

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA.
Procuradoria

PARECER Nº /2000

ATO DE CONCENTRAÇÃO Nº 08012.005846/99-12.

REQUERENTES: Fundação Antônio e Helena Zerrener – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. – ECAP e Braco S.A.

CONSELHEIRA-RELATORA: Hebe Romano.

EMENTA: ATO DE CONCENTRAÇÃO - HIPÓTESE CONTEMPLADA PELO § 3º DO ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.884/94 -SUBMISSÃO AO CADE EM FACE DO FATURAMENTO E PARTICIPAÇÃO NO MERCADO RESULTANTE SUPERIOR A 20% – APRESENTAÇÃO TEMPESTIVA –PRODUTOS RELEVANTES: ÁGUAS ENGARRAFADAS, REFRIGERANTES E CERVEJA – MERCADO GEOGRÁFICO NACIONAL – CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL - PARTICIPAÇÃO DE MERCADO SUPERIOR A 70% NO SEGMENTO DE CERVEJA – EXISTÊNCIA DE BARREIRAS À ENTRADA – FORMAÇÃO DE PODER DE MERCADO – PARECER PELA DESCONSTITUIÇÃO DA OPERAÇÃO, NOS TERMOS DO § 9º DO ARTIGO 54 DA LEI Nº 8.884/94.

Ilustríssimo Senhor Procurador-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

Os Procuradores Autárquicos abaixo assinados vêm à presença de Vossa Senhoria, tempestivamente, apresentar-lhe em conformidade com o art. 10, inciso V da Lei nº 8.884/94, o Parecer Jurídico exarado no Processo nº 08012.005846/99-12, em que figuram como Requerentes: Fundação Antônio e Helena Zerrener – Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S.A. – ECAP e Braco S.A., pugnando pela juntada deste opinativo aos Autos.

Brasília, 22 de março de 2000.

Áurea Regina S. de Queiroz Ramim
Chandre de Araújo Costa
Fernanda Prestes C. Bussacos Pacheco

Karla Margarida Martins Santos
Marcelo Kallil Grígolli
Nancy de Abreu

Senhor Procurador-Geral,

I- DO RELATÓRIO:

01- Submete-se à apreciação deste Conselho, por força do art. 54 da Lei nº 8.884/94, operação que consiste no agrupamento societário das empresas Companhia Antarctica Paulista – Indústria de Bebidas e Conexos (ANTARCTICA) e Cia. Cervejaria BRAHMA (BRAHMA), onde as Requerentes deliberaram agrupar suas controladas sob o mesmo controle societário, por meio da nova denominação – Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV.

02- A peça vestibular foi protocolizada em 02/07/99 perante a i. SDE (fls. 02).

03- Com a peça inicial (fls. 02/31), as Requerentes trouxeram aos autos procurações outorgadas (fls. 33/37); demonstração de market share entre BRAHMA Chopp e Skol¹ (fls. 38); formulário de enquadramento de que trata a Resolução nº 15/CADE (fls. 40/65) e anexos (fls. 65/71); Ata de Assembléia Extraordinária da Cia. de Bebidas das Américas – AMBEV² (fls. 72), juntamente com o novo texto do Estatuto Social da Companhia (fls. 78/91); laudo de avaliação de acervo líquido da Fundação Antônio e Helena Zerrenner³ (fls. 93/99) laudo de avaliação das ações da Cia. Cervejaria BRAHMA⁴ (fls. 101/121); boletins de subscrição de ações realizadas na AMBEV pelas Requerentes⁵ (fls. 122/126); atas de reunião do Conselho de Administração⁶ (fls.

1 Pela visualização do market share pretendem demonstrar a liderança da marca Skol frente à BRAHMA

22 Às fls. 72 verifica-se que a Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV foi à nova denominação social dada a Aditus Participações S.A. tratando-se a ata juntada aos autos da AGE realizada em 01.07.99.

3 Elaborado por auditoria independente – Delloite Touche Tohmatsu.

4 Elaborado por Apsis – Consultoria Empresarial, tendo por objetivo constatar se o valor contábil das ações da Cia. suportam o aumento de capital de outra sociedade anônima.

<i>5</i>	<i>Ações</i>	<i>Valor Pago R\$</i>
	<i>Fundação Antônio e Helena Zerrenner Instituição Nacional de Beneficência</i>	<i>459.521.728 ordinárias 103.982.786,90</i>

127/129); demonstrações financeiras (fls. 130/139); acordo de acionistas da Cia. de Bebidas das Américas (fls. 140/165), do qual pode-se destacar os seguintes pontos:

04- O aludido acordo foi subscrito por Fundação Antônio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência, Braco S.A. e Empresa de Administração e Participações S.A. (Ecap), tendo como intervenientes/anuentes a Cia. de Bebidas das Américas – AMBEV; Jorge Paulo Lemman e Marcel Herman Telles, em 01/07/99.

05- Em suas considerações preliminares, acrescem que a Fundação Antônio e Helena Zerrenner, a Braco e a Ecap são titulares de 1.911.437.295 ações preferenciais, sem valor nominal que representam, aproximadamente, 100% do capital social da empresa.

06- A Companhia possui 9.448.160 (nove milhões, quatrocentos e quarenta e oito mil, cento e sessenta) ações ordinárias e 1.101.148 (um milhão, cento e um mil, cento e quarenta e oito) ações preferenciais, representativas de 88,09% do capital votante e de 87,91% do capital social total da Cia. Antarctica Paulista – Indústria de Bebidas e Conexos e 1.451.915.567 (um bilhão, quatrocentos e cinquenta e um milhões, novecentos e quinze mil, quinhentos e sessenta e sete) ações ordinárias e 13.580.693 (treze milhões, qui-

	53.568.685 <i>preferenciais</i>	12.121.779,75
<i>TOTAL</i>	513.090.413	116.104.566,61

<i>Ações</i>	<i>Valor Pago R\$</i>	
<i>Empresa de Administração e Participação</i>	807.913.645 <i>ordinárias</i>	182.818.585,70
<i>TOTAL</i>	807.913.645	182.812.585,70

<i>Ações</i>	<i>Valor Pago R\$</i>	
<i>Braco S.A.</i>	644.001.922 <i>Ordinárias</i>	145.727.852,60
	13.580.693 <i>preferenciais</i>	3.073.104,53
<i>TOTAL</i>	657.582.615	148.800.957,13

6 Resultou na eleição, em 01.07.99 do Sr. Margim Rodrigues Filho como Diretor-Geral da AMBEV (14:30) e no cancelamento do programa de recompra de ações da companhia (13:00).

nhentos e oitenta mil, seiscentos e noventa e três) ações preferenciais, sem valor nominal, representativas de aproximadamente 55,08% do capital votante e de aproximadamente 21,17% do capital social da Cia. Cervejaria BRAHMA.

07- Ressaltam, ainda, que os controladores Braco exercem, conjuntamente o controle da aludida organização, possuindo 107.442 (cento e sete mil, quatrocentos e quarenta e dois) ações ordinárias que representam 71,93% de seu capital social.

08- A Braco exerce, ainda, o controle societário da Ecap, eis que possui 280.833.991 (duzentos e oitenta milhões, oitocentos e trinta e três mil, novecentos e noventa e um) ações ordinárias, que representam cerca de 99,73% do capital social da Ecap.

09- Em seguida, esclarecem as definições que serão utilizadas no acordo em voga, estabelecendo, na cláusula II, princípios básicos a serem seguidos pelos acionistas da companhia, quais sejam: exercício do controle acionário de forma compartilhada no tocante àquelas matérias, cuja deliberação está sujeita a quorum qualificado; as decisões estratégicas serão norteadas pelo intuito da manutenção e crescimento da atividade de indústria de bebidas das controladas, além de sua expansão no mercado internacional; gestão da companhia e das controladas por técnicos capacitados e realização de reuniões prévias em tempo hábil e de forma eficaz.

10- A cláusula III trata do capital social e das respectivas participações dos acionistas, sendo o mesmo de R\$ 447.735.109,44 (quatrocentos e quarenta e sete milhões, setecentos e trinta e cinco mil, cento e nove reais e quarenta e quatro centavos), dividido em 1.911.437.298 (um bilhão, novecentos e onze milhões, quatrocentos e trinta e sete mil, duzentos e noventa e oito) ações ordinárias e 67.149.378 (sessenta e sete milhões, cento e quarenta e nove mil, trezentos e setenta e oito) ações preferenciais, todas sem valor nominal, conforme quadro que se segue:

Acionista	% Ações Ordinárias	Nº de Ações Ordinárias
F Z	24,04%	459.521.728
Braço	33,69%	644.001.922
Ecap	42,27%	807.913.645

	100,00%	1.911.437.295
--	---------	---------------

11- A cláusula IV trata dos critérios da Administração da Companhia; a cláusula V, das reuniões prévias e do exercício do direito de voto e a cláusula VI da transferência das ações; a cláusula VII, da opção de compra ou venda; a cláusula VIII, das partes intervenientes; a cláusula IX, das notificações; a cláusula X, da vigência, aonde se ressalta que o acordo em questão passa a valer do ato de sua assinatura e vigorará por 10 anos, podendo ser prorrogado por mais dez, caso nenhuma das acionistas o tenha denunciado expressamente com antecedência mínima de 180 dias; a cláusula XI trata da execução específica consignando, entre outros aspectos, que os acionistas reconhecem e declaram que o mero pagamento de perdas e danos não constitui compensação adequada para eventual inadimplência de qualquer obrigação assumida, bem como o fato de que qualquer voto contrário às disposições deste Acordo serão tidos por nulos; a cláusula XII, que trata das disposições gerais, alega que o Acordo de Acionistas será arquivado na sede da companhia e qualquer dúvida ou conflito dele decorrente será dirimido pelas leis brasileiras, na comarca da cidade de São Paulo.

12- Ainda de acordo com as Requerentes, após a operação o quadro acionário terá a seguinte composição⁷:

⁷ Segundo as Requerentes, fls. 71, Anexo I, Res. 15/CADE.

13- Às fls. 214, inicia-se o volume II do Ato de Concentração em análise.

14- Às fls. 215, consta manifestação contrária à operação, do i. Deputado Valdemar Costa Neto, líder do Bloco PL/PST/PMN/PSL/PSD, na Câmara dos Deputados.

15- Às fls. 259/286, consta IMPUGNAÇÃO apresentada por Cervejarias Kaiser Brasil Ltda., onde discorreu que:

“A operação de “fusão” entre a BRAHMA e a Antártica, como alegado pelas participantes, se consumada, será clamorosamente prejudicial à livre concorrência, resultando em expressivo aumento de poder de mercado e, por conseguinte, em dominação de mercado, em total prejuízo da Coletividade, titular do bem jurídico tutelado pela legislação concorrencial, e, em particular, dos consumidores.

Não há qualquer problema na venda de um grupo de companhias de capital aberto para outro grupo. Ainda mais, a forma como a “fusão” foi realizada criará concentração de mercado sem precedentes em setor cujas barreiras à entrada não poderiam ser maiores, como se demonstrará.

Mesmo que se cogitasse, como ocorrido no passado sem sucesso, de redução ou mesmo eliminação de alíquotas de importação, as barreiras naturais e culturais ao comércio desse produto são suficientes para neutralizar qualquer iniciativa preventiva de cunho aduaneiro. No máximo tal providência poderia, quanto muito, motivar a AMBEV a produzir cerveja “nacional” no exterior, onde os custos de produção porventura fossem mais atraentes para exportá-la para o País em detrimento de empregos neste.

Comenta o tema o prestigioso jornal GAZETA MERCANTIL, edição de 16 de julho, pág. A-10:

“Quanto à possível redução do imposto de importação, mesmo com alíquota a zero não haveria possibilidade de a liderança da AMBEV ser ameaçada, pois as importadas têm menos de 1% do mercado”.

É claro que a operação a em questão não resulta em um mercado normal. Concentrando mais de 73% do mercado doméstico de cerveja (considerada participação da SKOL), a AMBEV desfruta de excepcionais condições para o exercício de posição dominante, aproximando-se de um monopsônio, que causa preocupação mais acentuada no que diz respeito às embalagens metálicas e de vidro para o envase da cerveja, além do malte, e dos rótulos e rolhas metálicas para embalagem.

O E. CADE presencia a concentração de duas competidoras históricas, que aos olhos de muitos pareciam fadadas a antagonizar sempre pela liderança do mercado. Como bem frisa a Conselheira-Relatora do A.C nº 83/96 em seu voto: “Um aspecto marcante da competição no mercado de cervejas brasileiro é a grande rivalidade existente entre Antártica e BRAHMA, que alternam-se na posição de líderes desse mercado.

Do exposto, por ora, requer-se a desconstituição do ato ou, se por absurdo aprovado, no mínimo a sua sujeição a severos condicionamentos estruturais e comportamentais no resguardo do interesse público e da coletividade “.

16- Às fls. 335 a 345, constam ofícios enviados pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, às cervejarias Kaiser, Schincariol e à Fundação Antônio e Helena Zerrenner, para fornecimento de informações, visando subsidiar a análise do presente Ato de Concentração.

DAS MANIFESTAÇÕES SOBRE A FUSÃO

17- Em 19 de julho de 1999, foi encaminhada manifestação dos advogados de Belo Horizonte, nas condições de consumidores, Drs. Floriano de Lima Nascimento e Esther de Souza Teixeira contra a fusão das empresas ANTARCTICA e BRAHMA, requerendo que julgue procedente a presente representação, invalidando a criação da AMBEV e de todos os atos praticados até agora, objetivando a fusão das empresas BRAHMA e ANTARCTICA, por desatender aos princípios e às normas jurídico-constitucionais que regem a concorrência no mercado brasileiro, com evidente prejuízo para os trabalha-

dores do setor, ameaçados de perderem os seus empregos e para consumidores das bebidas fabricadas e distribuídas pelos mencionados grupos empresariais (fls. 356/357).

18- Às fls. 376, consta manifestação do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares da Região de Jales. O Presidente do Sindicato, Sr. Luiz Carlos Rosa Peres, manifesta-se contrariamente ao Ato de Concentração em exame, concluindo, “in verbis”:

“A criação da AMBEV resultará na concentração de mais de 70% do mercado de cervejas, podendo impor condições aos pontos de venda, bem como retirar deles as vantagens que são oferecidas com a livre concorrência atual;

A AMBEV terá um poder de mercado elevadíssimo e absolutamente discrepante em relação à suas competidoras, tanto no poder de venda, como no poder de compra, monopolizando as compras de matérias-primas;

Com a dominação do mercado poderá ocorrer controle de preços e imposição de vendas casadas, trazendo prejuízos aos comerciantes do ramo, bem como preços elevados aos consumidores, que com o baixo poder aquisitivo, já não consomem o produto como antigamente;

Preocupação maior como Dirigente Sindical é o desemprego que poderá ocorrer com o fechamento de fábricas que se encontram em regiões não satisfatórias à AMBEV, causando desemprego, porque não dizer desestabilizando a economia de muitos Municípios que sobrevivem dos impostos e salários dos funcionários “.

19- Às fls. 377/378, consta manifestação da Federação Nacional das Associações dos Distribuidores dos Produtos Skol Caracu, através de seu Presidente que entendeu, uma vez mantida a independência das redes de distribuição da Skol, BRAHMA e ANTARCTICA, a fusão se reverterá em benefício de todos.

20- Às fls. 380 a 382, a Associação Brasileira das Distribuidoras ANTARCTICA – ABRADISA, manifesta-se no sentido de apoiar o processo de fusão em questão.

21- Às fls. 399/400, consta manifestação da Federação de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo, onde externou seu

repúdio ao Ato de Concentração em exame, discorrendo que a criação da AMBEV resultará na dominação de mais de 70% do mercado de cervejas, podendo impor condições aos pontos de venda, bem como retirar deles as vantagens que são oferecidas com a livre concorrência. A AMBEV terá um poder de mercado elevadíssimo e, com a dominação do mercado, poderá ocorrer controle de preços e imposição de vendas casadas, trazendo prejuízos aos consumidores do ramo, bem como preços elevados aos consumidores.

22- Às fls. 401/402, o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de ASSIS, São Paulo, manifesta sua oposição em relação à pretendida fusão das sociedades BRAHMA/SKOL e ANTARCTICA.

23- Às fls. 403/404, 405/406, 407, 455/456, 458, 459, constam manifestações contrárias à fusão encaminhadas pelos diversos Sindicatos de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, respectivamente, dos municípios de Tupã, Marília, Ourinhos e Araçatuba, Limeira, São Carlos, todos do Estado de São Paulo. Todas estas entidades de classe manifestaram-se contrariamente à fusão, discorrendo que a associação, que receberá o nome de AMBEV, haverá de cometer os maiores desrespeitos ao mercado consumidor, pois, uma vez detentores de 70% do mercado de cervejas, não terão muita dificuldade, nem constrangimento em impor as mais diferentes condições aos pontos de venda, bem como, possivelmente, retirar deles as vantagens que são oferecidas quando a concorrência é livre e natural de acordo com o equilíbrio de mercado.

24- Às fls. 479, observa-se manifestação da Organização das Cooperativas Brasileiras – OCB, que expressa preocupação com a fusão das sociedades BRAHMA/SKOL E ANTARCTICA, nos seguintes termos:

1. A Requerente, na qualidade de entidade de classe representante das cooperativas do setor de produção agrícola, vem expressar que, com o Ato de Concentração ora em exame, as duas empresas passarão a dominar o mercado consumidor de cevada no País e, por conseguinte, passar a ditar as regras de mercado, impondo as condições que melhor atenderem aos seus interesses;
2. Com a criação da AMBEV, esta terá um poder de mercado elevadíssimo em relação as suas competidoras na aquisição de matéria-prima, podendo dificultar a colocação da cevada nacional em favor de grandes grupos internacionais que usufruem de subsídios do Mercado Comum Europeu e de outros países;
3. Com a dominação do mercado pela AMBEV, poderá ocorrer o controle de preços e a imposição de condições desfavoráveis aos produtores na-

cionais, acarretando prejuízos aos setores agrícola e agro-industrial brasileiro, além de implicar em gastos desnecessários com divisas para importações e problemas sócio-econômicos, e, ainda, diminuição da geração de tributos e empregos.

25- Em manifestação oferecida pela cervejaria Kaiser, foram apresentadas diversas tabelas e informações, fornecidas pela A.C. Nielsen, a respeito do market share por unidade da federação, cujos valores são apresentados na tabela I a seguir:

TABELA I

UF	KAISER	COM FUSÃO	BRAHMA	SKOL	ANTÁRCTICA
Alagoas	14,2	79,4	48,8	5,6	25,0
Bahia	10,9	71,9	31,0	11,7	29,2
Ceará	3,8	95,7	28,6	2,8	64,3
Distrito Federal	4,8	82,8	13,9	37,9	31,0
Espírito Santo	9,9	73,7	30,6	29,8	13,3
Goiás	3,7	82,9	25,4	43,6	13,9
Mato G. do Sul	15,3	71,4	30,0	27,7	13,7
Mato Grosso	10,8	81,1	5,8	48,4	26,9
Minas Gerais	10,7	80,9	28,8	35,3	16,8
Pará	11,9	58,4	5,8	3,7	48,9
Paraná	27,2	55,1	11,5	23,2	20,4
Piauí	4,7	94,7	33,3	20,5	40,9
Rio de Janeiro	3,9	81,2	15,6	39,5	26,1
Rio G. do Sul	17,9	67,8	21,9	20,9	25,0
Santa Catarina	17,9	70,7	26,2	28,9	15,6
São Paulo	23,5	65,5	26,5	16,9	22,1
Sergipe	24,3	68,8	19,6	4,2	45,0
Média Nacional	16,0	73,2	24,5	23,4	25,3

Fonte: AC Nielsen

26- A seguir, também apresentaram tabela demonstrando capacidade e utilização das respectivas fábricas, apresentada na tabela II, a seguir:

TABELA II

Localização	Empresa	Capacidade (hl./ano)	Utilização (%)	Incentivos	
AM	Manaus	ANTARCTICA	1.150.000	38%	Não
AM	Manaus	BRAHMA	380.000	38%	Não
BA	Camaçari	BRAHMA	3.500.000	48%	Sim

BA	Lagoinha	Schincariol	3.500.000	50%	Sim
BA	Camaçari	ANTARCTICA	3.225.000	48%	Sim
BA	Feira de Santana	Kaiser	2.160.000	46%	Sim
CE	Pacatuba	Kaiser	1.560.000	34%	Sim
CE	Fortaleza	Brama	1.200.000	100%	Sim
DF	Brasília	BRAHMA	990.000	100%	Sim
GO	Anápolis	BRAHMA	1.000.000	100%	Sim
GO	Goiânia	ANTARCTICA	650.000	100%	Não
MA	São Luis	BRAHMA	1.000.000	77%	Sim
MG	Mateus Leme	BRAHMA	3.100.000	100%	Não
MG	Pirapora	ANTARCTICA	1.200.000	100%	Não
MG	Divinópolis	Kaiser	1.032.000	41%	Não
MT	Cuiabá	ANTARCTICA	2.000.000	100%	Não
MT	Cuiabá	BRAHMA	600.000	100%	Sim
PA	Belém	ANTARCTICA	1.000.000	100%	Sim
PB	João Pessoa	ANTARCTICA	3.800.000	40%	Sim
PE	Cabo	BRAHMA	2.000.000	100%	Sim
PI	Teresina	ANTARCTICA	1.870.000	91%	Sim
PR	Ponta Grossa	Kaiser	2.880.000	61%	Sim
PR	Curitiba	BRAHMA	1.850.000	100%	Sim
RJ	Rio de Janeiro	BRAHMA	12.000.000	62%	Sim
RJ	Jacarepaguá	ANTARCTICA	7.500.000	62%	Sim
RJ	Queimados	Kaiser	3.240.000	48%	Sim
RN	Natal	ANTARCTICA	1.500.000	56%	Sim
RS	Viamão	Bramha	3.000.000	78%	Sim
RS	Estrela	ANTARCTICA	700.000	78%	Não
RS	Gravataí	Kaiser	1.680.000	62%	Não
RS	Montenegro	ANTARCTICA	680.000	78%	Não
RS	Getúlio Vargas	ANTARCTICA	580.000	78%	Não
SC	Lages	BRAHMA	4.000.000	59%	Sim
SC	Joinville	ANTARCTICA	185.000	59%	Não
SE	Estância	BRAHMA	3.000.000	20%	Não
SP	Itaú	Schincariol	11.000.000	50%	Não
SP	Jacareí	BRAHMA	8.000.000	44%	Não
SP	Jacareí	Kaiser	7.200.000	54%	Não
SP	Jaguariúna	ANTARCTICA	7.000.000	44%	Não
SP	Agudos	BRAHMA	3.500.000	44%	Sim
SP	Ribeirão Preto	ANTARCTICA	3.200.000	44%	Não
SP	Guarulhos	BRAHMA	3.000.000	44%	Não
SP	Araraquara	Kaiser	2.400.000	78%	Não
Total Brasil	125.012.000				

Fonte: Kaiser (estimativa)

27- Em petição apresentada em 10 de agosto de 1999, a empresa Kaiser listou todos os produtos fabricados pelo grupo, as nove unidades que

participam do grupo, seus acionistas e respectivas participações na sociedade. Trouxeram aos autos, em anexos confidenciais, informações acerca das vendas efetuadas por regiões e por produtos, no período de janeiro de 1996 a dezembro de 1998, e produção mensal em hectolitros durante o período de julho de 1998 a junho de 1999.

28- Às fls. 499, inicia-se o volume III do Ato de Concentração em questão.

29- Às fls. 500 e seguintes, verifica-se a juntada de manifestação contrária à aprovação da operação da fusão trazida aos autos pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de Getúlio Vargas, Rio Grande do Sul.

30- Às fls. 503 e seguintes, as Requerentes, em cumprimento ao ofício da SDE/DPDE nº 4169/99, solicitam a juntada de petição que traduz dados anteriormente apresentados em disquete, reiterando o pedido de que os mesmos sejam revestidos de sigilo.

31- Às fls. 506 e seguintes, prestam as Requerentes esclarecimentos sobre o material apresentado em audiência ao i. DPDE.

32- Às fls. 509, Ofício/Gab/HTR nº 37, de 30 de agosto de 1999, por meio do qual a i. Conselheira-Relatora convida o douto Secretário de Direito Econômico a participar de audiência pública que será realizada na cidade de Porto Alegre, visando à colheita de dados naquela região que forneçam subsídios ao feito.

33- Às fls. 510, consta correspondência endereçada àquela SDE, através da qual o Sindicato de Hotéis, Bares, Restaurantes e Similares de Araquara (“Sinhores” – SP), posiciona-se contrariamente à operação.

34- Às fls. 512, o Sindicato de Hotéis, Bares e Similares de Marília, retificando posicionamento anteriormente externado, diz não ver motivos para que a operação seja por ele impugnada.

35- Às fls. 513, o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares, na região de Jales, Santa Catarina, usando, inclusive, de redação idêntica à utilizada pelo Sindicato da Categoria em Marília, não vê óbices à aprovação da operação.

36- Às fls. 514/520, verifica-se petição protocolizada pela Associação Brasileira das Distribuidoras ANTARCTICA – ABRADISA, na qual é feita uma breve cronologia sobre a evolução das atividades da ANTARCTICA e sobre a atividade de distribuição, a explicitação sobre algumas características operacionais da mencionada atividade, acrescendo, ainda, o limite de atuação das distribuidoras, que é fechado e exclusivo, a existência de venda direta a grandes supermercados.

37- Alega, ainda, que a AMBEV, visando garantir a livre concorrência, deve viabilizar a existência e a participação dos distribuidores exclusivos e independentes na comercialização das bebidas, fato que zelará pela concorrência entre as marcas objeto da fusão, eis que cada distribuidor é responsável pela distribuição de um único produto e lutam pelo estabelecimento da marca que representam.

38- Menciona que as redes de distribuição das marcas envolvidas, BRAHMA, SKOL e ANTARCTICA, buscam atingir os mesmos varejistas, oferecendo preços de vendas e condições de pagamento diferenciados.

39- Por fim, acresce que a ausência da exclusividade da marca e da área territorial aonde a distribuição deva ser feita, leva o mercado a ficar a mercê de aventureiros que buscam apenas negócios de oportunidade, excluindo os empresários do setor, que nele deixarão de investir e atuar, diante da ausência de volume para fazer frente às despesas e custos existentes.

40- Às fls. 521, verifica-se o encaminhamento por parte da i. Conselheira Relatora (Ofício/Gab/HTR nº 58/99), ao i. Secretário de Direito Econômico, de manifestação do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de Alimentação de Estrela, Teutônia, Bom Retiro do Sul, Colinas, Imigrante e Fazenda Vilanova (fls. 522), através da qual pugna pela análise apurada da operação, eis que grande parte das atividades da região de Estrela está vinculada ao funcionamento da unidade da ANTARCTICA ali existente, sendo a aprovação da fusão garantia de que as atividades desenvolvidas pelas Reque-rentes, na região, migrariam para a unidade da BRAHMA em Viamão, região da grande Porto Alegre, diante dos incentivos fiscais concedidos por 10 (dez) anos.

41- Às fls. 610, a Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda. formulou as seguintes considerações jurídicas sobre a compra da ANTARCTICA pela BRAHMA – caso AMBEV:

42- O desenvolvimento econômico muitas vezes leva grupos econômicos a se concentrarem, visando obter ganhos de rentabilidade, maior produtividade e redução dos custos, dentre outros benefícios. Entretanto, estas práticas empresariais podem, ao mesmo tempo, resultar em restrições à concorrência justificando-se assim, a intervenção estatal sobre as operações, conforme pode depreender da melhor doutrina, de que são exemplos as seguintes preleções, “in verbis”:

“A concentração, em qualquer das suas modalidades, afeta o Direito Antitruste na medida em que pode gerar a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado sobre antigos concorrentes, há concentração. Se ele não exerce esse controle hoje, nada impede que o venha exercer amanhã. Esta unificação (ou sua possibilidade), portanto, é a antítese da concorrência. Afinal, ao consumidor interessa dividir (os concorrentes) para reinar. Quando estes se unem, o consumidor perde a liberdade de escolha” (Nuno T.P. Carvalho, “As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste”, Ed. Resenha Tributária, São Paulo, 1995, pág. 95).

Nos termos da Lei nº 8.884/94 a operação não gera ganhos de eficiência que possam compensar o prejuízo causado à concorrência. As vantagens decorrentes da operação apenas penalizam os empregados e os cofres públicos, resultando em uma economia para a AMBEV que pode e deverá ser usada em prejuízo da concorrência dos agentes econômicos participantes do mercado relevante e, em última análise, da coletividade.

BRAHMA, Skol e ANTARCTICA, de maneira isolada, alternam-se como líderes de mercado em todos os Estados considerados, exceto o Estado do Paraná. Reunidas na AMBEV passam a concentrar elevada fatia de todos os mercados, com percentuais que ultrapassam 90% em alguns Estados.

É flagrante, portanto, que, ao reverso da exigência legal, a operação “AMBEV” implica eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.”

43- Às fls. 651 a 669, consta estudo da Kaiser baseado na série histórica da Nielsen, de market share, de volumes, preços de venda e distribuição numérica das principais marcas de cerveja nas principais capitais do país,

onde ficou constatado que as marcas da AMBEV praticam os maiores preços ao consumidor, mesmo nos mercados aonde lideram em market share e distribuição numérica.

44- Às fls. 857, inicia-se o IV volume do Ato de Concentração, constando de fls. 858 usque 989 diversos ofícios encaminhados pelo i. Diretor do DPDE à distribuidores de bebidas em todo o país⁸.

45- Às fls. 990, verifica-se despacho do i. Diretor do DPDE facultando a manifestação das Requerentes acerca da diligência constante às fls. 991 e segs., tendo diligência semelhante sido enviada à Cervejarias Kaiser (fls. 994/995).

46- Às fls. 1001, fez-se nova diligência às Requerentes, solicitando informações complementares.

47- Às fls. 1004, enviou-se solicitação de complemento de resposta enviada à Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S. A.

48- Às fls. 1007, há diligência enviada à Latasa, solicitando esclarecimentos acerca de venda de algum tipo de participação acionária entre a mencionada empresa e as Requerentes.

49- Às fls. 1012/1015, encontra-se petição das Requerentes, refutando as alegações da Coca-Cola/Kaiser sobre a aquisição, por parte da BRAHMA de participação acionária da Latasa, afirmando ser uma alegação falsa, cujo objetivo é tão-somente tumultuar o processo.

50- No que tange ao argumento do sistema de distribuição conhecido como “Projeto Forró” diz que as alegações da Kaiser são falsas e que a própria Coca-Cola/Kaiser foi responsável pela inauguração da distribuição direta no mercado de bebidas, sendo regra naquela empresa. Ressaltam as Requerentes que o “projeto forró” tem por fim a defesa das marcas em praças

8 Em referidos expedientes questiona-se:

“1. Do total de vendas de cervejas dessa distribuidora para os seus clientes, o quanto representam as vendas para os pontos de venda exclusivos (i.e. que só vendem cervejas de um único fabricante)?

2. Quais as vantagens oferecidas e quais as exigências feitas para que um ponto de vendas se torne exclusivo “

Foi solicitado, ainda, o envio de cópias de contrato de distribuição realizado entre a distribuidora e a supridora de bebidas, bem como dos contratos com os dois maiores clientes exclusivos dessa distribuidora.

onde os distribuidores terceirizados não tenham conseguido alcançar o objetivo desejado, bem como objetiva garantir o abastecimento do mercado nas hipóteses de insolvência do distribuidor e nos lugares em que não haja interessados na distribuição, ressaltando, ainda, a juntada de relatório explicativo sobre o assunto (fls. 1016 e segs.).

51- Sobre os questionamentos formulados pela SDE (Ofício 5.172/99/SDE/DPDE), respondem que os contratos de distribuição seguem modelos-padrão. Sendo a distribuição feita diretamente pelas filiais das próprias indústrias, não existe contrato para amparar tal forma de distribuição, juntando documentos (fls. 1016 e segs.).

52- No mesmo diapasão do que foi respondido pelas Requerentes, a Latasa, às fls. 1070 alega desconhecer qualquer negociação de aquisição de seu controle acionário pela AMBEV, com a qual acresce que não possui qualquer relacionamento comercial.

53- Das fls. 1071 usque 1253, verifica-se a juntada aos autos de diversos contratos de distribuição e revenda, contrato de mútuo rotativo, termo de cessão e transferência parcial de quota de patrocínio firmados entre as Requerentes e suas distribuidoras, sendo aludidos contratos objeto de tópico específico que oportunamente se abordará.

54- O volume V inicia-se às fls. 1255, prosseguindo as distribuidoras oficiadas pela douta SDE na juntada de contratos firmados entre as Requerentes, conforme solicitado por aquela Secretaria em diligência (fls. 1416).

55- Às fls. 1417/1418 o DPDE solicita à Kaiser informações sobre gastos com propaganda e sobre seu número de distribuidores, por região geográfica do país, no período de 1994 a 1998, sendo tal pedido também formulado às Requerentes, como se verifica às fls. 1420/1421.

56- Das fls. 1424⁹ ao final do aludido volume, constam diversos contratos de distribuição.

57- Às fls. 1606¹⁰ a 1645 (volume VI) juntou-se aos autos contratos de distribuição mantidos entre as Requerentes e seus distribuidores.

⁹ A resposta constante às fls. 1480 a 1505 já foi apresentada no vol. III – fls. 1.138 e segs.

¹⁰ A certidão que inaugura o volume restou sem numeração.

58- Às fls. 1646 a 1724, a SEAE por intermédio do ofício de nº 1970/SEAE/MF, datado de 29/11/99 encaminhou à SDE documentação cujo teor era denunciar a prática de infrações à Ordem Econômica por parte das Requerentes e possível sonegação de tributos, verificando-se, ao final do mencionado ofício despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, solicitando a adoção das providências cabíveis.

59- Às fls. 1725 consta despacho de nº 939 do i. Secretário de Direito Econômico acolhendo manifestação do DPDE, constante às fls. 1726/1730 para que sejam revestidas de confidencialidade algumas manifestações constantes dos autos.

60- Às fls. 1731 a 1747, foram trazidas aos autos, por distribuidora, documentos solicitados pelo i. DPDE.

61- Em resposta ao Ofício 5809/99/SDE/DPDE, as Requerentes, em petição protocolizada em 06/12/99 (fls. 1748/1749), apresentam dados sobre as participações das Requerentes do período de 1991 a novembro de 1999.

62- Às fls. 1750 a 1805¹¹ verificam-se contratos de distribuição e de constituição de sociedades cujo objeto é a distribuição de bebidas.

63- Às fls. 1807/1814 é efetuada nova diligência à Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes, solicitando-se além de dados constantes de outro ofício expedido, a margem média dos distribuidores de cerveja Schincariol, por região geográfica do país, sendo esclarecimentos semelhantes solicitadas às Requerentes e à Kaiser com relação às cervejas de suas marcas (fls. 1815 a 1824).

64- Às fls. 1825 a 1839 constata-se contrato de distribuição firmado entre a ANTARCTICA e distribuidora localizada no estado do Paraná.

65- Às fls. 1840, consta pedido de concessão de prazo adicional para atendimento à diligência requerida pela SDE à Kaiser, o qual foi concedido (fls. 1841/1842).

11 A ausência de fls. 1806 foi devidamente certificada – fls. 1799, verso.

66- Às fls. 1843 verifica-se pedido semelhante formulado pelas Requerentes.

67- Foram trazidos aos autos (fls. 1862 a 1910) contratos firmados entre as Requerentes e seus distribuidores, bem como contratos de exclusividade de merchandising firmados entre as Requerentes e outros estabelecimentos comerciais, tal como solicitado às fls. 1844/1860.

68- O volume VII inicia-se às fls. 1912, sendo juntado às fls. 1913 e segs. material elaborado pelas Cervejarias Kaiser, no qual externam sua opinião acerca da operação objeto do presente processo. Entre outros aspectos, ressaltaram que:

1- A aquisição da ANTARCTICA pela BRAHMA deu-se travestida de fusão; que no dia seguinte ao anúncio da fusão, o negócio BRAHMA valorizou 20%, sendo controlado por apenas três pessoas;

2- Que a concretização da fusão causará a redução de postos de trabalho, fechamento de unidades, redução da renda e de arrecadações federal e estadual, bem como a criação de um monopólio no mercado interno de cervejas;

3- Que a operação estratégica já foi realizada pelos controladores da BRAHMA, de uma forma ou de outra, pois se for aprovada o ganho é incontestável. Se tiverem que vender a SKOL o momento oportunizará a valorização daquela empresa e não impede que o poder da AMBEV seja inferior ao da BRAHMA antes da fusão;

4- Acrescem que a operação, se aprovada, levará a uma concentração de riqueza, viabilizando a ocorrência de uma série de prejuízos, tais como o desabastecimento e o aumento de preços, prática de venda de venda casada, imposição de quantidades, aniquilação da possibilidade de concorrência, etc.

69- Juntam, ainda, fatos demonstrando a entrega de produtos SKOL pela BRAHMA e vice-versa (fls. 1947/1959).

70- Às fls. 1961/1963¹² consta documento em língua inglesa, sem tradução. Às fls. 1964/1968 juntam aos autos declarações prestadas por repre-

12 Em síntese, o texto menciona que se aprovado sem restrições AMBEV será a empresa líder no segmento de bebidas, com escala para competir globalmente. Terá a capacidade de 140 milhões HL, 760 distribuidores e gerará vendas de 4.5 bilhões. Menciona, ainda, o ágio gerado de R\$ 832 milhões, a opinião sobre o parecer da SEAE e a crença de que a decisão do CADE adote opinião diversa.

sentante da AMBEV ou por Sindicatos, no intuito de demonstrar o elevado grau de lesividade à concorrência que a operação acarreta.

71- Às fls. 1969, prossegue a Kaiser apresentando argumentos por meio dos quais se posiciona desfavoravelmente à operação, elencando, entre outros aspectos, que o ato representa a fusão de empresa líder, que possui 50% do mercado, com a segunda colocada que possui, por sua vez, 23% do mercado.

72- Como a terceira e a quarta empresas respondem, respectivamente, por 15% e 8% do mercado, a aprovação da operação pelo CADE inviabilizará a competição das remanescentes seja em preços, criação de imagem e marketing, promoções ou geração de lucros para reinvestimento no negócio.

73- No que tange a eventuais compromissos ou promessas de manutenção de preços baixos, entende a Kaiser que o preço deve ser ditado pelo mercado como consequência da livre concorrência e que a possibilidade de diminuição no preço de cervejas anunciada pelas Requerentes pode, na verdade, levar à prática de preços predatórios.

74- Com relação aos objetivos que a AMBEV declara prosseguir com a operação, quais sejam: competir internacionalmente, defesa da empresa brasileira e a exportação de produtos, a Kaiser os contesta alegando que não há exportação relevante de cerveja no mundo; que todos os setores efetivamente internacionalizados já tem presença de empresas transnacionais no Brasil e que a “cerveja” não seria uma exceção; que a Budweiser teve oportunidade concreta de entrar no mercado brasileiro, por intermédio da AN-TARCTICA e não concretizou; que as marcas internacionais (Bud, Miller, Heineken etc.) não são valorizadas em outros mercados domésticos, ou seja, não há valor a se agregar a suas respectivas marcas via aquisição de marcas locais.

75- Às fls. 1974 acresce a Kaiser que as Requerentes adotam a estratégia do fato consumado para forçar a aprovação da operação, juntando em seguida (fls. 1975 a 1984) fotocópia de transparências apresentadas pela AMBEV em Nova York (Security Exchange Commission).

76- Às fls. 1985/1988 a Kaiser oferece parecer da lavra de Theodore Voorhees Jr¹³, cuja tradução livre (fls. 1989/1993) revela, entre outros aspectos, que a operação provavelmente não seria aprovada nos Estados Unidos e nem tampouco seria aceita se fosse justificada pela venda de qualquer dos ativos envolvidos, a não ser daqueles que foram à própria razão de ser da fusão.

77- Acresce que os elementos que baseiam sua visão preliminar estão resumidos em 07 itens e que a parte mais significativa da operação e que requer análise antitruste é a referente aos ativos de cerveja.

78- Às fls. 1994, a Kaiser faz menção à pesquisa realizada no mercado cervejeiro, price elasticity model, destacando-se que os resultados da aludida pesquisa demonstram que os hábitos de consumo são distintos entre regiões; que diferentes marcas têm posicionamento diferenciados por região; que a cerveja constitui um único mercado relevante de produto; que o mercado relevante de cerveja é delimitado regionalmente, que a gestão estratégica de portfolio de marcas da AMBEV, explorando diferenças regionais, permite a limitação ou eliminação da concorrência e que há forte possibilidade de abuso de posição dominante pela AMBEV.

79- Às fls. 1995, consta retificação de publicação de despacho exarado nos autos pelo i. Secretário de Direito Econômico (DOU 1, de 07/12/99). Às fls. 1996 a 2113, constam fotocópias de transparências de apresentação realizada pelas Requerentes à SEAE, SDE e ao CADE, cujos temas abordados foram: negócio de bebidas no Brasil; fatos e dados sobre o negócio de bebidas no Brasil e no mundo; tendências do negócio de bebidas no mundo e no Brasil; dinâmica da indústria de bebidas e AMBEV.

80- As Requerentes objetivam demonstrar que o negócio de bebidas no Brasil é efetuado por intermédio de uma cadeia funcional, sendo adotada por todas as empresas do setor e que o escopo da operação é viabilizar a atuação no Brasil e no mundo com o maior portfolio de bebidas possível.

13 Na parte introdutória, o parecerista ressalta que possui 25 anos de promotoria ligados a assuntos da lei antitruste, dentre os quais mais de 20 incluíram a representação de clientes, multinacionais e associações comerciais no setor de bebidas alcoólicas. Destaca, ainda, atuação constante na produção de artigos/pesquisas da ABA.

81- Refuta argumentos da Kaiser, alegando que espelhado no modus operandi da ANTARCTICA e da BRAHMA um engarrafador brasileiro da Coca-Cola fundou a empresa; que a Kaiser foi à Atlanta pedir ajuda da Coca-Cola; que o tempo mostrou que a Kaiser também fazia parte do negócio de bebidas no Brasil e que hoje a Coca-Cola é sócia da Kaiser.

82- Tal como foi colocado pela Kaiser, concorda que os principais participantes no negócio de bebidas no Brasil sejam ANTARCTICA, BRAHMA, Coca-Cola/Kaiser, Schincariol e Skol.

83- Destacam as Requerentes que a participação da Coca-Cola na indústria brasileira de bebidas é ainda mais significativa do que indica a sua participação no mercado de refrigerantes, eis que opera majoritariamente através de seus franqueados, controlando, dessa forma, a produção, venda e distribuição do seu produto. Além disso, alegam que o sistema de distribuição da Coca-Cola é o mesmo que distribui a Kaiser; que sua participação no mercado de bebidas como um todo é de 30% e no mercado de refrigerantes é de 48%; que a Coca-Cola opera no Brasil, como em várias partes do mundo, através de empresas franqueadas, que dela dependem na tomada de decisões estratégicas, que a Coca-Cola possui participações, majoritárias ou minoritárias em quase todos os seus franqueados e que a Coca-Cola e seus franqueados controlam 86% da Kaiser.

84- Em seguida fazem uma descrição sobre o mercado de bebidas da década de 80 até a atualidade (fls. 2008 a 2034).

85- Demonstram, em seguida, tendência de participação do mercado exterior na receita de diversas empresas, diversas formas de atuação de marcas líderes em países diferentes, a tendência de fusões e aquisições no mundo, alertam para o risco Brasil, mostrando sua diferença frente aos EEUU.

86- Acrescem que apesar da AMBEV ser a terceira maior cervejaria em hectolitragem, fica longe de empresas internacionais, as quais denomina concorrentes, em estrutura de capital e percepção de valor por parte do mercado financeiro (fls. 2053).

87- Às fls. 2054/2056 cita as facilidades que empresas estrangeiras terão com a abertura do mercado, mais especificamente com a formação da Alca.

88- Às fls. 2057 e seguintes, traça considerações acerca do negócio de bebidas no Brasil, como por exemplo, o crescimento de supermercados e dos descartáveis, a ampliação da participação de mercado pelas marcas de preço.

89- Às fls. 2072 e seguintes, demonstra a dinâmica da indústria de bebidas explicando a influência de fatores como preço, utilização da capacidade fabril, eficiência dos investimentos de marketing, redes de distribuição, entre outros.

90- No que tange às eficiências, elenca às fls. 2106 e seguintes que a AMBEV gerará sinergias, viabilizando uma plataforma financeira que garantirá a participação num mercado cada vez mais globalizado e competitivo.

91- As eficiências virão das áreas fabril, logística, melhores práticas, emprego, gestão financeira integrada, internacionalização. Acresce que a impossibilidade da AMBEV traduzir sua participação de mercado no segmento de cervejas em significativa elevação de preço revela que a operação não prejudica o consumidor e que as sinergias de produção e logística dela decorrentes representarão aumento das possibilidades de escolha de consumidores de regiões que não estão convenientemente atendidos até o presente momento, maior capacidade de realização de investimentos em novas marcas e tecnologias, maior competitividade no segmento de refrigerantes e que com as sinergias obtidas será possível a manutenção dos ganhos de preços para os consumidores.

92- Às fls. 2117 e segs. consta petição das Cervejarias Kaiser Ltda. requerendo prazo adicional para atendimento de diligência. Solicitação no mesmo sentido é formulada pelas Requerentes (fls. 2120).

93- Às fls. 2123, procedeu-se a juntada de contrato de distribuição, em atendimento à diligência realizada pela SDE, sendo que às fls. 2127 foi realizada nova diligência à Fundação Antônio e Helena Zerrenner por parte da SDE, requerendo fosse fornecida a participação percentual das marcas de cervejas por canal de consumo.

94- Às fls. 2132 e 2133 procede-se à juntada de lista de presença de reuniões realizada por aquela Secretaria junto à representantes da FENACER e da ABRADISA, encerrando-se o volume VII às fls. 2138.

95- Às fls. 2134, inicia-se o volume VIII do Ato de Concentração em análise e, em resposta ao OF/CIRC/DPDE nº 5813/99, às fls. 2135, a Distribuidora de Bebidas Mercúrio Ltda., manifesta-se sobre as vendas de cerveja da distribuidora e, encaminha cópia do contrato de distribuição mantido com a Companhia e Cervejaria BRAHMA.

96- A seguir, fls. 2144/2157, constam notícias de jornais sobre a fusão. Às fls. 2158, observa-se Pauta de Reunião, realizada na Secretaria de Direito Econômico – SDE, na data de 14/12/99, onde esta Procuradoria não foi convidada a participar.

97- Às fls 2165 a 2181, as Requerentes, em resposta às acusações feitas pela Kaiser, demonstram que a interveniente, por todos os meios e formas a seu alcance, vem abusando do direito, praticando atos de pura e evidente má-fé e atentatórios à dignidade da justiça, requerendo que os órgãos de defesa da concorrência que examinam o presente processo tomem as atitudes necessárias para reprimir a prática dos atos que vêm sendo perpetrados pela Kaiser, mediante advertência a mesma, de que se abstenha de tal conduta, sob pena de adoção das medidas cíveis, penais e administrativas cabíveis, velando, assim, pela rápida solução deste processo, nos prazos estabelecidos na Lei 8.884/94, tudo como permitido pelo disposto no artigo 125 do Código de Processo Civil, de aplicação analógica no processo em exame.

98- Às fls. 2186, observa-se mais uma vez, reunião realizada pela SDE/MJ, com todos os interessados na fusão, e novamente a Procuradoria do CADE não foi convidada.

99- Às fls. 2232 a 2239, em resposta ao Ofício nº 6010/99/SDE DPDE, a empresa Alcides & Filhos Ltda, envia cópia do Contrato de Investimento de Mercado através de doação com cláusula de condição resolutiva, firmado com a Companhia Cervejaria BRAHMA.

100- Às fls. 2242 a 2321, as empresas requereram a juntada de pareceres técnicos, cujas conclusões amparam as teses defendidas pelas Requerentes, de que o mercado bebidas é o mercado relevante a ser considerado.¹⁴

101- Às fls. 2359 a 2406, a Cervejarias Kaiser, em resposta aos Ofícios nºs 5858, 5922, 5994 e 6054/99/SDE/DPDE, apresenta as informações solicitadas pela SDE/MJ.

14 Este mesmos pareceres foram novamente juntados aos autos no volume XVI.

102- Às fls. 2409, inicia-se o volume IX do Ato de Concentração em análise.

103- Em resposta ao Ofício nº 1113/SEAE/COGPI/RJ, de 08.07.99, o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Município do Rio de Janeiro, entende que o Estado, como mediador da economia, deve ter como objetivo a salvaguarda dos interesses coletivos da sociedade – em suma, os consumidores – e não o favorecimento de interesses mega-empresariais.

104- A seguir, fls. 2413, há nova manifestação contrária à fusão, encaminhada pelo Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de Pernambuco, onde entende que com essa fusão perde-se o direito de escolha, o poder de barganha, a concorrência e até a discussão sobre a qualidade do produto, pois se não há concorrência temos que aceitar as normas impostas por quem detém a maioria do mercado.

105- Às fls. 2421 a 2431, pode-se ler novas manifestações contrárias à fusão, sendo que às fls. 2436, o Grupo Pão de Açúcar, em resposta ao ofício nº 1013/SEAE/COGPI/RJ de 09/07/99, informa que a Companhia Brasileira de Distribuição não se opõe à fusão, desde que os ganhos de produtividade, competitividade e eficiência que serão obtidos com esse processo, segundo têm divulgado as próprias empresas, sejam efetivamente transferidos aos revendedores de cerveja e refrigerantes para que estes, por sua vez, possam transferi-los ao cliente final, sem qualquer prejuízo para o mercado consumidor.

106- Às fls. 2439, o Carrefour apresentou sua manifestação, no sentido de que não vislumbra aspectos positivos ou negativos decorrentes da fusão.

107- Às fls. 2442/2443, a Associação Brasileira de Supermercados registrou que a fusão da ANTARCTICA e da BRAHMA pode causar compreensíveis apreensões econômicas e sociais.

108- Às fls. 2447 a 2543, constam várias manifestações sobre a fusão, sendo que às fls. 2584, a Cervejarias Kaiser, na qualidade de participante do mercado brasileiro de cervejas, manifesta sua preocupação com a postura adotada pelos proponentes da fusão, ressaltando fatos que indicam a existência de um alto risco de irreversibilidade por causa da fusão.

109- Às fls. 2592 a 2601, as Requerentes respondem ao Ofício SDE/DPDE 6283/99.

110- Às fls. 2610 a 2688, Cervejarias Kaiser, em resposta ao OFÍCIO/Nº 6132/99/SDE/DPDE, de 15 de dezembro de 1999, apresenta informações de acordo com o solicitado pela SDE/MJ, anexando também relatórios dos estudos realizados pelo Sr. Theodore Voorhees Jr., demonstrando que, nos termos da legislação e jurisprudência norte-americana, a operação AMBEV não deveria ser aprovada, por causar severos danos à competição e aos consumidores.

111- A seguir, a Kaiser faz juntada de parecer, de autoria do Dr. Renault de Freitas Castro, ex-Conselheiro do E. CADE e consultor da empresa, demonstrando que a lógica da operação é o domínio do mercado interno de cerveja.

112- Às fls., a Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda. anexou estudos de autoria do Dr. Renault de Freitas Castro, intitulados “A Ineficácia de Soluções Regionais para o caso AMBEV” e “O mal exemplo do caso Koly nos/Colgate”.

113- No primeiro estudo, destaca-se o comportamento da AMBEV externados, em meios jornalístico, dando conta que a AMBEV aceitaria uma decisão impondo restrições regionais ao poder de mercado da empresa onde este fosse “excessivamente elevado”, para que dessa forma a fusão fosse aprovada. O autor do estudo entende que esse tipo de procedimento não elimina os efeitos nocivos dessa fusão, pelo fato de não ser um ou outro fator isolado e sim um conjunto de fatores estruturais composto pela marca, pela diversidade de seu portfólio de produtos, pelo sistema de distribuição, dentre outros. E o conjunto desses fatores envolve uma estrutura em nível nacional não se manifestando só em nível regional, nos seguintes termos, “in verbis”:

“Fácil concluir, portanto, que, para uma fusão que, como no caso da AMBEV, resulta em alteração estrutural (concentração horizontal) com alto grau de nocividade ao mercado e à concorrência em todo o território nacional, não são eficazes restrições pontuais, regionais ou meramente comportamentais, estas, aliás, de difícil fiscalização. É preciso que os remédios ou restrições que visem restaurar o ambiente concorrencial atuem rápida e diretamente sobre a estrutura do mercado como um todo, transferindo da empresa dominante para seus concorrentes parte de sua capacidade de produzir e ven-

der e do seu poder de barganha mencionados resultam da atuação da empresa em todo o país e não apenas nos mercados regionais onde ela tem maior participação. Assim, o remédio dever ter efeito nacional e não apenas regional.”

114- Quanto ao segundo estudo, denominado “O MAL EXEMPLO DO CASO KOLYNOS/COLGATE”, pode-se ler as seguintes considerações, “in verbis”:

“A decisão do CADE no caso Kolynos-Colgate foi, portanto, ineficaz, principalmente por ter avaliado de modo incorreto o poder de mercado resultante daquela operação, não atacando a verdadeira raiz desse poder e subestimando sua capacidade regenerativa. A análise então realizada pelo CADE não levou na devida conta que o poder resultante daquela operação era derivado de um conjunto indissolúvel de fatores inter-relacionados, e não de um somatório de vários fatores isolados. Assim, de nada adiantaria, como, de fato, não adiantou, atacar isoladamente o “problema” representado pela marca Kolynos, suspendendo seu uso temporariamente, e, de outro lado, obrigar a nova empresa a alugar parte de sua capacidade de produção a terceiros, também temporariamente. Tais remédios não afetam a propriedade desses ativos, não afetam a escala de produção e não interferem no sistema de vendas e de distribuição, elementos que, em conjunto, permitem manter elevadíssimo o poder de barganha da nova empresa junto a clientes, revendedores, fornecedores e, no fim da linha, ao consumidor.” (Grifamos)

115- Encerra-se assim o volume IX do Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, iniciando o volume X às fls. 2690.

116- Às fls. 2.691 a 2.838, observa-se estudo feito pelo INSTITUTO IPSOS-NOVATION de cervejas. Este estudo teve como objetivos principais medir a elasticidade de preços entre marcas de cerveja de 600ml das marcas Kaiser, BRAHMA, Skol, ANTARCTICA, Bavária e Schincariol.

117- Às fls. 2.839 a 2.849, consta sumário técnico dos resultados da pesquisa de elasticidade-preço do produto cerveja, realizado por Edgard Pereira & Associados, cujo objetivo foi identificar: as elasticidades-preço das marcas de cerveja, em garrafas de 600 ml, das marcas ANTARCTICA, Bavária, BRAHMA, Kaiser, Schincariol e Skol; o preço ideal da cerveja em garra-

fas de 600 ml e do chopp de 300 ml, nos municípios de Curitiba, Recife, Rio de Janeiro e São Paulo. A amostra total, selecionada probabilisticamente, foi composta de 1.400 (um mil e quatrocentas) entrevistas, pessoais e domiciliares, sendo que em cada município mencionado foram realizadas 350 (trezentos e cinquenta) entrevistas. Em síntese, tais os resultados do trabalho:

1.A AMBEV dispõe de condições mais propícias do que os concorrentes para elevação dos preços de suas marcas, já que suas marcas apresentam, em geral, menor elasticidade-preço da demanda em relação à variação dos próprios preços.

2.A AMBEV, reunindo sob um mesmo comando estratégico conjunto de marcas de elevada participação e aceitação no mercado, utilizaria seu portfolio de marcas, definindo estratégias de ocupação de mercado de acordo com as especificidades de cada mercado local.

3.Da gestão estratégica de seu portfolio de marcas, aliada a outros fatores, resultaria a dominação dos mercados, com elevação de preço de determinadas marcas, em relação às quais a concorrência de outros fabricantes é mais frágil; e/ou a diminuição temporária de preços de certas marcas, que concorrem mais diretamente com m marcas rivais, visando inibir esforços competitivos de empresas concorrentes ou mesmo a expulsão destas dos mercados.

118- Às fls. 2.851/2.853, consta Parecer do Coordenador-Geral de Assuntos Jurídicos da Secretaria de Direito Econômico, opinando pelo indeferimento do pedido de confidencialidade formulado por Cervejarias Kaiser Do Brasil Ltda. A seguir, fl. 2.854, o Secretário da SDE/MJ acolhe a referida manifestação de indeferimento.

119- Às fls. 2.859 a 2.974, as Requerentes, em atenção ao Ofício 6283/99/SDE/DPDE, apresentaram apêndices A, B, e C, do estudo do Consultor Willian J. Lunk e Índice AC Nielsen de refrigerantes e cervejas.

120- Fica encerrado o volume X do Ato de Concentração em análise, iniciando o volume XI às fls. 2.976.

121- Em atenção aos Ofícios 19 e 020/2000/SDE/DPDE, às fls. 2977 a 2981 as Requerentes esclarecem equívoco cometido ao enviar à SDE dados em percentuais e, posteriormente, em volume (hectolitros).

122- Acrescem que, tendo em vista o aprimoramento dos resultados dos estudos, solicitaram à Nielsen a homogeneização da base de dados, a fim de que a base de dados relativa ao período posterior à agosto/setembro de 1997 fosse adaptada para refletir os mesmos critérios de amostragem anteriormente adotados.

123- Acrescem que aquele instituto informou-lhes ser impossível a reversão dos dados. Reforçam, em diversos pontos, que em nenhum momento houve a alteração dos dados fornecidos pela Nielsen por parte das Requerentes e apresentam quadro no intuito de demonstrar a exatidão dos dados, conforme alegado.

124- Às fls. 2982, consta correspondência das Requerentes através da qual reputam atendidas todas as diligências realizadas pela SDE até 03/01/00.

125- Às fls. 2983/3122, a SDE procedeu a juntada da “Equity Research” realizado pelo Credit Suisse – First Boston Garantia a respeito da operação.

126- Em atendimento aos ofícios 5848, 5995 e 5921/99/SDE/DPDE, as Requerentes, fls. 3123 e seguintes, alegam que a ANTARCTICA não dispõe de quaisquer dados sobre a margem média efetiva de seus distribuidores e que a BRAHMA, embora não possua tais dados, tem acordado com seus distribuidores uma margem bruta, composta de valores referentes a frete, carreto e margem de contribuição.

127- Acresce que a margem de contribuição, embora seja uma das partes integrantes da margem bruta do distribuidor não deve ser confundida com a margem de lucro efetiva, sendo esta última de conhecimento dos próprios distribuidores, eis que cada um é responsável pela administração de sua empresa, praticando preços diferenciados em função das peculiaridades do seu negócio.

128- Salientam não dispor de outros dados solicitados pela i. SDE tal como o número efetivo de pontos de venda atendidos por seus distribuidores e, às fls. 3126/3171, fornecem planilhas de preços anteriormente transmitidas por meio eletrônico.

129- Às fls. 3172 e seguintes, juntou-se aos autos fotocópia do relatório final sobre o processo em tela elaborado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados.

130- Foram ouvidos como depoentes Roberto José Santana, Presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias de Cervejas e Bebidas; César Gonçalves, Presidente do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Brasília; Carlos Alberto da Fonseca, Presidente da Federação Nacional das Associações de Revendedores BRAHMA – FENACER; José Humberto Pires de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Supermercados – ABRAS; Luiz Lobão, Vice-Presidente de Assuntos Governamentais da Coca-Cola; Danilo Palmer, Membro do Conselho de Administração da AMBEV; Humberto Pandolfo Presidente das Cervejarias Kaiser Brasil Ltda.; Cláudio Monteiro Considera, Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda; Miguel Valente Neto, Representante da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria de Alimentos e Afins; Gesner Oliveira, Presidente do CADE; Hebe Romano, Conselheira do CADE; Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, Secretário de Direito Econômico/MJ. Da referida reunião realizada em 29/09/99, destacamos os seguintes pontos:

“Pensamos, também, como foi dito pela imprensa e por alguns dirigentes, que o objetivo é atender à globalização e disputar o mercado externo. Entendemos que o mercado externo de cerveja é muito complexo.

Há um estudo, já comprovado, que se trata de uma bebida tradicionalmente nacional. Podem fazer pesquisas em todos os países, e sempre a cervejaria do país é a predominante. No Brasil, principalmente, se formos ver o índice do produto importado, verificaremos que é muito reduzido.”(Roberto José Santana)

“Temos uma preocupação muito grande com o que acontecerá no mercado interno a partir dessa fusão: talvez a AMBEV dominaria 70% do mercado de cerveja, 40% do mercado de refrigerante, enquanto a Kaiser ficaria com 16% e a Schinca-riol com 7,5%.

Do nosso ponto de vista, isso forma um monopólio ou um oligopólio, permanecendo as duas empresas, e tenderá a criar sérios problemas de distorção no mercado interno. Mesmo que acoplássemos a essa fusão uma rápida abertura no mercado para a entrada de empresas estrangeiras no mercado brasileiro, teríamos, em curto prazo, a AMBEV com um domínio

de mercado, em função principalmente da implantação de novos hábitos de consumo. Essas duas cervejarias dominam o mercado já há muitos anos. A instalação da rede de produção, comercialização e distribuição dessas novas cervejarias demoraria muito tempo. Acreditamos que em não menos de cinco anos seria impossível ter grandes cervejarias estrangeiras implantadas dentro do mercado brasileiro e em condições de competitividade com a AMBEV.” (César Gonçalves).

“Proibir a AMBEV de firmar contratos de exclusividade com a rede atacadista e com o comércio. Isso precisa ser uma restrição. A AMBEV terá um poder de penetração e de controle do mercado tão grande que, se ela puder fazer vendas casadas, se ela puder firmar contratos de exclusividade com as empresas, as outras terão uma série de dificuldades de introduzir seus produtos no mercado. Essa é uma questão que acho fundamental. Nós teríamos de proibir a AMBEV de firmar contratos de exclusividade e, se ela os firmasse, não teriam validade legal nenhuma”.(César Gonçalves).

“Mas o companheiro César Gonçalves novamente tem razão quando chama a atenção para os aspectos relativos ao mercado interno, que necessitam ser esclarecidos. Por exemplo, como fica o estabelecimento no mercado interno? Que garantia teremos de que o mercado interno será totalmente abastecido, sem efeitos sazonais que conhecemos, sem essas distorções de comportamento de relações de negócios, que foram aqui elencadas pelo companheiro César Gonçalves? Como ficam as distribuições das marcas? Serão feitas efetivamente por distribuidores independentes ou serão associadas a um único distribuidor? Essas questões precisam ficar claras, porque nossas relações de negócios são efetivamente com os distribuidores. Eles é que vão aos supermercados negociar e entregar os produtos. Precisamos saber como fica essa relação da porta da fábrica para fora, para o mercado”.(José Humberto Pires de Araújo)

“Por um lado, a Coca-Cola concorda que essa fusão tem de ser cuidadosamente examinada pelas autoridades responsáveis e que algumas condições deverão ser impostas para a conclusão do negócio.

Somos completamente a favor das medidas já anunciadas e tecidas. Conforme disseram os expositores que me antecederam, a AMBEV deverá manter três diferentes estruturas: marketing, vendas e distribuição. É importante frisar toda a parte de distribuição, com suas redes de distribuidores separadas e exclusivas por marca.”(Luiz Lobão)

“Quando vemos a participação em supermercados, os senhores podem ver que a maior importância do supermercado na distribuição permite hoje a qualquer produtor acesso imediato. As tão faladas e famosas barreiras do passado já não mais existem, a partir do momento em que as garrafas retornáveis não freqüentam mais as grandes redes de supermercados, que hoje trabalham com embalagens descartáveis. O crescimento é obvio” (Danilo Palmer).

“Para que os senhores tenham uma idéia sobre a cadeia de preço, a fábrica é responsável por apenas 25% do preço; o varejo por 35%; impostos por 29% e distribuição por 11%. Para que possamos ter uma idéia sobre produtividade, sobre como precisamos caminhar, no Brasil – não estamos falando apenas de cervejas -, todos os segmentos, em todos os ramos, precisa caminhar nessa direção. Fazendo um comparativo, tomando a Anheuser Busch, produtora da Budweiser como parâmetro, em 1992, ela tinha em torno de 700 mil litros por empregado e, em 1998, 1 milhão, 313 mil. A BRAHMA consegue atingir dois terços dessa produtividade; a ANTARCTICA, um terço e a Kaiser em torno de 50% dessa produtividade” (Danilo Palmer).

“Não é verdade também, como foi publicado hoje no jornal, que estamos esperando o sinal verde, a aprovação da fusão, para baixarmos o preço. Se tivermos de fazê-lo, será feito agora, não precisamos esperar a fusão. Se bem entendi que a fusão destina-se à exportação, o mercado interno não pode pagar o pedágio para que uma empresa brasileira possa exportar.

Vamos adiante. Ainda no conceito do que vai acontecer com a concorrência, é evidente que haverá agora um massacre, porque 73% do mercado nacional será controlado, haverá liderança absoluta em todos os segmentos, regiões e canais do Brasil. Por último, isso vai gerar um desequilíbrio de forças,

desnecessário e inoportuno ao mercado brasileiro”. (Humberto Pandolpho).

“Gostaria de lembrar que a concorrência é também uma política de desenvolvimento econômico. Como ela opera? Por que ela pode levar a isso? Em primeiro lugar, a concorrência faz com que a qualidade dos produtos aumente. Em segundo lugar está a questão da diversidade de produtos e lançamentos, a procura de novidades, o que beneficia a sociedade de maneira geral. Outro aspecto é a inovação no processo de produção e a redução de custo, o que acarreta também diminuição de preços. Há ainda o aumento da renda real do consumidor, na medida em que a redução de preços permite-lhe adquirir maior quantidade do mesmo produto ou comprar outro produto. Isso provoca o aumento da demanda, de produção e do emprego. Portanto, a concorrência é evidentemente política de desenvolvimento econômico”. (Cláudio Considera)

“A partir disso, passamos a analisar a questão da parcela de mercado. Foi demonstrado que no mercado nacional era de 70%, mas poderá chegar a 96%, se considerarmos alguns mercados regionais. Quando ela é maior do que 20%, temos que avaliar a possibilidade de exercício do poder de mercado, que é a terceira fase da análise. Ou seja, a maior concentração de mercado é condição necessária, mas não suficiente para o exercício desse poder. A condição complementar é a de que existam condições de mercado que tornem a conduta de aumentar preços lucrativa.

Para saber se há possibilidade de o poder de mercado ser exercido, analisaremos as importações – que, como disse, são irrelevantes – e as condições de entrada de novos competidores no mercado, o que inibiria o exercício do poder de mercado.

No caso da AMBEV, estamos verificando a existência de barreiras à entrada de novos competidores, tais como, a necessidade de rede de distribuição estruturada, a força das marcas na preferência dos consumidores e o elevado gasto de publicidade a ser feito por novo competidor.” (Cláudio Considera).

“Partindo dessas premissas e para adiantar a discussão da próxima audiência, gostaria que fosse explicado como feita à compra da ANTARCTICA no dia 15 de setembro – não se o Secretário da SEAE poderá dizer isso. Há portaria do CADE, publicada no dia 14 de julho de 1999, que proíbe textualmente esse tipo de negócios entre a BRAHMA e a ANTARCTICA? V. Ex^a., nobre Secretário, conhece a portaria, não é? A AMBEV comprou as ações da ANTARCTICA no dia 15 de setembro ou a opção de compra. Também gostaria de saber como isso foi feito. O representante da AMBEV poderia explicar-nos isso, especialmente no tocante a esta portaria”.

“Também nessa ótica, vamos pedir a CVM outro esclarecimento. Estamos falando de uma multinacional brasileira, verde e amarela. Não entendi bem o” multinacional “, porque não comparamos ainda nenhum ativo no exterior, o que pode ocorrer no futuro. Só gostaria de ter certeza de algo sobre o acionista da AMBEV. Saiu publicado no jornal Gazeta Mercantil, edição de 5 de julho:” Brasil, desenvolvimento e investimentos, da empresa Aditus. Se isso for verdade, quero registrar que a sede dessa empresa, como diz o jornal Gazeta Mercantil, é nas ilhas Cayman. Então, a primeira multinacional brasileira terá sede nas Ilhas Cayman, o paraíso fiscal. Para quê?

“Como se pode ter independência em um mercado extremamente competitivo, onde a revenda verticalizada tem desconto de 6% da fábrica e não-verticalizada um muito menor. Aqui está a razão da denúncia: quem atrasar, para poder garantir que não fechará, passa a pagar, além dos juros de 4% na duplicata – o Celso Russomano é mestre disso – 8% de juro mais CDI. Esse é o juro a ser compactuado entre empresas que estão trabalhando como se fossem coirmãs e dependem de mercado”. (Dep. Luciano Pizzatto).

“Quanto às Ilhas Cayman, como disse, a origem do grupo BRAHMA vem do Banco Garantia, que possui uma série de empresas. A BRAHMA já era listada na Bolsa de Nova Iorque. Então, para facilitar o registro na Bolsa de Nova Iorque, a preparação da documentação, foi usada essa empresa, cujo capital é de 10 mil reais. Todo o processo de fusão ou de aquisição precisa ser registrado na Bolsa de Nova Iorque. Esse processo está em andamento. Houve apenas o uso de uma

empresa para, digamos assim, facilitar o processo junto a SDE”. (Danilo Palmer)

131- Às fls. 3225 e seguintes foram anexados aos autos as notas taquigráficas do segundo debate promovido na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, realizado em 27/10/99, em continuidade ao anteriormente realizado, do qual participaram o Secretário de Direito Econômico, Paulo de Tarso Ramos Ribeiro; o Presidente do CADE, Gesner José de Oliveira Filho e a Conselheira do CADE, Hebe Romano, responsável pela relatoria do processo em questão.

132- Como era de se esperar, nenhum dos técnicos manifestou-se sobre o caso concreto, mas citou-se a jurisprudência do CADE, em casos polêmicos e de concentração elevada, explicou-se a inteligência da lei entre outros aspectos.

133- Fica encerrado o volume XI do Ato de Concentração em análise, iniciando o volume XII às fls. 3.240.

134- Às fls. 3.241 a 3.264, observa-se que, em 10 de outubro de 1999, foi realizada Audiência Pública com os representantes da AMBEV na Secretaria de Direito Econômico, cujo objetivo foi escutar aqueles que têm interesse na fusão, que serão afetados pela fusão e que têm interesse em se manifestar a favor ou contra a fusão da ANTARCTICA e BRAHMA.

135- Às fls. 3.273 a 3.335, consta estudo econométrico do Prof. João Victor Issler, apresentado pelas Requerentes, cujo objetivo é contribuir para análise da concorrência de preços no mercado brasileiro de cerveja. Segundo as Requerentes, trata-se de um esforço de sistematização das melhores informações disponíveis sobre aquisição e preços de cerveja, visando mensurar a resposta do consumidor à variações de preços relativos.

136- Às fls. 3.336 a 3.372, as Requerentes se manifestaram sobre os documentos trazidos aos autos pela Kaiser, às fls. 2.610/2849, onde as Requerentes requerem que sejam desconsiderados os documentos trazidos pela Kaiser, dada a sua intempestividade e impertinência, pugnando pela manifestação favorável à aprovação do ato em exame.

137- Observa-se às fls. 3.374 a 3.438 a segunda reunião realizada na Secretaria de Direito Econômico para análise e manifestação sobre o caso AMBEV, entre todos os interessados na fusão.

138- Às fls. 3.440 a 3.497, verifica-se nos autos do processo que na data de 14 de dezembro de 1999, a Secretaria de Direito Econômico deu comunicado da análise da fusão da BRAHMA com a ANTARCTICA, com Representantes dos Distribuidores das empresas citadas, ABRADISA e FENACERV que discorreram sobre o funcionamento da distribuição.

139- Fica assim encerrado o volume XII do Ato de Concentração em análise, iniciando-se, às fls. 3.499, o volume XIII.

140- Às fls. 3.500 a 3.589, consta apresentação perante a SDE dos estudos preparados por William J. Lynk Da Lexecon Inc., EUA, onde discorreu sobre a Interpretação Econômica de Oposição da Kaiser à Criação da AMBEV, Concentração de Mercado e Preços das Cervejas Brasileiras e Gastos de Publicidade e Lealdade às Marcas. Ressalta-se que os três estudos apresentados foram solicitados pela AMBEV, em função dos vários documentos de contestação à fusão apresentados pela Kaiser/Coca-Cola.

141- Às fls. 3.590 a 3.604, observa-se Reunião Nielsen, realizada na SDE/MJ, em 07.01.2000.

142- Às fls. 3.604 a 3.607, constam esclarecimentos prestados pelas Requerentes à SDE/MJ, acerca das eficiências alegadas no bojo do presente Ato de Concentração.

143- Às fls. 3.609 a 3.633, consta relatório do Professor Renato G. Flôres Jr., Diretor de Pesquisa da Escola de Pós-Graduação em Economia (EPGE), que descreve estudos quantitativos que, dentro dos objetivos do convênio FINEP 94.98.0532.00, foram realizados pela EPGE/FGV, visando auxiliar a Secretaria de Direito Econômico na elaboração de seu parecer sobre a fusão AMBEV.

144- Às fls. 3.637 a 3.839, consta parecer da Secretaria de Direito Econômico, que engloba: relatório, definição do mercado relevante, características estruturais do mercado de cervejas, barreiras à entrada, poder de mercado, probabilidade de abuso do poder de mercado, requisitos do abuso do art. 26 da Lei 8.884/94, aplicabilidade do Art. 26 da Lei nº 8.884/94, conclusões e recomendações, que serão mais adiante explorados.

145- Às fls. 3.841/3.843, consta Despacho do Secretário de Direito Econômico, acolhendo o parecer aprovado pelo Diretor do Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE.

146- Finalmente às fls. 3.855, foi encerrado o presente volume XIII do AC 08012.005846/99-12, iniciando-se o volume XIV às fls. 3.856.

147- Às fls. 3.857, em atendimento ao Ofício GAB HTR Nº 0016/00, as Requerentes juntaram documentos referentes às marcas das cervejas fabricadas pelas empresas envolvidas no presente Ato de Concentração, bem como as respectivas participações de mercado, de forma regionalizada.

148- Às fls. 3.938 a 3.941, consta petição da Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda., que requer cópia do inteiro teor dos autos do presente processo; cópia dos documentos não confidenciais e resumo não confidencial de todos os temas discutidos nas audiências realizadas entre os membros do Plenário do CADE e os representantes da AMBEV.

149- Às fls. 3.944, consta Ofício Nº 004/DECOIE/CGCP/DPF, encaminhado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça, pelo Delegado de Polícia Federal, que sugere o sobrestamento do processo de fusão das empresas AN-TARCTICA e BRAHMA, por entender que o julgamento do processo guarda estreita relação com alvo das investigações.

150- A seguir, fls. 3.945/3.947, consta Despacho Nº 03/00, da i. Conselheira-Relatora, entendendo que não há que se cogitar da suspensão aventada pelo Sr. Delegado, por absoluta falta de amparo legal, nos termos da Lei nº 8.884/94.

151- Às fls. 3.951/3.955, a Kaiser requer a realização de audiência pública, com a finalidade de apresentar esclarecimento de caráter relevante à autoridade administrativa competente, relativas ao Ato de Concentração em análise.

152- Às fls. 3.957 a 3.964, consta Parecer do i. Procurador-Geral do CADE, em atenção ao Memo/Gb/CADE nº 33/00, a respeito da solicitação de suspensão da tramitação do Ato de Concentração em epígrafe. Transcrevo parte do parecer da Procuradoria, “in verbis”:

“Não é despiciendo lembrar que o sistema jurídico brasileiro, conforme demonstrado, admite, em tese, a suspensão dos processos, tanto na defesa judicial, quanto na administrativa, de forma subsidiária; entretanto, imperativo se faz observar regra elementar de hermenêutica jurídica, segundo a qual *lex specialis derogat legem generali*. Está por demais claro e evidente que o disposto na lei de regência do CADE somente admite a suspensão dos processos nas hipóteses por ela apontadas. Qualquer criação baseada em lei geral, contrapondo-se à lei especial será tecnicamente falha e carecerá de fundamento, atingindo, portanto, a segurança jurídica preconizada pela nossa lei maior”.

Verifica-se, *ad argumentandum tantum*, que nem mesmo a novel Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também de aplicação subsidiária aos processos de competência desta Autarquia, instituiu em seu texto normas de suspensão do processo. Ao contrário, reafirma expressamente a obrigatoriedade dos administradores atuarem conforme à lei e ao direito, bem como a irrenunciabilidade total ou parcial de poderes competenciais, inserindo no mundo jurídico positivo os ensinamentos do eminente Mestre Helly Lopes Meirelles já mencionados, conforme podemos verificar pela simples leitura do seu artigo 2º, *verbis*:

“Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo Único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I – atuação conforme a lei e o Direito;

II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; (...)”

Em conclusão, em homenagem à melhor técnica jurídica, opinamos no sentido da absoluta impossibilidade de suspender-se (não sobrestar-se) o andamento do Ato de Concentração sub exame, pena de arcar a administração pública com o ônus da sua aprovação pelo decurso do prazo estabelecido em lei, conforme exaustivamente demonstrado.”

153- Às fls. 3.973, consta ofício GAB HTR nº 057/00, encaminhado ao Exmo. Sr. Secretário de Política Industrial do Ministério de Desenvol-

vimento, Indústria e Comércio, para manifestação sobre o motivo de preponderante interesse da economia nacional e do bem comum que foi alegado pelas Requerentes em seu pedido de aprovação do presente ato.

154- Às fls. 3.974 a 3.979, consta parecer da Procuradoria do CADE, solicitando diligência que comprove se a AMBEV infringiu ou não as normas que regem a concorrência, ou seja, descumprimento da medida cautelar objeto do r. despacho da Conselheira-Relatora. A denúncia de descumprimento acima citada foi feita pela Kaiser (fls. 3.982 a 3.986).

155- Às fls. 3.998 a 4.007, há parecer da Procuradoria do CADE sobre o pedido de cópia dos autos e de resumos não confidenciais de documentos solicitados pela Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda., de fls. 4.010 a 4.013.¹⁵

156- Às fls. 4.026, a Conselheira-Relatora solicitou às Requerentes informações sobre quais e onde se localizam as plantas da ANTARCTICA e BRAHMA que fabricam, em conjunto ou separadamente, cervejas, refrigerantes, águas, isotônicos e chás, com suas respectivas capacidades de produção para cada um dos produtos especificados.

157- Às fls. 4.029, observa-se Contrato De Prestação De Serviços De Consultoria, celebrado entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o Senhor Roland Veras Saldanha Júnior. O presente Contrato tem por objeto o desenvolvimento de estudo econométrico, com o intuito de estabelecer os efeitos concretos da estrutura de distribuição sobre a concorrência no mercado de cerveja.

158- Às fls. 4.053 a 4.062, consta defesa das Requerentes sobre a denúncia formulada pela Cervejarias Kaiser Brasil Ltda. a respeito da alegada violação da medida cautelar exarada nestes autos.

159- Às fls. 4.064 a 4.119, constam Contrato De Veiculação De Comerciais firmado pela TV GLOBO LTDA., com as empresas BRAHMA, PEPSICO DO BRASIL LTDA., CARILLO PASTORE EURO RSCG COMUNIC LTDA. E ALMAP/BBDO COMUNICAÇÕES LTDA., e TERMO

15 Parecer nº 051/2000, de 11 de fevereiro do corrente, da lavra da signatária Procuradora Karla Margarida M. Santos, que será objeto de considerações em outro tópico deste opinaativo.

DE COMPARTILHAMENTO DE QUOTA DE PATROCÍNIO entre a BRAHMA e a ANTARCTICA.

160- Às fls. 4.127, há manifestação da Exm^a Deputada Federal Ângela Guadagnin, que expõe e requer:

“Na época do anúncio da criação da AMBEV, os seus dirigentes já haviam afirmado em reunião com os sindicatos e a Central Única dos Trabalhadores (CUT), que haverá redução de custos, o que, certamente refletiria em demissões de funcionários e redução de conquistas consagradas nos acordos coletivos de trabalho.

Agora, recebi documentos do Sindicato de Trabalhadores na Indústria de Cervejarias de São José dos Campos e Região, com denúncias que comprovam ataques aos direitos dos trabalhadores, conforme cópias em anexo.

Essas ações da direção da AMBEV certamente agravarão a situação de desemprego, aumento de preços e retorno da inflação, desencadeando uma reação em cadeia, inclusive em outras empresas do setor, com o virtual monopólio do mercado brasileiro de bebidas que surgirá com a fusão.

Solicito que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) analise com o máximo cuidado o pedido de fusão, incluindo salvaguardas e, se for o caso, em última instância, impedindo que se estabeleça um monopólio prejudicial ao País, revertendo os ataques às conquistas dos trabalhadores já realizados e garantindo os direitos dos consumidores brasileiros”.

161- Às fls. 4.128, consta manifestação contrária à fusão, encaminhada pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação de São José dos Campos e Região, relatando que já vem ocorrendo centralização de alguns setores, pois com a unificação da folha de pagamento muitos trabalhadores, que trabalham nesse departamento serão demitidos, pois o serviço feito nas unidades passarão para a sede da AMBEV.

162- Às fls. 4.182/4.183, consta petição das Requerentes, na qual discorre em sua defesa, contra a denúncia da Empresa Refrigerantes Brasília, que a AMBEV nunca propôs outra coisa, senão manter a autonomia e independência de suas redes de distribuição, como a Refrigerantes Brasília ora reivindicada.

163- Às fls. 4.199 a 4.203, as Requerentes apresentam nova defesa, contestando a denúncia da Associação Brasileira das Empresas vinculadas à

ANTARCTICA, onde a denunciante afirma que os distribuidores foram obrigados a praticar venda casada, condicionando a venda de cervejas à compra de refrigerantes.

164- Defendem-se as Requerentes a completa impropriedade de tal denúncia, tendo em vista que todas as alegações da denunciante são objeto de processos judiciais em andamento, tratando-se, exclusivamente, de matéria de âmbito privado, devendo, portanto, ser desconsiderada por este E. Conselho.

165- Às fls. 4.211 a 4.218, consta nova manifestação das Requerentes defendendo-se das denúncias anônimas sobre distribuição e demissões.

166- Às fls. 4.228 a 4.230, as Requerentes apresentam os dados relativos à localização e capacidade produtiva das plantas industriais da ANTARCTICA e da BRAHMA.

167- Às fls. 4.231/4.232, a Kaiser requer a realização de audiência pública de instrução, com o intuito de apresentar esclarecimentos de caráter relevante à decisão a ser tomada pelo Plenário do CADE no Ato de Concentração em análise.

168- Às fls. 4.233, as Requerentes, em atendimento ao Ofício/GAB/HTR nº 021/00, informam que as demissões mencionadas em correspondência da Central Única dos Trabalhadores - CUT, datada de 07 de janeiro de 2000, já foram esclarecidas às fls. 4.224/4.225.

169- Às fls. 4.226 a 4.229, Cervejarias Kaiser Do Brasil Ltda. expõe e requer o seguinte:

“A peticionária tomou conhecimento pela imprensa, vez que até a presente data não lhe foi deferido o pedido de vista dos autos, que a i. Conselheira Hebe Romano, Relatora do Ato de Concentração em referência, encaminhou nesta semana, ofício ao Ministério do Desenvolvimento indagando se a operação realizada entre as empresas BRAHMA e ANTARCTICA poderia ser considerada necessária por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum.”

170- Às fls. 4248 começa o volume XV dos autos em epígrafe. Às fls. 4251/52, a AMBEV encaminhou cópia do “press release” entregue à im-

prensa, através do qual a assessoria de comunicação corporativa da empresa esclarece que os co-presidentes da empresa reuniram-se com o Exm^o Ministro do Desenvolvimento, ocasião em que se sugeriu a suspensão de campanhas publicitárias envolvendo a fusão. O mesmo pleito foi formulado aos representantes da Coca-Cola e da Kaiser.

171- Às fls. 4255 as Requerentes, em cumprimento ao Ofício/Gab/HTR nº 62/00, esclarecem que através do ofício/Gab/HTR nº 18/00 tiveram ciência de que o CADE havia contratado perito para realizar estudos contemplando o mercado de distribuição, facultando às Requerentes, inclusive, a indicação de assistentes técnicos e de quesitos.

172- Acrescem que o Dr. Roland Veras Saldanha Jr e o Dr. Arício Xavier de Oliveira que foram apresentados às Requerentes como peritos do processo, em estreita vinculação com a instrução do feito em tela. Nesse sentido, salientam que foi viabilizado a esses profissionais uma vasta gama de dados e informações sigilosas referentes aos negócios comerciais das empresas integrantes da AMBEV.

173- Requerem, por fim, que sejam devolvidos às Requerentes todo e qualquer dado recebido e de que sejam os aludidos profissionais cientificos de que a divulgação de qualquer informação a eles concedida pelas Requerentes configuraria o tipo previsto no artigo 325 do Código Penal. Em referida petição a i. Conselheira-Relatora ordenou fosse a mesma juntada aos autos e que dela fosse cientificado o CAD/CADE.

174- Às fls. 4257 e seguintes consta petição protocolizada pelas Requerentes, em 29 de fevereiro de 2000, na qual esclarecem que em todas as oportunidades que foram instadas a fazê-lo as Requerentes demonstraram a completa improcedência das diversas denúncias feitas pela Kaiser, salientando que duas das diversas acusações, embora infundadas, não podem passar despercebidas,,a saber: a primeira, que diz respeito a petição protocolizada em 11.11.99, através da qual a Kaiser alegou desrespeito à medida cautelar proferida nestes autos diante da operação de financiamento da ANTARCTICA com recursos da BRAHMA e tendo em vista a pretensa unificação da política de marketing das empresas integrantes da AMBEV.

175- No que tange ao argumento de que a BRAHMA teria creditado recursos ao Banco Bradesco para que esse subscrevesse títulos emitidos, financiando, indiretamente, a ANTARCTICA, alegam que não seria possível tal interferência e que a emissão de papéis referida foi feita pela ANTARC-

TICA quando ainda era uma companhia aberta, estando sujeita, portanto, ao controle da Comissão de Valores Mobiliários.

176- Com referência à unificação da política de marketing, salientam que esta não merece nenhum crédito e que as mesmas continuam sendo conduzidas de forma independente.

177- Em seguida, fls. 4260, juntou-se aos autos nova manifestação das Requerentes, de 29 de fevereiro, acerca da reportagem veiculada pela Revista Dinheiro, que formulou denúncia de que a empresa Aro S.A. – Exportação, Importação, Indústria e Comércio estaria vinculando reajustes de preço dos produtos fornecimentos para a Kaiser a supostos acordos entabulados entre a Aro e a AMBEV.

178- A reportagem comenta uma tática de “guerilha” da Kaiser, visando lançar a suspeição da Conselheira-Relatora, sob a alegação de que as denúncias não estão sendo convenientemente apuradas, tentando forjar a sua suspeição ou impedimento.

179- Ressaltam as Requerentes que, por equívoco da faturista da Aro, na nota fiscal em questão constou o nome da AMBEV, em lugar do nome da Kaiser e que, diante da constatação de tal equívoco, a Aro prontamente encaminhou à Kaiser retificação da nota fiscal. Salienta que a Kaiser, não obstante ter sido cientificada de tal equívoco, não adotou providências no sentido de retificar a informação, caracterizando, com tal conduta, a litigância de má-fé, nos termos do artigo 17 do Código de Processo Civil.

180- Às fls. 4268 e seguintes, em atendimento ao Ofício/Gab/HTR nº 46/00, esclarecem que o fabricante do refrigerante “Pitchula” é franqueado da Cia. ANTARCTICA no Estado de Goiás, produzindo, além de sua própria linha de produtos, os da ANTARCTICA. Aduz que inexistente qualquer contrato de distribuição entre a ANTARCTICA e o fabricante dos refrigerantes “Pitchula”, motivo pelo qual considera prejudicado esse item. Menciona, por fim, que a distribuição dos produtos ANTARCTICA é feita por produtores independentes, não abrangendo a distribuição de produtos de terceiros, desconhecendo, dessa forma, qualquer relação de seus distribuidores com o fabricante dos refrigerantes “Pitchula”.

181- Às fls. 4270/72, em atendimento ao Ofício HTR nº 71/00, apresentam dados sobre a localização e capacidade produtiva das plantas industriais das Requerentes.

182- Às fls. 4273/4307, as Requerentes, em resposta ao Ofício/Gab/HTR nº 46/2000, oferecem memorial, manifestando-se sobre o parecer da Secretaria de Direito Econômico, no qual alegam, a saber:

- 1- Que a Secretaria de Direito Econômico “fechou os olhos para os aspectos positivos da operação”, manifestando-se, desde o começo de forma tendenciosa;
- 2- Que a Secretaria distorceu o significado dos dados, lançando suspeitas infundadas sobre fatos favoráveis às Requerentes, acrescentando que a forma correta de apreciação dos aspectos concorrenciais será demonstrada de forma pormenorizada pelas Requerentes em memorial que será posteriormente apresentado;
- 3- Destacam que a SDE, para refutar o argumento das Requerentes não considerou as evidências de que o consumidor considera maior utilidade na compra, em conjunto, dos produtos cerveja e refrigerante;
- 4- Que a indústria de bebidas não vende ao consumidor final, devendo a procura ser considerada a exercida pelos intermediários e não a realizada pelos ditos consumidores finais;
- 5- No que tange à delimitação geográfica do mercado, concordam que a delimitação deva ser regionalizada, mas concluem que a SDE incorreu em falhas de análise também cometidas pela SEAE, as quais serão abordadas em memorial a ser posteriormente juntado pelas Requerentes;
- 6- Quanto à segmentação do mercado em canais, sustentam que, ao contrário do que alegou a SDE, a importância relativa dos canais de venda de cerveja nos últimos anos não impediu as tendências de aumento da participação dos descartáveis em detrimento da embalagem retornável;
- 7- A queda de participação de marcas tradicionais no mercado e a predominância de embalagens retornáveis não tem sido empecilho à entrada de novos concorrentes no mercado, nem mesmo ao vertiginoso crescimento do market share de novas marcas;
- 8- Salientam que o parecer não contemplou diversos aspectos relativos à embalagem, inclusive a utilização de embalagens PET em cervejas, ressaltando que a atitude da SDE em des-

considerar os efeitos da substituição das embalagens descartáveis deve ser desconsiderada. Aduz que as embalagens retornáveis não são uma barreira à entrada efetiva, primeiramente por que no Brasil a garrafa retornável de cerveja é de uso comum a todos os fabricantes, sendo por isso desnecessário incorrer em custos irrecuperáveis na confecção de vasilhames específicos, produzindo o avanço das embalagens descartáveis uma abundância no volume de vasilhames disponíveis no mercado;

9- Sustentam que, embora as importações não sejam elevadas, esse número tende a crescer com a globalização e que as alíquotas de importação podem ser reduzidas, fato que entendem ter sido desconsiderado pelo parecer da SDE;

10- Com relação à distribuição, entendem que a SDE lançou suspeitas infundadas sobre os números de distribuição apresentadas pelas Requerentes, acrescentando, entre outros pontos, que a mesma é uma barreira transponível. Quanto ao controle externo da distribuição, salientam que a SDE citou diversos doutrinadores, valendo-se de maneira distorcida de conceitos aplicáveis à Lei 6.404/76, tendo desconsiderado que as distribuidoras são pessoas jurídicas distintas;

11- Que os contratos constantes dos autos foram, em sua maioria, firmados há mais de dez anos, tendo algumas cláusulas caído em desuso. Conclui, por fim, que, se o poder de controle dos fabricantes sobre os distribuidores fosse consequência dos aludidos contratos, esse poder poderia ser facilmente removido mediante providências a serem tomadas em relação ao conteúdo dos mesmos;

12- No que tange às eficiências, tal como já foi colocado em outra peça processual, as Requerentes demonstram perplexidade com o fato da SDE tê-las colocado sob suspeição, considerando que, na realidade, entendem ter a Secretaria reconhecido cerca de 70% das eficiências apresentadas, considerando o disposto no art. 54, §1º, I, da Lei 8.884/94. Ao contestar o entendimento de que as informações sobre eficiências são contraditórias, inconsistentes ou prestadas sem a devida metodologia, culminam as Requerentes por admitir que o valor de parte das informações foram alteradas no curso da instrução processual;

13- Consideram absurdas as recomendações sugeridas pela SDE, tal como a venda do negócio de cerveja da ANTARC-

TICA, eis que além de problemas de distribuição, tal recomendação poderia gerar confusão quanto às políticas de marketing, à imagem do produto;

14- Aduzem que a venda do negócio Skol também não pode ser cogitada, salientando que a marca é líder no segmento de cervejas, contando com um faturamento maior do que o de toda a ANTARCTICA e, se adotada a sugestão formulada, surgiria uma empresa menor do que a maior entre as participantes da operação individualmente consideradas;

15- Colocam que a venda integral do negócio de cervejas representaria, também, a venda da rede de distribuição e que os contratos de distribuição, diferentemente do que entendeu a SDE, não podem ser simplesmente repassados sem consulta aos terceiros envolvidos, podendo as empresas distribuidoras não aceitar a cessão de seus contratos, optando pela rescisão e pagamento de indenização, o que seria extremamente oneroso.

183- Através de Ofício/Gab/HTR nº 90/00, a Conselheira-Relatora solicita esclarecimentos sobre pontos levantados pela Procuradoria¹⁶ (fls.

16 Na mencionada diligência, a Procuradoria destacou alguns aspectos e ao final solicitou, “verbis”:

“Quando da apresentação da documentação inicial referente à constituição da AMBEV, as Requerentes aduziram às fls. 43 que a ECAP, a BRACO e a BRAHMA “não fazem parte de nenhum grupo” (item I.5, anexo I).

Todavia, em declaração prestada pelo Sr. Danilo Pálmer (membro do Conselho de Administração da AMBEV) na Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, realizada em 29/09/99 (fls. 3172 e segs., vol. XI) mencionou:

“Quanto às Ilhas Cayman, como disse, a origem do grupo da BRAHMA vem do Banco Garantia, que possui uma série de empresas. A BRAHMA já era listada na Bolsa de Nova Iorque. Então, para facilitar o registro na Bolsa de Nova Iorque, a preparação da documentação, foi usada essa empresa, cujo capital é de 10 mil reais. Todo o processo de fusão ou de aquisição precisa ser registrado na Bolsa de Nova Iorque. Esse processo está em andamento. Houve apenas o uso de uma empresa para, digamos assim, facilitar o processo junto à SDE.”

Diante da declaração prestada naquela Casa Parlamentar, a Procuradoria requer sejam prestados pelas Requerentes esclarecimentos sobre a citada declaração, bem como sobre os grupos a que pertencem as empresas constantes do item I.5, subitens B.1, B.2 e B.3 (fls. 43 dos autos).

No preenchimento do Anexo I da Resolução nº 15/CADE, as Requerentes mencionaram, ainda, que a BRACO e a ECAP possuem participação em outras sociedades (fls.

4309/4311), sendo que às fls.4312/4318, as Requerentes juntam aos autos dados sobre as participações de mercado no setor de refrigerantes e, em atendimento ao que foi solicitado no Ofício/Gab/HTR 084/00.

184- Às fls 4324/4326, verifica-se diligência formulada pela Procuradoria¹⁷ a ser feita junto à Braco S.A., tendo a mesma sido deferida pela i. Conselheira-Relatora, embora não conste dos autos o ofício encaminhado.

43, item I.7, B.1. e B.2). Solicita-se, então, seja informado em que sociedades possuem as referidas empresas participação.

Requer seja juntado aos autos os atos de constituição da empresa Aditus, inclusive a lista de acionistas com mais de 5% do controle do capital votante, até o momento da AGE (Assembléia Geral Extraordinária) de 01/07/99.”

17 Em mencionado expediente a Procuradoria ressaltou a impossibilidade de manifestar-se de forma conclusiva a respeito do descumprimento ou não da medida por parte das Requerentes eis que a diligência inicialmente formulada não foi feita da forma solicitada, assim se posicionando:

“Vêm à esta Procuradoria os Autos sob epígrafe, em atendimento ao Memo Circular GAB/HTR nº 035/00 da ilustre Conselheira Hebe Romano, para análise e manifestação da diligência solicitada por esta Procuradoria às fls. 3.974 a 3.979.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a diligência solicitada pela Procuradoria, não foi encaminhada à REDE GLOBO DE TELEVISÃO.

Ressalta-se que o DESPACHO (fls. 3.974) da ilustre Conselheira-Relatora foi encaminhado as Requerentes do Ato de Concentração em análise, para as mesmas fornecerem as informações solicitada pela Procuradoria, salientando a r. Conselheira, que se documento houver, não há necessidade de se requisitar da Rede Globo.

Às fls. 4.053 a 4.061, as Requerentes em atendimento ao Ofício GAB/HTR Nº 60/2000, manifestaram-se contrariamente às denúncias formuladas pela KAISER que dizia que teria sido violada a medida cautelar concendida nestes autos, porque as Requerentes estariam “unificando suas estruturas administrativas” e adotando “condutas comerciais uniformes”, por estarem veiculando anúncios de Guaraná Antártica no seio de pacote publicitário que teria sido adquirido pela Cia. Cervejaria BRAHMA para a divulgação de publicidade dos seus refrigerantes.

Furtaram-se as Requerentes em responder satisfatoriamente a diligência solicitada por esta Procuradoria, ou seja, juntaram aos autos CONTRATO DE VEICULAÇÃO DE COMERCIAIS pela GLOBO, de todos os eventos que compreenderam o projeto “FUTEBOL 99” (fls. 4.064 a 4.117).

Juntaram também TERMO DE COMPARTILHAMENTO DE QUOTA DE PATROCÍNIO, firmado entre BRAHMA e ANTÁRTICA (fls. 4.118/4.119), para o ano de 1999.

185- Às fls. 4329/4333 as Requerentes, em resposta ao Ofício/Gab/HTR nº 51/00 esclarecem que as denúncias formuladas pela ABEVA – Associação Brasileira das Empresas Vinculada à ANTARCTICA são consubstanciadas em argumentos que se encontram sub judice e que as denúncias além de infundadas não devem ser objeto de análise por este Conselho.

186- Às fls. 4339 conta petição formulada pela Kaiser, solicitando a degravação de audiência realizada neste Conselho em 16.02.2000.

187- Em 08.03.00, as Cervejarias Kaiser tentando configurar a qualidade de interessado e, conseqüentemente, sua participação no feito e acesso aos documentos dele constantes ressalta que o CADE tem o dever de garantir a efetividade de princípios insculpidos na Constituição Federal e que a não aprovação da operação, entre outros aspectos é uma forma de exercício de tal atributo.

188- Em seguida estabelece que a doutrina norte-americana vem demonstrando ser o desinvestimento – divestiture - o remédio de maior aptidão a eliminar problemas relacionados com às altas concentrações de mercado decorrentes de fusões ou aquisições, juntando estudo formulado pela Federal Trade Commission – FTC (fls. 4373 a 4492), destacando aspectos contemplados pelo mencionado estudo.

189- Após mencionada petição as peças juntadas aos autos constam sem numeração, registrando-se a existência de petição datada de 08.03.00 por intermédio da qual as Requerentes solicitam fotocópia de parecer encaminhado pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio ao CADE.

Observa-se no referido Contrato, que a BRAHMA cede provisoriamente à ANTÁRCTICA, para veiculação de suas marcas, parte dos espaços publicitários de refrigerantes e, que a ANTÁRCTICA assume o compromisso de pagar a importância referente aos espaços publicitários cedidos, diretamente à REDE GLOBO.

Senhor Procurador-Geral, faz-se necessário para maior segurança jurídica e análise desta Procuradoria, requisitar à Rede Globo de Televisão:

a) cópia do contrato firmado entre a emissora e a Cerveja e o Refrigerante BRAHMA, para transmissão do Futebol 2000 e,

b) se existe contrato firmado de publicidade entre a emissora e a Companhia Antártica Paulista – Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (“Antártica”), na transmissão do Futebol 2000, Nacional e Internacional.

Cumprido esclarecer que tal requisição à Rede Globo de Televisão é de fundamental importância à análise do descumprimento da medida preventiva objeto do r. despacho da i. Conselheira-Relatora.

190- Em seguida, consta petição datada de 21.02.00 através da qual as Cervejarias Kaiser solicitam à i. Relatora data para realização de audiência pública, oportunidade em que a peticionaria diz que apresentaria esclarecimentos relacionados à operação, verificando-se na parte inicial da peça despacho da douta Relatora ressaltando que o pedido seria analisado quando da prolação de seu voto.

191- Posteriormente, verifica-se a juntada de petição protocolizada pelas Cervejarias Kaiser, em 17 de fevereiro do corrente, solicitando, com supedâneo no princípio da publicidade (art. 37, CF), cópia da ata da audiência havida entre os co-presidentes da AMBEV e membros do Plenário do CADE em 15 de fevereiro.

192- Com protocolo de 29 de fevereiro,¹⁸ juntaram-se aos autos em epígrafe Ofício do Gabinete do Deputado Federal Augusto Nardes, por meio do qual aquele parlamentar traz ao CADE considerações formuladas pelo Sr. Humberto Pandolpho, presidente da Kaiser, pugnando pelo desfazimento da operação.

193- Em seguida, a Conselheira-Relatora ordena a juntada aos autos de manifestação de cidadão, senhor Marcos Miranda, aonde o mesmo descreve a atuação da ANTARCTICA na cidade em que reside, em Ribeirão Preto, a aquisição por essa da Cervejaria Paulista que antes com ela concorria regionalmente, tendo o Pingüim que pertencia àquela cervejaria, após a aquisição, elevado no nome da ANTARCTICA, bem como sua qualidade, entre outros aspectos.

194- Através do Ofício/Gab/HTR nº 96/00, a i. relatora encaminha a Cervejarias Kaiser, por intermédio de seu patrono, cópia da degravação da audiência realizada com mencionada empresa e membros desta Autarquia.

195- Em seguida é juntado aos autos petição formulada pela Cervejarias Kaiser Brasil S. A através da qual é pedido o “imediato afastamento da Conselheira Hebe Romano da relatoria do presente Ato de Concentração, que deverá ter seu processamento suspenso, inclusive para os efeitos dos parágrafos 6º. e 7º. do art. 54, da Lei n.º 8.884/94, com fundamento no parágrafo 5º. do art. 4º. da mesma Lei, aplicado por analogia” e, “que se aguarde o encer-

18 No verso do aludido ofício (Of./Gan/nº 117/00) consta certidão de que o mesmo só foi juntado aos autos em 08.03.00 em virtude do feriado de Carnaval)

ramento do Inquérito Policial interrompendo-se o prazo previsto para o CADE proferir sua decisão, permanecendo suspensa a tramitação do processo até que se recomponha o quorum mínimo para que uma decisão isenta seja proferida.”

196- Fundamenta seus pedidos, em apertada síntese, nos seguintes fatos e razões de direito:

1- “Grave contradição” entre os depoimentos do advogado Airton Soares da Silva, da insigne Conselheira Hebe Romano, de seu marido Mário Júlio Pereira da Silva e do Presidente do CADE Dr. Gesner Oliveira, prestados nos autos do inquérito policial em andamento na Polícia Federal em Brasília;

2- A imprensa vem insistentemente reportando que a Kaiser estaria envolvida no suposto esquema de suborno e que a fonte de tais notícias tem sido o próprio CADE;

3- Após o polêmico encontro entre o advogado Airton Soares da Silva e a eminente Conselheira Hebe Romano, a Kaiser “vem sendo tratada de forma estranha pela il. Relatora”, apontando fatos que serviriam de suporte a esse comportamento;

4- Entende que, por todos estes fatos, a Conselheira Hebe Romano perdeu a sua imparcialidade para julgar a fusão da BRAHMA com a ANTARCTICA, a partir do momento em que, aparentemente, deu crédito à suposição de que a Kaiser estaria envolvida no controverso esquema de suborno;

5- O comportamento tendencioso e inexplicável da Relatora, não se coaduna com o princípio constitucional da moralidade administrativa;

6- Requer, por fim, o afastamento da ilustre Conselheira, por perda de sua imparcialidade, dado que se configurou a sua suspeição desde seu encontro com o advogado Airton Soares.

197- Em seguida, foi juntado aos autos decisão do MM. Juízo da 5ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária de Minas Gerais - aonde foi indeferida a concessão de medida liminar requerida pelo autor.

198- Primeiramente, fazem juntada de parecer, da lavra do Professor Calixto Salomão Filho, que corrobora o entendimento de que a definição de mercado relevante deve ser dada de forma mais ampla, abrangendo os setores de cerveja e refrigerantes sob a denominação de mercado de bebidas. Para tanto, pauta sua argumentação na teoria dos custos de transação e na formação de cluster market no setor de bebidas, tendo em vista, especialmente, a estra-

tégia de distribuição de bebidas no país. Neste sentido, o parecerista conclui, “in verbis”:

“É possível, então, concluir no sentido de que, considerando o mercado de cervejas e refrigerantes, a criação da AMBEV só vem compensar o imenso poder detido pela marca Coca-Cola. Cria-se um poder capaz de fazer frente ao da Coca-Cola que, inclusive, permitiu à Kaiser alcançar uma participação de 18% em curto período. Cria-se um poder semelhante ao da Coca-Cola – Kaiser no cluster de refrigerantes + cervejas.”

199- Ao final, o parecerista defende a aprovação da operação, por entender que qualquer restrição imposta às Requerentes, proibindo a distribuição conjunta de bebidas, estaria ferindo o princípio da isonomia, eis que poderia criar condições desiguais de concorrência entre os players, penalizando a AMBEV e favorecendo a Kaiser.

200- A seguir, lê-se o parecer da ilustre Professora Isabel Vaz, que, em apertada síntese, direciona suas reflexões para o contexto do ordenamento jurídico em que o Ato de Concentração se insere, ressaltando que nos países de economia liberal o papel do Estado se exerce mais para proteger a concorrência do que para imiscuir-se no funcionamento do mercado.

201- Na segunda parte do parecer, a autora trata de classificar a empresa como instrumento de política econômica. Nesse contexto, sustenta que a empresa é parceira do Estado na realização de seus fins sociais, de cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais inscritos na Constituição, recebendo subsídios, incentivos e proteção, pois é de seu desempenho frutuoso que surgirão as oportunidades de emprego produtivo, de aumento da riqueza e de melhoria das condições de vida da popular.

202- Quanto ao cumprimento da função social, em razão da observância dos §§ 1º e 2º do art. 54, a autora sinaliza com o aumento da produtividade como decorrência da racionalização das decisões, contando, para tanto, com as sinergias propostas no plano operacional e no plano das práticas comerciais. Por meio de preços mais acessíveis, as economias de escala geradas pela AMBEV serão repassadas aos consumidores finais.

203- No que concerne à eliminação da concorrência, como decorrência da alta participação resultante da operação, sustenta o parecer que a fusão, sendo autorizada, irá acirrar a competição entre os concorrentes nacio-

nais e os estrangeiros que aqui aportaram, desencadeando uma verdadeira, saudável e profícua batalha pela conquista ou pela recuperação de fatias do mercado.

204- Por outro lado, a questão do desenvolvimento tecnológico pode ser aferida na medida em que a empresa detentora da melhor tecnologia em um setor irá compartilhar com a outra os benefícios de uma técnica mais aprimorada a ser aplicada ao processo produtivo. O incremento das atividades tecnológicas e a intensificação dos investimentos em Pesquisa & Desenvolvimento são propostas que se tornam viáveis e extremamente interessantes, na medida em que haverá maior disponibilidade de recursos a serem aplicados nesses setores.

205- Em apoio à sua tese, a autora cita Atos de Concentração, com alta participação das empresas no mercado, que foram aprovados. Conclui a segunda parte sustentando que “negar legitimidade a essa operação seria privilegiar a concentração de capital estrangeiro no Brasil – operada por força de uma política econômica pública, condensada na Lei nº 8.031/90 – em detrimento do capital nacional e ferindo de morte o princípio constitucional da igualdade.”

206- O terceiro aspecto do Parecer trata das atribuições da SEAE, enquanto órgão destinado a colaborar na instrução dos atos de concentração. Quanto a este aspecto, doutrina a autora que o parecer da SEAE somente deve ser considerado no que pertine àquelas informações (dados técnicos), desprezando-se as conclusões valorativas que extrapolem as atribuições do órgão, sustentando, ainda, que o parecer da SEAE se desvia dos objetivos preconizados pelo Plano Plurianual 2000-2003.

207- Concluindo o Parecer, o quarto aspecto refere-se às tendências da União Européia e do CADE na apreciação dos atos de concentração. Nesse sentido, é citado o Ato de Concentração entre a Exxon Corporation e a Mobil Corporation que está sendo analisado pela FTC e submetido a ajustes para a decisão.

208- O trabalho realizado pelo CADE, afirma a autora, está consciente, realístico e compatível com a tendência mundial, sendo que o CADE não tem considerado o aumento do grau de concentração de mercado como condição necessária e/ou suficiente para que uma determinada operação apresente potencial de dano à concorrência.

209- Por fim, há parecer proferido pelo Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que refuta as conclusões do parecer da SDE. O parecerista descreveu o posicionamento da SDE e, contrariamente ao posicionamento desta Secretaria, entende estarem atendidas as condições para que seja autorizado o ato ora analisado, porquanto este resulta em aumento de produtividade, melhoria da qualidade dos bens, assim como gera eficiência e não elimina a concorrência.

210- Ressalta, ainda, que o parecer da SDE aponta “probabilidade” de abuso. Registrando, “*verbis*”:

“Probabilidade significa existência de dúvida e, neste caso, é anti-jurídico daí extrair proibição.

Enfim, se ocorre “probabilidade”, cabem não os chamados “remédios saneadores” que o parecer quer aplicar, mas os “remédios comportamentais”. Estes prevenirão a transformação da probabilidade em fato, que é o que se pretende evitar.”

I.a- DO PARECER DA SEAE:

211- A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE apresentou parecer técnico às fls. 766/852, opinando pela não aprovação da operação na forma apresentada, recomendando que para que a mesma seja aprovada, proceda-se à alienação dos ativos tangíveis e intangíveis correspondentes à integralidade do negócio de cervejas associado à marca Skol¹⁹.

19 Nesse sentido, o citado parecer técnico estabelece, verbis:

“Por ativos tangíveis e intangíveis, entende-se, entre outros:

as marcas;

as plantas necessárias a sua aprovação nos níveis compatíveis com as participações de mercados atuais, que incluem:

a Skol Filial Brasília (Gama/DF);

a Skol Filial Garulhos (Garulhos/SP);

A Skol Filial Nova Lima/MG) e

A Skol Filial Londrina (Londrina/PR).

Os contratos de distribuição do produto;

Demais contratos vinculados ao negócio Skol;

212- Acrescenta que para o cumprimento das exigências seja concedido um prazo não superior a 6 (seis) meses, a contar da aprovação do ato, sugerindo, ainda, que a prorrogação do contrato celebrado entre a BRAHMA e Miller (Ato de Concentração nº 58/95) seja reexaminada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tendo em vista que esse Ato de Concentração foi analisado quando outras condições de mercado eram vigentes.

213- Dentre outros aspectos abordados pela i. SEAE, o aludido parecer técnico contempla:

1- Define o mercado relevante, sob a ótica do produto, como sendo o de águas engarrafadas, de cervejas retornáveis no mercado frio, de refrigerantes carbonatados, eis que nos mesmos verifica-se concentração horizontal, haja vista que as Requerentes são provedores de bens ou serviços similares, sendo os efeitos de uma eventual concentração vertical existente analisada no decorrer do estudo da concentração horizontal mencionada;

2- No que tange à dimensão geográfica, destacou aquela Secretaria o papel do custo de transporte como fator mais relevante a ser considerando na delimitação geográfica do mercado de bebidas em geral, admitindo, implicitamente²⁰, que um raio de 500Km é o raio máximo viável para a oferta do produto a preços rentáveis, no que tange ao mercado de cervejas, delimitando-o em cinco grandes regiões, utilizando-se para o mercado geográfico de refrigerantes a mesma metodologia.

3- Na análise do mercado geográfico de águas engarrafadas, a i. SEAE adotou a dimensão estadual em virtude dos elevados custos de transporte e do baixo valor agregado do produto, considerando-o como o dos estados de São Paulo, Bahia e Paraná.

4- Quando do exame da probabilidade de exercício do poder de mercado, aquela Secretaria verificou que a AMBEV contaria com parcela suficientemente elevada a viabilizar tal exercício no mercado de cervejas e no mercado de refrigerantes. Nesse sentido, conclui que a entrada no mercado de cervejas

A alienação de:

uma das plantas localizadas em Cuiabá, a saber:

Cuiabana – Av. Archimedes Pereira Lima, km 2,5, Coxipó, Cuiabá/MT;

Filial Cuiabá – Av. ANTARCTICA, 2.999, Cuiabá/MT;

uma das plantas localizadas em Manaus, a saber:

Miranda Corrêa – Rua Com. Alexandre Amorim, 26, Manaus/AM;

Filial Manaus – Av. Constantino Nery, 2.575, Manaus/FAM.

20 Diante de informações colhidas das Requerentes e de outras concorrentes o raio de transporte economicamente viável para cervejas como o de 500 Km.

precisaria 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 e em distribuição e deveria, também, ocorrer geograficamente nos cinco mercados relevantes definidos.

5- Já no mercado de refrigerantes, não obstante a diferenciação de alguns produtos como a Coca-Cola, que se mantém, em média 100% mais caros que as tubaínas, há possibilidade de posteriores reduções no preço, caso a participação dessas (tubaínas) seja incrementada, concluindo-se, portanto, que a entrada no mercado de refrigerantes é fácil e suficiente, tornando pouco provável o exercício de poder de mercado da AMBEV neste segmento.

6- Com relação à análise das eficiências apresentadas, a SEAE entendeu que passíveis de serem aceitas representariam uma redução máxima nos custos de 6,9%, bem inferior aos 14,1% alegados pelas Requerentes.

I.b- DO PARECER DA SDE:

214- A Secretaria de Direito Econômico, às fls. 3637 a 4839, posicionou-se sobre a operação, considerando tempestiva a apresentação do ato, definindo a operação como sendo a constituição da Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, sucessora legal, por incorporação, da Companhia ANTARCTICA Paulista – Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (“ANTARCTICA”), e atual controladora da Companhia Cervejaria BRAHMA (“BRAHMA”), envolvendo os mercados de fabricação de cervejas, refrigerantes, águas, chás, sucos, isotônicos e malte.

Primeiramente, quanto à definição do mercado relevante na dimensão do produto demonstraram a inadequação da definição apresentada pelas Requerentes, como sendo o “mercado de bebidas”. Afastando a existência de um Cluster no mercado de bebidas estabelecem que:

“Definir um cluster market implica desprezar a elasticidade da demanda, ou seja, a substituíbilidade entre bens da cesta de produtos aos olhos do consumidor final, o que, se feito erroneamente, pode ter conseqüências nada triviais na análise do poder de mercado dos agentes econômicos. Assim, é natural que a autoridade antitruste não o faça em mercados, como o de bebidas, em que apenas um dos requisitos necessários, o das economias de escopo, está presente. Como consta do parecer, em comentário: “as economias de escopo não são, no en-

tanto, capazes por si só de determinar o agrupamento entre produtos”.

215- Concluiu que os mercados sob a ótica do produto são os de as, refrigerantes, águas, chás, isotônicos e sucos.

216- Restringiu sua análise apenas aos mercados afetados pela operação, desconsiderando, então, os mercados relevantes de chás, sucos e isotônicos, tendo em vista a inexistência de concentração horizontal, concluindo que no mercado de água a concentração dá-se insignificamente e que no mercado de refrigerantes, a operação produz efeitos pró-competitivos, frente a posição dominante da Coca-Cola. Quanto ao mercado relevante de cervejas, este é profundamente afetado pela operação, “devendo ser objeto de preocupação das autoridades de defesa da concorrência”.

217- Quanto à definição da dimensão geográfica do mercado relevante, acompanhou a identificação da SEAE, incluindo os Estados brasileiros que haviam sido descartados, a saber: Mercado 1: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná; Mercado 2: São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Minas Gerais, Goiás e Distrito Federal; Mercado 3: Mato Grosso e Mato Grosso do Sul; Mercado 4: Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá e Tocantins; e Mercado 5: Amazonas, Roraima, Rondônia e Acre.

218- Tendo por problemático o mercado de cervejas, a SDE passou a analisar, suas características estruturais, abordando para tanto as Estrutura da Oferta e da Demanda; Tendências de Substituição das Embalagens Retornáveis pelas Descartáveis; Importações; Distribuição e, Conclusões dos Estudos Econométricos, concluindo sucintamente que:

219- A operação gera participações de mercado bastante elevadas, tendo apurado, através de dados fornecidos pela AC Nielsen, Sindicerv e estimativas da SEAE, as seguintes participações:

Participação em Volume das Empresas no Mercado 1	
Empresa	Participação de Mercado (em %)
ANTARCTICA	23,8%
BRAHMA	19,1%
SKOL	22,2%

AMBEV	65,1%
Kaiser	21,4%
Schincariol	5,8 %
Outros	7,7 %

Fonte: Nielsen, Sindicerv e SEAE / Elaboração: SEAE

Nota: Mercado 1: RS, SC e PR.

Participação em Volume das Empresas no Mercado 2

Empresa	Participação de Mercado (em %)
ANTARCTICA	21,7%
BRAHMA	23,8%
SKOL	28,3%
AMBEV	73,8%
Kaiser	14,3%
Outros	11,9%

Fonte: Nielsen, Sindicerv e SEAE / Elaboração: SEAE

Nota: Mercado 2: SP, RJ, MG, ES, GO e DF.

Participação em Volume das Empresas no Mercado 3

Empresa	Participação de Mercado (em %)
ANTARCTICA	19,6%
BRAHMA	19,1%
SKOL	37,0%
AMBEV	75,7%
Kaiser	13,3%
Outros	11%

Fonte: Nielsen, Sindicerv e SEAE / Elaboração: SEAE

Nota: Mercado 3: MT e MS.

Participação em Volume das Empresas no Mercado 4

Empresa	Participação de Mercado (em %)
ANTARCTICA	43,1%
BRAHMA + SKOL	37,7%
AMBEV	80,8%
Kaiser	9,8%
Schincariol	6,0%
Outros	3,4%

Fonte: Nielsen, Sindicerv e SEAE / Elaboração: SDE

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

Participação em Volume das Empresas no Mercado 5

Empresa	Participação de Mercado (em %)
ANTARCTICA	73,4%
BRAHMA	18,4%
AMBEV	91,8%
Kaiser	8,2%

Fonte: Nielsen, Sindicerv e SEAE / Elaboração: SDE

Nota: Mercado 5: AM, AC, RO e RR.

Ao considerar, que a distinção entre os canais de consumo é necessária, por influenciar a dinâmica concorrencial do mercado de cerveja, conclui que

“Atualmente, o canal bar é responsável por mais da metade do consumo de cerveja no país, enquanto os demais canais (tradicional e auto-serviço) dividem eqüitativamente a outra metade. Os dados indicam que as participações dos canais de consumo estão estáveis, não havendo razões para esperar alterações significativas em um futuro próximo”.

220- Menciona que a substituição das embalagens retornáveis por descartáveis é tendência que se acentua no canal auto-serviço, sendo mais lenta nos canais tradicional e bar.

221- Ao analisar os argumentos despendidos a cerca do importante papel das importações no mercado relevante, a SDE considerou como desprezíveis, não afetando substancialmente a dinâmica concorrencial, fundamentando que a tarifa de importação que chegou a ser de 8%, hoje é de 23%, e o barateamento do real frente ao dólar também reflete-se no custo do frete.

222- Considerou a distribuição elemento “chave” para o mercado “tendo em vista a dificuldade de organização de uma rede de distribuição capilar num território de dimensões continentais, ou em parte dele”, classificando, ainda, a relação de sujeição dos distribuidores para com as fábricas como uma “relação de controle externo”.

223- Conclui, a análise das características estruturais do mercado, abordando os estudos econométricos destinados a estimar as elasticidades-preço das principais marcas de cervejas do mercado brasileiro e suas respectivas elasticidades-cruzadas, apresentados pelas Requerentes, pela Kaiser, e promovido pela própria Secretaria. Considerou-os “insuficientes para explicar, de forma conclusiva, a dinâmica do mercado de cervejas”.

224- A fim de demonstrar que a operação resulta em uma posição dominante da empresa e de seus possíveis efeitos prejudiciais ao consumidor, a SDE analisa as barreiras à entrada, concluindo que as mesmas são bastante elevadas. Ao considerar as características estruturais do mercado relevante de cervejas e as altas barreiras a entrada de novos concorrentes, concluem que a operação eleva consideravelmente o poder de mercado das requerentes.

225- Comprovado o poder de mercado, advindo da operação, e assim a grande possibilidade de danos aos consumidores por parte das requerentes, a SDE fez a necessária análise das eficiências da operação, ao qual:

226- Restringindo-se a apreciação da primeira e terceira condições elencadas pela lei antitruste brasileira, ou seja, o aumento da produtividade e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico, **CONCLUIU QUE A OPERAÇÃO GERA MELHORIAS**, embora em níveis diferentes dos apresentados pelas Requerentes, atendendo, assim aos requisitos do Inciso I, do § 1º, do art. 54 da Lei 8.884/94.

227- No início da análise a SDE fez considerações quanto a “credibilidade das informações prestadas pelas requerentes” e a “transferência de práticas gerenciais”. Chamou atenção para a contraditoriedade das informações prestadas pelas requerentes, “restando a impressão de que tais dados não teriam fundamento concreto, uma vez que as metodologias de cálculo foram alteradas substancialmente no apagar das luzes da instrução processual”.

228- Para tanto, relatam que após a apresentação de memorial, pelas requerentes, somado a sua primeira manifestação a respeito das eficiências da operação, ao que totalizaram mais de 400 páginas, novas dúvidas surgiram por parte da SDE.

229- Em nova reunião objetivando os devidos esclarecimentos, as requerentes foram ouvidas, restando os cálculos de algumas das eficiências demonstrados de maneira totalmente diverso dos constantes dos documentos apresentados anteriormente, mas que acabaram resultando nos mesmos números apresentados originalmente(ou com pequenas diferenças).

230- O mesmo não ocorreu quanto às eficiências obtidas na distribuição, que, embora o total seja semelhante ao apresentado inicialmente, a composição dos ganhos ficou completamente alterada, com diferenças da ordem de quase 3 vezes entre os números apresentados nos memoriais e os trazidos na reunião de 10 de janeiro.

231- A SDE demonstrou que as requerentes apresentaram valores dos somatórios das eficiências diferentes ao longo do processo, como também para a área de informática que ao alterarem a metodologia do cálculo, no decorrer do processo, o valor chegou à diferença de até onze vezes no caso da ANTARCTICA, e cinco vezes no caso da BRAHMA. Também, ressalva que deve ser atenuada a aceitação das eficiências decorrentes da transferência de práticas gerenciais, pois traria brandos ganhos para a nova empresa, “mas dificilmente na medida e no espaço de tempo sugeridos pelas requerentes.”

232- Ao término de suas considerações preliminares passou, então, ao exame das alegações das requerentes, a saber:

233- Com relação a eficiências na área industrial, não admitiram a metodologia de cálculo apresentada pelas requerentes, mencionando, e que não teriam aplicado o valor internacionalmente adotado para utilização média das fábricas, e, novamente, a ocorrência de contradições e alterações nestas metodologias.

234- Dentre as eficiências na área industrial inclui “Transferências das Melhores Práticas”, “Redução dos Custos de Puxada”, “Redução dos Custos Variáveis / Embalagens PET / CO2”, a saber:

235- Quanto a transferência das melhores práticas, analisou os custos apresentados pelas fábricas como fixos em detrimento das definidas pela teoria econômica, sendo aluguéis de imóveis, despesas gerais (parte), pessoal (pequena parte), informática, jurídico, manutenção (parte), e terceiros (parte), afirmando, ainda, que os custos que foram desconsiderados, como fixos, por aquela Secretaria, seriam tidos como variáveis, “passíveis de redução pela operação e assumidos como eficiências, com a ressalva de que, dificilmente, o valor a ser obtido será o defendido pelas requerentes, em função do que já se observou antes quanto à possibilidade de transferência de experiências entre as empresas.”

236- Quanto à redução dos custos de puxada considerou que a eficiência não se verifica nos limites da operação, já que a retirada dos produtos da fábrica, é de responsabilidade dos distribuidores, bem como seus custos são arcados pelos mesmos. As Requerentes, durante o processo, afirmaram a independência dos distribuidores em relação às fábricas e das redes de distribuição entre si, além do fato de que a otimização dos roteiros de entrega pode ser feita independentemente da participação das fábricas.

237- Relevante mencionar que a SDE não desconsiderou o fato de que a possibilidade de produção de todas as marcas de cervejas da AMBEV em qualquer das plantas deve trazer uma maior flexibilidade para a puxada, aproximando alguns distribuidores da unidade de produção, entretanto considerou que essa eficiência tem limites na capacidade instalada nas fábricas, até mesmo pela dificuldade da realização de um cálculo preciso do número da otimização, devido a quantidade de variáveis envolvidas, e, além da existência de outros fatores limitativos da redução de caminhos, entre os quais a disponibilidade de estradas (rotas alternativas) entre a fábrica e o distribuidor, e a proximidade entre unidades produtivas.

238- Quanto à redução dos custos variáveis admitiu o valor alegado pelas requerentes a, posto que seria tanto possível qualquer unidade da ANTARCTICA, chegar aos mesmos índices de produtividade da BRAHMA, como, eventualmente poderia não ocorrer.

239- Quanto às embalagens PET considerou como razoáveis as economias a serem obtidas na racionalização do uso de equipamentos para sopro das mesmas.

240- Ainda, quanto ao CO₂, embora as Requerentes não tenham mencionado o seu custo de manuseio e de seu transporte entre unidades, admitiu os valores alegados pelas requerentes.

241- Quanto à renegociação da dívida da ANTARCTICA a SDE considerou como discutível a aceitação desse ponto como uma eficiência de operação para os fins do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94, não aceitando o valor apresentado pelas requerentes, diante de argumentos inconsistentes e contraditórios. Refutou a argumentação de que a Antactica teria possibilidade de conseguir taxas mais baixas, semelhantes as da BRAHMA, afirmando que, principalmente em capitações externas, o risco de crédito inclui outros fatores que não só o endividamento líquido e o patrimônio, o que não haveria sido considerado pelas requerentes.

242- Quanto à unificação das administrações considera os valores apresentados pelas requerentes, ligeiramente superestimado, sob a argumentação de uma dupla contagem, ao que as fábricas a serem desativadas, certamente, teriam custos administrativos.

243- No que diz respeito à implantação das melhores práticas, a SDE não a aceita como eficiência, proveniente da operação, mantendo os argumentos apresentados para a área industrial, ao ponto que “a simples transposição de melhores práticas não se dá automática ou rapidamente”, acrescentando, ainda, que a diferença de custos de uma empresa para outra não seria muito grande, tendo sido desconsiderada a redução de contingente administrativo, advinda da “unificação das administrações”, e pelo fato de estas eficiências não terem qualquer relação com o negócio de bebidas, e que poderiam, também ser obtidas sem a operação.

244- Quanto à redução do gastos com informática, considera a SDE, que os dados apresentam certa inconsistência, diante, principalmente, do fato de não terem sido considerados os custos e o prazo de substituição de um sistema de informática para outro.

245- Dentre as eficiências na distribuição, considerou como pontos a serem analisados:

O programa de produtividade na rede de distribuição, aonde as requerentes afirmam que a economia seria obtida através da adoção de um software que já

seria usado no sistema de distribuição da BRAHMA e da ANTARCTICA, gerando efeitos positivos na entrega dos produtos, no armazenamento, na puxada, nas vendas e na área administrativa.

246- Destacadas pela SDE, novamente, disparidades entre as informações e os números apresentados pelas Requerentes, recordou que “a operação analisada se dá no setor produtivo e não no setor de distribuição, ou seja, a análise de eficiências geradas na distribuição só são plausíveis como externalidades, não podendo ser utilizada para comparações com o desempenho das empresas BRAHMA e ANTARCTICA antes e depois do Ato de Concentração”, acrescentando que nada poderia garantir que a implantação do mesmo software utilizado pela BRAHMA e SKOL, na ANTARCTICA, traria resultados iguais para empresas diferentes, e que a análise as melhorias obtidas no armazenamento e na administração não podem ser atribuídas à concentração das fábricas de cerveja, até mesmo, pela independência das distribuidoras em relação aos fabricantes.

247- Quanto à otimização da frota de puxada, a SDE, reafirmou que as economias ocorreriam no sistema de distribuição, que não é objeto da operação em comento, sendo absorvidas pelos distribuidores, e não pelas fábricas.

248- Entretanto, ressaltando a possibilidade de uma melhor utilização da frota, em razão da mudança do mix de produção das fábricas, e através desta, uma possível mudança do perfil da frota, o que poderia ser considerado, também, como uma externalidade, aceitou os valores apontados pelas Requerentes, embora, os custos das mudanças de frota não estivessem incluídos.

249- Com relação a eficiências nas áreas de suprimentos, a SDE admitiu como razoável o valor apresentado, “vez que os ganhos de escala oriundos da operação podem permitir às empresas negociar melhores preços em alguns dos seus insumos”

250- Dentre as eficiências na área comercial considerou como pontos a serem analisados a questão dos “Repositores” e a “Unificação de Diretorias Regionais / Redução de Diretores e Staff”.

251- Quanto aos repositores, a SDE admitiu os valores expostos pelas Requerentes, em virtude da possibilidade da desnecessidade da manutenção de duas equipes de reposição em supermercados, bem como a apresentação de um software, que apontava economias no seguimento.

252- No que tange às eficiências na área de suprimentos admitiu como razoável os valores apresentados, vez que os ganhos de escala oriundos da operação podem permitir às empresas negociar melhores preços em alguns dos seus insumos.

253- Finda análise do inciso I, passou, então, a analisar a Repartição com o Consumidor dos Ganhos da Operação, considerou como não preenchido o requisito disposto no inciso II, do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94, justificando que nada obriga as Requerentes a abrir mão de lucros maiores.

254- Refutou os argumentos apresentados pelas requerentes, que afirmaram que a operação não lhes dará poder de mercado suficiente para elevar preços. Sustenta que a operação conferirá amplo poder de mercado à AMBEV, complementando que as redes de distribuição não têm condição de preservar a competição, podendo as fábricas podem se apropriar de todo o ganho de eficiências – o preço fábrica tem pouca vinculação com os custos. Assim os distribuidores, varejistas e consumidores provavelmente não compartilharão dos ganhos nessas áreas.

255- Afirma que a teoria econômica parte do pressuposto que as empresas maximizam os lucros, mas não os repartem, exemplificando que outras cervejarias já praticam preços mais baixos, e quanto a BRAHMA “Se não o fizeram, quando isoladamente detinham menor poder de mercado e a competição era mais efetiva, uma vez unidas, com poder notavelmente maior e uma sensível redução na concorrência, dificilmente, adotarão a política de diminuição de preços.”

256- Ainda, demonstraram que nem sempre os preços de cerveja foram decrescentes no período de melhorias gerenciais, principalmente pelo fato das cervejas BRAHMA e SKOL possuírem preços muito semelhantes aos da ANTARCTICA, que diferem, e muito, em ganhos de produtividade.

257- Como, a SDE considerou não comprovado o compartilhamento, passa a análise dos demais requisitos – a operação é necessária por motivo relevante para o interesse da economia nacional e do bem comum e que não traz prejuízos ao consumidor:

258- Considera que não há motivo preponderante da economia nacional e do bem comum (art. 54, § 2º), justificando que “a inserção competitiva da AMBEV no mercado internacional, não compensaria a eliminação da concorrência decorrente do ato em exame e nem os prejuízos que podem ser

suportados pelo consumidor brasileiro em virtude do exercício de poder de mercado da companhia”, completando, que seria difícil considerar o interesse da economia nacional em uma operação que traz ganhos exclusivamente privados, e que preponderante seria a defesa da concorrência, princípio consagrado constitucionalmente.

259- Já o inciso III do § 1º do art. 54 da Lei 8.884 condiciona a aprovação da operação à não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante, ao qual a SDE apurou, em todos os cinco mercados, problemas sérios em termos de redução de concorrência

260- As explicações das Recorrentes de que uma certa dinâmica concorrencial impediria a redução da competição no setor não ocorreram de modo convincente e, ao contrário, há diversos elementos indicativos no sentido de que parte substancial dos mercados afetados terão significativa redução da competição.

261- Ainda todos os dados estudados pela SDE apontaram para uma reduzida penetração de outras marcas no mercado e sua menor aceitação em relação às marcas AMBEV, concluindo, portanto pelo não preenchimento deste requisito.

261- Assim, restou a análise da Superação dos Limites Necessários para o Alcance dos Objetivos do Ato (Art. 54, § 1º, IV).

262- Considera a SDE que este inciso exige que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

263- O objetivo declarado pelas requerentes é o de tornar-se uma companhia competitiva em níveis internacionais.

264- Devido as dificuldades de entrada em outros mercados (internacionais), afirma a SDE, que restariam duas alternativas à tentativa de expansão da AMBEV: adquirir empresas líderes de países latino-americanos e associar-se a empresas já existentes.

265- Para associar-se às principais cervejarias de países latinos, a BRAHMA não precisa estar unida à ANTARCTICA, pois o capital envolvido está dentro das possibilidades financeiras da BRAHMA.

266- Para ANTARCTICA o mesmo poderia ocorrer, mas ressalvando-se, a necessidades de, primeiramente, equacionar o seu problema financeiro, o que pode ser feito sem a BRAHMA através venda de alguns de seus ativos.

267- Ainda, a aquisição de empresas líderes em mercados estrangeiros seria mais viável para a BRAHMA, levando em consideração a difícil situação financeira da ANTARCTICA.

268- Conclui então que, na verdade, à parte esses planos internacionais, a BRAHMA viu a oportunidade de fazer um excelente negócio: assumir uma empresa com dificuldades financeiras de curto prazo, mas com grandes ativos e fluxo de caixa positivo, e simultaneamente, estaria eliminando o maior competidor, e processo concorrencial, junto com ele.

269- Assim, considera que a quase totalidade das eficiências a serem obtidas na ANTARCTICA poderia ser alcançada sem a operação, sendo o propósito declarado pelas requerentes pouco plausível, ou seja, a operação vai além dos limites necessários para alcançar os objetivos visados.

270- Diante de suas exposições a SDE conclui que “(i) nos mercados relevantes de chás, sucos, isotônicos, águas e refrigerantes, a operação deve ser aprovada, sem restrições; (ii) no mercado relevante de cerveja, a operação não atendeu aos requisitos legais do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, não devendo ser aprovada da forma como foi apresentada. Assim sendo, passa-se a examinar qual seriam as medidas necessárias para adequar a operação aos parâmetros legais.”

271- Alegando, assim, a finalidade de assegurar a livre a concorrência nos mercados relevantes; em específico, o de cervejas e, para que o consumidor brasileiro tenha acesso a produtos de qualidade, a preços competitivos, entendeu a Secretaria de Defesa Econômica pela adoção de medidas para a aprovação do presente ato.

MEDIDAS:

(i)Alienação englobada, para um único comprador, de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes. Isto é, deve ser desinvestido o negócio SKOL, ou negócio BRAHMA, ou o Negócio ANTARCTICA;

- (ii) O desinvestimento deve incluir todos os ativos tangíveis e intangíveis necessários à viabilidade do negócio, incluindo, dentre outros, capacidade produtiva, marcas, contratos de distribuição e contratos de associação com cervejarias estrangeiras;
- (iii) O desinvestimento deve incluir capacidade produtiva em todas os mercados relevantes geográficos, especialmente nos mercados 3 e 5, onde apenas as requerentes possuem fábricas;
- (iv) O prazo máximo para o desinvestimento deve ser fixado em seis meses, a contar da decisão final do CADE, sob pena de desconstituição da operação, conforme o § 9º da Lei nº 8.884/94;
- (v) O plano de desinvestimento, com relação detalhada dos ativos a serem alienados, bem como a modelagem da alienação, deve ser apresentado previamente ao CADE;
- (vi) O comprador do negócio não deve manter nenhuma relação direta ou indireta com os grupos econômicos a que pertençam as requerentes ou com seus administradores;
- (vii) O comprador do negócio deve ser aprovado pelo CADE, que verificará sua independência e a viabilidade de seu plano de investimentos;
- (viii) A medida cautelar adotada pelo CADE deve permanecer vigente até que seja concluída a alienação do negócio.

II- DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS:

II.a- COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA :

272- A Cia. Cervejaria BRAHMA é uma empresa de nacionalidade brasileira, de capital aberto, com sede no Rio de Janeiro, atua na produção e venda de cervejas, chopp e refrigerantes, além da importação de matérias-primas e exportação de produtos ligados à sua atividade produtiva.

273- A empresa é a quinta maior cervejaria do mundo e a maior da América Latina. O mercado de cervejas no Brasil corresponde a cerca de 82 milhões de HL, e a Companhia responde por 48% deste volume, com suas principais marcas BRAHMA Chopp e Skol. A BRAHMA vem expandindo

suas operações em outros mercados da América Latina e, depois de cinco anos de atuação, já detém cerca de 12% do mercado de cervejas tanto na Argentina como na Venezuela.

274- A Companhia também produz e distribui as marcas internacionais Miller e Carlsberg, mantendo um contrato de licenciamento com a Carlsberg e uma Joint Venture com a Miller Brewing.

275- Em 1998, a BRAHMA tornou-se a segunda maior produtora de refrigerantes no Brasil, em razão de um contrato de franquia assinado com a Pepsi para produzir e distribuir a linha de refrigerantes Pepsi.

276- De acordo com o Estatuto Social, a BRAHMA tem por objetivo produzir e vender cerveja, refrigerantes e demais bebidas, concentrados, matérias-primas e seus subprodutos; malte, cevada, gelo, gás carbônico e embalagens; atividades agrícolas e a industrialização e o comércio de materiais de promoção e propaganda, a prestação de serviços de informática, de assistência técnica, mercadológica e administrativa.

277- Seu capital social é de R\$ 989.117.624,08 (novecentos e oitenta e nove milhões, cento e sete mil, seiscentos e vinte e quatro reais e oito centavos), dividido em 2.635.679.468 bilhões ações ordinárias e 4.287.944.559 ações preferenciais, sem valor nominal.

278- Além de atuar nos mercados de chopp, cerveja e refrigerante, a BRAHMA possui um portfólio de marcas, que também inclui bebidas isotônicas, chás e águas. As marcas BRAHMA são as seguintes:

BRAMA CHOPP	MILLER	TÔNICA BRAHMA
BRAHMA LIGHT	PEPSI	SUKITA
SKOL	PEPSI LIGHT	LIPTON ICE TEA
SKOL BOCK	GUARANÁ BRAHMA	MARATHON
CARACU	GUARANÁ BRAHMA LIGHT	FRATELLI VITA
CALSBERG BEER	7 UP	FONTI

279- Antes da constituição da AMBEV, eram suas controladoras a Empresa de Consultoria, Administração e Participações – ECAP, com 30,65% de participação em seu capital votante, e a BRACO S.A, com 24,43%. O restante das ações da empresa estão distribuídas entre acionistas minoritários no mercado. O faturamento da BRAHMA em 1998 foi de R\$6,8

bilhões no Brasil, no Mercosul foi de R\$ 6,9 bilhões e no mundo de R\$ 7 bilhões.

II.b- COMPANHIA ANTARCTICA PAULISTA - INDÚSTRIA BRASILEIRA DE BEBIDAS E CONEXOS:

280- A empresa é de nacionalidade brasileira, sociedade anônima de capital aberto, com sede na Capital do Estado de São Paulo. Em 1994 a FUNDAÇÃO ANTÔNIO E HELENA ZERRENER, Instituição Nacional de Beneficência tornou-se acionista majoritária da empresa.

281- Em 1984 foi constituído o Grupo ANTARCTICA, permanecendo a Companhia Antartica Paulista no comando junto às demais empresas do Grupo.

282- A empresa dedica-se às atividades de produção e comércio de cervejas. Tendo posteriormente ampliado sua atuação para bebidas em geral (refrigerantes, gelo e gás carbônico).

283- A ANTARCTICA no ano de 1998, obteve faturamento de R\$ 3,2915 bilhões no Brasil, R\$ 32,966 bilhões no Mercosul e R\$ 3,2989 bilhões no mundo.

284- Em resumo, as Requerentes celebraram atos societários reunindo sob o mesmo controle acionário as empresas BRAHMA e ANTARCTICA, por meio da constituição de uma nova empresa denominada Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV, cujo Capital Social é de R\$ 447.775.109,44, dividido em 1.911.437.298 ações ordinárias e 67.149.378 ações preferenciais, todas sem valor nominal. As ações estão distribuídas entre as empresas acionistas FAHZ, BRACO e ECAP.

III – DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

III.a – DA MEDIDA CAUTELAR:

285- No intuito de assegurar que o processo desenvolvesse seu trâmite normal até conclusão e julgamento final, assegurando o seu resultado útil e sem que o lapso de tempo necessário e imprescindível à análise do Ato de Concentração pudesse causar danos irreparáveis ao mercado, a Conselheira-Relatora adotou a Medida Cautelar, com homologação por unanimidade pelo Plenário do CADE, com fulcro no art. 9º, IV da Lei nº 8.884/94. O r. despacho considerou, “in verbis”:

“1º O Processo de fusão, cuja análise iniciou-se em 02 de julho de 1999, deverá levar no mínimo 120 (cento e vinte) dias para ser apreciado pelo CADE. Durante este espaço de tempo poderão ocorrer significativas alterações do mercado e na concorrência do setor de bebidas;

2º Caso ocorra algum fato que venha a prejudicar a concorrência no mercado de forma irreversível, qualquer decisão do CADE, ao final do processo, poderia não atingir plenamente os objetivos da Lei.”

286- Quanto às razões de direito, a Conselheira fundamentou seu despacho na Constituição Federal art. 173, § 4º, que determina 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”, sem esquecer o art. 83 da Lei nº 8.884/94, que trata da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

287- Neste aspecto, cita, no Livro do Processo Cautelar, do Código de Processo Civil, o poder geral de cautela do juiz sempre que este vislumbrar riscos de danos jurídicos em razão da demora no julgamento do processo. Conclui a fundamentação, ressaltando que o art. 1º da Lei nº 8.884/94 trata não só da repressão, mas também da prevenção às infrações contra a ordem econômica.

288- Quanto ao poder geral de cautela do julgador, cumpre transcrever a sempre salutar lição de Nelson Nery²¹, ao comentar o art. 798 do CPC, “in verbis”:

21 *Op. Cit.*, pág. 1220.

“5. Discricionarieidade do juiz. Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da cautela, pois tem o dever de concedê-la. É certo que existe certa dose de subjetividade na aferição da existência dos requisitos objetivos para a concessão da cautelar. Mas não menos certo é que não se pode falar em poder discricionário do juiz nesses casos, pois não lhe são dados pela lei mas de um caminho igualmente legítimo, mas apenas um (Nery, Recursos, 401).”

289- O poder cautelar geral do juiz vem tratado por Vicente Greco Filho²² da seguinte forma, “in verbis”:

“Além dos procedimentos cautelares específicos regulados no Código, o juiz poderá determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Neste caso, para evitar o dano, o juiz poderá autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (arts. 798 e 799).

Este é o chamado poder cautelar geral do juiz e que se justifica porque não poderia o legislador prever todas as hipóteses em que bens jurídicos envolvidos no processo fiquem em perigo de dano e muito menos todas as medidas possíveis para evitar que esse dano ocorra.(...)

O infinito número de hipóteses em que a demora pode gerar perigo torna impossível a previsão específica das medidas cautelares em número fechado, sendo, portanto, indispensável um poder cautelar geral que venha a abranger situações não previstas pelo legislador. Este disciplinou os procedimentos cautelares mais comuns ou mais encontradiços, cabendo ao próprio juiz da causa adotar outras medidas protetivas quando houver, nos termos da lei, fundado receio de lesão grave e de difícil reparação.” (Grifou-se)

22 In, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 12ª edição, editora Saraiva, 3º vol., pág. 154.

290- No mesmo sentido, a jurisprudência a seguir colacionada, citada por Humberto Theodoro Júnior²³ ao comentar o art. 798 do CPC é emblemática:

“Os arts. 798 e 799 conferem ao juiz poder cautelar geral, via do qual fica autorizado a ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte” (ac. Unân. Da 5ª T. do TFR no Agr. Nº 52.070-PI, Rel. Min. Torreão Braz; Dj de 10.9.87; Adcoas, 1988, nº 11.992)”.

291- Da mesma forma com que protege a parte de eventual dano decorrente da demora processual e da atividade da outra parte, capaz de lhe causar lesão irreparável ou de difícil reparação, a norma aplica-se, com muito mais razão, aos direitos difusos, em que a parte prejudicada é não menos que a coletividade, titular desses direitos e, por que não dizer, o próprio mercado que, como tratado na Constituição Federal de 1988, integra o patrimônio nacional, nos termos do art. 219 da Constituição Federal.²⁴

292- Considerando, desta forma, o prescrito no art. 1º da Lei nº 8.884/94, que trata da prevenção das infrações contra a ordem econômica, nada mais adequado que a aplicação do poder geral de cautela do juiz, insculpido no CPC, alcançando-se, assim, a tão desejada utilidade ao dispositivo da Lei Antitruste.

293- De todo o exposto, esta Procuradoria considera que a medida adotada revela grande acerto técnico, dada a importância e a repercussão do caso em tela, que afeta um mercado que alcança o consumidor nacional e envolve elevados investimentos. Além do mais, demonstra que o Plenário foi diligente quanto ao cumprimento de seu dever legal, pois possibilitou a preservação do status quo ante nos mercados relevantes.

III.b - DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR EM ATO DE CONCENTRAÇÃO:

23 In, *Código de Processo Civil Anotado*, 1ª edição, editora Forense, pág. 324.

24 *Constituição Federal art. 219: O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.*

294- Esta Procuradoria em outra oportunidade²⁵ externou seu entendimento quanto às diferenças entre a natureza civil dos processos judiciais, viabilizando ou não a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil à Lei 8.884/94. Por ser oportuno ao feito, transcreve-se, “in verbis”:

“O princípio da publicidade expresso no art. 37 da Constituição Federal implica que os processos desenvolvidos pela Administração Pública devem ser abertos a todos os interessados.”

295- Assim, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁶, o “direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o direito de acesso ao processo judicial; neste em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição.”

296- Todavia, como alerta a autora, “é evidente que o direito de acesso não pode ser exercido abusivamente, sob pena de tumultuar o andamento dos serviços públicos administrativos; para exercer esse direito, deve a pessoa demonstrar qual o seu interesse individual, se for o caso, ou qual o interesse coletivo que pretende defender²⁷.”

297- A flexibilidade observada no direito de acesso ao processo administrativo acentua-se quando a matéria refere-se a interesses difusos, que se caracterizam por envolver interesses transindividuais ou supra-individuais, pertencentes a uma pluralidade de titulares, isto é, a um número indeterminado de pessoas, não sendo suscetível de apropriação exclusiva e, portanto, não se podendo determinar com precisão quais os indivíduos alcançados concretamente por tais interesses.

298- O interesse difuso à livre concorrência se caracteriza exatamente por fluidez, no que se refere à indefinição de seu titular. Todos têm o direito a um ambiente econômico concorrencial e ninguém pode apropriar-se

25 Parecer nº 142/98, emitido no AC 92/96 – Incepa Indústria Cerâmica Paraná S/A e Celite S/A Ind. e Comércio, Relator Conselheiro Marcelo Calliari

26 Direito Administrativo, 8ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 1997, pág. 399.

27 *idem*

individualmente desse bem. Esse interesse revela-se como insuscetível de titularização pessoal.

299- Daí o reconhecimento pelos diplomas apropriados de uma participação coletiva para a proteção desse interesse, mediante os instrumentos adequados para a defesa dos demais interesses coletivos e difusos, que se superpõem à órbita individual, segundo a disciplina, tanto da Lei nº 8.884/94 quanto das Leis nº 7.437/86 e 8.078/90.

300- Nestes termos, o ordenamento jurídico busca preservar a possibilidade do particular prejudicado também promover, em foro adequado, a defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, promovendo as devidas ações, com vistas à cessação de práticas que constituam infração à ordem econômica, bem como ao recebimento por perdas e danos sofridos, independentemente da instauração de Processo Administrativo, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.884/94.

301- Por esse motivo, como bem alerta Rodolfo de Camargo Mancuso²⁸ “a questão que ainda remanesce em aberto diz com a legitimação em tema de interesses difusos, visto que estes, por sua própria natureza, não comportam aglutinação necessária ou legal junto a certas entidades “chanceladas” pelo poder público, como ocorre com os interesses coletivos. Tampouco se resolve o problema com a outorga de um título legal de legitimação, como é o reconhecimento de utilidade pública: primeiro, porque, sendo difusos tais interesses, tal legitimação pode ser efêmera, contingencial: mesmo a certos grupos ocasionais se deve admitir o acesso à justiça, sob pena de se perder, talvez a parte mais fecunda do fenômeno coletivo”.

302- Mais adiante, analisando as alternativas para agir em termos de interesses difusos afirma o autor que “numa visão tradicional, clássica, a legitimação para agir aparece como o poder em virtude do qual uma pessoa exerce a ação na justiça. Trata-se de saber, no caso dos interesses difusos, quais as pessoas ou entidades que têm esse poder; a que título o exercerão; se podem fazê-lo disjuntiva ou concorrentemente; se tal será possível com a estrutura atual do processo ou se modificações serão necessárias²⁹.”

303- Diversas alternativas em termos de legitimação para agir são possíveis para assegurar o direito de acesso à justiça no que se refere aos inte-

28 Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir. 4ª edição, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, pág. 151.

29 Idem, pág. 156.

resses difusos: a) a legitimação difusa concorrente ou disjuntiva a todos os interessados – particulares individualmente ou agrupados em associações legalmente reconhecidas ou também em grupos sociais de fato ou não personificados; b) a legitimação a órgãos e agências governamentais especializadas; c) a legitimação ao Ministério Público.

304- No ordenamento jurídico nacional, a legislação de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica³⁰ adotou o mais amplo posicionamento no que se refere à legitimação para agir. Seja quando determina a promoção de averiguações preliminares à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado (art. 30 da Lei 8.884/94), seja quando permite o ingresso em juízo dos prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei 8.078/90.

305- Deste modo, a defesa dos bens jurídicos e interesses protegidos pela Lei nº 8.884/94 poderá ser exercida individualmente ou a título coletivo, estando legitimados concorrentemente: a) os indivíduos – pessoas físicas ou jurídicas – que demonstrem interesse coletivo correlacionado à ordem econômica; b) o Ministério Público; c) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; d) as entidades e os órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela Lei 8.884/94; e) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pela Lei 8.884/94, dispensada a autorização assemblear e, neste caso, havendo o manifesto interesse social, evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico protegido, o requisito da pré-constituição por ser dispensado.

306- Cumpre registrar, neste ponto, a legitimidade para agir em defesa da ordem econômica conferida ao próprio CADE, como Autarquia, e à Procuradoria do CADE, como órgão da Administração Pública indireta sem personalidade jurídica, uma vez que ambos são órgãos especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pela Lei nº 8.884/94, quando se observa entre suas competências legais a de zelar pela observância ou cumprimento daquela lei (arts. 7º, I e 10, VI). A existência de finalidade estatutária, no caso de associações civis, ou legalmente prevista, quando se trata

30 Lei nº 8.884/94, com aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/85 e Lei 8.078/90 aos processos administrativos e judicial, conforme art. 83 da Lei 8.884/94.

de entidades públicas, é portanto, a priori, requisito para verificar-se a legitimidade para agir.

307- Quanto ao particular, citando Vincenzo Vigoriti, Rodolfo de Camargo Mancuso³¹ demonstra que a legitimação é buscada alhures, a exemplo do que ocorre na class actions, do direito norte-americano, por critério objetivo, isto é, verificando-se se a parte ideológica presente em juízo reúne as condições que a qualificam para representar a categoria dos interesses que se pretende defender.

308- A verificação da idoneidade ou adequação dessa representação compete ao juiz, em cada caso concreto, uma vez que os efeitos da decisão no processo produzirão um resultado que afetará toda a coletividade envolvida com os respectivos interesses, mesmo aqueles não identificados e que não participaram diretamente do processo. Desse modo, é possível que qualquer pessoa se apresente como “representante ideológico” dos interesses protegidos pela Lei 8.884/94, desde que demonstre que tal representação é adequada.

309- Revela-se, portanto, o papel do julgador, ou do aplicador da norma jurídica, nos processos que objetivam a tutela dos bens jurídicos protegidos pela Lei 8.884/94, caracterizados como interesses difusos, pois bastante é ampla a faixa de discricionariedade que cerceará a sua atuação para identificar a pessoa ou grupo que se apresenta como sujeito portador desses interesses, seja no que se refere à discriminação necessária entre as possíveis situações que merecem tutela administrativa, seja nas soluções que terá que criar para os casos concretos submetidos a sua consideração na falta, insuficiência, ou ineficiência normativa para a espécie.

310- Sobretudo em matéria de defesa da concorrência, quando este “representante ideológico” dos interesses tutelados estiver identificado com o próprio concorrente, também sujeito às regras naturais do mercado caracterizado pela disputa cotidiana entre os concorrentes, deve o julgador, ou o aplicador da norma jurídica, estar especialmente atento para que as representações propostas não originem processos ou procedimentos que sirvam de instrumento utilizado para fins de retaliação, ou por espírito de emulação, onde a alegada defesa dos interesses concorrenciais apareçam apenas como cenários que mal disfarçam interesses egoísticos ou de outros grupos econômicos.

31 Op.cit., pág. 161/165.

311- Por outro lado, há que se ter cautela com o não recebimento ou com a indevida atenção a representações fundamentais, pois tal decisão poderia impedir uma atuação dos legitimados e das autoridades competentes, inclusive judiciais, no sentido de buscar soluções adequadas para conflitos que efetivamente envolvem a ordem econômica.

312- Por fim, merece atenção a possibilidade de iniciativas de terceiros participantes do mercado que, por motivos pouco sérios e relevantes, ao invés de colaborarem com a atuação dos órgãos de defesa da ordem econômica, acabem tão-somente sendo fator de perturbação da boa ordem dos serviços que devem ser prestados com eficiência.”

313- No decorrer da análise processual, verificou-se que a coletividade, titular da Lei nº 8.884/94, esteve presente nos autos a partir do segundo volume por diversas oportunidades, fornecendo dados e informações por diversas vezes relevantes para a busca da verdade real e, conseqüentemente, da tutela da ordem econômica. As manifestações ocorreram de forma individual, por entidades de classe, sindicatos e empresas.

314- Das manifestações constantes dos autos, merece destaque a exercida pela Kaiser. Entende esta Procuradoria que a intervenção da empresa no processo foi feita utilizando-se da faculdade constante na Lei nº 8.884/94 ao permitir a manifestação de pessoas físicas ou jurídicas que demonstrem interesse jurídico, o que é cristalino no caso em comento.

315- Quanto a considerar-se a participação da Kaiser no Ato de Concentração como intervenção de terceiros no processo, esta Procuradoria entende inaplicável a busca de subsídios contidos no Código de Processo Civil. Dentro das espécies de intervenção previstas, não há como considerar a empresa como parte interveniente, eis que a Kaiser não busca cooperar com o interesse das Requerentes (intervenção “ad coadjuvando”) e nem tampouco é possível considerá-la interessada em excluir uma das partes para assumir sua posição no feito (intervenção “ad excludendum”), não se configurando, nesse sentido, qualquer das modalidades de intervenção de terceiros constantes do art. 56 e seguintes do Código de Processo Civil.

316- Por não se tratar de intervenção “ad coadjuvando” não há que se falar na figura da assistência, modalidade de intervenção de terceiros. Como doutrina ATHOS GUSMÃO CARNEIRO³², “a intervenção por assistência

32 In, *Intervenção de Terceiros*, ed. Saraiva, 6ª edição, pág. 107.

é uma forma de intervenção espontânea, e que ocorre não por via de “ação” mas sim por inserção do terceiro na relação processual pendente.” Deve-se ressaltar, também, qual o interesse daquele que intervém no processo na qualidade de assistente, conforme dispõe o art. 50 do Código de Processo Civil, “*verbis*”:

“Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la.”

317- Do acima transcrito, entendemos que é inaplicável o instituto da assistência ao procedimento de Atos de Concentração, de um modo geral, e ao caso sob exame, em específico. A uma, por que no processo administrativo de apreciação de Atos de Concentração não há partes, não há interesses contrários, em suma, não há lide. Ressalte-se, ainda, que a atuação da Kaiser não se dirige para o interesse jurídico de que a decisão seja favorável a uma das partes, eis que não há contraditório nem, tampouco, interesse de favorecer as Requerentes. Não há portanto que se falar em assistência simples – aquela tratada no artigo 50 – nem tampouco em assistência litisconsorcial – que pressupõe a existência de relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido (art. 54 do CPC).

318- A figura da oposição, se apresenta quando o oponente ingressa no processo pendente, apresentando uma “pretensão própria” sobre a coisa ou o direito objeto da lide; busca fazer com que sua pretensão, dele oponente, prevaleça sobre as pretensões tanto do autor como do réu. A oposição é processualmente uma nova ação, em que é autor o terceiro, como oponente, e são réus o autor e o réu da ação já existente, como opostos, consoante doutrina de Athos Gusmão Carneiro. Reza o artigo 56 do CPC, “*in verbis*”:

“Art. 56. Quem pretender, no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição contra ambos.”

319- Assim, a natureza jurídica da oposição é tratada por Nelson Néry Júnior³³, ao comentar o citado art. 56 do CPC, “*verbis*”:

³³ *In, Código de Processo Civil Comentado, 4ª edição, editora Revista dos Tribunais, pág. 488.*

“Natureza jurídica. A oposição é instituto de intervenção de terceiros que tem natureza jurídica de ação judicial de conhecimento ajuizada por terceiro (oponente) contra autor e réu (opostos), em litisconsórcio passivo necessário. Forma outra relação processual em processo alheio. A oposição é facultativa, porque os efeitos da sentença proferida no processo de regra não atingem o terceiro (CPC 472), de sorte que este pode aguardar o trânsito em julgado da sentença e ajuizar ação contra o vencedor.”

320- Aqui, também, nota-se que o instituto não pode ser aplicado à atuação da Kaiser no presente processo. Não está a Kaiser a pretender, com sua intervenção, a coisa ou direito sobre que controvertem autor e réu, pois como já afirmado não há objeto litigioso que configure a questão e torne possível a oposição.

321- Parece esse ter sido o entendimento da douta Relatora ao viabilizar, após solicitar a manifestação desta Procuradoria³⁴, o acesso por parte da Kaiser às informações constantes dos autos não revestidas de confidencialidade.

322- Impende ressaltar que tem se verificado em alguns feitos, como aconteceu no AC 78/96³⁵, que a manifestação de empresas como titulares de interesses a ordem econômica têm se tornado fato cada vez mais frequente nos feitos que tramitam neste Conselho, o que demonstra, entre outros aspectos, a confiabilidade da coletividade de que suas colocações serão analisadas. De todo o exposto, reconhecemos a legitimidade da Kaiser em participar do Ato de Concentração em epígrafe como membro da coletividade.

34 Solicitada a manifestação através do Memo/Circular/Gab/HTR n° 23/00, exarouse o parecer de n° 051/2000, cuja ementa tem o seguinte teor:

“Ato de Concentração – Pedido de cópia dos autos e de resumos não confidenciais de documentos cujo inteiro teor reveste-se de confidencialidade – Exame a ser realizado pela autoridade julgadora – Tratando-se o interessado de concorrente dos requerentes, deve o ato da autoridade revestir-se das cautelas necessárias para que eventual deferimento não cause tumulto processual”.

35 AC 78/96 – Requerentes: S.A White Martins Gases Industriais e Liquid Carbonic, Relator: Conselheiro Mércio Felsky. Em referido processo figuraram como intervenientes: Messer Griesheim, Campos Verdes Distribuidoras e Transportadoras, L’air Liquide e AGA S.A .

III.c - DAS AÇÕES JUDICIAIS:

323- No transcorrer do presente Ato de Concentração, foram propostas duas Ações Populares e um Mandado de Segurança em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

324- A primeira Ação Popular, proposta por Patrício da Costa Rezende na Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, teve como objeto o sobrestamento do processo de concentração econômica, ao argumento de que a criação da AMBEV resultará em controle de parcela substancial do mercado de cervejas, com previsível atuação monopolista, esmagando a concorrência e impondo suas próprias condições. Com esses argumentos, requereu a concessão de Medida Liminar, com fulcro no art. 5º, § 4º da Lei nº 4.717/65, para determinar a suspensão do Ao de Concentração até a apuração integral dos fatos delituosos relatados nos autos pela polícia judiciária, bem como tornar ineficazes todas as deliberações emanadas da Conselheira-Relatora, afastando-a de suas funções, sobrestando-se, assim, o julgamento do feito até que o quadro seja recomposto.

325- O Procurador-Geral do CADE apresentou informações asseverando que não se fazem presentes os requisitos que autorizam a propositura da ação popular – ilegalidade ou ilegitimidade de que resultou lesão ao patrimônio público – afirmando que o autor popular fundamenta seus pedidos em notícias de jornal, sem qualquer respaldo fático ou subsunção às normas que regem a matéria, enfatizando que o CADE ainda não julgou o processo de fusão das cervejarias e, portanto, não há decisão aprovando ou reprovando a operação.

326- Ao decidir, o MM. Juiz não acolheu a preliminar de incompetência de juízo, entendendo não haver nulidade de citação por não haver prejuízo, da mesma forma rejeitou a preliminar de inépcia da inicial. Quanto à suspensão do processo de Ato de Concentração, o julgador entendeu que “não havendo prova concreta ou até mesmo indícios da prática delituosa referida na petição inicial a suspensão do processo administrativo de concentração econômica por intermédio do qual se pretende concretizar a fusão das cervejarias não pode ser deferido, malgrado possa ser objeto de sindicabilidade jurisdicional mediante a propositura da ação popular.”

327- Com essas considerações, o MM. Juiz indeferiu a concessão da Medida Liminar pleiteada, sem prejuízo de sua ulterior apreciação, desde que fatos novos e concretos sejam trazidos à apreciação judiciária.

328- O Advogado Pedro Paulo Pamplona, protocolou Ação Popular na Seção Judiciária de Curitiba – PR, fundamentando seu pedido nas denúncias de corrupção, suborno, etc., que deram origem a um Inquérito na Polícia Federal. Entende o peticionário que “não se pode admitir que questão de tamanha envergadura tenha regular seguimento sem que a Polícia Federal conclua os seus trabalhos no sentido de apurar eventuais fraudes no processo de fusão, mormente o fato da compra de votos de dois dos cinco conselheiros restantes do CADE.”

329- Sustenta, ainda, que não é crível que a Conselheira que julgará nada menos do que a criação da terceira maior cervejaria do mundo, seja parcial, o que impõe a suspensão do processo de avaliação da AMBEV no CADE como medida de rigor, até a conclusão das averiguações de suborno por parte da Polícia Federal, ato este que não trará prejuízos à ninguém, mas apenas benefícios, tanto ao peticionário quanto ao país.

330- Ao concluir, o peticionário requereu a concessão de Medida Liminar, a fim de que fossem reputados nulos todos os atos praticados pela ora ré, enquanto não tiverem sido averiguados todos os indícios de suborno à dois não identificados conselheiros do CADE, por parte da Polícia Federal, determinando o imediato afastamento da Conselheira-Relatora, julgando-se ao final:

- a) totalmente procedentes os pedidos formulados na ação, a fim de declarar nulos todos os atos praticados pela ora ré após a concessão da liminar;
- b) assinar reparação de danos a favor da autora, a ser composta pelo réu, na forma do art. 11 da Lei nº 4.717/65 e,
- c) condená-la, ainda, na sucumbência de estilo bem como honorários advocatícios a serem fixados pelo M.M. Juízo.

331- A r. Sentença que julgou o pedido de Liminar decidiu que a concessão desta não poderia ser embasada em notícias de jornal, da mesma forma que a investigação de suposto envolvimento de Conselheiros do CADE em ato de corrupção não autoriza uma condenação antecipada. Nesse passo, indeferiu a Liminar.

332- Em petição protocolada em 28 de fevereiro de 2000, o autor requereu a desistência da Ação Popular. O pedido de desistência foi homologado pelo MM. Juiz e arquivados os autos em 28 de fevereiro de 2000.

333- Em 16 de março de 2000, foi protocolado na Justiça Federal da Seção Judiciária de Brasília – DF, inicial de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, pela CERVEJARIAS KAISER DO BRASIL LTDA., contra ato de Senhor Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. A autora fundamenta o seu pedido nos fatos que deram ensejo à abertura de inquérito na Polícia Federal, ressaltando que estes fatos afetam de modo inquestionável a imparcialidade e a independência da Relatora para examinar as alegações que a Lei faculta à Kaiser apresentar ao CADE, na legítima qualidade de terceira interessada.

334- Em razão desses fatos, a Kaiser, através de petição datada de 28 de fevereiro de 2000, argüiu a suspeição da Conselheira Hebe Romano. Tal pedido foi indeferido pelo Presidente do CADE em 08 de março de 2000, com fundamento na falta de sua competência legal para decidir sobre a matéria, bem como na “absoluta inexistência de amparo legal” para o pedido, sendo este o ato coator atacado pelo Mandado de Segurança.

335- Segundo a Impetrante, a perda da imparcialidade da Conselheira-Relatora, na medida em que viola o princípio constitucional da moralidade administrativa, infringe, também, a Lei nº 9.784/99, mais especificamente seu art. 2º, caput, e parágrafo único, inciso I, e art. 3º, incisos II e III. Além disso, continua, a conduta enquadra-se na hipótese de suspeição do julgador, prevista no art. 135, V, do Código de Processo Civil, aplicado por analogia. De acordo com a Impetrante, apreciação não isenta não é apreciação legítima e, como ato administrativo que não está a atentar para os princípios constitucionais e legais que regem a administração pública, é nula de pleno direito. Deste modo, o terceiro interessado, parte que é do processo administrativo, tem o direito líquido e certo de ver o Ato de Concentração que, evidentemente, poderá afetar seu patrimônio jurídico, apreciado e decidido por julgadores isentos, que não estejam a favor nem a desfavor de qualquer uma das partes.

336- Argumenta a Impetrante que não tendo sido deferido o pedido de afastamento da Conselheira-Relatora, por suspeição, violada restou a Lei do Processo Administrativo – Lei nº 9.784/99 – em seus arts. 2º e 3º, e o art. 135, inciso V do Código de Processo Civil.

337- Entende a Impetrante que a previsão de suspeição de qualquer membro do Plenário está contida no art. 7º, inciso II do Regimento Interno do CADE.

338- O ato coator, qual seja, a decisão do Senhor Presidente da Autarquia, é atacado pela Impetrante por entender frágeis as argumentações de falta de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para julgar a questão, de ausência de previsão legal e a fundamentação de que a solicitação da Kaiser já foi objeto de decisão da 154ª Sessão Plenária, de 9 de fevereiro de 2000. Assim, sustenta inexistir “qualquer razão legal a fundamentar o ato coator, motivo porque impõe-se a sua correção por via do presente Mandado de Segurança.”

339- O direito líquido e certo afirmado pela Impetrante tem como fulcro os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade a serem observados pela Administração. Já o periculum in mora, alega a Impetrante, resulta do risco de ter de se sujeitar a um julgamento viciado, em que a Conselheira-Relatora encontra-se na situação em que a sua liberdade, independência e imparcialidade estão irremediavelmente afetadas.

340- Dessa forma, a Impetrante requereu a concessão de Medida Liminar para determinar o imediato afastamento da Conselheira-Relatora do Ato de Concentração, determinando-se, como consequência, a suspensão do julgamento do Ato até que se recomponha o quorum mínimo legal de cinco Conselheiros, de tal modo a evitar-se a sua aprovação por decurso de prazo, suspendendo-se inclusive para os efeitos do art. 54, §§ 6º e 7º da Lei nº 8.884/94. Concluiu a Kaiser requerendo seja o Mandado de Segurança julgado procedente para o fim de afastar-se, definitivamente, a Conselheira-Relatora do julgamento do Ato de Concentração aqui referido.

341- O MM. Juiz da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, ao julgar a Medida Liminar, entendeu não existirem “quaisquer provas materiais de que a ilustre relatora tenha se posicionado favorável ou desfavoravelmente a esta ou àquela parte, apenas supõe a Impetrante que isso tenha acontecido ou possa acontecer. Logo as notícias se traduzem somente em suposições ou conjeturas.”

342- Ante todo o exposto, concluiu o e. julgador, “por não vislumbrar, nas circunstâncias trazidas aos autos, um dos requisitos indispensáveis à

concessão da medida pleiteada, a saber, a fumaça do bom direito, indefiro a liminar.” (grifo no original)

343- Dessa forma, entendemos que não merece acolhida o pedido de suspeição e conseqüente afastamento da Conselheira-Relatora Hebe Romano e nem tampouco a suspensão do andamento do processo. Ratificamos o posicionamento exarado pelo i. Procurador-Geral quando se manifestou sobre a matéria no Parecer nº 047/00, no sentido de que os institutos do impedimento e da suspeição não estão previstos expressamente na Lei nº 8.884/94. Por outro lado, não há que se aplicar a Lei nº 9.784/99, que em seu texto não prevê a possibilidade de suspensão do processo administrativo.

III.d – DOS MEIOS DE PROVA

344- Deve-se ressaltar que a disciplina da Lei nº 8.884/94 não trouxe qualquer disposição especial sobre o sistema de provas a ser adotado na análise de Atos de Concentração no CADE.

345- Desta forma e, nos termos do art. 83 da Lei nº 8.884/94, que determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, é correto afirmar que o sistema de provas disciplinado neste Código é aplicável aos Atos de Concentração econômica.

346- Tal sistema de provas só não será aplicável quando incompatível com alguma norma especial da Lei nº 8.884/94, ou com qualquer um dos princípios norteadores do processo administrativo. Como leciona Pontes de Miranda, as normas do procedimento ordinário regulado pelo Código de Processo Civil cumprem o “papel de enchedoras das lacunas da lei no trato de outros processos, na medida em que não lhes apague a especialidade”. (grifou-se)

347- À luz da doutrina de Direito Processual, os meios de prova são empregados no processo para provar a verdade dos fatos alegados pelas partes, isto porque o Direito, ordinariamente, não é objeto de prova. Segundo o Código de Processo Civil, só os fatos incontroversos e relevantes para a solução da lide é que são objeto de prova e, com relação a tais fatos, sua prova pode ser direta ou indireta. Humberto Theodoro Júnior estabelece tais conceitos, "in verbis":

"Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina também prova indiciária ou por presunção."

348- O julgador é o destinatário da prova produzida pelas partes. No processo administrativo, norteado pelo princípio da oficialidade, a autoridade administrativa que julga, também tem a função de colher a prova. No texto da Lei nº 8.884/94, o princípio da oficialidade é facilmente visualizado no art. 7º, inciso IX, que coloca o Conselheiro da CADE na diligente condição de investigador, com o "munus" público de colher as provas, independentemente de requerimento das partes, "sponte sua", visando esclarecer os fatos alegados.

349- Além de destinatário e investigador, o Conselheiro do CADE é responsável pela valoração da prova carreada aos autos, de modo a formar sua certeza ou convicção a respeito dos fatos. Esta valoração da prova deve dar-se à luz do sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz deve apreciar livremente as provas coligidas aos autos para formar seu convencimento sobre a verdade dos fatos atendo-se, exclusivamente, àquelas que entender mais convincentes, nos termos do art. 131 do Código de Processo Civil³⁶.

350- O moderno sistema processual não mais se pauta no critério legal de apreciação das provas, no qual a lei determinava restritivamente a hierarquia dos diferentes tipos de prova e onde a atividade do julgador se restringia a aferir o tipo de prova e fixar um resultado que era praticamente automático. Sobre o sistema da persuasão racional, importante ler as lições de Humberto Theodoro Júnior, a saber:

"(...) no sistema da persuasão racional, o julgamento deve ser fruto de uma operação lógica armada com base nos elementos de convicção existentes no processo.

Sem a rigidez da prova legal, em que o valor de cada prova é previamente fixado na lei, atendo-se às provas do processo,

36 "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

formará seu convencimento com liberdade e segundo a consciência formada. Embora seja livre o exame das provas, não há arbitrariedade, porque a conclusão deve ligar-se logicamente à apreciação jurídica daquilo que restou demonstrado nos autos.”

351- De toda sorte, importante destacar que o sistema de provas, tanto no processo penal, civil ou administrativo, não se coaduna com a hierarquia das provas, de modo que não há um meio de prova melhor ou mais eficaz que outro, que tenha maior ou menor prestígio, que tenha maior ou menor valor probante que outro.

352- As análises quantitativas constantes dos autos assemelham-se, neste contexto, às provas periciais, ou seja, provas que dependem do conhecimento de técnico especializado. Quanto a este aspecto, salientamos o que prescrevem os arts. 421 e 422 do CPC, ao tratarem da prova pericial, “in verbis”:

“Art. 421: O juiz nomeará o perito, fixando de imediato o prazo para a entrega do laudo.

§ 1º Incumbe às partes, dentro em cinco (5) dias, contados da intimação do despacho de nomeação do perito:

I – indicar o assistente técnico;

(...)

Art. 422: O perito cumprirá escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido, independentemente de termo de compromisso. Os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição.” (grifos acrescidos)

353- Do acima transcrito, infere-se que as análises apresentadas pelas Requerentes não carregam o compromisso com a imparcialidade. Conforme o art. 422, in fine, os assistentes técnicos não estão sujeitos nem mesmo a impedimento e suspeição, sendo, portanto, de confiança das partes. É, portanto, sob esse prisma que se deve valorar as análises trazidas aos autos pelas Requerentes.

354- É importante destacar que ambas as Secretarias fizeram incursões nas análises quantitativas, a fim de aferir os ganhos líquidos advindos da operação, adotando, cada uma, critérios metodológicos diferentes.

355- As Requerentes, da mesma forma, apresentaram estudos, visando comprovar quantitativamente as alegadas eficiências. Salientamos,

novamente, a falta de uniformidade de metodologia adotada, também, em seus diversos cálculos.

356- Ora, não há segurança jurídica em se adotar qualquer uma das análises quantitativas constantes dos autos. O grau de subjetividade de que se revestem todos estes estudos demonstra a impossibilidade de avaliar qual deles está mais apto a comprovar a realização das eficiências. Neste sentido, os dados econômicos serão sempre refutáveis.

357- Entendemos que a sucessividade das análises quantitativas, todas divergentes entre si, não lhes confere o devido valor probatório. Na verdade, como leciona Calixto Salomão Filho, “hoje está bastante firmado na doutrina o entendimento de que a relação entre eficiência alocativa e produtiva é impossível de ser determinada ex-ante com precisão.”

358- “Ad argumentandum”, mesmo que se quisesse considerar tais estudos como indícios econômicos da existência de eficiências, dentro de uma análise econômica do Direito, dever-se-ia tê-los como incontestáveis caracterizações da realidade.

359- Isto porque “os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados, não neutralizados por contra-indícios”³⁷ têm o mesmo valor das provas diretas. No caso concreto, nenhum dos estudos pode ser tido como veemente; também não são convergentes entre si. Ao contrário disso, a análise da SEAE pode ser considerada excludente dos estudos quantitativos realizados pela SDE. O mesmo seja dito sobre as análises econométricas das Requerentes. Ao revés, se qualquer um destes estudos pudesse ser tido como incontestável, seu valor como prova indiciária não deixaria de ser considerado pelo julgador.

360- Nesta linha de raciocínio, tem-se reconhecido sobejamente que a prova indireta tem o mesmo valor da prova direta. Provas indiretas são, segundo Júlio Fabrini Mirabete, as presunções e os indícios.

361- Mesmo no processo penal - onde a verdade dos fatos acarreta uma condenação criminal - a prova indiciária, por si só, pode dar ensejo a uma

37 In, Mirabette, Júlio Fabrini; “Código de Processo Penal Interpretado”, São Paulo, Atlas, 2ª edição – 1994, pág. 287, in verbis: “Os indícios, quando veementes, convergentes e concatenados não neutralizados por contra-indícios ou álibi comprovados, autorizam a condenação.”

decisão condenatória, nos termos do art. 239 do Código de Processo Penal. A doutrina, a jurisprudência e o sistema de provas adotado permite ao julgador reconhecer a existência de um ilícito pautado única e exclusivamente em prova indiciária. Assim, destaque-se o que a doutrina fala sobre indícios, "in verbis":

"Conceito de indícios

Na prova indireta, a representação do fato a provar se faz através da construção lógica; esta é que revela o fato ou circunstância. Provas indiretas são as presunções e os indícios, estes definidos no artigo. Nos termos da lei, a premissa menor, ou fato indiciário, é uma circunstância conhecida e provada(...). A premissa maior é um princípio de razão ou regra de experiência.(...)

Valor probatório dos indícios

Tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária.(...)Diante do sistema de livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado.”

362- O CADE tem trabalhado com quase todos os tipos de provas admitidas em processo, a saber, as provas documentais - contratos, atas de assembléias, acordos de acionistas - as provas testemunhais colhidas em audiências de instrução requisitadas por seus membros, bem como inspeções "in loco". No entanto, a maior parte da prova colhida nos processos de competência do CADE pauta-se em indícios que, analisados à luz da teoria econômica, podem concluir pela existência de um resultado restritivo.

363- Ademais, a Lei nº 8.884/94 incorpora em seus dispositivos conceitos vagos como os de mercado relevante, posição dominante, eficiência econômica e só poderá ser fielmente aplicada se tais conceitos vagos forem preenchidos com os conceitos da ciência econômica.

364- Não é por outra razão que a doutrina de Direito Econômico identifica como um dos princípios norteadores deste ramo do direito o princípio da análise econômica do direito.

365- Segundo lições de João Bosco Leopoldino da Fonseca e, citando o trabalho inovador de Richard Posner, "a análise econômica do Direito pode ser usada para identificar as características que indicam uma predisposição do mercado para realizar uma fixação do preço."

366- Assim, um possível desdobramento do princípio da análise econômica do Direito, poder-se-ia dizer, no nosso sentir, é a validade da prova econômica colhida dos dados do processo. Desta forma, entendemos que cada uma das citadas avaliações econômicas devem ser tomadas como contra-índícios, neutralizadores e excludentes do valor probatório uns dos outros, tornando-se, portanto, imprestáveis à demonstração quantitativa das eficiências alegadas.

IV - DO MERCADO RELEVANTE:

367- Mercado relevante é um conceito híbrido, de natureza jurídico-econômica³⁸, desenvolvido pelos órgãos de defesa da concorrência, na sua experiência cotidiana, a fim de definir o objeto da análise em cada caso concreto. A delimitação é, pois, preambular ao estudo da adequação das operações às regras do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

368- Assim é que as Guidelines norte-americanas conceituam mercado relevante, fornecendo um instrumental teórico auxiliar na aplicação da lei, "in verbis":

“Mercado é definido como um produto ou grupo de produtos e uma área geográfica na qual aquele é fabricado ou vendido de modo que uma hipotética empresa maximizadora de lucros, não sujeita a tabelamento de preços, e que fosse a única produtora ou fabricante desse produto, no presente e no futuro, provavelmente imporá pelo menos um pequeno mas significativo e não-transitório aumento de preços, partindo do

38 O termo ora empregado foi colocado pela ilustre Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, em seu voto, nos autos do Ato de Concentração nº 27/95, a respeito da aquisição da Kolynos pela Colgate.

princípio de que a venda de todos os outros produtos fosse mantida constante.”

369- Na recente experiência brasileira, o CADE tem buscado delimitar o mercado relevante de forma restrita, buscando-se contornos precisos, à luz das características da demanda envolvida, especialmente das peculiaridades relativas à existência de produtos substitutos ou sucedâneos. Neste diapasão, oportuna é a visão da ilustre Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva, manifestada no seu voto, nos autos do Ato de Concentração nº 22/95, “in verbis”:

“Mais uma vez insisto no ponto de que o conceito de mercado não se confunde com o de indústria e se no caso da indústria o processo produtivo, a tecnologia utilizada, assim como os insumos, são fundamentais para delimitar seus contornos, para a definição do mercado o que importa é a ótica da demanda e daí a ênfase na substituíbilidade dos produtos, da perspectiva do agente consumidor”. (Grifou-se)

370- As requerentes aduzem que o caso envolve, como mercado relevante do produto, o mercado de bebidas em geral, uma vez que não existe no Brasil qualquer restrição legal quanto à reunião de bebidas alcoólicas e não alcoólicas em um mesmo negócio, o que compreende uma perfeita racionalidade econômica da organização de um “negócio de bebidas”, o qual implica em um portfólio de produtos alcoólicos e não alcoólicos, fundando-se na possibilidade de maximização das sinergias, especialmente na distribuição dos produtos, com substanciais economias de escopo.

371- Alegam, ainda, que a própria história do setor de bebidas no Brasil ilustra a organização de um negócio único, citando como exemplo a criação da Kaiser, em 1983, quando um grupo de engarrafadores da Coca-Cola percebeu a conveniência de se operar uma linha completa de produtos, incluindo bebidas alcoólicas e não alcoólicas, possibilitando atender as diversas demandas do mercado.

372- Sustentam, assim, a inviabilidade de se avaliar o processo concorrencial no mercado de bebidas, bem como o poder de mercado da AM-BEV, baseando-se apenas em um único segmento, seja de cerveja, de refrigerante ou água.

373- Fundamentando o posicionamento acima descrito, as Requerentes juntaram aos autos parecer do i. jurista Calixto Salomão Filho, defen-

dendo a posição relevante dos cluster market, ou melhor, mercado agrupado, o qual consiste em um conjunto de produtos que, exatamente porque agrupados, tem maior atratividade para o consumidor³⁹.

374- Transformando-se a definição de mercado relevante, este passa a não poder existir para cada produto isolado e sim para os produtos agrupados. Esclarecem, também, que duas são as possíveis explicações para a utilização do mercado agrupado: a primeira, e mais tradicional, baseia-se na existência de economias de escopo para a aquisição dos produtos em conjunto; a segunda, refere-se à redução dos custos de transação.

375- Conclui o ilustre jurista que o mercado relevante de produto é o das cervejas e refrigerantes, tendo a SEAE detectado uma participação superior à realidade da participação da AMBEV, a qual sofre cerrada concorrência da associação da Kaiser/Coca-Cola; que a concentração advinda da operação não implica restrição à concorrência no mercado relevante, devendo a mesma ser aprovada, sendo esta decisão uma forma de equilibrar a concorrência no mercado de bebidas.

376- A Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, definiu o mercado relevante do produto como sendo um mercado segmentado, nas linhas de produto de cervejas, refrigerantes e águas, definindo-os como se segue:

ÁGUAS ENGARRAFADAS – entende-se como sendo água mineral e mineralizada pertencentes a um mesmo mercado relevante. O fato desses produtos possuírem propriedades bastante parecidas, tais como, aroma, cor e paladar, sugere um alto grau de substituição entre as mesmas.

DIMENSÃO GEOGRÁFICA – em virtude dos elevados custos de transporte e do baixo valor agregado do produto, definiu-se a dimensão geográfica do mercado de águas engarrafadas como sendo estadual.

REFRIGERANTES CARBONATADOS – a atuação da AMBEV no ramo de refrigerantes carbonatados, no Brasil, em embalagem descartável – PET 2L, resume-se aos refrigerantes comercializados pela BRAHMA e pela ANTARCTICA, onde se verifica uma sobreposição em quase todos os sabores de refrigerantes da BRAHMA e da ANTARCTICA. Estudos realizados aponta-

39 Cfr. C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 98.

ram: 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.

DIMENSÃO GEOGRÁFICA – delimitada a partir da localização das fábricas com um raio viável de ação encontrado de aproximadamente 400 Km. Tendo sido delimitadas regiões de aproximadamente 500 Km, com os seguintes mercados definidos: mercado 1 – 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 – 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 – o mercado de cervejas pode ser caracterizado por uma segmentação do produto em três categorias: premium price, standart e low price. A combinação entre tipos de consumo (pontos de venda a quente ou a frio) e tipos de embalagem (retornável ou descartável) origina quatro produtos diferentes: cerveja retornável no mercado frio; cerveja retornável no mercado quente; cerveja descartável no mercado frio; e cerveja descartável no mercado quente. Para que se pudesse definir a dimensão do produto no mercado relevante de cervejas levou-se em consideração o grau de substitutibilidade existente por parte do consumidor, entre: cerveja e outras bebidas alcoólicas; cerveja e bebidas não alcoólicas; diferentes tipos de cerveja; e diferentes categorias de cerveja. No caso da substitutibilidade entre cervejas e bebidas não alcoólicas, verifica-se que a elasticidade-cruzada da demanda entre cerveja e outras bebidas não alcoólicas é baixa, o que mostra que as bebidas não alcoólicas não são boas substitutas para as cervejas.

DIMENSÃO GEOGRÁFICA – o custo do transporte é o fator de maior relevância para se delimitar o mercado geográfico. Diante deste fato, e, levando-se em consideração as informações prestadas pelas Requerentes, admitiu-se, implicitamente, que um raio de 500 Km em relação à localização das plantas é o raio máximo que torna viável a oferta do produto a preços rentáveis. Foram delimitadas cinco grandes dimensões geográficas, a saber: mercado 1 – Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul; mercado 2 – 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; e mercado 5 – parte dos Estados do Amazonas e Roraima.

377- A Secretaria de Direito Econômico, na mesma linha de análise da SEAE, definiu o mercado relevante do produto também como sendo um mercado segmentado, nas linhas de produto de cervejas, refrigerantes e águas, definindo-os como se segue:

ÁGUAS E REFRIGERANTES – no caso de águas engarrafadas não houve necessidade de se fazer uma separação entre mineral e mineralizada, uma vez que os consumidores em geral não fazem a diferença, considerando-se assim, como sendo o mercado de águas engarrafadas, o qual não gera efeitos anti-concorrenciais. Quanto os refrigerantes a concentração supera o patamar dos 20% de participação no mercado relevante. Neste mercado, a r. Secretaria de Direito Econômico adotou o entendimento proferido pela SEAE/MF, no que se refere a definição do mercado relevante de produto, como sendo o de refrigerantes carbonatados, no que tange a conclusão de que o exercício do poder de mercado pela AMBEV não é provável nesse segmento. Concluindo que nesse mercado, a operação deve ser aprovada sem qualquer restrição.

DIMENSÃO GEOGRÁFICA – não abordado pela SDE/MJ, por considerar improvável o exercício de poder de mercado da AMBEV.

CERVEJAS – quanto a segmentação das cervejas pelo seu teor alcoólico e/ou sabor e pelo seu preço, seguiu-se o entendimento do CADE nos casos Antártica/Anheuser-Busch e Brahma/Miller, onde considerou-se que tal segmentação não autorizava o recorte em mercados relevantes distintos. Quanto aos canais de consumo (venda) de cerveja, de acordo com a metodologia da AC Nielsen, podem ser agrupadas em três grandes categorias: bar (consumo local), tradicional e auto-serviço. Concluindo a r. Secretaria que o mercado na dimensão produto, é o mercado de cervejas.

DIMENSÃO GEOGRÁFICA – adotou-se os mercados relevantes geográficos identificados pela SEAE/MF, introduzindo-se uma pequena modificação da seguinte forma: 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, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Acre, Paraíba, Tocantins e Amapá; e mercado 5 – Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

378- Esta Procuradoria não está convicta de que a adoção da teoria de cluster market é cabível para o caso em tela. Segundo lições de Calixto Salomão Filho, tais os requisitos para a caracterização de um cluster, “in verbis”:

“a) a maioria dos consumidores deve estar disposta a pagar preços mais elevados (monopolistas) pelo fato de ser possível comprar todos os produtos conjuntamente (preços, esses, que representam para os consumidores exatamente a maior utilidade decorrente da melhor rede de distribuição) ou b) economias de escala proporcionadas pela estocagem comum tornam a cesta de produtos mais barata que a soma dos produtos dela componentes e c) as empresas que fornecem os produtos singularmente no mercado não poderiam facilmente (isto é, com baixos custos de entrada e fornecimento) produzir ou comercializar a cesta.”

379- A utilização da idéia de cluster market gera uma agregação de mercados, porquanto reúne cerveja e refrigerantes em uma “cesta de produtos”. Sob a ótica da demanda, a cesta é um único produto, um terceiro produto, distinto dos produtos considerados isoladamente. Tal teoria foi utilizada pelas requerentes com o intuito de diluir o market share, adotando, assim, uma definição de produto mais ampla.

380- A aplicação de tal teoria não encontra amparo nas palavras de Calixto Salomão, “verbis”:

“No caso das concentrações pode, portanto levar a considerar duas empresas produzindo ou prestando serviços aparentemente diferentes como componentes do mesmo mercado. A definição do mercado como “agrupado” levaria então a concluir por um menor poder no mercado. Como é óbvio, tratando-se de concentração tanto maior será o poder no mercado quanto menor for o mercado relevante e vice-versa.”

381- A argumentação das Requerentes para a definição de mercado agrupado foca-se na relação entre distribuidores e pontos de venda e, assim, a demanda de bebidas – cerveja + refrigerantes - considerada é apenas estes dois segmentos da cadeia produtiva. Neste sentido, as Requerentes desconsideram a relação com o consumidor final de cerveja ou de refrigerantes. Por certo que o consumidor é o sujeito das relações de mercado mais suscetível ao abuso de poder econômico e a sua posição como demanda de bebidas deve ser resguardada.

382- Desta forma, em termos jurídicos, esta Procuradoria considera que é sob o enfoque do consumidor, como demandante de bens, que deve ser dada a definição de mercado relevante do produto. À luz da disciplina traçada pela Lei nº 8.884/94, o consumidor final, como hipossuficiente das relações de mercado, é o agente mais importante do ponto de vista jurídico, aquele a quem se destina a proteção da lei. Para este, não há redução dos custos de transação na aquisição de cerveja e refrigerantes de uma só vez.

383- A SDE também percebe que o enfoque do consumidor final foi desconsiderado pelas Requerentes. Por fim, aduz que, mesmo sob o a ótica do comércio varejista, não há vantagens na aquisição conjunta a ponto de justificar a definição mais agregada de mercado relevante, nos seguintes termos, “in verbis”:

“Não há economia de custo de transporte aqui envolvida, ao contrário do exemplo do consumidor de supermercado, uma vez que o varejista recebe os produtos diretamente em seu estabelecimento, sendo visitado por diversos distribuidores a cada semana. (...)

Se admitido que o varejista demande a provisão conjunta, seria de esperar que o fabricante de bebidas procurasse, sempre que possível, ofertar a cesta conjuntamente. Ademais, seria natural que empresas ofertante de apenas um produto enfrentassem sérias dificuldades de concorrer no mercado...”

384- Alguns fatos do mercado confirmam tais idéias: as tubaínas, refrigerantes distribuídos independentemente da associação com uma cerveja, subtraíram participações de mercado da Coca-Cola e do Guaraná Antarctica; a forte penetração da Pepsi na região de Porto Alegre, que também se deu de forma independente da distribuição da cerveja Brahma.

385- Com tais considerações, entendemos que, do ponto de vista econômico, os mercados de cerveja e refrigerantes não podem ser agregados. Ademais, os precedentes do CADE, tanto em casos envolvendo cerveja como nos de refrigerantes, apontam para uma tendência de desagrupamento do mercado relevante do produto.

386- Isto posto, entendemos que a adoção de uma definição restritiva do mercado é a que mais se coaduna com a descrição dos produtos e com os citados precedentes jurisprudenciais. Ademais, melhor atende à necessida-

de de segurança jurídica exigida na análise e no julgamento da Autarquia, adequando-se, também, à tutela dos interesses do consumidor.

387- O CADE já examinou outras operações na indústria cervejira, mais especificamente os casos Brahma/Miller e Antarctica/Anheuser-Busch. Nestes casos, o Conselho teve a oportunidade se debruçar sobre a definição do mercado relevante. A Conselheira-Relatora Lúcia Helena Salgado e Silva, quando do julgamento do AC nº 83/96, envolvendo Antarctica e Anheuser-Bush, definiu o mercado relevante como sendo o de cerveja, conforme transcrito abaixo:

“O mercado relevante para a análise do impacto sobre a concorrência da presente operação é o de cerveja. Embora o processo de produção de cervejas o distinga nitidamente com relação à produção de outras bebidas, alcoólica ou não, a delimitação do mercado parte da percepção dos consumidores quanto à existência de substitutos próximos. Não existem, até onde sei, estudos no Brasil que possam balizar o cálculo das elasticidades-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. Assim, a delimitação do mercado relevante, na dimensão produto, como o de cervejas, independente de seu tipo, sabor ou método de produção, é amparada na indicação fornecida pela alta elasticidade-cruzada entre cervejas e a baixa elasticidade-cruzada entre cervejas e outras bebidas. Mais precisamente, de acordo com Greer (op. cit.), a elasticidade-cruzada entre cerveja e refrigerante, por exemplo, é próxima de zero. Em contrapartida, a elasticidade preço da demanda de cerveja é baixa, entre 0.7 e 0.9; é uma indicação de que não há de fato substituto próximo para o produto.”

388- Destacamos, a seguir, o voto do então Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho proferido no mesmo Ato de Concentração, “in verbis”:

“O voto da Relatora aponta estudos sobre elasticidade cruzadas nos EUA, onde se menciona uma baixa elasticidade entre cervejas e outras bebidas.

Todavia, não há nenhuma informação que possibilite discutir a possibilidade de segmentar o mercado de cervejas em comum e premium. Não existem referências sobre a elasticidade cruzada entre estes tipos de cervejas. Dada a inexistência de informações e, apesar da grande diferença de preço entre elas (acima de 40%), seguiremos a solução adotada pela Comissão Europeia em Interbrew e Carlsberg, de não aprofundar esta discussão porque ela não interferiria no resultado da decisão, aceitando o mercado de cervejas como um todo como o mercado relevante.”

IV.a- DOS MERCADOS ENVOLVIDOS:

IV.a. 1 - ÁGUAS ENGARRAFADAS:

390- Ambas as Requerentes ofertam água mineral ou mineralizada. Tal como foi colocado no parecer da i. SEAE⁴⁰, não obstante a diferença entre a água mineral e a mineralizada estar no fato de a última ser uma solução salina artificial colocada na água captada da rede pública, após ser a mesma devidamente tratada, a maior parte dos consumidores não confere importância à diferença. Ademais as empresas que oferecem tais produtos não estabelecem, quando da realização de publicidade, diferenciação significativa entre as mesmas.

391- Desta forma, tanto a SEAE quanto a SDE estabeleceram o mercado de águas abrangido pela operação como o mercado de águas engarrafadas.

392- No que tange ao aspecto geográfico, a SEAE definiu a dimensão do mercado como sendo o estadual, definindo com base em tabela⁴¹ apre-

40 Fls. 8 do aludido parecer, item III.2.

41 Produção de águas engarrafadas pelas Requerentes – 1998.

<i>Empresa</i>	<i>Tipo de Água</i>	<i>Localização da Planta</i>	<i>Produção</i>
<i>ANTARCTICA</i>	<i>Mineralizada</i>	<i>São Paulo</i>	<i>460.000</i>
<i>BRAHMA</i>	<i>Mineral</i>	<i>Bahia</i>	<i>14.364.000</i>
<i>BRAHMA</i>	<i>Mineralizada</i>	<i>São Paulo</i>	<i>10.396.400</i>
<i>BRAHMA</i>	<i>Mineralizada</i>	<i>Paraná</i>	<i>752.900</i>

Fonte: Requerentes

sentada pelas Requerentes três mercados geográficos distintos de água engarrafadas, quais sejam: São Paulo, Bahia e Paraná.

393- Todavia, verifica-se apenas a participação simultânea das Requerentes no estado de São Paulo, devendo-se restringir a essa unidade da federação a dimensão geográfica do mercado de águas engarrafadas.

IV.a.2. – REFRIGERANTES:

394- Com relação ao mercado de refrigerantes, com base em dados apresentados pelas Requerentes⁴², verifica-se que ambas as Requerentes possuem refrigerantes sabor cola, guaraná, laranja, limão e água tônica. Apenas nos sabores tutti-frutti e ginger ale a ANTARCTICA não sofre concorrência de produtos BRAHMA.

395- Para verificar o grau de substituíbilidade entre outras bebidas e refrigerantes e entre outros sabores de refrigerantes, a SEAE adotou os resultados de estudos da Comissão Federal de Comércio Americana⁴³ que indicaram a existência de uma baixa elasticidade cruzada entre refrigerantes e outras bebidas e uma alta elasticidade cruzada entre refrigerantes e outras bebidas e uma alta elasticidade cruzada entre refrigerantes carbonatados.

396- Esta Procuradoria, em outra oportunidade⁴⁴ externou entendimento similar ao estabelecer que um estudo mais aprofundado acerca da elasticidade cruzada seria irrelevante para verificar a substitutibilidade entre refrigerantes, águas, sucos, chás prontos e isotônicos diante do volume reduzido de consumo desses produtos face ao de refrigerantes.

397- Ademais, a própria produção desses outros produtos é irrelevante frente ao volume de refrigerantes consumidos no País.

398- Não obstante, a participação das Requerentes atingir um limite superior ao permitido pelo § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94, esta Procuradoria entende tal como foi ressaltado pela SEAE e SDE que a realização da operação neste segmento viabilizará a contestação da posição mantida pela

42 Anexo I

43 Apud SEAE, Pittman, Russel – *Competition Policy in the United States: The Experience and The Lessons for Transition Economies*. Antitrust Division, US Department of Justice, mimeo, p. 11

44 AC 08012.007374/97-34 -

Coca-Cola, sendo pouco provável, o exercício coordenado do poder de mercado neste segmento ainda, pelo avanço das tubaínas, tal como foi destacado no aludido parecer da SEAE e adotado pela SDE.

399- Diante de tais adoções, adota a Procuradoria o entendimento externado pela SEAE no que tange ao segmento de refrigerantes.

IV.a.3 – CERVEJA:

400- O mercado relevante do produto foi definido pelas Requerentes como o “mercado de bebidas”, agregando todos os produtos por elas comercializados em único cluster, agrupamento de produtos. As Requerentes utilizaram o conceito de cluster market, desenvolvido na literatura especializada estrangeira e, a partir dessa definição, defendem a tese de que o processo concorrencial entre as empresas participantes do mercado brasileiro de bebidas não pode ser avaliado apenas sob a ótica da comercialização de cervejas ou de refrigerantes, isoladamente.

401- A Secretaria de Acompanhamento Econômico definiu o mercado, sob ótica do produto como o de cervejas retornáveis no mercado frio .

402- A Secretaria de Direito Econômico, no entanto, em que pese ter realizado a análise segmentação do mercado por canal de comercialização e por tipo de embalagem, optou pela definição no mercado do produto como o de cerveja como um todo(sem segmentação).

Esta Procuradoria, em vista dos argumentos já expostos anteriormente, e acompanhando a jurisprudência do CADE os julgamentos precedentes no mercado de cerveja, adota a definição do mercado sob a ótica do produto como o de cervejas, sem segmentação.

403- No que toca à definição de mercado geográfico⁴⁵, as decisões do CADE nos julgamentos das parcerias formadas entre cervejarias estrangeiras e nacionais (AC nº 83/96 Antartica/Anheuser Bush, Relatora Conselheira Lúcia Helena Salgado AC nº 58/95 Brahma/Miller, Relator Conselheiro Renault de Castro) e AC nº 12/97 Skol/Carlsberg, Conselheiro Marce-

45 Este tema foi desenvolvido pelo Assessor Técnico Roberto Teixeira Alves.

lo Calliari) consideraram o mercado nacional como um todo, como o espaço territorial onde concorrem as principais empresas de cervejas no Brasil.

404- Naquela época o estabelecimento de parcerias foi justificada pelas mesmas requerentes do presente Ato como uma evidência das dificuldades de entrada encontradas pelos grandes players mundiais no mercado brasileiro de cerveja. Por outro lado, os contratos limitavam sua abrangência às fronteiras nacionais⁴⁶ e deles não constavam cláusulas estabelecendo qualquer diferenciação entre áreas do território nacional onde, devido à existência de condições concorrenciais distintas, houvesse necessidade de tratamento específico.

405- 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.

406- 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 de 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).

407- A partir de informações das requerentes relativas às variações do custos de transporte de cerveja para diferentes distâncias, inferiu-se que a entrega do produto em localidades situadas a distâncias superiores a 500 km da fábrica, a elevação correspondente no preço da cerveja seria superior a 10%, o que tornaria inviável a sua comercialização. Os cinco mercados relevantes geográficos encontrados pela SEAE foram obtidos das intersecções de círculos com raios de 500 km traçados em torno das fábricas.

408- Em que pese a tentativa de tornar mais rigorosa a metodologia para a delimitação do mercado relevante geográfico, o resultado obtido não logrou chegar a configurações de que efetivamente permitem 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

46 No caso Skol/Carlsberg o acordo era ainda mais abrangente, incluindo, além território nacional, toda a América Latina.

com configurações próximas apresentando apenas diferenças pontuais. Como se verá adiante, as insuficiências das metodologias adotadas pela SEAE e pelas requerentes explicam os resultados aproximados a que chegaram.

409- 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.

410- 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. Ou seja, o aumento do grau de utilização da capacidade produtiva conduz a custos fixos unitários menores, tornando viável a oferta competitiva em regiões mais extensas à redução ao compensar o incremento dos custos de transporte.

411- 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

412- 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.

413- Destacaram as requerentes, entre outros exemplos, a evolução da participação nacional da Schincariol de 0,8% a 8,3%, de 1990 a 1999, com presença significativa em todos as regiões do país (6% no Nordeste, 5,8% no Sul e cerca de 8-9% no Sudeste). Deve-se atentar para o fato de que a Schinca-

riol conquistou esta posição produzindo cerveja em uma única grande fábrica com capacidade de 11.000.000 hl/ano localizada em Itu-SP⁴⁷.

414- Outro exemplo de transporte competitivo a grandes distâncias 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.

415- Vale acentuar, no entanto, a despeito dos exemplos acima, que o fator decisivo que deve determinar a abrangência nacional do mercado de cerveja é a consolidação das estratégias de ocupação dos espaços regionais pelas principais empresas instaladas, equilibrando a distribuição das plantas nas diferentes regiões e homogeneizando os padrões de distribuição e consumo de cerveja em âmbito nacional.

416- 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.

417- 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 cinco mercados relevantes regionais tanto a SEAE quanto SDE passaram para o exame dos atributos estruturais do mercado sempre adotando uma perspectiva nacional, em detrimento da delimitação regional realizada anteriormente.

418- Por todo o exposto, esta Procuradoria adota como mercado geográfico da operação o território nacional, seguindo desta forma a já consolidada jurisprudência firmada pelo CADE nos sucessivos processos julgados no últimos dois anos envolvendo as principais cervejarias nacionais.

V – DA ESTRUTURA DO MERCADO DE CERVEJA:

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

419- Primeiramente, cumpre-nos esclarecer que esta Procuradoria, em termos de estrutura de mercado, decidiu trabalhar com dados econômicos que abrangem apenas o mercado nacional de cervejas, diferentemente dos entendimentos das i. Secretarias (SEAE e SDE), que adotaram definições e dados regionalizados do mercado.

V.a – DAS CARACTERÍSTICAS DA OFERTA:

NOMUNDO

420- O Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, em Análise Setorial sobre a indústria da cerveja, datado de maio de 1997, demonstra um mercado altamente competitivo em termos mundiais e, tendo em vista suas dimensões, o setor de cerveja é o segundo maior mercado do mundo e a velocidade de sua expansão deverá ultrapassar em volume os Estados Unidos no começo do próximo século (para lá foram as principais fabricantes mundiais, que se associaram às empresas chinesas).

421- A seguir, passamos a apresentar alguns dados colhidos da referida Análise Setorial:

1- As principais cervejarias do mundo são as americanas Anheuser-Busch e Miller, e a holandesa Heineken. As brasileiras Brahma e Antarctica também estão no grupo das maiores fabricantes;

2- No período de 1990 a 1995, a Brahma e a Antarctica, em relação às companhias internacionais, registraram um dos maiores crescimentos de produção, de 21 e 12,4%, respectivamente. A Brahma, em 1995, subiu do 5º lugar para o 4º, empatada com a sul africana SAB. A Antarctica, por sua vez, no mesmo ano, estava na 15ª posição;

3- Na participação do volume mundial da bebida, em 1995, a americana Anheuser-Busch possuía 8,3%, seguida da holandesa Heineken, com 5% e da americana Miller, com 4,2%. A brasileira Brahma foi a quarta colocada juntamente com a sul-africana SAB, com 2,8% de participação, conforme tabela abaixo:

PARTICIPAÇÃO NO VOLUME MUNDIAL EM 1995

Empresas	%
Anheuser-Busch (Estados Unidos)	8,3

Heineken (Holanda)	5,0
Miller (Estados Unidos)	4,2
Brahma (Brasil)	2,8
SAB (África do Sul)	2,8
Interbrew (Bélgica)	2,7
Kirin (Japão)	2,6

422- Enquanto o setor cervejeiro na América Latina apresentou por muitos anos uma estrutura oligopolizada, com poucas empresas dividindo o mercado de cada país, no mercado europeu sempre houve o predomínio de pequenas cervejarias.

423- No que tange às estratégias, as parcerias não têm seguido apenas um sentido. Não existe um processo de internacionalização das indústrias cervejeiras. O que se verifica, na verdade, é a realização de associações entre empresas que pretendem atuar em outros países com empresas líderes em seus mercados nacionais.

424- A Conselheira Lúcia Helena Salgado, ao prolatar seu voto no Ato de Concentração nº 83/96, destacou a evolução da indústria cervejeira ao longo das décadas de 70 e 80. Neste período, houve a incorporação de empresas regionais pelas duas maiores companhias do mercado - BRAHMA e ANTARCTICA - concluindo que a estrutura do mercado evoluiu de uma situação de desconcentração e regionalização para a consolidação de uma estrutura concentrada em escala nacional.

425- Demonstraremos abaixo a participação percentual, em volume, da produção de cerveja em nível regional e nacional, lembrando que os dados regionalizados estão sendo apresentados a título ilustrativo visando, complementação de dados, eis que a definição de mercado adotada por esta Procuradoria é de mercado geográfico nacional e, portanto, os dados de market share utilizados nas considerações serão de nível nacional. .

Quadro⁴⁸

Cerveja - Participação percentual por região e mercado relevante - 1998/1999

Empresa	Sul	Sudeste	Oeste	Nordeste	Norte	Brasil
Antarctica	23,8	21,7	19,6	43,1	73,4	25,4

48 Os dados regionais constam apenas com a finalidade ilustrativa, uma vez que, esta Procuradoria adotará para fim de análise a participação em nível nacional.

Brahma/Skol	41,3	52,1	53,1	37,7	18,4	48,1
AmBev	65,1	73,8	75,7	80,8	91,8	73,5
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.

426- Segundo dados do Sindserv, a produção de cerveja no decorrer dos anos de 1988 a 1996 foi crescente, porém, nos anos de 1997 a 98, a produção permaneceu inalterada, com um volume de 82 milhões de hectolitros.

MARKET SHARE POR VOLUME (1998)
EMPRESAS AMBEV, ANTARCTICA, BRAHMA E SKOL

MERCADO NACIONAL DE CERVEJA

PARTICIPAÇÃO

	MMHL	% AMBEV	%ANTARCT	% BRAHMA	% SKOL
CERVEJA	81,5	73,40%	25,90%	24,40%	23,70%

Fonte: A C Nielsen

427- As empresas do setor de cerveja operam com produtos diferenciados, que exigem elevados investimentos em publicidade, dependendo de uma eficiente e capilarizada rede de distribuição para garantir a eficácia do marketing realizado para manter a reputação conquistada.

428- O quadro abaixo apresenta as marcas de cervejas comercializadas pela BRAHMA e ANTARCTICA. A ANTARCTICA possui um portfólio de trinta e três marcas diferentes de cervejas, enquanto a BRAHMA detém apenas onze.

Marcas de cervejas da BRAHMA e ANTARCTICA

Brahma	Antarctica
Brahma Bock	Antarctica
Brahma Chopp	Antarctica Bock
Brahma Extra	Bavária Chopp
Brahma Light	Bavária Pilsen
Caracu	Bavária Premium
Carlsberg	Bock Polar

Chopp Brahma	Bohemia
Chopp Skol	Chopp Antarctica Bock
Malzbier	Chopp Bock Polar
Miller	Chopp Kronenbier
Skol Pilsen	Chopp München
	Chopp Niger
	Chopp Pilsener
	Chopp Polar
	Chopp Serramalte
	Extra Serramalte
	Gut
	Kronenbier
	Kronenbier Serramalte
	Malzbier Antarctica
	Mossoró
	München Extra
	Niger
	Original
	Pérola Extra
	Pilsen Extra
	Pilsener Chopp
	Pingüim
	Polar Export
	Polar Pilsen
	Porter Nacional
	Rio Cristal

Fonte: Requerentes

429- No Brasil, 98% da cerveja consumida é do tipo pilsen, que tem como característica o sabor delicado, cor clara e baixo teor alcoólico, entre 3 e 5%. As cervejas tipo bock, light e malzbier são responsáveis pelos 2% restantes. Já no momento da definição de mercado do produto, ficou descartada a possibilidade de segmentação do mercado de cervejas segundo o teor alcoólico e/ou sabor (pilsen, bock, light, malzbier e stout), preço (baixo preço, regular e prêmio).

430- O preço da cerveja de marca que goze de maior predileção no mercado consumidor é sempre maior que o preço da cerveja que não tem o mesmo poder das marcas menos influentes, conforme se depreende dos dados do processo.

CANAIS DE COMERCIALIZAÇÃO

432- Segundo metodologia empregada pela AC Nielsen, os canais de comercialização de cervejas podem ser classificados em três grupos:

1- bar (consumo local): estabelecimentos comerciais aparelhados para a oferta de cerveja a ser consumida no próprio local de venda como bares, lanchonetes, restaurantes e casas noturnas. Nestes locais a cerveja é refrigerada visando o consumo imediato (mercado à frio);

2- tradicional - pontos de venda, como padarias, mercearias e armazéns, onde não há presença do vendedor para auxiliar na compra e o produto não é consumido no local;

3- auto-serviço: estabelecimentos que contam com pelo menos uma caixa registradora e que permitem que o consumidor se sirva sem a presença do vendedor (basicamente supermercados e hipermercados).

A diferença de preços entre os canais bar e tradicional e o de auto-serviço pode chegar a 30%, segundo a SEAE.

EMBALAGENS

433- Quanto às embalagens, as cervejas são comercializadas em embalagens descartáveis (vidro one way 350 ml e lata 350 ml) e em embalagens retornáveis (vidro 600 ml).

434- A evolução da participação das embalagens retornáveis no total comercializado na década de 1990 experimentou queda acentuada, particularmente, na segunda metade da década, caindo de 88,3%, em 1994, para uma participação de aproximadamente 68% em 1998.

435- Deve-se ressaltar que, a partir de 1999, o ritmo da substituição das embalagens retornáveis pelas descartáveis foi desacelerado em função da desvalorização cambial e da elevação do custo do alumínio, matéria-prima para a produção das latas. O quadro, a seguir, mostra que, no ano de 1999, o vidro retornável já representava 70% do volume de cerveja comercializado. Assinale-se também a elevada participação da embalagem retornável no canal bar – cerca de 45% das vendas totais de cerveja e 88% das vendas do canal bar - e das embalagens descartáveis no segmento de auto serviço -20% das vendas totais de cerveja e 77% das vendas do canal auto serviço.

Peso das embalagens e canais do mercado de cerveja - 1999

Embalagem/ Canal	Bar	Tradicional	Auto Serviço	Total
Retornável	45%	17%	8%	70%
Descartável	6%	4%	20%	30%
Total	51%	21%	28%	100%

Fonte: Requerentes/Nielsen

REDE DE DISTRIBUIÇÃO

436- A distribuição de cerveja⁴⁹ é realizada através de redes de distribuidoras (revendas) próprias ou terceirizadas. As distribuidoras próprias, de modo geral, atendem à demanda do canal de auto serviço - cadeias de supermercados, enquanto as distribuidoras terceirizadas fazem a comercialização e entrega dos produtos nos canais bar (bares e restaurantes) e tradicional (padarias, mercearias, armazéns). A distribuidora própria pode eventualmente substituir a distribuidora terceirizada quando seu desempenho é insatisfatório em determinadas regiões, a critério do fabricante.

437- A maior parte da produção é comercializada pelas distribuidoras terceirizadas, dado que 72% (ver quadro acima) da cerveja é vendida nos canais bar e tradicional. O atendimento a estes dois canais exige a montagem de uma extensa e eficiente rede de distribuição para o atendimento dos pontos de venda (PDV) que são, de maneira geral, constituídos de pequenos negócios dispersos em áreas geográficas diferenciadas.

438- Assim, para viabilizar a distribuição nos canais bar e tradicional, que contam com mais de 900 mil pontos de venda, os fabricantes estabelecem contratos de distribuição com empresas especializadas, buscando otimizar a atuação da empresa através do incremento da penetração das marcas nas respectivas regiões objeto dos contratos.

49 A mesma estrutura de distribuição da cerveja é utilizada pela indústria para a distribuição de refrigerantes. Esta situação ocorre também em relação a Kaiser, que utiliza a rede de distribuidores exclusivos da Coca-cola para realizar a comercialização da cerveja.

439- Estes contratos de distribuição garantem ao distribuidor exclusividade na venda do conjunto das marcas do fabricante em determinadas áreas geográficas, permitindo a presença constante dos agentes nos pontos de venda. Desta forma, busca otimizar o sistema de comercialização e entrega dos produtos viabilizando substancial redução de custos e dos riscos associados ao investimento no segmento de distribuição. Ou seja, o contrato de distribuição exclusiva introduz maior eficiência da indústria de cerveja ao incrementar a cooperação entre produtor e distribuidor em benefício do consumidor final.

440- Note-se que o contrato de distribuição exclusiva permite ao fabricante aplicar sua estratégia de comercialização através do distribuidor terceirizado. Embora o agente de distribuição faça a negociação das condições de comercialização diretamente com os pontos de venda, o fabricante tem amplo grau de ingerência quanto aos preços cobrados e demais condições comerciais oferecidas pelo distribuidor.

441- A SDE realizou uma análise dos contratos-padrões adotados pela BRAHMA, chegando à conclusão que “o conjunto de cláusulas contratuais pactuadas lhes confere ingerência em relação a todos os aspectos fundamentais da atividade empresarial do distribuidor, como sua política comercial, gerencial, e de propaganda e marketing, bem como o controle de sua margem de lucro e a verificação de sua clientela.”

442- Outra opção de distribuição do produto é oferecida pelos distribuidores independentes, ou adegas, empresas que não são vinculadas por compromissos de exclusividade em relação à nenhuma das marcas existentes no mercado (multimarcas). As distribuidoras multimarcas exercem a importante função de realizar a comercialização do produto em áreas remotas de difícil acesso ou em regiões de alto risco. Nestas situações estas revendas podem adquirir o produto das próprias distribuidoras exclusivas ou mesmo diretamente das fábricas.

443- No entanto, a rede independente pode também agir contra os interesses das empresas produtoras e seus distribuidores exclusivos, ao atuarem como atravessadores. Nestas situações, podem adquirir os produtos em determinadas regiões, aproveitando descontos ou condições promocionais especiais, comercializando-os em outros mercados onde inexitem estas condições, arbitrando preços e frustrando estratégias comerciais regionais encetadas pelas empresas fabricantes.

444- Importante ressaltar que a estrutura de distribuição de cada uma das principais empresas fabricantes de cervejas (Brahma/Skol⁵⁰, Antártica, Kaiser e Schincariol) apresenta grande semelhança entre si. Cerca de 20 a 25% da cerveja vendida é distribuída diretamente pelas empresas produtoras, enquanto entre 70 a 75% é distribuída via rede terceirizada exclusiva. Também os contratos utilizados pelas mesmas empresas são bastante parecidos, apresentando cláusulas contratuais similares que garantem o controle da rede terceirizada pelos fabricantes.

445- A presença de uma rede de distribuição exclusiva com capacidade de atingir milhares de pontos de vendas localizados nas diversas regiões do país parece ser um traço distintivo da indústria de cerveja no Brasil, sendo sua constituição condição essencial para o ingresso e operação competitiva nesta indústria.

V.b - DAS CARACTERÍSTICAS DA DEMANDA:

446- O objetivo fundamental da Lei nº 8.884/94 é a proteção do mercado de livre concorrência de abusos de poder econômico. Nos moldes do art. 1º, a coletividade é titular dos bens jurídicos tutelados pela lei, inserindo-se dentre os diplomas legais que resguardam interesses difusos. Neste sentido, a sistemática da Lei nº 8.884/94, ao proteger a livre concorrência, confere proteção reflexa aos consumidores, à luz do disposto no art. 170, incisos IV e V da Constituição Federal. Segundo a equivalência dos princípios dispostos neste dispositivo constitucional, defesa da concorrência deve coadunar-se com defesa do consumidor, sendo tais tutelas equiparadas pela norma fundamental.

447- Esclarecemos que as Requerentes buscaram distorcer o enfoque da análise de mercado, asseverando que distribuidores e pontos de venda fazem parte da demanda, desconsiderando o consumidor final. Uma das consequências desta análise é a caracterização do mercado como um cluster, ou mercado agrupado. Para esta Procuradoria, tanto distribuidor quanto ponto de venda, fazem parte de uma cadeia produtiva, a saber a cadeia responsável pela venda da cerveja; não fazem parte da demanda propriamente dita, eis que não adquirem o produto, apenas comercializam-no.

448- A verdadeira demanda por este mercado de cerveja é o consumidor final, que não detém nenhum poder de barganha, tornando-se vulnerável aos produtores de bens e serviços, que detenham poder de mercado,

50 De fato, a Brahma mantém separadas as redes exclusivas de distribuição das marcas Brahma e Skol.

faltando-lhe dentre outros, o respeito à sua dignidade e a proteção de seus interesses econômicos.

449- Como leciona Ada P. Grinover, em seus Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Ed. Forense Universitária, 4ª Edição, existe uma crescente necessidade de tutela legal visando a proteção do consumidor, assim registrado, “in verbis”:

“A sociedade de consumo, ao contrário do que se imagina, não trouxe apenas benefícios para os seus atores. Muito ao revés, em certos casos, a posição do consumidor, dentro desse modelo, piorou em vez de melhorar. Se antes fornecedor e consumidor encontravam-se em uma situação de relativo equilíbrio de poder de barganha (até por que se conheciam), agora é o fornecedor (fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante) que, inegavelmente, assume a posição de força na relação de consumo e que, por isso mesmo, “dita as regras”. E o direito não pode ficar alheio a tal fenômeno. O mercado, por sua vez, não apresenta, em si mesmo, mecanismos eficientes para superar tal vulnerabilidade do consumidor. Nem mesmo para mitigá-la. Logo, imprescindível a intervenção do Estado nas suas três esferas: o Legislativo, formulando as normas jurídicas de consumo; o Executivo, implementando-as; e o Judiciário, dirimindo os conflitos decorrentes dos esforços de formulação e de implementação.”

450- Destes argumentos acima apresentados depreende-se que, em razão da legislação de proteção do consumidor, todas elas possuem a mesma razão de ser, qual seja o reequilíbrio da relação de consumo, com um reforço da posição do consumidor ou a proibição e limitação de determinadas práticas de mercado.

VI - DAS BARREIRAS À ENTRADA:

451- A teoria econômica⁵¹ propôs um primeiro conceito de barreiras à entrada, que se pauta na possibilidade de agentes econômicos instalados no mercado auferirem lucros supra-normais, uma vez que não enfrentam ameaça de entrada de concorrentes.

51 Este conceito foi dado por Joe Bain.

452- Tendo como parâmetro as obras de Calixto Salomão Filho e Sérgio Varela Bruna, abordaremos alguns aspectos doutrinários acerca de barreiras à entrada.

453- De início, compulsando o trabalho de Calixto Salomão Filho, registramos que o estudo das barreiras à entrada, no caso concreto, nos permite aferir quais serão os efeitos futuros para o mercado - concorrentes e consumidores -advindos de uma concentração econômica.

454- Desta forma, os efeitos da visualização de barreiras à entrada incidem sobre os interesses resguardados pelo Direito da Concorrência, quais sejam, a livre concorrência e o bem-estar dos consumidores, reduzindo, assim, o vigor da competição. Uma empresa que detenha poder de mercado, em um segmento com elevadas barreiras, tem assegurado para si um mercado sem contestação e, por consequência, consegue inviabilizar a iniciativa de uma empresa entrante.⁵²

455- Aproveitando-se deste obstáculo, ou seja, da impossibilidade da entrada de novos concorrentes, o detentor de poder no mercado fará uso de sua posição dominante em detrimento dos consumidores. Gozando de uma posição monopolista, poderá fixar o preço conforme seu arbítrio, e, mesmo auferindo ganhos advindos de eficiência econômica, não os compartilhará com os consumidores. Neste sentido, leia-se, “in verbis”:

“As barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder de mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados. Por esses motivos, elas são um elemento fundamental a ser levado em conta na aplicação dos artigos 21, inciso II, e 54, § 1º da lei concorrencial brasileira. Especificamente com relação à concentração empresarial, o desrespeito aos interesses acima mencionados (concorrentes e consumidores) impede a verificação das causas justificadoras das posições de poder no mercado mencionadas respectivamente nos incs. III e II. Com efeito, existentes barreiras à entrada, há eliminação da concorrência de parte substancial do mercado (inc.III). Todos os concorrentes que ainda não estão no mercado estarão automaticamente eliminados do processo competitivo. Toda a concorrência potencial está excluída.

52 Afirma Calixto Salomão Filho, “in verbis”: “Em primeiro

Por outro lado, o poder sobre os consumidores que essas barreiras ajudam a criar torna extremamente improvável que o produtor venha a repartir qualquer ganho de eficiência com o consumidor. Sem a pressão constante, representada pela possível entrada de novos concorrentes, o agente econômico está livre para abusar em relação aos preços.”

456- O ilustre Conselheiro Renault de Freitas Castro, Relator do AC nº 58/95, no caso Brahma/Miller, ao analisar as barreiras à entrada de novas empresas no mercado cervejeiro, concluiu ser este um fator agravante na análise antitruste, principalmente em se tratando de um mercado altamente concentrado.

457- Em síntese, os elevados custos de acesso ao mercado, tais como a existência de uma rede estruturada de distribuição, altos investimentos em publicidade e marketing, tecnologias de produção, rede de serviços pós-venda, existência de patentes, são fatores que desestimulam o ingresso de concorrentes potenciais.

458- Visando a identificação das barreiras existentes, que possuem maior grau de dificuldade para serem transpostas, aquele Conselheiro-Relator, questionando algumas empresas pertencentes ao mercado cervejeiro, identificou os seguintes obstáculos, os quais podem ser também aplicados no presente caso:

- 1- Rede de distribuição estruturada;
- 2- Tradição das duas grandes marcas;
- 3- Hábito de consumo consagrado das duas marcas;
- 4- Mercado concentrado;
- 5- Pesados investimentos em marketing;
- 6- Elevado poder de negociação das grandes marcas junto a fornecedores;
- 7- Leque diversificado e simultâneo de investimentos (marketing e produção);
- 8- Dificuldade de localização geográfica de uma planta para atender todo o território nacional;

460- Esta Procuradoria optou por analisar as barreiras relativas a propaganda e marketing e rede de distribuição, por considerar que estas duas são destacadamente os entraves mais significativos do mercado de cerveja.

VI.a- MARKETING E PROPAGANDA:

461- De início, identificamos as barreiras de natureza estrutural, salientamos que o mercado de cerveja requer vultuosos investimentos em propaganda e marketing, a fim de inculcar no consumidor a idéia de que uma determinada marca significa um “plus” em termos de qualidade em relação a outras marcas de cerveja.

462- Tais investimentos são tidos pela doutrina como custos irre recuperáveis da atividade econômica – sunk costs – de modo que não poderão ser resgatados pelo empreendedor caso resolva abandonar o mercado ou não obtenha êxito na entrada. Salienta ainda a teoria que “investimentos tipicamente irre recuperáveis são os investimentos em publicidade. Quanto mais alto for o investimento em publicidade necessário para entrar em um determinado mercado, maior risco envolve o investimento para o empresário.”

463- Interessante destacar que na análise dos precedentes⁵³ asseverou-se que “a indústria de cerveja é uma caso proverbial de diferenciação, por imagem, onde se obteve forte resposta subjetiva do consumidor.” Tendo como exemplo o caso da Anheuser-Bush, quando estabeleceu a estratégia de distribuição de seu produto, a partir de uma única planta, e visando cobrir o custo da distribuição cobrou um preço mais elevado do que o praticado, necessitando convencer o consumidor de que este estava adquirindo um produto de qualidade superior. Outro exemplo de criação bem sucedida de imagem foi a Lite da cervejaria Miller, marca responsável pela expansão da cervejaria na década de 70.

464- No Brasil, temos como exemplo a Bavária, que registrou uma participação de mercado em torno de 7%, em menos de três anos, tendo em vista que seu lançamento ocorreu no segundo semestre de 1997, alcançando uma participação considerável em pouco tempo, deduzimos que este sucesso seja resultado de uma política de marketing agressivo, somando-se ao fato de estar ligada a uma marca consagrada. Salientamos ainda, que não se pode classificar a Bavária como uma entrante, e sim uma marca pertencente a uma empresa a muito estabelecida no mercado.

465- Outro exemplo brasileiro foi o caso da SKOL que, apesar de ser uma divisão da própria Brahma, tem conseguido nestes últimos anos uma

53 AC nº 83/96, voto da Conselheira-Relatora Lucia Helena Salgado e Silva

expansão de venda. Pode-se afirmar que os investimentos em propaganda e marketing são utilizados para a modificação das preferências dos consumidores tanto a curto quanto a longo prazo por meio de estratégias de fixação de marcas.⁵⁴

466- A obtenção de uma rede de distribuição é também uma barreira, pois representa ampla proporção de custos irrecuperáveis. Concluiu a SEAE que a "fixação da marca é um requisito para a entrada no segmento high-end das marcas de cerveja de primeira linha – Antartica, Brahma e Skol - mas não para o segmento low-end."

467- Esta Procuradoria, conforme destacado no item III.d. deste parecer, não admite os estudos econômicos como meio de prova para inferir outras conclusões. Com base nos precedentes jurisprudenciais do CADE, entendemos que a fixação de marcas, mediante investimentos em publicidade é uma barreira à entrada de modo amplo.

VI.b – REDE DE DISTRIBUIÇÃO:

468- A rede de distribuição é o principal elemento gerador de barreiras no mercado brasileiro de cervejas, observando que os distribuidores das cervejarias atuam em áreas determinadas e exclusivas e que as duas principais empresas do mercado - BRAHMA e ANTARCTICA - dispõem, individualmente, de mais de oitocentos revendedores que atendem cerca de um milhão de pontos de venda distribuídos por todo o país, conforme entendimento do i. ex-Conselheiro do CADE, que conclui:

“Assim, o fato de as cervejarias instaladas no Brasil contarem com sistemas de distribuição devidamente estabelecidos e bem estruturados, dificulta sobremaneira e torna extremamente dispendiosa à entrada de novos concorrentes no mercado.”

54 Os distribuidores admitem a importância da marca. In verbis: “Você há de convir que a marca é um negócio seríssimo, acho que a marca é uma das coisas mais importantes de duas empresas. Daí ela optar por deixar uma marca de lado, eu não consigo ver a companhia pensando desse jeito.” (fls. 3488)

469- A distribuição de cerveja⁵⁵ é realizada através de redes de distribuidoras (revendas) próprias ou terceirizadas. As distribuidoras próprias, de modo geral, atendem à demanda do canal de auto-serviço (cadeias de supermercados), enquanto as distribuidoras terceirizadas fazem a comercialização e entrega dos produtos nos canais bar (bares e restaurantes) e tradicional (padarias, mercearias, armazéns). A distribuidora própria pode eventualmente substituir a distribuidora terceirizada quando seu desempenho é insatisfatório em determinadas regiões, a critério do fabricante.

470- O resultado das vendas e do posicionamento da cerveja no mercado depende da eficiência de sua rede de distribuição, a qual pode ser feita diretamente pela empresa ou por intermédio de uma rede já existente.

471- A maior parte da produção é comercializada pelas distribuidoras terceirizadas, dado que 75% da cerveja é vendida nos canais bar e tradicional. O atendimento a estes dois canais exige a montagem de uma extensa e eficiente rede de distribuição para o atendimento dos pontos de venda (PDV) que são, de maneira geral, constituídos de pequenos negócios dispersos em áreas geográficas diferenciadas.

472- Além deste elevado número de pontos de venda, e às características dos estabelecimentos varejistas, o sistema de distribuição tomou formas diversas, sendo utilizadas combinações variadas pelas empresas atuantes do mercado.

473- Embora a cerveja comercializada pelo canal de auto serviço, representando aproximadamente 25% do volume de vendas, seja distribuída pelas próprias fábricas que atendem diretamente as grandes redes de supermercados, as vendas nos canais bar e tradicional, responsáveis por 75% das vendas totais de cerveja, dependem da intermediação das redes de distribuição terceirizadas, capazes de atingir cerca de 900.000 pontos de vendas, e cuja performance é decisiva para a competitividade das empresas cervejeiras.

474- Assim, para viabilizar a distribuição nos canais bar e tradicional, que contam com mais de 900 mil pontos de venda, os fabricantes estabelecem contratos de distribuição com empresas especializadas, buscando otimi-

55 A mesma estrutura de distribuição da cerveja é utilizada pela indústria para a distribuição de refrigerantes. Esta situação ocorre também em relação a Kaiser, que utiliza a rede de distribuidores exclusivos da Coca-cola para realizar a comercialização da cerveja.

zar a atuação da empresa através do incremento da penetração das marcas nas regiões objeto dos respectivos contratos.

475- Quanto às cláusulas de exclusividade nos contratos de distribuição assinados com as fabricantes, entende a SDE que, apesar de elevarem as barreiras à entrada, estas cláusulas garantem a eficiência e a capilaridade do abastecimento.

476- O distribuidor exclusivo subordina-se ao fabricante, atuando em consonância com os seus interesses, contribuindo para fixação da marca e disponibilização do produto ao consumidor. Assim, os prejuízos causados pela exclusividade são mais do que compensados pelos ganhos de eficiências gerados.

477- Os contratos de exclusividade com pontos de vendas não constituem uma barreira à entrada no mercado de cervejas, segundo a SDE, em razão da sua reduzida presença. Menos de 0,5% dos pontos de venda, corresponde a, em média, 2% do volume comercializado. A exclusividade nos pontos de venda visa fixar a imagem da marca em pontos de venda com melhor visibilidade e reputação.

478- Esses instrumentos contratuais garantem ao distribuidor exclusividade na venda do conjunto das marcas do fabricante em determinadas áreas geográficas, permitindo a presença constante dos agentes nos pontos de venda. Desta forma, busca otimizar o sistema de comercialização e entrega dos produtos viabilizando substancialmente a redução de custos e dos riscos associados ao investimento no segmento de distribuição. Ou seja, o contrato de distribuição exclusiva introduz maior eficiência da indústria de cerveja ao incrementar a cooperação entre produtor e distribuidor em benefício do consumidor final.

479- Note-se que o contrato de distribuição exclusiva permite ao fabricante aplicar sua estratégia de comercialização através do distribuidor terceirizado. Embora o agente de distribuição faça a negociação das condições de comercialização diretamente com os pontos de venda, o fabricante tem amplo grau de ingerência quanto aos preços cobrados e demais condições comerciais oferecidas pelo distribuidor.

480- A SDE realizou uma análise dos contratos-padrões adotados pela Brahma, chegando à conclusão que “o conjunto de cláusulas contratuais

pactuadas lhes confere ingerência em relação a todos os aspectos fundamentais da atividade empresarial do distribuidor, como sua política comercial, gerencial, e de propaganda e marketing, bem como o controle de sua margem de lucro e a verificação de sua clientela”.

481- Por fim, concluiu que em face das barreiras existentes nos mercados de cerveja no Brasil, a entrada de um novo concorrente 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.”

482- As requerentes mencionaram que somente o alinhamento dos interesses na cadeia de distribuição poderia permitir a elevação do poder de mercado da AMBEV. Argumentaram que a efetividade de uma redução de preços de uma marca de seu portfolio, em uma região específica, para atacar marcas rivais dependeria dos seguintes fatores:

- que os distribuidores exclusivos vendessem os produtos apenas em seus territórios, aceitassem a redução de preços e não vendessem para o distribuidor multimarca;
- que o distribuidor independente desse apenas capilaridade ao sistema, ou seja, conferisse maior penetração nas diversas regiões, que cobrisse todo o território nacional;
- que o ponto de venda repassasse o preço ao consumidor;
- que as redes de auto-serviço comercializassem apenas nas áreas pretendidas;
- que o consumidor aceitasse a promoção e consumisse em maior quantidade a marca em oferta”.

483- Segundo a SDE, o argumento de que a rede de distribuição exclusiva não se aplicaria a política determinada pelo fabricante "não é factível em razão da ausência de instrumentos eficazes na contestação dessa ação". Por outro lado, seria mais provável que ação da AMBEV fosse pontual, "ajustando os preços relativos diferentemente para cada região atendida, não contrariando, portanto, os interesses de toda a rede de distribuição”.

484- A posição de subordinação do distribuidor exclusivo no contrato de distribuição, elimina qualquer poder contestatório destes à ação dos fabricantes. Nos últimos anos metade dos distribuidores exclusivos foi descredenciada em função da reestruturação das redes de distribuição das reque-

rentes, sem qualquer capacidade de reação efetiva, constando dos autos provas robustas nesse sentido⁵⁶.

485- Segundo análise da SDE, depois da operação sob exame, "o poder de mercado das requerentes será muito superior ao existente no momento daquela reestruturação", pois, na ausência de um terceiro fabricante capaz de realocar distribuidores descredenciados, aumentará ainda mais a "capacidade de imposições unilaterais, visto que não restará alternativa aos distribuidores".

486- Outra opção de distribuição do produto é oferecida pelos distribuidores independentes (adegas), empresas que não são vinculadas por compromissos de exclusividade em relação a nenhuma das marcas existentes no mercado (multimarcas). As distribuidoras multimarcas exercem a importante função de realizar a comercialização do produto em áreas remotas de difícil acesso ou em regiões de alto risco. Nestas situações, estas revendas podem adquirir o produto das próprias distribuidoras exclusivas ou mesmo diretamente das fábricas.

487- Quanto ao argumento de que os distribuidores multimarcas poderiam coibir de forma efetiva qualquer abuso da posição dominante exercida pela AMBEV, este também não é sustentável. A retirada dos produtos da fábrica é realizada apenas pela rede de distribuição própria ou exclusiva terceirizada. O fabricante não teria interesse em vender a distribuidores multimarcas com a finalidade de atravessamento de produtos. Somente a rede terceirizada seria capaz de repassar mercadorias para distribuidores multimarcas, para que estes realizem arbitragem de preços.

488- No entanto, a rede independente pode também agir contra os interesses das empresas produtoras e seus distribuidores exclusivos, ao atuarem como atravessadores. Nestas situações, podem adquirir os produtos em determinadas regiões, aproveitando descontos ou condições promocionais especiais, comercializando-os em outros mercados onde inexistem estas condições, arbitrando preços e frustrando estratégias comerciais regionais encetadas pelas empresas fabricantes.

56 Verbi gratia, anexo I do volume 14

489- As Requerentes mencionam, ainda, que os distribuidores multimarca respondem por cerca de 25% do volume comercializado de cerveja no Brasil. Nesse sentido, acentua a SDE que grande parte deste volume tem como finalidade única o aumento da capilaridade do sistema, ou seja, a distribuição em locais onde há pouco interesse de distribuição pela rede terceirizada. Assim, os distribuidores multimarca operam como agentes “quartezirizados” a serviço dos distribuidores exclusivos.

490- Importante ressaltar que a estrutura de distribuição de cada uma das principais empresas fabricantes de cervejas (Brahma/Skol⁵⁷, Antártica, Kaiser e Schincariol) apresenta grande semelhança entre si. Cerca de 20 a 25% da cerveja vendida é distribuída diretamente pelas empresas produtoras, enquanto entre 70 a 75% é distribuída via rede terceirizada exclusiva. Também os contratos utilizados pelas mesmas empresas são bastante parecidos, apresentando cláusulas contratuais similares que garantem o controle da rede terceirizada pelos fabricantes.

491- A presença de uma rede de distribuição exclusiva, com capacidade de atingir milhares de pontos de vendas localizados nas diversas regiões do país, parece ser um traço distintivo da indústria de cerveja no Brasil, sendo sua constituição condição essencial para o ingresso e operação competitiva nesta indústria.

492- Com relação aos distribuidores multimarca estabelecem que pelo fato de operarem com “todas” as marcas, tiram proveito de eventuais diferenciais e descontos oferecidos pelos fabricantes, maximizando as oportunidades de arbitragem em preços, comprando o produto barato em uma região onde um determinado produto não tem grande aceitação e vendendo-o onde esse é mais valorizado.

493- Acrescem que a Brahma e a Antártica passaram por um processo de concentração de distribuidores, no qual estes começaram a atuar de forma independente, utilizando a informação, tecnologia e a experiência adquirida no sistema oficial, entendendo que tal feito dinamizou o segmento de distribuição.

494- No entanto, a respeito da aludida reestruturação, o i. ex-Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho⁵⁸ desconsidera a hipótese de que esteja ocorrendo uma transferência de ativos e operações de empresas sem escala

57 De fato, a Brahma mantém separadas as redes exclusivas de distribuição das marcas Brahma e Skol.

58 Voto proferido pelo i. Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho por ocasião do julgamento do AC 83/96.

para grandes distribuidores, concluindo, na verdade, pela inexistência de distribuidores disponíveis que possam fazer frente aos grandes distribuidores.

495- Tal fato foi constatado por esta Procuradoria, quando presente em audiência pública na cidade de Manaus, aonde ex-distribuidor do refrigerante Pepsi, entre outros, demonstraram a situação de penúria a que chegaram. Além disso, se a situação deles fosse boa, certamente não teriam ingressado com tantos processos no âmbito da Secretaria de Direito Econômico como do poder Judiciário, alguns requerendo, inclusive, o direito de prosseguir distribuindo os produtos, tal como antes⁵⁹.

496- Com relação aos distribuidores multimarcas destacam ainda que são agentes que tiram proveito de eventuais diferenciais e descontos oferecidos pelas fabricantes, sendo a estratégia por eles adotada extremamente oportunista.

497- Dentre os aspectos importantes a serem ressaltados por esta Procuradoria na distribuição, impende ressaltar o controle externo exercido pelas cervejarias sobre os distribuidores exclusivos.

498- Além de razões já alegadas, os investimentos necessários para a obtenção de um contrato de exclusividade constituem outro fator que restringe o acesso de novos partícipes. Além disso, como ressaltou a SEAE, a obtenção de exclusividade por parte de novas marcas é considerado investimento de alto risco, diferentemente da distribuição de marcas como Brahma e Antarctica, consolidadas.

499- Esta Procuradoria concorda com os entendimentos exarados pelas Secretarias (SEAE e SDE) no que se refere a existência de barreiras ao ingresso de novas empresas no mercado como um fator agravante, na análise dos órgãos de defesa da concorrência, especialmente no caso de mercados muito concentrados. Os obstáculos a serem ultrapassados seriam muitos, tais como: rede de distribuição estruturada; tradição das duas grandes marcas; hábito de consumo consagrado das duas marcas; mercado concentrado; elevados investimentos em marketing; elevado poder de negociação das grandes marcas junto a fornecedores, e dificuldade de localização geográfica de uma planta para atender todo o território nacional.

59 Tal fato é verificado, inclusive, pela análise do volume dos autos denominado como Anexo I.

500- Mencionam as requerentes que o ato de venda e de entrega são separados e independentes, sendo a venda programada em um dia e realizada no dia seguinte. A negociação das condições, segundo as requerentes é feita no ato da venda. Acrescem que o sistema de distribuição é formado por empresas independentes que detêm, em geral, um contrato de exclusividade de revenda de um portfólio de produtos do fabricante em um território de atuação pré-definido.

501- A Brahma, maior cervejaria do Brasil e da América Latina, ao unir-se com a Antarctica, elimina aquela que é uma das concorrentes potenciais com maiores chances de ameaçar seu domínio de mercado, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria altamente concentrada, reduzindo drasticamente as chances de contestação efetiva do mercado brasileiro.

502- Assim, consideradas as características do mercado relevante em análise, entendemos que há consideráveis barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado nacional de cervejas, barreiras essas consubstanciadas na necessidade de altos investimentos em publicidade para a fixação da marca, bem como a idêntica necessidade de estruturação de um rede de distribuidores com razoável grau de capilaridade que consigam atingir o consumidor em todas as localidades do país.

503- Em diversos momentos mencionam que não há nenhum impedimento para que as empresas distribuam suas bebidas de forma conjunta, citando a Coca-Cola e a Kaiser como exemplo.

504- Repisam o argumento de que além dos canais citados os grandes supermercados se abastecem junto aos fabricantes, detendo alto poder de barganha, sendo uma das formas de utilização para o abastecimento dos varejistas.

505- Verifica-se que no poder econômico predominam os elementos de fato e que a presença ou não na estrutura formal de uma organização não é elemento imprescindível para que o mesmo seja exercido.

506- Existem relações peculiares que prescindem de uma legitimação jurídica para revestir-se de efetividade.

507- Tal situação é verificada nos contratos de exclusividade mantidos entre as cervejarias e seus distribuidores. Nessas situações, verifica-se

que a influência exercida pelas cervejarias junto àqueles, reveste-se das seguintes características:

- a) é permanente, eis que as distribuidoras dependem do produto que lhes é fornecido pelas empresas;
- b) sua atuação limita-se à própria distribuição, ou seja, tal atividade abrange todo o negócio da empresa;
- c) não há possibilidade de reação por parte da distribuidora sem que sofra ou haja o perigo de sofrer retaliações econômicas;

508- Situações de monopólio ou de oligopólio propiciam o crescimento de relações de dependência, uma vez que incrementam as relações de dependência e dificultam o acesso de novas empresas, bem como a expansão de empresas que exerçam posição secundária.

509- No caso concreto, a associação da Brahma com a Antarctica representa a eliminação de qualquer possibilidade de contestação neste segmento, eis que a não aceitação, ou em alguns casos a reclamação de qualquer das condições estabelecidas nos contratos de exclusividade, levará certamente à exclusão da atividade ou a aventura de sobrevivência como distribuidor independente, pois as antigas rivais estarão atuando, eis que unidas, de forma concertada.

510- Embora prevista contratualmente, verifica-se nos contratos de exclusividade firmados entre as cervejarias e as suas distribuidoras a ausência fática de espontaneidade por parte de uma das partes no vínculo contratual, o que gera a dependência já mencionada. No entanto, tal como foi ressaltado pela SDE não se verifica de todo a nocividade da existência de cláusulas de exclusividade nos contratos firmados:

“Vale registrar que essa espécie de controle exercido sobre a rede ou sistema de distribuição propicia aos participantes do negócio garantias de que nessa relação contratual, o “controlador” adotará seus melhores esforços para ajudar seus distribuidores a enfrentar a concorrência de outros produtores e marcas. Há, nesse sentido, uma importante unidade de propósitos entre os produtores e os distribuidores dos bens objeto do contrato.”

511- Tanto a SEAE quanto a SDE foram uníssonas em estabelecer que contratos contendo cláusulas de exclusividade podem corrigir problemas

de free-riding, incrementando a concorrência entre-marcas, podendo ser justificado por razões de eficiência.

512- Além disso, este Conselho já externou que marcas como BRAHMA, SKOL E ANTARCTICA competem em um segmento diferente de mercado, nos seguintes termos:

“Um aspecto marcante da competição no mercado de cervejas brasileiro é a grande rivalidade existente entre Antarctica e Brahma, que alternam-se na posição de líderes desse mercado. A Kaiser, por sua vez, apoiada na estrutura da Coca-Cola, sua controladora, tem empreendido agressiva estratégia de ocupação de mercado. Adotando intensa campanha de marketing e beneficiada pela estabilização da economia, que incorporou significativa massa de novos consumidores ao mercado, alcançou no ano passado a posição de marca líder no Estado de São Paulo. Por concentrar seus esforços no segmento conhecido como “baixo preço” ou popular, abocanhou boa parte desse mercado ampliado – estimado em 30 milhões de novos consumidores – nos dois últimos anos. O mesmo desempenho apresentou a Cervejarias Schin-cariol que, a partir de uma única planta em Itu, São Paulo, detém hoje cerca de 5,6 do mercado nacional”.

513- Dessa forma, a Procuradoria do CADE entende que a distribuição consiste em barreira elevada contida em mercados oligopolizados⁶⁰, sendo a constituição da AMBEV, tal como solicitado pelas requerentes, fato que agravará sobremaneira a possibilidade de fazer frente ao poder de mercado detido hoje pelas requerentes, razões pelas quais esta Procuradoria, somando-se aos argumentos esposados pelas douts SEAE e SDE entende que os problemas enfrentados no segmento de distribuição serão agravados pela constituição da AMBEV, não verificando, neste aspecto benefícios ao mercado e, conseqüentemente à coletividade, que justifiquem a aprovação da operação.

VII- DA ANÁLISE DA OPERAÇÃO À LUZ DO ART. 54:

60 máxime no caso em tela em que as características demonstram tratar-se de oligopólio diferenciado.

514- Na análise antitruste, o exame das eficiências econômicas geradas por uma determinada concentração é tema que sucede os estudos de estrutura de mercado e de barreiras à entrada.

515- Desta forma, identificada a redução da concorrência efetiva e a ausência de concorrência potencial no mercado relevante, a concentração econômica deve ser capaz de gerar eficiências que compensem a redução da concorrência.⁶¹

516- Compensar sim e, nos termos da Lei n.º 8.884/94, destacamos o sentido léxico-gramatical como "reparar (um mal) com um bem correspondente, indenizar, ressarcir, recompensar."⁶²

517- Nas palavras das Requerentes, "ressalte-se que a demonstração de eficiências é crucial na análise dos atos de concentração que resultem em participações de mercados relativas, pois são elas que propiciarão a geração de benefícios de bem-estar para os consumidores, compensando-se, assim, os aspectos restritivos da concorrência que possam decorrer do ato examinado."

518- A idéia de eficiências surgiu e tomou corpo com a Escola de Chicago, que reconhecia seu valor como justificativa para aprovação de fusões de empresas que gerassem concentração de mercado. Esta corrente de pensamento surgiu como um movimento que questionava a utilização do paradigma estrutura-conduta-desempenho.

519- Na teoria econômica neoclássica, o termo eficiência abrange dois enfoques diferentes, a saber:

- 1- Eficiência produtiva: Aquela que revela ganhos de produtividade decorrentes da sinergia entre os recursos tecnológicos de ambas as empresas.
- 2- Eficiência alocativa: Aquela que se relaciona com a distribuição dos recursos na sociedade.

520- Em termos econômicos, a análise das eficiências dá-se através de estudos econômicos, que mensuram, ou buscam quantificar, os níveis de eficiência produtiva e alocativa versus a redução da concorrência, a fim de

61 A análise de eficiências só se faz quando a operação gera concentração e cria poder de mercado para as empresas.

62 Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa Folha/Auurélio, página 164.

verificar se há ou não ganhos líquidos, em termos de bem-estar, para o mercado.

521- Em termos jurídicos, em casos de concentração de empresas, a análise das eficiências surge como uma excludente parcial da ilicitude⁶³ de concentrações que "possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência".

522- Nos termos da Resolução n.º 15/CADE, "entende-se por eficiências aquelas reduções de custos de qualquer natureza, estimáveis quantitativamente e intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno."

523- Assim, esta análise deve basear-se nos parâmetros estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei n.º 8.884/94. Desta forma, o CADE poderá autorizar a realização de operações que resultem em dominação de mercados, desde que atendam as seguintes condições, "in verbis":

“§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atenda 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

63 A definição é dada por Calixto Salomão Filho, que identifica na Lei n.º 8.9884/94 a consideração das eficiências econômicas em dois dispositivos legais, a saber: o art. 20 § 1º e o art. 54, § 1º, inciso I.

nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

524- A manutenção do mercado de livre concorrência é a regra básica. A norma jurídica, da mesma forma que traça a regra, estabelece as excusas. Na medida em que consente que se realizem operações limitadoras da competição, impõe aos agentes econômicos o ônus da prova da realização das eficiências alegadas. Comprovada a existência de compensações - eficiências - à redução da concorrência, exclui-se a ilicitude da concentração. A contrario sensu, não comprovadas tais eficiências, tem-se como ilícita a concentração, impondo-se a intervenção estatal reparadora.

525- A SEAE, fls. 48 a 58, não reconhece todas as eficiências alegadas pelas Requerentes, considerando que tais representariam apenas uma redução de custos de 6,9%, bem inferior aos 14,1% alegados pelas Requerentes. Ademais, destacou que este valor pode estar super-estimado, dadas as dificuldades encontradas para desagregar-se os números apresentados. Não aceitaram as eficiências alegadas de "maneira vaga ou especulativa e quando não puderem ser verificadas por meios razoáveis"

526- A SDE, por seu turno, concluiu que a operação gera melhorias, embora em níveis diferentes dos apresentados pelas Requerentes, atendendo, assim, ao inciso I do § 1º e desatendendo aos demais incisos, bem como ao § 2º, todos do art. 54 da Lei n.º 8.884/94.

527- Esta Procuradoria considera que algumas das eficiências alegadas pelas Requerentes realmente são obtidas através da operação. No entanto, tais não são capazes de justificar plenamente ou compensar os danos, em termos de perda de bem-estar, que a operação gera no mercado.

528- É importante destacar que ambas as Secretarias fizeram incursões nas análises quantitativas, a fim de aferir os ganhos líquidos advindos da operação, adotando, cada uma, critérios metodológicos diferentes.

529- As Requerentes, da mesma forma, apresentaram estudos, visando comprovar quantitativamente as alegadas eficiências. Salientamos, novamente, a falta de uniformidade de metodologia adotada, também, em seus diversos cálculos.

530- Ora, não há segurança jurídica em se adotar qualquer uma das análises quantitativas constantes dos autos. O grau de subjetividade de que

se revestem todos estes estudos demonstra a impossibilidade de avaliar qual deles está mais apto a comprovar a realização das eficiências. Neste sentido, os dados econômicos serão sempre refutáveis.

531- Entendemos, como defendido no item III.e deste parecer, que a sucessividade das análises quantitativas, todas divergentes entre si, não lhes confere o devido valor probatório. Na verdade, como leciona Calixto Salomão Filho, "hoje está bastante firmado na doutrina o entendimento de que a relação entre eficiência alocativa e produtiva é impossível de ser determinada ex-ante com precisão."

532- Deste modo, a análise ora empreendida por esta Procuradoria pauta-se, unicamente, em critérios qualitativos de avaliação das alegações das empresas, em termos de juízo de mérito acerca da certeza jurídica e da verossimilhança⁶⁴ da realização das eficiências no mercado. Destaque-se, por completude, que a maioria das análises de eficiências realizadas por este Conselho costuma pautar-se tão-somente em avaliações qualitativas. Afinal, uma intervenção estrutural não pode basear-se em probabilidades, falecendo diante da necessidade de segurança jurídica.

64 *“Calamandrei, referindo-se a uma assertiva de Wach, advertiu que quando se diz que um fato é verdadeiro, afirma-se, em substância, que ele atingiu, na consciência de quem assim o julga, aquele grau máximo de verossimilhança que, em relação aos meios limitados de conhecimento que o julgador dispõe, é suficiente para lhe dar a certeza subjetiva de que aquele fato se verificou. Como diz Calamandrei, mesmo para o juiz mais atento e escrupuloso vale o limite fatal de relatividade que é próprio da natureza humana, pois o que vemos é somente aquilo que parece estarmos vendo. É por isso que todo o sistema probatório civil é preordenado não somente a permitir mas, verdadeiramente impor ao juiz contentar-se, no apreciar os fatos, coma verossimilhança. Não existe verdade, pois esta se encontra no campo do impossível. A verdade varia de acordo com a subjetividade de cada um. A certeza seria a manifestação subjetiva de uma pessoa a respeito de um dado ou de um acontecimento, pelo que a “verdade” poderia surgir para esta pessoa, mas não para os outros ou para todos. Esta “certeza”, contudo – mesmo porque a subjetividade do próprio sujeito cognoscente Poe mudar -, não existe, ou existirá, como absoluta, nem àquele que em um dia a afirmou. Toda certeza, pois, não passa de mera verossimilhança. O juiz, entretanto, deve procurar encontrar, por assim dizer, a “certeza do caso concreto”, a certeza acerca da afirmação de um fato. Falamos em certeza sobre a “afirmação” porque o fato não pode ser qualificado de verdadeiro ou falso. O fato só adquire significação no mundo cultural ou jurídico a partir do momento em que é afirmado. A respeito da afirmação do fato, portanto, é que o juiz deve formar sua convicção de “certeza”(apud Marinoni, Luiz Guilherme, in “Tutela antecipatória, Julgamento Antecipado e Execução Imediata da Sentença, SP, Ed. RT, 1997).*

533- Neste sentido, vejamos, destacadamente, o exame de cada um dos incisos, a saber:

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;

534- Este dispositivo legal refere-se à aferição das eficiências de natureza produtiva, aquelas que tem o seguinte significado, "in verbis":

"Definition of efficiency gains

An efficiency gain is the same as productivity gain. It also results in a unit-cost saving. It may involve using:

. Fewer resources to produce the same output of goods or services.

. Lower quality resources to produce the same output.

. The same resources to produce more.

. The same resources to produce a greater variety of goods or services."⁶⁵

535- Em tradução livre, temos: "Definição de ganhos de eficiência. Um ganho de eficiência é a mesma coisa que um ganho de produtividade. Resulta, ainda, na redução de custos unitários. Pode envolver a utilização de: menores recursos para produzir a mesma saída de bens ou serviços; diminuição na qualidade de recursos para a mesma saída de bens ou serviços; os mesmos recursos para produzir mais; os mesmos recursos para produzir bens ou serviços de qualidade mais elevada; os mesmos recursos para produzir uma maior variedade de bens ou serviços"

536- As Requerentes aduzem que a operação gerará eficiências econômicas e, classificando-as em áreas, aduz as seguintes sinergias positivas ensejadoras da aprovação:

1- **ÁREA INDUSTRIAL:** alegam as Requerentes que haveria redução nos custos fixos com o fechamento de fábricas, redução de custos fixos nas unidades produtivas com a transferência de melhores práticas, redução dos custos variáveis de produção, redução dos custos com embalagens PET e com CO2.

65 In. Framework For The Design And Implementation Of Competition Law And Policy, The World Bank, OECD, 1988, página 126.

2- **ÁREA ADMINISTRATIVA FINANCEIRA:** dar-se-á a unificação das administrações das duas empresas, a renegociação da dívida da ANTARCTICA, a implantação das melhores práticas e a redução dos custos com informática.

3- **ÁREA DE DISTRIBUIÇÃO:** defendem as Requerentes a otimização da frota para puxada e implantação de programas de produtividade na rede de distribuidores da ANTARCTICA.

4- **ÁREA DE SUPRIMENTOS:** as Requerentes aduzem a realização de ganhos de escala oriundos da operação, permitindo às empresas o alinhamento de preços de matérias-primas e insumos.

5- **ÁREA COMERCIAL:** consideraram as Requerentes que haverá redução de custos pela unificação das diretorias regionais, com a redução de diretores e staff, bem como redução do número de repositores.

537- Em termos eminentemente econômicos, não se pode olvidar que a operação gera eficiências econômicas. Na verdade, em concentrações horizontais, tais como a presente, são consideradas como eficiências aceitáveis advindas da fusão as economias de escala produtiva e economias decorrentes da especialização das empresas.⁶⁶

538- Neste sentido, não é toda eficiência econômica capaz de compensar danos no mercado. Só e tão-somente as eficiências "intrínsecas ao tipo de operação de que se trata, que não poderiam ser obtidas apenas por meio de esforço interno", nos termos da Resolução n.º 15/CADE. Não bastando que seja, então, a limitação à concorrência superada por quaisquer eficiên-

66 In. Salomão Filho, Calixto; *Direito Concorrencial - as estruturas*, Malheiros Editores Ltda., 1988, página 271, "in verbis":

"A doutrina costuma elencar uma série de economias de escala passíveis de serem atingidas através da integração empresarial. As mais importantes são: economias de escala produtiva, economias decorrentes de especialização das empresas, economias na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornecedores.

De todas elas, apenas as duas primeiras são diretamente aceitáveis como defesa em uma concentração horizontal. A razão é que só elas requerem necessariamente a concentração empresarial. Com efeitos, tanto as economias de escala na produção quanto a especialização empresarial requerem mudanças estruturais na empresa, que permitam alterar sua forma de produção. Essas mudanças só se tornam possíveis através de concentração empresarial."

cias geradas pela operação. Ou seja, aquelas eficiências produtivas que, a fim de desculpar os agentes econômicos de um prejuízo por eles causado à livre concorrência, só podem realizar-se através da concentração.

539- Consideramos, principalmente, que as alegadas reduções de custos na área industrial são procedentes. A teoria reconhece que redução de custos equivalentes a ganhos de recursos são eficiências, nos seguintes termos:

"Real resources saving
To be eligible for the efficiency defense, cost savings must reflect real resource savings. Cost savings at the expense of other savings in the economy are transfers, not resource savings."⁶⁷

540- Em tradução livre: "Ganhos efetivos de recursos. Para ser aceito como argumento, a redução de custos deve refletir em ganhos reais de recursos. Ganhos obtidos às expensas de custos como despesas de outros segmentos na economia são meras transferências e não ganhos reais em recursos."

541- Quanto à área industrial, especialmente sobre o fechamento de fábricas, a análise da estrutura do mercado já demonstrou que a capacidade instalada atual está superdimensionada em relação à demanda atual, devendo-se admitir que o fechamento vai gerar melhor alocação de recursos das empresas.

542- Outra eficiência alegada refere-se à redução de custos variáveis de produção com matérias-primas, advindas da sinergia de melhores práticas. De início, vemos que a indústria cervejeira é um setor em que a tecnologia de produção é de domínio público, sendo que as empresas nacionais do ramo atuam com níveis semelhantes de desenvolvimento tecnológico, o que inclui práticas relativas às matérias-primas. Desta forma, consideramos que não haverá transferência de tecnologia entre BRAHMA e ANTARCTICA e que obtenção de melhores práticas não decorre necessariamente da operação e poderia ser alcançada de outra forma.

67 In. *Framework For The Design And Implementation Of Competition Law And Policy*, The World Bank, OECD, 1988, página 132.

543- Quanto à redução de custos com a produção de embalagens PET, de fato, há uma eficiência positiva com a utilização da capacidade produtiva da BRAHMA, que apresenta ociosidade nas suas linhas de PET, para envasamento de produtos da ANTARCTICA, que compra as garrafas de fornecedores.

544- Em relação à alegação de redução de custos com CO₂ (gás carbônico), entendemos que tal eficiência pode ser alcançada independentemente da operação, uma vez que, tanto a ANTARCTICA quanto a BRAHMA, produtoras tanto de cervejas quanto de refrigerantes, poderiam utilizar o gás carbônico gerado em suas próprias unidades de fermentação na carbonatação de suas linhas de refrigerantes; poderiam, ainda, efetuar parcerias com empresas do setor de gases, com expertise na área. Demais disso, nada garante que as Requerentes irão produzir o CO₂ para consumo cativo, dada a necessidade de elevados investimentos para tal produção, tecnologia específica, bem como obediência a normas de segurança e saúde.

545- No que toca às alegadas eficiências na área administrativa e financeira, em sintonia com os pareceres da SEAE e SDE, não é de se aceitar o argumento de que a operação permitirá a renegociação da dívida de curto prazo da ANTARCTICA, tendo em vista que a consecução de taxas de juros menores não é objetivo que só se pode alcançar com a operação. Apesar da atual situação financeira precária da ANTARCTICA, a empresa detém grandes ativos, participação de mercado em nível nacional, marcas reconhecidas e aceitas pelos consumidores, bem como domínio completo da expertise de produção, distribuição e vendas, de tal modo que não deixaria de conseguir linhas de crédito em condições acessíveis. No que tange à unificação das administrações das duas empresas e dos sistemas de informática, é de se consentir que implicará ganhos de sinergia operacional, reduzindo em 50% os gastos das empresas. No entanto, esta redução de custos não é espécie de eficiência produtiva e, portanto, não significa compensação da ineficiência alocativa.

546- Quanto à área de distribuição, é importante notar que essa eficiência não se verifica nos limites da operação, uma vez que a puxada, ou seja, a retirada dos produtos da fábrica, é responsabilidade dos distribuidores e os custos desta operação são arcados pelos mesmos. Ademais, eficiências relacionadas com "economias na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornece-

dores"⁶⁸ não são eficiências alcançáveis apenas com a concentração horizontal.

547- Não é demais ressaltar que o ato em análise não envolve todo o setor cervejeiro ou de bebidas, cingindo-se apenas ao segmento de produção de alguns tipos de bebidas. Ademais, a otimização dos roteiros de entrega pode ser feita sem a participação das fábricas, uma vez que nada impede que um distribuidor adquira, por exemplo, um software ou contrate uma consultoria que lhe faça esse trabalho.

548- No que toca à utilização das melhores práticas, tanto na área administrativa quanto na área industrial, aderimos ao posicionamento da SDE, que não aceita tais alegações como eficiência proveniente da operação. Neste ponto, surge o problema de diferenças culturais entre empresas, ou seja, não há garantias de que tais procedimentos serão absorvidos pelo pessoal da ANTARCTICA na mesma medida em que o foram na BRAHMA. Ora, de toda forma, o aumento da produtividade nas plantas da ANTARCTICA, decorrente de treinamento e especialização de pessoal, é um ganho que pode ser alcançado independentemente da fusão, a saber, com um trabalho de consultoria de administração e planejamento. Ademais, “a simples transposição de melhores práticas não se dá automática ou rapidamente”, isto porque a diferença de custos entre a BRAHMA e a ANTARCTICA não é muito grande.

549- Na área de suprimentos, as Secretarias acolhem as alegações das Requerentes de que dar-se-á redução de custos na aquisição de matérias-primas pelo fortalecimento de seu poder de barganha. Entendemos que tais reduções de custos não devem ser admitidas como compensatórias de perdas em eficiência alocativa. Segundo a teoria econômica, não podem ser consideradas reduções efetivas de recursos as meras transferências de recursos de um setor para outro. Em tradução livre: "Por exemplo, (ganhos) resultantes do uso de maior poder de barganha junto a fornecedores que passam a aceitar menores margens de ganho são meras transferências."⁶⁹

550- Quanto à área comercial, a SEAE e a SDE reconhecem que são geradas economias com a unificação das diretorias, redução do número de diretorias regionais e de repositores. De fato, há redução de custos, até porque

68 In. Salomão Filho, Calixto; *Direito Concorrencial - as estruturas*, Malheiros Editores, 1998, página 271.

69 In. *Framework For The Design And Implementation Of Competition Law And Policy*, The World Bank, OECD, 1988, página 132.

não faz sentido manter administrações separadas. No entanto, esta redução de custos não é espécie de eficiência produtiva e, portanto, não significa compensação da ineficiência alocativa.

551- Em síntese, acolhemos, qualitativamente, as eficiências relativas à área industrial, mais especificamente aquelas que cuidam de redução de custos pelo fechamento de fábricas e produção de embalagens PET, posto que somente estas revelam eficiências produtivas, geradas única e exclusivamente pela concentração.

552- No entanto, esta análise de eficiências poderia, sob o aspecto jurídico, ser totalmente desconsiderada no caso em tela. Ora, bem leciona a doutrina, que dependendo dos níveis de concentração oriundos de uma operação, não há como compensar os efeitos restritivos. Em outras palavras, a redução do vigor competitivo é de tal monta que nada poderá compensar, nem mesmo nas hipóteses em que "os ganhos de eficiência são extraordinários"⁷⁰

553- Neste sentido a doutrina já afirmou que nos casos em que a concentração é muito elevada não há eficiências suficientes para compensar a perda de bem-estar do consumidor. Nuno T.P. Carvalho⁷¹, assim se pronuncia, "in verbis":

"Portanto, em princípio, não há eficiências que justifiquem um ato de concentração que leve à monopolização ou a uma alta concentração do mercado. Suponha-se que num dado mercado relevante de produtos, concorrem três empresas, A, B e C. A detém uma fatia de 40% do mercado, e B e C, cada uma, dominam 30%. (...) Trata-se de um mercado altamente concentrado, portanto. Suponha-se agora que A adquire B e a incorpora, eliminando a sua presença do mercado como centro decisório independente. No mercado ficarão A, com 70% e C, com 30%. (...) Ora, não parece haver prospecção de eficiência que justifique esse aumento da concentração do mercado, pois tudo indica que, mais tarde ou mais cedo A e C passarão a concertar as suas atividades empresariais, com perdas certas para os consumidores."

70 Willianson estabelece uma hipótese teórica em que a redução de custos é de tal monta que o preço, mesmo após uma concentração, permanece próximo ao ponto de equilíbrio.

71 In. Carvalho, Nuno T.P; As Concentrações de Empresas no Direito Antitruste, Editora Resenha Tributária, São Paulo, 1995, página 157.

554- No mesmo sentido, Calixto Salomão Filho⁷² leciona, sem divergir, como se pode ver a seguir:

"O que se está tentando preservar é apenas uma proporcionalidade entre meios e fins (prevista na própria lei concorrencial brasileira - art. 54 § 1º, inciso II), sem a qual uma defesa baseada na eficiência nunca pode ser considerada suficiente para contrabalançar um aumento relevante do poder no mercado. Com isso se quer dizer que, se o único objetivo da concentração entre as empresas é a obtenção dessas economias por assim dizer secundárias, a concentração não é o melhor meio de atingi-las. A mudança estrutural e permanente promovida pela concentração nas duas empresas é inconveniente do ponto de vista concorrencial para a obtenção desses objetivos."

555- De todo o exposto, esta Procuradoria reconhece apenas a existência de eficiências produtivas, advindas, obrigatoriamente, da operação, no caso, as reduções de custos e fixos com o fechamento de fábricas e a redução de custos com embalagens PET, não sendo, desta forma, exatamente nos moldes pretendidos pelas Requerentes.

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

556- Este inciso refere-se à aferição das eficiências de natureza alocativa. Em termos jurídicos, este dispositivo expõe regra de equidade, que busca compatibilizar eficiências produtivas e alocativas. Maria Helena Diniz⁷³ leciona alguns sentidos para a equidade. Em um sentido amplo, a equidade confunde-se com a idéia de justiça absoluta ou ideal; em sentido estrito, equidade equivaleria a um "ideal de justiça enquanto aplicado, ou seja, na interpretação, integração, individualização judiciária, adaptação etc. Sendo, nessa acepção empírica, a justiça no caso concreto."

72 In. Salomão Filho, Calixto; *Direito Concorrencial - as estruturas*, Malheiros Editores, 1998, página 272.

73 In. Diniz, Maria Helena; *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, Saraiva, São Paulo, 1994, página 128.

557- Como um instrumento de interpretação deste inciso II, a equidade deve conduzir o intérprete para o predomínio da finalidade da lei⁷⁴ e para a preferência, dentre várias interpretações possíveis, pela mais benigna e humana.

558- Neste sentido, o valor da eficiência alocativa, ou seja, a garantia de repartição dos ganhos com o consumidor, deve prevalecer em relação aos ganhos produtivos.

559 Destarte, as eficiências alocativas devem ser interpretadas a partir das produtivas aduzidas e comprovadas pelas Requerentes como resposta ao inciso anterior. Salientamos que tais eficiências devem decorrer diretamente da operação, não sendo alcançáveis por outros meios. Ademais, os resultados positivos não podem ser apropriados unicamente pelas empresas. Se assim for, a operação está gerando, apenas e tão-somente, ganhos privados. Não se está atingindo os ganhos sociais almejados pela lei, aqueles que se pretende sejam equilibrados com os ganhos privados.

560- Calixto Salomão Filho⁷⁵, ao comentar este dispositivo, aduz que se cuida de princípio distributivo, a ser considerado na análise logo após a aferição das eficiências produtivas do inciso I. Assim, “não basta, portanto, a existência de eficiência, é necessária a garantia da efetiva repartição de seus benefícios com os consumidores. Ora, o resultado final da aplicação dessa noção redistributiva de eficiência é exatamente a garantia da prevalência da eficiência produtiva sobre a ineficiência alocativa.” (grifo nosso).

561- Em termos econômicos, dentro da racionalidade maximizadora de lucros, há duas hipóteses em que a firma terá incentivos para repartir os ganhos supra-normais advindos da concentração econômica.⁷⁶

562- Na primeira hipótese, o monopolista hipotético não pratica preços abusivos – e auferir lucros extraordinários – quando não há barreiras à entrada de novos concorrentes. Já, na segunda, o monopolista não se apropria dos ganhos quando tais “ganhos de eficiência produtiva são tão extraordinários que o ponto de equilíbrio do empresário passa a ser um preço inferior ao

74 Consideramos como finalidade da Lei de Defesa da Concorrência, a proteção da coletividade contra os abusos do poder econômico.

75 In. Salomão Filho, Calixto; Direito Concorrencial - as estruturas, Malheiros Editores, 1998, página 174 e 175.

76 Comentários de Calixto Salomão Filho sobre os modelos traçados por Williamson, em “Economics as na antitrust defense: the welfare tradeoffs.”

cobrado anteriormente.”⁷⁷ A doutrina salienta que esta segunda hipótese é de ocorrência rara.

563- A empresa sempre atuará dentro da lógica econômica da maximização de lucros, e, se houver condições, especialmente de ordem estrutural, seu desempenho será voltado, indubitavelmente, para a aferição do maior lucro possível. A rentabilidade do seu negócio será maior ou menor, em função das características estruturais do mercado, respectivamente, mais ou menos concentrado.

564- Veja-se que eficiências em termos de redução de custos não estão necessariamente vinculadas à redução de preços ou a outras melhorias ao consumidor. A certeza de que os ganhos privados da concentração serão distribuídos eqüitativamente entre as empresas e os consumidores vai decorrer do ambiente competitivo ou não do mercado.

565- Destacamos que em virtude do problema da sistemática do mercado de cerveja (fábrica => distribuidor => pontos de venda) há uma latente dificuldade em se garantir que os ganhos advindos da operação atinjam os consumidores.

566- A operação ocorre num mercado altamente concentrado, caracterizado, até a sua efetivação, pela presença de um oligopólio diferenciado. Com a aprovação da operação, o mercado de cervejas tornar-se-á um oligopólio ainda mais concentrado, onde a AMBEV terá mais de 70% de participação no mercado relevante.

567- Assim, consideramos que a operação não traz benefícios compensatórios à sociedade consumidora. Nada garante que gere aumento de produtividade, que melhore a qualidade de bens ou serviço que propicie desenvolvimento tecnológico e que ofereça alguns benefícios aos consumidores.

568- O retorno dos investimentos feitos e os lucros financeiros para as Requerentes certamente serão significativos e seguros, mas os benefícios para os consumidores, ou seja, para a coletividade, no nosso entendimento, afiguram-se bastante duvidosos.

77 In. Salomão Filho, Calixto; Direito Concorrencial - as estruturas, Malheiros Editores, 1998, página 174 e 175.

569- De todo o exposto, entendemos que as eficiências produtivas admitidas no inciso I não têm o condão de compensar a ineficiência alocativa gerada pela operação. Não se cumpriu com a operação o princípio de distribuição equitativa dos ganhos almejados por este dispositivo legal.

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

570- Em termos teóricos, este inciso III adota o paradigma econômico estrutura-conduta-desempenho, que estabelece relações de causalidade entre os elementos da estrutura de um determinado mercado e a possibilidade de prática de condutas anticompetitivas, nos seguintes termos, a saber:

“O paradigma ECP foi originalmente interpretado como significando, primeiro, que a estrutura de mercado pode ser capturada basicamente por meio de medidas da concentração de mercado e, segundo, que a estrutura de mercado seria o determinante primário da conduta e performance.”⁷⁸

571- O controle prévio instituído pelo art. 54 da Lei nº 8.884/94, em outras palavras, o controle das estruturas de mercado, insere-se no paradigma teórico, na medida em que visa prevenir a formação de estruturas de mercado que propiciem condutas anticompetitivas, evitando-se o abuso de poder econômico.

572- Deste modo, a interpretação deste inciso III deve buscar identificar em que níveis se dá a redução da concorrência efetiva e potencial. Como sói acontecer, estruturas de mercado concentradas propiciam práticas abusivas. Como é corrente, os agentes econômicos detêm poder de mercado e, então, podem impor unilateralmente preços, ou adotar outras práticas anticoncorrenciais, sem alternativa para a demanda.

573- Acrescente-se também que, aliado à análise da estrutura do mercado, é necessária a caracterização das condições de entrada de novos players no mercado. A facilidade de instalação de mais um concorrente, que se traduz na ausência de barreiras à entrada, ou na existência de concorrência potencial, é fator que mitiga a possibilidade de práticas anticoncorrenciais.

78. ” In. Coutinho, Paulo; *A Defesa da Concorrência*, página II-3, mimeo

574- Cuida-se, pois, de uma concentração horizontal típica, com a fusão de duas empresas concorrentes no mesmo mercado relevante. As Requerentes ANTARCTICA e BRAHMA constituíram nova pessoa jurídica – AMBEV –, que substituirá ambas no mercado, unificando os “centros decisórios” das duas empresas. De se ver que a concentração de mercado em si mesma não deve ser entendida como restrição à livre concorrência. A posição dominante no mercado que resulta de “processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico”⁷⁹ é admitida pela lei como situação que não acarreta danos, lícita, portanto.

575- “In casu”, o mercado de cervejas é um oligopólio diferenciado e, como tal, apresenta características de significativas barreiras à entrada e poucos fornecedores⁸⁰, tal como o modelo. Com a operação, o mercado passou a ter uma estrutura ainda mais concentrada, em que a AMBEV passou a deter 73,5% de market share. Permanecem no mercado de cervejas a Kaiser, com 15,9% e a Schincariol, com 7,5% de participação. Na franja do mercado, pequenas cervejarias ocupam cerca de 3,1%. Pode-se ver, ainda, uma estrutura de oligopólio diferenciado, só que agora com uma empresa líder.

576- Com a operação, entendemos que a concorrência efetiva foi reduzida a níveis muito inferiores aos de antes, sendo a AMBEV a líder do setor, como se vê a seguir:

79 Cf. art. 20, § 1º da Lei nº 8.884/94.

80 “Oligopólios são caracterizados por barreiras à entrada e pequeno número de produtores. A performance de um oligopólio pode ir do competitivo ao monopolístico, dependendo das características do mercado e da conduta dos produtores.” In. Coutinho, Paulo; *A Defesa da Concorrência*, página 07, mimeo.

Market Share Antes Da Operação

Market Share Depois Da Operação

577- Manifestaram-se as Requerentes, defendendo que a operação não coloca em risco a concorrência nos setores de refrigerantes, águas e sucos. Quanto ao mercado de cervejas, defendem: 1) a manutenção de forte rivalidade entre as marcas AMBEV e não-AMBEV; 2) o não-alinhamento dos vários fatores da cadeia de distribuição serve de contrapeso ao poder de mercado da AMBEV⁸¹.

DA RIVALIDADE ENTRE MARCAS:

578- Historicamente, a rivalidade no mercado de cerveja sempre se deu entre a ANTARCTICA e BRAHMA, que se alternavam na condição de líder do setor. Como já se afirmou, “uma medida da rivalidade da indústria é a extensão das mudanças em market share ou posição no ranking das firmas. Um aspecto marcante da competição no mercado de cervejas brasileiro é a grande rivalidade existente entre a Antartica e Brahma, que se alternam na posição de líderes desse mercado.”⁸² Ora, o vigor competitivo em um setor com estas características seria, inclusive, intuitivo, uma vez que as empresas possuíam participações de mercado bastante equilibradas.

579- Para fundamentar a existência de rivalidade e a manutenção da competição mesmo após a fusão, sustentam as Requerentes que há ampla substituição de marcas no mercado. Como se pôde demonstrar no item III.e deste parecer, a divergência entre os referidos estudos econômicos retira-lhes o devido valor probatório. Assim, não há comprovação clara nem da existência de elasticidade entre as marcas nem de fidelidade dos consumidores.

580- Em uma avaliação qualitativa, podemos inferir que tanto a diferenciação do produto por marcas quanto a concorrência via preços são atributos do mesmo mercado e que não há comprovação de que um destes elementos supera o outro e vice-versa. Assim, entendemos que estas caracte-

81 Há um dado importante contido nas argumentações das próprias Requerentes. Elas admitem implicitamente o poder de mercado da AMBEV e buscam comprovar a existências de poder de barganha por parte da cadeia de distribuição.

82 Ato de Concentração nº 83/96 entre Cia. Antartica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos e Anheuser-Bush International Inc.

rísticas do mercado não se anulam nem se excluem, apenas apontam quais as condições de concorrência praticadas no setor cervejeiro.

581- Destacamos, de início, a importância da fixação da marca neste setor, que se dá através de propaganda e marketing. As cervejarias fazem elevados investimentos voltados para a fixação da imagem de uma determinada marca junto aos consumidores. Assim, quanto mais diferenciada uma marca em relação às demais, mais inelástica tende a ser sua demanda; ao menos, é nisso que as empresas investem.

582- De fato, é inequívoca a existência de um certo grau de fidelidade à marca. Com isso, podemos inferir, sim, que o mercado tem na propaganda e marketing um atributo, que, ademais, significa uma barreira à entrada de novos concorrentes.

583- Tal fato não significa, no entanto, que o consumidor de cerveja não seja sensível a elevações de preços. Não se pode afirmar categoricamente que marcas diferentes não sejam vistas como substitutas pelo consumidor. Assim, podemos admitir que há um certo grau de substitutibilidade entre marcas diferentes de cerveja. A SDE, inclusive, não nega a existência de substituição entre marcas.

584- Este elemento foi levado em conta na análise do caso Brahma/Miller⁸³, ocasião em que o Conselheiro-Relator asseverou, ao defender a substitutibilidade de cervejas pilsen e premium, que “é razoável presumir-se que existe alta substituíbilidade entre elas, considerando, principalmente, as semelhanças de sabor e aspecto e a relativamente baixa fidelidade a marcas do consumidor médio brasileiro (há quem diga, por exemplo, que a melhor marca de cerveja é a “cerveja mais gelada”).” O mesmo entendimento foi levantado pela Conselheira Lúcia Helena⁸⁴, quando do julgamento do caso Antártica/Anheuser-Bush, sustentando que “a lealdade à marca, embora estimulada pelo esforço de construção de imagem através da propaganda, é frágil e o consumidor médio é razoavelmente sensível a preços.”

585- Ora, vemos que com a operação a AMBEV passa a deter um portfólio de marcas bastante elevado, congregando marcas até então concorrentes sob uma mesma política comercial.

83 *Ato de Concentração n°58/95.*

84 *Ato de Concentração n° 83/96.*

586- Sob outro aspecto, recordamos que, até a operação, havia acirrada concorrência entre a ANTARCTICA e BRAHMA. O vigor competitivo existente era previsível em um oligopólio diferenciado em que os principais players possuíam participações de mercado próximas, marcas reconhecidas pelos consumidores e rede de distribuição própria. Com tais condições, a competição era notável em qualidade, eis que possuíam identidade de forças.

587- Com a operação, a AMBEV passa a ser incontestável líder do setor cervejeiro. As demais empresas que permanecem independentes no mercado – Kaiser e Schincariol – não têm as mesmas condições de competitividade e, por conseqüência, não conseguem fazer frente ao poder de mercado da AMBEV.

588- Tanto Kaiser quanto Schincariol não são marcas aceitas amplamente pelos consumidores de cerveja. A Kaiser, por exemplo, enfrenta problemas com a rejeição da marca, apesar de ser uma empresa com altos investimentos em publicidade. O consumidor nacional reconhece que BRAHMA, ANTARCTICA e SKOL – todas da AMBEV - são marcas de primeira linha, que praticam patamares de preços muito semelhantes. As marcas Kaiser e Schincariol, por seu turno, têm preços inferiores aos das três marcas líderes. Este comportamento demonstra que os preços das cervejas Kaiser e Schincariol são tomados a partir da observação do comportamento de preços das marcas líderes, confirmando a tese de que estamos de fato em um oligopólio.

589- Ademais, Kaiser e Schincariol não possuem acesso aos pontos de venda nas mesmas condições da AMBEV. Salientamos que a Schincariol, que possui apenas uma fábrica em Itu, São Paulo não consegue atingir todos pontos de venda nas regiões mais afastadas, enfrentando elevados custos de transporte.

590- Dessa forma, a afirmação de que a operação não coloca em risco a concorrência no mercado de cerveja, tendo em vista a manutenção de forte rivalidade entre as marcas AMBEV e não-AMBEV, não merece acolhida. A situação do mercado após a realização da operação demonstra uma estrutura altamente concentrada, que por si só sugere que a AMBEV, com 73,5% de market share, não terá concorrentes capazes de contestar o seu poder de mercado. Entendemos que a rivalidade AMBEV, Kaiser e Schincariol não recompõe o mesmo vigor competitivo existente antes da operação.

591- Nesse sentido, manifestou-se a SDE considerando que “é evidente que a rivalidade entre a Pepsi-Cola e a Coca-Cola não é a igual à que existe entre uma dessas marcas e uma tubaína, por exemplo, da mesma forma que não é igual à que existe entre a Seven-Up e a Sprite, refrigerantes de sabor limão. Do mesmo modo, a rivalidade da Kaiser e da Schincariol, seja entre si ou entre uma delas e uma marca da AmBev, não tem a mesma intensidade que sempre existiu entre Brahma e Antarctica (as demais marcas cumprem o papel, até certo ponto, de espectadoras nesse mercado). Assim, a concentração dessas empresas elimina o principal núcleo de rivalidade existente no mercado de cerveja brasileiro.” Alie-se a tal fato, a grande quantidade de marcas de cerveja detidas pela AMBEV ,cerca de 43, em relação à pequena quantidade de marcas detida pelas concorrentes.

592- No que toca à redução da concorrência potencial, a análise do mercado de cervejas revelou que existem consideráveis barreiras à entrada no setor. Salientamos, primordialmente, os entraves relacionados com os elevados investimentos em propaganda e marketing, além da necessidade de rede de distribuição organizada de nível nacional que garanta acesso aos pontos de venda.

593- Neste ponto, importante destacar a dificuldade de constituição de uma rede de distribuição, diante da dimensão continental do mercado geográfico brasileiro.

594- Cuida-se, pois, de uma barreira à entrada de novos players no mencionado segmento. Não se pode desconsiderar o raio de abrangência dessa rede, envolvendo aproximadamente 1 milhão de pontos de venda no Brasil, sendo necessárias diversas combinações de formas de acesso a estes pontos para atender todas as localidades do país.

595- Veja-se que a própria BRAHMA reconhece que as pequenas cervejarias não são vistas como concorrentes das grandes, dada a dificuldade de articulação de redes nacionais de distribuição e a escala de produção requerida para competir nacionalmente.

596- Várias são as peculiaridades relacionadas com a barreira da distribuição. De início, salientamos o problema conjuntural do país que convive com precárias condições da malha rodoviária brasileira. Confirma tal assertiva, entre outros aspectos, a dificuldade de penetração de marcas na Região Norte do país.

597- Some-se a isso as características dos contratos de distribuição, que favorecem o controle externo por parte das cervejarias junto à atividade das distribuidoras. Com isso, não há como se questionar a posição de subordinação do distribuidor em face do poder do produtor de cerveja. Em sintonia com este entendimento, não foi diversa a conclusão dos precedentes no CADE no mercado de cerveja⁸⁵.

598- Além disso, as características do mercado brasileiro não permitem que uma distribuidora de pequeno porte atenda de forma satisfatória a demanda, o que demonstra a necessidade de requisitos de escala também neste segmento.

599- Um concorrente potencial hipotético no mercado de cerveja deparar-se-á, pois, com tais barreiras que, indubitavelmente, impedirão seu ingresso no mercado nacional. Neste caso, o oligopólio, que não enfrenta a concorrência efetiva, também não enfrentará a concorrência potencial. Poderá, então, impor preços unilateralmente, sem opção para a demanda.

600- De tudo o quanto se expôs quanto à nova estrutura de mercado advinda da operação e quanto às barreiras à entrada de novos concorrentes, podemos afirmar que a união das duas cervejarias finda reduzindo, tanto a concorrência efetiva quanto a concorrência potencial em níveis extremamente inferiores. Esta estrutura é condição inequívoca para formação de poder de mercado. Nos termos da Lei nº 8.884/94, busca-se evitar concentrações que acarretem efeitos nocivos ao mercado, pelo surgimento de posição dominante de mercado que venha favorecer a prática de condutas restritivas. Assim, entendemos que o requisito contido neste inciso não foi cumprido pelas Reque-rentes.

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

601- A previsão de que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados consta da redação do inciso IV, § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. O citado § 1º trata das chamadas eficiências,

85 No entanto, é inegável, também, que sendo que em tais análises desenvolvida nos precedentes principalmente, estabelecem a exclusividade. Sem desconsiderar as eficiências geradas

tratadas por Calixto Salomão Filho⁸⁶ como justificativas para as restrições à concorrência. Leciona o Autor, “*verbis*”:

“(. . .) Já foi visto no capítulo 3 que o termo “eficiência” quando utilizado no direito antitruste, significa basicamente economia de escala. Mas quais são as economias de escala possíveis em caso de concentração horizontal? Serão todas elas juridicamente aceitáveis?

A doutrina costuma elencar uma série de economias de escala passíveis de serem atingidas através da integração empresarial. As mais importantes são: economias de escala produtiva, economias decorrentes da especialização das empresas, economias na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, custos de capital e economias de escala com fornecedores.

De todas elas, apenas as duas primeiras são diretamente aceitáveis como defesa em uma concentração horizontal. A razão é que só elas requerem necessariamente a concentração empresarial. Com efeito, tanto as economias de escala na produção quanto a especialização empresarial requerem mudanças estruturais na empresa que permitam alterar sua forma de produção. Essas mudanças só se tornam possíveis através de concentração empresarial.

O mesmo não pode ser dito a respeito das demais economias. É inegável que todas elas, sem exceção, são teoricamente obtíveis através da concentração horizontal. Dois fatores limitam substancialmente, no entanto, a possibilidade de sua utilização como defesa. Em primeiro lugar, ao contrário da eficiência produtiva, é muito arriscado presumir que esse tipo de eficiência possa ser capaz de superar a ineficiência alocativa produzida pelo aumento do poder no mercado.

Mas muito mais importante que isso, todas essas economias não requerem necessariamente a concentração horizontal para serem obtidas. É perfeitamente possível obtê-las através da formação de joint ventures entre empresas, especialmente destinadas à venda, à aquisição ou à pesquisa e desenvolvimento de produtos.

(. . .) Com isso se quer dizer que, se o único objetivo da concentração entre as empresas é a obtenção dessas economi-

86 In, “*Direito Concorrencial – as estruturas*, Malheiros editores, pág. 167.

as por assim dizer secundárias, a concentração não é o melhor meio de atingi-las. A mudança estrutural e permanente promovida pela concentração nas duas empresas é inconveniente do ponto de vista concorrencial para a obtenção desses objetivos. Eles podem ser muito bem obtidos através de uma forma intermediária, como é a joint venture, que permite obter os mesmos objetivos sem um aumento em princípio permanente da concentração do poder no mercado.

Assim sendo, a utilização da defesa da eficiência, baseada exclusivamente nesse tipo de economia “secundária”, dependerá não só da demonstração de que seu montante é suficiente para proporcionar benefícios aos consumidores capazes de contrabalançar a ineficiência alocativa, mas também de que não é possível a utilização da joint venture ou outra forma de cooperação entre concorrentes para obtenção dos mesmos resultados.”

(grifos acrescidos)

602- Ao afirmar que é perfeitamente possível obter as economias através da formação de joint venture entre as empresas, especialmente destinadas à venda, à aquisição, ou à pesquisa e desenvolvimento, sustenta o Autor a desnecessidade de uma concentração empresarial para atingir as chamadas economias secundárias.

603- A formação de uma joint-venture, por lógico, prejudica muito menos o mercado do que uma concentração empresarial e, em se tratando de mercados altamente concentrados, como é o caso do mercado de cervejas, deve ser preferida aquela em relação à esta.

604- Tem-se, portanto, como insubsistente a observância ao inciso IV do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, pois que a concentração empresarial ultrapassa muito 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 nosso incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

605- Este dispositivo trata da aprovação de atos de concentração desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do

parágrafo primeiro do mesmo artigo, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

606- Há que se ressaltar que a delimitação dos motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, será realizada a partir dos conceitos de interesse público e bem comum da coletividade. Nesse sentido, trazemos à colação o magistério de Rodolfo De Camargo Mancuso⁸⁷, “*verbis*”:

“Ao contrário do que se passa com os interesses “social “ e “geral”, ambos estreitamente afetados às noções de “coletividade”, “sociedade civil”, aqui, porém, predomina a presença do Estado. Quando se lê ou se ouve a expressão “interesse público”, a presença do Estado se nos afigura em primeiro plano. É como se ao Estado coubesse, não só a ordenação normativa do “interesse público”, mas também a soberana indicação de seu conteúdo. Ada Pellegrini Grinover observa a esse respeito que o interesse público “(à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado”. (. . .) Vê-se, assim, que a expressão “interesse público” invoca a presença do Estado-legislador, ou do Estado-Administrador. Por vezes, segundo a natureza do interesse a ser tutelado, a competência é, por assim dizer, delegada a certos órgãos ou “agências” governamentais; dentre aqueles primeiros, ressalta o Ministério Público, que desempenha atividade diversificada, atuando ora como custos legis, ora como parte e, de forma geral, nas causas “em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”. (. . .) Quanto às “agências”, seu papel é fundamental na tutela dos interesses metaindividuais em vários países, sobretudo nos Estados Unidos, como veremos ao tratar da legitimação para agir em interesses difusos.” (grifo nosso)

607- Ainda, quanto ao interesse público, impende notar o entendimento do i. HELY LOPES MEIRELLES⁸⁸, *in verbis*:

87 In, “*Interesses Difusos*”, 3ª edição, editora Revista dos Tribunais, pág. 26/27.

88 In, “*Direito Administrativo Brasileiro*”, 20ª edição, Malheiros, 1995, pág. 39.

“A nosso ver, a interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esse três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público. Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assesta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primordial da Administração é o bem comum. As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia.” (grifo acrescido)

608-
verbis”:

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira De Mello⁸⁹, “in

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, incisos III, IV e VI) ou em tantos outros. Afinal, e princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.”

⁸⁹ In, “Curso de Direito Administrativo”, 8ª edição, Malheiros editores, pág. 53.

609- Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹⁰, sobre o tema, assim se manifesta, “verbis”:

“Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual.

(...) Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público - também chamado de princípio da finalidade pública - está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (1995: 31-33), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curalos - o que é também um dever - na estrita conformidade do que dispuser a *intentio letis*”. Mais além, diz que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso, a Administração e a pessoa administrativa, autarquia, têm caráter instrumental”.”

(grifo no original)

610- Quanto ao bem-estar do consumidor insta atentar para o que dispõe o art. 219 da Constituição Federal de 1988, “verbis”:

“Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

611- Do acima transcrito, infere-se que a Constituição Federal eleva o mercado interno à qualidade de integrante do patrimônio nacional e

⁹⁰ In, “Direito Administrativo”, 11ª edição, editora Atlas, pág. 70.

prevê que ele será incentivado para que cumpra a sua função social de desenvolvimento cultural e sócio-econômico e, assim, alcance o bem-estar da população, destinatária última da Lei nº 8.884/94. Não há portanto, como se interpretar a ordem econômica e a Lei Antitruste sem se considerar a motivação e a finalidade última que é a proteção da coletividade, o seu bem-estar, que aqui pode ser considerado como o bem-estar econômico.

612- Ademais, segundo concluiu a SDE/MJ “é importante destacar que preponderante para o país é a defesa da concorrência, princípio consagrado constitucionalmente no art. 170, IV da Carta Magna.”

613- Nesse sentido é que não pode prosperar a afirmativa das Requerentes, às fls. 37 dos Autos, de que “constata-se que interessa, em muito, à economia nacional, a criação da primeira multinacional genuinamente brasileira, com o que se está dando um grande salto não meramente quantitativo, mas também em qualidade no padrão das empresas nacionais e na qualidade dos produtos oferecidos ao consumidor brasileiro.”

614- Cumpre questionar se há realmente uma relação de causa e efeito entre a criação de uma multinacional e o desenvolvimento do mercado interno e, ainda, até que ponto se pode tratar da criação de uma multinacional sem se sacrificar esse mercado interno.

615- A OCDE⁹¹ estabelece que alguns estatutos nacionais sobre concorrência ou guias de análises sobre fusões, sugerem que o interesse público é um dos fatores relevantes para que a fusão seja considerada, ocasião em que se verifica, entre outros elementos o crescimento na atividade de exportação, no nível de emprego, entre outros. A própria OCDE menciona uma lista utilizada na Nova Zelândia, tida como um precedente, a qual deixa claro que o crescimento no nível de emprego e nas exportações, bem como a geração de atividade econômica em regiões menos favorecidas não são considerados benefícios públicos.

616- Alguns países como a Austrália, a Alemanha e o Reino Unido incluem em seus textos a previsão de que o interesse público deve estar presente em seus estatutos. No Reino Unido, por exemplo, acordos restritivos sobre fusões podem ser submetidos à uma espécie de Corte de Práticas Restritivas e em seguida à Comissão de Monopólios e Fusões, que verifica os efeitos na distribuição industrial, nas relações empregatícias, na importação e

⁹¹ In, “A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy”, Washington, D.C., 1998, fls. 127 e segs.

exportação doméstica, bem como o tanto o ganho de eficiência estática como dinâmica. Em quarenta casos submetidos à Comissão de Monopólios entre os anos de 1984 a 1990, o crescimento da balança de pagamentos e do nível de emprego foram considerados como benéficos em apenas cinco.

617- Considerações sobre a competitividade internacional podem ser encontradas em outras decisões. Por exemplo, em 1987, a Comissão entendeu como um dos efeitos benéficos da fusão entre a British Airways e a British Caledonian a solidificação da posição competitiva da British Airways para fazer frente ao poder dos “U.S. megacarriers.”

618- No entanto, em muitas outras decisões verifica-se que a exportação e a substituição das importações não são ganhos de eficiência ou benefícios por si só. Na verdade, incrementos nas substituições de importações e exportações são tidas como relevantes apenas quando geram uma evidência mais apurada de crescimento nas eficiências do mercado doméstico.

619- Nesse sentido, em consonância com a maior parte da jurisprudência estrangeira, esta Procuradoria entende que no caso concreto não houve o preenchimento de qualquer quesito que levasse ao entendimento de que a operação é relevante para a economia nacional.

620- O Ministério do Desenvolvimento foi consultado sobre a relevância da fusão. Embora já se tenha notícia que o opinativo se encontra nesta Autarquia, tendo a i. Relatora, inclusive, deferido cópia às Requerentes, em 08 de março do corrente, tendo as mesmas, ainda⁹², feito menção as suas conclusões em Memorial datada de 09 de março de 2000, item 441 de fls. 148.

621- Salientamos que esta Procuradoria não teve acesso a tal parecer, sendo que este não foi juntado aos autos oficiais ou apartados confidenciais. Desta forma, aguardamos a regular juntada do aludido documento, fato que não ocorreu espontaneamente. Desta feita, solicitamos, em 21 de março, o envio deste opinativo para apreciação, recebido na tarde de hoje, dia 22 de março.

92 Nesse sentido, verifique-se às fls. 4493, volume 15.

622- Em breve leitura do opinativo, verificamos que o Senhor Secretário De Política Industrial, Hélio Mattar, manifestou entendimento diametralmente oposto ao ora expendido.

623- No entanto, como a autoridade administrativa deve balizar-se nos fundamentos insculpidos nos parágrafos do art. 54 para que a fusão seja aprovada, sempre tendo em vista a tutela da coletividade, esta Procuradoria verifica que o teor do documento citado não modificará seu entendimento de que a operação não atende a objetivos tidos como preponderantes para a economia nacional.

624- Insta salientar que, embora colabore na análise, oferecendo subsídios técnicos à apreciação, o parecer do Ministério do Desenvolvimento não é, nem poderia ser, vinculativo. Entender de outra forma seria negar a competência legal do CADE para apreciar os atos e contratos do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o que, de forma alguma pode ser admitido.

625- Em termos jurídicos e, analisando a questão à luz do ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal de 1988, tal como ressaltou EROS ROBERTO GRAU⁹³, definiu um modelo econômico de bem-estar que não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, eis que está vinculado às definições de caráter conformador e impositivo. Dessa forma, qualquer norma infraconstitucional deve coadunar-se aos princípios e diretrizes estabelecidos pela Constituição Federal ao tratar da ordem econômica. Será, pois, considerado relevante para a economia nacional fato que esteja em harmonia com o texto constitucional, sob pena de inconstitucionalidade, uma vez que tais princípios são garantidores da ordem econômica que é objeto da Lei nº 8.884/94.

§ 3º: Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SEAE.

626- À luz deste dispositivo legal, esta Procuradoria reconhece que a apresentação da operação foi feita tempestivamente. Como se verifica da leitura da Ata Da Assembléia Geral Extraordinária, fls. 72/91, Laudo De Avaliação Concluído (fls.101/111), Boletim De Subscrição, fls. 122/123, e Acordo De Acionistas Da Companhia De Bebidas Das Américas – AMBEV,

⁹³ In, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, Malheiros, 1997.

140/165, a transação realizou-se em 01 de julho de 1999, sendo a operação comunicada à Secretaria de Direito Econômico no dia em 02 de julho de 1999, portanto dentro do prazo legal.

VIII- DA SUGESTÃO DESTA PROCURADORIA:

627- O Texto Constitucional de 1998, em comparação com outros textos constitucionais nacionais, foi o que mais se aprofundou no trato da Ordem Econômica.

628- Estabeleceu como princípios da atividade econômica a livre iniciativa e a livre concorrência. Eros Roberto Grau⁹⁴ estabelece que “a contemplação, nas nossas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma “ordem econômica”, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas”.

629- Como decorrência do princípio amplo da liberdade, inscrito no art. 5º da Constituição Federal, vemos surgir a regra de liberdade de iniciativa, segundo a qual todos são livres para participar do mercado. Com igual importância e posição hierárquica, também exsurge do texto constitucional o princípio da livre concorrência, do qual extrai-se limites às iniciativas de agentes econômicos, compatibilizando-se princípios aparentemente conflitantes.

630- Neste diapasão, Ives Gandra da Silva Martins, leciona⁹⁵:

“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

94 In “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, Malheiros Editores, 1997, São Paulo, 3ª ed.

95 In “Comentários à Constituição do Brasil”

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.(grifamos).

É correto ouvir-se que a economia moderna não é mais concorrencial ao menos espontaneamente. De fato, a observação procede. São muito freqüentes as situações de distorção do mercado. Isto, no entanto, não significa que se deva resignar a essa situação. Pelo contrário. Há plenas possibilidades de restaurar-se um sistema de competitividade que as realidades econômicas tenham de alguma forma distorcidade. (...) A livre concorrência hoje, portanto, não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existe, portanto, o que pode ser chamado em regime normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições do mercado livre. O princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das definições e imperfeições⁹⁶”.

631- Se, por um lado, cada agente econômico é livre para escolher e desenvolver suas atividades produtivas sem a interferência do Estado, por outro lado, não se trata de liberdade em caráter absoluto. Visando justamente assegurar condições favoráveis à manutenção da livre iniciativa e livre concorrência, com a finalidade de legitimar o interesse da coletividade e a justiça social, insere-se a atividade antitruste do Estado.

632- Como ensina Sérgio Varella Bruna⁹⁷, “não se trata , pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos”.

633- Leciona Luis S. Cabral Moncada que: “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 de poder econômico privado ou público, no pressuposto de que o resultado respec-

96 (*op. cit.*, Volume 7, São Paulo, Saraiva 1990. p. 25-27).

97 In, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício*, Editora Revista dos Tribunais Ltda, 1997, pág. 137.

tivo, 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 (grifos acrescidos)”.

634- Nesse condão, a fim de conjugar os ditames da livre iniciativa e da livre concorrência, foi editada a Lei nº 8.884/94 para regulamentar o art. 173§ 4º da Constituição Federal. Desta forma, pretende-se que o mercado se torne concorrencial, ou seja, que exista uma verdadeira liberdade de escolha da parte do consumidor, competindo aos poderes públicos criar um estado concorrencial medido pela efetiva pluralidade de vendedores e compradores para os mesmos produtos de modo a que possa existir autêntica liberdade de escolha. É esta liberdade o objetivo genérico da legislação de defesa da concorrência, não já uma liberdade espontânea, imanente ao desenrolar das trocas econômicas, mas verdadeiramente criada e sancionada pela lei. E completa o citado autor, “in verbis”:

“Por sua vez o propósito dos Poderes Públicos não é a reposição artificial de um modelo de concorrência perfeita, totalmente defasada perante as características estruturais do mercado atual, devendo contentar-se com dimensões mais modestas, o que se pretende como já se disse, é que a concorrência seja efetiva, “workable” medindo-se pela presença de um número elevado de alternativas viáveis que garantam liberdade de escolha. Os propósitos dos Poderes Públicos não poderão ir ao ponto de modificar as características estruturais dos mercados actuais de bens e serviços, mas deverão sem dúvida actuar sobre eles de modo a resguardar níveis aceitáveis de concorrência, o que significa possibilidades reais de acesso ao mercado tanto do lado da oferta como do lado da procura⁹⁸”.
(Grifamos)

635- Por todo o exposto, concluímos que a ocorrência de práticas desvirtuadoras da livre concorrência ferem o direito subjetivo daqueles que, ao se lançarem no mercado, o fazem sob o manto certo da proteção do livre mercado.

98 *op.cit.*, .Coimbra Editora, 1988, p. 313-315

636- Max Weber⁹⁹, refere-se à ordem jurídica como esfera ideal do dever-ser e à ordem econômica como esfera do ser, ou seja, dos acontecimentos reais. Assim, a Procuradoria, ao se manifestar no caso concreto, deverá manifestar-se no plano do dever-ser, verificando se as relações constantes da concentração estão adequadas, transformando-se a ordem econômica - mundo do ser.

637- Eros Roberto Grau¹⁰⁰, ao tratar da interpretação e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988, assim se posiciona, “in verbis”:

“Da análise do conjunto de entendimentos reproduzidos, os seguintes enunciados podem ser extraídos:

- a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde à do neo-liberalismo ou social-liberalismo, com a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo “controle” no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição);

- a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva);

99 *in Economia y Sociedad, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.*

100 *In, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 4ª edição, Malheiros, pág. 212.*

- a Constituição consagra a “estatolatria” (Manoel Gonçalves Ferreira Filho); o constituinte preferiu o modelo – rígido ortodoxo – que conduz ao dirigismo econômico (Raul Machado Horta).” (grifos no original)

638- Ao tratar da ordenação normativa através do direito econômico, o mesmo Autor¹⁰¹ leciona:

“A Constituição de 1988 põe o Direito Econômico a serviço da conformação da ordem econômica. Normas de Direito Econômico, a complementarem o quadro da ordem econômica (mundo do dever ser) instalada pela Constituição de 1988, são aquelas previstas nos arts. 172, 173 e § 4º, 174, § 2º do texto constitucional, entre tantas outras. A ordenação normativa através do Direito Econômico viabiliza, assim, a fluente implementação de políticas públicas cuja realização, como vimos, constitui dever do Estado e direito reivindicável pela sociedade.

Por isso, negar a possibilidade constitucional de o Estado realizá-las, atuando largamente em relação à atividade econômica em sentido amplo e intervindo sobre e no domínio econômico – políticas públicas, econômicas, ativas, portanto – nos parâmetros desenhados pelos princípios anteriormente ponderados, equivale a negar a afirmação contida no art. 24, I da Constituição; ou seja, negar o próprio Direito Econômico, o que resulta insustentável.”

639- Por fim, insta atentar para o que dispõe o art. 219 da Constituição Federal de 1988, “*verbis*”:

“Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.”

640- Do acima transcrito, infere-se que a Constituição Federal eleva o mercado interno à qualidade de integrante do patrimônio nacional e prevê que ele será incentivado para que cumpra a sua função social de desen-

101 *Op. Cit.*, pág. 267.

volvimento cultural e sócio-econômico e, assim, alcance o bem-estar da população, destinatária última da Lei nº 8.884/94. Não há, portanto, como se interpretar a ordem econômica e a Lei Antitruste sem se considerar a motivação e a finalidade última que é a proteção da coletividade, o seu bem-estar, que aqui pode ser considerado como o bem-estar econômico.

641- A Lei 8.884/94 foi editada como diploma responsável a assegurar o correto funcionamento do sistema, tendo por fim impedir o cometimento de abusos por parte das empresas.

642- Um dos objetivos da análise antitruste é verificar os efeitos anticompetitivos advindos de concentrações no mercado, estabelecendo ou não condições para que uma operação seja aprovada, bem como hierarquizando os interesses que devem prevalecer.

DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:

643- A Constituição Federal de 1988, ao tratar da ordem econômica prescreve em seu art. 170, inciso III, que a função social da propriedade é um princípio a ser observado imperativamente, juntamente com a livre concorrência e a defesa do consumidor.

644- O princípio que resguarda a função social da propriedade “reconhece como lógico que o homem possua “como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua manutenção e à de sua família, mesmo os que constituem economias para o futuro. Mas além desse mínimo, a propriedade tem uma função social de modo que ou o seu proprietário a explora e a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, ou ela não se justifica.”¹⁰² A propriedade, “há muito deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar na função social do detentor da riqueza, na expressão feliz de Duguit.”¹⁰³

645- Ao desenvolver a idéia de função social da propriedade, quis o legislador constitucional que prevalecesse o interesse público sobre o particular. Ao cumprir sua função social, a propriedade colabora para o desenvolvimento de toda a sociedade e não apenas do proprietário.

¹⁰² Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, In “Direito Administrativo” – 11ª edição, editora Atlas, pág. 121.

¹⁰³ Meirelles, Hely Lopes, In “Direito Administrativo Brasileiro” – 20ª edição, Malheiros Editores, pág. 504

646 - Neste contexto dos princípios da ordem econômica, dentre os quais a livre iniciativa, a livre concorrência e a função social da propriedade, é que deve ser interpretada a Lei nº 8.884/94 para aplicação ao caso sob análise.

647- “In casu”, a operação acarretou uma elevada concentração de mercado, em que a AMBEV passará a deter mais de 70% de market share no mercado nacional de cerveja. Assim, a nova empresa será a detentora das marcas BRAHMA, ANTARCTICA E SKOL - saliente-se, as três marcas líderes ex-concorrentes entre si – fato que acarretará a redução dos níveis de concorrência efetiva.

648- Mais que isso, consideramos que não há apenas uma redução dos níveis de concorrência. Há sim um verdadeiro aniquilamento da competição no setor cervejeiro, eis que a nova estrutura da oferta - em que a AMBEV terá como rivais a cerveja da marca Kaiser e Schincariol – não recompõe a rivalidade entre as marcas BRAHMA, ANTARCTICA existente até a fusão.

649- Somando-se aos elementos estruturais, é mister reforçar que o mercado de cervejas, caracterizado como um oligopólio diferenciado, conta com elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes, caracterizadas ainda, primordialmente, pela diferenciação do produto através de investimentos em propaganda, bem como rede de distribuição de porte nacional.

650- Deste modo, em termos de concorrência potencial, vemos que estas elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes são um atributo do mercado de cerveja, pré-existente à operação. No entanto, podemos considerar que tais barreiras serão aquilatadas pela transação. Ora, se mesmo antes da fusão, as empresas potenciais entrantes, Anheuser-Bush e Miller, não ousaram enfrentar os altos entraves do mercado – fixação da marca e rede de distribuição – logo as grandes líderes mundiais do setor, ainda mais com após fusão.

651- Assim, a partir da elevada concentração horizontal e das altas barreiras, é inequívoco que a operação confere poder de mercado à AMBEV. Não é demais assegurar que, em termos da Lei nº 8.884/94, que não usa a terminologia de poder de mercado, a nova empresa passa a deter posição dominante¹⁰⁴ no mercado relevante em tela.

104 Lei nº 8.884/94 art. 20, § 2º: Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como forne-

652- Ao identificar a existência de poder de mercado, aduziu a então Conselheira Neide Teresinha Malard¹⁰⁵ que “em mercados concentrados as empresas tendem a adotar uma variedade de estratégias comerciais que lhe possam proporcionar lucros excessivos. Ademais, não raro, eventuais inovações tecnológicas deixam de ser introduzidas”.

653- Cite-se, como exemplo para o caso concreto, a elevação de preços de cerveja de forma unilateral, a prática predatória destinada a eliminar concorrentes ou inibir a entrada, política comercial articulada entre as redes de distribuição das diferentes marcas AMBEV, de modo a conferir a penetração das diversas marcas em regiões distintas. Em termos jurídicos, estas práticas decorrem diretamente da nova estrutura de mercado existente, dentro o paradigma estrutura-conduta-desempenho, e, dentro da relação de causalidade existente entre os elementos do paradigma, são eventos futuros e certos.

654- Entendemos também que nem todas as eficiências alegadas pelas Requerentes foram comprovadas e aquelas que foram admitidas por esta Procuradoria, porque significam ganhos positivos de produtividade, não alcançam compensar as perdas em eficiência alocativa para o mercado. Em outras palavras, inexistente distribuição equitativa de ganhos entre as empresas e os consumidores, nos termos do inciso II da Lei nº 8.884/94.

655- O CADE já teve oportunidade de julgar casos de concentração econômica, nos quais a estrutura era bem semelhante ao ora analisado, ocasião em que a manifestação deu-se na seguinte linha, “in verbis”:

" A concentração do poder de mercado é o traço característico da competitividade das economias de escala. É a partir desta realidade, que se faz necessário o controle dos atos e acordos que os agentes celebram entre si, com o objetivo de alcançar certas eficiências. Isto porque a concentração, embora não sendo em si um elemento anticoncorrencial do mercado propicia à adoção de certas condutas por parte dos agentes, certo

cedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa;

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

105 Ato de Concentração nº 06/94.

ainda que, em índices acentuados tem o condão de afastar concorrentes potenciais, com inegáveis prejuízos para a livre concorrência.

Esse aumento de concentração do mercado, com a participação relativa da nova empresa em torno de 31,82%, e a existência de inegável barreira à entrada de novos concorrentes, consubstanciada na vantagem decorrente do monopólio sobre a matéria-prima, bem como a eficiente rede de distribuição de que desfrutam as requerentes são, sem dúvidas, fatores que desencorajam os concorrentes potenciais, além de ameaçar a posição daqueles que vêm desempenhando um papel altamente importante para a concorrência no mercado da Região Sul, com ganhos efetivos para o consumidor.”

656- É importante salientar que o caso transcrito acima envolvia situação muito semelhante ao caso em tela. Cuidava-se de uma concentração horizontal alcançada pela associação de duas concorrentes no mesmo mercado relevante, a Eternit S.A. e Brasilit S.A, que se implementaria com a criação da empresa Eterbrás Sul Ltda. O CADE negou autorização à fusão pretendida pelas empresas, reconhecendo que o mercado gerava concentração no mercado de fibrocimento na casa dos 50% em um setor com elevadas barreiras à entrada. A análise empreendida não identificou eficiências capazes de compensar as restrições impostas à concorrência efetiva e potencial.

657- Desta forma, verifica-se que a operação confere à AMBEV posição dominante no mercado nacional de cerveja, pela eliminação da concorrência efetiva em um setor com elevadas barreiras, causando sérios impactos à concorrência, sendo que não são cumpridas eficiências mínimas que possam compensar os danos em perda de bem-estar para o consumidor.

658- Nos moldes estritamente legais e, na ausência de tais eficiências, descabe a aplicação de Compromisso de Desempenho, conforme disposto no art. 58 da Lei nº 8.884/94, diante dos impactos anticompetitivos advindos para o mercado, tendo em vista que não há como “assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no parágrafo 1º do art. 54”, impossibilitando, por conseguinte, a aprovação da operação. O próprio CADE já se manifestou quanto ao cabimento de Compromisso de Desempenho, no Ato de Concentração nº 12/94, envolvendo a Rhodia S.A e Sinasa S.A., como se pode ler:

“...a Lei não outorga ao Colegiado competência para aprovar a formação de monopólio e submetê-lo a compromissos de

desempenho. O sistema de controle dos atos de concentração adotado em nosso ordenamento jurídico admite que certo grau de restrição à concorrência possa ocorrer, desde que resulte em benefícios para os consumidores. Não admite, porém, que a concorrência no mercado seja totalmente suprimida, posto que o bem estar do consumidor depende da pluralidade de agentes produzindo e colocando bens no mercado a preços competitivos.”

(...)

“O compromisso de desempenho não é, contudo, como insinuam as proponentes, um direito absoluto de quem submete acordos ao CADE. A função do Colegiado não é simplesmente homologatório de atos de concentração. Até porque a concorrência pressupõe mercados desconcentrados. Cabe ao Colegiado, ao contrário, examinar aqueles atos e aprová-los ou não, conforme o seu impacto concorrencial e os benefícios que acarretarão para o consumidor, de acordo com os critérios definidos na lei.”

659- Ora, se o Ato de Concentração é de todo prejudicial à concorrência, não há compromisso que possa eliminar seus efeitos anticompetitivos, não tendo, portanto, o CADE, discricionariedade para autorizá-lo.

660- O caso exige, portanto, a aplicação do § 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, que estabelece que o Plenário do CADE deverá, ao concluir pela não aprovação da operação, determinar “as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”

661- Diante do conflito de interesses presente neste feito, envolvendo a coletividade, de um lado, e os ganhos privados, de outro, esta Procuradoria não admite, em termos jurídicos, qualquer alternativa que não seja a referida desconstituição da operação.

662- Mesmo que com um esforço extraordinário, de caráter subjetivo, tendo em vista o mais que comprovado prejuízo à ordem econômica, vemos que os possíveis remédios sugeridos pelas Secretarias não têm o condão de afastar o dano à concorrência, sendo que qualquer alternativa neste

sentido falseará as condições reais de mercado e conseqüentemente, lesará a coletividade.

663- Ao aprovar um Ato de Concentração que possa limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, o CADE definirá, quando for o caso, compromissos de desempenho, em termos qualitativos e quantitativos, de sorte a assegurar que as eficiências objetivadas no ato de concentração sejam efetivamente alcançadas.

664- Ademais, o objetivo do Compromisso de Desempenho não é fazer com que a regulação do Estado substitua a concorrência, pois é no processo concorrencial e na dinâmica do mercado, e não através do controle estatal, que os agentes encontram o necessário incentivo para buscar o aperfeiçoamento de seus produtos e custos mais reduzidos para fazer face às preferências do consumidor. Nestes limites, estritamente, legais, temos uma intervenção do Estado da economia plenamente lícita.

665- Em regra, é o mercado que deve buscar seus parâmetros de eficiência, e o CADE, apenas excepcionalmente o faz. Se não for este o entendimento, o CADE será transformado num grande cartório de homologação de atos de concentração e controle dos objetivos propostos, significando transformá-lo em órgão controlador do mercado.

666- Com toda a certeza este não é o objetivo da lei e nem autoriza esse tipo de entendimento o princípio da livre concorrência consagrado na Constituição. Justamente, com a finalidade de assegurar o cumprimento da função social da propriedade é que o Estado intervém na propriedade e no domínio econômico. “Para o uso e gozo dos bens e riquezas particulares o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada e na ordem econômica, através de atos de império tendentes a satisfazer as exigências coletivas e a reprimir a conduta anti-social da iniciativa particular.”¹⁰⁶

667- No domínio econômico - segundo Hely Lopes Meirelles¹⁰⁷ - “conjunto de bens e riquezas a serviço de atividades lucrativas – a Constituição assegura a liberdade de iniciativa, mas, no interesse do desenvolvimento nacional e da justiça social, impõe a valorização do trabalho, a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção e a expansão das oportu-

106 Meirelles, Op. cit. Pág. 503.

107 Op. cit., pág. 505.

nidades de emprego produtivo (art. 170), admitindo que a União intervenha nesse domínio para reprimir o abuso do poder econômico.” Em qualquer caso porém, conclui o Autor, “o fundamento da intervenção há de ser o interesse público.” (grifo nosso)

668- Eros Roberto Grau¹⁰⁸ classifica a intervenção do Estado do domínio econômico em três modalidades, a saber:

- 1- intervenção por absorção ou participação;
- 2- intervenção por direção;
- 3- intervenção por indução.

669- Segundo o Autor, no primeiro caso:

“o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio.

Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor.

No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem os funcionamento dos mercados. ” (grifos acrescentados)

108 In, “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”, 4ª edição, pág. 156/157.

670- É, portanto, sob esse prisma que serão analisadas as conclusões dos r. Pareceres da SEAE/MF e SDE/MJ. Ao opinar pela venda dos ativos referentes à Skol, a SEAE adotou a modalidade de intervenção por direção, exercendo assim pressão sobre a economia, determinando qual a atitude a ser tomada pelas Requerentes para terem aprovado o Ato de Concentração sob análise. Por outro lado, a sugestão a venda dos ativos de qualquer uma das marcas de cerveja, constante do Parecer da i. SDE se interpretado a contrario sensu, e considerando-se a participação de cada uma das três marcas (BRAHMA, ANTARCTICA e SKOL), acabou por demonstrar a inviabilidade da aprovação da operação.

671- Neste contexto, a sugestão desta Procuradoria, pela Desconstituição da Operação, encerra em si o mais puro espírito da Lei Antitruste na medida em que não intervém de forma a estabelecer comportamentos compulsórios aos agentes econômicos, mas sim a negar efetividade a um ato praticado pelas Requerentes, por entendê-lo prejudicial ao interesse público, que como exaustivamente discorrido, prevalece sobre o particular quando com este colidir.

IX- DA CONCLUSÃO:

672- O Ato de Concentração dever ser examinado pelo Plenário do CADE, porquanto satisfeitos os requisitos de admissibilidade inscritos no parágrafo 3º do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa da Concorrência), seja no que se refere à porcentagem de mercado detida pelas requerentes, bem como ao faturamento por elas apresentado, ou seja: as Requerentes têm faturamentos brutos superiores a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), além de participação superior a 20%, demonstrando-se a presença do requisito que estabelece a jurisdição do CADE.

673- Preliminarmente, em relação ao prazo legal, do art. 54 da Lei nº 8.884/94, verificou esta Procuradoria que o recebimento do requerimento no protocolo da SDE/MJ, encontra-se dentro do prazo legal.

674- Cuida-se do mercado relevante de águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e cervejas, mercados de dimensão geográfica nacional. A operação reforça a posição das requerentes no mercado, tornando-a incontestável.

675- Relativamente à concentração horizontal, cumpre observar, que com a transação proposta, as empresas Brahma/Skol e Antartica, que anteriormente concorriam no mercado de cerveja, refrigerante e água, deixam de fazê-lo. Referidas empresas, constituem a AMBEV, que assume uma posição quase monopolista no mercado de cerveja, revelando, dessa forma, o fortalecimento do oligopólio diferenciado existente antes da operação e impactos nocivos à concorrência, decorrentes da constituição da AMBEV, devida, em grande medida, pela elevação das barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado.

676- A operação em questão implicará em dano à estrutura de mercado, visto que a participação de mercado detida pela AMBEV após a fusão (+ de 70%), configura posição dominante e aumento no grau de concentração do mercado relevante, decorrente da operação em análise.

677- Resultará também em dominação de mercado relevante, em virtude do alto poder de barganha das empresas demandantes, enquadrando-se nos pressupostos contidos no “caput” do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

678- Constata-se que a operação foi capaz de criar e reforçar o poder de mercado das requerentes pelas seguintes razões:

- A variação no grau de concentração do mercado decorrente da operação é bastante alto;
- A participação de mercado das Requerentes após a operação também será altíssimo;
- Foram detectadas barreiras capazes de obstar a entrada de novos concorrentes no mercado; e
- As eficiências alocativas não se fazem presentes junto aos consumidores.

679- A fusão entre as empresas que compartilham posição dominante no mercado nacional exclui a possibilidade de ingresso de novo participante no mercado, que defrontaria com um mercado altamente concentrado, reforçado pela presença da maior cervejaria da América Latina (AMBEV) e terceira do mundo.

680- A fusão também elimina aquela que é uma das concorrentes potenciais (ANTARCTICA), com melhores condições de ameaçar o domínio de mercado da líder (BRAHMA/SKOL), consolidado a liderança da AMBEV que poderá impor alterações estruturais ao mercado.

681- A operação passa a ser “danosa ao regular funcionamento do mercado” por facilitar a manutenção da estrutura oligopolizada, “criando dificuldades à constituição, ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas concorrentes, particularmente de pequenas cervejarias e micro cervejarias regionais”, além de viabilizar a prática de condutas uniformes por potenciais concorrentes.”

682- As eficiências apresentadas pelas Requerentes não foram suficientes para assegurar as condições previstas no parágrafo 1º do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94, que viabilizariam a aprovação da operação pelo CADE sem restrições. Não há eficiências que justifiquem uma monopolização e uma alta concentração do mercado, com perdas para os consumidores.

683- A autorização para aprovar atos que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na denominação de mercados de bens ou serviços, está delimitada por parâmetros e balizamentos estabelecidos pela própria lei, de modo que qualquer decisão que não os considere será ilegal, por ferir o objetivo de interesse público que a norma pretende preservar.

684- É de competência do Plenário do CADE, aprovar ou não atos dessa natureza. Sua competência, como não poderia deixar de ser, decorre da própria lei e se exerce nos limites dessa mesma lei (artigo 7º, XII, c/c o artigo 54 da Lei nº 8.884/94)¹⁰⁹

685- O colegiado do CADE, ao apreciar a legitimidade de atos de concentração econômico, em nenhum momento, poderá se afastar dos limites da lei, sob pena de descumprimento do princípio da legalidade, consagrado no “caput” do artigo 37 da Constituição ¹¹⁰ e a qual se deve submissão a toda a Administração Pública.

686- Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, não se admitindo a omissão da autoridade, ou seja, insusceptível de renúncia pelo seu titular.

687- Diante de todo o exposto, concluímos que o ato de concentração, em exame, não pode ser considerado legítimo pelo Colegiado do CADE, eis que não satisfeitas as condições estabelecidas nos parágrafos 1º e 2º dos artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

688- Assim sendo, esta Procuradoria sugere ao Colegiado do CADE, que determine às Requerentes, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94¹¹¹, a DESCONSTITUIÇÃO da integração horizontal dos

109 Artigo 7º: Compete ao Plenário do CADE:...

XII – apreciar os atos ou condutas sob qualquer forma manifestada, sujeita à aprovação nos termos do Artigo 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso.

110 Artigo 37: A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

111 § 9º do Artigo 54 da Lei nº 8.884/94: Se os especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, totais ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessão parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

atos pertinentes à fusão da Companhia Cervejaria Brahma com a Antarctica Paulista-Indústria de Bebidas e Conexos, referentes à constituição da denominada AMBEV. Sendo a DESCONSTITUIÇÃO o único instrumento eficaz para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica e atingir o objetivo de interesse público definido na Lei.

É s.m.j. o Parecer.

Brasília, 22 de Março de 2000.

Áurea Regina S. de Queiroz Ramim	Karla Margarida Martins Santos
Chandre de Araújo Costa	Marcelo Kallil Grígolli
Fernanda Prestes C. Bussacos Pacheco	Nancy de Abreu