

## VOTO VOGAL CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ

### I - OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO ANTITRUSTE

#### *1. Introdução*

O artigo 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observará os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência e da defesa do consumidor, entre outros. A proteção do consumidor se dá, dentre outras maneiras, através da garantia da livre concorrência. Visando assegurar esses princípios, o legislador entendeu necessário proteger a livre concorrência através de lei específica, ao estabelecer no parágrafo 4º, artigo 173, também da Carta Magna, que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Segundo o ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins<sup>1</sup>, “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram às condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência.

Tendo em vista o comando constitucional, a lei 8.884 (de defesa da concorrência), no seu artigo 1º, “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, identificando a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Para a consecução do seu fim, conferiu-se ao Plenário e aos Conselheiros desta Autarquia poderes para prevenir e reprimir o exercício do poder econômico. Tais poderes, contudo, por serem atribuídos aos agentes públicos, gestores dos interesses da

---

<sup>1</sup> In "Comentários à Constituição do Brasil"

coletividade, adquirem conotação de um poder-dever. Neste sentido a lição do emérito doutrinador Hely Lopes Meirelles<sup>2</sup>:

*“Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém pois, não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem a sua atuação”*

As decisões do Conselho emanam da parcela de poder público que lhe é conferido, constituindo atos administrativos que devem estar maculados pelos princípios básicos da administração, dos quais, destaco os da legalidade, da finalidade e da supremacia do interesse público. A competência do CADE está adstrita ao disposto na lei, sendo pois sua atividade vinculada<sup>3</sup>. A finalidade primordial das atividades administrativas do Estado é o benefício coletivo. A mesma finalidade se verifica no tocante a legislação antitruste brasileira, conforme explicitado em seu artigo 1º, parágrafo único. Não pode o administrador furtar-se do exercício de suas atribuições e da aplicação destes ditames constitucionais, sob pena de ter o seu ato declarado nulo em sede judicial, em virtude do declarado abuso de poder.

O aplicador da norma legal deve atuar de forma a garantir o direito da coletividade, preservando a concorrência nos mercados, mesmo que como consequência dessa ação o interesse privado não seja atendido. A lei não faculta aos membros do CADE, por exemplo, considerar mais eficaz a repressão de condutas anticoncorrenciais, e adotar postura mais ou menos “liberal” na prevenção do abuso do poder econômico. Ou permitir quaisquer ações de mercado por temer o elevado custo privado da intervenção. Cabe ao CADE proteger a concorrência (e a sociedade) de qualquer ação de mercado que possa prejudicá-la, submetendo o interesse privado ao interesse público.

Na defesa do direito à concorrência, os artigos 20 e 21 da lei 8.884 tratam da repressão ao abuso do poder econômico, enquanto que o artigo 54 trata da prevenção. Embora com aplicações distintas, derivam todos do seu artigo 1º e tratam do poder econômico da empresa e do seu mau uso efetivo ou potencial. É importante ressaltar que a conquista de mercado (e, conseqüentemente, de poder econômico) “resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus

---

<sup>2</sup> Direito Administrativo Brasileiro – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 18ª edição.

<sup>3</sup> Excetua-se a discricionariedade na aplicação de multa.

competidores...” (parágrafo 1º, artigo 20) não pode ser objeto de intervenção da autoridade administrativa, sendo a justa retribuição da competência empresarial. De fato, a conquista de mercado - obtido através de vantagens de custos, da melhor qualidade, ou da diferenciação dos produtos - é o objetivo do empresário competente, inovador e gerador de progresso. Nesse sentido, combater a concentração de mercado ou mesmo o monopólio, alcançado dessa forma, significaria inibir o progresso técnico e o desenvolvimento econômico.

Já num ato jurídico de concentração econômica, ocorre crescimento extraordinário, que soma o poder econômico das empresas, antes independentes. Nesse caso, o poder econômico não é obtido através da maior eficiência no livre jogo do mercado, mas de uma concentração extraordinária, razão pela qual a lei brasileira exige a apresentação do ato para exame da autoridade administrativa, que não poderá permitir sua realização caso limite ou de qualquer forma prejudique a concorrência.

Nesse mesmo sentido vai a jurisprudência européia. Segundo Louis Vogel<sup>4</sup>, as jurisdições européias consideram além do abuso de comportamento da empresa já detentora de posição dominante (conduta anticoncorrencial abusiva), o abuso de estrutura, que se daria a partir do prejuízo à estrutura da concorrência causado pela concentração do poder econômico. Explica o autor, que o abuso de estrutura não tem a intenção de prejudicar, não sendo moralmente repreensível. É uma noção objetiva que se caracteriza pelos seus efeitos sobre o mercado<sup>5</sup>.

Na opinião da ilustre ex-conselheira do CADE Dra. Neide Terezinha Malard, “Com a desconcentração do poder econômico, pode-se reduzir a discricionariedade que têm os agentes econômicos sobre as questões que dizem respeito ao bem-estar da coletividade e se assegura a impessoalidade das decisões de mercado, impedindo-se que um ou poucos agentes econômicos decidam pela maioria dos indivíduos. Na verdade, um dos grandes méritos da economia de mercado está na descentralização das decisões econômicas<sup>6</sup>...”.

Porém, conforme leciona Luis Cabral Moncada, “não é só por razões econômicas que se defende a concorrência. É também por razões de ordem pública, pretendendo-se impedir e combater concentrações excessivas

---

<sup>4</sup> “Droit de la Concurrence et Concentration Economique”, p. 135-149, Economica, 1988.

<sup>5</sup> Vide Neide Terezinha Malard, “Concentração de Empresas e Concorrência”, p.31-32, junho de 1997.

<sup>6</sup> “Concentração de Empresas e Concorrência”, p.26, junho de 1997.

de poder econômico privado ou público, no pressuposto de que o resultado respectivo, ou seja, o dirigismo econômico é susceptível de pôr em causa a transferência do funcionamento do mercado e o controle pelo público consumidor por ele potenciado do andamento dos preços e quantidades dos bens e serviços bem como a autenticidade das necessidades, numa palavra, a soberania do consumidor”.

É nesse sentido que a Dra. Malard cita André Marchal<sup>7</sup>, para quem o comportamento da grande unidade industrial se tornou matéria de interesse público em virtude do seu poder de impor preços e controlar a produção. Também cita Gérard Farjat<sup>8</sup>, que vê como motivos para o Estado controlar a concentração econômica o inevitável desaparecimento da concorrência que ela provoca e a capacidade da grande empresa de modificar as relações sociais, que tendem a passar a relações de subordinação, o que levaria o Estado a intervir em favor dos mais fracos. Nesse mesmo sentido conclui a ex-conselheira do CADE: “A presença do Estado no processo econômico era reclamada para contrabalançar o agigantamento do poder econômico privado<sup>9</sup>”. Assim, para a autora, com o controle dos atos de concentração previne-se a ocorrência do abuso, “que se torna **provável** em decorrência das condições estruturais do mercado<sup>10</sup>” (grifei).

Pindyck & Rubinfeld<sup>11</sup> consideram que “O objetivo primário das leis antitruste é a promoção de uma economia competitiva, por meio da proibição de ações que sejam capazes de limitar, ou que tenham possibilidade de limitar a concorrência, e por meio de restrições a estruturas de mercados que sejam permissíveis. Faço notar a semelhança entre o texto do artigo 54 da lei antitruste brasileira e o trecho reproduzido, de autoria de conhecido especialista na matéria, graduado funcionário do órgão federal antitruste dos EUA, país que cultua a livre iniciativa e, conseqüentemente, a defesa da concorrência. Se um ato possivelmente limita a concorrência, possivelmente aumenta o poder econômico, não pode ser permitido. A análise não requer certeza, incorporando a presunção. Ainda segundo esses autores, “O poder de

---

<sup>7</sup> “Systèmes et Structures Économiques”, p.466-467, Presses Universitaires de France, 1959.

<sup>8</sup> “Droit Économique”, p.265-269, Presses Universitaires de France, 1971.

<sup>9</sup> Ibid. p. 29.

<sup>10</sup> Ibid. p.31.

<sup>11</sup> R.S. Pindyck e D.L. Rubinfeld, “Microeconomia”, p.468-469, Ed. Makron Books, 1994.

monopólio pode ser obtido por meio de fusão das empresas, resultando numa companhia maior e mais dominante, ou então por meio da aquisição do controle acionário de outras empresas. O *Clayton Act* proíbe fusões e aquisições quando reduzem substancialmente a competição, ou tendem a criar um monopólio”. De fato, o Guia para a Análise de Atos de Concentração Econômica (*Horizontal Merger Guidelines*), publicado pelas autoridades daquele país em 1992, afirma claramente que tais atos não podem ser permitidos se criam ou elevam o poder de mercado, ou facilitar seu exercício.

Na Alemanha, o “Ato Contra as Restrições à Concorrência”, aprovado pelo Parlamento, em 1958, prevê o controle preventivo das estruturas de mercado. Ruppeit<sup>12</sup>, funcionário do Bundeskartellamt (Agência Federal de Cartéis), órgão responsável pela aplicação da legislação antitruste naquele país esclarece que o controle prévio dos atos concentradores de mercado visa “preservar estruturas de mercado competitivas... Um ato de concentração deve ser proibido se é provável que ele cria ou reforça posição dominante no mercado... O controle de atos de concentração... tem se tornado a mais importante atividade do Bundeskartellamt”.

Na Europa, outros países europeus promulgaram suas legislações antitruste e passaram a aplicá-la, após a Alemanha. Neste bloco costumam ser citados os aperfeiçoamentos mais recentes das leis inglesa (especialmente o “Fair Trading Act”, de 1973), francesa (“Ordonnance” nº 86-1243, de 1986) e italiana (Lei nº 287, de 1990, intitulada Normas Para a Proteção da Competição e do Mercado). Todas elas apresentam-se semelhantes entre si e à legislação alemã, no que se refere aos conceitos básicos e objetivos da legislação.

A Comissão Européia aprovou, em dezembro de 1989, o Regulamento 4064/89, relativo ao controle das operações de concentração de empresas, que entrou em vigor em setembro de 1990. O Regulamento é claro, ao relacionar reforço de posição dominante com prejuízos ao processo concorrencial, afirmando que “as operações de concentração de dimensão comunitária que criam ou reforçam uma posição de que resulta um entrave significativo da concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial do mesmo devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum”.

Busco enfatizar, desse modo, que a intervenção do Estado na defesa do direito da coletividade à concorrência nos mercados não é característica de

---

<sup>12</sup> Ruppeit, H., “The Role of Competition Policy in Germany”, in Papers Presented in Seminar, Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, Brasília, 1991.

sociedades pouco democráticas. Muito pelo contrário. No Brasil, a aplicação da lei de defesa da concorrência veio justamente num momento de superação do Estado forte e interventor, quando decisões econômicas eram tomadas nos gabinetes da burocracia de forma pouco transparente e sem discussão. Com a lei de defesa da concorrência são estabelecidas regras claras de atuação nos mercados, de amplo conhecimento de todos os agentes econômicos e compatíveis com a jurisprudência internacional<sup>13</sup>. Na aplicação da lei antitruste observa-se o devido processo legal e o direito de defesa, requisitos básicos das sociedades democráticas.

Nesse sentido, a lei 8.884 estabelece regras para a apresentação de atos concentradores do poder econômico, com a finalidade de garantir o direito da coletividade à concorrência nos mercados. Tendo sido constatado que o ato submetido ao exame é potencialmente prejudicial à concorrência - isto é, que ele cria ou reforça o poder econômico -, o CADE tem o dever de intervenção, de forma a garantir que o estado da concorrência não seja por ele prejudicado. Na defesa dos interesses da coletividade, do direito da sociedade à concorrência nos mercados, deve o CADE impedir a realização do ato ou nele intervir criando condições para que a concorrência seja **restabelecida o mais próximo possível dos níveis anteriores**, impedindo a criação ou elevação do poder econômico - corolário da prevenção às infrações contra a ordem econômica.

Dessa maneira, pode o CADE intervir parcialmente num ato de concentração que eleva substancialmente o poder de mercado somente se estiverem presentes condições que assegurem, inequivocamente, que essa solução iguale a desconstituição em termos de manutenção das condições da concorrência e do bem-estar econômico e social. Se da intervenção parcial (adotada no lugar da pura e simples desconstituição) emergiu um agente com maior poder econômico, com maior poder de manipular o mercado, com maior capacidade de impor sua política comercial, não terá o CADE cumprido seu papel legal, inalienável, de defender o direito da coletividade à livre concorrência.

Pode o CADE, entretanto, permitir a realização de um ato de concentração econômica que seja potencialmente nocivo à concorrência (e a coletividade), se ele atender às condições previstas nos parágrafos 1º e 2º do artigo 54 da lei de defesa da concorrência, uma vez constatado que ele também produz benefícios econômicos e sociais que mais que compensam a

---

<sup>13</sup> Vide R. Pitofsky, "The Political Content of Antitrust".

coletividade do prejuízo causado. Na ausência desses benefícios, inequivocamente identificados e que serão gerados com absoluta certeza, cabe ao CADE estabelecer as condições da intervenção necessárias para que a concorrência seja mantida nos níveis mais próximos possíveis do nível pré-fusão.

## *2. Poder Econômico, Posição Dominante e Poder de Mercado*

O poder econômico que a lei visa prevenir é nela tratado em termos de domínio de mercado. Nesse sentido, o *caput* do artigo 54 prevê que os atos que possam limitar a concorrência, “ou resultar na **dominação de mercados relevantes** de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE” (grifei). Também o artigo 20 da lei antitruste brasileira utiliza-se de terminologia assemelhada, quando no seu inciso II considera infração da ordem econômica “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, como também no seu parágrafo 2º, quando estabelece que “Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante...”. A presunção óbvia embutida nesses comandos legais é a de que a dominação de mercados relevantes possibilita o abuso do poder econômico, no futuro. A prevenção antitruste consiste, desse modo, no impedimento da dominação de mercados.

Porém, para que haja possibilidade do abuso do poder econômico, não basta que seja verificada apenas a existência de posição dominante num mercado, em termos de elevada participação na oferta de um bem. É necessário que estejam presentes as condições para que o abuso se efetive. Ou seja, não basta que uma empresa detenha parcela substancial do mercado para que possa cometer infração à ordem econômica, nem mesmo que seja monopolista no mercado. É preciso que além da posição dominante, o mercado apresente características na sua estrutura que permitam que a posição dominante possa ser utilizada de forma abusiva, ou seja que ela se reflita em poder de mercado. Assim, é possível que uma empresa seja monopolista num mercado, sendo detentora, portanto, de posição dominante, mas que não seja capaz de elevar preços, reduzir a oferta de bens, etc. Nesse caso, a posição dominante não se reflete em poder de mercado, não se reflete na capacidade da empresa de adotar de maneira unilateral políticas comerciais desvantajosas para seus clientes, fornecedores ou mesmo concorrentes. Apenas os atos que criam ou reforçam poder de mercado podem ser alvo da intervenção antitruste preventiva, uma vez que apenas estes criam ou aumentam a possibilidade do abuso do poder econômico. Sendo assim, o objetivo da prevenção antitruste é

impedir a realização de atos concentradores de poder econômico que criem ou reforcem poder de mercado.

### *3. Definição de Poder de Mercado*

A teoria econômica define poder de mercado (ou poder de monopólio) em termos da diferença entre o preço praticado pela firma e o preço que seria obtido num mercado perfeitamente competitivo. Poder de mercado é, portanto, uma questão de grau - quanto maior, tanto maior o preço. Para efeito da política de defesa da concorrência, porém, o conceito, embora semelhante, tem outro enfoque. O *Horizontal Merger Guidelines* dos Estados Unidos, de 1992, por exemplo, imediatamente após esclarecer que os atos concentradores do poder econômico não podem ser permitidos se criam ou reforçam poder de mercado, define este como a capacidade da empresa manter preços acima do nível competitivo por um significativo período de tempo. Assim, uma operação cria ou eleva poder de mercado quando permite que as empresas que nele atuam aumentem seus preços (o que é tautologicamente identificado como exercício do poder de mercado).

O poder de mercado pode ser exercido na forma do aumento dos preços ou na forma da imposição de outras condições comerciais desfavoráveis aos compradores. Porém, como toda condição comercial pode ser considerado um componente do preço (prazo, qualidade, etc.), o exercício do poder de mercado pode ser generalizado como a imposição por parte do vendedor de condições comerciais desfavoráveis ao comprador.

### *4. Prevenção Antitruste - Objetivos do Controle dos Atos de Concentração*

O controle dos atos que concentram poder econômico visa a prevenir a criação ou elevação significativa do poder de mercado. Tal objetivo decorre do fato de que o exercício do poder de mercado - na forma da elevação dos preços e redução da oferta - é redutor de eficiência e bem-estar econômicos. A hipótese básica do controle preventivo é a de que elementos-chaves da estrutura de um mercado determinam a conduta das firmas e seus desempenhos (em termos de preço/lucratividade). Dessa forma, mudanças nestes atributos estruturais podem criar ou reforçar poder de mercado - que ao ser exercido implicará perda de eficiência e bem-estar econômicos. De uma maneira geral, os atos concentradores de mercado constituem-se na forma mais usual (e visível) de alteração na estrutura dos mercados. Por essa razão,

inclusive, a concentração de mercado é utilizada como a regra de obrigatoriedade na notificação dos atos e contratos.

O controle de atos de concentração baseia-se no modelo conhecido na teoria econômica como estrutura-conduta-desempenho - ECD, que forneceu a justificativa teórica para a intervenção preventiva em mercados que venham a se tornar “artificialmente” concentrados - isto é, a partir de operações ou contratos (fusões, aquisições, etc.) que expressem a busca de maior poder de mercado por meios que não os espontâneos de mercado.

Além de ser a principal base da análise antitruste moderna, o modelo ECD é um dos pilares da tradição de análise econômica de Organização Industrial. Em essência, consiste na concepção de que a estrutura de mercado (grau de concentração da oferta, nível das barreiras à entrada, etc.) determina a conduta das empresas (seu comportamento, inclusive estratégico), e, por consequência, o desempenho (ou performance) tanto das empresas quanto do mercado (em termos de preços, crescimento e eficiência produtiva). Em particular, a principal suposição é a de que maior concentração na oferta (estrutura) implica maior probabilidade de colusão (conduta), e com isso preços e lucros mais elevados (desempenho).

Assim, embora a ação antitruste seja voltada essencialmente - desde suas origens e por sua natureza - à repressão de práticas de comércio lesivas à concorrência (repressão de condutas), ela tem muito maior eficácia se estiver preocupada com a prevenção de tais práticas (controle preventivo dos atos de concentração), na medida em que elas sejam, se não estritamente determinadas, ao menos em grande medida viabilizadas por um alto grau de concentração e pela existência de poder de mercado.

Scherer<sup>14</sup> ao analisar as duas linhas de intervenção antitruste (repressiva e preventiva) não titubeia ao fazer a opção pelo controle preventivo das estruturas de mercado: “Não seria um artifício dizer que a política preventiva está para a conduta oligopolista como a cirurgia está para a aplicação contínua de remédios”. Assim, para o autor, o papel da política antitruste seria manter as estruturas de mercado suficientemente fragmentadas, o que garantiria condutas automaticamente virtuosas.

Já no entendimento de Possas<sup>15</sup>, “pode-se dizer que essa percepção representou uma importante guinada na concepção teórica da ação antitruste, ao introduzir com grande destaque a dimensão preventiva. Na verdade, é possível ir mais longe e considerar que toda intervenção antitruste é e deve

---

<sup>14</sup> F.M.Scherer, “Merger Policy in the 1970s and 1980s”, p.83, 1988.

<sup>15</sup> Mário Possas, II Curso de Defesa da Concorrência – CADE 1999.

ser, direta ou indiretamente, essencialmente preventiva... Em particular, a prática de preços monopolísticos - o exercício de poder de mercado por excelência... -, seria uma consequência espontânea de posições estruturalmente monopolísticas ou semelhantes; mas seu controle ex post com um mínimo de eficácia envolveria um aparato de monitoração e controle de preços inviável econômica e politicamente numa economia de mercado, razão pela qual é sistematicamente desconsiderado na prática antitruste universal... Em geral, operações que implicam aumento considerável do grau de concentração em mercados caracterizados por elevado nível de barreiras à entrada e baixo dinamismo tecnológico, além de não apresentarem evidências da geração de ganhos de eficiência produtiva significativos, tendem a não ser autorizadas pelas agências antitruste”.

O controle preventivo, entretanto, não pode vir a se tornar um óbice aos ganhos de escala, ao desenvolvimento tecnológico e outros ganhos de eficiência inerentes a alguns atos de concentração. Por essa razão, atos que gerem eficiências *capazes de compensar* a elevação do poder de mercado, devem ser permitidos. Para tanto, a análise deverá estimar o *trade-off* entre os ganhos de eficiência inerentes ao ato e a perda de eficiência (na forma da elevação do poder de mercado) decorrente da sua realização.

### *5. Avaliação do Poder de Mercado*

O controle preventivo das estruturas dos mercados visa o controle do poder de mercado. As estruturas dos mercados são constituídas, por sua vez, por uma série de atributos a eles inerentes. Nesse sentido, é importante ressaltar que a política preventiva lida exclusivamente com atributos estruturais do mercado, visando garantir um resultado satisfatório do mercado em termos de bem-estar econômico. Uma correta avaliação do poder de mercado exige, então, a identificação de todos os atributos da estrutura do mercado capazes de influenciar seu mau uso.

O grau de concentração da oferta é variável chave na análise. Entretanto, há uma longa lista de atributos estruturais capazes de influenciar os resultados obtidos nos mercados, entre os quais podem ser citados, a título de exemplo, o número dos vendedores, o tamanho dos vendedores, o número dos compradores, o tamanho dos compradores, o grau de homogeneização do produto, a possibilidade de mudanças tecnológicas, o momento do ciclo do produto, o nível das barreiras à entrada, as elasticidades-preço da demanda, a

estrutura de custos da indústria, a estrutura de distribuição, a taxa de expansão da demanda, etc.

**Entretanto, no presente caso as Requerentes consideram que residem nas condições das barreiras à entrada de novos concorrentes e nas condições da demanda a demonstração de que é impossível o abuso da posição dominante, que foi substancialmente reforçada pela operação sob exame. As análises da SEAE e da SDE, por essa razão, também se restringiram a esses pontos.**

#### *6. Das Provas dos Autos*

Como foi dito, uma operação que concentra substancialmente um mercado pode ser aprovada se outros elementos da estrutura do mercado impedirem o abuso do poder da empresa concentrada, ou mesmo se trouxer eficiências compensatórias.

A jurisprudência internacional é clara nesse sentido. Segundo o guia de análise de fusões norte-americano, por exemplo, "Onde o HHI<sup>16</sup> pós-fusão excede 1800, será **presumido** que fusões produzindo um aumento de mais de 100 pontos no HHI irão provavelmente criar ou realçar poder de mercado ou facilitar seu exercício". Assim, embora reconheça que essa presunção pode ser contornada se provada que a existência de outros elementos no mercado tornam improvável o exercício do poder de mercado, a autoridade antitruste dos EUA transfere às empresas que se concentram a responsabilidade da prova. Segundo Denis<sup>17</sup>, é das empresas a responsabilidade de demonstrar que o ato concentrador não representa risco à competição, retirando do investigador a responsabilidade de demonstrar que o ato é prejudicial para a concorrência.

Não é diversa a exegese da lei 8.884, que nos seus artigos 20 e 54 estabelece a presunção de existência de posição dominante a partir do controle de 20% do mercado. O legislador deixou, dessa maneira, clara a relação entre participação de mercado/concentração da oferta e abuso do poder econômico. Porém, no processo administrativo no CADE, em sede de Atos de Concentração, é facultado às Requerentes trazerem aos autos dados que demonstrem a possibilidade de aprovação do ato, indicando que a elevada

---

<sup>16</sup> Índice de medição do grau de concentração do mercado.

<sup>17</sup> Denis, P.T. (1993) - Advances of the 1992 Horizontal Merger Guidelines in the Analysis of Competitive Effects, p.506, The Antitrust Bulletin, Fall.

concentração não se refletirá em exercício do poder de mercado. Caberá ao CADE analisar os dados dos autos, avaliando-os com rigor.

## II - ANÁLISE DA OPERAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DA AMBEV

**Procurei demonstrar que uma operação que concentra mercado substancialmente só pode ser aprovada se as barreiras à entrada de novos concorrentes forem reduzidas, ou os clientes tiverem suficiente poder de barganha, ou se as elasticidades da demanda forem altas, ou se houver qualquer outro fator estrutural no mercado afetado que impeça o exercício do poder de mercado - e não há como supor que o detentor do poder de mercado deixará de exercê-lo, se não houver condições estruturais que o impeça. Também pode ser aprovada se sua implementação trouxer ganhos inerentes à operação, que compensem o prejuízo causado à coletividade.**

**Sem essas condições, uma operação que concentra significativamente um mercado não pode ser aprovada. Aprová-la seria descumprir a lei e representaria uma omissão da autoridade diante do poder-dever de proteger a coletividade de atos ilegais. E não há dúvidas de que uma operação que eleva o poder econômico e permite ou facilita o exercício do poder de mercado é ilegal perante a lei 8.884. Também ressalto que intervenções parciais - que não determinam a desconstituição do ato - só podem ser implementadas se ficar claramente demonstrado que as condições da concorrência após a intervenção serão mantidas pelo menos no mesmo nível que ficariam se fosse determinada sua desconstituição. Se assim não for, também estará o aplicador da lei indevidamente abrindo mão do seu dever de garantir o direito da coletividade, em defesa do interesse particular.**

Cabe, dessa forma, analisar as variáveis de mercado identificadas na instrução do processo como capazes de interferir no exercício do poder de mercado das Requerentes, no presente caso, o nível das barreiras à entrada e as elasticidades da demanda. Como mencionado, o primeiro passo nessa direção consiste na definição dos mercados relevantes da operação.

### *1. Definição dos Mercados Relevantes*

O primeiro passo na identificação dos elementos que compõem a estrutura do mercado reside na determinação do mercado relevante da análise, isto é, do mercado que pode estar sujeito ao exercício do poder de mercado como consequência da operação notificada. Nesse sentido, a metodologia de definição dos mercados relevantes de um ato de concentração estabelecida nos Horizontal Merger Guidelines, de 1992, das autoridades antitruste dos EUA, consagrada internacionalmente, é totalmente adequada. Um mercado relevante antitruste seria “...um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um ‘pequeno mas significativo e não transitório’ aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para satisfazer tal teste”.

A metodologia supõe, dessa maneira, uma empresa maximizadora de lucros, que seja o monopolista hipotético<sup>18</sup> no mercado considerado (produto/área geográfica) capaz de impor um aumento de preço significativo e não transitório. Caso esse aumento de preços faça a empresa perder mercado, sacrificando seu lucro, ela não detém poder de mercado. Observa-se que a própria delimitação do mercado relevante já considera o objetivo da investigação antitruste, ou seja, o estimar o poder de mercado e a probabilidade do abuso do poder de mercado, definido como a capacidade da empresa elevar preço sem ser contestada. O mercado relevante assim definido é o locus (do ponto de vista do produto e da região geográfica) em que o poder de mercado pode ser (hipoteticamente) exercido. A referência para as duas definições é sempre a possibilidade de exercício do poder de mercado e as variáveis fundamentais na análise são as elasticidades da demanda e da oferta.

A delimitação do mercado relevante depende de quanto se supõe que deva aumentar o preço para configurar o suposto exercício abusivo de poder de mercado. Nos EUA, o aplicador da norma legal trabalha normalmente com a hipótese (arbitrária) de um limiar de 5% de aumento a partir de uma posição hipotética competitiva como indicativo de poder de mercado, embora possa ser superior (extensivo a 10%). Desse modo, o conceito de mercado relevante, embora construído com argumentos

---

<sup>18</sup> Daí ser a metodologia conhecida como “teste do monopolista hipotético”.

econômicos, é um conceito jurídico, dada a absoluta necessidade de se definir previamente o percentual de aumento de preço que se considera abusivo.

## **1.1 - Mercado Relevante do Produto**

### 1.1.1 - Definição das Requerentes

Como as duas empresas produzem cervejas, refrigerantes, águas, chás e isotônicos, procuraram demonstrar que a dinâmica concorrencial de seus negócios envolveria esse grupo de produtos e não cada um deles isoladamente. As economias de escopo do negócio como um todo justificaria o argumento. Assim, diante das exigências do negócio de operação de um portfólio de bebidas, alcoólicas e não-alcoólicas, o mercado relevante do produto seria o de bebidas em geral. Com essa definição, não seria observada elevada concentração da oferta no mercado de cervejas, como será visto mais adiante, aumentando substancialmente a possibilidade de não serem detectados efeitos anticompetitivos na operação sob exame. Nessa definição, apoiaram-se as Requerentes no parecer do ilustre jurista Calixto Salomão Filho.

### 1.1.2. - Definição da SEAE

A SEAE identificou três produtos em que há coincidência de atuação das duas empresas: **águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e cervejas.**

#### - Águas engarrafadas

Segundo esta Secretaria, a atuação das Requerentes no mercado de águas engarrafadas ocorre por meio da oferta de água mineral e água mineralizada, que a considera substitutos. Sendo assim, definiu um primeiro mercado relevante do produto como de águas engarrafadas.

#### - Refrigerantes carbonatados

Já quanto aos refrigerantes carbonatados, a SEAE recorreu a estudos realizados pela Comissão Federal de Comércio dos EUA e pela Comissão de

Concorrência e Consumo da Austrália, que indicaram a existência de uma baixa elasticidade-cruzada entre refrigerantes e outras bebidas, significando que outras bebidas não são boas substitutas para refrigerantes; e uma alta elasticidade-cruzada entre refrigerantes carbonatados, significando que refrigerantes, independentemente do sabor, são bons substitutos uns dos outros. Também considerou que existe substituição entre os refrigerantes de fabricantes menores (chamados tubaínas) e os tradicionais. Sendo assim, considerou os refrigerantes carbonatados como um segundo mercado relevante do produto.

#### - Cervejas

Explicou a SEAE que pequenas alterações no processo de fabricação geram uma grande variedade de tipos de cerveja. A cerveja do tipo Pilsen é a mais consumida no mundo e no Brasil (98% do total das vendas). Segundo o Parecer, o mercado de cervejas pode, também, pode ser segmentado em *premium price*, *standard* e *low price*, e de acordo com a canal de vendas (Bar, Tradicional e Auto-serviço). Finalmente, uma última segmentação importante refere-se ao tipo de embalagem em que o produto é comercializado - descartáveis e retornáveis.

Cita estudos que concluem que a elasticidade-cruzada da demanda entre cerveja e outras bebidas alcoólicas e não-alcoólicas é baixa e que a elasticidade-cruzada é alta entre as diversas cervejas de diferentes tipos (pielsen, bock, etc.), o que a levou a concluir que os diferentes tipos de cerveja são substitutos próximos. Já com relação à substitutibilidade entre cervejas de diferentes categorias (*premium price*, *standard* e *low price*), aceitou a jurisprudência do CADE, segundo a qual participariam todas de um mesmo mercado. Finalmente, SEAE considerou que o produto “modal” da indústria de cerveja no Brasil é a cerveja retornável, cujas vendas, em 1998, correspondeu a aproximadamente 70% do total do mercado de cervejas em geral. Sendo assim, definiu um terceiro mercado relevante do produto como o de cervejas retornáveis no mercado frio.

#### 1.1.3 - Definição da SDE

De início a Secretaria do Ministério da Justiça refuta o argumento das Requerentes de que o mercado relevante deveria ser definido como “mercado de bebidas em geral”, agregando todos os produtos por elas

comercializados em um único *cluster market* (i.e. agrupamento de produtos para fins analíticos).

No seu parecer, a SDE observa que a moderna Organização Industrial identifica nos custos de transação o principal fundamento da construção teórica em torno dos *cluster markets*. De acordo com essa teoria, duas condições devem ser atendidas para que um *cluster market* possa ser definido: a presença de economias de escopo e a existência de demanda do consumidor pela aquisição conjunta da cesta de produtos. Para a SDE, o primeiro requisito está preenchido no mercado sob análise. No entanto, ao contrário do que sustentam as Requerentes, o outro requisito não se faria presente, uma vez que os consumidores finais não têm maior utilidade na aquisição conjunta de refrigerantes e cervejas do que na aquisição em separado.

A Secretaria utiliza de argumentos semelhantes aos da SEAE para definir os mercados relevantes do ponto de vista dos produtos como os de **águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e cervejas**.

## 1.2 - Mercado Relevante Geográfico

### 1.2.1 - Definição da SEAE

#### - Águas engarrafadas

Em virtude dos elevados custos de transporte e do baixo valor agregado do produto, a SEAE definiu a dimensão geográfica do mercado de águas engarrafadas como sendo estadual. As Requerentes têm plantas localizadas nos estados de São Paulo, Bahia e Paraná, razão pela qual a SEAE definiu cada um desses estados como um mercado relevante geográfico.

#### - Refrigerantes carbonatados

Quanto ao mercado geográfico dos refrigerantes carbonatados, a SEAE estabeleceu delimitações a partir da localização das fábricas, buscando-se identificar quais regiões poderiam ser abastecidas de forma economicamente viável. Buscou aplicar o teste do “monopolista hipotético” na definição dos mercados geográficos de refrigerantes carbonatados, utilizando como base um dos tipos de embalagem mais comercializada pela

Brahma, a PET 2 litros. Para tanto, estimou o custo do frete em função da distância percorrida. Aplicou, então, “um aumento de 10% sobre o preço de fábrica... O valor obtido foi considerado o aumento limite de preço que tornaria o produto competitivo”. Estimou, então, “a distância em que seria economicamente viável o transporte dos produtos”. O raio de ação viável encontrado foi de aproximadamente 400 Km.

A partir das fábricas da ANTARCTICA e da BRAHMA a SEAE traçou raios de aproximadamente 500 km, mesmo procedimento adotado no caso de cervejas. Os mercados geográficos definidos foram os seguintes:

Mercado 1<sup>19</sup>: Minas Gerais, parte de Goiás, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Espírito Santo e parte de São-Paulo.

Mercado 2: Parte dos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Mercado 3<sup>20</sup>: Parte dos estados do Amazonas e Roraima.

Mercado 4: Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e parte de Santa Catarina.

Mercado 5: Estados do Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas e parte dos estados da Bahia e do Pará.

- Cervejas

Segundo o parecer da SEAE, o fator mais relevante a ser considerado no intuito de se delimitar o mercado geográfico de bebidas refere-se ao custo de transporte, que possui uma participação expressiva na composição do preço final desse tipo de produto. A SEAE considerou informações das Requerentes e das concorrentes, concluindo que a relação existente entre a variação da distância percorrida e o aumento do custo por hectolitro transportado, mostraria que o abastecimento de cerveja a distâncias superiores a 500 km envolve variações de preço superiores a 10%. Sendo assim, empresas/plantas localizadas a uma distância superior a raios de 500 km, em relação às plantas das Requerentes, não conseguiriam constranger um

---

<sup>19</sup> A SEAE optou por considerar o estado de Goiás no mercado 1, uma vez que os dados de distribuição mostram que este estado é abastecido, em sua maior parte, por fábricas localizadas naquela região.

<sup>20</sup> A SEAE optou por considerar o estado do Pará no mercado 5, referente ao nordeste, uma vez que os dados de distribuição das Requerentes mostram que este estado é abastecido, em sua maior parte, por fábricas localizadas naquela região.

“pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços praticado pelas mesmas.

Com base nessa informação, a SEAE projetou de raios de 500 Km sobre cada uma das 29 plantas das empresas ANTARCTICA e BRAHMA localizadas no território nacional, levando em conta o maior número de superposições, a maior quantidade de plantas e o esquema de distribuição das empresas.

Assim, foram delimitadas cinco grandes dimensões geográficas<sup>21</sup> para o produto cerveja:

MERCADO 1 - Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

MERCADO 2<sup>22</sup> - Minas Gerais, parte de Goiás, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Espírito Santo e parte de São Paulo.

MERCADO 3 - Parte dos estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

MERCADO 4 - Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas e parte dos estados da Bahia e do Pará.

MERCADO 5<sup>23</sup> - Parte dos estados do Amazonas e Roraima.

### 1.2.2 - Definição das Requerentes

As Requerentes propuseram, alternativamente, uma definição a partir do conceito de “mercado independente”, mediante aplicação do teste originalmente formulado por Elsinga e Hogarty<sup>24</sup>. A solução proposta seria definir o mercado relevante geográfico pela experiência de comercialização

---

<sup>21</sup> Apesar do fato de haver venda de cerveja nas áreas em branco no mapa, elas não foram consideradas áreas de análise prioritária. A SEAE considerou que nessas regiões a cerveja chega a preços mais elevados do que dentro dos limites dos mercados, tendo em vista que o custo de transporte implica a colocação do produto a preços-fábrica, no mínimo, 10% superiores aos preços-fábrica praticados nos mercados.

<sup>22</sup> A SEAE optou por considerar o estado de Goiás no mercado 2, uma vez os dados de distribuição das Requerentes mostram que este estado é abastecido, em sua maior parte, por fábricas localizadas naquela região.

<sup>23</sup> A SEAE optou por considerar todo o estado do Pará no mercado 4, referente ao nordeste, uma vez os dados de distribuição das Requerentes mostram que este estado é abastecido, em sua maior parte, por fábricas localizadas naquela região.

<sup>24</sup> ELSINGA, K. e HOGARTY, T. “The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits”, in: *18 Antitrust Bull.* 45, 1973, pp. 817-853.

do setor, a partir dos dados de produção (origem) e consumo (destino) dos produtos. Com esse cálculo, as Requerentes chegaram à definição de cinco mercados “independentes”, com índice de autosuficiência igual ou maior que 90% - embora o teste utilize o percentual de 75%.

Posteriormente, em Memorial apresentado no mês de março, as Requerentes procuraram aplicar o teste do monopolista hipotético para definir o mercado geográfico de cerveja, considerando na sua análise a localização atual e projetada dos concorrentes, custos operacionais de transporte e variações de preços nos mercados analisados. Ao aplicar o teste, indagaram de qual área geográfica seria possível uma oferta reativa a um aumento de preços da ordem de 5%. O exercício resultou numa regionalização do mercado brasileiro de cerveja muito próxima aquela obtida pela SDE, que será apresentada a seguir.

### 1.2.3 - Definição da SDE

A SDE considerou inadequado o uso do método Elsinga-Hogarty, que não conseguiria prever o que aconteceria se as empresas envolvidas viessem a abusar do poder de mercado.

Além disso, a SDE entendeu como adequada a definição da SEAE, observando que a utilização do custo de transporte para estimar o mercado relevante geográfico é usual na análise antitruste, sendo um bom ponto de partida. Considerou, entretanto, plausível o argumento das Requerentes de que os mercados geográficos de cervejas definidos pela SEAE excluíram da análise certos estados brasileiros, onde evidentemente há comercialização de cerveja (áreas em branco no “mapa” das regiões geográficas). Apesar da exclusão destes estados não alterar significativamente nenhuma conclusão, tendo em vista os pequenos volumes neles comercializados (3,25% do consumo nacional), a SDE procurou inseri-los na sua definição.

Dessa forma, a SDE definiu 5 mercados relevantes geográficos de cerveja, delimitados pelos seguintes estados da Federação:

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

Quanto aos demais produtos acompanhou o entendimento da SEAE.

### **1.3 - Conclusão Quanto aos Mercados Relevantes**

#### **1.3.1 - Mercados Relevantes do Produto**

SEAE e SDE consideraram nos seus pareceres que águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e cervejas como um todo constituem-se em três mercados relevantes, na dimensão do produto, distintos. Desse modo, não segmentaram o mercado de cervejas em função do tipo/qualidade, embalagem ou canal de vendas. O aspecto mais importante nessa conclusão é justamente a definição do mercado relevante de cerveja como um todo e em separado dos demais produtos fabricados pelas Requerentes, uma vez que, como será visto mais adiante, isso implica o reconhecimento de uma substancial concentração nesse mercado.

De fato, a consistente jurisprudência do CADE em operações envolvendo cervejarias também considera que o mercado relevante de cerveja é único, no sentido de que não pode ser dividido de acordo com a embalagem, canal de vendas ou tipo/qualidade. Assim, no seu voto no AC Brahma-Miller, o ilustre ex-conselheiro do CADE Renault de Freitas Castro assim se pronunciou: “O mercado relevante é o de cerveja, uma vez que há, do ponto de vista do consumidor, efetiva possibilidade de substituição entre os diversos tipos de produto que, além disso, sem exceção, podem ser produzidos por qualquer fabricante nacional”.

Já no seu voto no AC Antártica-Anheuser Busch, a conselheira-relatora Lúcia Helena Salgado baseou-se em estudos em organização industrial sobre a indústria cervejeira, notadamente os artigos de Kenneth Elzinga<sup>25</sup> e Douglas Greer<sup>26</sup>, que o mercado relevante para a análise é o de cerveja como um todo. Segundo a conselheira: “Embora o processo de produção de cervejas o distingua nitidamente com relação à produção de outras bebidas, alcoólicas ou não, a delimitação do mercado parte da percepção dos consumidores quanto à existência de substitutos próximos. Não existem...estudos no Brasil que possam balizar o cálculo das elasticidades-

---

<sup>25</sup> “The Beer Industry”, in The Structure of the American Industry, Walter Adams ed., Macmillan, 1990.

<sup>26</sup> “Beer: Causes of Structural Change” in Industry Studies, Larry Duetch ed., Prentice-Hall, 1993.

cruzadas entre as diversas bebidas, mas os estudos norte-americanos mencionados indicam que a elasticidade-cruzada de demanda é alta entre as diversas cervejas, de diferentes tipos (stout, bock, pielsen, leager, ale, pale ale, etc.), enquanto a elasticidade-cruzada de demanda entre cerveja e outras bebidas alcoólicas é baixa”. Além disso, para a conselheira, “A segmentação de mercado em três níveis - baixo preço, regular e prêmio - é parte da estratégia de competição nesse mercado... e não autorizaria o recorte em três mercados discriminados”.

Também não posso concordar, a exemplo da SDE, com a tentativa das Requerentes de definir o mercado relevante como o de bebidas em geral. Como bem ressaltado, se do ponto de vista empresarial faz sentido a atuação conjunta em mais de um mercado de bebidas, do ponto de vista da demanda não há a menor evidência de que existe igual percepção. Não vejo qualquer sentido econômico para o consumidor adquirir um pacote de bebidas único. Se isso fosse verdadeiro, como também observou a SDE, as participações de mercado nas vendas de cervejas e dessas outras bebidas deveriam ser próximas ou ao menos guardar forte relação, o que não se verifica.

Vejo, entretanto, necessidade de aprofundar a discussão sobre os efeitos das diversas combinações entre os tipos de embalagem e os canais de venda, conforme ilustrado no quadro abaixo.

#### **Embalagens e canais de vendas de cervejas - 1999 (%)**

<i>Emb. / Canal</i>	<b>Bar</b>	<b>Tradicional</b>	<b>Auto-serviço</b>	<b>Total</b>
<i>Retornável</i>	45	17	8	70
<b>Descartável</b>	6	4	20	30
<b>Total</b>	51	21	28	100

Fonte: Requerentes a partir da A C Nielsen.

Embora o produto vendido nas embalagens retornável e descartável seja o mesmo, há de fato diferenças importantes em termos do tipo de consumo. Por outro lado, como já foi ressaltado, a definição do mercado relevante é um exercício associado ao objetivo de avaliação de poder de mercado. Nesse sentido, dependendo do canal de venda, o poder de mercado do fabricante de cerveja é sensivelmente diferente. Na medida em que cresce o consumo de cerveja em embalagem descartável compradas nos supermercados (auto-serviço), cai o poder de mercado dos fabricantes, diante da

elevada capacidade de negociação da rede varejista e do maior acesso de concorrentes nesse canal de vendas - o que disponibiliza para o consumidor um maior número de alternativas, aumentando a concorrência.

Em princípio, os fabricantes de cerveja com posição dominante teriam maior poder de mercado nas vendas de retornáveis nos canais Bar e Tradicional, onde a atomização dos pontos de vendas propiciariam dificuldades de acesso aos concorrentes e se verifica menor poder de barganha por parte do ponto de venda. Já nos super-mercados, de um lado a distribuição de embalagens retornáveis de modo eficiente ainda se constituiria numa dificuldade de acesso por parte dos concorrentes, reduzindo a oferta. Porém, por outro lado, o poder de barganha da rede varejista reduziria a capacidade do ofertante de impor preços. Nas vendas de embalagens descartáveis nos canais Bar e Tradicional a possibilidade de exercício de poder de mercado seria reduzida, de um lado, pela maior oferta dos concorrentes (considerando a maior facilidade de distribuição do produto, que exige, por exemplo, menor espaço de armazenamento), e de outro, pelo próprio diferencial de preço em relação à embalagem retornável. Finalmente, nas vendas de embalagens descartáveis nos super-mercados a possibilidade do exercício do poder de mercado seria, em princípio, significativamente menor.

Os dados apresentados pelas Requerentes indicam um aumento nas vendas de embalagens descartáveis e das vendas através de super-mercados. Porém, com taxas de crescimento claramente decrescentes, o que não autoriza prever que essa combinação embalagem-canal de venda prevalecerá, pelo menos num horizonte de tempo aceitável na análise antitruste tradicional. Desse modo, o foco da análise é de fato a venda de cervejas em embalagens retornáveis nos três canais e de embalagens descartáveis nos canais Bar e Tradicional, onde o poder de mercado pode, em princípio, ser exercitado. Esse universo responde por cerca de 80% das vendas de cerveja no país. Além disso, como já foi mencionado, a definição do mercado relevante tem por objetivo avaliar poder de mercado, cujo exercício depende das condições da concorrência. Assim, é fundamental entender o *locus* da verdadeira competição. E é justamente nas embalagens retornáveis que está o centro da competição. Com margens de contribuição significativamente superiores àquelas obtidas nas vendas de embalagens descartáveis, é nesse segmento que se viabiliza a operação, que se garante recursos para publicidade e fixação de marca. É ali que a competição acontece porque é ali que se ganha dinheiro.

Como não há motivo para se supor que essa relação entre vendas de retornáveis e descartáveis não apresente variância elevada, no território

nacional, é possível considerar o mercado de produto como o de cerveja em geral, sempre tendo em mente as considerações apresentadas, uma vez que não vejo de que forma isso poderia influir decisivamente na avaliação do poder de mercado gerado pela operação.

Assim, acompanho a definição de SEAE e SDE, identificando três mercados relevantes do produto, a saber, **águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e cervejas**. Rejeito, portanto, a definição apresentada pelas Requerentes, que desapegada da realidade do mercado visa apenas a encobrir sua elevada participação no mercado de cervejas, num reconhecimento implícito do risco à saudável concorrência trazido pela operação em questão.

### 1.3.2 - Mercados Relevantes na Dimensão Geográfica

No mercado de cervejas, a jurisprudência do CADE identifica o mercado relevante geográfico como o nacional. No AC Brahma-Miller, o ilustre ex-conselheiro do CADE Renault de Freitas Castro assim se pronunciou: “No que respeita à delimitação geográfica desse mercado, deve se considerar que, mesmo com a consolidação do MERCOSUL, são ainda inexpressivos os fluxos de intercâmbio do produto relevante (importações e exportações de cerveja) em relação ao volume do mercado doméstico e que não existe nenhuma marca de cerveja produzida em outros países membros com expressiva penetração no mercado brasileiro. Assim, levando em conta que todas as empresas instaladas no País ofertam seus produtos nacionalmente, associado ao fato de a abertura econômica não ter ainda possibilitado a ocorrência de fluxos expressivos de transações com o exterior, considero que o mercado geográfico relevante no caso em análise é o nacional”.

No AC Antártica-Anheuser Busch, a conselheira-relatora Lúcia Helena Salgado, ao definir o mercado relevante na sua dimensão geográfica, considerou que “A par da existência de um número reduzido de empresas regionais, cujo raio de atuação espacial é limitado, a grande maioria das empresas cervejeiras instaladas no país oferta seu produto em escala nacional. Por outro lado, os fluxos de comércio para além das fronteiras nacionais são inexpressivos e, como se sabe, a definição geográfica de mercado deve incluir apenas os compradores e vendedores que são importantes para explicar as condições de oferta e demanda em um determinado espaço. Assim, considero

neste caso o espaço geográfico relevante para a análise o delimitado pelas fronteiras nacionais”. De fato, embora o número de fabricantes regionais seja maior do que o de fabricantes com atuação nacional, a oferta é dominada pelas grandes empresas nacionais.

Finalmente, também, no AC nº 12/97 Skol/Carlsberg, o conselheiro-relator Marcelo Calliari) considerou o mercado nacional como o espaço territorial onde concorrem as principais empresas de cervejas no Brasil.

Na defesa do estabelecimento de parcerias com Miller e Anheuser Busch, Brahma e Antarctica ressaltaram as dificuldades de entrada encontradas pelas grandes competidoras mundiais no mercado brasileiro de cerveja, indicando que a estratégia e ocupação de mercados não é regional. De fato, não consigo imaginar a Budweiser sendo vendida apenas no sul do país e a Miller apenas na região sudeste, por exemplo. A estratégia de entrada e de mercado dessas empresas consideraria, sem dúvida alguma, o conjunto do mercado nacional. Não é por outro motivo que os contratos assinados não constavam cláusulas estabelecendo qualquer diferenciação entre áreas do território nacional onde, devido à existência de condições concorrenciais distintas, houvesse necessidade de tratamento específico.

Assim, em face da insuficiência das importações, explicada não somente pelos elevados custos de internação como pela forte preferência do consumidor pelo produto nacional, e da evidência de que as empresas nacionais ofertam seus produtos tendo em vista estratégias formuladas nacionalmente, o mercado geográfico relevante de cerveja foi delimitado de forma reiterada pelo CADE como o nacional.

A SEAE, nos casos anteriores envolvendo cervejarias, definiu igualmente o mercado relevante como o mercado brasileiro de cervejas. No entanto, no presente caso optou por definir mercados relevantes regionais com base nos custos de transporte incorridos nos deslocamentos do produto entre as fábricas e os centros de distribuição (frete do carro). A partir de informações das Requerentes relativas às variações do custos de transporte de cerveja para diferentes distâncias, inferiu a SEAE que a entrega do produto em localidades situadas a distâncias superiores a 500 km da fábrica, a elevação no custo total provocada pelo custo do frete seria superior a 10%, o que tornaria inviável a sua comercialização mesmo diante de um aumento de preços dos atuais ofertantes nesse mesmo percentual.

Os cinco mercados relevantes geográficos encontrados pela SEAE foram obtidos da interseções de círculos com raios de 500 km traçados em torno das fábricas, numa aplicação indevida do teste do monopolista

hipotético. O teste considera a possibilidade de reação de concorrentes a elevações de preços das firmas dominantes numa região geográfica. Esse é o exercício correto, estimar se há possibilidade do aumento de preços numa região ser contestado com oferta oriunda de outra. A oferta “externa” obedece a uma lógica distinta da lógica que norteia a oferta “doméstica”. A lógica da venda “externa” visa cobrir custos variáveis, apenas, desprezando os custos fixos. Assim, fica significativamente ampliado o raio geográfico de ação da empresa. O raio obtido pela SEAE parte da lógica da venda “doméstica” centrada no conceito de custo total. As empresas precisam cobrir seus custos fixos nas sua região, nas suas vendas “doméstica”, e buscam receitas marginais nos mercados “externos”, na mesma lógica que conduz ao “dumping”.

O que a SEAE fez foi apenas estimar a relação entre custo de frete e distância percorrida. O teste do monopolista hipotético requer avaliações dinâmicas da concorrência considerando estratégias do tipo *hit and run*<sup>27</sup>, que são realizadas a partir de uma lógica de formação de preços completamente distinta e que desconsidera custos fixos.

Assim, em que pese a tentativa de tornar mais rigorosa a metodologia para a delimitação do mercado relevante geográfico, o resultado obtido com o “teste” não logrou chegar a configurações que efetivamente permitam o exame objetivo da dinâmica concorrencial no mercado de cerveja. Importante acentuar que tanto a SEAE quanto as Requerentes, através do modelo dos mercados independentes, e também a SDE, chegaram a definições de mercados regionais com configurações próximas apresentando apenas diferenças pontuais.

Inicialmente, é preciso enfatizar que o custo de transporte não é evidentemente o único custo que determina um acréscimo marginal do preço no varejo resultante da realização de vendas em regiões mais distantes. Outras variáveis como os custos fixos e variáveis de produção, impostos e custos de distribuição devem ser incluídas no cálculo. A incorporação destas variáveis provoca alterações substanciais nos resultados relativamente quanto à extensão do mercado geográfico. Um exemplo disso seria a contabilização das reduções do custo fixo unitário de fabricantes cujas plantas operam com elevada capacidade ociosa, decorrentes de vendas adicionais realizadas em regiões mais distantes. Como as vendas de cerveja apresentam importante sazonalidade, é de se supor que em períodos de vendas reduzidas a

---

<sup>27</sup> Sem instalação de capacidade produtiva, como consta do conjunto de hipóteses absurdas de Baumol, na sua inútil teoria dos mercados contestáveis.

necessidade de realizar vendas, a qualquer custo, aumente significativamente a distância economicamente viável.

Além disso, o comportamento destas variáveis pode apresentar grande variação em períodos relativamente curtos. De fato, o aumento progressivo do tamanho das plantas (economias de escala), a melhoria da malha rodoviária, o aperfeiçoamento das técnicas de transporte dos produtos, a utilização de embalagens mais resistentes e o alcance nacional das estratégias de distribuição e de marketing concorreram para a integração dos mercados e atuaram no sentido de consolidar uma orientação nacional no mercado de cerveja

Deve-se lembrar que nas décadas de 70 e 80 a maior parte das empresas com presença regional foi adquirida pela Antarctica e pela Brahma. A capacidade de operar em escala nacional passou a ser uma condição essencial para continuar competindo no mercado de cerveja. Estas novas condições explicam diversas situações levantadas pelas Requerentes no Memorial de 07/10/99, as quais por si só desautorizam os recortes regionais dos mercados geográficos propostos pela SEAE e pelas próprias Requerentes.

Destacaram as Requerentes, entre outros exemplos, (a) a evolução da participação da Schincariol na oferta nacional de 0,8% para 7,3%, de 1990 a 1999, com presença significativa em todos as regiões do país (6% no Nordeste, 5,8% no Sul e cerca de 8 a 9% no Sudeste). Deve-se atentar para o fato de que a Schincariol conquistou esta posição produzindo cerveja em uma única grande fábrica com capacidade de 11.000.000 hl/ano, localizada em Itu-SP<sup>28</sup>; (b) uma fábrica da Antarctica situada em João Pessoa, estado da Paraíba, supre o estado do Pará, a 1700 km de distância, com uma participação de mercado de 52,8%, em 1999; (c) fábricas de Brahma em Anápolis-GO e Distrito Federal atendem o estado do Tocantins, a 800 km de distância.

Outro exemplo de transporte competitivo a grandes distância é a participação superior a 8% da Kaiser em Manaus-AM, quando sua fábrica mais próxima situa-se a mais de 3000 km de distância, em Pacatuba-CE, sendo que tanto a Brahma quanto a Antarctica possuem plantas localizadas na própria cidade de Manaus.

Vale acentuar, no entanto, a despeito dos exemplos acima, que o fator decisivo que determina a abrangência nacional do mercado de cerveja é a consolidação das estratégias de ocupação dos espaços regionais pelas

---

<sup>28</sup> Somente em 1998 foi inaugurada sua segunda fábrica construída em Alagoinhas-BA, com 3.000.000 hl/ano de capacidade.

principais empresas instaladas, equilibrando a distribuição das plantas nas diferentes regiões e homogeneizando os padrões de distribuição e consumo de cerveja em âmbito nacional.

Não foi portanto, por acaso, que as participações regionais encontradas pela SEAE para a Brahma, Antarctica, Kaiser e Schincariol, que respondem por mais de 90% da oferta de cerveja no país, apresentaram praticamente as mesmas proporções em quase todas as regiões. Apenas nas regiões Norte e Nordeste houve uma inversão das participações da Brahma e Antarctica, sem evidenciar qualquer mudança significativa em relação às demais regiões em termos da estrutura do mercado.

Cabe ainda mencionar que uma das conseqüências da definição do mercado relevante como o nacional é o fato dos requisitos para a entrada competitiva serem redefinidos para a esfera nacional. Assim, não foi também por acaso que após a definição dos 5 mercados relevantes regionais tanto SEAE quanto SDE passaram para o exame dos atributos estruturais do mercado sempre adotando uma perspectiva nacional, em detrimento da delimitação regional realizada anteriormente. O que levou a conclusão de que seria necessária uma medida de alcance nacional, desvinculada da análise regional, para evitar os danos à concorrência trazidos pela operação.

Sendo assim, acompanho a Procuradoria do CADE, considerando como mercado geográfico da operação o território nacional, seguindo, dessa forma, a já consolidada jurisprudência firmada pelo CADE nos sucessivos processos julgados nos últimos anos envolvendo as principais cervejarias nacionais.

Ressalto que isso não significa desconsiderar as especificidades regionais. É evidente que há estímulos regionais diferenciados, dependendo do número de pequenos concorrentes locais e de características da demanda. Mas isso não é suficiente para ocultar a percepção de que a verdadeira concorrência se trava em nível nacional. E o poder de mercado só pode ser avaliado se corretamente identificado o padrão de competição do mercado. A análise antitruste precisa considerar as condições da concorrência e a forma como ela se manifesta. Aliás, se a definição do mercado geográfico considerasse a localização dos pequenos concorrentes e as diferenças de preferências dos consumidores, concluiria por centenas de mercados geográficos no país. E seria perdido o ponto de vista da forma como a concorrência efetivamente se manifesta, prioridade da análise antitruste.

Quanto à dimensão geográfica dos demais mercados relevantes, defino como o Estado de São Paulo o mercado relevante de águas engarrafadas, uma vez que apenas ali há concentração na oferta.

Evidentemente essa definição não considera as variáveis necessárias para uma correta dimensão do espaço geográfico do mercado, mas ciente do pequeno impacto da operação sobre a concorrência deixo de aprofundar a análise. Quanto ao mercado geográfico de refrigerantes carbonatados adoto o entendimento da SEAE e SDE, também por economia de tempo e recursos. Como será visto a seguir, o impacto sobre a concorrência decorrente da operação nesse mercado também é pequeno, independentemente da definição de mercado geográfico que se venha a obter.

## *2. Grau de Concentração da Oferta*

Uma vez definido o mercado relevante, ficam identificadas as firmas ofertantes e suas respectivas participações de mercado. A análise do grau de concentração da oferta e da variação provocada pela operação notificada é essencial na avaliação do poder de mercado.

Um ato concentrador de mercado, ao reduzir o número de vendedores e concentrar a oferta, facilita as condutas oligopolistas, que podem ser agrupadas em duas grandes linhas: acordo entre firmas concorrentes (seja explícito ou tácito) e a chamada liderança-oligopolista. Dessas condutas resultam desempenhos mais lucrativos para as firmas, na forma do aumento de seus preços. Isto é, a redução do número de concorrentes pode criar ou elevar poder de mercado, ou facilitar seu exercício.

Desse modo, operações que concentram substancialmente mercados constituem o objeto da prevenção antitruste. Evidentemente outras características das empresas que participam do mercado são relevantes, tais como o tamanho e o grau de diversificação de mercados das Requerentes e de seus concorrentes, a capacidade econômico-financeira dos participantes, etc.

É fundamental observar que não há como se estimar de maneira objetiva (matemática) o impacto de uma concentração sobre a concorrência - isto é, sobre o poder de mercado. Isso dependerá de um grande número de atributos da estrutura do mercado, das características, portanto, de cada mercado e da forma como neles se manifesta a competição. Sendo assim, não há como se estabelecer um índice de concentração apropriado para a análise, no sentido de ser capaz de fornecer indícios do que seria uma concentração adequada ou aceitável. Mesmo porque, o que seria um índice preocupante para um mercado pode não ser para outro.

- Águas engarrafadas

As Requerentes detêm fatias diminutas deste mercado. O somatório das participações de mercado da Brahma e Antarctica é de apenas 1,8%. A reduzida participação das Requerentes no mercado de águas engarrafadas indica, desde logo, que a operação não foi capaz de alterar as condições de concorrência neste segmento, razão pela qual abandono sua análise.

#### - Refrigerantes carbonatados

O quadro a seguir apresenta as participações das empresas nos mercados geográficos definidos pela SEAE.

### Refrigerantes carbonatados

#### Participação percentual em volume, por mercado geográfico<sup>1</sup> e Brasil-1998/1999 (em %)

Empresa	Sul	Sudeste	Oeste <sup>2</sup>	Nordeste	Norte	Brasil <sup>3</sup>
<b>Cola cola</b>	<b>37,7</b>	<b>49,5</b>	-	<b>40,5</b>	<b>47,6</b>	<b>50,6</b>
<i>Fanta laranja</i>	3,7	5,8		7,1	9,3	5,6
<i>Sprite</i>	2,1	2,4		1,2	0,9	2,2
<b>Antarctica</b>	<b>5,3</b>	<b>10,3</b>	-	<b>13,6</b>	<b>14,24</b>	<b>9,7</b>
<i>Guaraná Ant.</i>		7,7		12,0	4,0	7,7
<b>Brahma</b>	<b>11,5</b>	<b>7,2</b>	-	<b>10,9</b>	<b>3,0</b>	<b>7,8</b>
<i>Pepsi cola</i>	6,8	2,9		2,5	1,0	3,6
<i>Guaraná Bra.</i>	1,9	2,1		3,1	0,3	2,1
<b>Ambev</b>	<b>16,8</b>	<b>17,5</b>	-	<b>24,5</b>	<b>17,2</b>	<b>17,5</b>
Outros	45,5	33,0	-	35,0	35,2	31,9

Fonte: SEAE/Nielsen/Requerentes

Nota 1:

Mercado 1 (Sul): Paraná, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Mercado 2 (Sudeste): Minas Gerais, Goiânia (capital do estado de Goiás), Distrito Federal, Rio de Janeiro, Espírito Santo e São Paulo.

Mercado 3 (Centro-Oeste): Parte dos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

Mercado 4 (Nordeste): Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Sergipe, Alagoas e Bahia.

Mercado 5 (Norte): Manaus (capital do estado do Amazonas)

Nota 2: Não foram obtidos dados referentes ao mercado 3 (Centro-Oeste).

Nota 3: Os dados nacionais foram informados pelas Requerentes e referem-se ao bimestre outubro-novembro de 1999

Nota 4: Segundo dados das Requerentes, em Manaus 7,1% da participação da Antarctica decorre de vendas de outros refrigerantes que não as marcas Guaraná Antarctica e Soda Limonada.

Observa-se que a Coca-cola detém participação substancial em todos os mercados regionais. A Antarctica, tradicionalmente o segundo maior ofertante, perde para a Brahma na região sul. De fato, Coca-cola e Antarctica vêm perdendo participação nos últimos anos. A Brahma ampliou sua participação até 1998, quando adquiriu do grupo argentino Baesa o direito de realizar o engarrafamento e distribuição do refrigerante Pepsi-cola no Brasil, expandindo seu portfólio de marcas e praticamente conquistando fatia de mercado similar ao da Antarctica em âmbito nacional.

De todo modo, o quadro anterior demonstra que a operação aumentou a participação de mercado das Requerentes para mais de 20% - percentual indicativo de existência de posição dominante segundo o artigo 20 da lei 8.884 -, apenas no mercado do Nordeste do país (24,5%).

### **Evolução das participações das empresas no mercado nacional de refrigerantes (em %)**

<b>Empresa</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>
Coca-cola	54,8	51,5	51,7	50,6	48,6	47,4
Antarctica	15,3	14,2	13,3	12,5	12,0	10,8
Brahma	6,7	7,6	8,8	9,5	13,2 <sup>1</sup>	10,3 <sup>1</sup>
Pepsi	6,6	8,7	8,7	7,0	5,8	5,2
Outros	16,6	18,0	17,5	20,4	26,2	31,5

Fonte: Tendências Consultoria Integrada/Requerentes/Nielsen

(<sup>1</sup>) Marcas Brahma e Pepsi somadas.

O quadro acima com o total das vendas nacionais de refrigerantes carbonatados é apresentado apenas para demonstrar a evolução dos refrigerantes independentes. De fato, as marcas regionais, representadas no item "Outros", experimentaram índices de crescimento vigorosos, especialmente a partir de 1997. Uma diversidade de fatores impulsionaram a expansão dos refrigerantes regionais (tubaínas), com destaque para o barateamento das embalagens decorrente da substituição do vidro retornável pelas embalagens de poliéster tereftálico (PET) e a ampliação do consumo de refrigerantes via canal de auto-serviço (super e hipermercados), que exige redes de distribuição menos capilarizadas e operam quase exclusivamente com embalagens descartáveis. A consequência desse movimento, segundo a SEAE, foi a perda de mercado da líder Coca-Cola, acompanhada da queda do seu nível médio de preços.

#### - Cerveja

O quadro abaixo com as vendas regionais de cerveja é apresentado apenas para proporcionar uma visão analítica do mercado nacional de cervejas. Brahma, Skol e Antarctica/Bavária têm participações significativas e equilibradas nos mercados regionais mais importantes (sul, sudeste e oeste). Na região norte a Antarctica se destaca com participação isolada de 73,4%, seguida pela Brahma com 18,4% e pela Kaiser com 8,3%.

#### **Cerveja - Participação percentual em volume, por mercado relevante SDE\* e total Brasil - 1998/1999**

<b>Empresa</b>	<b>Sul</b>	<b>Sudeste</b>	<b>Oeste</b>	<b>Nordeste</b>	<b>Norte</b>	<b>Brasil</b>
Antarctica	23,8	21,7	19,6	43,1	73,4	25,4
<i>Bavária<sup>1</sup></i>	3,5	7,6	6,8	8,9	5,1	7,1
Brahma/Skol	41,3	52,1	53,1	37,7	18,4	48,1
<i>Brahma</i>	19,1	23,8	19,1	37,7	18,4	24,4
<i>Skol</i>	22,2	28,3	37,0	-	-	23,7
<b>AmBev</b>	<b>65,1</b>	<b>73,8</b>	<b>75,7</b>	<b>80,8</b>	<b>91,8</b>	<b>73,5</b>
Kaiser	21,4	14,3	13,3	9,8	8,2	15,9
Schincariol	5,8	-	-	6,0	-	7,5

Outros	7,7	11,9	11,0	3,4	-	3,1
--------	-----	------	------	-----	---	-----

Fonte: Nielsen, Sindicerv, SEAE, SDE, Requerentes e Kaiser.

\*Mercados relevantes, segundo delimitação da SDE:

Mercado 1 (Sul): RS, SC e PR.

Mercado 2 (Sudeste): SP, RJ, MG, ES, GO e DF.

Mercado 3 (Centro-Oeste): MT e MS.

Mercado 4 (Nordeste): BA, SE, AL, PE, PB, RN, CE, PI, MA, PA, TO e AP.

Mercado 5 (Norte): AM, AC, RO e RR.

<sup>1</sup> Dados da A.C. Nielsen referentes às capitais dos estados.

A participação nacional da Schincariol, de 7,5%, situa-se em patamar superior às participações da empresa nos mercados sul (5,8%) e nordeste (6%) porque os dados de participação da Schincariol nas regiões sudeste e oeste estão somados no item "outros". A Schincariol tem maior penetração em São Paulo, onde implantou sua primeira fábrica<sup>29</sup>.

Observe-se que mesmo antes da fusão, a Brahma, juntamente com a Skol, já detinha fatias elevadas em todos os mercados, exceto na região norte. As vendas da Brahma estão concentradas quase que exclusivamente na Brahma Chopp e na Skol Pilsen. As demais marcas da empresa (Brahma Extra, Brahma Bock, Malzbier, Caracu, Chopp Brahma, Chopp Skol, Brahma Light, Carlsberg, Miller) não conseguem atingir somadas o percentual de 1% em nenhuma das regiões.

A Antarctica, por outro lado, possui um portfólio mais diversificado, fruto da sua estratégia de expansão baseada na aquisição de cervejarias regionais<sup>30</sup>. Em que pese a grande quantidade de marcas comercializadas (22), somente duas respondem aproximadamente 98% vendas: Antarctica Comum e Bavaria.

Cabe lembrar que a Bavaria foi lançada nacionalmente pela Antarctica no segundo semestre de 1997, obtendo grande sucesso de vendas e alcançando em pouco tempo participação similar à que detém atualmente. Ao mesmo tempo que a Bavaria experimentava uma trajetória de rápido

<sup>29</sup> Segundo dados da A.C. Nielsen, a Schincariol detém cerca de 14% das vendas do interior do estado de São Paulo e 11% do estado do Rio de Janeiro.

<sup>30</sup> Das marcas regionais da Antarctica, somente duas conseguiram expandir suas vendas para outras regiões: Polar e Bohemia. No entanto, as participações de mercado destas duas marcas nos mercados regionais estão estabilizadas em patamares próximos ou inferiores a 1%.

crescimento em todas as regiões, por força de uma agressiva estratégia de marketing, a marca Antartica Comum perdia participação embora com menos intensidade do que o incremento das vendas da Bavaria.

Assim, o lançamento da Bavaria melhorou a performance da Antartica, que vinha perdendo participação de mercado de forma paulatina desde o início da década de 90. Conforme se observa no quadro a seguir, a Antartica conseguiu estabilizar sua posição na faixa de 25% a partir de 1997, ano em que a Bavaria passou a integrar seu portfólio de marcas.

A Brahma, por sua vez, manteve sua participação de mercado estabilizada em torno de 50% ao longo de toda a década de 90, principalmente em função do forte incremento da Skol que conquistou 10 pontos percentuais de 90 a 98, compensando as quedas de venda da marca Brahma no mesmo período.

### **Evolução das participações das empresas no mercado nacional de cerveja (em %)**

<b>Empresa</b>	<b>1990</b>	<b>1991</b>	<b>1992</b>	<b>1993</b>	<b>1994</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>
Brahma <sup>(1)</sup>	50,8	51,3	51,5	51,2	50,1	46,6	48,3	47,5	48,0	-
Skol	12,7	13,3	14,1	15,0	16,8	15,2	18,5	20,9	22,9	-
Antartica	37,8	35,1	34,0	31,5	30,2	31,9	25,8	25,6	25,4	-
Kaiser	9,8	11,6	11,5	13,6	13,9	14,6	16,1	16,5	16,0	15
Schincariol	0,8	1,2	2,1	3,8	4,7	5,4	5,3	7,0	7,4	8
Outros	0,8	0,8	0,9	0,9	1,1	1,5	4,5	3,4	3,4	4

Fonte: AC nº 122/97 (Carlsberg/Skol) e Requerentes (ano 1999).

(1) Marcas Brahma e Skol somadas.

Os dados indicam que com a operação sob exame as Requerentes passaram a dominar mais de 73% da oferta nacional de cerveja.

### *3. Nível das Barreiras à Entrada*

Uma operação que reduz substancialmente a concorrência efetiva pode não criar nem reforçar poder de mercado se houver vigorosa concorrência potencial no mercado. Isto é, mesmo uma substancial concentração da oferta provavelmente não criará nem aumentará poder de mercado se o nível das barreiras à entrada de novos concorrentes for

suficientemente baixo. A hipótese é a de que num mercado com reduzidos obstáculos ao ingresso de novos concorrentes, qualquer elevação de preços atrairia a entrada. Sendo assim, os atuais vendedores, visando manter seu volume de vendas (participação de mercado), praticam preços o mais altos possíveis, mas que não sejam tão elevados que possam atrair a entrada. Barreira à entrada, portanto, é uma questão de grau. Quanto mais baixas, menores os preços cobrados no interior de um mercado - mesmo se o mercado tiver sua oferta concentrada. Observa-se, dessa maneira, que a concorrência potencial tem o mesmo peso da concorrência efetiva (grau de concentração da oferta) na análise antitruste<sup>31</sup>.

A teoria econômica disponibilizou, desde os anos 50, uma série de interpretações sobre o que se constituiria em barreiras ao ingresso de novos concorrentes nos mercados. Entre todas essas formulações, entretanto, a linha de análise das barreiras à entrada de novos concorrentes mais adequada ao controle das estruturas de mercado tem suas raízes em Bain, que considera as barreiras à entrada como um atributo da estrutura do mercado. A prevenção na defesa da concorrência se dá na forma do controle das estruturas. Dessa maneira, apenas atributos estruturais do mercado (que se pretende controlar) seriam objeto de análise e intervenção. As demais interpretações acerca do significado das barreiras à entrada (que não as consideram como estruturais) não seriam, nesse sentido, compatíveis com a prevenção antitruste.

Na tradição estruturalista, são 4 as fontes de barreiras à entrada: 1. A **diferenciação de produtos**, que, por sua vez, englobaria i. estratégias de lançamento de vários modelos; ii. alterações nas características técnicas (inclusive na qualidade); iii. busca de inovação; iv. gastos em publicidade e esforço de vendas (fixação da marca); 2. **Vantagens absolutas** decorrentes de especialização da gerência da firma estabelecida, marcas, patentes, segredos industriais, acesso facilitado a insumos e crédito, custos no estabelecimento de redes de distribuição, etc.; 3. **Requisitos de capital** para a criação e ativação de capacidade produtiva; e 4. **Economias de escala**, reais ou pecuniárias.

A partir da década de 70, o modelo ECD passou a sofrer críticas da denominada "escola de Chicago". Segundo Stigler<sup>32</sup>, por exemplo, somente existem barreiras à entrada na presença de assimetrias entre as firmas, ou seja,

---

<sup>31</sup> É importante ressaltar que não há como mensurar exatamente o nível das barreiras, da mesma forma que não há como estimar de forma matemática, objetiva, o impacto sobre a concorrência derivado de uma concentração da oferta. Dessa maneira, é sempre exigido algum exercício de juízo por parte do investigador.

<sup>32</sup> Stigler, G. (1968) - *The Organization of Industry*, University of Chicago Press.

custos que devem ser incorridos pelas entrantes, mas não pelas firmas instaladas. Para este autor economias de escala e elevados requisitos de capital, por exemplo, não devem ser considerados barreiras, na medida que as firmas entrantes têm acesso às mesmas tecnologias e dispõem do mercado de capital para financiar seus investimentos. De um modo geral, a reavaliação das barreiras estruturais propostas por Bain foi feita à luz da noção de custos irrecuperáveis (*sunk costs*). Custos irrecuperáveis são custos que a empresa deve necessariamente arcar na hipótese de saída rápida do mercado. São, portanto, investimentos plenamente comprometidos (*committed investments*) com a entrada, cujos valores seriam inteiramente perdidos se não utilizados no mercado para o qual foram inicialmente destinados.

Os desenvolvimentos da teoria de organização industrial realizados no âmbito acadêmico foram incorporados pelos órgãos da defesa da concorrência em todo o mundo. Assim, o *Horizontal Merger Guidelines*, publicado conjuntamente, em 1992, pelo Departamento de Justiça (DOJ) e pela Federal Trade Commission (FTC) dos EUA, considera que “uma fusão provavelmente não criará ou aumentará o poder de mercado ou facilitará seu exercício, caso a entrada no mercado seja suficientemente fácil para impedir, após a fusão, que os participantes do mercado possam, coletiva ou unilateralmente, manter, com lucro, um aumento de preços acima dos níveis pré-fusão”<sup>33</sup>. O documento detalha as condições que devem ser observadas para que uma entrada implique efetivamente a superação dos prováveis efeitos anticompetitivos de uma fusão ou aquisição<sup>34</sup>.

Primeiramente, a entrada deve ser realizada por agentes comprometidos (*committed entrants*) com a estratégia de entrada no mercado, ou seja, os entrantes devem ser capazes de enfrentar eventuais barreiras existentes, incorrendo inclusive em custos irrecuperáveis significativos. Além disso, a entrada deve satisfazer os 3 testes descritos a seguir:

1º Teste: A entrada deve se realizar num período de tempo razoável, definido, aproximadamente, como de 2 anos. Este seria o período máximo

---

<sup>33</sup> "A merger is not likely to create or enhance market power or to facilitate its exercise, if entry into the market is so easy that market participants, after the merger, either collectively or unilaterally could not profitably maintain a price increase above premerger levels.

<sup>34</sup> "Entry is that easy if entry would be timely, likely, and sufficient in its magnitude, character and scope to deter or counteract the competitive effects of concern. In markets where entry is that easy (i.e., where entry passes these tests of timeliness, likelihood, and sufficiency), the merger raises no antitrust concern and ordinarily requires no further analysis."

dentro do qual os efeitos lesivos sobre os consumidores decorrentes da concentração poderiam ser revertidos através da adição da nova oferta propiciada pelo entrante (*timeliness of entry*);

2º Teste: A entrada deve ser altamente provável, inexistindo condições impeditivas da continuidade do entrante no mercado no longo prazo<sup>35</sup>, auferindo níveis de lucratividade semelhantes aos vigentes antes do ato de concentração (*likelihood of entry*); e

3º Teste: A entrada deve se dar na escala suficiente para compensar o dano à concorrência que a fusão poderia causar. Isso implica dizer que a entrada deve ser suficiente para trazer os preços para os patamares verificados antes da fusão (*sufficiency of entry*).

Satisfeitos os testes acima, o ato de concentração é tido como incapaz de ofender à concorrência, não gerando mais preocupação da parte das autoridades norte-americanas da defesa da concorrência. Calvani & Miller<sup>36</sup>, consideram, porém, que as alterações introduzidas na análise das condições de entrada pelo guia de 1992 refletem o desejo das agências norte-americanas de limitar a tese das barreiras à entrada na defesa de operações concentradoras de mercado. Calvani conhece bem a discussão por ter dela participado como funcionário da *Federal Trade Commission*. De fato, a incerteza que permeia uma análise dessa natureza exige prudência por parte do aplicador da lei antitruste. O dano ao mercado provocado por uma substancial elevação da concentração da oferta não pode ser desprezado por uma possibilidade questionável de entrada de novos concorrentes. É preciso que as Requerentes demonstrem clara e inequivocamente essa tese.

Já a Resolução No. 20 do CADE, considera que barreiras à entrada dizem respeito às condições que permitem que as firmas estabelecidas em um determinado mercado relevante possam perceber lucros extraordinários sem induzir a entrada de novos concorrentes. Alguns dos exemplos mais comuns de fontes de barreiras à entrada, segundo a Resolução, seriam:

- Economias de escala;
- Economias de escopo;

---

<sup>35</sup> Por exemplo, na hipótese do tamanho mínimo viável de planta para o entrante determinar queda acentuada de preço no mercado, isso poderá inviabilizar a obtenção dos lucros esperados.

<sup>36</sup> Terry Calvani e Todd Miller, *Tut Merger Guidelines: the practitioner's perspective*, The Antitrust Bulletin, Fall 1993.

- Requerimentos de capital mínimo para a entrada elevados, tanto para a produção como para a distribuição;
- Fatores institucionais, como tarifas, quotas e regulações sanitárias;
- Tecnologia de difícil acesso, inclusive por patentes;
- Custo de aprendizado;
- Acesso difícil a matérias-primas;
- Lealdade do consumidor à marca;
- Elevada parcela de custos irrecuperáveis (*sunk costs*).

Ainda segundo a Resolução CADE No. 20, na análise das condições de entrada é útil, por vezes, a abordagem de Stigler na qual as barreiras à entrada residiriam em fontes de assimetrias entre firmas estabelecidas e potenciais entrantes. Constituiriam custos que devem ser incorridos pelo entrante, mas não pela firma estabelecida, justificando, por exemplo, a ênfase na parcela de custos irrecuperáveis associados à entrada em um determinado mercado relevante.

No exame de atos de concentração envolvendo cervejarias apresentados ao CADE no últimos anos, foram destacados 3 principais fontes de barreiras à entrada nos mercados em que atuam as Requerentes: desenvolvimento e fixação da marca, montagem de redes de distribuição eficientes e capilarizadas e os investimentos em plantas de tamanho mínimo viável localizadas estrategicamente em diversos pontos do território nacional. Essas questões serão tratadas agora.

### 3.1 - Refrigerantes Carbonatados

As análises realizadas pela SEAE, SDE e Procuradoria do CADE indicam que são reduzidas as barreiras à entrada de novos fabricantes de refrigerantes carbonatados. Essa conclusão baseou-se, principalmente, nos seguintes aspectos:

- o negócio de tubáinas tornou-se economicamente viável com a substituição das embalagens de vidro retornável pelas embalagens PET. Este material, de custo relativamente baixo, permitiu uma drástica redução do capital de giro das empresas anteriormente investido em vasilhames, diminuindo o investimento necessário para instalação de uma linha de produção e reduzindo a escala mínima viável;

- segundo as Requerentes, seria possível instalar uma unidade produtiva em aproximadamente 15 dias a um investimento inicial aproximado de R\$ 300 mil, no segmento de tubaínas;
- a maior participação dos supermercados nas vendas de refrigerantes abriu espaço para a embalagem PET;
- com isso, foi retirada uma das maiores barreiras desse mercado, ao reduzir drasticamente o investimento em logística de distribuição, já que o abastecimento principal passou a ser do auto-serviço.
- com a competição basicamente via preços, os gastos em publicidade ficaram bastante reduzidos.

Desse modo, a análise das barreiras à entrada conclui como improvável o abuso do poder de mercado no mercado relevante de refrigerantes carbonatados, razão pela qual a análise desse mercado fica encerrada.

## 3.2 - Cervejas

### 3.2.1 - Análise da SEAE

No seu parecer, a SEAE concluiu que são baixas as barreiras à entrada derivadas de requisitos de capital e de economias de escala. Segundo informações dos autos, o prazo para a construção de uma fábrica e o desenvolvimento de produtos varia de 10 a 24 meses, as escalas mínimas eficientes são de 3 milhões de hectolitros/ano, correspondendo a um investimento necessário de R\$ 180 milhões - a Kaiser informou que as escalas mínimas eficientes são ainda menores, de 600 mil hl/ano. O acesso aos insumos é irrestrito e os custos irrecuperáveis no âmbito do processo de produção não são altos.

Considera que as despesas com publicidade consistem em esforço clássico de diferenciação do produto. Produtos diferenciados com êxito posicionam-se no níveis mais altos (*high-end*) do espaço de produtos, apresentando, maiores margens (*price-cost margins*). A fixação da marca seria um requisito para a entrada no segmento *high-end* da indústria de cerveja mas não para o segmento *low-end*, no qual a variável chave de concorrência seria o preço. Conclui a Secretaria que a fixação da marca não precisa ser considerada, portanto, um requisito e, como tal, um custo de entrada na indústria de cerveja.

Para a SEAE, a história das *joint ventures* realizadas entre Antarctica/Anheuser-Bush e Brahma/Miller indica dificuldades de acesso à rede de distribuição. Entretanto, relativiza esses argumentos ao considerar o desempenho da Schincariol, que seria uma demonstração de que tais dificuldades podem ser superadas.

A Secretaria faz um exercício para verificar se há espaço no mercado para entrantes. Considera, para cada um dos cinco mercados relevantes geográficos que definiu anteriormente, dois cenários, um pessimista, no qual supõe crescimento da demanda de 1% nos próximos dois anos, e um otimista, no qual supõe um crescimento de 3%. Assume que as empresas instaladas reagem à entrada com uma redução de 5% na quantidade ofertada. Em ambos os cenários, supõe que o nível ótimo de ocupação de uma planta, em virtude da sazonalidade, é de 80%.

Conclui que em três mercados o espaço de mercado para a entrada não existe ou é inferior a 10% da escala mínima eficiente e que em um dos mercados, os espaços para a entrada seriam “ou pouco menores ou superiores às escalas mínimas eficientes para os dois anos”. Como foram desconsiderados os gastos em publicidade, essa entrada representaria, implicitamente, uma entrada no segmento *low-end*. Assim, não contestaria a AMBEV.

Conclui, então, que a entrada não seria suficiente para impedir o exercício do poder de mercado por parte da AMBEV, pois para isso “precisaria: (i) ocorrer no mercado *high-end*, o que a tornaria mais difícil, dados a existência de excesso de capacidade e os *sunk costs* relativos aos investimentos em publicidade em distribuição e (ii) ocorrer geograficamente em todos os cinco mercados relevantes definidos”.

### 3.2.2 - Análise da SDE

No seu parecer, a SDE ressalta que a análise das barreiras à entrada deve se dar num tempo socialmente aceitável<sup>37</sup> e que seja efetiva ou, em outras palavras, seja capaz de restabelecer quantidades e preços dos produtos ofertados aos níveis anteriores. Tais exigências são fundamentais porque é possível a existência de situações em que a entrada de novos competidores em um mercado não reflita a quebra ou a inexistência de barreiras neste mercado.

Observa que a Lei nº 8.884/94 é omissa no que se refere ao limite de tempo socialmente aceitável para uma entrada efetiva. Todavia, lembra que a

---

<sup>37</sup> HOVENKAMP, H., *op. cit.*, p. 466.

doutrina e a jurisprudência, geralmente estabelecem o prazo de dois anos para esse limite, excetuando-se casos muito específicos. Entradas efetivas que necessitem de um prazo superior confirmam a existência de altas barreiras em um determinado mercado.

Segundo a SDE, uma empresa que entrasse no mercado com a escala mínima eficiente para a produção de cerveja poderia se inserir e manter uma pequena marca na “franja” do mercado de cervejas. Essa escala, contudo, não teria maior impacto sobre a dinâmica concorrencial no mercado relevante em exame. Uma entrada efetiva certamente exigiria investimentos de maior vulto<sup>38</sup>. Tais investimentos, portanto, também devem ser considerados como substanciais obstáculos à entrada de um novo concorrente.

O tempo necessário para o lançamento do produto informado pelas Requerentes também mereceu ressalvas da Secretaria, que considerou o prazo de 10 meses extremamente exíguo para que um novo e efetivo concorrente consiga elaborar um plano de negócios, planejar e construir suas plantas, obter as licenças administrativas necessárias ao seu funcionamento, montar a fábrica e, como analisado mais adiante, organizar um sistema de distribuição, produzir e lançar mercadologicamente o bem, para, enfim, comercializá-lo efetivamente. Mesmo as Requerentes reconhecem as dificuldades de entrar em novos mercados. Consta de sua petição inicial: “...para lançar-se uma nova marca de cerveja em um novo mercado externo são necessários cerca de cinco anos entre a construção das plantas industriais necessárias e a consolidação das novas marcas. Durante esse período, é indispensável que a AmBev possa ser capaz de fazer face aos investimentos necessários à consolidação de seus empreendimentos nos novos mercados em que ingressar.” (fl. 30). Dessa forma, segundo o parecer, mesmo que se admita que uma fábrica possa a vir ser construída em apenas 10 meses, não se inclui nesse prazo todos os demais requisitos para o lançamento do produto.

O tempo entre a decisão de entrar no mercado e a entrada efetiva aumentaria os riscos para o interessado em participar desse mercado. Nesse ínterim, as empresas em operação poderão agir estrategicamente por meio do aumento da oferta, busca de novos clientes e segmentos e melhor promoção comercial<sup>39</sup>. Essa atuação estratégica das empresas existentes no mercado poderá virtualmente impedir que novas empresas sejam capazes de se

---

<sup>38</sup> Note que o próprio valor de R\$ 180.000.000, necessário para montar uma fábrica bastante diminuta, é muitas vezes superior ao considerado por cortes norte-americanas como altas barreiras à entrada (HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 470).

<sup>39</sup> HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 471.

estabelecer no mercado. Tais fatores, portanto, geram um ambiente de risco capaz de desestimular a entrada no mercado.

A SDE também considera que a entrada inclui *sunk costs* através de investimentos em ativos específicos da indústria de cervejas, bem como em gastos realizados com pesquisas de mercado, propaganda e *marketing*, todos expressivos no setor.

Quanto à questão da propaganda e fixação da marca, o parecer ressalta que as informações prestadas pelas Requerentes mostram que os gastos relativos à propaganda são expressivos no setor. Entende que gastos nesta área permitem lançar e fixar uma marca, ativo essencial num mercado onde a dinâmica concorrencial é fortemente marcada por estratégias de diferenciação de produtos.

Ressalta a SDE que os investimentos em propaganda e marketing são utilizados para a modificação das preferências dos consumidores tanto a curto quanto a longo prazos por meio de estratégias de fixação de marcas<sup>40</sup>. Exemplo da importância da fixação de marcas na indústria pode ser extraído dos gastos que vêm sendo despendidos pelas empresas do setor.

Além disso, a importância da marca pode ser exemplificada na fracassada tentativa de entrada da Skol na cidade de Fortaleza, região com alta participação de mercado da marca Antarctica. Para atuar nessa região, foi chamado um dos melhores revendedores Skol do país que, após um ano de resultados negativos, abandonou a distribuição naquela cidade. Em depoimento na SDE o revendedor afirmou: “Eu era vendedor de Fortaleza [...] montei a distribuidora, a estrutura toda direitinho só que depois de um ano eu percebi que era inviável, não tinha possibilidade de fazer porque a Antarctica tinha 80% do mercado [...] depois de um ano eu vi que era impossível eu continuar, porque se eu continuasse eu ia acabar prejudicando

---

<sup>40</sup> De fato, como observa o Conselheiro Arthur Barrionuevo, em seu voto no caso Antarctica-Anheuser-Busch: “...é certo que a diferenciação de produtos por uma mesma empresa diminui a elasticidade da sua demanda, pois, consumidores com preferências distintas são atendidos por vários produtos da mesma empresa e, além disso, o mesmo consumidor pode substituir bens sem trocar de fornecedor”. No mesmo voto pode-se encontrar também: “é importante relembrar a lição de Hovenkamp (op. cit., pp. 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’, para colocar mais adiante que ‘Qualquer vez que os incumbentes estiverem dando aos clientes o que eles desejam, os novos entrantes terão dificuldades em conseguir lucros’”.

uma operação de Goiânia, aí eu procurei a companhia e disse: olha eu não tenho condições de ficar aqui [...] eu sou considerado o melhor revendedor da Skol, como ela vai achar outro? Não vai. Se não deu certo com o Reinaldo não vai dar certo para ninguém” (Reinaldo Dinamarco Solera em reunião realizada em 14.12.1999, fls. 3.477/3.478).

Conclui, então, a SDE, que investimentos em propaganda e *marketing* e a fixação da marca são efetivamente uma elevada barreira à entrada no mercado de cervejas.

Na opinião da Secretaria a distribuição também deve ser considerada como uma importante barreira à entrada para o caso em análise. Um dos mais problemáticos aspectos para a comercialização de cervejas no Brasil seria a capacidade de penetração no mercado, que conta com cerca de 1 milhão de pontos de venda em todo o país - responsáveis por cerca de 75% do mercado de cervejas (canais tradicional e bar), atendidos quase que exclusivamente via distribuição indireta. Lembra que mesmo a Phillip Morris, detentora de ampla rede de distribuição no Brasil, preferiu introduzir a cerveja Miller através de *joint venture* com a cervejaria Brahma, minimizando os custos e riscos de entrada. Além da história de fracasso da Pepsi-Cola que, em 1993, chegou a empregar US\$ 500 milhões para montar uma rede própria de distribuição mas não chegou a cobrir 50% dos pontos de venda.

Além de demandar grandes gastos em *merchandising*, os canais tradicional e bar - onde prevalecem embalagens retornáveis - apresentam uma série de características que os fazem depender da presença quase que diária de distribuidores em seus recintos: baixa capacidade de estoque; reduzido capital de giro; compras periódicas em pequenos volumes; necessidade de prestação de serviços por parte dos distribuidores (organização dos estoques, comodato de “*freezers*”, mesas, letreiros etc).

É preciso frisar que a aquisição de pequenos volumes pelos pontos de venda integrantes dos canais tradicional e bar acarreta um maior custo de entrega. Nesse ponto, deve-se considerar a existência de vantagem competitiva das empresas líderes com o ganho de escala, pois, sendo maior seu volume de vendas por comprador, seu custo relativo de entrega tende a ser menor do que o daquelas empresas com reduzido volume de vendas. Além disso, a diversidade de marcas já presentes no mercado (especialmente as marcas AmBev, de maior número e presença) tende a “inundar” os pontos de vendas, enxugando o caixa dos pontos de venda, que, portanto, apresentarão resistência em adquirir uma marca de cervejas de um novo concorrente, cujo risco de comercialização é inerentemente mais elevado.

De fato, o reduzido volume médio de compras dos estabelecimentos nos segmentos tradicional e bar, aliado ao seu limitado espaço físico, os obriga a trabalhar com apenas dois ou, no máximo, três fornecedores de cerveja. Dadas essas limitações, a decisão do ponto de venda sobre quais marcas adquirir é definida pela rotatividade atual das marcas. Marcas com maior saída serão as escolhidas, dificultando ainda mais a entrada de novos concorrentes.

Também ressalta que a AmBev deterá as três maiores redes de distribuição de cerveja, apresentando quadro com o alcance ponderado da distribuição de cerveja no canal bar, por fabricante.

### Porcentagem Numérica de Distribuição<sup>41</sup> - Canal Consumo Local<sup>42</sup>

EMPRESAS	ÁREAS AC NIELSEN <sup>43</sup>							
	BRASIL	I	II	III	IV	V	VI	VII
COMPANHIA BRAHMA	85	66	91	93	88	94	89	92
ANTARCTICA+B	76	74	69	73	82	76	85	75
KAISER+HEINEKEN	51	31	45	20	90	73	64	27
SCHINCARIOL	36	31	30	56	27	56	29	32
CINTRA	5	-	6	9	2	17	1	7
BELCO	4	1	1	1	1	16	2	15
CERPA	0	-	-	1	1	0	0	1

<sup>41</sup> Esta variável verifica a presença dos produtos pesquisados nos estabelecimentos do canal bar. Não são levados em consideração o volume de cada marca, nem do estabelecimento no total de produtos vendidos no canal.

<sup>42</sup> Conforme apontado pela AC Nielsen, fls. 3.598/99, para o correto entendimento do quadro é necessário destacar que as porcentagens não podem ser somadas, sob o risco de dupla contagem. As agregações apresentadas são somente aquelas disponíveis no momento da coleta de dados pela AC Nielsen, a qual agrega apenas as marcas indicadas na tabela. Nesse ponto, cumpre observar que os dados apresentados pelas Requerentes no quadro 9, p. 48, do Memorial de 07.12.1999, diferem dos dados constantes da base AC Nielsen. Além disso, a impossibilidade de agregar a distribuição de diversas marcas posteriormente à coleta de dados, torna inexplicável a composição do percentual indicado para distribuição ponderada de marcas não AmBev.

<sup>43</sup> As áreas AC Nielsen são: I) CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA; II) MG, ES, RJ (exceto Grande Rio); III) Grande Rio; IV) Grande São Paulo; V) Interior de São Paulo; VI) PR, SC, RS; VII) MS, GO, DF.

---

O.FABRICANTES, NAC.	17	4	20	32	5	18	27	25
O.FABRICANTES, IMP.	1							

---

Fonte: Dados Nielsen - Consumo Local Brasil - Distribuição Numérica - AgoSet/1999

Conclui, a partir desses dados, que a AMBEV apresenta abrangência de distribuição muito mais elevada do que as demais empresas e que os pequenos fabricantes possuem penetração muito reduzida na distribuição de seus produtos para o maior canal do mercado.

O tamanho do negócio distribuição é resumido pela SDE através da manifestação da ABRADISA - Associação Brasileira das Distribuidoras Antarctica: *“A atividade de distribuição cresceu, e hoje, as três redes em conjunto, Antarctica, Brahma e Skol, possuem quase 800 distribuidoras, formadas por 3.000 empresários independentes, que investem capital correspondente a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em imóveis, automóveis, carretas, caminhões, empilhadeiras, estoque de produtos, vasilhame, material de merchandising, geladeiras, mesas cadeiras, etc. Empregam diretamente mais de 50.000 funcionários e atingem 900.000 clientes varejistas. Faturamento anual de R\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de reais), garantindo a arrecadação pontual dos tributos federais, estaduais e municipais.”*

Diante desse leque de argumentos, e em função da experiência das empresas cervejeiras nacionais, do investimento necessário para se organizar uma rede de distribuição, bem como da história recente da entrada de cervejarias estrangeiras no mercado brasileiro, sempre através de parcerias, conclui a SDE que a ausência de uma eficaz rede de distribuição, constitui uma enorme dificuldade de novas empresas se estabelecerem no mercado como concorrentes efetivas.

Entende que a larga predominância da embalagem retornável (vidro) nos canais tradicional e bar, que respondem por cerca de 75% do volume total de vendas de cervejas no país, é uma significativa barreira à entrada, tendo em vista, dentre outros fatores, a necessidade de imobilizar grandes montantes de capital em vasilhames. Lembra que a tendência de substituição deste tipo de embalagem nos citados canais é lenta, o que reforçaria a manutenção dessa barreira nos próximos anos.

Conclui o parecer da SDE que, dadas as barreiras existentes, a entrada para um novo concorrente efetivo, capaz de contestar a posição

dominante da AmBev não se afigura possível e, mesmo que o fosse, não se daria em período de tempo socialmente aceitável.

### 3.2.3 - Análise das Requerentes

As Requerentes sustentam que as barreiras à entrada no mercado de cervejas não são suficientemente elevadas para impedir o acesso de novos concorrentes. Baseia-se essa percepção no que se segue:

- o sucesso de pequenas empresas entrantes (que inclui a Kaiser e Schincariol), cujas participações de mercado somadas eram de 11%, em 1990, e totalizam 27%, em 1999.
- a entrada desses novos produtores, com estratégias centradas em preços baixos, resultou em queda real de preços entre 1995 e 1999.
- a expectativa de retomada do crescimento da demanda aguça o movimento de entrada.
- vários investimentos realizados pelos concorrentes já se encontram em andamento, o que comprovaria a facilidade da entrada. Entre 1997 e 2001 a capacidade instalada dos concorrentes crescerá 68%. O total da capacidade será de 62,5 milhões de hectolitros/ano, contra uma capacidade de cerca de 90 milhões h/ano da AMBEV e uma demanda estimada também de cerca de 90 milhões h/ano.
- os pequenos produtores ampliaram suas capacidades e poderiam abastecer até 15% do mercado.
- tecnologia, economias de escala e requisitos de capital não se constituem em impedimentos à entrada.
- economias de escopo e custos de transação reduzem barreiras para entrantes do próprio setor de bebidas, como por exemplo, mas não apenas, fabricantes de tubainas.
- as barreiras de distribuição foram reduzidas com a ampliação do número de distribuidores multímarcas no mercado, o que facilitou a organização de um sistema próprio para um entrante.
- redes de auto-serviço e atacadistas facilitam vendas.
- as embalagens não são empecilhos à entrada. Os vasilhames retornáveis são universais, podendo ser utilizados por qualquer fabricante. A embalagem PET poderá vir a facilitar ainda mais a entrada.
- a diferenciação de produtos (marcas) é vulnerável a preços e constitui barreira intransponível. A baixa fidelidade às marcas e a significativa

sensibilidade a preços são garantidas pelas elevadas elasticidades cruzadas entre as cervejas. O crescimento da Schincariol é prova disso.

- a receptividade às marcas novas facilita a entrada. Estudo da Copernicus demonstraria isso.

- é viável a entrada de empresas estrangeiras. O custo de aprendizado seria superado pela aquisição de empresa já estabelecida ou pela entrada regional, numa primeira etapa. O movimento de internacionalização das cervejarias é irreversível.

#### 3.2.4 - Análise dos Pareceristas

A AMBEV apresentou pareceres solicitados a renomados economistas sobre os impactos da operação sobre a concorrência, que assim se manifestaram quanto a questão das barreiras à entrada.

Para o Professor Mário Possas, o nível das barreiras à entrada não seriam suficientemente elevados para deter entradas competitivas, uma vez que:

a. as barreiras decorrentes de escala mínima eficientes são reduzidas. Sendo a escala mínima eficiente da ordem de 3 milhões de hl/ano, requer um investimento da ordem de R\$ 180 milhões - o que representaria insignificantes 3,7% do volume total da produção e 1,2% do valor dessa produção.

b. as barreiras por fixação de marcas também não seriam tão importantes. Sendo mais significativas para a faixa de mercado denominada *high end*, não impediriam entrada no segmento *low end*. Como tais segmentos não são estanques, não se constituiriam em impedimento à entrada.

c. barreiras devidas à rede e canais de distribuição tampouco se constituiriam em impedimento à novas entradas. A distribuição não-integrada é viável para produtores e marcas já estabelecidos, o que minimiza os custos para o produtor independente. O acesso aos milhares de pontos de vendas no território nacional poderia ser paulatinamente contornado pela fixação do produto/marca seja via publicidade (*segmento high end* do mercado), seja via preços (*segmento low end*). O crescimento das embalagens descartáveis e dos pontos de venda de auto-serviço seria outro fator de redução de custos de distribuição. Considera que outros distribuidores de outras bebidas, ou até de outros produtos, seriam alternativas viáveis.

- refaz o exercício da SEAE e conclui que há espaço para a entrada nos mercados geográficos definidos por aquela Secretaria.

Entretanto, em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996 (que passarei a chamar de Parecer de 1996), o Professor Possas, ao analisar as condições de entrada em oligopólios com diferenciação de produtos - caso da indústria de cervejas -, observou que “Tendo em vista que os instrumentos para a diferenciação de produtos nesses mercados são os relativos à *fixação de marcas...*, segue-se que os ativos mais relevantes - de maior poder competitivo, e, portanto, de modo geral, de maior valor econômico estratégico - são exatamente suas *marcas e sua estrutura de comercialização/distribuição*” (grifou). Esse investimento em *sunk costs* já representaria uma barreira. Nas suas palavras: “Assim, uma eventual hipótese de que um oligopólio diferenciado *não apresente barreiras à entrada*, deve ser questionada em princípio, só podendo aplicar-se a casos especiais - *muito raros empiricamente* - em que o mercado seja “*perfeitamente contestável*”...”, com total ausência de custos irreversíveis.

Também no Parecer de 1996, observou que nos mercados de bens que requerem experiência por meio de consumo, os produtos desconhecidos pelo consumidor são considerados *a priori* inferiores aos já conhecidos. Nesse caso, um produto rival só será testado se tiver preço inferior, “o que também acarreta uma curva de demanda *inelástica* em algum grau, indicando **poder de mercado do vendedor**” (grifei).

Especificamente quanto ao mercado de cervejas, afirmou que “embora não sejam insignificantes as barreiras à entrada ligadas à economias técnicas de escala, ou mesmo ao montante de capital mínimo requerido para instalar o tamanho eficiente de planta bem como uma rede de distribuição..., as barreiras à entrada realmente relevantes estão relacionadas à presença de *custos irrecuperáveis (sunk costs) de diferenciação de produtos por marcas*, pelos quais se busca obter um nível significativo de fidelidade dos consumidores a determinada marca” (grifou). Nota de pé de página completou: “Note-se que este fator também cria um requisito adicional de capital mínimo associado aos investimentos iniciais na fixação da *marca*, o que torna o conjunto dos requisitos mínimos de capital um valor significativamente alto”.

Ainda no Parecer de 1996, o economista ao analisar os resultados empíricos disponíveis na literatura afirma que “Uma das poucas conclusões mais ou menos gerais desses modelos é que a *proliferação de marcas* ou de

*variedade* de produtos tende a *aumentar* o nível das barreiras à entrada, assegurando vantagens à(s) firma(s) estabelecida(s)..." (grifou).

Na página 28 do Parecer de 1996, o economista foi mais taxativo: "As barreiras à entrada no mercado de cerveja são **elevadas**. Em *primeiro* lugar destaca-se a presença de economias de escala regulares, tanto ao nível da planta, como ao nível da empresa... Em *segundo* lugar, destacam-se as barreiras ligadas à *diferenciação de produtos*, associadas, em particular, no caso da indústria de cervejas,... à propaganda como forma de fixação das marcas e à importância das redes de distribuição dos produtos..." (grifou). Evidência disso, segundo o autor, "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 cerveja, somente 15% do mercado."

Para a Professora Elizabeth Farina, por sua vez, em parecer datado de fevereiro de 2000, os pequenos produtores regionais poderiam contestar a política comercial das líderes e cresceriam diante de elevação de preços das líderes. O crescimento desses produtores menores seria um fato real. Embora não apresente nenhuma análise das barreiras à entrada no mercado de cervejas, nesse trabalho, a economista afirma que "mesmo que a firma pudesse ser bem sucedida numa elevação unilateral do preço sua estratégia poderia ser estrangida pelo risco de atrair uma ou mais empresas de ingressar no mercado atraídas pelos altos lucros".

**Em que pese a prudência da parecerista ("poderia ser estrangida"), uma entrada com esse resultado exigiria a ausência de elevadas barriras à entrada, o que não foi examinado no parecer.**

Mais adiante a Professora afirma: "Num mercado em que a demanda é menor que a capacidade instalada, a existência de custos fixos e irreversíveis torna o ingresso de novas firmas especialmente penoso às firmas perdedoras de participação de mercado devido a entrada de novas firmas".

**Trata-se aqui, de uma verdadeira inversão da análise de barreiras à entrada. O usual é considerar que em mercados onde a demanda é menor que a capacidade instalada, a existência de custos fixos e irreversíveis desestimula drasticamente a entrada de novos concorrentes, permitindo justamente que as empresas já estabelecidas aumentem seus preços e obtenham lucros extraordinários. Dessa forma, considero que a Professora detectou uma barreira à entrada, e não um fator de desestímulo ao aumento de preços.**

Já em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996, a economista procedeu uma análise cuidadosa do nível das barreiras à entrada no mercado de cervejas e concluiu de maneira inequívoca: “O mercado brasileiro de cerveja certamente não é, nunca foi, e nunca será perfeitamente contestável. Primeiro porque **existem claras barreiras** à entrada associadas à rede de distribuição e à diferenciação do produto. Segundo porque existem elevados custos irrecuperáveis que impedem a saída sem custos. Mesmo para grandes cervejarias como a Anheuser-Busch e Miller as barreiras de diferenciação são poderosas. O importante é como o consumidor percebe a marca e não sua importância mundial. Uma coisa é o consumidor americano frente a Budweiser e Miller, outra coisa é o consumidor brasileiro. Ainda que essas empresas tenham capacidade financeira para construir e sustentar marca e reputação, isso leva tempo, o que é uma variável crucial em um mercado em rápida transformação” (grifei).

Ao comentar o papel das pequenas empresas do mercado, a Professora, apoiando-se em Olster (1994), afirma: “As citadas barreiras à entrada e à saída representam, também barreiras de mobilidade. Isto é, barreiras que impedem o crescimento de cervejarias pequenas e médias, que ficam restritas aos mercados locais e formam um grupo estratégico separado das empresas que operam em âmbito nacional”.

Conclui, então, de forma que não deixa margem a dúvidas: “Barreiras à entrada e elevados custos de saída tornam a concorrência potencial impotente para afetar estratégias das firmas estabelecidas, conforme definido pela doutrina da concorrência potencial”.

Também é importante considerar a inestimável contribuição do Professor Luciano Coutinho na análise das condições de entrada no mercado brasileiro de cervejas. Embora o Professor Coutinho não tenha apresentado parecer específico nesse caso, é consultor das Requerentes, além de ser um dos mais respeitados economistas do país.

Como já foi mencionado, a posição das Requerentes, e, portanto, do Professor Coutinho, é a de que as barreiras no mercado analisado não se constituem em fonte de impedimento à entrada. Entretanto, em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996, o economista considerou que “há sérias razões... para colocar em dúvida a hipótese de que a entrada independente e hostil ao atual oligopólio, por parte de uma grande empresa estrangeira, seria viável e até relativamente fácil”. Após considerar que nos oligopólios diferenciados, “além da diferenciação da marca, a necessidade de

montar e operar uma ampla rede de distribuição constitui importante barreira à entrada. É evidente e reconhecida a relevância destas duas categorias de barreiras à entrada no setor de cerveja. São indubitavelmente elevados os gastos rotineiros com propaganda e marketing das empresas... A afirmação de uma marca inteiramente nova é muito custosa pois exige pesados e continuados gastos de propaganda por um período relativamente longo (pelo menos três anos) sem o retorno correspondente de vendas.

Aqui faço duas considerações. Na primeira recorro à Professora Elizabeth Farina, que ressalta que uma marca conhecida pelo consumidor americano, e mesmo em mais países, não tem o mesmo reconhecimento por parte do consumidor brasileiro, tendo o caráter, portanto, de marca nova que exige os pesados investimentos a que se refere o parecerista. Na segunda, lembro que o prazo para a fixação de marcas ultrapassa o período concedido por qualquer jurisdição internacional para aceitar a tese de que uma operação pode ser aprovada pois as barreiras são reduzidas. Desse modo, esse prazo impõe a conclusão de elevadas barreiras à entrada e que firmas já estabelecidas com elevada participação de mercado podem exercer poder de mercado durante significativo período de tempo, drenando renda do consumidor de forma compulsória, sem temer que sua posição seja contestada por firmas entrantes.

Mas o Professor Coutinho aprofunda sua análise, ao afirmar que “No caso do setor de cervejas, os dispêndios necessários à entrada são, ademais, aumentados pelos outros *sunk costs* e especialmente pela necessidade de estruturar uma rede eficiente de distribuição”. E prossegue, supondo que “existem fundadas razões para supor que haverá forte reação, pois em geral o montante de dispêndios/custos necessários para que as empresas estabelecidas bloqueiem a entrada é inferior ao esforço de gastos que teria que ser dispendido pelo desafiante... Além disso, os oligopolistas poderão dificultar a montagem de redes de distribuição, ativando o desempenho de suas próprias redes que passarão a pressionar os pontos de venda... para não aceitar a nova marca... O rotundo insucesso de tentativa de entrada da PEPSI-COLA no mercado brasileiro em função da forte reação da COCA-COLA, nos termos acima descritos, é bem ilustrativo da dificuldade de ingresso num setor semelhante”.

No parecer de 1996, o economista destrói um dos melhores argumentos na defesa da tese de que a montagem de redes de distribuição por parte de um entrante é fácil. Nas suas palavras: “É questionável o argumento de que seria relativamente fácil montar uma nova rede de distribuição, em

decorrência do processo de enxugamento do número de distribuidores - processo que vem sendo empreendido nos últimos anos pelas empresas do setor. A redução do número de distribuidores resulta da necessidade de torná-los mais eficientes, em função do sensível aumento dos custos de distribuição após a estabilização de preços... A montagem de uma nova rede baseada nos distribuidores excluídos, de menor aptidão e eficiência, não seria tão fácil e tenderia a acarretar custos médios mais elevados de distribuição para o entrante. Além disso, os distribuidores eficientes, a serviço das firmas do setor, buscariam restringir o acesso do novo concorrentes aos pontos de venda existentes”.

Também cita outras evidências de impedimentos à entrada no mercado brasileiro de cervejas, como o fato de que a Carlsberg e a Heineken, pioneiras no processo de internacionalização da indústria, não obstante terem iniciado produção direta em muitos mercados, desde os anos 60, “nunca tentaram penetrar independentemente no mercado brasileiro”.

Fragiliza, ainda, outro argumento das Requerentes, parcialmente encampado pelo Professor Mário Possas, de que uma boa experiência em distribuição, mesmo que não de cerveja, facilitaria a entrada. Lembra que a Anheuser-Busch antes de se associar com a Antarctica fracassou numa tentativa de entrada associada à Arisco, que inegavelmente sabe distribuir produtos no Brasil. Para Coutinho, no parecer de 1996, as peculiaridades do sistema de distribuição de bebidas não permitem esse tipo de sinergias com distribuidores de outros produtos. Fornece, então, mais um exemplo, ao lembrar que a Miller não recorreu ao sistema de distribuição da Philip Morris no país.

### 3.2.5 - Conclusões da Análise de Barreiras à Entrada no Mercado de Cervejas

Acato os argumentos da SDE no sentido de que não basta a possibilidade de entrada de uma firma no mercado para ficar demonstrada a inexistência de barreiras a entrada. Essa entrada precisa ser suficiente para contestar eventual exercício do poder de mercado das empresas já estabelecidas e precisa ocorrer em tempo socialmente aceitável. Essas são também as condições impostas pelos aplicadores antitruste internacionalmente. Como ressaltou a Secretaria do Ministério da Justiça, a lei 8.884 não fixa esse prazo, mas a jurisprudência internacional tem trabalhado com um período de dois anos.

Por outro lado, é certo que barreiras à entrada é uma questão de grau. Não se pode afirmar que é impossível uma cervejaria estrangeira, capaz

de contestar a política comercial do líder, instalar-se no país, à qualquer custo. A questão, porém, é que a qualquer custo ela não se instalará. Com elevados custos de instalação, associados a substanciais riscos e incerteza, o retorno do investimento fica comprometido e o investimento desestimulado. Assim a análise gira em torno da estimativa da probabilidade de que a entrada venha a ocorrer. Se essa probabilidade não for claramente elevada, a tese de barreiras reduzidas ou inexistentes não pode ser aceita.

Nesse sentido, não posso concordar com a conclusão da SEAE de que não existiriam barreiras derivadas da fixação de marcas, suficientemente elevadas para deter entradas na indústria de cervejas. Como bem observou a SDE, no seu excelente parecer, as elevadas despesas de publicidade ressaltadas nos pareceres dos Professores Elizabeth Farina, Mário Possas e Luciano Coutinho, representariam elevados custos irrecuperáveis, que elevam substancialmente o risco da entrada. No seu Parecer de 1996, o Professor Possas lembra que os investimentos iniciais na fixação da *marca* criam um requisito adicional de capital mínimo, o que torna o conjunto dos requisitos mínimos de capital um valor significativamente alto. A própria Requerente na sua petição inicial reconheceu: “...para lançar-se uma nova marca de cerveja em um novo mercado externo são necessários cerca de cinco anos entre a construção das plantas industriais necessárias e a consolidação das novas marcas. Além dos evidentes custos irrecuperáveis que isso proporciona, a entrada, caso ocorra, se torna factível num período de tempo socialmente indesejável. Também na petição inicial as Requerentes enfatizaram a relevância desses investimentos para a dinâmica concorrencial do mercado em tela: “Ademais disso, há que se considerar que, por tratar-se de produtos diferenciados, o foco central da concorrência reside justamente no processo de diferenciação de produtos e nos investimentos em publicidade e marketing...”. Assim, se a entrada tem investimento alto e elevados custos irrecuperáveis, conclui a Organização Industrial a existência de barreiras à entrada. Sendo assim, não importa se os custos irrecuperáveis associados ao processo produtivo são baixos. O que importa é o total dos custos de entrada.

Também não posso concordar com a SEAE que o acesso à rede de distribuição seja superável. Como bem ressaltado pela SDE, há várias evidências de que o acesso à rede de distribuição eficiente e competitiva é difícil e eleva os custos e riscos associados à entrada. O aplicador da norma antitruste não pode deixar de considerar evidências, em contraposição à afirmativas desprovidas de indícios que as sustentem. Nesse sentido, a história das *joint ventures* realizadas entre Antarctica/Anheuser-Bush, Brahma/Miller, Heineken/Kaiser e Carlsberg/Skol indicam claramente dificuldades de acesso à

rede de distribuição. Não fosse assim, essas cervejarias teriam entrado sozinhas no mercado brasileiro. Por que razão dividiriam lucro com as cervejarias instaladas. Além disso, a Phillip Morris, que detém forte sistema de distribuição nas indústrias alimentícia e de cigarros, preferiu comercializar a cerveja Miller por meio da Brahma. Também é uma evidência da existência de dificuldades de acesso à rede de distribuição eficiente e competitiva a história de fracasso da Pepsi-Cola que, em 1993, chegou a empregar US\$ 500 milhões para montar uma rede própria de distribuição mas não chegou a cobrir 50% dos pontos de venda. Também a história da Schincariol é relevante, ao levar mais de 5 anos para apresentar algum resultado de mercado, prazo que ultrapassa qualquer período aceitável pelas autoridades antitruste de qualquer país.

Ressalto, nesse mesmo sentido, manifestação da própria Brahma que consta dos autos do AC Brahma - Miller, apresentado no relatório do ilustre ex-conselheiro do CADE Renault de Freitas Castro: “toda a força da Coca-Cola não conseguiu, em quinze anos, colocar mais do que 14 ou 15% de Kaiser no Brasil...”. Nesse caso, interessava à Brahma demonstrar que existem de fato relevantes barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado brasileiro de cervejas<sup>44</sup>. Hoje, podemos somar mais quatro anos ao argumento de 1996 da Requerente, demonstrando toda a dificuldade encontrada pelos concorrentes dos gigantes brasileiros do setor para ganhar mercado e tornarem-se concorrentes capazes de contestar a política comercial dos líderes, mesmo quando estes atuavam separadamente no mercado de cervejas.

Nesse mesmo AC Brahma - Miller, o ilustre Presidente do CADE, Gesner de Oliveira assim se manifestou: “o relator fez uma análise exaustiva das elevadas barreiras à entrada existentes no mercado de cerveja brasileiro as quais teriam relevância mesmo para empresas do tamanho da Miller, especialmente o acesso à rede de distribuição”.

Apesar da distribuição ser uma importante barreira, a marca é igualmente importante. Nesse sentido, considero fundamental na correta identificação do papel representado pela marca, a história, enfatizada pela SDE, da fracassada tentativa de entrada da Skol na cidade de Fortaleza, região com alta participação de mercado da marca Antártica.

Também não posso desconsiderar tão apressadamente o argumento de que no processo de entrada no mercado a marca desconhecida é

---

<sup>44</sup> Na decisão desse caso, como no caso Anheuser-Busch, o CADE entendeu que de fato havia barreiras elevadas no mercado de cervejas. Mas entendeu que havia outros aspectos na operação que exigiam a intervenção.

extremamente prejudicada pelas condições dos pontos de venda de embalagens retornáveis - que representa cerca de 75% da oferta de cerveja e é onde se viabiliza a operação com margens de contribuições mais elevadas. Na ausência de pedidos em grande número por parte dos consumidores, que desconhecem a marca, os pontos de venda não compram a cerveja, uma vez que têm um caixa curto para ser administrado e pouco espaço físico para guardar as garrafas. Assim, dificulta até mesmo que a nova cerveja seja testada pelo consumidor, num círculo vicioso, outro ponto destacado pela SDE.

Por outro lado, o fato tão insistentemente ressaltado pelas Requerentes de que existem pequenas cervejarias no mercado não indica a inexistência de elevadas barreiras à entrada. De fato, pequenos produtores sempre existiram nesse mercado, mas nunca contestaram a política comercial das grandes empresas, sendo adquiridas eventualmente. Assim, soluções regionais de entrada não seriam suficiente para contestar o exercício do poder de mercado por parte da AMBEV. Nesse sentido, lembro o argumento da Professora Farina, que considera que as barreiras existentes representam, também, barreiras de mobilidade. Isto é, barreiras que impedem o crescimento de cervejarias pequenas e médias, que ficam restritas aos mercados locais e formam um grupo estratégico separado das empresas que operam em âmbito nacional.

Finalmente, como procurei ressaltar, os ilustres Professores Elizabeth Farina, Mário Possas e Luciano Coutinho, festejados economistas com notório saber em Organização Industrial, apresentaram pareceres sobre o caso Anheuser-Busch/Antarctica, em 1996, com opiniões radicalmente diferentes daquelas que expressaram sobre as condições de entrada no mercado brasileiro de cerveja, no atual caso AMBEV. Dessa maneira, a simples dúvida de tão ilustres economistas sobre a matéria já recomenda fortemente a prudência por parte do aplicador da norma em aceitar a tese de inexistentes ou reduzidas barreiras à entrada para aprovar a operação.

A análise das condições da entrada na análise antitruste tem uma função muito clara. Diante da constatação de posição dominante por parte de uma firma num dado mercado, a inexistência de elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes impediria o abuso da posição dominante. Assim, o aplicador da norma antitruste estaria disposto a permitir o aumento da concentração do mercado, a integração vertical ou a conquista de posição dominante, uma vez que o vigor da concorrência potencial garantiria resultados desejáveis em termos de bem-estar econômico no mercado

analisado. Nesse sentido, a defesa da concorrência e dos mercados exige que haja evidência de que as barreiras sejam baixas. Diante da incerteza quanto ao nível das barreiras à entrada, cabe ao aplicador da lei de defesa da concorrência a prudência e o conservadorismo. Ressalto esse ponto, apesar de estar plenamente convencido da existência de substanciais barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado brasileiro de cervejas.

Outro aspecto importante na análise antitruste das condições de entrada num mercado diz respeito ao prazo em que se espera que a entrada ocorra. A fixação do prazo, embora seja reconhecidamente uma tarefa difícil, tem como pressuposto a idéia de que em qualquer mercado a entrada é sempre possível, num período de tempo suficientemente longo. A questão que se coloca é se após um período de tempo longo os prejuízos ao mercado seriam irreparáveis. No presente caso, é possível considerar que nos próximos dois anos não se pode esperar entradas importantes na indústria de cervejas no Brasil. A questão a ser analisada diz respeito à definição de qual seria um período suficientemente longo para tornar factível a entrada, e suficientemente curto para não trazer prejuízos ao mercado. Mais uma vez, diante da indefinição, cabe ao aplicador da norma antitruste o conservadorismo na defesa da concorrência.

No presente caso, os dados não apontam para uma situação de elevada concorrência potencial, o que exige por parte do aplicador da norma a prudente e conservadora atitude de prosseguir a análise, desconsiderando a hipótese de que a concorrência efetiva seja suficientemente vigorosa para garantir seus efeitos positivos no mercado. A defesa do direito da coletividade a um mercado mais concorrencial exige isso. O aplicador da norma não pode arriscar. Se não está claro que as barreiras são baixas, não pode considerá-las como elemento que impeça o abuso do poder econômico, da posição dominante.

Nesse mesmo sentido de prudência em aprovar um ato fortemente concentrador de mercado baseado na tese de ausência de elevadas barreiras à entrada vão as autoridades antitruste norte-americanas que, como ressaltaram Calvani & Miller<sup>45</sup>, em artigo já mencionado, buscam limitar seu uso. De fato, a incerteza que permeia uma análise dessa natureza exige prudência por parte do aplicador da lei antitruste. O dano ao mercado provocado por uma substancial elevação da concentração da oferta não pode ser desprezado por uma possibilidade questionável da entrada de novos concorrentes recolocar os

---

<sup>45</sup> Terry Calvani e Todd Miller, *Tut Merger Guidelines: the practitioner's perspective*, The Antitrust Bulletin, Fall 1993.

preços aos níveis anteriores aos da realização da operação. É preciso que as Requerentes demonstrem clara e inequivocamente essa tese. O que não lograram fazer, muito pelo contrário, ficou demonstrada a existência de substanciais impedimentos aos efeitos positivos da concorrência potencial sobre o mercado analisado.

#### *4. Condições da Demanda*

A análise do tamanho dos compradores e o grau de concentração da demanda como um todo são fundamentais na análise. Operações que concentrem fortemente a oferta podem não criar nem reforçar poder de mercado caso os vendedores se deparem, por exemplo, com clientes com capacidade de negociação. No presente caso, entretanto, a cerveja é um produto tipicamente “de prateleira”, adquirido pelo consumidor final, que não tem qualquer poder de negociação.

Por outro lado, operações concentradoras de mercados cujos produtos apresentam elevada elasticidade-preço da demanda também não criam nem reforçam poder de mercado. Em mercados com esse tipo de produto, qualquer tentativa de exercício de poder de mercado é punida com uma forte retração da demanda.

O poder de mercado (ou poder de monopólio) de uma empresa reflete-se na sua capacidade de definir o preço do seu produto acima do custo marginal de produção de forma lucrativa, obtendo lucro econômico. O montante pelo qual o preço ultrapassa o custo marginal é inversamente proporcional à elasticidade da demanda da empresa, ou seja, quanto menos elástica for a curva de demanda da empresa, maior poder de mercado ela terá.

Por essa razão as Requerentes procuraram demonstrar que tais elasticidades são elevadas, o que passaremos a analisar.

##### *4.1 - Análise da SEAE*

O parecer da SEAE analisou dois estudos para o mercado de cervejas, um realizado sob os auspícios da AmBev (Issler e Resende 1999) e outro sob encomenda da Kaiser (Pereira e Associados 1999)<sup>46</sup>. Considera,

---

<sup>46</sup> Estimativas Econométricas Da Demanda Por Cerveja No Brasil e Testes econométricos para elasticidade-preço de cerveja tipo Pilsen nos mercados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente.

entretanto, que o estudo de Pereira e Associados (1999), padece de fragilidades metodológicas que desautorizam o uso dos parâmetros estimados para inferir o padrão de competição na indústria.

Analisa, então, apenas os resultados obtidos no estudo de Issler e Resende (1999). Duas características importantes desses resultados são: (i) nenhuma estimação da elasticidade-preço da indústria para o produto cerveja-garrafa é estatisticamente confiável; e (ii) a estimação da elasticidade-preço da marca Antarctica para o produto cerveja-garrafa é teoricamente inconsistente (positiva).

Para a SEAE, como o mercado composto por cerveja-garrafa é quantitativamente o mais importante da indústria de cerveja, o estudo não logra autorizar a conclusão de que a elasticidade-preço da demanda por cerveja é alta. Para o produto cerveja-garrafa, o único resultado consistente com essa hipótese é a estimação da elasticidade-preço da Brahma. Esse resultado, entretanto, não implica que a AmBev deixará de aumentar os preços de alguma(s) de suas marcas, após o ato: isso dependerá das elasticidades-preço da Antarctica (não confiável) e Skol (não calculada), bem como das elasticidades-cruzadas.

Já os resultados do mercado composto por cerveja-latas seriam mais robustos. Não obstante, o estudo falharia em comprovar: (i) que a elasticidade-preço da indústria a curto prazo é superior à unidade (a julgar pelos resultados, a indústria seria preço-inelástica a curto prazo); e (ii) que a elasticidade-preço da Antarctica tanto a curto quanto a longo prazo seja superior à unidade (a julgar pelos resultados, a marca Antarctica seria preço-inelástica). No primeiro caso, a ambigüidade dos resultados a curto e longo prazo introduz um dilema quanto ao período adequado para a análise antitruste. No segundo caso, as estimações não corroboram a hipótese de que a AmBev não aumentará os preços da Antarctica, por exemplo, após o ato.

#### 4.2 - Análise da SDE

As Requerentes, tendo considerado insuficiente o estudo apresentado para a SEAE, trouxeram aos autos outro estudo econométrico. Apesar de reconhecer evolução positiva no segundo estudo, a SDE entendeu que também este era inadequado, pois além de um problema identificado de multicolinearidade, seria preciso fazer reparos à metodologia, aos dados empregados e às variáveis adotadas no estudo de Issler e Rezende (2000), como se segue:

- o estudo baseia-se apenas em quatro estados, Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro<sup>47</sup> (no estudo inicial, apenas a área metropolitana de São Paulo foi considerada). Em que pese o fato de que esses quatro estados representam aproximadamente 57% do consumo do país, não seria possível inferir que os resultados aí alcançados possam ser extrapolados para todo o país;
- o uso de apenas quatro estados fica mais inadequado porque neles são encontradas fábricas de quase todas as firmas incumbentes (inclusive as menores) e três deles são os estados mais ricos do país. Se a relação a ser estudada é demanda/preço e sua consequência em termos de substituição entre produtos pelos consumidores, o universo utilizado revela-se inadequado porque nesse mercado estão consumidores diferentes do perfil médio nacional;
- o estado de São Paulo, o maior do país em termos de consumo, é um dos dois únicos em que a Kaiser lidera o mercado e o faz cobrando preços mais baixos que os das principais marcas da AmBev.
- A amostra considerada fica, assim, distorcida. Se os quatro estados representam 57% do consumo nacional, entre eles São Paulo tem a maior renda *per capita* e responde por quase metade do consumo. Por conseguinte, a participação da Kaiser fica excessivamente viesada em relação ao total do país;
- em um dos conjuntos de equações, os dados de renda foram considerados de uma forma inusitada, pois basearam-se em dados de consumo de energia elétrica fornecidos pela Eletrobrás. Inicialmente, porque dados de consumo de energia não podem ser diretamente vinculados à renda disponível ou à atividade econômica. Além disso, há dados muito mais confiáveis neste ponto em especial, como os do IBGE<sup>48</sup> (usados em outras análises de Issler e Resende). Deve-se mencionar, ainda, que há milhões de pessoas que consomem energia elétrica (legalmente ou não) e que não consomem cerveja, não havendo razão para utilizar esse tipo de dado como *proxy* para a renda num estudo envolvendo cervejas;
- o bem escolhido como substituto foi a aguardente, o que não parece ser adequado;

---

<sup>47</sup> Embora os autores mencionem que foram considerados apenas três estados, não considerando o Espírito Santo.

<sup>48</sup> O ideal seria o uso de dados da PNAD (Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílios) e não da PME (Pesquisa Mensal de Emprego).

- os dados da AC Nielsen, que subsidiaram os estudos, apresentam o fenômeno de multicolinearidade.

Em função de todos esses aspectos, a SDE entendeu que o estudo trazido aos autos pelas Requerentes fica prejudicado, em termos de análise antitruste.

Além das deficiências apontadas, o estudo indicaria substituição de marcas AmBev por não-AmBev, mas também indicaria não haver substituição de todas as marcas AmBev por marcas não-AmBev. Observa que a única marca do mercado que substitui a Skol é a Antartica, e, ainda assim, a possibilidade de substituição é pequena no curto prazo. Destarte, seria possível aumentar os preços da Skol, perdendo consumidores apenas para a Antartica, o que permite à AmBev ampliar seus lucros em detrimento dos consumidores. Assim, se aceito o estudo das Requerentes, a conclusão seria a de que poderia haver conseqüências sérias para os consumidores em função do fim da rivalidade entre os dois principais agentes do mercado.

Destaca o Parecer da SDE que essas conclusões são baseadas num mercado (Região Sudeste) no qual o consumidor tem amplas possibilidades de escolha. Em outras Regiões, como Amazônia e Mato Grosso, onde só há fábricas da Brahma e Antartica e a participação dos demais agentes do mercado é consideravelmente menor, o problema da substituição entre as marcas certamente deverá ser acentuado.

Posteriormente, a Kaiser apresentou outro estudo econométrico (realizado pela Ipsos-Novaction), a partir de estatísticas obtidas em quatro cidades (Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba). Todavia, do estudo não consta uma descrição da metodologia empregada que permita, na opinião da SDE, avaliar a aplicabilidade dos seus resultados. Outrossim, o estudo baseia-se, apenas em quatro capitais, o que não permite fazer uma extrapolação para todo o mercado brasileiro.

Em especial, a SDE observa que a cidade de São Paulo é cerca de oito a dez vezes mais populosa que o Recife ou Curitiba, e tem um perfil de renda bastante diferente delas. Logo, parece duvidoso, para a Secretaria, em termos de confiabilidade estatística, utilizar o mesmo número de entrevistas e o mesmo perfil de distribuição de renda para universos tão distintos. Portanto, de modo geral, considera-se que os resultados deste trabalho não podem ser utilizados na avaliação do presente ato.

A SDE também encomendou estudo econométrico para avaliar as elasticidades no mercado de cervejas. Considera, contudo, que seu estudo não logrou chegar a resultados consistentes a respeito das elasticidades-cruzadas

entre as marcas de cerveja Brahma, Antarctica, Skol e Kaiser. As principais dificuldades encontradas pelo economista auxiliar deste órgão na realização deste trabalho são apontadas a seguir.

- em primeiro lugar, as séries de preço da base da AC Nielsen, utilizada neste trabalho, logaritmadas ou não, são altamente correlacionadas, verificando-se o fenômeno da multicolinearidade, que se trata da alta correlação entre as variáveis explicativas de um modelo. Os efeitos para a análise são discutidos pelo próprio Flôres: *“a multicolinearidade implica também em uma falta de precisão nos valores calculados para os coeficientes, sendo, em última análise, impossível separar os efeitos das variáveis colineares. Assim, um coeficiente porventura significativo pode simplesmente estar misturando os efeitos de um ou mais outros, que não obtiveram significância. Este fato, que se dá mesmo quando uso é feito de variáveis instrumentais, é bastante sério no nosso caso, por acrescentar uma dúvida adicional aos resultados obtidos”*.

- além desse problema, que na opinião da SDE, já fragiliza qualquer estudo econométrico para calcular elasticidades-cruzadas entre as marcas no mercado de cervejas, seria preciso mencionar a necessidade da utilização de outras variáveis que influenciam significativamente na tomada de decisão do consumidor, como marca-distribuição. Não seria possível, de acordo com a SDE, pretender que um estudo econométrico chegue a resultados sólidos sobre as elasticidades da demanda do mercado de cervejas brasileiro sem que inclua no modelo essas duas variáveis.

Em síntese, entendeu a SDE que todos os estudos econométricos trazidos aos autos são insuficientes para explicar, de forma conclusiva, a dinâmica do mercado de cervejas. Desse modo, não se poderia afirmar que a operação sob exame não reforça significativamente poder de mercado, a partir dos estudos econométricos analisados.

#### 4.3 - Análise das Requerentes

Segundo as Requerentes, os estudos por elas apresentados apresentaram resultados satisfatórios quanto às elasticidades próprias das marcas. De um conjunto de 33 funções de demanda estimadas emergiram 19 elasticidades-preço próprias negativas, estatisticamente significantes e superiores à unidade. Em uma caso (Antarctica-garrafas), o valor da

elasticidade-preço foi significativo, negativo, igual a um. Assim, em 60% dos casos teria havido indicação de forte reação a preços, pois as elasticidades variaram de -1 a -7. Os outros resultados, 11 são estatisticamente não significativos e 2 são contratintuitivos (elasticidades-preços positivas), que **“devem ser atribuídos às inadequações de bases e dados”** (grifei). Apesar disso, concluem que há evidências concretas de reação dos consumidores à aumento de preços, limitando o exercício do poder de mercado.

**Em virtude dessas limitações, ainda segundo as Requerentes, os estudos não obtiveram boa margem de sucesso na estimação das elasticidades cruzadas entre as diversas marcas.** Das 108 estimativas possíveis, apenas 28 se revelaram positivas e significativas (26% do total). Em 63 casos as elasticidades não foram significativas e em 17 emergiram com sinal negativo (teoricamente inaceitáveis). Apesar desses resultados frágeis, que indicam dificuldades incontornáveis no banco de dados e/ou na metodologia utilizada, as Requerentes chamam a atenção para o fato de que 20 dos 28 resultados aceitáveis, referem-se a substituição entre marcas AMBEV e não AMBEV.

Já o Professor Mário Possas, em parecer encaminhado pela AMBEV, considera que os estudos inicialmente apresentados pelas Requerentes (Issler e Resende 1999), **“embora baseados em metodologia tecnicamente adequada, não podem ser considerados conclusivos.** Uma das prováveis fontes de distorção desses resultados está no fato de que o teste não foi feito para as *marcas* específicas, mas sim para o *portfólio de marcas* de cada fabricante”. Mesmo assim, conclui que “apesar dessas dificuldades de comprovação empírica, é tecnicamente óbvio que não se pode concluir na direção oposta, *rejeitando a existência* de elasticidades cruzadas significativamente negativas”.

Entendo, porém, que o renomado economista inverte aqui os termos da equação, considerando, equivocadamente, que é a autoridade administrativa que precisa demonstrar que as elasticidades são baixas.

Segundo Possas, o segundo estudo de Issler (AMBEV), teria corrigido alguns problemas metodológicos do estudo anterior. Em linhas gerais, a simulação não teria dado resultados muito diferentes do anterior. Observa que, em termos de marcas, em garrafas a frio, o estudo indica a substituição de Brahma por Kaiser, Skol por Brahma, mas não de Antarctica por Brahma. Conclui que fica fortalecida a conclusão inicial de que a marca Kaiser é forte substituta das marcas que compõem o portfólio da AMBEV, especialmente da marca Brahma. Finalmente, **reconhece que as dúvidas metodológicas e os resultados contra-intuitivos significativos, além de**

**resultados não-significativos muito numerosos impõem aperfeiçoamento nos estudos.**

Apesar do economista enxergar consistência na conclusão de que Kaiser substituiu marcas AMBEV, as próprias Requerentes, como foi mencionado acima, entendem que os estudos não foram bem sucedidos na estimação das elasticidades cruzadas.

As Requerentes consideram que o estudo da Ipsos-Novaction, apresentado pela Kaiser, confirmaria a existência de elevadas elasticidades-próprias e cruzadas da demanda. De fato, o estudo indica as menores elasticidades próprias exatamente das marcas líderes de vendas em cada cidade. Além disso, apresenta elevadas elasticidades-cruzadas, o que indicaria substituição entre as marcas.

Possas considerou o estudo da Novaction satisfatório, e que ele confirmaria os estudos anteriores, ao identificar consistentemente elevadas elasticidades próprias e cruzadas nas marcas AMBEV, o que impediria o aumento abusivo de seus preços.

Entretanto, como será comentado mais adiante, a comparação entre as elasticidades próprias e cruzadas do estudo Ipsos-Novaction demonstra uma inconsistência insuperável.

#### 4.4 - Conclusões Sobre as Elasticidades da Demanda

É evidente que os resultados dos estudos econométricos apresentados pelas Requerentes são inconclusivos, seja quanto à existência de elevadas elasticidades-próprias das marcas, seja quanto à possibilidade de substituição entre marcas. Como ressaltado pela SDE, o estudo apresenta falhas na sua concepção que desautorizam sua utilização com um mínimo de confiabilidade. Além disso, o próprio parecerista, Professor Mário Possas, reconhece que as dúvidas metodológicas e os resultados contra-intuitivos significativos, além de resultados não-significativos muito numerosos impõem aperfeiçoamento nesses estudos. Também as Requerentes admitem que as dificuldades de alguns resultados obtidos “devem ser atribuídos às inadequações de bases e dados”. Em virtude dessas limitações, ainda segundo as Requerentes, os estudos não obtiveram boa margem de sucesso na estimação das elasticidades cruzadas entre as diversas marcas. De fato, o estudo Issler (2000) obtém resultados claramente insatisfatórios para as elasticidades-cruzadas, o que confirma seus problemas metodológicos e as dificuldades das bases de dados, conforme ressaltado pelas Requerentes.

Por outro lado, o segundo estudo de Issler indica que a Kaiser substituiu apenas a Brahma, mas não todas as marcas AMBEV. O mesmo estudo não consegue captar a substituição de Antarctica por Brahma, o que seria de se esperar, inserindo dúvidas quanto a confiabilidade dos seus resultados como um todo. Não vejo como de um estudo dessa natureza poderiam ser sacados apenas os resultados pontuais convenientes para quem o interpreta, deixando de lado o fato dele não ser consistente como um todo. Assim, só posso concordar com a conclusão de que o estudo é insuficiente, precisando ser aperfeiçoado para possibilitar alguma certeza. Evidentemente, como todos que lidam com econometria sabem, após dezenas de ajustes nas especificações da simulação, é sempre possível se obter o resultado desejado. Ou seja, a partir da resposta, constrói-se o modelo adequado que a justifica.

A SDE ressalta, entretanto, que o estudo, se aceitável fosse, indica não haver substituição de todas as marcas AmBev por marcas não-AmBev, com a Skol não sendo substituída por produtos concorrentes. Desse modo, seria possível aumentar os preços da Skol, perdendo consumidores apenas para a Antarctica, o que permitiria à AmBev ampliar seus lucros em detrimento dos consumidores. Assim, se aceito o estudo das Requerentes, a conclusão seria de que poderia haver conseqüências sérias para os consumidores em função do fim da rivalidade entre os dois principais agentes do mercado.

Já quanto ao estudo da Ipsos-Novaction, é fundamental perceber uma sólida inconsistência nos seus resultados. Dada a metodologia e a base de dados, o estudo conclui pela existência de elasticidades próprias negativas e maiores que 1 para todas as marcas (Antarctica, Bavária, Brahma, Skol, Kaiser e Schincariol). Além disso, as menores elasticidades próprias são exatamente das marcas líderes em cada uma das quatro capitais onde foram obtidas as estatísticas. Esses resultados autorizariam, em princípio, concluir pela limitação da possibilidade de abuso de preços por parte das Requerentes, diante da reação dos consumidores. Porém, do mesmo estudo emergiram elasticidades-cruzadas da demanda, que embora altas e positivas (como seria de se esperar, se houvesse substituição entre marcas), indicam que é justamente a marca líder de cada cidade (sobre a qual foi encontrada a menor elasticidade própria, significando maior lealdade do consumidor), que tem a maior elasticidade-cruzada, o que significa dizer que é aquela que o consumidor está disposto a trocar com mais facilidade. Essa contradição foi encontrada em todos os resultados, de todas as cidades. A marca líder é aquela mais rejeitada pelo consumidor, ou aquela que ele troca com mais facilidade. A inconsistência entre os resultados das elasticidades próprias e cruzadas da

demanda traz uma séria dúvida sobre a adequação da sua metodologia e do seu banco de dados.

Sendo assim, aceito os argumento da SDE de que os estudos apresentados foram inconclusivos no sentido de garantir uma reação do consumidor diante de aumentos de preços por parte dos Requerentes.

### **5. Análise das Eficiências Inerentes à Operação**

Segundo os § 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o CADE poderá autorizar a realização de operações que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, desde que atendam às seguintes condições:

*I- tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:*

*a) aumentar a produtividade;*

*b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou*

*c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*

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

*III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;*

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

*§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."*

A Resolução 15/98 do CADE explicita que o citado inciso I refere-se às eficiências geradas pela fusão que "não poderiam ser obtidas de outra forma" por serem "intrínsecas ao tipo de operação de que se trata...".

Tal previsão é traço comum entre as principais legislações de defesa no mundo. No *Horizontal Merger Guidelines* publicado pelo Departamento de Justiça (DOJ) e pela Federal Trade Commission (FTC) do EUA, é

reconhecido que as eficiências<sup>49</sup> geradas por uma fusão podem ampliar a capacidade e os incentivos para que a firma resultante da operação intensifique a competição no mercado. No entanto, somente as eficiências estritamente decorrentes da operação (*merger-specific efficiencies*), ou seja, as que não poderiam ser obtidas na ausência da fusão, podem ser consideradas.

Segundo estudo da OCDE<sup>50</sup>, nas jurisdições onde são aceitas as eficiências como compensações para fusões, não são consideradas as eficiências que poderiam ser obtidas por outros meios que não a fusão. O estudo considera um ganho de eficiência como um ganho de produtividade, resultando na redução de custos unitários. Envolve necessariamente menores recursos para produzir a mesma quantidade de bens ou serviços; os mesmos recursos para produzir mais; os mesmos recursos para produzir bens ou serviços de melhor qualidade; os mesmos recursos para produzir uma maior variedade de bens ou serviços". Assim, as eficiências aceitáveis pelo aplicador da norma legal, do ponto de vista antitruste, devem ser limitadas. Ressalto que eficiências mesmo quando comprovadas por auditores externos, independentes, podem ser inteiramente refutadas pela autoridade antitruste, que tem um ponto de vista próprio.

Nesse sentido, segundo a OCDE, eficiências derivadas de economias de escala ou de escopo, ou ainda decorrentes de racionalização do uso das plantas produtivas, por exemplo, devem ser aceitas. Já aquelas decorrentes de economias gerenciais e administrativas não podem ser aceitas, principalmente porque se considera desnecessária uma fusão para que essas economias sejam alcançadas. Conclui o estudo da OCDE, taxativamente, que a aceitação das eficiências para aprovar uma fusão deve ser restringida, sendo consideradas apenas nos casos em que são extraordinariamente elevadas. Um vez constatado que a operação possui elevado potencial para prejudicar a concorrência, eficiências extraordinariamente amplas devem ser comprovadas para evitar os efeitos anticompetitivos.

Também é esse o entendimento do guia norte-americano, que destaca que na experiência das agências daquele país<sup>51</sup> **o exame das**

---

<sup>49</sup> A seção 4 das *Horizontal Merger Guidelines*, que trata das eficiências foi revisada e atualizada pelo DOJ e FTC em 04/08/1997.

<sup>50</sup> In. Framework For The Design And Implementation Of Competition Law And Policy, The World Bank, OECD, 1988, página 133.

<sup>51</sup> In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly.

**eficiências tiveram alguma relevância somente nos casos em que os efeitos anticompetitivos da operações não foram muito elevados. Isto porque, do ponto de vista destas agências, eficiências quase nunca justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio<sup>52</sup>.**

A Comissão Européia adota entendimento semelhante ao aceitar a compensação de danos à concorrência em termos de eficiências apenas quando a operação não tenha redundado em eliminação da concorrência efetiva ou acarretado dominação de mercado, a qual é presumida quando se alcança participações de mercado superiores a 50%<sup>53</sup>. Uma vez ultrapassado este percentual não cabe mais o exame das supostas eficiências compensatórias.

A nossa lei também prevê esta limitação, no inciso III do §1º do artigo 54. Este inciso estabelece como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências, que estes não acarretem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Assim, diante de substanciais prejuízos ao mercado a operação não poderia ser aprovada.

Desse modo, a experiência internacional e a boa prática antitruste no sentido de reduzir custos públicos e privados recomendaria, neste ponto da análise do presente ato, não realizar o esforço para qualificar e quantificar as eficiências, dado que seria altamente improvável que por mais elevados que fossem os ganhos comprovados estes pudessem compensar ou atender o disposto no item III do parágrafo 1º.

Como ficou demonstrado nos pareceres da SEAE, SDE e da Procuradoria da CADE, a operação resultou efetivamente na eliminação de parte substancial do mercado relevante de cerveja, ao elevar a participação nacional do grupo Brahma, de 48,1% para 73,5%, eliminar a rivalidade histórica entre as duas principais cervejarias do país e permitir a adoção pelas empresas de comportamentos colusivos ou unilaterais. Ressalto que do ponto de vista da racionalidade econômica, sendo possível o aumento de preços (com maximização dos lucros), ele será efetivado.

---

<sup>52</sup> Na jurisprudência dos EUA tem sido presumida a existência de poder de monopólio quando empresas possuem participações de mercado a partir de 50%. Vide casos *Reazin vs. Blue Cross & Blue Shield* (1987), *Hunt-Wesson Foods vs. Ragu Foods* (1980), etc.

<sup>53</sup> Caso C-62/86, *Akzo/Chemie B.V.*, 1991.

Entretanto, a título de argumentação, mesmo que fosse possível considerar as eficiências compensatórias num caso como este, uma mensuração crível das eficiências encontraria enormes dificuldades. O guia norte-americano, por exemplo, acentua a importância de dispor do máximo de informações confiáveis, de modo que seja possível identificá-las e medi-las, rejeitando as alegações vagas e especulativas e comprovar sua relação causal com a operação em exame.

São destacadas, no mesmo documento, as dificuldades em se verificar e quantificar os efetivos ganhos de eficiência. Isto porque a maior parte das informações relativas às eficiências são acessíveis apenas às próprias empresas interessadas, sendo que somente elas podem avaliar corretamente seus reais efeitos. Nem mesmo auditores independentes têm acesso a todas as informações necessárias para uma correta estimativa, que sempre pode ser superestimada. Dessa maneira, a avaliação das eficiências incorre em sérios problemas de assimetria de informações, o que explica o ceticismo com que as agências de concorrência de diversos países vêm alegações relativas a ganhos de eficiências, quando as operações acarretam redução substancial da concorrência.

Duas abordagens buscam desenvolver instrumentos analíticos que permitam a mensuração das eficiências, tendo em vista a compensação dos efeitos anticompetitivos de uma operação ou conduta. A primeira parte da contribuição de Oliver Williamson<sup>54</sup>, que viabilizou a análise dos efeitos líquidos de um ato ou conduta através do exame do *trade off* entre ganhos de eficiência alocativa decorrente de reduções de custos e melhor aplicação dos recursos, e os efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado, expressos em reduções das quantidades ofertadas e preços mais elevados. Segundo o modelo, um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências alocativas superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (o chamado "custo social do monopólio").

Deve-se ressaltar que, aplicada à lei brasileira, esta abordagem desconsidera os efeitos sobre a distribuição de renda derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta - na forma da transferência compulsória de renda do consumidor para o produtor. A lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os "benefícios decorrentes sejam distribuídos

---

<sup>54</sup> Williamson, O. "Economies as an Antitrust Defense; The Welfare Tradeoffs". *American Economic Review*", v.58, março de 1968.

equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro". Desse modo, deveria ser considerado na análise não apenas os efeitos da operação sobre o total do excedente econômico ("custo social do monopólio"), mas o efeito sobre o avanço sobre o excedente do consumidor (aumento de preços).

No mesmo sentido da lei brasileira, a outra abordagem de mensuração das eficiências, denominada na literatura como "price standard", constitui-se numa variante do modelo tradicional de *trade off*. Exige, como condição para a aprovação de atos ou condutas, que estes tenham como efeito final o aumento ou no mínimo a manutenção do excedente do consumidor no mesmo patamar. Isto implica supor que mesmo com elevação de poder de mercado não poderá haver aumento de preço ao consumidor. Neste modelo, as eficiências decorrentes de uma fusão aquisição ou conduta devem ser de tal magnitude que torne improvável e desnecessário um aumento de preço.

Deve-se acentuar, no entanto, que ambos os modelos dependem para a sua aplicação de informações críveis e refinadas relativas tanto a uma quantificação precisa das eficiências, quanto a estimativas confiáveis das elasticidades-preço da demanda dos mercados envolvidos. Por outro lado, estes modelos contêm problemas metodológicos<sup>55</sup> que tornam seus resultados passíveis de questionamento, devendo-se concordar com a conclusão do Professor Mário Possas, em curso ministrado no CADE<sup>56</sup>, de que "é preciso admitir que não se dispõe na análise antitruste de um critério normativo único e inteiramente satisfatório para avaliar e ponderar benefícios e custos sociais de atos de concentração e condutas anticompetitivas; e que estamos em boa medida num terreno não isento de subjetividade".

---

<sup>55</sup> Segundo o professor Mario Possas (vide nota de rodapé nº 59), ao desconsiderar o efeito distributivo o modelo de *trade off* acaba por considerar indiferentes situações de concorrência perfeita e de monopólio com discriminação de preços perfeita, dado que em ambos os casos o excedente total é máximo, sendo apropriado inteiramente pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo caso. Além do mais esse modelo não satisfaz o critério básico do conceito de eficiência alocativa de Pareto de que as utilidades devem ser ordenáveis e comparáveis. Após realização de uma operação ou conduta, as transferências de renda entre agentes econômicos determinam o aumento ou diminuição da utilidade para produtores e consumidores impossibilitando comparações entre as duas situações.

<sup>56</sup> II Curso de Defesa da Concorrência - CADE/1999. Tópico 4.2: Análise de eficiências: aspectos econômicos e legais. Coordenação do professor Mário Possas.

Sendo assim, não posso concordar com a conclusão do parecer do Professor Possas, apresentado pela AMBEV, que apesar das dúvidas por ele mesmo levantadas, aplicou integralmente o modelo de Williamson ao presente caso. Sugere que num mercado caracterizado por uma elasticidade-preço da demanda de 1,5%, a empresa com posição dominante poderia elevar seus preços em até 25%, caso propiciasse redução de custos de apenas 4,7% (p.60). Essa modelagem permitiria não apenas aprovar a constituição da AMBEV, como colocaria em xeque o próprio benefício da prevenção antitruste, uma vez que estudos apresentados pelas Requerentes indicam reduções de custos decorrentes de grandes fusões internacionais da ordem de 3 a 4%. Essa seria, portanto, do meu ponto de vista, uma tese "Chicago-Radical", que mereceria maior reflexão. Mesmo porque, quando a chamada escola de Chicago assumiu o comando da Divisão Antitruste dos EUA, nos anos 80, não alterou significativamente o controle das estruturas do mercado, nem aprovou nenhuma operação que concentrasse significativamente mercados através da tese das eficiências. Ressalto que a redução de custos estimada pela AMBEV é da ordem de extraordinários 13%, muito acima da experiência internacional.

Cabe destacar que o disposto no inciso I do § 1º do artigo 54 trata de eficiências **suficientes** para compensar o dano à concorrência. Note-se que normalmente uma fusão ou aquisição gera "alguma" eficiência de tipo pecuniária, decorrente de redução de cargos gerenciais, duplicidade de funções, aumento do poder de barganha na negociação com fornecedores, etc. Não são estes os tipos de eficiências decisivas para justificar a aprovação de uma operação. Eficiências decorrentes de economias de escala, melhoria da qualidade do produto, economias de especialização e racionalização de operações seriam as relevantes.

No presente caso, as disparidades encontradas na quantificação das eficiências<sup>57</sup> revelam as dificuldades para o dimensionamento adequado. Em que pese o esforço realizado pela SEAE e pela SDE para conferir maior precisão à mensuração<sup>58</sup>, as eficiências apresentadas pelas Requerentes permanecem duvidosas e pouco significativas frente ao dano causado ao processo concorrencial.

---

<sup>57</sup> Segundo a SDE, por exemplo, as Requerentes apresentaram informações divergentes quanto a dados e metodologia relativos às eficiências, originando inclusive, recomendação de aplicação de multa por enganosidade e retardamento no fornecimento das informações, conforme prevê o artigo 26 da lei 8884/94.

<sup>58</sup> As Requerentes apresentaram valores totais das eficiências no intervalo de 552 a 504 milhões de reais/ano. Para a SEAE apenas R\$ 282 milhões seriam aceitáveis enquanto para SDE a quantia aceitável seria de R\$ 373 milhões.

Ademais, grande parte das eficiências são do tipo pecuniário, ou seja, não resultam da redução efetiva de custos fabris obtidos em decorrência de sinergias produtivas. Itens como unificações das administrações, renegociação da dívida da Antarctica, unificação do sistema de informática, unificação e redução de diretorias, etc., representam parcela considerável das eficiências apresentadas., que não seriam aceitáveis em outras jurisdições.

Outros itens como programa de produtividade dos distribuidores e melhores práticas administrativas decorrem da aplicação de práticas da Brahma no gerenciamento dos ativos da Antarctica. No entanto, certamente a adoção de práticas administrativas mais eficientes pela Antarctica poderia ocorrer independentemente da operação, ou seja, "poderiam ser obtidas de outra forma".

O quadro abaixo apresenta uma síntese do que seria aceitável segundo os critérios que o estudo da OCDE identificou nas principais jurisdições internacionais.

<b>Eficiências esperadas na AmBev</b>	<b>AMBEV</b>	<b>TREVISAN</b>	<b>OCDE</b>
<b>(R\$ milhões/ano)*</b>			
<b>Redução de custos fixos e mão-de-obra direta</b>	106,0	93,0	21,0
Redução de custos fixos administrativos	76,0		0,0
Melhores práticas administrativas	9,0		0,0
Custo de mão-de-obra	21,0		21,0
<b>Redução de custos fixos com fechamento de fábricas**</b>	87,0	79,6	79,6
<b>Redução dos custos de fretes com revisão da malha</b>	41,0	46,0	46,0
<i>Custos variáveis/CO2/PET</i>			
Custo variáveis	15,0	30,1	30,1
CO2	4,0	4,7	4,7
PET	16,0	20,3	20,3
<b>Unificação das administrações</b>	71,0	41,0	0,0
<b>Renegociação da dívida da Antarctica</b>	68,0	60,3	0,0
<b>Informática</b>	6,0	0,4	0,0
<b>Programa de produtividade nos distribuidores</b>	100,0	105,8	0,0
<b>Alinhamento de Preços de Matérias-Primas e Insumos</b>	15,0	15,0	0,0
<b>Repositores</b>	6,0	5,3	0,0

<b>Redução de diretores/Unificação de diretorias</b>			
Redução de diretores	1,0	1,7	0,0
Unificação de diretorias	2,0	1,1	0,0
<b>Otimização da puxada</b>	13,0	0,0	0,0
<b>Total</b>	551,5	504,3	201,7

\* Inclui reduções de custos em cervejas e demais produtos.

\*\*Já estavam previstos fechamento de fábricas obsoletas da Brahma antes mesmo da fusão.

Fonte: Requerentes

Observa-se uma brutal redução das eficiências que seriam aceitáveis, mesmo desconsiderando o fato de que elas derivam em boa parte do segmento de refrigerantes, que em função da maior concorrência do mercado, devem ser ali repassados para preços. Já o mercado de cerveja, onde a operação apresenta maior impacto e o consumidor será prejudicado, as eficiências dificilmente serão repassadas, dada a capacidade das Requerentes exercerem poder de mercado.

Como visto, não há segurança jurídica em se adotar qualquer uma das análises quantitativas das eficiências constantes dos autos. O grau de subjetividade de que se revestem todos os estudos demonstra a impossibilidade de avaliar qual deles está mais apto a comprovar o montante das eficiências. Por outro lado, como visto, recomenda a jurisprudência internacional e exige a defesa dos interesses da coletividade, a prudência na aceitação da tese das eficiências para aprovar fusões que concentram mercados de maneira tão substancial.

Dessa maneira, entendo que as eficiências alegadamente decorrentes da operação não são capazes de **compensar** devida e inequivocamente a coletividade no presente caso, diante dos elevados prejuízos que traz à concorrência no mercado de cervejas.

### **III - CONCLUSÃO SOBRE A LEGALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA AMBEV**

A análise precedente constatou inequivocamente que a operação prejudica a livre concorrência, resultando na dominação de mercados. Dessa maneira, só poderia ser aprovada se presentes os requisitos dos parágrafos 1º e

2º do artigo 54. No presente caso não verifico a existência de nenhuma das condições permissivas da aprovação da operação.

Em relação ao inciso I do §1º, a análise acima demonstrou que a operação em tela não é capaz de proporcionar ganhos de produtividade, melhoria de qualidade de produto, nem gerar eficiências tecnológicas suficientes para compensar o dano à concorrência.

Quanto ao atendimento do inciso II, não há elementos que permitam visualizar uma distribuição equânime dos benefícios, ao contrário, ao aumentar substancialmente o poder de mercado das requerentes no mercado de cerveja, a operação criou condições excepcionalmente propícias ao exercício deste poder em detrimento dos consumidores - que será fatalmente utilizado, porque isso é racional. Quem tem poder dele faz uso.

Já o inciso III, que somente permite a aprovação de atos que não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, da mesma forma não é atendido. A operação acarretou substancial concentração no mercado de cerveja, configurando uma situação de quase monopólio num mercado que, conforme se verificou anteriormente, conta com elevadas barreiras à entrada. Assim, à exemplo dos consumidores, também os fornecedores e concorrentes ficarão fragilizados em suas posições, submetendo-se à vontade do quase-monopolista.

No inciso IV, § 1º do art. 54, há a previsão de que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados pela operação. Segundo as Requerentes, a operação visou dotar as empresas fusionadas das condições para enfrentar a concorrência na fase da globalização e da formação dos blocos regionais a qual representa "um desafio à sobrevivência das empresas nacionais".

Não há nenhuma evidência de que a fusão seja a única forma de enfrentar a concorrência de grupos internacionais. As *joint-ventures* realizadas pelas Requerentes com as principais cervejarias do mundo já mostraram claramente que são grandes as barreiras a serem superadas para ingressar no mercado nacional. Apesar do maior porte das empresas estrangeiras, estas não contestam o poder de mercado que Brahma e Antarctica detêm no território brasileiro, mesmo atuando separadamente.

**De fato, a redução da competição e a excessiva concentração no mercado de cerveja no Brasil é a forma menos recomendável para enfrentar a concorrência internacional. A experiência histórica já mostrou que um forte e saudável ambiente concorrencial no mercado**

**interno é o melhor estímulo para que empresas nacionais suportem e se habilitem para enfrentar a concorrência internacional.**

Deve-se ressaltar que a Brahma tem obtido relativo sucesso ao ampliar sua atuação para a Argentina e Venezuela. Isto mesmo sem optar pelas parcerias com cervejarias locais, caminho trilhado pelas principais fabricantes de cervejas do mundo, e enfrentando a concorrência no mercado interno, principalmente proveniente da Antártica.

Por fim, o § 2º do artigo 54, prevê que "também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

Como se verificou, a operação não atendeu a nenhum dos 4 incisos do §1º do artigo 54. Portanto, o § 2º já não poderia ser aplicado no presente caso. No entanto, cabe um comentário sobre este parágrafo, de forma a prevenir mal entendidos. Conforme mostrou o Parecer da Procuradoria do CADE, vários países, como Austrália, Alemanha, Nova Zelândia e Inglaterra, incluem nas suas legislações previsão para aprovação de operações por interesse público.

Em geral, as variáveis relevantes para identificar a presença do interesse público referem-se ao incremento das exportações, aumento do nível do emprego e desenvolvimento econômico em regiões menos favorecidas. O crescimento das exportações e substituição das importações somente são considerados como relevantes na análise quando associados com o incremento da eficiência no mercado doméstico.

Referência sobre a competitividade internacional foi feita numa decisão da *Monopolies and Merger Commission* da Inglaterra, em 1987, onde se aceitou como um dos efeitos benéficos da fusão entre a British Airways e a British Caledonian a consolidação da posição competitiva da British Airways para fazer frente ao poder dos "U.S. megacarriers."

Nenhuma destas situações se observa no presente caso. A probabilidade de expansão das exportações de cerveja é bastante remota. A comercialização de cerveja se dá basicamente, em todas as regiões do planeta, dentro dos espaços nacionais. Em consequência, a conquista de mercado neste setor depende de investimentos diretos, seja na forma de entrada com nova capacidade produtiva (como a Brahma fez na Argentina) ou com a aquisição de empresas já instaladas (como foi a estratégia da Brahma para ingresso na Venezuela). Outra variante são as parcerias com empresas com posição destacada nos seus respectivos mercados.

Quanto a aumentar o nível de emprego e desenvolver regiões menos favorecidas, a operação não atende a nenhuma dessas duas condições. Pelo contrário, sua concretização deve causar desemprego e não há nenhuma orientação para investir em regiões com reduzido desenvolvimento econômico, pois apresentam baixo consumo de cerveja.

O argumento de que a operação permitiria ao guaraná Antarctica tornar-se um competidor global, freqüentemente utilizado pelas Requerentes sem a devida profundidade e seriedade, precisaria sair do nível da propaganda na mídia e da tentativa de estimular um nacionalismo ultrapassado, entrando no terreno da argumentação séria. Nesse sentido, também precisaria ser demonstrado porque a Antarctica jamais conseguiu fazer isso sozinha, desprezando durante tantos anos essa verdadeira mina de ouro.

Finalmente outro argumento, sempre lembrado, considera que a presente operação garantiria o controle da Antarctica pelo capital nacional, o que implicaria ser a fusão de interesse público. Entretanto, a Constituição Federal do Brasil não estabelece distinção quanto à origem do capital. Além disso, a presente operação não poderia ser aprovada com base no parágrafo 2º do artigo 54, pois este exige que não haja prejuízos ao consumidor, o que foi devidamente demonstrado.

#### **IV. CONCLUSÃO DO VOTO**

Da cuidadosa análise dos autos conclui-se com extrema certeza que a operação limitou drasticamente a concorrência no mercado nacional de cervejas, resultando na sua dominação, na forma do artigo 54 da lei 8.884, não estando presentes os requisitos do seu parágrafo 1º.

Uma operação como esta, que concentra mercado substancialmente, só pode ser aprovada se as barreiras à entrada de novos concorrentes forem reduzidas, ou os clientes tiverem suficiente poder de barganha, ou se as elasticidades da demanda forem altas, ou se houver qualquer outro fator estrutural no mercado afetado que impeça o exercício do poder de mercado - e não há como supor que o detentor do poder de mercado deixará de exercê-lo, se não houver condições estruturais que o impeça. Também pode ser aprovada se sua implementação trouxer ganhos inerentes à operação, *que compensem* o prejuízo causado à coletividade.

Sem essas condições, não pode ser aprovada. Aprová-la seria descumprir a lei e representaria uma omissão da autoridade diante do dever de proteger a coletividade de atos ilegais. E não há dúvidas de que uma

operação que eleva o poder econômico e permite ou facilita o exercício do poder de mercado é ilegal perante a lei 8.884. Também ressalto que intervenções parciais - que não determinam a desconstituição do ato - só podem ser implementadas se ficar inequivocamente demonstrado que as condições da concorrência após a intervenção serão mantidas pelo menos no mesmo nível que ficariam se fosse determinada sua desconstituição. Se assim não for, também estará o aplicador da lei indevidamente abrindo mão do seu dever de garantir o direito da coletividade, agindo na defesa do interesse particular.

As Requerentes insistem nas sinergias e economias de escala e escopo do negócio de bebidas como um todo. Se pelo lado da demanda isso não autoriza a definição do mercado como de bebidas em geral, pelo lado da oferta é evidente que há sinergias, o que não recomenda a separação do negócio. De fato, ao determinar a separação dos negócios de cerveja e demais bebidas, por um lado ficam reduzidas as chances de uma eventual transferência de controle acionário da Antarctica para outro comprador, caso seja do interesse dos seus acionistas, e por outro lado fragiliza a posição competitiva da empresa produtora apenas de cerveja, o que também teria efeitos negativos sobre a concorrência nesse mercado.

Deve-se ressaltar que nos mercados de cerveja e refrigerantes a competição se dá essencialmente via diferenciação de produtos e fixação de marca, por meio de elevados gastos em propaganda e marketing, o que torna inviável o compartilhamento de marcas entre concorrentes (por exemplo, guaraná Antarctica sendo vendido por uma empresa e cerveja Antarctica por outra). Assim, a venda parcial de ativos da marca Brahma ou Antarctica pode provocar alterações nos mercados de cerveja e refrigerantes de difícil previsão. Por outro lado, as demais alternativas (como a venda da marca Bavaria, por exemplo) são inaceitáveis por não repor a concorrência num nível socialmente aceitável.

Assim sendo, determino, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884, a desconstituição dos atos pertinentes à fusão da Companhia Cervejaria Brahma com a Antarctica Paulista-Indústria de Bebidas e Conexos, referentes à constituição da AMBEV. Sendo este o único instrumento eficaz para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica e atingir o objetivo de interesse público definido na Lei. As Requerentes deverão, no prazo máximo de 30 dias após a publicação dessa decisão, demonstrar ao CADE as medidas já adotadas para fazer cumprir a decisão, que deverá ser completamente implementada em no máximo 90 dias após a publicação dessa decisão. Em caso de descumprimento dessa decisão, determino o pagamento por parte das

Requerentes de multa diária de 100 mil UFIR, na forma do artigo 25 da Lei 8.884.

É o meu voto.

Brasília, 29 de março de 2000

RUY SANTACRUZ

Conselheiro do CADE