

## **VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY <sup>1</sup>**

### **I - INTRODUÇÃO**

Como já relatado pela i. Conselheira-Relatora, as requerentes, controladoras das empresas adiante indicadas pleiteiam, em atendimento ao art. 54 da Lei nº 8.884/94, autorização para o agrupamento de suas controladas, Cia Antartica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (“Antartica”) e Companhia Cervejaria Brahma (“Brahma”), numa nova empresa denominada Companhia de Bebidas das Américas - AmBev.

As duas empresas agrupadas, são, ambas, de nacionalidade brasileira, de capital aberto, e atuam na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas e sucos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja.

Conforme consta do parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, a operação envolveu ativos totais no valor de R\$ 8,1 bilhões, em 1998, ano em que as duas empresas juntas teriam vendido 64 milhões de hectolitros de cerveja e 25 milhões de hectolitros de refrigerantes, resultados que a colocariam como a terceira maior empresa de bebidas do mundo.

### **II - CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO CONDUZIDO PELA SEAE/MF, SDE/MJ, PROCURADORIA DO CADE E PELA I. CONSELHEIRA-RELATORA**

A SDE/MJ, dentro da sua competência legal (Art. 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884/94), instaurou e instruiu o procedimento de controle do ato de concentração econômica representado pelo agrupamento societário das empresas das requerentes, tal como estabelecido pela lei de defesa da concorrência supracitada.

Conforme consta dos relatórios que acompanham os pareceres dos órgãos competentes (SEAE/MF, SDE/MJ), tendo sido dada a publicidade exigida no sistema jurídico nacional para os processos administrativos, o que foi feito por meio do Diário Oficial da União, ocorreram manifestações espontâneas dos diversos segmentos da sociedade.

---

<sup>1</sup> Colaborou o Gestor Governamental Valdomiro J. Almeida

Grande parte dos consumidores e sindicatos de varejistas que se manifestaram nos autos foram contrários à operação, por temerem a formação de um “*monopólio*” nos mercados envolvidos, práticas de venda casada e controle dos preços por parte da AmBev.

As entidades representativas dos distribuidores Antarctica, Brahma e Skol disseram-se favoráveis à operação, desde que preservada a independência das redes de distribuição de cada marca.

Os Sindicatos de empregados se posicionaram contrários à operação por entenderem que a mesma traria grande número de demissões de trabalhadores. Quatro concorrentes se manifestaram, três de forma neutra e um, radicalmente contrário ao ato.

Manifestou a Câmara dos Deputados, por intermédio da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias e também a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB, esta questionando sobre o futuro do mercado nacional de cevada.

Empresas do ramo de auto-serviço (supermercados Pão de Açúcar e Carrefour) não apresentaram objeções à operação. A Associação Brasileira de Supermercados não soube avaliar eventuais efeitos anticompetitivos sobre o mercado (p. 9, item 26, parecer SDE).

A SDE, como também a i. Conselheira-Relatora, promoveram audiências públicas, reuniões, diligências, tudo com o intento de colher no mercado o máximo de informações para instruir o processo e possibilitar a análise, da melhor forma, dos efeitos desse agrupamento societário nos mercados envolvidos.

As diversas audiências públicas possibilitaram a participação de todos os interessados no desfecho da fusão: trabalhadores, fornecedores, distribuidores, concorrentes, consumidores, todos enfim, puderam participar ativamente do trabalho, colaborando com os órgãos de defesa da concorrência para uma boa análise dos efeitos desta operação no mercado.

Talvez tenha sido, Senhor Presidente, a instrução deste processo, a mais democrática e participativa da história do CADE. Pode-se dizer, também, que foi uma demonstração concreta de como a condução dos processos na Administração Pública pode ser transparente, aberta à participação, ao contraditório, sem perda, contudo, do respeito ao devido processo legal. Garante-se, assim, a isenção e a imparcialidade que deve ter o agente público, com vistas a um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaem sobre a população. Com efeito, essa é a prática moderna do Direito Administrativo, em que ao Poder Público impende

dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive para o correto desempenho da função administrativa.<sup>2</sup>

Assim, não só as requerentes como outros interessados puderam carrear aos autos suas opiniões, conhecimentos técnicos, dados etc, incluindo pareceres de especialistas na matéria, que foram contratados para opinar sobre as questões mais polêmicas, tais como delimitação dos mercados relevantes da operação, padrão de concorrência, rivalidade entre marcas, condições de entrada, ganhos de eficiências e riscos anticoncorrenciais da operação no mercado brasileiro de cervejas.

Os principais pontos que foram objetos das análises e conclusões dos pareceres dos três órgãos que opinaram sobre a operação nos autos (SDE/MJ, SEAE/MF e Procuradoria do CADE), serão a seguir brevemente considerados, ao mesmo tempo em que manifestarei minha posição sobre aqueles pontos mais polêmicos. As posições sobre cada ponto, obviamente, dão suporte às minhas razões de decidir.

Os mercados relevantes de produto (e suas respectivas dimensões geográficas) que mereceram análises daqueles órgãos foram (i) **águas** (mineral e mineralizada) engarrafadas, nos estados de São Paulo, Bahia e Paraná; (ii) **cervejas**, em cinco mercados regionais que cobrem todo e exclusivamente o território brasileiro; e, (iii) **refrigerantes carbonatados**, também em cinco mercados regionais que alcançam todo o território nacional. Ressalte-se que nos mercados de **chás, sucos e isotônicos** não ocorreram nenhuma concentração horizontal, dado que não eram produzidos simultaneamente pelas duas empresas agrupadas. O mercado de **malte** também não foi objeto de análise por parte daqueles órgãos, pelo motivo de que tanto Brahma quanto Antarctica só produzem o produto para uso próprio.

A SEAE, seguindo o método tradicional da análise antitruste, para definir a dimensão produto do mercado relevante, no caso de cerveja, procurou levar em consideração o grau de substituíbilidade existente, da ótica do consumidor, entre: (i) cerveja e outras bebidas alcoólicas; (ii) cerveja e bebidas não alcoólicas; (iii) diferentes tipos de cerveja; e (iv) diferentes

---

<sup>2</sup> Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro**. Revista da OAB. Ano XXVII, nº.., Janeiro/Junho de 1997, p. 3.

categorias de cerveja. Assim, seguindo a jurisprudência recente nacional<sup>3</sup> e internacional<sup>4</sup>, a SEAE define a indústria de cerveja como um único mercado.

Tanto a SEAE quanto a SDE rejeitaram categoricamente a definição do ‘mercado de bebidas’ como um *cluster market* como proposto pelas requerentes por considerá-lo inadequado para o caso, contra-argumentando exaustivamente.

Dos mercados relevantes analisados verificou-se que no caso da água engarrafada a alteração do grau de concentração foi insignificante, dado que as próprias participações das duas empresas eram muito baixas, 1,03% e 0,05% para Brahma e Antarctica, respectivamente. A soma dessas participações, 1,08%, está situada abaixo do percentual mínimo que a lei nº 8.884/94 (§ 3º do art. 20) presume como posição dominante, não sendo, portanto, suficientemente alto para viabilizar o exercício abusivo de poder de mercado pela nova empresa.

Quanto ao mercado de refrigerantes, apesar de a concentração não ser desprezível, superando o patamar de 20% de participação nesse mercado, tanto a SDE quanto a SEAE consideraram a operação pró-competitiva, uma vez que aumentaria os recursos das requerentes para competir com a Coca-Cola, o maior concorrente no mercado relevante, concluindo, também que o abuso do poder de mercado pela AmBev não seria provável.

No que se refere ao mercado relevante de cervejas, ao qual dedico o restante deste voto, a operação implicou maior alteração no grau de concentração, razão pela qual, tanto a SEAE quanto a SDE, diferentemente dos outros mercados relevantes, recomendou a aprovação da operação, desde que fosse alienado um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes (Skol, Brahma ou Antarctica).

### III - DO MERCADO RELEVANTE DE CERVEJAS

Adoto a definição de mercado relevante na dimensão produto como sendo o de *cervejas*, por entender ser essa a mais correta, tal como definido pela SEAE e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ, e acatado também pela Procuradoria do CADE.

---

<sup>3</sup> Decisões do CADE nos atos de concentração 58/95 (Brahma/Miller) e 83/94 (Antarctica e Anheuser Busch).

<sup>4</sup> Decisões recentes da Comissão Européia, em especial a do caso Interbrew e Carlsberg.

Apesar dos pareceres assinados por autores de notório conhecimento,<sup>5</sup> endossando a razoabilidade da definição do *mercado de bebidas* como um mercado agrupado, incluindo cervejas e outras bebidas como refrigerantes etc. (*cluster market*), não acolho esse método por considerá-lo menos rigoroso e menos compatível com a realidade do que o método do monopolista hipotético centrado na ótica do consumidor.

Quanto à definição do mercado relevante geográfico, acolho também a delimitação feita pela SEAE/MF, com as mudanças introduzidas pela SDE/MJ, definindo cinco mercados regionais, a seguir listados, com os respectivos estados:

- Mercado 1: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná;
- Mercado 2: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás e Distrito Federal;
- Mercado 3: Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;
- Mercado 4: Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio G. do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Tocantins e Amapá; e
- Mercado 5: Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

Não posso deixar de mencionar a iniciativa louvável da SEAE/MF na inovação introduzida na delimitação do mercado relevante geográfico de cerveja, como também o preparo demonstrado pela SDE/MJ, aperfeiçoando o resultado do trabalho vindo da SEAE, apesar das críticas a que estão sempre sujeitos, inclusive minhas próprias.

Por exemplo, suponho que o mercado 1 teria que, forçosamente, ser mais amplo, para incluir parte dos países limítrofes ao Brasil, ligados ao Mercosul, dado que, tanto a Brahma tem fábrica na Argentina, p. ex., quanto cervejarias daquele país vendem cervejas na Região Sul do Brasil.

Com efeito esse procedimento é avalizado por Calixto Salomão Filho, que esclarece que, “ ... *sem desconsiderar o dado concreto da existência de importações [e exportações, certamente] (essa teoria) permite fazer análise realista da evolução da participação do mercado externo no*

---

<sup>5</sup> Dr.ºs Mario Luis Possas, Manoel Gonçalves F. Filho, Calixto Salomão Filho, Elizabeth M. Q. Farina, Luciano Coutinho outros.

*futuro*”. E acrescenta: “... *não é necessário (...) que o mercado comum esteja perfeitamente conformado*”.<sup>6</sup>

Sendo plausível o que disse acima, se esse cuidado tivesse sido tomado, provavelmente, pelo menos, nesse mercado, o mercado 1, o *market share* das requerentes teria sido menor, porque novos participantes seriam admitidos e incorporados na análise da dinâmica concorrencial naquela região do Mercosul.

### III.1 A Indústria da Cerveja<sup>7</sup>

O negócio de cerveja caminha em duas direções opostas. Uma é a da produção e consumo em massa, onde economias de escala na produção e promoção são fatores de peso. A outra é o surgimento das microcervejarias.

Mas se a concentração da produção em grandes fábricas - como é a tendência - reduz o custo unitário, o fato de a cerveja ter um preço baixo em relação ao peso encarece o custo da distribuição e transporte, o que leva à direção oposta: manter a produção próxima dos locais de consumo.

Esse conflito entre custo da produção/promoção e custo de transporte explica o elevado número de fábricas de cerveja nos países consumidores, pertençam elas à mesma empresa ou a companhias concorrentes. Também ajuda a explicar a regionalização do negócio, onde são comuns as marcas locais.

Isto é mais fácil de observar na Europa, onde o número de produtores regionais por tradição é elevado, apesar da tendência recente à concentração.

Deve-se observar que embora haja uma tendência mundial à concentração, o negócio de cerveja também facilita a formação de pequenos empreendimentos locais como as microcervejarias. Essa é uma tendência de crescimento nos diversos países, incluindo o Brasil, onde essa onda já chegou a 24 cidades brasileiras com cerca de 20 microcervejarias. Em alguns casos, as

---

<sup>6</sup> FILHO, Calixto S., *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 119.

<sup>7</sup> A análise deste tópico baseia-se no Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, *Análise Setorial - A Indústria da Cerveja* - Maio de 1997.

pequenas empresas se associam às grandes, em troca de uma participação minoritária no capital, que as ajudam nas operações de distribuição.<sup>8</sup>

Quanto ao Brasil, contudo, como de resto na América Latina, a estrutura da indústria cervejeira deverá permanecer oligopolizada, segundo as análises, pois são necessários elevados investimentos em *marketing* para garantir a participação no mercado, só acessíveis às grandes empresas.<sup>9</sup>

Essa avaliação é confirmada mais recentemente por **FAGUNDES & MELLO**, para quem esse mercado “... era caracterizado, na época da operação [*Brahma/Miller*], por uma estrutura oligopolística, com elevadas barreiras à entrada, sobretudo no âmbito da diferenciação de produtos por meio de marcas e do controle sobre canais de distribuição, mas que apresentava indícios de intensa rivalidade entre as empresas, manifestada em investimentos em expansão e modernização da capacidade produtiva e estratégias agressivas de propaganda e ‘marketing’”.<sup>10</sup>

A análise da SEAE partiu do segmento de cervejas de embalagens retornáveis no mercado frio, nos cinco mercados regionais acima indicados (p. 18, item 64 do Parecer). A SEAE justifica sua opção por “*ser esse o produto “modal” da indústria de cerveja no Brasil*”.<sup>11</sup>

Tenho já nesse ponto, alguma reserva com relação à opção adotada pela SEAE que, como atacado pelas requerentes, além de não ser um conceito antitruste, não tem também o peso que lhe foi atribuído para daí extrair as conclusões.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Revista Época, 11 Jan. 1999 “Cerveja direto do barril”, p. 104/105. No mercado americano são consideradas microcervejarias aquelas com capacidade de produção de até 17 mil litros/ano.

<sup>9</sup> BNDES SETORIAL nº 4, Set./96, p. 17; PANORAMA SETORIAL Gazeta Mercantil, A Indústria da Cerveja, Maio de 1997, p. 13

<sup>10</sup> FAGUNDES, Jorge & Mello, M. T. L., “**Estudo de Caso: O Ato de Concentração Brahma-Miller**”, s/d, s/l, mimeo., p. 2.

<sup>11</sup> A SEAE chegou a essa conclusão levando em consideração: (i) a baixa elasticidade-cruzada entre cervejas e outras bebidas alcoólicas e não alcoólicas; (ii) a alta elasticidade-cruzada entre as diversas cervejas de diferentes tipos; (iv) a irrelevância para os resultados da análise, de uma eventual segmentação do mercado por categorias; e (v) as considerações acerca das preferências dos consumidores em relação a tipos de embalagem e de consumo (item 54 do Parecer).

<sup>12</sup> Parecer apresentado pela AmBev de autoria do Prof. Mario Luiz Possas, datado de 12.12.99, revisto e atualizado em 07.02.2000. O Parecer mostra com dados da AC Nielsen que o produto “cerveja retornável a frio” alcança pouco mais de 45%, e não 74% como calculou a SEAE.

A SDE também entende que o mercado relevante, em sua dimensão produto, é o **mercado de cervejas**, ressaltando, todavia, que a segmentação por canais (bar, tradicional e auto-serviço), tendo em vista as diferenças nas condições de oferta e demanda, será levada em conta, sempre que considerar tal distinção importante para a análise.<sup>13</sup>

No que se refere à delimitação geográfica do mercado relevante de cerveja, a SDE rejeita integralmente a proposta das requerentes, e adota a configuração de mercado relevante feita pela SEAE com pequenas alterações, ou seja cinco mercados regionais.

Quanto aos estudos econométricos acostados aos autos, que visaram verificar o comportamento do consumidor diante do preço (elasticidades da demanda), extraiu-se deles, não sem as devidas ressalvas metodológicas, algumas inferências a seguir comentadas.

Com base nesses estudos, a SEAE concluiu que seria possível a Kaiser competir com as marcas da AmBev no segmento de latas, mas não no segmento de garrafas, o que seria válido para a Schincariol.<sup>14</sup> Nesse ponto residiria a consequência do fim da rivalidade entre as marcas: o consumidor, que antes considerava a Antarctica como uma rival da Brahma (e vice-versa), poderia, em caso de aumento de preço de uma delas, passar a consumir a outra, desestimulando aumentos de preço por parte dos fabricantes. Estando as duas sob o mesmo comando, seria possível à AmBev, aumentar o preço de uma marca, pois o desvio de consumo para a outra marca não traria perda de receita para a Companhia.

As requerentes criticam<sup>15</sup> afirmando que é incoerente a forma como o parecer utiliza os dados do referido estudo econométrico, porque se as estimativas de elasticidade da demanda indicam a substituíbilidade da Antarctica pela Brahma, mas *não* o inverso, então não é possível sustentar a premissa de que esses produtos são bons substitutos entre si.

Em segundo lugar as requerentes argumentam que não foi feita uma análise sistemática dos aspectos estratégicos envolvidos para sustentar a

---

<sup>13</sup> A SDE observa que esse padrão de análise está respaldado em recentes decisões da Comissão Européia sobre o setor de bebidas, nas quais a segmentação por canais de consumo foi feita no corpo da análise desenvolvida (item 97 do Parecer).

<sup>14</sup> Estudo de Issler e Rezende (Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro - aproximadamente 57% do consumo do país; Kaiser lidera o mercado no Estado de SP).

<sup>15</sup> Idem nota 12.

conclusão acima, na forma taxativa em que foi apresentada no parecer. A hipótese de que possa interessar a uma empresa líder de mercado, detentora do principal portfólio de marcas no mercado, explorar a eventual substituíbilidade entre elas para aumentar preços, segundo as requerentes, não pode ser assumida sem uma avaliação mais rigorosa da relação custo-benefício desse tipo de estratégia “auto-predatória”, ou seja, um balanço, entre os ganhos e as perdas envolvidas. Certamente haverá perdas potenciais significativas em correr o risco de sacrificar a posição ocupada por uma dada marca, tradicional e consolidada, na preferência do consumidor, com o intuito de captar um arriscado ganho líquido de rentabilidade - porque dependerá de uma avaliação mais precisa da elasticidade cruzada entre todas as marcas, e não apenas entre as que a SEAE considera substitutas. E o que é pior, alegam as requerentes, correndo o risco de o consumidor, tendo identificado esse comportamento, considerá-lo oportunista, superar o “switching cost” e mudar sua preferência.

Outra conclusão do estudo é que **há substituição de marcas AmBev por marcas não-AmBev.**

A SDE desqualificou os estudos econométricos realizados, entendendo que o fenômeno da multicolinearidade, somado às dificuldades de encontrar uma variável que representasse a barreira “distribuição” denotam a fragilidade dos resultados que qualquer estudo econométrico sobre as elasticidades-cruzadas da demanda no mercado brasileiro de cervejas apresentaria<sup>16</sup> Assim, todos os estudos econométricos trazidos aos autos seriam insuficientes para explicar, de forma conclusiva, a dinâmica do mercado de cervejas, razão pela qual, outras variáveis que não a elasticidade-cruzada da demanda deveriam ser analisadas para que se chegasse a conclusões mais seguras.<sup>17</sup>

Passou-se, então, ao estudo das barreiras à entrada. As seguintes barreiras à entrada no mercado de cerveja são identificadas pela SDE:<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Multicolinearidade em econometria significa alta correlação entre as variáveis explicativas de um modelo. Ocorre quando as variáveis explicativas de uma regressão não são independentes entre si, ou seja, torna-se impossível separar os efeitos das variáveis colineares, o que prejudica o grau de confiabilidade da regressão estimada.

<sup>17</sup> A SDE explica que os métodos são utilizados para explicar uma determinada realidade. Na medida em que essa realidade é flagrantemente mais complexa que os modelos propostos, a aplicação de seus resultados fica prejudicada (nota de rodapé nº 75 do Parecer).

<sup>18</sup> Reproduzindo o conceito registrado no Parecer da SDE, barreiras à entrada são limites naturais ou artificiais ao acesso, por parte de novos concorrentes, a um

economias de escala, capacidade ociosa<sup>19</sup>, investimentos necessários à fabricação e lançamento de produtos<sup>20</sup>, propaganda e fixação de marca, e distribuição.

A SDE conclui, então, que, dadas as elevadas barreiras existentes, a entrada de um novo concorrente efetivo, “*não se afigura possível*” e, em tempo razoável (item 316 do Parecer).

Na minha maneira de ver, entretanto, essa conclusão não pode ser tão taxativa, e alguns comentários merecem ser feitos.

Quanto ao investimento inicial, p. ex., terá que ser levada em conta, a possibilidade de contratos de *joint venture* e de fabricação sob encomenda que sempre podem ser feitos por aquelas empresas cuja capacidade esteja esgotada, como por exemplo, o que já existe entre a Cerpa e a Antartica. Também, o próprio CADE pode atuar nessa barreira, determinando no bojo de um Compromisso de Desempenho que a empresa agrupada ofereça capacidade de fabricação e envasamento para aquelas que tiverem interesse, no caso daquelas empresas menores já estabelecidas nos mercados regionais.

A me apoiar, conto com o respeitável Prof. Calixto Salomão F<sup>o</sup>, (Ob. Cit.) que apesar de chamar a atenção para o nível alto das taxas de juros da economia brasileira, afirma que “... *na existência de um mercado financeiro,*

---

determinado mercado relevante. A identificação desses limites na análise antitruste é de fundamental importância na aferição das possibilidades de contestação à posição dominante exercida pelos agentes econômicos atuantes em um mercado. A possibilidade de contestação de uma posição dominante reduz seus possíveis efeitos prejudiciais ao consumidor.

Na avaliação da extensão das barreiras à entrada, duas variáveis devem ser levadas em conta: uma variável temporal e uma variável qualitativa, esta última se relacionando com as características do novo entrante quanto à capacidade de concorrer efetivamente com as incumbentes em termos de quantidades e preços dos produtos ofertados a níveis competitivos.

<sup>19</sup>As requerentes possuem uma capacidade produtiva total de 89,4 milhões de hl/ano, superior ao volume total da demanda brasileira, em 1998, que foi de cerca de 82,0 milhões de hl.

<sup>20</sup>R\$ 180.000.000 para uma capacidade produtiva anual de 3.000.000 hl. A SDE considera que essa escala mínima indicada pelas requerentes seria suficiente apenas para se inserir e manter uma pequena marca na franja do mercado, e que essa escala, contudo, não teria maior impacto sobre a dinâmica concorrencial do mercado relevante em exame.

*esse requisito não constitui um real obstáculo.*” Lembre-se, ainda, as linhas de financiamento do BNDES.

Outra objeção que tenho à conclusão acima é que não se considerou a possibilidade de superação dessas barreiras pelo melhor exemplo de sucesso nesse mercado nos últimos anos, como é o caso da Schincariol, superando inclusive, a barreira da distribuição e *marketing*.

Ademais, a possibilidade de crescimento das cerca de 20 *pequenas* empresas já instaladas nos mercados regionais, não pode ser simplesmente descartada, até porque várias delas tem projetos, embora modestos, de aumentarem suas capacidades instaladas.<sup>21</sup> Considero razoável o argumento exposto em parecer apresentado pelas requerentes, de que *nos níveis inferiores do espectro de marcas (o chamado low end), ficou claro (...) que é possível a entrada de um novo concorrente em âmbito quase (embora não inteiramente) nacional...*<sup>22</sup>

Concordo, portanto, que no chamado segmento *low end* a estratégia pode ser centrada quase exclusivamente em preços, até como um primeiro passo para a fixação da marca, e considero isso suficiente para constranger de alguma forma as líderes do mercado.

Depois da análise das barreiras à entrada, a SDE chega à conclusão que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da AmBev, nos canais tradicional e bar, é bastante elevada.

Todavia, a SDE reconhece que a mera constatação da *possibilidade de exercício de poder de mercado*, pela empresa concentrada, não leva necessariamente à *reprovação da operação* no sistema legal brasileiro. Passa, então, à análise das *eficiências* passíveis de serem conseguidas pela operação em face dos requisitos do **§ 1º do art. 54 da Lei 8.884/94**, para afinal, contrapô-los aos potenciais *prejuízos* ao mercado por ela ‘estimados’ e avaliar os *efeitos líquidos* da operação.

Depois de analisar a viabilidade e a consistência de cada item de eficiência apresentado pelas requerentes, a SDE admite como ganho proporcionado pela concentração um montante correspondente a 6,12% do custo total das empresas, ou R\$373,2 milhões.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Alguns exemplos: Cerpa, Belco, Cintra, Malta e Krill, entre outras.

<sup>22</sup> Idem nota 12.

<sup>23</sup> O Custo total estimado em 1998 foi de R\$6.095,0 milhões. O valor da ganhos em eficiências alegado pelas requerentes foi de 9,16% do custo total, aproximadamente R\$558,2 milhões.

**O Parecer, então, conclui que a operação gera melhorias de produtividade (e eficiência) e considera, portanto, atendido o inciso I do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94 (as “eficiências”).**

Esse entendimento da SDE é compartilhado pela equipe de Procuradores-Autárquicos do CADE, que também afirmam, ser a operação, capaz de gerar eficiências, especialmente nas áreas industrial e comercial, ressaltando porém, que “*tais não são capazes de justificar plenamente ou compensar os danos*” causados ao mercado. Ressalte-se que, nesse ponto, o parecer da referida equipe de procuradores não foi adotado pelo i. Procurador-Geral do CADE que, em seu despacho, sugere a aprovação da operação com restrições, pois entende que “*não há nos autos estimativa de dano causado ao mercado*”.

A SDE passa então à avaliação da possibilidade de cumprimento do **inciso II do § 1º do mesmo art. 54** da Lei, ou seja, a **distribuição equitativa entre as requerentes e os consumidores dos benefícios advindos da fusão.**

Nesse ponto, a SDE registra que “[E]m algumas situações, quando as empresas têm suficiente poder de mercado, eventualmente, é possível ao produtor, praticando uma discriminação de preços de primeiro grau, tentar capturar todo o excedente do consumidor.” (item 522 do Parecer).<sup>24</sup>

A SDE, então, conclui que *não há qualquer indício* de que a *distribuição dos benefícios* seja equânime, e que não é possível considerar que a operação em apreço preencha o requisito do inc. II do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94.

*Data venia*, discordo desta conclusão peremptória da r. SDE, por entender que a concorrência no mercado de cervejas pode se dar, também, via preços, o que faz com que a AmBev, se quiser manter sua participação de mercado, repasse aos consumidores parte dos benefícios que auferir.

A SDE argumenta que a análise das elasticidades não permite concluir que a competição *se dá primordialmente em torno de preços*. Ora, em outra parte, a própria SDE reconhece que ***o preço é importante***, embora

---

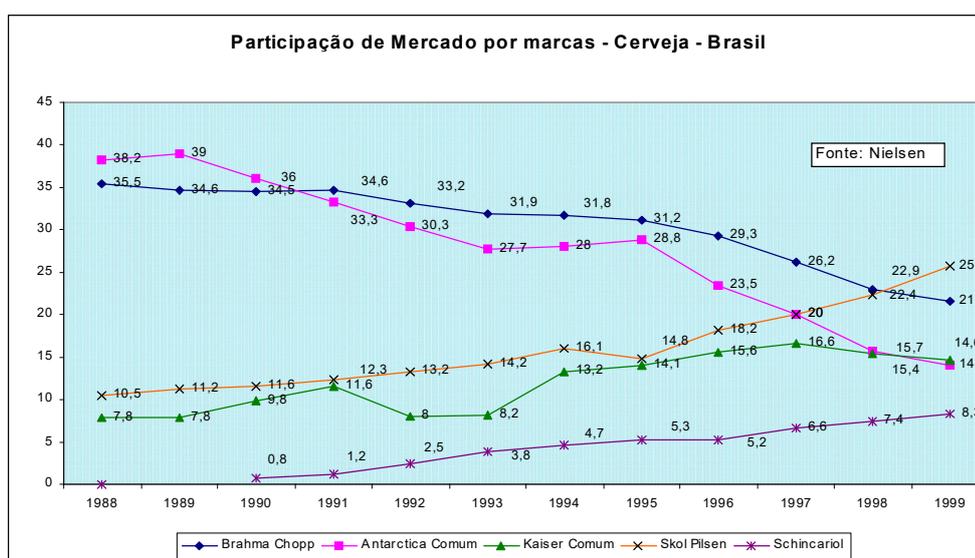
<sup>24</sup>A SDE aponta que essa já é uma prática característica do setor de cerveja, por causa da natureza do mecanismo de formação de preços desse setor, ou seja, o preço é construído “de trás para frente”, do ponto final da cadeia de produção/distribuição/venda até chegar à fábrica. Para a SDE não há relação necessária entre o preço-fábrica e o custo de produção. A SDE, no entanto, ressalva que essa prática só não se completa perfeitamente pela existência dos distribuidores independentes (adegueiros ou multimarcas) e dos supermercados (item 536, pág. 176 do Parecer).

não podendo deixar-se de lado, *outros fatores*, entre os quais, a marca (item 526, letra “c”, pág. 168 do Parecer). Convém, ademais, lembrar que a teoria microeconômica sempre trabalhou com a hipótese de que o preço é um dos apelos mais eloqüentes para a decisão do consumidor, especialmente quando se considera que grande parte dos consumidores no Brasil estão nas classes C e D. Então, não se pode dizer que “*não há qualquer indício*” de que os benefícios não sejam repartidos.

Acho bastante razoável o argumento cauteloso contido em parecer acostado aos autos pelas requerentes de que a presença de faixas distintas de preços no mercado de cerveja (muito explorado nos pareceres oficiais dos órgãos participantes da instrução), não implica:

- (i) que não haja qualquer grau de rivalidade e de concorrência em preços entre as marcas situadas em diferentes segmentos; e
- (ii) que eles sejam estanques, isto é que não haja qualquer possibilidade de migração, seja dos consumidores, seja das marcas.

É preciso levar em consideração que as duas marcas líderes tradicionais, Antártica e Brahma, tem perdido *market share* continuamente, enquanto é expressiva a ascensão das participações de mercado das marcas que adotam a estratégia de preços, como se pode ver pelo gráfico abaixo:



Os dados do gráfico acima indicam que é plausível esperar que a *distribuição dos benefícios via preços* estabelecida no inc. II, § 1º, do art. 54 da lei, será atendida.

Para garantir essa condição, entretanto, considero, necessário que este e. Plenário **defina**, consoante o art. 58 da Lei 8.884/94, combinado com o art. 54, § 9º, do mesmo diploma legal, um Compromisso de Desempenho a ser assinado pelas requerentes, para o qual pretendo dar alguma contribuição no final deste voto, de tal forma que se assegure o atendimento, não só desta, mas, também de **todas** as outras três condições requeridas e enumeradas nos incisos I, III e IV do parágrafo 1º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Continuo com minhas observações sobre os principais fundamentos nos quais baseio minha convicção.

A SDE também considera não atendido o inc. III do § 1º do art. 54 da lei brasileira de defesa da concorrência, que é **não implicar em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante**.

Da experiência da análise antitruste já acumulada, no Brasil e em outros países, algumas lições puderam ser colhidas: - uma delas é que os índices Herfindahl são úteis apenas para definir “portos seguros”, onde nenhuma intervenção do órgão antitruste é necessária. Isso quer dizer, que mesmo com um índice Herfindahl muito alto, efeitos anticompetitivos podem não ocorrer.<sup>25</sup>

Embora existam barreiras tidas como elevadas, o segmento de auto-serviço demonstra que todas as empresas, pequenas e grandes, têm espaço para competir pela preferência do consumidor, inclusive as marcas pouco conhecidas. Nesse segmento de venda a distribuição não chega a ser barreira à entrada, pois todas podem distribuir seus produtos diretamente às redes de varejo, isto é, os supermercados.

Por outro lado, também, no canal tradicional de venda, onde se detectou que as barreiras são mais elevadas, a Schincariol pode ser vista como um exemplo de que essas barreiras não são intransponíveis, chegando a ter maior participação nesse canal do que no auto-serviço (item 361/2 do parecer da SDE).

Os diversos exemplos de pequenas cervejarias, com presenças regionais que projetaram aumentos de capacidade instalada, somados a novos

---

<sup>25</sup> COATE, M. B. & RODRIGUEZ, A. E., **The Economic Analysis of Mergers**. Center for Trade & Commercial Diplomacy. Monterey Institute of International Studies. Monterey, California. March 1997, p. ix.

potenciais entrantes, que podem originar-se até da pequena indústria de refrigerantes, demonstram um vigoroso movimento intra-mercado, que juntamente, e numa perspectiva dinâmica não podem ser desconsiderados.

Da mesma forma que a equipe de Procuradores-Autárquicos do CADE afirma “... *que a operação leva a um verdadeiro aniquilamento da competição no setor cervejeiro* ...” cito manifestação do gerente nacional de vendas da Schincariol, segundo o qual, em suas próprias palavras:

“... *nosso crescimento vem de nossa alta produtividade. Só trabalhamos com equipamentos de última geração* ...”.

segundo ele,

“... *a Schincariol quer aproveitar a confusão em torno da criação da AmBev para crescer ainda mais* ...”.

e,

“... *nas fusões, há guerra de vaidades e disputas entre executivos. É uma boa oportunidade para a Schincariol crescer*”.<sup>26</sup>

Por último, a SDE avalia o atendimento da quarta exigência da Lei 8.884/94 para que sejam aprovadas as concentrações com potencial de risco para a livre concorrência no mercado, que é a **observância (ou não superação) dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados** (inc. IV, § 1º, do art. 54).

A SDE lembra que o objetivo declarado pelas requerentes é o de tornar-se uma companhia competitiva em níveis internacionais.

A SDE ainda complementa que o propósito declarado das requerentes é pouco plausível e, na (...) medida em que pode ser concretizado, isso poderia se dar independentemente da concentração, donde conclui, então, que “*a operação vai além dos limites necessários para os objetivos visados*” (item 560 do Parecer).

Com a devida *venia* e, discordando, mais uma vez, da d. SDE, entendo como plausíveis as justificativas de que a fusão fortalece a estrutura financeira da nova empresa, e que, somente mediante a reunião dos ativos das requerentes nessa nova empresa, poderão ser geradas as sinergias necessárias para que o novo agente possa tornar-se competitivo no mercado global e de intensa rivalidade.

---

<sup>26</sup> Entrevista do Sr. Francisco Martins ao Jornal Folha de São Paulo de 29.11.99, pág. 3-4.

Tornar-se um competidor global, tanto no mercado externo quanto no interno, é uma exigência dos novos tempos e significa disputar em pé de igualdade, com grandes *players*, as preferências do consumidor, inovando e fabricando produtos de melhor qualidade, com custos e preços menores.

Apesar disso, da mesma forma como indiquei acima, repito que o atendimento das condições requeridas nos inc.'s III e IV do par. 1º, do art. 54, também precisa ser assegurada por meio de um Compromisso de Desempenho que contemple medidas de natureza estrutural e comportamental, as quais pretendo mais adiante detalhar.

A SDE avança a sua análise passando então à avaliação da concentração sob a ótica do que prevê o § 2º do art. 54 da Lei 8.884/94 (motivo preponderante da economia nacional e do bem comum).

Mais uma vez, a r. SDE não encontra razões para recomendar a aprovação da operação, e, neste caso, nem poderia, sob pena de ser logicamente contraditória com suas próprias conclusões, dado que, como visto, sua análise apontou o não atendimento de três das condições exigidas no § 1º do art. 54. Como o § 2º exige para a aprovação da operação, o atendimento de pelo menos três daquelas condições, não seria sequer necessário, para ser coerente, ter avançado a análise até este ponto.

A SDE conclui a instrução na mesma linha de concordância com o Parecer dado pela SEAE, aprovando a operação nos outros mercados, e no mercado de cerveja, com a condição de que se faça uma alienação de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes (Skol, Brahma ou Antarctica).

Para concluir este ponto, entendo que, ainda que seja importante separar as eficiências especulativas que poderiam ocorrer sem a fusão, como bem fez a SDE, não se pode esquecer que os efeitos anticompetitivos são, na maioria dos casos, igualmente especulativos. Toda eficiência em potencial deve ser levada em consideração, e comparada aos efeitos adversos em potencial, para se poder prever o efeito real da transação.

Sou do entendimento de que nem todo processo de fusão provoca o aparecimento de práticas monopolísticas. Na verdade essa percepção é compartilhada pelos segmentos mais bem informados da sociedade e que

acompanham a aplicação das políticas de concorrência nos principais países do mundo.<sup>27</sup>

Percebe-se que, na realidade, a verdadeira concorrência só passa a existir quando o arcabouço legal e regulatório está bem definido, permitindo uma *competição igual para todas as empresas* participantes de um mesmo mercado. Sem negar a importância do controle de fusões como o lado preventivo da política antitruste, entendo que a igualdade de competição pode ser assegurada, entre outros fatores, pelos seguintes: (a) disponibilidade de crédito de longo prazo, em grande parte já atendida no Brasil; (b) política tributária equânime; (c) pronta atuação dos órgãos antitrustes contra as práticas abusivas de posição dominante; e (d) redução ao mínimo necessário das práticas restritivas verticais.<sup>28</sup>

#### IV - CONCLUSÃO

Aprovo a operação com as condições detalhadas a seguir e que deverão ser objeto de Compromisso de Desempenho a ser firmado pelas requerentes com o CADE.

Dada a magnitude do grau de concentração atingido com a operação, a decisão do CADE deve contemplar intervenções de natureza estrutural (medidas saneadoras) e de natureza comportamental (medidas compensatórias), como já indiquei acima, medidas essas que se complementem mutuamente, cuja somatória final resulte na robustez suficiente para inibir o potencial para abuso do poder de mercado propiciado pela fusão.

##### IV.1 Medidas Estruturais

As medidas estruturais devem envolver a alienação/transferência de ativos, tangíveis e intangíveis (unidades fabris, quadro de pessoal, marcas e

---

<sup>27</sup> Veja-se a propósito artigo “**Mitos em torno das fusões**” de Adriano Pires Rodrigues e Viviana Cardoso de Sá e Faria, no jornal Gazeta Mercantil de 20.03.2000, p. A-2.

<sup>28</sup> Aspectos importantes da política tributária e seus reflexos na concorrência no mercado de cervejas foram abordados por CASTRO, R. de F. e ALMEIDA, V. J. no artigo “**Concorrência e Tributação: efeitos anticoncorrenciais da substituição tributária no caso do ICMS sobre cerveja**”, in Revista de Direito Econômico nº 29 (Jan./Jul. de 1999), CADE, Brasília, pp. 101-121.

direitos contratuais de distribuição ou o compartilhamento da distribuição exclusiva).

A alienação de unidades fabris deverá ser determinada pelo CADE em todos os 5 mercados relevantes regionais.

A alienação de plantas em todos os mercados regionais, cobrindo todo o território nacional, em termos de oferta do produto, e mais a alienação de uma marca que já detenha alguma expressão nacional, em termos de percepção pelo consumidor e *market share* (como a Bavária e as plantas a ela relacionada) deve possibilitar a entrada de um concorrente de porte nacional.

Considero plausível esperar que haja interesse de entrada por parte de agentes de algum porte econômico (que possa adquirir, p. ex., um conjunto completo de ativos composto de 5 plantas já em funcionamento, mais marca e compartilhamento de rede de distribuição) dada a atratividade que o mercado de cerveja no Brasil apresenta, tais como, consumo em ascensão, economia estável, condições cambiais favoráveis para investimento direto estrangeiro etc.

Ressalte-se, ademais, o potencial de crescimento do mercado brasileiro que, como observa a SDE em seu parecer (item 131), embora o Brasil seja o quarto mercado consumidor de cerveja do mundo, é apenas o décimo sexto em consumo *per capita*.

Essa preocupação com o porte do possível entrante se justifica pelo que já diagnosticou a SDE que não será qualquer entrada que mitigará uma situação ‘monopolista’ em um mercado relevante, sendo esta a razão da existência de uma variável qualitativa. Segundo a SDE, para que haja modificações nesta estrutura, é necessário que esta entrada seja também efetiva ou, em outras palavras, seja capaz de restabelecer quantidades e preços dos produtos ofertados a níveis competitivos (item 254 do Parecer).

A alienação das unidades fabris e da marca Bavária deve ser acompanhada da celebração de contratos, com regras claras, de distribuição compartilhada por um período mínimo de 04 anos, prorrogável por mais 2 anos, se for do interesse do contratante (entrante). Por esse sistema, a AmBev deverá permitir que o seu distribuidor exclusivo terceirizado (ou no caso da distribuição direta) distribua os produtos da marca alienada em igualdade de condições em que são distribuídos os seus produtos.

A operação, então, deve ser aprovada desde que ocorram as seguintes providências, dentro do que prevê o § 9º do art. 54, da Lei 8.884/94:

- venda de todos os direitos, licenças e ativos tangíveis e intangíveis relacionados à produção e comercialização, da cerveja Bavária, no país e no exterior;
- celebração de contratos de compartilhamento de distribuição dos produtos da marca alienada, nos caso da distribuição exclusiva terceirizada.

#### *IV.1.1 Joint Venture Brahma/Miller*

A SEAE sugere, entre outras restrições, a revisão da *joint venture* Brahma/Miller, aprovada pelo CADE em abril de 1998. Antes de tudo, porém, é necessário avaliar as reais vantagens de tal medida para a concorrência no mercado brasileiro de cerveja. O produto objeto daquele empreendimento é a cerveja *Miller* do segmento *premium*, cuja participação no mercado brasileiro é marginal, não chegando a 1% do mercado, considerando todo o segmento *premium*. Não faz, portanto diferença para os resultados dessa operação, no que se refere às condições concorrenciais do mercado, nem mesmo do ponto de vista da teoria da concorrência potencial, no curto prazo.

Outra questão a ser considerada é se tal *joint venture* significa (i) uma neutralização da concorrência potencial da *Miller*, o que seria maléfico para a concorrência no mercado brasileiro, ou (ii) se seria, o caminho tradicional e mais usual para uma futura entrada da *Miller* no Brasil, depois de uma certa *aproximação* com o mercado.

Essa segunda avaliação é unânime na maioria das análises a que tive acesso sobre as características estruturais dos mercados nacional e internacional de cervejas e sobre as estratégias das empresas neles atuantes e foi, inclusive feita nas análises dos A.C.'s nº 83/96 e 58/95. Para **Fagundes & Mello**, “[E]m relação a este último aspecto, no plano internacional, destaca-se a existência de várias empresas de grande porte, cujo padrão estratégico de entrada em outros mercados nacionais configura um processo que se inicia com exportações, passa pela realização de alianças estratégicas com empresas locais e se concretiza com a entrada, em geral por meio de aquisições ou participações acionárias com empresas locais, após a **consolidação da marca e da criação de canais de distribuição**” (negritei).<sup>29</sup>

Da mesma forma, o Parecer da SDE identificou esse fato na análise de barreiras à entrada, e afirmou que “os grandes grupos internacionais produtores de cervejas apenas se interessam em entrar no mercado brasileiro

---

<sup>29</sup> FAGUNDES, Jorge & Mello, M. T. L., “**Estudo de Caso: O Ato de Concentração Brahma-Miller**”, s/d, s/l, mimeo., p. 2.

por meio de associações com empresas já instaladas no país, não optando pela entrada singular” (item 130).

De fato, a experiência mostra que associações das líderes mundiais com empresas locais, utilizando suas marcas globais — principal arma na guerra das cervejarias, muitas vezes, no segmento premium, tem sido uma das estratégias de aproximação que, às vezes, antecede uma entrada efetiva futura. Exemplos são dados pela imprensa onde é citada a Quilmes (Argentina) que no final do ano passado (1999) decidiu entrar no Chile com a premium Heineken (Holandesa), e vice-versa, a CCU (chilena) que usou essa estratégia na Argentina desde 1997, quando começou a fabricar localmente a Budweiser, principal estrela da sócia Anheuser-Busch (norte-mericana).<sup>30</sup>

Essa última hipótese sugere que tal parceria pode ser uma ‘fresta’ para uma entrada mais corajosa no futuro. Deve, assim, ser tolerada, entendo eu, tendo em vista uma eventual alteração na estrutura do mercado a longo prazo, sendo, portanto, desnecessária, e mesmo, desaconselhável, tal revisão.

#### IV. 2 Medidas Comportamentais

Além das medidas estruturais acima indicadas, as requerentes deverão, também atender outras condições definidas pelo CADE, para a aprovação da operação, de tal forma que elimine os eventuais efeitos nocivos à ordem econômica.

Essas condições deverão ser especificadas e detalhadas minuciosamente em um Termo de Compromisso de Desempenho a ser assumido pelas Requerentes perante o CADE, **dentro do prazo de 20 dias, a contar da publicação do acórdão**, de forma que seja assegurado o alcance das eficiências objetivadas com a operação (Inc. I, § 1º, do art. 54 da lei supra) e o atendimento das demais condições previstas nos inc. II a IV do § 1º, da mesma lei c/c o art. 58 da Lei nº 8.884/94.

---

<sup>30</sup> América Economia (Dow Jones) nº 172, de 2 Dez. 99, p. 36. A reportagem retrata bem a postura dos grandes players afirmando que “*A estratégia da Quilmes confirma uma tendência que pode influenciar as cervejarias latinas que se atreveram a cruzar fronteiras. Hoje, a ordem é não bater de frente com as marcas locais, mas ganhar espaço com produtos premium, fazendo crescer um segmento que na média não supera 9% do mercado da região*” (negritei).

Enquanto as medidas estruturais impostas atendem o § 9º do art. 54, da Lei nº 8.884/94, intervenção comportamental está relacionada com o necessário atendimento do que determina o art. 58 da Lei 8.884/94.

Este dispositivo legal dá competência ao Plenário do CADE para definir compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º desse artigo.

*Assegurar* o cumprimento das condições é garantir, tornar seguro o cumprimento dessas condições, porque deverão permitir ao CADE, por meio das informações que ele indicar que lhe sejam prestadas periodicamente, acompanhar e tomar as providências cabíveis, caso detecte que as condições não estão sendo atendidas pela empresa compromissária.

#### *IV.2.1 - O Compromisso de Desempenho*

O processo de definição e acerto para se chegar ao Compromisso de Desempenho a ser firmado entre as requerentes e o CADE deve ser conduzido observando-se rigorosamente os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, além do princípio da finalidade e do interesse público e demais outros elencados na lei nº 9.784/99.

Conforme ensina o mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, a doutrina é concorde sobre o alcance do princípio da legalidade administrativa, acentuando seu caráter de estrita adscrição à lei e impostergável respeito à finalidade nela insculpida.<sup>31</sup>

De outra parte, a exigência de que o ato administrativo sirva à fidelidade o objetivo legal, representa, como é óbvio, a simples afirmação de que a lei deve ser cumprida tal qual é; vale dizer, com obsequioso respeito à sua razão de existir, não se compreendendo que possa ser manipulada como simples pretexto para alcançar fins estranhos aos que visa prover, ainda quando não se trate de fins subalternos.

É interessante ressaltar que, conforme o texto do art. 58 da Lei 8.884/94, diferentemente do Compromisso de Cessação, contemplado no art

---

<sup>31</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A., “Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, RDP-90, pp. 57-69.

53 da mesma lei, que é “*celebrado*” com a parte envolvida, o Compromisso de Desempenho é “***definido***” pelo CADE. Da leitura do texto legal depreende-se que a liberdade da empresa para ‘negociação’ das metas *qualitativas e quantitativas* de desempenho, neste caso, é muito mais restrita do que naquele.

As *condições* a serem contempladas no compromisso de desempenho e os *indicadores* de atendimento dessas condições que deverão constar nos relatórios a serem apresentados pela AmBev são as seguintes, resguardando-se o direito do CADE de acrescentar outras que achar conveniente, até o dia da assinatura do termo de compromisso:

- **alcance das eficiências alegadas - inc. I.**

**Indicadores:** comportamento dos custos, dos índices de produtividade, etc.);

- **Distribuição eqüitativa dos benefícios entre a empresa, de um lado, e os consumidores de outro - Inc. II**

**Indicadores:** evolução dos preços reais vis-à-vis os custos reais, melhorias sensíveis de qualidade etc.

- **Não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante - Inc. III**

Esta condição será assegurada, em parte pelos compromissos estruturais de desinvestimento, e, em parte pelos compromissos comportamentais, inclusive na área de distribuição.

**Indicadores:** desempenho dos novos entrantes, em termos de *market share's*, variação do HHI, CR-4, CR-6, CR-8 etc.

- **Limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados - Inc. IV**

Esta condição deverá ser atendida também pelo desinvestimento no mais breve espaço de tempo para assegurar, desde logo, que os limites não sejam transgredidos). Inc. IV.

Para que as condições sejam atendidas, as requerentes deverão se comprometer com o seguinte:

A) Distribuição

É preciso considerar que os distribuidores terceirizados das três marcas (Brahma, Skol, Antarctica) estarão sujeitos a uma estratégia comercial comum, emanada de um só agente, a AmBev, sob um único comando. As requerentes argumentam que os distribuidores não aceitariam estratégias de reposicionamento ou de manipulação de marcas, por meio, principalmente, de preços e condições de venda. Porém, a conduta pregressa das requerentes, mesmo quando atuavam isoladamente, é que os distribuidores recalcitrantes em se submeter sem reservas às suas políticas são simplesmente defenestrados, de forma impune, às vezes, sem ressarcimento de perdas e danos, dado o longo tempo de contenda judicial. Essa conduta, indiscutivelmente, atinge a capacidade de iniciativa em novos negócios dos distribuidores que venham a ter seus contratos rescindidos.

Certamente a distribuição direta, em especial destinada ao canal do auto-serviço, já assumida, antes da fusão, pelas companhias Brahma e Antarctica, será feita de forma unificada pela AmBev, dando continuidade à sua política de aumento da eficiência na distribuição e de eliminação da intermediação para os canais de venda mais atraentes como são os supermercados.

As alegações feitas pelas requerentes de manutenção da separação da distribuição, pelos distribuidores terceirizados, como uma forma de preservar a concorrência intramarca, nessa etapa da cadeia produtiva, não podem, a rigor, serem consideradas pelo CADE, porque vão contra a lógica da própria operação de concentração que ora submetem para julgamento.

Os objetivos alegados para a fusão são justamente os de ganhos de eficiência, o que pressupõe a desoneração de custos, a queima de etapas na cadeia produtiva etc. Isso certamente abrange a rede de distribuição, cuja parcela de 25% já é feita diretamente pelas requerentes, obviamente visando os objetivos acima mencionados. Além disso, nada impede que a nova Companhia continue com a política que vinha sendo implementada pelas requerentes de, lenta e gradualmente, ir diminuindo as margens de seus distribuidores terceirizados, e, ao final, descredenciando-os e transferindo a distribuição antes feita por esses distribuidores para a distribuição direta. A única razão lógica aceitável para que se espere a manutenção das redes de distribuição separada, é mesmo o interesse da Companhia em promover a competição intramarca como estratégia corporativa da empresa, e isso não decorre da operação nem altera os potenciais danos à concorrência que ela carrega.

Pontos específicos a serem contemplados no Compromisso de Desempenho:

1. O contrato padrão de distribuição e revenda da AmBev ou das 3 empresas (Brahma, Skol e Antarctica) deverão ser submetidos ao CADE para que este examine suas cláusulas à luz da Lei 8.884/94 (até para prevenir futuros problemas de abuso do poder econômico detido pela nova empresa sobre seus distribuidores, e ‘enxurrada’ de processos no CADE, como tem-se verificado historicamente), e determinará as alterações necessárias, com vistas a aumentar a transparência das relações no mercado;

2. O Termo de Compromisso deve prever expressamente a proibição de a AmBev adotar as seguintes condutas, cujas manifestações de preocupação foram colhidas nas diversas audiências públicas promovidas pela Cons. Relatora, tendo em vista que são práticas (conforme se denunciou) já repetidamente adotadas por Brahma e Antarctica:

- (i) vendas casadas de qualquer tipo;
- (ii) discriminação de preços e condições para adquirentes em iguais condições;
- (iii) prática de subsídios cruzados entre produtos ou marcas;
- (iv) prática de preços predatórios, especialmente contra as pequenas empresas, tanto do mercado de cervejas, quanto do mercado de refrigerantes, p. ex., os chamados ‘tubaineiros’.

3. A AmBev assumirá no compromisso de desempenho o cumprimento do seguinte:

- (i) observância rigorosa do prazo de aviso prévio previsto para a rescisão nos contratos de distribuição, o qual não será interrompido o fornecimento do produto antes do fim desse prazo, e nem adotada outras medidas discriminatórias que onerem alterem o fluxo de receitas e despesas do distribuidor;
- (ii) **a empresa se compromete a melhorar suas relações com os distribuidores, de forma a reduzir ao máximo possível os conflitos nessa área.** Para isso a AmBev se compromete a buscar a via do acordo e da negociação para a rescisão dos contratos, e pronto pagamento, no vencimento do aviso prévio, de perdas e danos em caso de rescisão unilateral do contrato que tenha sido por ela provocada, sem justa causa.

(iii) especificará no contrato os **‘locais de puxada’** dos distribuidores, os quais não serão alterados sem prévia concordância das partes;

(iv) não imporá quotas ou glosas na entrega dos produtos na quantidade produzida, e quando situações contingenciais de produção nos locais de puxada o exigirem, ou ocorrer mudança na quantidade produzida por decisões da empresa, a produção a maior ou a menor será rateada para os distribuidores de forma proporcional à média de aquisição dos mesmos, nos últimos 12 meses.

## B) Comercialização nos pontos de venda

O Compromisso de Desempenho deverá conter cláusula proibindo a prática de exigência de exclusividade de venda nos pontos de venda a varejo, por parte de cervejarias ou distribuidores, a qual só será permitida excepcionalmente nos casos especiais de elevados investimentos em merchandising com vistas à divulgação, afirmação da marca etc. Obs.: a exclusividade de merchandising não deverá ser proibida.

## C) Quanto ao emprego

a) A AmBev deverá apresentar um programa de recolocação dos trabalhadores demitidos, em outras empresas do ramo cervejeiro, e/ou de retreinamento (independentemente do pagamento imediato de todos os direitos funcionais e trabalhistas dos empregados demitidos) de forma que incentive dê condições a esses trabalhadores de se inserirem produtivamente no mercado de trabalho. O programa de treinamento, deverá contar, inclusive, se necessário, com contratação de instituição especializada, como o SEBRAE, ou outros congêneres, por conta da AmBev, com cursos sobre iniciativas em negócios particulares. O objetivo é que esses desempregados possam investir os recursos provenientes das rescisões contratuais em negócios próprios (microempresas) para aqueles que o desejarem.

b) As rescisões contratuais deverão observar aviso prévio, com prazo não menor que 3 meses. (discutir: abono a ser pago pela AmBev, correspondente a 20% do salário nominal que o trabalhador recebia por ano completo de trabalho nas empresas Brahma, Skol e Antarctica);

c) A AmBev deverá oferecer aos funcionários desligados em função do agrupamento societário que não obtiverem recolocação, pelo período de 01 ano:

- cesta básica de alimentação, limitada ao valor do salário mínimo vigente na região;
- seguro de vida em grupo, no padrão vigente quando do desligamento
- assistência médica pelo padrão vigente à época do desligamento.

#### D) Relatórios

A AmBev deverá apresentar relatório semestral ao Presidente do CADE, contendo informações sobre os indicadores definidos pelo CADE.

#### E) Prazo de Duração

O Compromisso de Desempenho terá duração de 5 anos.

### V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições impostas de cunho estrutural deverão ter um horizonte temporal para atendimento curto, isto é, de 06 meses a 1 ano no máximo, para estarem atendidas, sob pena de revisão da decisão e aplicação de multas. Caso as requerentes não executem qualquer determinação do CADE, no prazo assinado, sem justo motivo comprovado, as mesmas estão sujeitas aos procedimentos legais cabíveis.

Por último, caso as requerentes não aceitem o Compromisso de desempenho, o CADE tomará as medidas cabíveis nos termos do § 3º do art. 58 da Lei 8.884/94.

É o meu voto.

Brasília, 29 de março de 2000.

**Mércio Felsky**

Conselheiro