rel. Min. Fontes de Alencar, J. 1.12.92, não conheceram, v.u., DJU 26.4.93, p. 7.211, 2ª col., em.; RT 469/170, RJTJESP 96/258, RF 251/192, JTA 34/332, 111/404, RP 33/245, 47/287 etc.

¹¹ FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*–Direito Antitruste Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ementa n. 327, 1985, p. 293.

¹² *Idem. Ibidem.* nota 9. p. 21.

¹³ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, v. I, 2ª ed. Bookseller: São Paulo, 1997, p. 269, MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, p. 56, dentre outros. *Apud* FRANCESCHINI, J. I. G. *Ibidem.* p. 18.

“(...) o art. 29 da Lei n. 8.884/94 que, sem reconhecer-lhe, acertadamente, a condição de parte do processo penal-econômico, não deixa de consagrar-lhe o direito de ação junto ao Poder Judiciário (não ao CADE), em ação autônoma individual, na defesa de seus interesses privados, comerciais e/ou pecuniários (que, assim, se distinguem dos direitos públicos de que é titular a Coletividade). Sua causa de pedir encontra fundamento no art. 159 do Código Civil e não na legislação da concorrência.”(Grifei)

Reza o art. 29 da Lei n. 8.884/94:

“Art. 29. Os prejudicados (...) poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude de ajuizamento de ação.” (grifei)

A Lei não foi feita para proteger interesse econômico de terceiros interessados, e sim o interesse jurídico do bem comum e da coletividade.

Para que não pairasse qualquer dúvida sobre a questão, busquei argumentos em decisão proferida pelo Ilustre e Brillhante Ex-Conselheiro desta casa, o Doutor Antônio Fonseca, quando da apreciação do Ato de Concentração entre as empresas Copesul, OPP e Ipiranga.

Ficou claro que naquele caso, de forma muito especial, o Relator, no uso de suas atribuições, e com vistas apenas à instrução completa do processo solicitou o ingresso da Petroquímica Triunfo, como interessada ao caso.

Tratei de copiar na íntegra os parágrafos relativos à questão, para demonstrar que aquele Conselheiro em nenhum momento abriu precedentes para desestimular o envio ao CADE de documentação de forma completa e sem restrições para a perfeita análise da operação.

Ficou mais claro, ainda, que em nenhum momento pretendeu aquele Conselheiro abrir dados de Atos de Concentração entre empresas, a empresas concorrentes, a pretexto de se considerarem interessadas sob hipótese de terem seus interesses prejudicados.

Também, cabe ressaltar que ficou evidente que, naquele caso específico, o objetivo era a perfeita instrução do Processo em razão das

Requerentes não terem fornecido todas as informações, suficientes à análise do Ato, o que neste caso não ocorreu.

Desta forma, assim se manifestou o Conselheiro:

“Isso mostra que as requerentes pouco colaboraram no esclarecimento sobre a alocação de eteno, elemento crucial para a apreciação da estrutura de suprimento. De consequência, a investigação das possibilidades de atendimento à Petroquímica Triunfo S/A viu-se extremamente dificultada pela maneira incompleta e tortuosa como as informações pertinentes foram remetidas aos órgãos instrutores e ao CADE. Esse quadro não somente ampliou o custo da apreciação dos atos contratuais, como também permitiu alimentar suspeita de enganiosidade no fornecimento de informação.

Admissão da Petroquímica Triunfo S/A como “interessada” causou espécie, embora devidamente aprovada pelo Plenário do CADE, por unanimidade. As críticas respeitadas não convenceram ao Relator. Entendo que o abono do Plenário foi acertado, pela contribuição que a Interessada ofereceu à instrução. A Lei nº 8884/94 aponta o Código de processo Civil como aplicável subsidiariamente ao processo antitruste. Por isso me inspirei no artigo 1.107 do CPC, segundo o qual “os interessados podem produzir provas destinadas a demonstrar as suas alegações “e ao juiz “é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.” Mais incisivo ainda é o artigo 1.105, que inquina de nulo o processo pela falta de chamamento dos interessados.

Não vou discutir aqui o conceito de interessado. Apenas devo registrar que ao considerar a Petroquímica Triunfo S/A, levei em conta o fato de que qualquer que fosse o seu sentido a decisão afetaria diretamente o direito material da empresa de uma forma tão particular que a colocava numa situação ímpar e excepcional. Daí também a excepcionalidade da admissão do interessado, explicitando-se que, em sede de jurisdição voluntária, a lesão de direito material não é pressuposto, como no processo de ato de concentração.

Ainda nos termos do CPC, o juiz, na jurisdição voluntária, não está ‘obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.’ Esse dispositivo pode ser invocado até para o Relator, no CADE, ao admitir um interessado, usar da sua liberalidade. Daí não se pode defender a priori um direito individual dessa ou daquela empresa de exercitar alguma atuação no processo. Pontes de Miranda reconhece ao interessado não um dever, mas

um ônus de apresentar provas, que o juiz pode receber se convier ao julgamento.

Duas razões me levaram a atribuir o status de interessada à Petroquímica Triunfo S/A: uma, foi permitir o controle da qualidade da informação apresentada pelas requerentes e a outra foi receber input necessário ao desenvolvimento de um processo de negociação realista. A preocupação com a qualidade da informação é fundamental pelo fato de que o CADE ainda não dispõe de uma estrutura administrativa capaz de desenvolver pesquisa sistemática e avaliar, com rapidez, a qualidade da informação de mercado fornecida pelas fontes interessadas.”

Entendo, ainda, que não se aplicam, no presente caso, as regras contidas na Lei nº 9.784/99, que regulamenta o Processo Administrativo, em razão de:

- a) não ser a apreciação do ato de concentração um processo, e sim um mero procedimento de análise, submetido ao CADE para homologação ou não;
- b) tratar-se de procedimento restrito entre o CADE e as partes requerentes que participam do ato, os quais estão submetidos às regras determinadas por Lei especial, cujo descumprimento é punível com atribuição de responsabilidade civil, na forma da Lei.

Pelo exposto, decido:

1º. Não acolher como terceira interessada qualquer empresa concorrente do mercado em análise referente a este ato de concentração, nem admitir qualquer dessas empresas no pólo passivo legítimo do procedimento submetido ao CADE, porquanto inexistir pólo passivo neste feito, e em razão de:

- a) não haver na Lei n. 8.884/94 qualquer dispositivo que autorize o Conselho ou até mesmo o Plenário a assim proceder;
- b) não ser o procedimento de controle de atos e contratos um Processo Administrativo *stricto sensu*, cuja legitimidade, tanto ativa quanto passiva, está definida pela Lei n. 8.884/94.

2º. Admitir todas as empresas concorrentes apenas como informantes do Ato de Concentração, tendo em vista sua qualidade de concorrente do mercado em análise.

Superadas estas questões incidentais, que decorrem do pedido da “Cervejaria Kaiser do Brasil S/A”, passo a decidir uma terceira questão.

3ª QUESTÃO INCIDENTAL

DAS ALEGAÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR APLICADA PELO CADE, QUANDO DA APRESENTAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

Conforme já visto no Relatório, o CADE, acolhendo minha proposta, referendou Medida Cautelar, que foi aplicada às Requerentes com o objetivo de que a realização do negócio não viesse a prejudicar o mercado, a livre concorrência e o consumidor, de forma irreversível, ou que as Requerentes não viessem a praticar algum ato, cuja reversibilidade fosse onerosa para a coletividade ou para o mercado.

Não quis o CADE, com isto, agir de forma intervencionista, inviabilizando a livre iniciativa, ou ferindo qualquer princípio constitucional de garantia ao exercício da atividade econômica. Tanto assim, que vedou apenas as práticas e estratégias que causassem ou pudessem causar prejuízos à coletividade ou à concorrência.

Ao aplicar a MEDIDA CAUTELAR, o CADE decidiu, *verbis*:

*“(...) que as empresas se abstenham, a partir da publicação deste despacho, de praticar quaisquer atos decorrentes do contrato já realizado que modifiquem a estrutura, condições ou características do mercado até agora vigente, cuja reversibilidade seja onerosa para a coletividade, tais como:
.....”(grifei)*

A empresa Kaiser protocolou três pedidos junto ao CADE, para que fosse reconhecido o descumprimento da Medida Cautelar. Contudo, em nenhum deles trouxe provas de que a coletividade fora prejudicada pelos atos apontados. Senão, vejamos:

1. Em 10/09/99, a Kaiser informa que a AmBev pretendia consumir, em 15/09/99, a incorporação total das ações da Antarctica, via deliberação de Assembléia Geral Extraordinária.

Tal incorporação não foi considerada como descumprimento da Medida Cautelar pelas seguintes razões:

1º) para o CADE não existe fato consumado, pois qualquer ato ou contrato só tem validade após aprovação do Plenário; e

2º) a realização, por ato assemblear, não demonstrou trazer qualquer prejuízo à coletividade.

2. Em 11/11/99, mais uma vez, a Kaiser apresentou petição relembrando as restrições contidas na Medida Cautelar e apresentando fotos em que a Brahma e a Skol carregavam produtos em um mesmo caminhão.

Sobre essa questão, a Brahma e a Skol, que são marcas de cervejas da mesma empresa, e fazem distribuição compartilhada em determinadas localidades, restou provado que tal distribuição já ocorria antes da criação da AmBev, não havendo como se falar em descumprimento da criação da Medida Cautelar.

3. Na mesma petição a Kaiser levanta dúvidas sobre a emissão de debêntures acerca da Antarctica, que alcançará um valor da ordem de trezentos milhões, tendo sido os títulos negociados pelo Banco Bradesco, que arrematara 60%.

Salientou a Kaiser que os títulos foram lançados na categoria “Melhores Esforços” e “Garantia Firme” e que o comentário do mercado (grifei) era que a Brahma teria creditado parte desse valor ao Banco Bradesco para arranjar uma forma de a Antarctica trocar sua dívida de curto para longo prazo.

A Kaiser afirmou que havia no mercado a informação (grifei) de que sendo o Bradesco detentor de 1/3 das ações da LATASA, empresa fornecedora de latas de alumínio para o mercado de bebidas, o interesse do Banco na cooperação do financiamento da Antarctica poderia ser mais amplo, acusando, ainda, a AmBev de comprar a LATASA.

A Kaiser alegou, outrossim, na mesma peça, que a política de *marketing* das duas empresas passara para as mãos da Brahma, o que configuraria um ensaio geral à fusão.

Em razão de a Kaiser não ter trazido aos autos qualquer prova concreta, a não ser alegações de ouvir falar o que se comenta no mercado (grifei), juntei o documento ao processo e, como nas situações anteriores, por não ter vislumbrado qualquer indício de prejuízo à coletividade ou ao mercado, usei de minhas atribuições legais para tratar da questão quando da divulgação do meu voto, conforme o faço neste momento.

4. Em 31/01/2000, nova petição da empresa Kaiser, desta feita apresentando uma fita de vídeo com o jogo Brasil × Costa Rica, onde aparece a propaganda do Guaraná Antarctica.

Alegara a Kaiser, conforme cópia da revista Meios & Mensagens, ano XXI, nº 885, que acompanha o seu pedido, que a “Rede Globo de Televisão informou que as cotas de patrocínio do futebol 2000, nacional e internacional, já estavam vendidas para as seguintes empresas: 1) ITAU; 2) EMBRATEL; 3) ALPARGATAS; 4) CERVEJA E REFRIGERANTE BRAHMA; 5) ZAZ-TOP.”

Visava demonstrar que o divulgado durante a apresentação do jogo foi a propaganda do Guaraná Antarctica, quando as cotas teriam sido vendidas à Brahma.

Desta forma, em razão da apresentação de fita de vídeo e de alegação de realização de contrato com a Rede Globo, encaminhei o assunto à Procuradoria do CADE para manifestar-se.

Por sua vez, concluiu a Procuradoria do CADE que deveriam ser requisitadas da Rede Globo de Televisão as cópias dos contratos de propaganda e publicidade com intuito de esclarecer a questão.

Entendi desnecessário que a documentação fosse solicitada à Rede Globo, eis que contrato é uma manifestação bilateral e certamente as Requerentes teriam uma via. Assim, requisitei as cópias à AmBev e não vislumbrei no ato praticado pelas empresas Brahma e Antarctica qualquer indício de prejuízo à coletividade ou ao mercado, muito menos de forma irreversível, ou que sua reversibilidade fosse onerosa à ordem econômica, e, juntando a documentação aos autos, mais uma vez, também reservei-me para oferecer manifestação no momento do voto.

Isto posto, decido:

1. Considerar improcedentes as manifestações da “Cervejarias Kaiser do Brasil S/A”, supra referenciadas, em razão de não ter restado configurado ou provado qualquer risco de dano jurídico ao mercado objeto da análise do presente Ato de Concentração.

DO MÉRITO

Trata o presente procedimento de requerimento de análise, conforme determina o artigo 54 da Lei nº 8.884/94, do ato pelo qual decidiram se reunir, sob o mesmo controle acionário, as empresas COMPANHIA ANTARCTICA PAULISTA - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS E CONEXOS, doravante denominada ANTARCTICA, neste ato representada pela sua controladora a FUNDAÇÃO ANTONIO E HELENA ZERRENER, entidade fundacional sem fins lucrativos, que firmou o Requerimento, e a COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, doravante designada BRAHMA, neste ato representada pelas controladoras EMPRESA DE CONSULTORIA, ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S/A - ECAP e BRACO S/A, sociedades que firmaram o Requerimento, para criar uma nova sociedade denominada COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AmBev, mediante a conferência das ações ordinárias representativas do controle da Brahma e da Antartica ao capital social da AmBev.

I. DAS REQUERENTES

As Requerentes celebraram atos societários com o fim de reunir, sob o mesmo controle acionário, as respectivas companhias, constituindo uma nova empresa denominada “Companhia de Bebidas das Américas - AmBev”.

a - Companhia Cervejaria Brahma

A Brahma é uma empresa de origem brasileira, de capital aberto, com sede no Rio de Janeiro - RJ. Atua na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas, chás e isotônicos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja. Seus maiores acionistas são a empresa de Consultoria, administração e participações - ECAP, com

30,65%, e Braco S/A, com 24,43% em seu capital ordinário. As demais ações ordinárias encontram-se distribuídas entre um grande número de pequenos acionistas no mercado.

Ecap e Braco detêm participação em investimentos em outras empresas de diversos ramos, tais como o ferroviário, o de telecomunicações, o de entretenimento, o de varejo, o imobiliário, etc. Segundo as requerentes (fls. 35), as participações citadas não possuem qualquer relação com os mercados envolvidos no presente Ato de Concentração.

Seus investimentos no exterior concentram-se principalmente na Argentina, no Uruguai e na Venezuela, onde opera através do sistema de franquia, implantando suas próprias unidades produtivas, ou mediante a aquisição de controle acionário de indústrias locais (Venezuela). Segundo informações constantes nos autos (fls. 36), a Brahma possui participação acionária nas seguintes empresas no Brasil e no Mercosul:

1. Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A;
2. Fazenda do Poço S/A;
3. Cervejaria Miranda Correia S/A;
4. Arosuco - Aromas e Sucos S/A;
5. Cervejaria Astra S/A;
6. Cervejaria Águas Claras S/A;
7. CRBS S/A;
8. Eagle Distribuidora de Bebidas Ltda;
9. Miller Brewing do Brasil Ltda;
10. Pepsi Cola Engarrafadora Ltda;
11. PCE Bebidas LTDA;
12. Pilcomayo Participações S/A;
13. Fratelli Vita Bebidas Ltda;
14. ITB Bebidas Ltda;
15. BRAIP Ltda;
16. Malteria Pampa S/A (Argentina);
17. Jaluá S/A (Uruguai);
18. Malteria Uruguay S/A (Uruguai);
19. Dahlen S/A (Uruguai);
20. CCBU S/A (Uruguai), e

21. CCPB S/A (Paraguai).

O faturamento da Brahma, em 1998, situou-se em torno de R\$ 6,8 bilhões no Brasil, alcançando R\$ 6,9 bilhões no Mercosul (incluindo Brasil) e R\$ 7 bilhões no mundo.

Operações (aquisições, fusões, associações e constituição da empresa) efetuadas pela Brahma nos últimos 4 anos no país e no Mercosul:

- 1995 - constituição da Miller Brewing do Brasil Ltda, juntamente, com a Miller Brewing Company e a Miller Brewing M 1885 - INC, com objeto de produzir, importar e distribuir a cerveja Miller no Brasil. Apresentada ao CADE por intermédio do Ato de Concentração nº 58/95, o qual, em 13/05/98, foi aprovado sob condições;
- 1996 - Associação da Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A com a cervejaria dinamarquesa Calsberg, através de contrato de licenciamento para fabricação da cerveja Calsberg no Brasil. Apresentado ao CADE por meio do Ato de Concentração nº 122/97, o qual, em 24/03/99, foi aprovado sob condições;
- 1997 - Aquisição da Buenos Aires Embotelladora S/A da Pepsico Inc.. Apresentada ao CADE através do Ato de Concentração nº 08012.007374/97-38, o qual, em 30/09/98, foi aprovado sem restrições;
- 1997 - Constituição da Fratelli Vita Bebidas Ltda., juntamente com Indústrias Gessy Lever Ltda. Apresentada ao CADE através do Ato de Concentração nº 178/97, o qual, em 08/12/98, foi aprovado sem restrições.

A Brahma e sua controlada Skol produzem 11 marcas de cervejas e possuem 16 fábricas em operação só de cervejas e 4 mistas (refrigerantes e cervejas) totalizando uma capacidade instalada de 59,97 milhões de hectolitros. Tal estrutura produtiva permitiu ao grupo produzir cerca de 53,795 milhões de hectolitros de cerveja em 1998.

b. Companhia Antarctica Paulista- Industria Brasileira de Bebidas e Conexos

A Antarctica é empresa de nacionalidade brasileira, de capital aberto, com sede em São Paulo. Atua na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, tubaínas, águas e sucos).

Fazem parte do grupo Antarctica, além da Companhia Antarctica Paulista, as seguintes empresas:

- Progress - Propaganda, Promoções e Comércio Ltda;
- Anep - Antarctica Empreendimentos e Participações Ltda;
- Indústria de Bebidas Antarctica do Sudeste S/A;
- Lapa Distribuidora de Bebidas Ltda;
- Indústria de Bebidas Antarctica - Polar S/A
- Distribuidora de Bebidas Antarctica de Manaus Ltda;
- Indústria de Bebidas Antarctica do Norte-Nordeste S/A
- Distribuidora de Bebidas Ribeirão Preto Ltda;
- Transportadora Lizar Ltda;
- Budweiser Brasil Ltda;
- Cervir Distribuidora de Bebidas.

Em 1998, a Antarctica obteve faturamento consolidado de R\$ 3,3 bilhões.

A partir da década de 70, a estratégia de expansão da Antarctica se deu através da aquisição de diversas pequenas fábricas de cervejas (Pérola/RS, Itacolomy/MG, Alterosa/MG, etc), assim como da construção de 22 unidades produtoras de cervejas e 25 de refrigerantes (18 próprias e 7 franquias). Atualmente a empresa comercializa 32 marcas de cervejas e mais de 70 tipos de embalagens.

Em 1996, a Antarctica formou uma *joint venture* com a empresa norte-americana Anheuser-Busch S/A, visando estabelecer parcerias nas áreas de produção, marketing e venda da cerveja Budweiser no Brasil, através da Budweiser Brasil Ltda., assim como viabilizar a introdução e incremento das marcas de refrigerantes e cervejas da Antarctica no mercado externo.

Em dezembro de 1997, o CADE condicionou a aprovação ao aumento da participação da Anheuser-Busch na Antarctica para 30%, elevando assim o montante de investimentos previstos pela empresa norte-americana no Brasil. Recentemente, a *joint venture* foi desfeita, em razão da Anheuser-Busch não integralizar o capital necessário para a continuação da parceria por um período superior a 2 anos, conforme exigência do CADE.

As Requerentes celebram atos com o fim de reunir sob o mesmo controle acionário as respectivas companhias controladas, por meio da constituição de uma nova sociedade anônima, denominada companhia de Bebidas das Américas - AmBev.

Para tanto, conferiram ao capital social da AmBev 9.448.160 ações ordinárias e 1.101.418 ações preferenciais, todas sem valor nominal, representativas de 88,09% do capital votante e 87,91% do capital social total da Antarctica; e 1.451.915.567 ações ordinárias e 13.580.693 ações preferenciais, todas sem valor nominal, representativas de 55,08% do capital votante e 21,17% do capital social total da Brahma.

Segundo as Requerentes, a operação envolve ativos totais da ordem de R\$ 8,1 bilhões. Em 1998, as duas empresas comercializaram 59,9 milhões de hectolitros de cerveja e 27 milhões de hectolitros de refrigerantes, resultados que colocariam a AmBev como a quinta maior empresa de bebidas do mundo.

Salientam, ainda, que a estimativa da participação dos principais concorrentes, por produto, no mercado, é a seguinte:

CERVEJA (1998)

	Valor (em milhões de R\$)	%	Volume (milhões de hectolitros)	%
Antarctica	3.812,00	25,9	20,7	25,4
Brahma	3.754,00	25,5	19,9	24,4
Skol	3.680,00	25,0	19,3	23,7
Kaiser	2.237,00	15,2	13,0	15,9
Schincariol	868,00	5,9	06,1	07,5
Outros	369,00	2,5	02,5	03,1

Fonte: ACNielsen

REFRIGERANTE (1998)

	Valor (em milhões de R\$)	%	Volume (milhões de hectolitros)	%
Coca-Cola	6.285,00	48,5	53,0	48,2
Antarctica	1.555,00	12,0	13,0	11,8
Brahma	959,00	07,4	8,0	07,3
Pepsi-Cola	751,00	05,8	6,0	05,4
Outros	3.408,00	26,3	30	27,3

Fonte: ACNielsen

ÁGUAS (1998)

	Volume (milhões de hectolitros)	%
Edson Queiroz	1,80	20,0
Lindoya	0,99	11,0
Perrier Vittel	0,54	06,0
Crystal	0,45	05,0
Schincariol	0,36	04,0
Outros (inclui Antarctica e Brahma)	4,86	54,0

Fonte: ACNielsen

SUCOS (1998)

	Volume (milhões de hectolitros)	%
Parmalat	8,58	39,0
Nestlé	2,20	10,0
Danone	1,98	09,0
Importados	3,52	16,0
Outros (inclui Antarctica)	5,72	26,0

Fonte: ACNielsen

CHÁS (1998)

	Valor (em milhões de R\$)	%	Volume (milhões de hectolitros)	%
Parmalat	24,01	42,0	0,092	43,0
Leão Jr. (Mate Leão)	13,88	24,5	0,061	28,5
Brahma (Lipton)	16,50	29,0	0,048	22,4

Fonte: ACNielsen

ISOTÔNICOS (1998)

	Valor	%	Volume	%
--	--------------	----------	---------------	----------

	(em milhões de R\$)		(milhões de hectolitros)	
Quaker (Gatorade)	158,98	87,3	0,33	84,2
Brahma (Marathon)	9,21	5,1	0,025	6,4
Parmalat (Santal Active)	3,04	1,7	0,0071	1,8
SEM (Energil C Sport)	2,57	1,4	0,0067	1,7

Fonte: ACNielsen

II. DOS PRODUTOS

Antes da proposta de operação, as empresas ofereciam ao mercado, separadamente, os seguintes produtos:

II.1 Antarctica

PRODUTOS OFERECIDOS	MARCAS	QUANTIDADE
CERVEJAS	Antarctica Antarctica Bock Bavaria Chopp Bavaria Pilsen Bavaria Premium Bock Polar Bohemia Budweiser Chopp Antarctica Bock Chopp Bock Polar Chopp Kronenbier Chopp Munchen Chopp Niger Chopp Pilsener Chopp Polar Chopp Serramalte Extra Serramalte GUT Kronenbier Kronenbier Serramalte	33

	Malzbier Antarctica Mossoró Munchen Extra Niger Original Perola Extra Pilsen Extra Pilsener Chopp Pinguim Polar Export Polar Pilsen Porter Nacional Rio Cristal	
REFRIGERANTES	Água Tônica Água Tônica Diet Club Soda Guaraná Champ. Diet Guaraná Champagne Pop Cola Pop Cola Diet Pop Cola Light Pop Laranja Pop Laranja Diet Soda Limonada Soda Limonada Diet	12

PRODUTOS OFERECIDOS	MARCAS	QUANTIDADE
TUBAÍNAS	Baré Cola Baré Cola Light Baré Tutti-Frutti Baré Tutti-Frutti Light Barezinho Cola Jeneve Ginger Ale Guará Suco Guaraná Baré	14

	Guaraná Frizante Polar Guaraná Polar Light Lara Suco Laran-J Pitchula	
ÁGUAS	Água Perola Água Perola Gaseificada	02
SUCOS	Abacaxi Caju Laranja Limão Maracujá Tangerina Uva	07
TOTAL	--	68

II.2 Brahma

PRODUTOS OFERECIDOS	MARCAS	QUANTIDADE
CERVEJAS	Brahma Bock Brahma Chopp Brahma Extra Brahma Light Caracu Carlsberg Chopp Brahma Chopp Skol Malzbier Miller Skol Pilsen	11

PRODUTOS OFERECIDOS	MARCAS	QUANTIDADE
REFRIGERANTES	Brahma Guaraná Brahma Guaraná Light Limão Pepsi Cola Pepsi Cola Light Seven-Up Seven-Up Diet Soda Cristal Sukita Sukita Diet Tônica Kas Guaraná Mirinda Laranja Mirinda Uva Teem Teem Diet	16
ÁGUAS	Água Fontil Água Fontil com gás Água Fratelli Água Fratelli com gás Água Rainha	05
CHÁS	Lipton Ice Tea Limão Lipton Ice Tea Limão Diet Lipton Ice Tea Pêssego Lipton Ice Tea Pêssego Diet	04
ISOTÔNICOS	Marathon Abacaxi Marathon Coco Marathon Graviola Marathon Kiwi Marathon Limão Marathon Maracujá Marathon Melancia Marathon Tangerina	08
MALTES	Malte Pilsen	03

	Malte Torrado	
	Malte para Destilarias (Whisky)	
TOTAL	--	47

II.3 AmBev

Após a operação, a **AmBev** pretenderá contar com o seguinte *portfolio* de produtos:

PRODUTOS OFERECIDOS	ANTARCTICA	BRAHMA	QUANTIDADE
CERVEJAS	Antarctica	Brahma Bock	44
	Antarctica Bock	Brahma Chopp	
	Bavaria Chopp	Brahma Extra	
	Bavaria Pilsen	Brahma Light	
	Bavaria Premium	Caracu	
	Bock Polar	Carlsberg	
	Bohemia	Chopp Brahma	
	Budweiser	Chopp Skol	
	Chopp Antarctica Bock	Malzbier	
	Chopp Kronenbier	Miller	
	Chopp Bock Polar	Skol Pilsen	
	Chopp Munchen		
	Chopp Niger		
	Chopp Pilsener		
	Chopp Polar		
	Chopp Serramalte		
	Extra Serramalte		
	GUT		
	Kronenbier		
	Kronenbier Serramalte		
	Malzbier Antarctica		
	Mossoró		
	Munchen Extra		
	Niger		
	Original		
	Perola Extra		
	Pilsen Extra		

	Pilsener Chopp Pinguim Polar Export Polar Pilsen Porter Nacional Rio Cristal		
--	---	--	--

PRODUTOS OFERECIDOS	ANTARCTICA	BRAHMA	QUANTIDADE
REFRIGERANTES	Água Tônica Água Tônica Diet Club Soda Guaraná Champ. Diet Guaraná Champagne Pop Cola Pop Cola Diet Pop Cola Light Pop Laranja Pop Laranja Diet Soda Limonada Soda Limonada Diet	Brahma Guaraná Brahma Guaraná Light Limão Pepsi Cola Pepsi Cola Light Seven-Up Seven-Up Diet Soda Cristal Sukita Sukita Diet Tônica Kas Guaraná Mirinda Laranja Mirinda Uva Teem Teem Diet	28
TUBAÍNAS	Baré Cola Baré Cola Light Baré Tutti-Frutti Baré Tutti-Frutti Light Barezinho Cola Jeneve Ginger Ale Guará Suco Guaraná Baré Guaraná Frizante Polar	----	14

	Guaraná Polar Light Lara Suco Laran-J Pitchula		
ÁGUAS	Água Perola Água Perola Gaseificada	Água Fontil Água Fontil com gás Água Fratelli Água Fratelli com gás Água Rainha	7

PRODUTOS OFERECIDOS	ANTARCTICA	BRAHMA	QUANTIDADE
CHÁS	----	Lipton Ice Tea Limão Lipton Ice Tea Limão Diet Lipton Ice Tea Pêssego Lipton Ice Tea Pêssego Diet	4
SUCOS	Abacaxi Caju Laranja Limão Maracujá Tangerina Uva	----	7
ISOTÔNICOS	----	Marathon Abacaxi Marathon Coco Marathon Graviola Marathon Kiwi Marathon Limão Marathon Maracujá	8

		Marathon Melancia Marathon Tangerina	
MALTES	----	Malte Pilsen Malte Torrado Malte para Destilarias (Whisky)	3
TOTAL	68	47	115

III. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTOS

III.1 Considerações Gerais

O mercado relevante desta operação terá consideração peculiar eis que, se do lado da demanda apresentam-se os produtos cervejas, refrigerantes, chás, águas, isotônicos, etc, do outro lado apresentam-se as sinergias dos processos produtivos, a complementariedade na distribuição, o que levou as Requerentes a considerar que tais fatores são determinantes de uma forma de organização de negócio, e que em razão disso os fabricantes deveriam ser colocados no mesmo mercado de bebidas em geral (grifei).

Alegam as Requerentes que “outro importante fato a ser considerado na definição dos agentes que atuam nesse mercado é a inexistência de regulação específica do setor de bebidas”, levando a um entendimento de que com o aproveitamento racional e eficiente de sinergias que permitam a organização da oferta em “empresa de bebidas”, poderá fazer com que se considere o mercado relevante, como o mercado de bebidas.

Sustentam, ainda, as Requerentes que, sendo do mercado de bebidas que participavam antes da fusão, e que tendo elas sido concorrentes entre si nos segmentos de cerveja, refrigerantes e águas, o mercado a ser considerado é o de bebidas, eis que a operação implica em um conjunto de produtos alcoólicos e não alcoólicos.

A análise do processo de fusão, em relação aos produtos objeto do negócio, demonstra que tais produtos têm características distintas e tais características vão refletindo de modo que, tanto as empresas fusionadas quanto qualquer outra participante do mesmo “negócio de bebidas” necessita

de estratégias diferenciadas para, no final, atingir o consumidor, que também consome os diversos produtos do “negócio de bebidas”, de forma diferenciada. O consumidor de refrigerante pode não ser o mesmo de cerveja, do mesmo modo que o consumidor do isotônico pode não ser o mesmo do refrigerante e o da cerveja, e, assim, sucessivamente.

III.2 Definição Do Mercado Relevante

Se analisarmos a operação apenas do lado da oferta, em que as empresas formam um “negócio de bebidas”, há que se considerar o conceito das Requerentes. Mas, se analisarmos a operação, levando em conta a demanda e oferta juntos, veremos que o “negócio de bebidas” passa a ter características especiais, a partir dos impactos no ambiente concorrencial, nos diversos segmentos de bebidas, a saber:

- A Brahma e a Antarctica exercem liderança no segmento de cerveja e não detêm uma participação desprezível no segmento de refrigerantes, conforme afirmado pelas Requerentes. Assim, terão de adotar estratégias concorrenciais diferentes para atuar nos mercados onde ocupem posição de liderança e por certo investir nos mercados onde possuem posição secundária.

Vê-se, portanto, que a “empresa de bebidas” atua em negócios de bebidas, e para cada negócio tem um comportamento compatível, visando diminuir custos e aumentar produtividade, na busca do bem estar concorrencial, de modo a atingir o consumidor final.

A SDE, ao definir “mercado relevante” em seu parecer, dentre outros comentários, aduziu que:

“Se de fato, a demanda do varejista fosse pela provisão conjunta, o fabricante procuraria ofertar a cesta conjuntamente e as empresa ofertantes de somente um produto enfrentariam dificuldades para concorrer no mercado. Entretanto, o crescimento recente das tubainas no mercado de refrigerantes em detrimento das participações da Coca-Cola, Antarctica e Brahma, empresas também ofertantes de cervejas, não corrobora com esta assertiva”.

Ademais, vale registrar que a definição clássica de mercado relevante direciona a análise para os critérios de preferência do consumidor e

as evidências de substitutibilidade entre os produtos ofertados, prevalecendo, assim, a jurisprudência adotada pelo CADE. Na mesma direção entendo que:

1. Do ponto de vista do consumidor, a presente operação envolve os seguintes produtos: - cervejas, refrigerantes, águas, chás, isotônicos e sucos. São produtos diferentes e dão ao consumidor condições de opção de acordo com sua preferência.
2. Em relação à substitutibilidade do produto, verifica-se que cada produto é percebido pelo consumidor de forma distinta em momentos específicos, possuindo públicos diferentes conforme o caso e o momento. Tem-se, portanto, que a substitutibilidade entre os produtos é muito baixa e que, conforme o público, é nenhuma, principalmente quando se trata da substituição entre bebida alcoólica e não alcoólica.

Neste campo, acompanho o entendimento da Secretaria de Direito Econômico, para definir o Mercado Relevante da presente operação, que tem seus produtos distintos a saber: cervejas, refrigerantes, águas, chás, isotônicos, e sucos.

Dos produtos que envolve a presente operação, observo que o grau de concentração econômica importante a ser considerado, está resumido aos mercados de cervejas, refrigerantes e águas.

Os mercados de chás, sucos, isotônicos e malte não são afetados pela operação. Os três primeiros estão situados em ambiente concorrencial saudável, destinados ao consumidor final, e, o malte, tem sua produção em 100% destinada ao consumo interno das Requerentes.

Concordo, portanto, com a decisão da Secretaria de Direito Econômico em considerar, para efeito de análise do presente ato de concentração, apenas os mercados de águas, refrigerantes e cervejas, que passo a analisar:

III.1 - Águas

As águas produzidas pelas Requerentes têm duas classificações: (a) mineral, gaseificada ou não, e (b) mineralizada, gaseificada ou não. Levando-se em conta a metodologia adotada pelo CADE, no que concerne à percepção do consumidor e à substitutibilidade de produtos, verifica-se que não há diferença a ser considerada. Portanto, concordo com a Secretaria de Direito

Econômico, no sentido de que o mercado relevante deste produto é o de ÁGUAS ENGARRAFADAS.

A Concentração decorrente da operação neste mercado relevante não será capaz de gerar impacto anticoncorrencial. Assim, a AmBev contará, no mercado de águas engarrafadas, com os seguintes produtos: Água Pérola - Água Pérola Gaseificada - Água Fontil - Água com Gás - Água Fratelli - Água Fratelli com Gás e Água Rainha.

III.2- Refrigerantes e Tubaínas

Os refrigerantes produzidos pelas Requerentes são : Água Tônica - Água Tônica Diet - Club Soda - Guaraná Champagne Antarctica - Guaraná Champagne Antarctica Diet - Pop Cola - Pop Cola Diet- Pop Cola Light - Pop Laranja - Pop Laranja Diet- Soda Limonada Diet - Brahma Guaraná - Brahma Guaraná Light - Limão - Pepsi Cola - Pepsi Cola Light - Seven Up - Seven Up Diet - Soda Cristal - Sukita - Sukita Diet Tônica - Kas Guaraná - Mirinda Laranja - Mirinda Uva - Teem e Teem Diet.

Em relação às tubaínas, apenas a Antarctica opera com o fabrico, engarrafamento e distribuição dos seguintes produtos: Baré Cola - Baré Cola Light - Baré Tutti-Frutti - Baré Tutti Frutti Light - Barezinho - Cola Jeneve - Ginger Ale - Guará Suco - Guaraná Baré - Guaraná Frizante Polar - Guaraná Polar Light - Lara Suco - Laran-J e Pitchula.

Conforme se verifica, o *portfolio* de refrigerantes e tubaínas faz com que se defina este mercado como o de refrigerantes carbonatados, considerando-se, inclusive, a metodologia adotada pelo CADE em relação à substitutibilidade dos produtos aos olhos do consumidor.

A concentração deste mercado supera o patamar de 20% de participação no mercado relevante, no entanto, de acordo com a SEAE/MF e a SDE/MJ, em razão da operação proporcionar recursos para que as Requerentes possam competir com a Coca-Cola, poderá ser considerada pró-competitiva.

III.3 Cervejas

Unicamente em relação ao mercado de cervejas, a operação merece uma análise acurada, tendo em vista o alto índice de concentração econômica.

Com a operação, a AmBev passa a contar com os seguintes produtos no mercado de cerveja:

PRODUTO OFERECIDO	ANTARCTICA	BRAHMA	QUANTIDADE
CERVEJAS	Antarctica Antarctica Bock Bavaria Chopp Bavaria Pilsen Bavaria Premium Bock Polar Bohemia Budweiser Chopp Antarctica Bock Chopp Bock Polar Chopp Kronenbier Chopp Munchen Chopp Niger Chopp Pilsener Chopp Polar Chopp Serramalte Extra Serramalte GUT Kronenbier Kronenbier Serramalte Malzbier Antarctica Mossoró Munchen Extra Niger Original Perola Extra Pilsen Extra Pilsener Chopp Pinguim Polar Export Polar Pilsen Porter Nacional	Brahma Bock Brahma Chopp Brahma Extra Brahma Light Caracu Carlsberg Chopp Brahma Chopp Skol Malzbier Miller Skol Pilsen	44

	Rio Cristal		
--	-------------	--	--

Considerando-se a metodologia da substitubilidade dos produtos em relação ao consumidor, tem-se que neste mercado as cervejas variam de acordo com o seu teor alcoólico, preço e sabor, fazendo com que surjam as seguintes qualidades:

- Teor alcoólico e sabor - Pilsen, Bock, Light, Malzbier e Stout.
- Preço - Premium Price, Standard e Low Price.

De acordo com entendimento do CADE, a segmentação que diferencia os produtos entre si não justifica e nem autoriza a análise em mercados relevantes distintos.

Há outras variáveis no que tange às embalagens, temperaturas e momento de consumo que influenciam na dinâmica concorrencial, mas que também não justificam a segmentação em vários mercados relevantes. Portanto, considero como mercado relevante, o de CERVEJAS.

Existem poucas dúvidas quanto ao baixo grau de substitubilidade entre cervejas e outras bebidas¹⁴, mas há certa discussão se seria possível (ou conveniente) segmentar ainda mais o mercado. Nos casos anteriores, julgados pelo CADE (Brahma/Miller e Antártica/Anheuser Bush) envolvendo cervejas, chegou-se a discutir o recorte entre cervejas tipo *premium* e comum.

Fagundes e Mello, em texto recente, as levantar a hipótese¹⁵ da existência de elevados gastos de propaganda das empresas cervejeiras no Brasil e no mundo, comenta o fato de “a indústria de cervejas ser tratada pela literatura de Organização Industrial como exemplo de um setor em que o padrão de concorrência é fortemente baseado na diferenciação do produto, seja pela fixação da marca via publicidade, seja pelo uso de distintos tipos de cerveja - nichos de mercado - e canais de comercialização. Nesse sentido, pouco importa que, eventualmente, as características químicas e os sabores das cervejas *premium* e comum sejam semelhantes, contanto que os consumidores as percebam como produtos distintos. Não é por outro motivo

¹⁴ Há estudos sobre a indústria cervejeira, citados no voto da Conselheira Lucia Helena Salgado no AC Antártica/Anheuser Bush (Kenneth Elzinga e Douglas Greer). Segundos estes estudos, a elasticidade-cruzada entre cervejas e outros tipos de bebidas é baixa. Em contrapartida, a elasticidade cruzada entre marcas de cerveja é alta.

¹⁵ “Estudo de Caso: O Ato de Concentração Brahma-Miller”. Apostila integrante do II Curso de Defesa da Concorrência, de 1999.

que as empresas produtoras de cervejas estão entre as que mais investem em propaganda”.

Pode-se argumentar, em contrário, que:

A diferença entre preços das cervejas comum e *premium* não significa que sejam necessariamente dois mercados distintos, em que o consumidor paga a diferença por percebê-las como produtos distintos. Trata-se, primordialmente, de estratégia de proliferação de marcas das empresas no intuito de ocupar todos os nichos de mercado possíveis para todos os segmentos de renda, e, assim, ocupar todos os espaços concorrenciais possíveis com suas principais rivais.

No texto *A Outra Lâmina da Tesoura - Considerações sobre a Oferta na Definição de Mercado Relevante*, retirado da Revista do IBRAC, v. 5, n. 6, 1998, Alexandre Gheventer comenta:

“o mercado relevante deve considerar as possibilidades de substitubilidade na demanda e na oferta. Ainda que seja possível segmentar consumidores da cerveja comum de consumidores de cerveja premium, os equipamentos e máquinas necessários para produzir um ou outro são exatamente os mesmos, o que permite ao fabricante, com bastante facilidade (em termos técnicos), mudar sua linha de produção (produzindo mais pilsen e menos premium, por exemplo), para atender um mercado que esteja se apresentando como mais lucrativo. Não porque o consumidor perceba os dois produtos como distintos, mas porque, em geral, são ofertados em locais de comercialização diferentes. Não é usual encontrar cerveja pilsen (mais comum nos chamados botecos) concorrendo com premium (comum em locais sofisticados). De fato, ambos podem ser encontrados em supermercados, porém geralmente em embalagens não-retornáveis, cuja diferença de preço tende a ser menor (cerca de 20%). Mas, de fato, são nichos de mercados distintos. Assim, os custos de transformação (switching costs), isto é, a reconversão de parte da capacidade de produção para outro mercado, na indústria cervejeira, são baixos”.

Os casos anteriores apreciados pelo CADE sobre a produção e comercialização de cervejas tinham por objeto *joint-ventures* voltadas para o segmento *premium*. Portanto, a segmentação ou não do mercado relevante poderia gerar efeitos importantes para a análise, tanto foi assim que, embora o produto relevante tenha sido “cerveja”, a decisão no caso Brahma/Miller visava beneficiar a entrada de pequenas cervejarias no segmento *premium*, sendo possível, então, presumir que as condições de entrada deste segmento e

do segmento de cerveja comum seriam distintos. No presente caso, todos os pareceres anteriores têm sugerido medidas em relação à marcas do segmento de cerveja comum, onde, de fato, há menor número de concorrentes e barreiras à entrada. Portanto, ainda que possa se admitir algum recorte, tal esforço provavelmente não ocasionará qualquer efeito sobre a decisão final, mesmo porque, devido ao baixo peso das marcas *premium* da AmBev sobre seu faturamento total, mudanças em termos de *market-share* não seriam significativas.

Características do Mercado Relevante de Cervejas

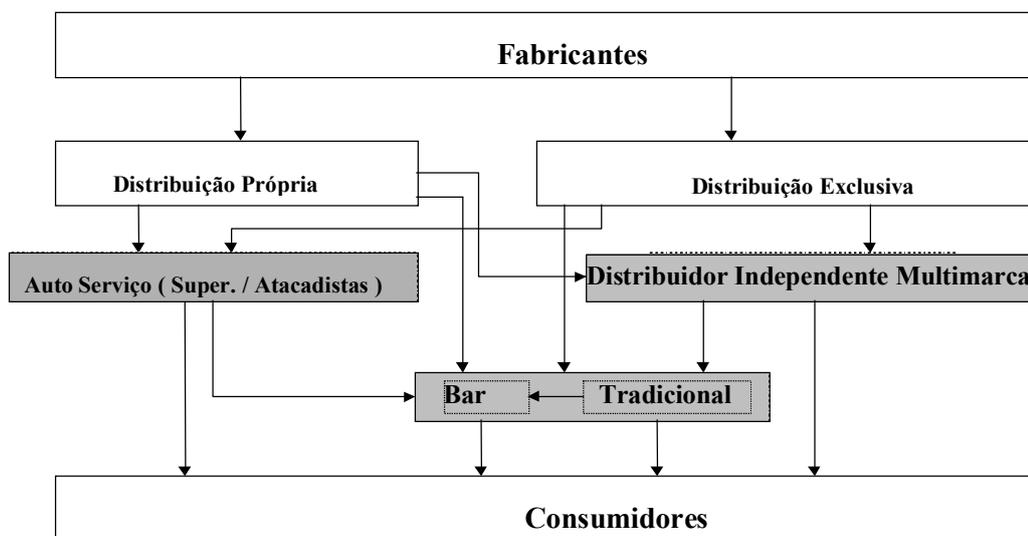
O mercado de cerveja é objeto de maior preocupação da presente análise, por parte das autoridades antitruste, em relação ao alto índice de concentração econômica.

Este mercado possui peculiaridades e características, as quais ressaltou:

- Conforme visto, as cervejas se diferenciam pelo sabor, teor alcoólico, preço, temperatura, embalagens e momento de consumo.
- Em relação ao teor alcoólico e ao sabor, as cervejas são oferecidas ao consumidor de acordo com as diversas marcas existentes no mercado.
- Em relação ao preço, em tese, o que se espera é que tal diferenciação seja admitida apenas nas cervejas consideradas especiais, tais como a *premium price*, *standard* e *low price*.
- Quanto à temperatura, à embalagem e ao momento de consumo, deve ser considerada a venda da cerveja quente ou fria, a embalagem retornável ou descartável e o consumo imediato ou futuro do produto.

De todo modo, o mercado com todas estas características, deve ser visto de acordo com os canais de consumo (pontos de venda), que por sua vez recebem o produto dos segmentos de distribuição própria ou exclusiva.

O quadro a seguir demonstra, com clareza, como se procede à chegada do produto até o consumidor final.



Da Distribuição

A cerveja, bem como todas as bebidas fabricadas pelas empresas, são distribuídas pelos diversos canais responsáveis por levar o produto da fábrica até o consumidor.

É preciso aqui traçar algumas diferenças entre vendedor e o ponto de venda, entre canal tradicional, canal auto-serviço e bar.

1. **VENDEDOR** - é aquele que passa pelo ponto de venda e realiza a venda, tomando o pedido do cliente. O vendedor, ao tomar o pedido, estabelece as condições de negociação, tais como o preço, prazo de pagamento, mix de produtos e entrega.
2. **PONTO DE VENDA** - é o elo final da cadeia de produção que faz com que o produto chegue ao consumidor. O ponto de venda é dividido em duas categorias - *a alimentar e o bar*. A Alimentar é subdividida em auto-serviço e tradicional.
3. **O CANAL TRADICIONAL** - caracteriza-se pela presença do vendedor e o consumo do produto não é imediato. Ex: as padarias e as mercearias.
4. **O CANAL AUTO-SERVIÇO** - caracteriza-se pela presença de caixas registradoras; o consumidor se serve e não há presença dos vendedores. Nestes pontos, o consumo de produtos também não é imediato. Ex: supermercados, mini-shoppings e hipermercados.
5. **O CANAL BAR** - segundo as requerentes, é constituído de aproximadamente 550 mil estabelecimentos, o consumo do produto é imediato, o consumidor é servido pelos vendedores disponíveis e tem como principais categorias de varejo os bares, os restaurantes, as lanchonetes e casas noturnas.

Voltando à distribuição, tem-se que a mesma pode ser própria e exclusiva.

Na **própria**, ou direta, o fabricante distribui seus produtos diretamente no varejo. Esse sistema, conforme assegura o parecer da SDE, foi introduzido no Brasil pela Coca-Cola/Kaiser e, em razão da otimização de custos e tributos, mostrou-se eficiente e passou a ser utilizado por algumas empresas do setor.

O sistema de distribuição direta ou própria é também utilizado pelo canal auto-serviço, tendo em vista o grande porte do volume negociado neste

canal e a possibilidade de negociação do preço e do produto, equilibrando a relação comercial, e forçando a prática do menor preço.

Neste caso, dada a facilidade de negociação direta, a não exigência de se montar uma rede capilar de distribuição, e o poder de barganha decorrente da compra de grandes volumes, o canal de auto-serviço passa a, querendo, possibilitar, também, a entrada de novos fornecedores.

No canal de auto-serviço, as embalagens predominantes são as latas, os descartáveis e as PET's. O produto vendido é predominantemente quente, e para consumo futuro.

O canal de auto-serviço caracteriza-se pela oferta de uma grande variedade de marcas de bebidas em geral a um preço menor, e com predominância da venda de latas de cervejas no tipo de embalagem vendida.

Registre-se que nos canais de auto-serviço os consumidores estão colocados numa situação quase ideal de concorrência, eis que têm diante de si uma gama extensa de marcas, com preços devidamente indicados.

Aliás, esta é a situação ideal para o consumidor que busca a racionalidade do melhor produto pelo menor preço.

Na **exclusiva**, as requerentes afirmam que este sistema é formado por empresas independentes que detêm um contrato de exclusividade de revenda com o fabricante de *portfolio* de produtos do fabricante, e em território previamente definido. Afirmam, ainda, que tal sistema tem uma série de desvantagens, eis que paga em dobro o PIS/COFINS. O distribuidor exclusivo recebe todo o apoio do fabricante, principalmente em relação às melhores práticas de operação e vendas, de sorte a tornar mais rentável seu negócio e maximizar suas vendas em seu território.

As empresas exclusivas fazem a distribuição de bebidas alcoólicas e não alcoólicas de forma conjunta. Tal atitude só é permitida no Brasil, eis que no mundo inteiro as legislações respectivas impedem que tanto a distribuição quanto a venda sejam feitas conjuntamente.

A distribuição exclusiva que atende aos canais multimarcas e aos tradicionais de vendas - bares, restaurantes e casas noturnas - é caracterizada pelo desenvolvimento de eficiente rede de distribuição, alcançando e abastecendo os milhares de pontos de vendas situados em todo território nacional.

Em razão dos canais tradicionais terem reduzida capacidade de estoque dos produtos, os distribuidores necessitam proceder às entregas dos produtos em periodicidade bastante curta.

Os pontos de venda, em sua maioria, se caracterizam pelos canais tradicionais de oferta do produto, os bares, os restaurantes e as casas noturnas, e são abastecidos pelos canais da distribuição exclusiva e direta. Nos pontos de venda, o produto é oferecido ao consumidor predominantemente frio para consumo imediato, e a embalagem predominante é a retornável, nada impedindo, no entanto, que sejam vendidas as embalagens descartáveis, as latas e as PET's a frio e a quente.

IV. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

A discussão sobre a dimensão geográfica do mercado relevante não é trivial. Há estudos que consideram ser regional, nacional, e até mesmo internacional o mercado relevante de cerveja.

Os argumentos sobre a dimensão internacional estão relacionados com o segmento *premium*, cuja participação das importações revela-se significativa (cerca de 60%). Entretanto, evitando-se segmentar o produto relevante entre *premium* e comum, a discussão sobre o grau de internacionalização do mercado de cerveja estaria superada.

O espaço geográfico nacional foi adotado em casos anteriores sobre cervejas. A Conselheira Lucia Helena Salgado, no AC Antartica/Anheuser Bush, justifica tal posicionamento pelo fato de a maioria das empresas ofertarem seu produto em escala nacional. Para a Conselheira, a constituição de uma rede de distribuição nacional constitui um obstáculo básico para a expansão de empresas que apresentam algum sucesso em escala nacional. Em termos de jurisprudência internacional, há a menção (voto do Conselheiro Relator Renault Castro, no AC Brahma Miller) à operação envolvendo Interbrew e Calsberg¹⁶, que adotou o mercado belga como o mercado relevante.

Poder-se-ia desenvolver os seguintes argumentos contrários:

O caso Interbrew e Calsberg não é um bom exemplo de jurisprudência internacional para fundamentar a dimensão geográfica do mercado de cerveja no caso brasileiro. A Bélgica, objeto daquela operação, possui cerca de 30.500 km², o que representa, em área, parcela insignificante do território brasileiro (que possui mais de 8,5 milhões de km²). A comparação deve ser realizada entre países com dimensões territoriais semelhantes.

¹⁶ Comissão Européia, 1995. XXIV *Relatório sobre a Política de Concorrência*. Bruxelas: Comissão Européia.

Em nota de rodapé, destacamos a seguinte observação da Conselheira Lúcia Helena Salgado, Relatora do voto Antártica/Anheuser-Bush: “É interessante mencionar que a primeira ação da Divisão Antitruste (norte-americana) na indústria de cerveja foi justamente contra a Anheuser-Bush, a líder da indústria, em 1958, que comprou a cervejaria Miami da America Brewing Company. O governo argumentou com sucesso que a fusão iria eliminar a America Brewing como uma cervejaria independente e eliminar sua rivalidade com a Anheuser-Bush na Flórida” (grifo meu) (nota nº 42). Entretanto, no caso *F.T.C. v. ANHEUSER-BUSH, INC.* (363 U.S. 536), de 1960, aquele órgão considerou que a Anheuser Bush vendia cerveja *premium* a preços mais elevados do que as das cervejarias locais e regionais na maior parte dos mercados, reduzindo apenas seus preços para aqueles consumidores da área de St. Louis, enquanto mantinha preços elevados para todos os compradores fora da área de St. Louis, o que caracterizaria “preços discriminatórios”. O Federal Trade Commission concluiu que a conduta estava prejudicando substancialmente os negócios dos competidores em St. Louis, prejudicando a concorrência e tendendo a criar monopólio naquele mercado, em violação ao 2 (a) do *Clayton Act*. Posteriormente, a Suprema Corte reverteu a decisão do FTC, não por discordar da dimensão do mercado adotada, mas por concluir pela inexistência de elementos suficientes para demonstrar que a diferença de preços verificada tivesse o propósito de eliminar a concorrência. Portanto, nos EUA, país de dimensões continentais como o Brasil, o órgão antitruste tende a analisar o mercado de cervejas sob a ótica regional, e mesmo, local. (grifei)

Talvez fosse interessante avaliar a evolução dos índices de lucratividade de empresas regionais de porte médio, como a Schincariol, por exemplo. À primeira vista, não há tendência desta empresa estar fadada ao fracasso por possuir uma estrutura de distribuição regional, ainda mais porque esta estrutura está localizada na área que possui o maior número de consumidores (Sudeste). Não parece ser razoável supor que o sucesso/fracasso da empresa esteja condicionado à constituição de estruturas de distribuição em outras regiões (como Norte e Nordeste), cujo potencial de vendas é bem menor. Também não há economias de escalas, ainda que sejam elevadas, que exijam produção em nível nacional, o que poderia fornecer vantagem competitiva para os produtores nacionais e eliminar as regionais/locais. A realidade, creio, tem demonstrado o contrário (crescente participação das pequenas).

A SEAE/MF demonstra que praticamente toda a produção regional de cerveja destina-se ao próprio mercado regional.

Apesar de todas as empresas do setor possuírem comportamento simétrico em termos de política de preços, os níveis de preços são diferentes por região. Se fosse verdade que o mercado é nacional, então, dever-se-ia esperar preços relativamente homogêneos (por exemplo, se um competidor aumenta seus preços em uma região, imediatamente a mesma seria inundada por cervejas de outras regiões, o que o obrigaria a reduzir novamente seus preços ou perder *market share*). Se, no entanto, são praticados preços distintos, e se há correlação entre nível de preços e número de competidores, então, a dinâmica concorrencial é regional, e portanto, o mercado necessariamente deve ser definido como regional.

A SEAE/MF e a SDE/MJ, conforme já visto no relatório, investigaram a possibilidade das importações atuarem como fator de disciplinamento de preços internos da cerveja. Com base nos dados da evolução de consumo aparente (produção interna + importações/expotações) de 1993 a 1998, constatou-se que a participação das importações no consumo de cerveja foi insignificante.

Verificou-se um reduzido volume de importações que pode ser explicado pela preferência do consumidor pelas marcas nacionais, além do elevado custo de internação do produto.

Em conclusão, tais fatores auxiliam o exercício de posição dominante das requerentes.

A SEAE/MF definiu os mercados relevantes geográficos, excluindo a análise de certos Estados brasileiros, onde a comercialização dos volumes de cervejas é pequena, entendendo não haver alteração significativa nos resultados obtidos.

A SDE/MJ adotou metodologia idêntica à da SEAE/MF, modificando algumas delimitações, e definindo áreas mais ligadas ao fluxo de comércio e, assim, definiu o mercado geográfico em cinco regiões, a saber:

Mercado 1 - RS, SC e PR

Mercado 2 - SP, RJ, MG, ES, GO e DF

Mercado 3 - MT e MS

Mercado 4 - BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, AC, PA, TO e AP

Mercado 5 - AM, AC, RO e RR.

As Requerentes criticam as definições delimitadas pela SEAE/MF e SDE/MJ, mas aplicando o teste do “monopolista hipotético”, e considerando a estrutura da oferta pós-fusão, obtém um resultado muito próximo ao definido pela SDE/MJ, conforme se vê a seguir, e define os 5 mercados geográficos, da seguinte maneira:

Mercado 1 - Região Sul - RS, SC e PR

Mercado 2 - Região Sudeste - SP, RJ, MG e ES

Mercado 3 - Região Centro-Oeste - MT, MS, GO, DF, TO, RO

Mercado 4 - Região Nordeste- BA, CE, SE, AL, PE, PB, RN, PI, MA, PA, AP

Mercado 5 - Região Norte - AC, RR

Diferentemente do que delimitou a SDE/MJ e a SEAE/MF, procurei analisar o mercado geográfico abstraindo-me de qualquer método utilizado, e após acurada pesquisa, inclusive ao Guia Quatro Rodas deste ano, busquei as principais vias de acesso que pudessem possibilitar a retirada do produto da fábrica e a chegada dos produtos, tanto das requerentes quanto dos concorrentes do mesmo mercado, aos pontos a serem abastecidos, com vistas a definir um mercado geográfico mais racional, levando-se em consideração, também, a capacidade em *hl* das diversas unidades fabris. Assim, concluí que:

➤ Na Região Sul, as Requerentes contam com unidades fabris nos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina, sendo este considerado o mercado relevante geográfico 1.

É uma Região servida por excelentes rodovias federais e estaduais, em boas condições de tráfego, e que facilitam o escoamento dos produtos para várias localidades. Dentre elas destacamos a rodovia BR116, a conhecida Régis Bittencourt, que começa na fronteira com o Uruguai e liga o Rio Grande do Sul aos Estados de Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Minas Gerais, tendo como alternativas a BR 471, que começa no Chuí e margeia as Lagoas dos Patos e Mirim; podemos identificar, ainda, como alternativa, a BR 290 e BR 101, situadas entre a Serra do Mar e o Litoral; a Rodovia Estadual 786, conhecida como a Rota do Sol, bem como a Rodovia Estadual 122, que vai até Caxias do Sul, também servem de acesso alternativo para escoamento de produção.

A BR116, que sai do Rio Grande do Sul, passa por Santa Catarina, Paraná e chega ao Estado de São Paulo.

A BR277, que serve ao Estado do Paraná, e a BR 376, que serve ao Estado de Santa Catarina, também podem ser utilizadas para distribuição dos produtos em comento; cabe observar que estas rodovias são consideradas principais, porém contam com outras alternativas.

➤ Nos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro, as Requerentes contam com unidades fabris. No mercado em comento deve-se considerar, ainda, que estas localidades são de fácil acesso por rodovias federais e estaduais, bastante conhecidas e em excelente qualidade de tráfego, tais como, a BR116, que liga o Rio de Janeiro a São Paulo, sendo neste trecho denominada Via Dutra; a BR381 que liga Minas Gerais a São Paulo; a BR040, que dá acesso de Minas Gerais ao Rio de Janeiro, sendo que em sentido inverso alcança, ainda, o Distrito Federal. Temos ainda a BR 101, que serve ao Estado do Espírito Santo, sendo observado outra alternativa, como a BR262, que liga o Espírito Santo a Minas Gerais. Também podem ser alternativas de acesso a Rodovia 330, conhecida como Anhanguera, a Rodovia 348, conhecida como Bandeirantes, a Rodovia 070, conhecida como Airton Senna, bem como a SP 055, que margeia o litoral paulista, entre outras, em ótimo estado de conservação.

Fica, então, definido o mercado relevante geográfico 2, composto pelos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Espírito Santo.

➤ As fábricas situadas no Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal abastecem, também, os Estados de Tocantins, Rondônia e Mato Grosso do Sul, eis que além das principais rodovias federais, existem várias rodovias estaduais.

A BR 153 liga Goiás a Tocantins.

A BR 060 liga Goiás a Mato Grosso do Sul. A BR 364, que liga Mato Grosso ao Distrito Federal, também dá acesso, via BR 174 ao Estado de Rondônia.

A BR364, dá acesso à BR163 que liga a unidade de Mato Grosso a Mato Grosso do Sul.

Assim, fica definido o mercado geográfico 3, composto pelos Estados de Goiás, Tocantins, Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Rondônia.

➤ Verifiquei a existência de fábricas das Requerentes nos Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Sergipe e Bahia. Buscando a principal via de acesso dos Estados do Nordeste, constatei que os Estados da Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba e Rio Grande do Norte têm, dentre outras rodovias federais e estaduais, uma excelente via de acesso, a BR101.

Do Rio Grande do Norte para o Estado do Ceará, tem-se a rodovia estadual CE040. O Estado do Ceará é ligado ao Piauí, dentre outras alternativas, pela BR222, e o Estado do Maranhão liga-se ao do Pará via BR316.

Há, também, a Rodovia BR343, que liga o Piauí ao Maranhão, havendo ainda a possibilidade de se ir ao Ceará vez que há ligação entre esta BR e a BR222.

Fica definido, então, o mercado geográfico 4, composto pelos Estados de Amapá, Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe e Bahia.

➤ As Requerentes têm fábricas situam-se no Estado do Amazonas (em Manaus), e só possuem capacidade para abastecer o Estado de Roraima pela BR 174. As demais estradas são intransitáveis e para os demais Estados, o acesso ao Estado do Amazonas é feito por via aérea, ou fluvial, nesta pelo Rio Amazonas.

Fica definido, então, o mercado geográfico 5, formado pelos Estados do Acre, Amazonas e Roraima.

Isto posto, defino mercados geográficos da presente operação em 5 regiões, a saber:

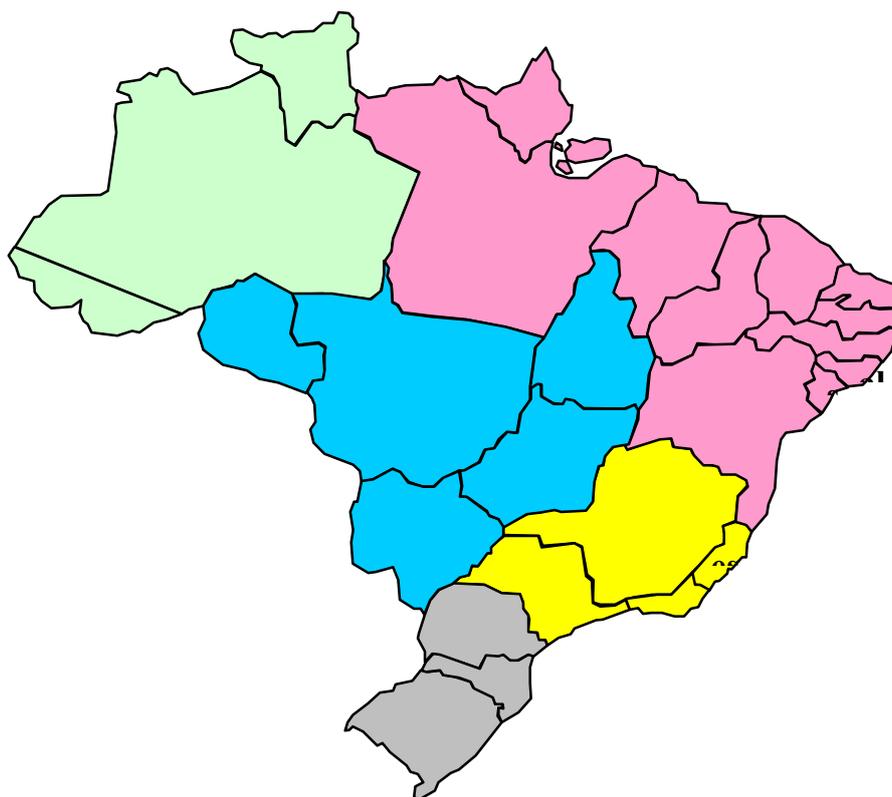
Mercado 1 - RS, SC e PR

Mercado 2 - SP, RJ, MG e ES

Mercado 3 - MT, MS, GO, DF, TO e RO

Mercado 4 - BA, AL, SE, PE, CE, PB, RN, PI, MA, PA e AP

Mercado 5 - AC, AM e RR



V. PODER DE MERCADO

É inegável o poder de mercado das Requerentes em âmbito nacional, mesmo antes de constituírem a AmBev.

Sobre a operação, afirma a SDE, em seu parecer:

“De todo o exposto nos autos, conclui-se que a presente operação confere à AmBev um substancial poder de mercado.

Apenas retomando alguns dados, a participação de mercado das requerentes ficará bastante elevada, com mais de 65% das vendas de cerveja em todos os mercados relevantes geográficos definidos pela SDE, chegando a percentuais superiores a 80% e 90%, nos mercados 4 e 5, respectivamente.”

Na análise ora em comento, conclui-se que realmente a presente operação, apenas no setor de cerveja, apresenta um grau de concentração bastante elevado no Brasil.

Há que se considerar, também, que a operação não envolve apenas o setor de cervejas, pois os demais setores de refrigerantes e água foram

considerados pró-competitivos pela SDE/MJ e SEAE/MF, quando da apresentação de seus pareceres técnicos ao CADE.

No entanto, após avaliação das possibilidades de domínio no mercado brasileiro de cervejas, a partir de concentração elevada nas diversas regiões, tecerei comentários sobre os reflexos do poder de mercado das Requerentes para enfrentar a economia globalizada e fazer frente a concorrentes internacionais de grande porte.

A Secretaria de Direito Econômico ao avaliar o poder de mercado das Requerentes, admite que o abuso deste poder poderá ocorrer a partir de “probabilidades”.

O CADE diante das “probabilidades”, e no cumprimento de seu papel preventivo tem a competência e o dever legal de procurar meios de evitar que tais “probabilidades” se tornem fatos concretos, fixando regras para correção das anomalias.

Uma leitura fria do texto da Lei e uma fórmula mais simplista indicariam a desconstituição de plano do ato sem se levar em consideração os demais mercados e fatores envolvidos na presente análise. No entanto, optei por buscar alternativas, em casos já apreciados e na doutrina, de modelos mais adequados ao mercado em desenvolvimento e sob apreciação, conforme adiante serão expressados.

No item VI.1, sob o título “Uma visão geral a partir da teoria econômica”, afirma aquela Secretaria que:

“Três fatores determinam a elasticidade de demanda da empresa (1) a elasticidade da demanda do mercado, posto que esta limita o potencial do poder de monopólio (a elasticidade da demanda de uma firma não pode ser menor que a elasticidade da demanda do mercado); (2) o número de empresas atuando no mercado, visto que quanto maior o número de firmas atuando num mercado, menor a possibilidade de uma delas isoladamente, determinar os preços dos produtos; (3) a interação entre as empresas, pois se houver uma agressiva rivalidade entre elas, com cada empresa tentando capturar a maior parcela possível do mercado, nenhuma poderá, unilateralmente, fixar seus preços.”

A SDE, em seu Parecer, demonstra situações prováveis de domínio de mercado a ser exercido pelas Requerentes, a saber:

◆ **número de empresas participantes do mercado** - a SDE entende que “o que importa não é o número total de empresas, mas o número de concorrentes importantes.”

Teoricamente, podemos considerar a probabilidade de que um conjunto de empresas, ainda que com uma participação pequena de mercado relevante, não significa nada no mercado ou não tem importância para o mercado, e que tal probabilidade servirá de base para a conclusão de que esse conjunto insignificante poderá ser mais insignificante ainda com o surgimento de uma grande empresa. No entanto, estaremos diante da probabilidade de que só é bom quem tem poder econômico.

Vale lembrar que, nesse mercado, quando surgiu uma determinada empresa com uma participação muito pequena frente à concorrência agressiva, inclusive das Requerentes, separadamente, foi utilizado o slogan “Quem não é a maior, tem que ser a melhor”, e saiu do nada, para hoje ser a quarta melhor do Brasil, podendo alcançar posição muito mais eficiente do que a atual, dado o potencial de eficiência que vem desenvolvendo.

Considerar uma empresa pequena ou um conjunto de empresas pequenas como números sem importância ou insignificante é praticar a discriminação de modo a admitir que o pequeno jamais terá condições de ser eficiente para conseguir concorrer no mercado com o grande.

Ademais, a exemplo do que ocorre com as tubaínas, o forte crescimento deste mercado mostrou que a presença dos tubaineiros e sua estratégia de ocupação de mercado via concorrência em preço foi suficiente para disciplinar os preços no mercado de refrigerantes.

Não podemos olvidar de uma outra concorrente do mesmo mercado que, enquanto assiste à acirrada *guerra* do setor, está de maneira silenciosa e eficiente ocupando espaço no mercado e melhorando sua participação.

Evidentemente, o ambiente concorrencial a partir do anúncio da AmBev se alterou de modo a aumentar as barreiras e impor que pequenas empresas necessitarão de estratégias econômicas mais agressivas para enfrentar as maiores.

No entanto, se teoricamente podemos aceitar determinada probabilidade, também podemos admitir o inverso desta probabilidade, e concluir que um conjunto de pequenas empresas poderá ser tão importante e eficiente, a ponto de conseguir impedir que as grandes empresas passem a ditar as regras concorrenciais. Tudo dependerá da forma e das condições a serem propiciadas para que cada uma possa se estabelecer.

◆ **Interação entre firmas** - a SDE/MJ afirma que:

“Quanto a interação entre as firmas, o aspecto fundamental é a rivalidade entre elas, no sentido de competir agressivamente por maiores fatias do mercado. Quando isso ocorre, se a competição se dá via preços, estes caem até níveis próximos ao da concorrência perfeita reduzindo o poder de monopólio das empresas.”

Adiante, a SDE/MJ tece considerações sobre o poder de mercado das requerentes a partir da probabilidade sobre a questão da rivalidade entre as marcas e sua importância no mercado, no que concerne à imposição de preços, e assevera, em síntese, que:

“(...) a elasticidade de preço indica a alteração da quantidade vendida de uma marca dada uma variação de preço no mercado. Uma elasticidade-preço elevada significa que se uma empresa eleva o preço de sua marca no mercado, sua quantidade vendida diminui mais que proporcionalmente ao aumento de preço. No entanto, esse dado nada diz sobre qual era o posicionamento de preços da marca no mercado, que poderia estar sendo ofertada a preços já elevados devido, entre outros fatores, à lealdade por parte do consumidor.”

Se a SDE, de um lado, admite que a elasticidade-preço elevada provoca diminuição da quantidade vendida, de outro, está também admitindo a possibilidade de que o poder de mercado da requerente diminuirá caso tente impor preços abusivos ao consumidor.

Ainda que se avenge a probabilidade de os preços já estarem elevados e, a partir daí, as Requerentes possam tentar aumentá-los devido à lealdade do consumidor, sabe-se que na prática isso não acontece, visto que o consumidor, ainda que leal à marca, deixa de comprar o produto, mas não aceita o preço abusivo.

Ademais, admitir que o consumidor brasileiro se submete a abusos em troca de lealdade a produto não essencial é considerá-lo totalmente inconsciente de seus direitos.

A propósito do consumidor, em relação a possíveis prejuízos, vale aqui tecer algumas considerações sobre o produto objeto da presente análise que, sob o enfoque econômico, está sendo alvo das preocupações dos órgãos de defesa da concorrência, devido ao alto grau de concentração no seu

mercado relevante. No entanto, o produto em si não está sendo considerado de acordo com a sua essencialidade à vida do consumidor. Senão, vejamos:

- O mercado em análise é o de cerveja. Cerveja não é um produto primário, sendo, portanto, não essencial à vida humana. Além do mais, é um produto que, se usado com frequência vicia o usuário, tornando-se, assim, maléfico à saúde.
- Ora, os argumentos utilizados em favor do consumidor devem ser bem selecionados, de modo a torná-los argumentos absolutamente econômicos, pois do ponto de vista pessoal, não há qualquer benefício a ser defendido.

Assim, a outra hipótese, levantada pela SDE/MJ, que na prática não ocorre, é acreditar que cerveja, relativamente ao preço, este ou aquele, prejudicará o consumidor. O consumidor brasileiro pode não ter conhecimentos sofisticados sobre seus direitos, mas os conceitos básicos sobre abuso de preços, qualidade, e quantidade de produtos a serem ofertados, ele os detém e exercita até exacerbadamente, inclusive pelos órgãos constituídos para a sua proteção e defesa. Prova disso é a crescente movimentação dos consumidores perante esses Órgãos de Defesa do Consumidor.

O que se verifica é que o exercício do poder de mercado das Requerentes, no que concerne à imposição de preços, poderá ficar frustrado a partir da reação do consumidor e mais, a partir da reação das empresas concorrentes que, imediatamente, utilizar-se-ão de suas estratégias eficientes para recompor o ambiente concorrencial.

Na prática, pode-se constatar tal possibilidade quando o consumidor vai buscar os produtos que são colocados em promoção por preços mais baixos, provocando significativas variações na participação de mercado.

O poder de mercado das Requerentes, portanto, não pode ser visto apenas sob esses aspectos. É necessário que se avalie outros pontos relevantes que o comprovem. Existem várias questões concretas levantadas a partir de estudos, as quais destacamos:

➤ *distribuição* - este é um item que aumenta muito o poder de mercado das Requerentes, principalmente no que concerne à manipulação de preços decorrente dos investimentos necessários à capilarização desse canal e dos contratos de exclusividade, que permitem aos fabricantes fixar preços máximos de revenda, unilateralmente;

- *publicidade* - a publicidade está diretamente ligada ao poder de mercado que todos os fabricantes do setor exercem ou possam exercer na fixação de suas marcas;
- *marca* - é inegável que a presente operação reúne as três grandes marcas do mercado de cervejas, já fixadas por meio da publicidade e do *marketing* desenvolvido pelas empresas.

O domínio de mercado da AmBev, diante desses aspectos, torna-se inquestionável em âmbito nacional.

No Brasil, com a operação, a participação do mercado das Requerentes no setor de cerveja é de aproximadamente 72%, ficando para os demais concorrentes uma parcela de 28%. Este é o item da operação que preocupa os Órgãos de Defesa da Concorrência.

Ocorre que a operação envolve outros produtos como chás, águas, refrigerantes, sucos e isotônicos, cuja concentração advinda da operação foi considerada pró-competitiva no Brasil, não tendo qualquer participação no mercado de vendas mundial.

Agora façamos o exercício inverso. A grande opositora da presente operação é a “Cervejarias Kaiser”, que alega ter seus interesses contrariados frente ao alto grau de concentração do setor de cerveja, no Brasil.

No entanto, a empresa “Cervejarias Kaiser” conta com participação dominante, mundialmente reconhecida, no mercado de refrigerantes - a Coca-Cola. Certamente, no inverso, qualquer operação que esta empresa fizer no setor de refrigerantes, terá sua análise concluída na mesma proporção, invertendo-se, apenas, os focos de preocupações: o setor de cerveja será competitivo e o de refrigerantes altamente concentrado, tanto nacional, como mundialmente. (É uma hipótese a partir de fatos concretos inegáveis).

É preciso que se faça também um exercício que envolva o poder de mercado em âmbito nacional e a projeção das empresas em âmbito internacional, frente ao processo de globalização.

Nesse sentido, bem acentuou o Ilustre Ex-Conselheiro desta Casa, RENAULT DE FREITAS CASTRO, em seu brilhante voto, quando da análise do AC. n. 58/95, que envolvia as empresas Brahma e Miller:

“o domínio do mercado nacional de cervejas há décadas se concentra nas duas principais cervejarias do País, sendo que a única contestação significativa (cerca de 15% do mercado), em toda história desse setor só tem

sido possível graças ao poder econômico e de mercado do maior produtor mundial de refrigerantes (como se sabe, a Kaiser é do Grupo Coca-Cola)”

E, adiante, em sua decisão, afirma:

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

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

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

É importante acrescentar que as operações de fusões, aquisições e ou qualquer outro tipo de Ato de Concentração econômica, visto pelo CADE, não pode ser analisado apenas como um ato de mercado interno, na busca de soluções de curto prazo e de impactos apenas para dar satisfação à opinião pública.

O CADE tem um papel técnico muito maior e mais abrangente, que é o de colaborar com a ordem econômica, fortalecendo-a, de modo a lançar a economia brasileira no contexto da economia mundial para enfrentar eficientemente a competitividade internacional.

Quando a Lei de Defesa da Concorrência confere ao CADE o poder de zelar pelos ditames constitucionais de Liberdade de Iniciativa e Livre Concorrência, quis com isto, o legislador, demonstrar que este Conselho não

deve ficar mergulhado na obsessão simplista de verificar apenas eficiências internas, e poder de mercado restritos ao território nacional, buscando medidas paliativas de modo a fragmentar as empresas e permitindo que outras empresas mais fortes, multinacionais, venham a dominar todo o mercado nacional.

A globalização não consiste apenas em permitir que empresas internacionais ingressem no mercado nacional.

A internacionalização de mercados pela corporação multinacional é útil enquanto elemento capaz de abrir a economia e impulsionar o desenvolvimento científico e tecnológico, com mecanismos de difusão da ciência e tecnologia, na busca da produção eficiente e da melhor qualidade na oferta ao consumidor.

É preciso preparar o país para aceitar a internacionalização de mercados e ser inserido proporcionalmente na economia mundial.

Necessário se faz que o Brasil se prepare para enfrentar a competitividade internacional e tente se igualar aos seus parceiros comerciais para, conforme acentua o Dr. Renault de Castro Freitas na citação aqui registrada, expandir rapidamente seus mercados, *“levando a todos os espaços possíveis e viáveis, seus produtos e serviços”*.

Em conclusão, o poder de mercado das Requerentes não deve ser visto apenas sob o ângulo de impactos internos, cujas soluções podem ser dadas pelo CADE a curto prazo. Deve ser analisado, também, o impacto externo que pode tornar o país mais produtivo e preparado para competir com seus parceiros e, em conseqüência, buscar a melhoria dos salários, do bem estar social, da oferta de bens e serviços, cuja qualidade será também competitiva.

É necessário criar condições que permitam ao País se libertar do paternalismo exacerbado, de forma que possa alcançar patamares de competitividade saudável. Um país só é saudavelmente competitivo quando sua produtividade interna é consideravelmente alta, de modo a elevar o padrão da concorrência e proporcionar ao consumidor um nível de exigências mais sofisticadas, para se tornar igual aos dos demais países, sem que permaneça na exploração da mão-de-obra barata em detrimento da melhoria de suas condições sociais. O que não se pode admitir é a proteção do Estado à ineficiência dos agentes econômicos que compõem determinado setor da econômica, afastando a liberdade de iniciativa e o desenvolvimento industrial, pilares do crescimento interno.

Assim, verifica-se que a AmBev, à vista de ter um poder de mercado interno altamente concentrado, poderá também utilizar-se desse poder de forma compensatória, a fim de fazer face aos competidores internacionais.

VI. BARREIRAS À ENTRADA

As barreiras estruturais à entrada se originam nas características básicas da indústria, da tecnologia, dos custos e da demanda.

Existem entendimentos diferenciados sobre quais fatores que constituem as barreiras estruturais relevantes, que foram, em tese, adotados pela SDE-MJ, a saber:

- Numa definição mais ampla, verifica-se a sugestão de que as barreiras, surgem da diferenciação de produtos, das vantagens decorrentes dos custos absolutos das empresas do mesmo setor e da economia de escala;
- No que concerne a diferenciação, observa-se as vantagens das empresas do mesmo setor já estabelecidas no mercado. Neste caso uma nova entrante terá que romper os obstáculos decorrentes da fixação de marcas e da lealdade do consumidor;
- Quanto as vantagens decorrentes dos custos absolutos, tem-se que as empresas novas entrantes, por estarem, ainda, com seu nível tecnológico inferior, terão que investir com custos mais altos para enfrentar as empresas já existentes;
- Em relação as economias de escala significa que as empresas que deveriam funcionar com custos mínimos em um determinado mercado ficam limitadas em quantidade e qualidade.

No entanto, em texto recompilado por Khemani e Shaphiro, que deu origem ao Glossario De Terminos Relativos A La Economia De Las Organizaciones Industriales Y A Las Leys Y Politicas Sobre Competencia``, outra tese é adotada por George Stigles, autor do texto ``A Theory Of Oligopoly, 1994``, que, em sendo uma empresa entrante de grande porte, poderá esta superar rapidamente as barreiras referentes aos custos das empresas já fixadas no setor, aduzindo que as economias de escala não

limitam o número de empresas que podem funcionar com custos mínimos no mesmo mercado.¹⁷ (grifei)

O que se verifica então, para este caso, é que a operação ora em análise pode não significar barreira para uma nova entrante se esta vier a se instalar de forma eficiente para fazer face as questões estruturais já existentes no mercado e que seu anúncio não inibiu o aparecimento de novas pequenas empresas no setor de cervejas que estão funcionando com custos mínimos.

O que ocorre na realidade é que as pequenas empresas ainda estão em fase de desenvolvimento e não podem ser consideradas concorrentes da AmBev no setor. Mais uma vez o CADE, sem lançar mão de fórmulas simplistas buscará mecanismos suficientes para garantir a permanência de grandes e pequenas empresas no mesmo mercado e em um ambiente concorrencial saudável, compatibilizando os respectivos interesses.

Tecnicamente as principais barreiras desta operação são as marcas fortes, já fixadas, que de certa forma criam impedimentos para surgimento de novas marcas. Isto não significa que a simples retirada de uma das marcas possa ser suficiente para atenuar as barreiras. Sobre este tema após análise das barreiras existentes nos mercados que envolvem a operação pretendo discorrer com maior aprofundamento.

VI.1 - Dos Mercados Objeto da Operação

VI.1.1- Águas e refrigerantes - as barreiras à entrada no mercado de águas e refrigerantes carbonatados são reduzidas, se vistas do ponto de vista dos custos para investimentos neste setor, que também são reduzidos.

No mercado de refrigerantes, verificou-se um aumento da oferta de tubaínas que em 1990 detinham uma participação de mercado de cerca de 16,4%, e em 1999 alcançou cerca de 33,2% deste mercado, demonstrando uma boa estratégia de crescimento via concorrência em preços, disciplinando os preços dos demais refrigerantes.

A SEAE em relação ao mercado de refrigerantes considerou os seguintes aspectos:

¹⁷ Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy'' - En P. Geroski y ^a Jacquemanm, nov. 1985. - ''Mobility Barriers and the Value of Incumbency'', de R. Gilbert - The Handbook of Industrial Organization, North Holland, Amsterdam, 1989, de R. Schmalensee y R. Willig

- “A escala mínima eficiente no Brasil seria de um milhão de hectolitros/ano, cuja implantação corresponderia a um custo de apenas R\$ 10 milhões;
- No segmento de tubaínas seria possível, segundo as requerentes, instalar uma unidade produtiva em aproximadamente 15 dias com um investimento inicial aproximado de R\$ 300 mil;
- A substituição das embalagens de vidro retornáveis pelas embalagens de poliéster tereftálico (PET) permitiu uma drástica redução do capital de giro das empresas anteriormente investido em vasilhames, diminuindo o montante mínimo de investimento necessário para instalação de uma linha de produção;
- A maior participação dos supermercados no consumo de refrigerantes e a substituição neste canal dos vasilhames de vidro pelas embalagens PET reduziu o volume de investimento necessário para a montagem de redes de distribuição, dado que o abastecimento dos supermercados é realizado em grandes volumes e com redes de distribuição menos capilarizadas;
- Com escalas mínimas eficientes reduzidas, o negócio de refrigerantes pode ser viabilizado em nível infra-regional, reduzindo ainda mais a exigência relativa à montagem de redes de distribuição;
- O mercado de refrigerantes tem apresentado grande expansão nos últimos anos, sendo factível que mantenha esta tendência nos próximos anos, em razão do reduzido consumo *per capita* no Brasil. Esta situação sugere a existência de um grande potencial de crescimento da demanda a ser explorado;
- O forte crescimento da parcela de mercado das tubaínas, que detinham 16,4% em 1990, alcançando 33,2% no bimestre junho/julho de 1999, mostrou que a presença dos tubaineiros e sua estratégia de ocupação de mercado, via concorrência em preço, foi suficiente para disciplinar os preços no mercado de refrigerantes”.

A SEAE/MF concluiu ainda que as marcas nesse segmento não significam propriamente uma barreira, eis que a variável a ser considerada é o preço cuja diferenciação autoriza a delimitação de mercados relevantes distintos.

VI.1.2- Cervejas - No mercado de cervejas, alega a AmBev que suas concorrentes já contam com uma malha fabril mais ampla, cada vez mais fortalecida, podendo ser observados os muitos projetos novos e em construção nas várias regiões do País.

Pelo que se vê, o anúncio da AmBev não inibiu os novos entrantes de pequeno porte, que se instalaram de acordo com as peculiaridades regionais, utilizando-se das estratégias de preços baixos.

Para as requerentes, a entrada simultânea de várias empresas de médio e pequeno porte no mercado de cervejas é fato por si só revelador da viabilidade e da efetividade da entrada.

Analisemos a seguir cada item relativo a entrada de um produto no mercado que poderia ou não ser considerado BARREIRA.

- ***Escala de Produção*** - de acordo com as informações da Kaiser e da Schincariol, as escalas mínimas eficientes seriam de aproximadamente 600 mil hectolitros/ano, demonstrando que o custo fabril da entrada é relativamente baixo. Pode-se dizer que a escala mínima eficiente para a produção de cerveja bastaria para manter uma pequena marca na franja, não causando qualquer impacto na dinâmica concorrencial do mercado relevante em exame;
- ***Insumos Necessários à Produção*** - malte, latas, garrafas e rótulos são de fácil acesso;
- ***Tecnologia de Fabricação da Cerveja*** - amplamente conhecida;
- ***Importações*** - as importações não representam papel relevante na dinâmica concorrencial no mercado de cervejas, tendo em vista a preferência do consumidor pelas marcas nacionais e os elevados custos de internacionalização dos produtos;
- ***Barreiras Governamentais*** - não há qualquer restrição de regulação governamental ou relativa a direito de propriedade que impeça a entrada de novos concorrentes. Ao contrário, a Constituição Federal assegura o Princípio da Livre Iniciativa.

Conforme se constata, algumas barreiras são baixas e transponíveis. No entanto, o fácil acesso de novos (pequenos) concorrentes no mercado não inibe a situação dominante das requerentes. A seguir, passo a analisar outros fatores importantes que devem ser considerados como barreiras à entrada de concorrentes no mercado de cervejas.

- ***Economias de Escala*** - tendo em vista a afirmação das requerentes de que a operação traria significativos ganhos de escala na aquisição de insumos, na configuração fabril e nos custos de puxada. Desta forma verifica-se que

empresas atuantes que produzem em grande escala são capazes de fazê-lo a um custo unitário inferior ao da nova empresa com produção menor, isto é, será muito superior o custo de produção com escalas mais baixas. Os preços de indústria muito reduzidos poderão atingir níveis não lucrativos.

Para que um novo entrante opere em escala nacional, seria necessária a existência de uma marca com uma certa participação de mercado e várias plantas para garantir a competitividade, visto que os demais concorrentes possuem diversas plantas espalhadas pelo território nacional e considerando as dimensões continentais do país.

Entretanto, os custos de entrada em termos produtivos para uma cervejaria média não são tão elevados. De acordo com estudos mencionados pela Conselheira Lucia Helena, há uma queda bruta dos custos para um tamanho de planta de 1,467 hectolitros/ano. A partir deste ponto o tamanho ótimo, as reduções de custo são bastante pequenas. Além disso, como aponta o parecer da SEAE, “os insumos necessários à fabricação de cerveja, tais como malte, rótulos, rolhas, maltose, latas, garrafas, e a tecnologia de produção são de, relativamente, fácil acesso para os entrantes. Também os custos irrecuperáveis no âmbito do processo de produção - *sunk costs* - não aparentam muitos elevados”.

Portanto, economias de escala e outros custos de natureza técnica, embora sejam relativamente elevados, são insuficientes para explicar, por si só o caráter oligopólico deste setor.

➤ **Capacidade Ociosa** - a presença de capacidade ociosa das empresas pode ser impedimento à entrada de novos concorrentes, desde que considerada em relação à capacidade das demais concorrentes e a demanda pelo produto no mercado de cervejas.

A SDE/MJ chama atenção para a existência de capacidade ociosa, que dificultaria a entrada de novos concorrentes. De fato, quanto maior a capacidade ociosa, mais crível será a ameaça da empresa atuante, em aumentar sua produção e reduzir preços. A existência de capacidade adicional permite à empresa atuante melhor posicionamento para um eventual conflito competitivo, caso ocorra a entrada. Neste caso, aumenta a probabilidade da concorrente potencial racionalmente optar por manter-se fora do mercado. (grifei)

➤ **Investimentos Necessários a Fabricação e Lançamento de Novos Produtos** - as Requerentes afirmam que o tempo mínimo necessário para a construção da fábrica e desenvolvimento de produtos, incluindo uma campanha de publicidade adequada seria cerca de 10 (dez) meses. Esse tempo merece ressalvas, visto que um empreendimento novo no setor exige planejamento, tempo de construção da planta, licenças administrativas necessárias ao seu funcionamento, realização dos contratos com fornecedores, além de organização do sistema de distribuição e venda do produto. Segundo a SDE, deve-se levar em conta as dificuldades que um novo concorrente enfrentaria para conquistar o mercado com quantidades e preços ao patamar competitivo razoável.

Segundo, ainda, a SDEMJ, uma entrada efetiva exigiria investimentos de maior vulto, o que deve ser considerado como obstáculo à entrada de um novo concorrente.

Sobretudo, tanto as Requerentes quanto as demais empresas do setor necessitam de investimentos consideráveis para promoção de produtos em pontos de vendas.

Verifica-se, então, que, no que concerne a investimentos necessários à fabricação e lançamento de novos produtos, as barreiras são significativas e bastante elevadas.

A questão investimento, portanto, não prende-se apenas aos gastos com as instalações e a aquisição de insumos e produtos necessários à fabricação do produto. Há que se considerar também os investimentos necessários à colocação do produto no mercado de maneira eficiente, de modo a alcançar a conquista do consumidor, incluindo as campanhas de propaganda e *marketing*.

➤ **Fixação de Marca** - neste item há que se levar em conta a inegável liderança esmagadora das três marcas principais, objeto da presente operação - Antártica, Brahma e Skol, em relação às marcas dos demais concorrentes, além do *portfolio* de marcas secundárias das empresas Requerentes.

As informações das Requerentes mostram que os gastos relativos à propaganda são expressivos.

A fixação da marca está diretamente ligada à preferência do consumidor, em razão dos esforços valiosos empreendidos com publicidade e *marketing*.

Além dos estímulos da propaganda, é preciso ressaltar que a AmBev conta com investimentos eficientes na rede de distribuição capilar capaz de fazer chegar seus produtos aos consumidores finais.

Registre-se que os dados por ela apresentados, demonstram que todas as marcas detentoras de percentual significativo de participação de mercado investem maciçamente em *marketing* e publicidade.

Em que pese as Requerentes, baseada em bibliografia norte-americana, afirmarem que a propaganda age não como barreira à entrada, mas como incentivo, verifica-se que só ocorreria incentivo se a empresa que estivesse investindo em publicidade fosse de um porte tal que a publicidade tivesse o condão unicamente de dar conhecimento ao consumidor da excelência de seu produto, o que não ocorre com a AmBev por motivos óbvios.

A AmBev reconheceu que a diferenciação de produto, mediante publicidade e *marketing*, visando fidelidade à marca é, em princípio, um obstáculo à entrada no mercado de cerveja. É necessário considerar, ainda, que estudos trazidos pelas Requerentes, concluem que o consumidor não é leal à marca e sim a preços; que marcas que investiram em propaganda apresentaram um acréscimo pequeno em seu percentual de vendas; que o mercado possui participações instáveis entre as diversas marcas que o compõem e que marcas com investimentos baixos em propaganda ganharam mercados antes detido com alto investimento em propaganda.

O que se verifica ao buscar as fontes de pesquisa é que:

- 1º) realmente não há fidelidade à marca por parte do consumidor. No entanto o consumidor dá preferência às marcas estabelecidas e fixadas;
- 2º) os investimentos em propaganda e *marketing* são necessários à fixação e sustentação das marcas.

Embora entendimento anterior do CADE que a baixa fidelidade às marcas e a sensibilidade a preços no segmento de cervejas tendem a atenuar as barreiras à entrada, na prática o que ocorre é que a baixa fidelidade e a migração de uma cerveja para outra em relação a preços só ocorrem com as marcas já fixadas.

Não houve qualquer dado que comprovasse que o consumidor de uma marca fixada, considerada grande migra para uma marca pequena não fixada. Mesmo porque o consumidor não tem oportunidade de conhecer ou avaliar o novo produto.

As grandes marcas realmente não inibem a entrada de novos concorrentes pequenos no mercado, mas, incontestavelmente, a liderança dessas marcas demonstra as preferências dos consumidores por elas. Se assim não fosse, as Requerentes que possuem um *portfolio* extenso de marcas secundárias, investiriam seus recursos na fixação de suas próprias pequenas marcas.

A marca é uma das principais barreiras à entrada, e a propaganda é também a principal responsável pela fixação da marca, tornando-se elevada barreira à entrada, a saber:

- A indústria cervejeira é um dos casos mais clássicos de existência de elevadas barreiras à entrada relacionada à fixação da marca.

O ex-Conselheiro Arthur Barrinuevo, em seu voto no AC Antártica/Anheuser-Bush, destaca não apenas o elevado nível dos gastos em publicidade, como também o caráter assimétrico deste gastos entre empresas com marcas já estabelecidas e as entrantes, que necessitam conquistar consumidores. O ingresso de uma nova marca no mercado pode representar de 20 a 30% do faturamento líquido da empresa.

Um segundo aspecto da indústria cervejeira, relacionado à proliferação de marcas, também é lembrada pelo ex-Conselheiro: “se os incumbentes detiverem uma extensa linha de produtos, estaria gerando poder de mercado, na medida em que atenderiam as necessidades de todos os nichos de demanda, impondo grande óbice aos entrantes”. E mais adiante: (...) é importante lembrar a lição de Hovenkamp (1994: 472-73) ao expor a teoria sobre os impactos da diferenciação de produtos, “que em conjunto com grandes doses de publicidade, pode deter a entrada por negar aos potenciais competidores uma oportunidade para entrar em nicho lucrativo do mercado”. Foi exatamente esta questão que envolveu o processo da FTC em 1972 contra fabricantes de cereais - Kellogg, General Mills, General Foods e Quaker Oats, e que gerou o famoso modelo de Schmalense que procurou capturar esta alegação¹⁸.

¹⁸ Schmalense, R. (1978). *Entry deterrence in the ready-to-eat breakfast cereal industry*, Bell Journal of Economics, 10. O modelo também pode ser visto sumariamente em Basu, K., *Lectures in Industrial Organization Theory*, Blackwell Publishers, 1993.

➤ **Distribuição** - as barreiras à entrada no setor de cervejas são bastante elevadas, tendo em vista o custo que a empresa entrante necessita para criar e manter uma rede de distribuição eficiente, capaz de atingir um volume expressivo de pontos de venda.

Se analisarmos sob o ponto de vista da escala nacional, a barreira torna-se maior. A distribuição não seria barreira significativa se analisada em relação a uma entrante de grande porte, em condições econômicas de concorrer com os já existentes, desenvolvendo uma rede capaz de alcançar volume expressivo dos pontos de venda e mantê-los abastecidos o suficiente para atender os consumidores.

Aliás, nesse sentido, para provar que apenas uma empresa de grande porte seria capaz de enfrentar o mercado, expressa-se a Conselheira Lucia Helena Salgado, citada pelas Requerentes em seu memorial:

“Adicionalmente, como já comentado, o processo de reestruturação e enxugamento de suas redes de distribuição já realizado pela Brahma, Antarctica e pelo Grupo Coca-Cola disponibilizará ao mercado expressivo número de distribuidores, com larga experiência e familiaridade com o mercado brasileiro. Não será necessário para uma nova entrante de grande porte sair do zero para a construção de uma rede própria de distribuição, mas sim organizar e treinar os distribuidores disponíveis no mercado, tarefa obviamente só realizável por empresa de grande porte”.(grifei)

A distribuição de bebidas, já analisada no item característica do mercado de cerveja, tem sérias barreiras à entrada, quando se constata que, apenas no canal de auto-serviço, nos distribuidores próprios multimarcas e os adegueiros, cuja participação no mercado em questão é inexpressiva, permitem a entrada de fornecedores de tal forma que demonstra que a compra de grandes volumes possibilita a oferta de produtos a preços mais competitivos e mais benéficos aos consumidores.

É necessário analisar a questão da barreira à entrada, relativa ao tema distribuição, a partir dos canais e sua importância na busca de se chegar ao consumidor.

O canal de distribuição exclusiva, por ter contratos exclusivos com o fabricante para desenvolver uma rede de capilaridade expressiva (capaz de levar o produto aos mais longínquos pontos de venda, bem como abastecer os adegueiros e os canais tradicionais, e até mesmo os distribuidores multimarcas) constitui uma barreira quase que intransponível à entrada de pequenas novas marcas, eis que, primeiro, é responsável por 75% da

distribuição dos produtos aos pontos de vendas; segundo que tais distribuidores têm contratos de exclusividade das marcas com seus fabricantes, e que são independentes para montar sua rede de distribuição e escolher os setores (locais) para onde vão levar o produto exclusivo e detêm consigo a maioria dos pontos de vendas atendidos exclusivamente.

Em razão da capacidade de distribuir o produto e manter o ponto de venda abastecido, há necessidade de investimentos altos, para manter uma frota de carregamento em bom estado e seus depósitos em condições de manter a qualidade do produto neste aspecto, e, apenas neste, o canal de distribuição exclusiva é eficiente.

No entanto tais investimentos são repassados, sob forma de preços, ao consumidor, que adquire o produto no ponto de venda.

Nos pontos de vendas, as barreiras à entrada se tornam maiores tendo em vista suas demandas, junto às fornecedoras, em pesados investimentos em *merchandising*, incluindo a instalação de *freezers*, refrigeradores, mesas, cadeiras, copos, bolachas de papelão, guardanapos e outros utensílios necessários a uma oferta mais agradável dos produtos aos consumidores. Tais investimentos, ao contrário do auto-serviço, forçam os preços para cima, eis que os custos, quanto mais sofisticados, são repassados aos consumidores finais na mesma proporção. É bastante razoável supor que os canais tradicionais ofereçam vantagens, tais como acomodações, músicas, etc., e que o consumidor opte por comprar o produto por um preço mais elevado.

Em razão disso é que o adegueiro, os distribuidores multimarcas, e o bar (canal tradicional) podem adquirir o produto da distribuição própria a um custo menor para beneficiar o consumidor, a menos que tais pontos estejam comprometidos, ainda que informalmente, com o distribuidor exclusivo.

Exemplo disto são os numerosos processos de reestruturação das redes de distribuição Brahma, Antarctica e Coca-Cola, que provocaram o aparecimento de distribuidores que passaram a operar de forma independente, com todas as marcas de bebidas, em conjunto com os pequenos distribuidores, e foram formando uma rede paralela de distribuição.

Apesar de ainda inexpressivo, o número e a capacidade dos distribuidores multimarcas e adegueiros, são estes os que permitem que as empresas entrantes de médio e pequeno porte distribuam seus produtos a partir de sua base local. No entanto são responsáveis apenas por 25% do escoamento dos produtos no mercado. Exemplos disto, trazidos pelas Requerentes são:

- O da Cervejaria Malta, que a partir de sua base, no interior de São Paulo, já conta no sistema de distribuição indireto, com mais de 80 revendedores e distribuidores, conseguindo atender atualmente 200.000 (duzentos mil) pontos de vendas nos Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Mato Grosso e Sergipe;
- Outro exemplo é o da revenda Água Funda-Schincariol, que demonstra como uma empresa entrante de médio porte pode valer-se de distribuidores multimarca de pequeno porte, para transformá-los em distribuidores exclusivos e eficientes.

De acordo com Fagundes e Mello (1999) “Quanto à rede de distribuição, o nível das barreiras à entrada dependerá da estrutura do mercado varejista e da natureza das empresas distribuidoras. Em particular, a existência de uma cadeia de firmas distribuidoras independentes, de atuação no âmbito nacional e de porte econômico-financeiro razoável implica a redução significativa das barreiras à entrada (grifo meu) para as grandes empresas cervejeiras já atuantes em outros países.

Apesar dessas qualificações, não resta dúvida que as barreiras associadas a canais de distribuição e fixação da marca são os principais obstáculos à entrada de novas empresas na indústria cervejeira no Brasil. Evidência do argumento encontra-se no fato de que a Kaiser, mesmo contando com todo o suporte da rede de distribuição do grupo Coca-Cola, logrou obter, em quinze anos de atuação no mercado de cervejas, somente 15% do mercado. Tal fato parece indicar que o tempo necessário à entrada e a consolidação de uma participação não negligenciável no mercado de cervejas nacional - algo em torno de 10% - decorre menos do tempo necessário à construção de novas plantas e mais do tempo associado à fixação da marca e constituição dos canais de comercialização e distribuição do produto”.

A existência de contratos de exclusividade entre distribuidores e as empresas instaladas tende a gerar barreiras à entrada mais elevadas. Entretanto, a SEAE/MF pondera este efeito com outros, de natureza benéfica, tais como a correção de problemas de *free-riding* associados ao esforço de promoção do produto. A mesma linha de raciocínio está presente no parecer da SDE/MJ: “apesar de elevarem as barreiras à entrada, estas cláusulas são essenciais para garantir a eficiência e a capilaridade do abastecimento. Com efeito, o distribuidor, subordinado ao fabricante, atua como uma extensão dos interesses deste último, contribuindo para fixação da marca e disponibilização do produto ao consumidor. Desta forma, os prejuízos causados por tal

exclusividade são minimizados quando comparados às eficiências geradas nesse sistema”. Entretanto, não há informações sequer empíricas que demonstrem se tais eficiências, de fato, superariam os efeitos negativos decorrentes da exclusividade da marca, que eventualmente gera exclusividade territorial, e portanto, pequenos monopólios.

De fato, restrições verticais, como, por exemplo, cláusulas de exclusividade, em indústrias intensivas em propaganda e outros esforços promocionais podem gerar efeitos benéficos em termos de concorrência intermarcas. Porém, a presunção apenas é válida se existir um conjunto razoável de distribuidores independentes à disposição das empresas concorrentes. Caso contrário, a exclusividade apenas erige uma barreira à entrada, sem quaisquer efeitos benéficos visíveis.

Além de gerar barreira à entrada para outras marcas, o contrato de exclusividade com o distribuidor pode criar o problema do *double marginalization* (monopólios sucessivos), isto é, o consumidor passa a estar sujeito a dois monopólios sucessivos: o do produtor e o do distribuidor, por força da exclusividade territorial estabelecida contratualmente. Uma discussão formal sobre este tema encontra-se no Anexo 1 deste voto.

A integração vertical é solução preferível a arranjos contratuais desta natureza, uma vez que sempre é preferível o consumidor estar sujeito a um monopólio do que a dois monopólios. Porém, a melhor solução para o consumidor, de fato, seria interromper a exclusividade em situações em que a mesma gera o problema do *double marginalization* (monopólio sucessivo), sem abrir mão da alternativa da distribuição independente, que reduz, de forma significativa, a barreira à entrada.

A constituição e a manutenção de uma rede de distribuição, se for própria, implica custos extremamente elevados. Além disto, falhas na distribuição implicam menor aproveitamento das campanhas de propaganda e *marketing*, além de gerar problemas de credibilidade quanto à estabilidade no fornecimento do produto.

Por outro lado, a imposição da restrição dentro de um contexto de competitividade na distribuição, em indústrias intensivas em propaganda, embora restrinja a concorrência entre distribuidores, soluciona o problema do *free-riding* entre os mesmos, e pode ser benéfica do ponto de vista social, caso seja um fator que acirre a competição intermarcas. Portanto, considerações sobre os efeitos da exclusividade na entrada de novos concorrentes devem ser realizadas caso a caso, dependendo do grau de competitividade no setor de distribuição. Ocorrendo competitividade na distribuição e a existência de

distribuidores, sem compromisso de exclusividade, não acarretaria preocupação do ponto de vista antitruste. Ao contrário, a exclusividade prejudica a concorrência no segmento de produção de cervejas e implica custos sociais elevados.

Cumpra observar que, de acordo com as informações coletadas pela SDE, contratos de exclusividade com pontos de venda não constituem barreiras à entrada, devido à sua inexpressividade, tanto em termos numéricos, quanto em termos de volume de vendas.

No entanto, sabe-se que as empresas mantêm com os pontos de vendas acordos, inclusive verbais, de investimentos para garantir moralmente a exclusividade.

Ora, ninguém investe sem contrapartida. E é nessa troca de favores que o consumidor e o novo entrante saem perdendo.

Saliente-se que esta prática não é privilégio apenas das Requerentes. Todo o segmento de cerveja e refrigerantes adota tal prática anticompetitiva, ainda que seja a pretexto de fazer face ao concorrente.

As redes de distribuidores exclusivos e independentes, que representam o expressivo percentual de distribuição de bebidas no mercado em análise, constitui elevada barreira à entrada, podendo ser transponível apenas pelo desenvolvimento dos canais de auto-serviços, dos distribuidores multimarcas e adegueiros.

➤ **Embalagens** - as Requerentes entendem que as embalagens não configuram barreiras à entrada, no entanto a SDE argumenta que a predominância de embalagens retornáveis (600 ml) nos pontos de vendas, onde a demanda é bastante significativa, constitui uma elevada barreira à entrada, em face da necessidade de mobilizar grandes montantes de capital em vasilhames.

O que se verifica na prática é que as embalagens retornáveis possuem modelos únicos, com identificação apenas no rótulo, possibilitando a todas as empresas utilizarem o mesmo vasilhame, reduzindo o investimento necessário à sua reposição.

Para as Requerentes, outro fator que poderá facilitar significativamente a entrada de novas empresas é a utilização do PET na embalagem da cerveja, atualmente já utilizado na Europa e nos Estados Unidos.

A presente operação, tendo em vista reunir as três maiores marcas de cerveja no Brasil, possui elevadas barreiras à entrada, em face da alta concentração que se afigura, decorrente do poder de mercado de suas marcas e das redes de grande porte, de distribuição exclusiva que impede que outras empresas venham competir com eficiência. No entanto, tais barreiras não serão capazes de obstar a entrada de novos concorrentes no mercado, diversamente assevera a conclusão dos Senhores Procuradores do CADE levados à consideração superior do Senhor Procurador-Geral.

VII. ANÁLISE DAS EFICIÊNCIAS

◆ *Considerações sobre aspectos legais das eficiências*

Como é de conhecimento comum, a legislação brasileira determina que, na análise de atos de concentração pelo CADE, sejam levadas em consideração as eficiências decorrentes do ato sob apreciação. Esta determinação está explícita na primeira das condições do §1º, art. 54, da Lei nº 8.884/94:

(...) I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;*
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços;*
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.*

Por sua vez, a legislação também é explícita em afirmar que a mera apresentação de eficiências privadas é insuficiente, devendo ser atendidas outras três condições.

Assim como em outras legislações antitrustes, no Brasil a análise antitruste deve levar em conta um conjunto de efeitos distributivos das operações de concentração:

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro.

Deve-se demonstrar, ainda, que a operação não implica eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços

(III, §1º) e que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (IV, §1º). A única hipótese legal para o não atendimento de uma destas quatro condições seria na situação em que o ato é necessário por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não implique prejuízo ao consumidor ou usuário final (§2º).

Portanto, não basta demonstrar a existência de eficiências que resultassem em maior produtividade, qualidade e desenvolvimento tecnológico e econômico, mas que não ocorrerão prejuízos ao mercado e que, ao menos em parte (a lei usa o termo “equitativamente”), estas eficiências seriam repassadas ao consumidor. Mais ainda, demonstrar que a obtenção das eficiências alegadas apenas poderiam ser alcançadas mediante aquele ato específico, ou não por alguma outra forma que não implicasse, potencialmente, em prejuízos à concorrência.

O item II, §1º, é especialmente importante para se determinar o montante de eficiências necessário previsto no parágrafo anterior. Como visto na apresentação do critério distributivo proposto por Fisher, Johnson e Lande, as reduções necessárias de custos de uma transação que gere poder de mercado, para que o consumidor não tenha prejuízos, não devem ser desprezíveis. A legislação brasileira é ainda mais restritiva ao determinar que tais eficiências devam ser equitativamente compartilhadas. Portanto, deve-se, em primeiro lugar, verificar se a operação reduzirá substancialmente os custos das partes envolvidas, e não apenas reduzir custos. Apenas através de reduções substanciais de custos seria possível formular alguma probabilidade de que poderia haver uma compensação real para o risco anticompetitivo decorrente da operação. Seria, portanto, inaceitável aprovar qualquer operação que gere poder de mercado apenas porque foram obtidas determinadas economias de escala resultantes do somatório de parcelas de mercado.

Em segundo lugar, tendo-se concluído que a operação proporcionará eficiências substanciais, deve-se verificar qual a probabilidade de tais eficiências serem repassadas, ao longo do tempo, para o consumidor.

Por fim, caberia verificar se tais eficiências não poderiam ser obtidas de outra forma, com menor risco para a concorrência. Como observa Kramer, “*não há motivos para que o público consumidor assuma os riscos de uma performance anticompetitiva que uma fusão de efeito significativamente concentrador poderá acarretar*”¹⁹.

¹⁹ Palestra proferida por J. Robert Kramer II durante o Seminário Internacional sobre práticas de defesa da Concorrência. Brasília; 1991. Defesa da Concorrência: a prática

Inicialmente, vale registrar que a Secretaria de Direito Econômico, considerou a divergência de dados espontaneamente apresentados pelas Requerentes, em duas etapas, como incurso no artigo 26 da Lei nº 8.884/94, por prática de enganiosidade.

No entanto, as Requerentes originariamente ao apresentar a quantificação numérica, perante a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, estimaram em determinado valor por ano. Este valor, ao ser submetido à Secretaria de Direito Econômico - SDE/MJ, chegou a alcançar uma outra quantificação numérica. As empresas Requerentes, após instadas pelo CADE a se manifestar sobre o parecer da SDE, compareceram a este Colegiado e, espontaneamente, trouxeram os dados relativos a quantificação numérica das eficiências, auditados externamente pela empresa Trevisan Consultoria, demonstrando as seguintes eficiências:

- Redução de custos fixos e mão-de-obra;
- Redução de custos fixos com fechamento de fábricas;
- Redução dos custos de fretes com revisão da malha;
- Redução de custos variáveis;
- Redução de custos de CO₂;
- Redução de custos de embalagens de PET;
- Unificação das administrações;
- Renegociação da dívida da Antarctica;
- Unificação dos sistemas de informática;
- Programa de produtividade nos distribuidores;
- Otimização da puxada;
- Alinhamento de preços de matérias-primas e insumos;
- Repositores;
- Redução do número de diretores regionais;
- Unificação de diretorias regionais.

◆ ***Considerações sobre as eficiências alegadas***

brasileira e a experiência internacional ; Ellen Sampaio e L.H. Salgado (coord), série IPEA, n. 142, 1993, pág. 110.

1. Avaliação das eficiências

As avaliações sobre cada tipo de eficiência foram exaustivamente avaliadas pela SEAE/MF e pela SDE/MJ. Além disto, as eficiências alegadas estão resumidas no relatório deste voto.

De fato, aceitando-se os valores de redução de custos alegados pelas empresas, poder-se-ia considerar a existência de eficiências razoavelmente significativas. Porém, com base no balanço contábil e informações prestadas pelas Requerentes, a SEAE/MF reestimou os números apresentados e concluiu que as eficiências alegadas não seriam suficientes para compensar as perdas para os consumidores, na hipótese de um provável aumento de preços de cervejas.

Evidentemente, as Requerentes rejeitaram a estimativa da SEAE/MF e apresentaram novos valores à SDE/MJ e, posteriormente, outros valores ao CADE. Por sinal, os valores constantes nos autos variam de R\$ 558 milhões²⁰ a R\$ 450²¹ milhões. Por fim, em 22 de fevereiro de 2000, as Requerentes apresentaram trabalho realizado por empresa de consultoria em que as reduções de custos estimadas foram da ordem de R\$ 504,3 milhões. Deve-se observar que algumas das eficiências contestadas pela SDE (como “otimização da puxada” e “melhores práticas gerenciais”) foram expurgadas deste novo cálculo.

Em primeiro lugar, é importante observar que os menores valores obtidos pela SEAE/MF não se devem tanto à falta de informações quantitativas sobre as eficiências alegadas, mas, principalmente, à discordância quanto ao peso de determinados itens sobre o custo de produção. Esta discordância fundamentou-se em informações e dados contábeis das próprias empresas.

Em segundo lugar, é mais importante, ainda que não se conteste a imparcialidade dos cálculos da empresa de consultoria, os mesmos foram realizados para todo o segmento de bebidas, e não apenas para o de cervejas. Por exemplo, durante a instrução processual, as Requerentes anunciaram o fechamento de cinco fábricas de cerveja, três da Brahma (Miranda Correia, Cuiabana e Cibeb) e duas da Antarctica (Estrela e Getúlio Vargas). Porém, os cálculos apresentados ao CADE consideram a hipótese de fechamento de 13 fábricas, incluindo fábricas de refrigerantes. De acordo com o trabalho da

²⁰ Apresentado na reunião com SDE em 10.01.00

²¹ apresentado em conference call realizada para investidores de Nova York

empresa de consultoria, as eficiências resultantes do fechamento de fábricas beneficiará principalmente o setor de refrigerantes. Por sinal, no mesmo trabalho, a própria empresa de consultoria afirma que a sobrecapacidade existente da Brahma e da Antarctica (deduzo que consultoria esteja se referindo às fábricas de cervejas) não permite o fechamento de fábricas em função dos riscos de eventualmente a empresa não poder atender às oscilações de demanda.

A inclusão das linhas de produção de refrigerantes é inadmissível uma vez que não estão sendo avaliadas as eficiências originárias deste segmento, e sim o de cervejas. As próprias Requerentes afirmam que a maior parte dos ganhos anunciados com fechamento de fábricas beneficiarão o segmento de refrigerantes. Portanto, sobre este item, as eficiências que decorrem da concentração em cervejas são bem menores do que aquelas alegadas.

As observações acima foram apresentadas apenas a título de exemplo. O mesmo problema pode ser verificado em todas as eficiências produtivas alegadas (revisão da malha, redução de custos fixos, mão de obra, custos variáveis, etc.). Portanto, parte significativa das eficiências alegadas provém exclusivamente do segmento de refrigerantes.

As Requerentes poderiam argumentar que os benefícios advindos da redução de custos no segmento de refrigerantes poderiam ser repassados para o segmento de cerveja mediante subsídios cruzados. O mecanismo de subsídios cruzados muitas vezes é racional se a empresa tiver objetivos predatórios. Porém, em situações normais, a utilização de subsídios cruzados, por exemplo, elevando o preço do refrigerante e reduzindo o preço da cerveja, implica que os preços praticados nestes dois mercados não corresponderiam aos preços que maximizam o lucro ($R_{mg} \neq C_{mg}$). Considerando o comportamento racional do empresário, não há porque supor, *a priori*, que o consumidor de cerveja se beneficiaria das eficiências produtivas advindas do segmento de refrigerante. Portanto, ao meu ver, não faz sentido analisar os ganhos/perdas de bem estar no mercado de cervejas com base em estimativas de eficiências globais.

As Requerentes afirmam que a produção mais elevada de CO₂ da Brahma reduziria os custos em CO₂ da Antarctica. Isto porque a Antarctica produz maior proporção de refrigerantes, que necessita do CO₂ como insumo. Por sua vez, a Brahma produz, proporcionalmente mais cerveja, que gera CO₂ como subproduto. Porém, sabe-se que, pela experiência do CADE em

operações envolvendo o mercado de CO₂²², 50% da demanda das empresas de dióxido de carbono provêm do setor de bebidas carbonatadas. Isto porque a produção cativa de CO₂ das empresas de bebidas sempre é insuficiente para atender às suas necessidades. Pelo que se conhece daquele mercado, tanto a Antarctica quanto a Brahma seriam grandes clientes de CO₂. Não há, tampouco, conhecimento de empresas de cerveja que produzam excedentes de CO₂ para o mercado, tendo em vista que o CO₂ produzido mal atende às suas necessidades cativas. Portanto, vejo com certo ceticismo a possibilidade de transferência de eventuais excedentes de CO₂ produzidos pela Brahma para a Antarctica. De qualquer forma, os ganhos de eficiências relativos à redução de custo com CO₂ são relativamente pequenos.

A eficiência relacionada à renegociação da dívida da Antarctica não se enquadra em quaisquer hipóteses previstas no inciso I, §1º do art. 54. Porém, ainda que a mesma seja considerada, seu cálculo adota como novo custo de financiamento da Antarctica o atual custo de financiamento da Brahma. Evidentemente, por ter a Brahma uma posição financeira mais sólida que a Antarctica, são esperadas melhores condições de financiamento para a última. Porém, como a Ambev estará absorvendo os passivos da Antarctica, seu perfil patrimonial e financeiro será distinto da Brahma. Portanto, não é razoável supor que as condições de captação permaneçam as mesmas.

Por fim, quanto ao programa de produtividade da rede de distribuidores, embora seja um benefício decorrente da operação, trata-se de uma externalidade que será capturada exclusivamente pelos distribuidores. As requerentes incluem no cálculo das eficiências a captura das economias potenciais pelas distribuidoras da Antarctica que seria gerada pelo conhecimento metodológico retido pela Brahma. Portanto essas economias não podem ser consideradas como parte das reduções de custos para efeitos de cálculo de perdas/ganhos de eficiência alocativa no novo ambiente Ambev. As Requerentes alegam que a Ambev poderá beneficiar-se indiretamente, porém os valores estimados destes ganhos indiretos não foram apresentados.

Portanto, concluo que a operação gerou eficiências, estando atendida a condição prevista no item I, §1º do art. 54. Entretanto, tais eficiências são bem menores do que as alegadas pelas Requerentes.

2. Todas eficiências decorrem necessariamente da operação?

²² Por exemplo, o AC nº 78/96

Uma das etapas de análise sobre eficiências é o de verificar se as mesmas em questão poderiam ter sido obtidas de outra forma, com menor risco para a concorrência.

Na apresentação sobre eficiências ao CADE, algumas das eficiências que não foram consideradas pela SDE como inerentes à operação (melhores práticas gerenciais e otimização da puxada) foram excluídas.

Mais uma vez faço referência ao programa de produtividade da rede de distribuidores. Uma das ferramentas principais deste programa é a implementação do *software* Roadshow. Este *software* não é um *know-how* exclusivo da Brahma, mas está disponível no mercado, e de acordo com informações contidas nos autos, a preços acessíveis para distribuidores de médio ou grande porte. Assim, em primeiro lugar, nada impediria que distribuidores ou a própria Antarctica implementassem o *software* independentemente da operação. Em segundo lugar, a Antarctica possuía contrato de transferência de tecnologia com a Anheuser-Busch, ainda em início. Portanto, as eficiências alegadas sobre este item poderiam ser obtidas de várias formas, independentemente da operação. É importante ressaltar que o seu peso sobre o valor total das eficiências alegadas é cerca de 20%, e portanto, não é desprezível.

3. Avaliação da possibilidade de compartilhamento das eficiências

A demonstração da existência de eficiências substanciais é pressuposto fundamental para que se formule a possibilidade de compartilhamento das eficiências, como determina o parágrafo II, §1º do art. 54. Não basta, portanto, demonstrar que os ganhos de eficiência resultantes da operação compensam as perdas alocativas (“peso morto”). Consumidores devem beneficiar-se equitativamente das eficiências geradas. Significa dizer que as reduções de custos deveriam ser de tal ordem que o preço que maximiza lucros na situação pós-fusão seria menor do que o preço que maximizava lucros antes da fusão.

O parecer elaborado pelo prof. Mario Possas, de dezembro de 1999, faz um excelente exercício teórico sobre os efeitos líquidos no bem-estar, considerando as reduções proporcionais de custos estimadas pela SEAE (6,9%) e pela Ambev (13,2%). Além disto, foram feitas simulações considerando um amplo intervalo de elasticidade-preço da demanda do mercado relevante de cervejas (entre -1,5 e -5). Porém, mesmo considerando razoáveis as elasticidades tomadas por hipótese, o parecer apenas demonstra

que as reduções de custos, mesmo as mais pessimistas, poderiam resultar em reduções de preços, mantendo-se inalterada a rentabilidade da empresa. Daí, porém, não se pode extrair a conclusão de que o efeito líquido da operação sobre o mercado, em termos de eficiência, seria positivo. Toda redução de custos proporciona, automaticamente, espaço para redução de preços, mantendo-se o mesmo nível de rentabilidade anterior. A conclusão é óbvia e intuitiva. O problema é: interessaria à Ambev reduzir preço e manter a mesma rentabilidade anterior ou, o que é mais razoável, no mínimo, manter o mesmo nível de preços atualmente vigente e elevar sua rentabilidade?

O referido parecer observa que, quanto mais inelástica a demanda, maior a possibilidade de redução de preços, caso a empresa tenha o objetivo de manter a rentabilidade anterior, o que é matematicamente correto. Porém, a afirmação poderia levar a um leitor mais desavisado à conclusão absolutamente enganosa que quanto mais competitivo o mercado (e portanto, maior a elasticidade da demanda), menores os benefícios ao consumidor final, o que faria Adam Smith rolar no túmulo.

Portanto, ainda que se considere a hipótese completamente absurda de que a Ambev não teria qualquer capacidade de elevar seus preços e supondo-se que os preços se manterão inalterados, haverá uma elevação significativa do risco anticompetitivo sem quaisquer benefícios para consumidores. Mais ainda: afirmar que a Ambev não teria qualquer estímulo para elevar preços, significaria admitir que o mercado de cervejas possuiria baixas barreiras à entrada, e que, como já visto, é absolutamente contrário a qualquer estudo, nacional ou internacional, sobre este mercado. Em terceiro lugar, mesmo que se admita a hipótese pouco provável que o grau de rivalidade permanecerá inalterado, os próprios limites em capacidade instalada das rivais *vis-à-vis* Ambev impediriam respostas suficientemente agressivas em termos de oferta de quantidades adicionais que contestassem plenamente elevações de preços da líder. Em outras palavras, ainda que a Ambev elevasse os preços de todas as suas marcas (de forma que não houvesse qualquer transferência de consumidores entre marcas Ambev), parte significativa dos consumidores Ambev permaneceriam presos às marcas Ambev por falta de alternativas. Ainda que se aceitem os estudos econométricos que concluem por elasticidades-cruzadas elevadas, os mesmos não podem inibir o exercício de poder de mercado em situações em que há elevada concentração de *market-share* combinadas com elevadas barreiras à entrada.

Por não identificar eficiências substanciais, não há por que assumir a presunção de que as mesmas seriam suficientes para beneficiar o consumidor

na ausência de qualquer intervenção do CADE. Entretanto, de fato, haveria espaço teórico para reduções de preços, o que poderia aventar a hipótese de algum tipo de compromisso de desempenho. Faço, a seguir, considerações sobre esta hipótese.

4. Haveria solução institucional para compartilhar eficiências mantendo-se a fusão nos atuais termos?

Soluções institucionais, de natureza comportamental, visando ao estabelecimento de compromisso da empresa em compartilhar as eficiências alegadas na forma de menores preços, na prática, não são eficazes. Em primeiro lugar, porque *seu efeito é limitado no tempo*. Após o término do compromisso, e cumpridas as obrigações da compromissária junto ao órgão antitruste em repassar benefícios aos consumidores, não há mais restrições legais, do ponto de vista da legislação concorrencial, quanto a voltar a exercer seu poder de mercado, elevando os preços finais.

Em segundo lugar, porque há o problema da *assimetria informacional* entre a compromissária e o órgão antitruste. Ainda que as informações sobre preços efetivamente praticados normalmente sejam auditados por alguma empresa de auditoria, o que assegura maior veracidade às informações prestadas, podem ser fornecidas diversas razões plausíveis para o descumprimento de metas de redução de preços, tais como, redução da produtividade, elevação de determinados custos, etc.

Em terceiro lugar, porque muitas das eficiências levam em consideração determinada *expectativa sobre o comportamento futuro do mercado e da economia em geral*, que muitas vezes pode não efetivar-se. Esta tem sido uma justificativa comum em diversos termos de compromissos, principalmente daqueles efetivados após a implementação do real, entre 1995 e 1996.

Em quarto lugar, a imposição governamental de metas de preços trata-se de uma *intervenção direta sobre decisões típicas de mercado*, e que portanto, desconsidera variáveis de natureza estratégica e comercial. Estas variáveis são dinâmicas no tempo e o compromisso caracteriza-se, até para a maior segurança legal, pelas rigidez. Desta forma, compromissos comportamentais podem ter efeitos perversos sobre o processo concorrencial, o que seria um típico caso de uma consequência imprevista da política antitruste.

Por fim, a *obrigatoriedade de reduzir preços pode corroborar para comportamentos de abuso de posição dominante*, excluindo concorrentes do mercado em razão do desempenho competitivo superior da empresa dominante. O problema não é a saída de empresas menos eficientes, o que faz parte do processo concorrencial, mas que a empresa dominante obteve ganhos de eficiência de forma não natural, mediante uma operação de concentração, resultando em amplo desequilíbrio de forças em um curto espaço de tempo. Neste caso, obrigar que a empresa mantenha metas de redução de preços pode ter efeitos negativos no bem-estar do consumidor no longo prazo, uma vez que, ao final do compromisso, possivelmente a compromissária teria reforçado seu poder de mercado.

Portanto, a forma mais eficaz para a difusão das eficiências é o estabelecimento de medidas estruturais, que contribuam para a redução das barreiras à entrada atualmente existentes e que sejam suficientemente capazes para o restabelecimento das condições de concorrência anteriores.

◆ *Considerações Teóricas*

Tendo em vista o grau de concentração econômica decorrente da operação e as elevadas barreiras à entrada existentes, o passo lógico da autoridade antitruste é a análise das eficiências. Na teoria econômica, o termo eficiência usualmente é empregado como eficiência produtiva, alocativa e distributiva. A eficiência produtiva é a mais simples das três noções: Dada determinada função de produção, seria a utilização de determinada técnica que permitisse que a unidade produtiva operasse próximo de seu rendimento máximo. É inerente a toda operação de fusão a geração de eficiências produtivas, tais como o uso mais racional das capacidades instaladas, permitindo a redução dos custos fixos, bem como de outros benefícios da operação que resultassem em minimização dos custos de produção. As eficiências alocativa e distributiva estão relacionadas a alterações, do ponto de vista estático, das condições de equilíbrio de mercados. Eficiências alocativas estão associados a ganhos que propiciem o alcance do chamado ótimo de Pareto, isto é, quando ganhos de bem-estar de determinado indivíduo, ou grupo de indivíduos, não correspondem a perdas de bem-estar de outros indivíduos. Perdas de bem-estar, dadas as mesmas condições de produção e demanda, constituem-se em ineficiências alocativas. Eficiência distributiva, por sua vez, significa proporcionar maior equidade na distribuição de bem-estar. Implica, por exemplo, transferir benefícios para grupos de indivíduos cujos ganhos de bem-estar resultantes do usufruto destes benefícios seriam

maiores em relação a ganhos de bem-estar que poderiam ser obtidos, com estes mesmos benefícios, por outros grupos.

Mais importante do que a mera avaliação do montante das eficiências produtivas, são os efeitos líquidos da fusão sobre o bem-estar. Sobre estes efeitos, o debate antitruste tem historicamente divergido entre a utilização do critério alocativo *versus* distributivo. Maiores informações técnicas sobre a questão encontram-se no Anexo 2.

◆ *Considerações sobre aspectos legais das eficiências*

De acordo com o que dispõe a Lei nº 8.884/94, operações que gerem aumento de poder de mercado, podem ser aprovadas sob condições de serem compensadas por eficiências, tais como:

- a- aumentar a produtividade
- b- melhorar a qualidade de bens ou serviços
- c- propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico e tecnológico.

A mera alegação de que o ato gerará eficiências não é suficiente para preencher as exigências legais que, de forma abrangente, impõem condições a serem observadas, de modo que os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes de um lado e, os consumidores ou usuários de outro.

Impõe a Lei que as referidas eficiências para serem alcançadas pelas requerentes, tenham por objetivo, também, não eliminar a concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, e obedeçam os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

As Requerentes, conforme dito anteriormente, para provar suas alegações sobre as eficiências a serem alcançadas pela operação, cuidaram de trazer ao CADE demonstração das eficiências a serem geradas pela fusão, devidamente auditadas, alegando aumentos da produtividade, devidamente quantificados de modo a mostrar a redução de custos, com vistas a transformá-las em benefício econômico socialmente desejável, com resultados a serem repassados ao consumidor. Senão vejamos:

VII.1. Fortalecimento do mercado - a constituição da AmBev surge no contexto da globalização econômica do País que tem dado bastante ênfase a

aquisições realizadas por empresas estrangeiras, que se beneficiam de um custo de capital mais baixo, podendo, assim, oferecer mais pelos ativos nacionais.

Nada impede que, diante da crescente desnacionalização pela qual vêm passando as empresas brasileiras, venham se unir duas empresas de capital nacional, procurando fortalecer-se de modo a reduzir a vulnerabilidade do mercado interno.

O surgimento da AmBev poderá acarretar maior capacidade financeira para captar recursos de terceiros, tendo em vista a soma dos fluxos de caixa das duas empresas, reduzindo o nível de endividamento e aumentando o múltiplo de valoração das ações da nova empresa, que surge com expectativa mais firme e mais positiva no que concerne à taxa de expansão e a taxa de rentabilidade.

VII.2. Sinergias - a AmBev argumentou que a fusão ensejará sinergias produtivas de modo a transferir seus benefícios ao mercado e ao consumidor, mediante preços menores e opções mais amplas de produtos de melhor qualidade, a saber:

- a) nas áreas administrativa e financeira, com a unificação de administrações e do sistema de informática, implantando melhores práticas administrativas e reduzindo as dívidas a curto prazo;
- b) redução nas áreas gerencial e administrativa com reflexos na redução da mão-de-obra, na busca da melhoria dos índices de produtividade;
- c) no que concerne à área industrial, a AmBev tentou demonstrar a redução dos custos com a evidente transferência das melhores práticas entre as fusionadas. Propiciará, também, economias nos custos variáveis de produção em relação à matéria-prima, reduzindo-se os custos fixos nas unidades fabris. Registre-se que haverá, também, redução de custos em relação ao CO₂ (gás gerado espontaneamente em decorrência do processo de produção da cerveja), eis que os excedentes da Brahma serão transferidos para a Antarctica. Será otimizada a utilização das linhas sopradoras de embalagens PET, atualmente ociosas nas instalações da Brahma, eis que a Antarctica terceiriza esse serviço;
- d) na área comercial, a unificação das diretorias regionais, das equipes de repositores de mercadorias nos supermercados gerará economias significativas para a nova empresa;

e) na área de distribuição dos produtos, as Requerentes pretendem adotar as melhores práticas já adotadas através do programa de produtividade dos distribuidores. Em relação à entrega de produtos, tais práticas consistirão na otimização da frota de puxada, a maioria terceirizada, com implantação de *software* de roteirização, melhorando a produtividade dos caminhões e reduzindo o número de viagens;

f) quanto às vendas, as melhores práticas consistirão no aumento de produtividade dos vendedores com implantação de *software* de roteirização. Na armazenagem, irão ser implantados sistemas de racionalização dos processos de carregamento e descarregamento dos caminhões, com revisão do *lay-out* dos armazéns, e respectiva melhoria nas atividades realizadas pelas equipes de revenda.

VII.3. Empregos - em relação a este item, as Requerentes afirmam que se comprometem a manter separadas as três redes formadas por empresários autônomos e independentes, mantendo o mesmo número de postos de trabalho nesse segmento

Por outro lado, com a pretensão das Requerentes em otimizar a capacidade fabril em diversas regiões, tem-se que haverá impactos positivos no nível de empregos nessas regiões, tendo em vista a possibilidade de expansão da produção.

Conforme já se verificou, as empresas, individualmente, já reduziram significativamente seus quadros de empregados, devendo agora limitarem-se aos cargos administrativos em que houver duplicidade de funções.

As empresas requerentes se comprometeram em melhorar as práticas de treinamento de pessoal já adotadas pela Brahma que servirão de paradigma para a AmBev, razão pela qual investirão em treinamentos de seus trabalhadores, aumentando sua qualificação e sua produtividade.

Se comprometeram, ainda, a aumentar as exportações para a Argentina, o que constituirá um dos fatores no aumento da produção e das oportunidades de empregos.

Com o crescimento da nova empresa nos diversos segmentos do mercado de bebidas poderão ocorrer a ampliação do número de postos de trabalho.

VIII. CONCLUSÃO

Da análise da presente operação, e diante dos argumentos resultantes das eficiências auditadas, concluo que a mesma resultou apenas no aumento de posição dominante no mercado de cervejas, sem ocorrência de eficiências internas (no âmbito nacional) capazes de neutralizar as probabilidades de dano à concorrência.

No entanto, acredito que a remoção das barreiras elevadas poderão permitir que a concorrência possa ser mais expressiva no que concerne a oportunidades de conquista do mercado de cervejas, com vistas a fazer face à AmBev em condições razoáveis e aceitáveis.

Em razão da Medida Cautelar aplicada às Requerentes, quando da apresentação do Ato de Concentração ora em análise, não houve a ocorrência do fato consumado e, em que pese a forte oposição de concorrentes, não se verificou, em decorrência da operação que resultou na criação da AmBev, qualquer fato que viesse comprovar efetivo dano ao mercado e à coletividade, bem jurídico que a norma tem por tutelar. A Medida Cautelar, pelo que dos autos consta, até este instante foi satisfeita no seu todo, alcançando o objetivo maior de preservar o mercado, e com a decisão a ser proferida por este Plenário, perdeu o seu objeto.

É inegável que a presente operação será eficiente do ponto de vista da concorrência com o mercado mundial, mas não se pode descuidar também da concorrência interna, em que as empresas nacionais ou estabelecidas no mercado nacional, possam se desenvolver de modo a também fazer face à globalização.

É competência do CADE, por ser o órgão responsável pela Defesa da Concorrência, estabelecer o equilíbrio entre o fortalecimento externo da empresa e a livre concorrência, de modo a não permitir que determinada empresa se concentre a ponto de impedir que os concorrentes se desenvolvam.

Conforme já foi afirmado ao longo deste voto, não existem fatos concretos de natureza comportamental que comprovem qualquer dano ao mercado, entretanto a Secretária de Direito Econômico apontou para indícios de práticas infrativas, as quais mais adiante serão objeto de abordagem e decisão. No que concerne às estruturas, as Requerentes demonstram que seus benefícios privados são maiores que aqueles passíveis de serem repassados à coletividade.

Ainda que as Requerentes demonstrem numericamente que a operação trará inovações e ganhos de competitividade, com aumento da produção, melhoria da qualidade do produto relevante e do desenvolvimento

tecnológico, não há como se descuidar das possibilidades advindas do poder de mercado já constatado no setor, bem como das fortes barreiras existentes.

Ao considerar tais fatos, entendo que as Requerentes deverão se submeter a algumas alterações, tanto de natureza estruturais, como comportamentais com vistas a não só dar espaço aos concorrentes internos como concorrer no mercado externo de forma legítima e eficiente.

Pelo que se constata na análise do presente processo, o item I, do §1º, do artigo 54, da Lei nº 8.884/94, está atendido, eis que a operação resultará em aumento da produtividade, na melhoria da qualidade dos bens ofertados e proporcionará a eficiência e o desenvolvimento tecnológico.

É importante registrar que a Brahma vem implementando, individualmente, diversos projetos de modernização e ampliação de suas fábricas, bem como construindo novas unidades fabris e demonstrando total idoneidade econômica com disponibilidade de recursos próprios, e de financiamentos do BNDES.

Segundo as Requerentes, e de acordo com o Parecer da Secretaria de Política Industrial, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, já há necessidade de investimentos em curto prazo, considerando os atuais níveis de utilização da capacidade produtiva e as expectativas de demanda.

A lógica aponta para um resultado eficiente e positivo de modo que dois produtos de boa qualidade separados poderão ser ainda melhor juntos. Dois pontos positivos, apontam para um resultado positivo.

Assim, exaure-se o item I, em cumprimento à determinação legal.

No item II, do § 1º, a Lei determina que:

“Os benefícios decorrentes sejam distribuídos eqüitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”.

Realmente verifica-se que, em razão das elevadas barreiras a operação poderá não proporcionar distribuição eqüitativa dos benefícios privados com aqueles a serem repassados ao consumidor.

É de se registrar que, em relação a algumas eficiências, as Requerentes comprovaram que serão capazes de cumpri-las, principalmente, no que concerne a sinergias.

Sem abstrair-se da questão do poder de mercado, sendo a AmBev uma empresa formada por duas outras que atuam no mercado relevante de

cervejas de forma eficiente, o resultado da operação também apontará, conforme afirmado anteriormente, para um resultado, também eficiente, cuja qualidade certamente beneficiará o consumidor.

No item III, do art. 54, diz a lei que a operação não pode implicar em eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens ou serviços.

Neste específico ponto é que se insere a principal preocupação dos Órgãos integrantes do Sistema Nacional de Defesa da Concorrência, porquanto embora o ato em análise envolva uma variedade de produtos, foi no segmento de cervejas que se identificou a possibilidade do exercício do poder de mercado em detrimento da concorrência.

Em razão de tudo isto, entendo, na mesma esteira que caminhou a Medida Cautelar, que o CADE tem o dever-poder de fixar as condições para que as Requerentes não provoquem, ou venham provocar, danos irreparáveis ou de difíceis reparações ao mercado aos concorrentes e ao consumidor.

A SEAE e a SDE sugeriram a aprovação do Ato, considerando parte da operação, no que concerne à águas, sucos, isotônicos, chás e refrigerantes, pró-competitivas ao mercado de bebidas em geral. No entanto, no mercado de cervejas, sugere a aprovação mediante a imposição de condições.

Seguindo os entendimentos até aqui expendidos, concluo que se a questão do alto nível de concentração no mercado de cervejas for resolvida através da remoção de algumas barreiras elevadas, tornar-se viável acatar as sugestões das Secretarias mediante imposição de condições, que não as sugeridas, para realmente aprovar o ato.

Passo, então, a propor as condições para que o mercado de cerveja possa ser fortalecido internamente, procurando evitar preventivamente que ocorram incidentes que impliquem prejuízos à concorrência, na forma até este momento sustentada.

◆ ESTRUTURAS REGIONAIS

A análise regional do mercado de cervejas demonstrou que o grau de concentração do produto, nacionalmente calculado é muito alto, chegando a patamares de aproximadamente 72%. Em algumas regiões verificou-se concentração ao nível de até 90%, conforme registrado no Estado do Amazonas, que compõe a Região 5 do mercado geográfico.

Também foi identificado na análise regional dos mercados que, as regiões são bastantes diferentes no que concerne à situação competitiva.

Assim decido:

VIII.1. ENTRADA DE UMA NOVA EMPRESA NO MERCADO DE CERVEJA

VIII.1.1 DA VENDA DE MARCA, PLANTAS E DE COMPARTILHAMENTO DA DISTRIBUIÇÃO

Tendo sido identificadas barreiras relativas à produção, marca e distribuição, as Requerentes deverão apresentar proposta ao mercado relativa a estes pontos (“proposta”), visando a entrada de uma nova empresa no mercado. Esta proposta necessariamente deverá englobar os seguintes itens:

A. OPÇÃO DE VENDA DE MARCA

A.1 As Requerentes deverão incluir na proposta ao mercado a venda das marcas Bavaria e Polar, detentoras hoje, conjuntamente, de aproximadamente 6,0% do mercado nacional, bem como a transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados às respectivas marcas;

Vale registrar que a marca Bavaria detém considerável potencial de crescimento no mercado de cerveja, porquanto na oportunidade em que obteve o seu maior sucesso chegou a alcançar a participação de 7,0% do mercado durante o período de 6 (seis) meses. Sua estabilidade e posterior ligeiro declínio deveu-se à falta de maiores investimentos na marca e no mercado.

A.2 A aquisição das marcas Bavaria e/ou Polar cumulada ou alternativamente é uma opção da empresa compradora. A recusa pela aquisição de ambas as marcas e de uma delas deverá ser formalmente justificada ao CADE, com demonstração expressa do seu real desinteresse, de forma a não se constituir em barreira à entrada.

B. ALIENAÇÃO DE ATIVOS

B.1 As Requerentes deverão incorporar na proposta a alienação de uma unidade fabril para a produção de cerveja localizada em cada uma das regiões do mercado geográfico relevante, a saber:

- uma fábrica na Região Sul, localizada em Getúlio Vargas, Rio Grande do Sul, com capacidade instalada de 607 mil hl, de propriedade da Antarctica;
- uma fábrica na Região Sudeste, em Ribeirão Preto/São Paulo, com capacidade instalada de 2.400 mil hl, sendo 500 mil de chopp e 1900 de cerveja, de propriedade da Antarctica, ou na mesma Região, uma fábrica localizada em Guarulhos/SP, com capacidade instalada de 3.300 mil hl, de propriedade da Brahma;
- uma fábrica na Região Centro-Oeste, localizada em Cuiabá/Mato Grosso, com capacidade de 700 mil hl, de propriedade da Brahma;
- uma fábrica na Região Nordeste, localizada em Salvador/Bahia, com capacidade instalada de 2.900 mil hl, de propriedade da Brahma;
- uma fábrica na Região Norte, localizada em Manaus/Amazonas, com capacidade instalada de 487 mil hl, de propriedade da Brahma.

B.2 As fábricas a serem alienadas para a produção de cervejas deverão apresentar as seguintes condições:

- a. perfeito estado de conservação e funcionamento da fábrica (físicas, elétricas e hidráulicas) e de seus maquinários e equipamentos;
- b. capacidade instalada em condições de competir, em relação ao abastecimento, no mercado regional onde esteja localizado;
- c. atualização tecnológica satisfatória;
- d. disponibilização, já existente, de linhas de produção de garrafas retornáveis e de latas;
- e. disponibilização de mão-de-obra necessária ao funcionamento.

B.3 As unidades a serem alienadas deverão ser avaliadas e auditadas por empresa de auditoria independente, contratada pela AmBev, que deverá encaminhar um laudo pericial no prazo de 10 (dez) dias corridos contado da data da publicação do acórdão da presente decisão, sobre as condições enumeradas nas alíneas do item 2 supra.

◆ C. COMPARTILHAMENTO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO

C.1 As Requerentes deverão se comprometer a compartilhar sua rede de distribuição com a compradora em todos os mercados relevantes regionais, durante o prazo fixado nesta decisão;

C.2 Independentemente da opção pela aquisição da marca Bavaria e/ou Polar, as Requerentes deverão disponibilizar suas redes de distribuidores de forma a assegurar plenamente a distribuição da(s) marca(s) do comprador, objeto desta decisão, em quaisquer pontos de venda dentro do mercado regional;

C.3 A distribuição compartilhada dos produtos da AmBev e da compradora deverá ser disciplinada em contrato específico entre as partes, em que se obrigam a assegurar a igualdade de condições na distribuição dos produtos, a igualdade nos custos de distribuição recorridos pelas Requerentes e pela compradora, e a mais ampla distribuição dos produtos da compradora deste mercado;

C.4 Em locais onde houver distribuição direta, os produtos da compradora deverão ser distribuídos pela rede própria da AmBev;

C.5 De acordo com informações das Requerentes, são necessários, aproximadamente, cinco anos para a entrada e consolidação de uma marca, e o tempo necessário de construção de uma planta é de no mínimo de 10 meses. Assim, as Requerentes se obrigam a compartilhar a distribuição da(s) marca(s) do comprador, para assegurar suas chances de consolidação, pelo prazo de quatro anos, ficando neste período dispensado do pagamento da comissão de distribuição. Este prazo poderá ser prorrogado por mais 2 anos, sendo que no período de prorrogação a compradora passará a se obrigar ao pagamento da respectiva comissão de distribuição.

◆ D. DOS CRITÉRIOS DE ESCOLHA DO COMPRADOR

D.1 A proposta deverá ser feita a uma empresa independente, que tenha condições, não apenas de manter o negócio em funcionamento, como também potencial para competir em igualdade de condições em todos os mercados relevantes até o término do prazo de compartilhamento da distribuição.

Esta empresa não poderá ter até a presente data mais de 5% de participação do mercado brasileiro de cerveja.

D.2 Entende-se como empresa independente:

A empresa nacional ou estrangeira que não mantenha participação acionária ou qualquer outro vínculo, ainda que minoritário, com a AmBev, ou em qualquer coligada, controlada ou controladora.

D.3 A escolha da modalidade de venda ficará a cargo da AmBev.

D.4 O comprador deverá ser aprovado, previamente, pelo CADE, em procedimento próprio à luz do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, no que couber.

◆ E. DO PRAZO DA IMPLEMENTAÇÃO DA PROPOSTA E PENALIDADE

E.1 O prazo máximo para a implementação da proposta será de oito meses a partir da assinatura de Termo de Compromisso, contendo todas as determinações aqui contidas, sem prejuízo dos demais prazos estipulados nesta decisão;

E.2 O Termo de Compromisso de Desempenho deverá ser assinado entre a AmBev e o CADE no prazo de 20 (vinte) dias úteis, contado da data da publicação do acórdão da presente decisão. A recusa de assinatura do Termo de Compromisso de Desempenho implicará na imediata determinação, por parte do Plenário do CADE, de desconstituição da AmBev;

E.3 Caso a proposta não seja implementada dentro do prazo previsto no item 1 supra, a execução da decisão deverá ser realizada mediante intervenção judicial na empresa, de acordo com os procedimentos previstos no Título VIII, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações;

E.4 O descumprimento de quaisquer das disposições do Termo de Compromisso de Desempenho implicará na imediata aplicação de multa mínima de 5000 (cinco mil) UFIRs diárias, que poderá ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94;

VIII.2. UNIDADES A SEREM DESATIVADAS

Quanto às unidades a serem eventualmente desativadas nos próximos quatro anos, caberá à AmBev providenciar a oferta pública das referidas unidades a novos entrantes ou concorrentes, devendo ser incluído entre os pretendentes as associações e/ou cooperativas de empregados.

O prazo para que os interessados se habilitem ao certame da oferta pública, e concretizem a alienação respectiva, será de um ano, a contar do

encerramento da oferta, findo o qual fica a AmBev desobrigada das condições determinadas nesta decisão.

VIII.3. DOS EMPREGOS

Sabe-se que toda operação que envolve a diminuição de gastos em busca de maiores eficiências, no que concerne à melhoria de qualidade do produto, envolve também a diminuição da mão-de-obra. Aliás, esta é a lógica eficiente da realização das grandes fusões.

No entanto, em razão da AmBev possuir uma grande massa de trabalhadores, a diminuição da mão-de-obra poderá trazer consequências no que concerne à questão social do desemprego. A AmBev deverá se comprometer a manter o nível de empregos, sendo que a eventual dispensa sem justa causa, que venha a ocorrer nos próximos quatro anos, deverá ser justificada ao CADE, através de estudos que comprovem a modernização. Fica a AmBev obrigada a implementar programa de requalificação da mão-de-obra a ser dispensada, com vistas à realocação desses empregados no mercado de trabalho.

VIII.4. DAS CONDUTAS A SEREM REPRIMIDAS

As barreiras estratégicas à entrada, analisadas ao longo deste voto, derivam das condutas das empresas estabelecidas no mercado. Estas empresas podem adotar meios para fortalecer as barreiras estruturais já existentes ou então adotar práticas retaliatórias contra as novas empresas que ingressarem no setor.

A esse respeito, no que tange aos aspectos supramencionados impõe-se especial exame sobre a questão, na medida em que a operação como se apresenta oferece a possibilidade potencial da exclusão de novas entrantes. Esse aspecto restou demonstrado no voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado, quando da análise do Ato de Concentração nº 83/96 - aquisição de participação acionária e formação de "joint venture", entre a Antarctica e a Budweiser.

Neste intuito é que adentro ao tema "condutas estratégicas" por vislumbrar factíveis de serem implementadas pela AmBev e, portanto, desde logo passo a identificá-las e combatê-las, independentemente de culpa ou que

tenham por objeto produzir efeitos nefastos ao mercado na forma da Lei nº 8.884/94, artigo 20 e seus incisos.

As condutas estratégicas são definidas como atos derivados das empresas estabelecidas, com vistas a reforçar a posição dominante, podendo ser instrumentalizadas, inclusive, através de atos da implementação de não cooperação contra a nova entrante. Não se trata aqui de acusar a AmBev de estar praticando tais condutas, mas de evitar que a fusão proporcione condições destas práticas. Assim, fica a AmBev proibida, preventivamente, de adotá-las, a saber:

VIII.4.1- imposição da prática de venda casada - ficam os pontos de venda desobrigados de adquirir e vender produtos impostos pela fabricante além daqueles do real interesse; o ponto de venda está desobrigado, ainda, de adquirir o produto cerveja, por exemplo, vinculado à aquisição de outro produto da mesma marca, como refrigerantes, tubaínas, águas, chás, isotônicos, outras bebidas alcoólicas ou não-alcoólicas, ou quaisquer outros;

VIII.4.2- imposição de exclusividade - fica o ponto de venda desobrigado dentro do prazo de seis meses, a contar da data da publicação do acórdão desta decisão, de restringir-se à venda determinado produto ou marca, em razão da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de *merchandising*, exceto quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a uma participação acionária da empresa;

VIII.4.3- discriminação com clientes - fica a AmBev proibida de adotar quaisquer atos ou práticas que gerem dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas em razão da alterações de condições operacionais nesta decisão impostas;

VIII.4.4- impedimento de acesso a recursos para o desenvolvimento e o funcionamento de empresas - fica a AmBev proibida de impedir o acesso a matérias-primas, produtos intermediários, acabados ou semi-acabados, aos canais de distribuição e outros;

VIII.4.5- manipulação artificial de marcas - fica a AmBev proibida de manipular o *portfolio* de suas marcas ou criar marcas artificiais de modo a impedir ou dificultar a constituição no mercado brasileiro, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresas concorrentes;

VIII.4.6- redução ou interrupção - fica a AmBev proibida de interromper ou reduzir, sem justa causa comprovada, sua produção em grande escala;

VIII.4.7- imposição ou fixação unilateral de preços - fica a AmBev proibida de manter em seus contratos as cláusulas de imposição ou fixação unilateral de preços.

Estas restrições alcançam, no que couber, integralmente, a rede de distribuição.

O descumprimento das proibições de condutas aqui elencadas implicará em imediata instauração de Processo Administrativo junto a SDE, com adoção de Medida Preventiva, para cessação liminar da prática, sendo esta falta considerada de natureza grave para efeito da Lei n. 8.884/94.

Em razão da Secretaria de Direito Econômico ter apontado em seu Relatório indícios de práticas anticoncorrentiais no que concerne ao exercício abusivo de posição dominante, venda casada de produtos, manipulação de preços, prestação de serviços, e outros identificados na instrução deste Ato de Concentração, que resultariam na dominação de mercado relevante de cerveja, como forma de prejudicar a livre concorrência, determino o desentranhamento de fls. 172/173, 751/759, 1071/1180, 1186/1251, 1256/1605, 1731/1805, 1825/1837, 1862/1891, 1902/1910, 2531/2537, 4839/4888, para a abertura de competente processo administrativo contra os fabricantes objeto deste Voto, incluindo o Setor de Distribuição, também identificado naquele Parecer. Acresça-se a esta determinação a de incluir na instrução do processo administrativo todas as empresas integrantes do mesmo mercado, e suas respectivas distribuidoras, de conformidade com a solicitação do CADE feita à SDE quando da Audiência Pública realizada na Cidade de Manaus, Estado do Amazonas, em que as empresas presentes, ao se acusarem mutuamente, demonstraram de modo formal a ocorrência das práticas aqui apontadas.

Vê-se que as questões de venda casada e outros artifícios de manipulação de preços e prejuízo do consumidor não é privilégio da AmBev, e sim ocorrência a título de conquista de mercado verificada na prática como estratégia de todas as empresas participantes do setor, razão pela qual determinei a abertura do Processo Administrativo acima.

Considero que o atendimento, por parte da AmBev, das medidas acima apontadas resultará em atenuação das elevadas barreiras à entrada e na possibilidade de geração de eficiências.

Considero, ainda, que o ambiente concorrencial começará a ser restabelecido diante da entrada de uma nova empresa no mercado de cervejas no Brasil.

Qualquer alegação ou hipótese de eventuais prejuízos à concorrentes, ao consumidor e à coletividade em geral, está preventivamente bloqueada mediante as proibições consignadas neste voto.

Deste modo, não será sugerindo de plano a desconstituição da presente operação, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência conseguirá evitar que tais práticas ocorram. Não é este o remédio mais eficaz, tendo em vista que as Requerentes, bem como as concorrentes do mesmo mercado, antes mesmo do anúncio de constituição da AmBev, segundo o relato da Secretaria de Direito Econômico, já demonstravam indícios das práticas supramencionadas.

Desta forma, poderá a AmBev ser constituída legalmente desde que atenda às determinações estruturais e comportamentais aqui apontada. APROVO O ATO COM AS RESPECTIVAS RESTRIÇÕES, devendo a empresa AmBev agendar audiência com vistas à elaboração do Termo de Compromisso de Desempenho, objeto da presente decisão.

Extraíam-se cópias de inteiro teor do presente processo, inclusive dos apartados confidenciais para, imediatamente, serem encaminhados ao Ministério Público Federal, em atendimento ao disposto no art. 12, da Lei n. 8.884/94.

Por derradeiro, acrescento que este é o maior Ato de Concentração econômico entre empresas brasileiras que o CADE já teve oportunidade de analisar. Será paradigmático e servirá de referencial para outros tantos que ocorrerão no sentido de fortalecer a economia brasileira.

Deste Ato de Concentração, o CADE tirou algumas lições no que concerne a sua independência, soberania, fortalecimento e importância para a economia nacional e para a sociedade brasileira.

Com este caso, o CADE teve a oportunidade de se fazer conhecer, desde o mais esclarecido ao mais humilde cidadão brasileiro.

Quero registrar aqui a excelência dos trabalhos apresentados pelas requerentes que, desde a peça inicial até a última encaminhada a este Órgão, primou pela qualidade técnica e clareza.

É necessário, também, registrar a irretocável postura técnica na apresentação dos documentos encaminhados pela empresa Schincariol que, na qualidade de concorrente, demonstrou os avanços e as eficiências na conquista do mercado.

Vale ressaltar a contribuição dada pela empresa Kaiser, no que concerne aos dados técnicos e peças jurídicas trazidas aos autos, quando de

sua oposição ao presente ato, trazendo estudos e posições de natureza econômica que propiciaram sobremaneira as conclusões do presente voto.

Consigno, por oportuno, a incomensurável contribuição dos estudos e pareceres trazidos aos autos de autoria dos *experts* profissionais:

- Professor Luciano Coutinho - Instituto de Economia da UNICAMP;
- Professor Mário Luiz Possas - Instituto de Economia da Universidade do Rio de Janeiro;
- Professora Elizabeth Farina - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade - USP;
- Professor João Victor Issler - Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro;
- Professor Marcelo Rezende - Instituto de Economia da UFRJ;
- Doutor Cláudio R. Frischtak - PhD em Economia pela Universidade de Georgetown;
- Professor José Márcio Camargo - PUC - Rio de Janeiro;
- Dr. Fábio Silveira - Economista;
- Dra. Denise de Pasqual - Economista ;
- Professor Dr. Willian J. Lynk - Vice-Presidente Sênior e Economista Sênior da Empresa de Consultoria Lexecon Inc.;
- Professor Dr. Calixto Salomão Filho - Faculdade de Direito - USP;
- Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho - Professor Titular de Direito Constitucional da USP;
- Professora Maria Isabel Vaz - Universidade Federal de Minas Gerais;
- Doutor Edgard Antônio Pereira;
- Professor Renato G. Flôres - Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro; e
- Todos que se manifestaram sobre a fusão entre as empresas Brahma e Antarctica, a certeza de que muito contribuíram para as conclusões deste trabalho.

É o voto.

ANEXO 1

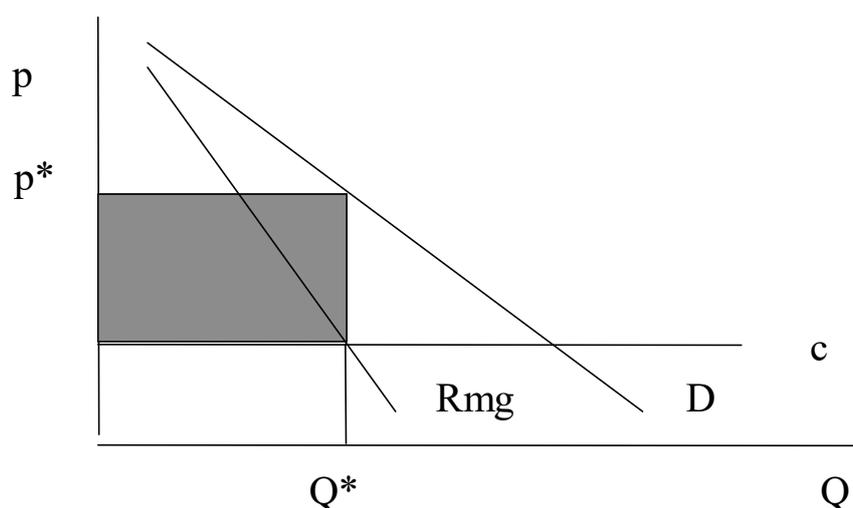
A apresentação formal do argumento dos monopólios sucessivos (*double marginalization*) foi extraída do trabalho de Carlton & Perloff²³. Suponha que o fabricante e o distribuidor sejam monopolistas, ou seja, ambos são capazes de fixar seus preços acima de seus custos marginais, obtendo, assim, um *plus* (*quase-renda*) sobre lucros que prevaleceriam em situações competitivas. A existência de monopólios sucessivos cria estímulos para a integração ou restrição vertical no intuito de se promover o aumento da eficiência e dos lucros conjuntos.

Consideremos as seguintes hipóteses:

- i) curva de demanda D , decendente e linear.
- ii) custo marginal (C_{mg}) constante.
- iii) custo de distribuição igual a zero.

O gráfico A reproduz uma situação em que fabricante e distribuidor estão verticalmente integrados. A firma irá produzir Q^* e fixar o preço p^* , correspondente ao ponto em que o C_{mg} se iguala à R_{mg} . O lucro está representada na área sombreada.

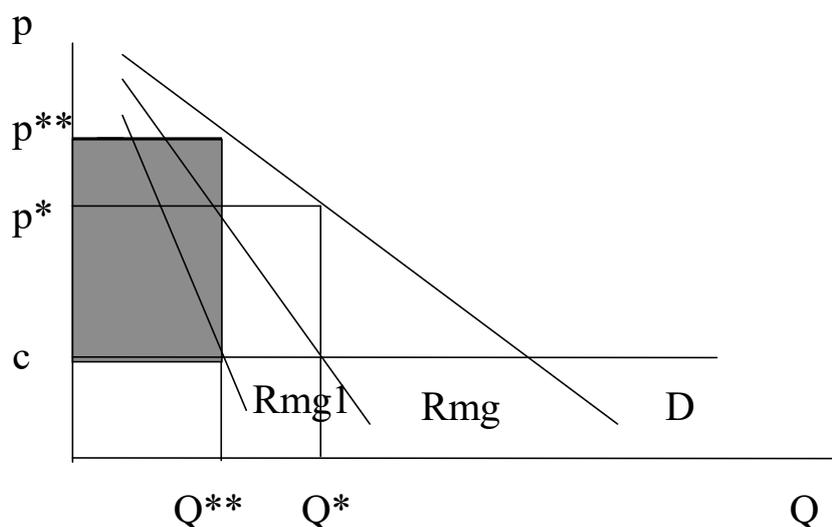
GRAFICO A



²³ Um tratamento algébrico sobre o assunto pode ser encontrado, por exemplo, em Tirole (1997).

No gráfico B o distribuidor é independente do fabricante e exerce poder de mercado. Para o distribuidor, p^* (preço do bem vendido pelo fabricante) representa seu novo custo marginal. Assim, se o preço de atacado for p^* , então o distribuidor irá maximizar seus lucros onde $p^* = Rmg$, resultando em Q^{**} e p^{**} .

GRAFICO B



Observe que a nova curva de demanda do fabricante é a curva de receita marginal do distribuidor. Assim, o fabricante escolhe p^* , correspondente ao ponto em que o custo marginal c intercepta a nova curva de receita marginal ($Rmg1$), e o distribuidor fixa o preço p^{**} ($Rmg = p^*$). O retângulo sombreado representa os lucros conjuntos dos dois agentes econômico (lucro do fabricante = cp^*Q^{**} ; lucro do distribuidor = $p^*p^{**}Q^{**}$).

Conclusões:

a- Quando fabricante e distribuidor são monopolistas independentes, o consumidor depara-se com um duplo *mark-up* (duas margens de lucro), resultando em preços maiores e quantidades menores em relação à situação de integração vertical.

b- lucro conjunto das empresas independentes é menor do que o lucro de uma empresa integrada, como se percebe ao compararmos as duas áreas hachuradas (o acréscimo de área resultante do aumento de preço de p^* para p^{**} é menor do que o decréscimo resultante da diminuição da quantidade Q^* para Q^{**}).

Assim, a existência de monopólios sucessivos estimula a integração ou o estabelecimento de restrições verticais, por exemplo, determinando-se um preço de revenda máximo $p^{**} = p^*$. A escolha entre integração e restrição vertical depende dos custos burocráticos e das economias de escala e de escopo resultante da integração *vis-à-vis* custos inerentes ao arranjo contratual necessário à implementação da restrição vertical (por exemplo, monitoramento das ações do distribuidor).

Não é de se surpreender que a AmBev venha a reclamar da falta de cooperação dos distribuidores verdadeiramente independentes. Exatamente por serem racionais e independentes, estes distribuidores escolherão preço e quantidade que maximize sua taxa de lucro, e não o preço e a quantidade que maximizará a taxa de lucro do fornecedor.

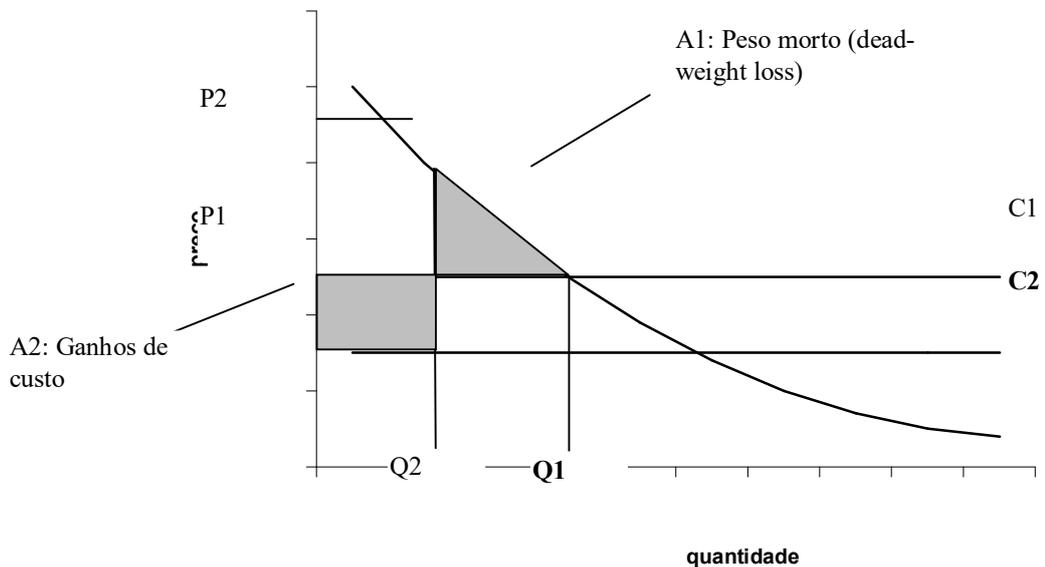
ANEXO 2

Critério Alocativo

Adotado pela Escola de Chicago, implica que toda operação que gerasse ganhos de eficiência superior ou igual às perdas de eficiência geradas pela própria operação deveria ser aprovada. Uma boa forma de apresentar este critério seria pelo gráfico elaborado por Williamson :

GRÁFICO C

Efeitos sobre o bem-estar decorrentes de uma fusão que implique maior poder de mercado



Os ganhos de eficiência produtiva implicariam em redução dos custos da empresa de C1 para C2. Por sua vez, a elevação do preço de P1 para P2 significa a passagem de um ambiente competitivo para um monopólio. O gráfico de Williamson compara a perda de bem estar dos consumidores - o “peso morto” A1 - que representa a quantidade total perdida que os consumidores estariam dispostos a pagar, em relação aos ganhos de custos resultantes da fusão - a área A2.

Se a fusão produzir um aumento líquido da eficiência (A2, que representa maior eficiência produtiva, maior que A1, que representa a maior ineficiência alocativa), de acordo com esta perspectiva, então, a mesma deveria ser aprovada, ainda que isto implicasse aumento significativo de preços para os consumidores.

Note-se, porém, que a análise desconsidera os efeitos redistributivos da operação. Para a Escola de Chicago, trata-se de mera transferência de riqueza entre grupos da sociedade, e, portanto não deveria fazer parte da análise antitruste. Mais importante seria a geração de excedentes líquidos de bem-estar. As eficiências compensatórias reduzem-se apenas à avaliação do montante da redução dos custos em relação ao montante perdido em razão da ineficiência alocativa.

Critério Distributivo

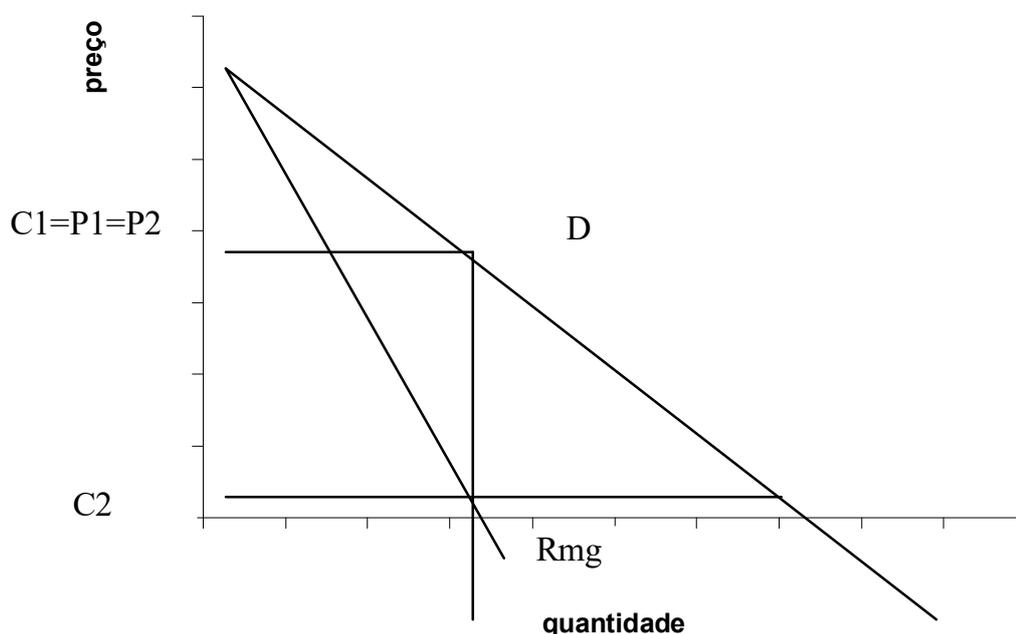
Uma das principais críticas ao critério alocativo é que, ainda que hipoteticamente pudesse se considerar que a soma de bem-estar de todos os grupos - no caso, consumidores e produtores - fosse maior que na situação anterior à fusão, é que, claramente, a fusão claramente gera perdedores (consumidores) e ganhadores (produtores). Portanto, o critério alocativo rompe com o principal pressuposto do Ótimo de Pareto, uma vez que o ganho de bem-estar de um grupo decorre diretamente da perda de bem-estar de outro grupo.

O critério distributivo tem como um dos principais defensores Robert Lande. Este enfoque afirma que “as leis antitrustes foram aprovadas para dar aos consumidores o direito de comprar mercadorias com preços competitivos. Condena o uso do poder de mercado para elevar artificialmente os preços e pressiona para que as leis antitrustes sejam destinadas a prevenir que os consumidores sejam explorados por empresas com poder de mercado. Aos consumidores, não aos cartéis, sejam dados os frutos do capitalismo”.

Há apenas uma possibilidade em que o monopólio não cria transferência de renda. A solução proposta por Fisher, Johnson e Lande sugere uma situação hipotética em que, mesmo que seja fixado preços de monopólio, este coincidirá com o nível de custo anterior. O gráfico abaixo resume esta situação:

GRÁFICO D

Hipótese de preço monopolista igual ao preço competitivo



Portanto, a única hipótese em que a passagem de um ambiente competitivo para um mercado monopolizado não conduz à ineficiência alocativa seria uma redução dos custos unitários de tal ordem ($C1$ para $C2$) que o preço de maximização de lucros do monopolista (receita marginal igual a custo marginal) resultará em um preço de monopólio exatamente igual ao preço competitivo. Evidentemente, a redução necessária dos custos para compensar o poder de mercado resultante é bem maior do que pelo critério alocativo. Além disto, quanto mais inelástica a demanda, maior a necessidade de redução de custos. Ainda assim, observe que, do ponto de vista estático, embora os consumidores não tenham sofrido prejuízos sob a forma de elevação de preços, as eficiências apenas beneficiaram a empresa (ou grupo de empresas), isto é, os benefícios resultantes da fusão não teriam sido compartilhados com consumidores.

Poder-se-ia argumentar que, do ponto de vista dinâmico, estes benefícios, que apenas poderiam resultar de maior concentração, seriam disseminados na forma de inovações tecnológicas e organizacionais, maior qualidade e diversificação de produtos. Como lembra Schumpeter, um sistema baseado em concorrência perfeita não apenas é impossível, como também é inferior em eficiência tecnológica. Porém, o processo de destruição criativa schumpeteriano supõe, utilizando um termo biológico, um processo de

mutação industrial incessante. Em setores caracterizados por elevadas barreiras à entrada e baixo dinamismo tecnológico há poucas razões para se acreditar que isto ocorrerá. Na verdade, a própria existência de elevadas barreiras à entrada, quando somadas com a falta de pressão concorrencial, prejudica o processo inovativo.

Resta ainda mencionar o problema de usar mensurações pecuniárias como proxy de utilidade, ou de bem-estar dos agentes econômicos (no caso, consumidores e produtores/vendedores). Basta lembrar que Bentham, precursor da teoria da utilidade, considerava que a capacidade de uma pessoa beneficiar-se com dinheiro diminuía à medida que ele ganhasse mais dinheiro. Usando uma terminologia moderna, ele achava que o dinheiro tem utilidade marginal decrescente. Portanto, avaliações sobre impactos no bem-estar baseadas em valores de custos e preços subestimam o caráter subjetivo e psicológico de suas variações sobre grupos da sociedade. Assim, elevações de preços, ainda que monetariamente sejam acompanhadas por reduções de custos, de tal forma que aparentemente compensariam a ineficiência, implicariam danos adicionais aos consumidores.

