

REVISTA DO

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

volume 7 número 6 - 2000

**I
B
R
A
C**

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo

Volume 7 número 6 - 2000

ISSN 1517-1957

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE
CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - IBRAC

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 263 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 263-6748

home page: www.ibrac.org.br

E-mail: ibrac@ibrac.org.br

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

Diretor e Editor: Pedro Dutra

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial : Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Geraldo Brito Filomeno, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência e de consumo. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 10 números em 1999

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

CASO AMBEV*

SUMÁRIO

ATO DE CONCENTRAÇÃO N.º 08012.005846/99-12 5

Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A.

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA 147

VOTO VOGAL CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ..... 245

VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY 321

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO CALLIARI..... 347

VOTO DO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER OLIVEIRA..... 369

TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO..... 383

* Os textos aqui apresentados foram encaminhados ao IBRAC em 16/05/2000 e encontram-se disponíveis no site do CADE. O voto do Conselheiro Marcelo Calliari foi enviado ao IBRAC no dia 28/06/2000.

JURISPRUDÊNCIA

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Ato de Concentração n.º 08012.005846/99-12

Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A.

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães, Tércio Sampaio Ferraz Junior, Neide Teresinha Malard, Eduardo Caio da Silva Prado, Baturia Rogerio Meneghesso Lino, Jayme Paiva Bruna, Fábio Nusdeo, Orozimbo Loureiro Costa, José Carlos Guimarães Leite, Joaquim Carlos Adolpho do Amaral Schmitd, Hermenegildo de Souza Rego, José Augusto do Nascimento Gonçalves Neto, Lúcia Stella Ramos do Lago, Ari Marcelo Solon, Sérgio Varella Bruna, Thomas George Macrander, Maria da Graça Britto Garcia, Maria Augusta Fidalgo Velloso Ferreira e João Carlos Zanon.

Relatora: Conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva.

DECISÃO FINAL

(Sujeita à aprovação na próxima Sessão Ordinária)

02. Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12

Requerentes: Fundação Antonio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional de Beneficência, Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A.

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães, Tércio Sampaio Ferraz Junior, Neide Teresinha Malard, Eduardo Caio da Silva Prado, Baturia Rogerio Meneghesso Lino, Jayme Paiva Bruna, Fábio Nusdeo, Orozimbo Loureiro Costa, José Carlos Guimarães Leite, Joaquim Carlos Adolpho do Amaral Schmitd, Hermenegildo de Souza Rego, José Augusto do Nascimento Gonçalves Neto, Lúcia Stella Ramos do Lago, Ari Marcelo Solon, Sérgio Varella Bruna, Thomas George Macrander, Maria da Graça Britto Garcia, Maria Augusta Fidalgo Velloso Ferreira e João Carlos Zanon.

Relatora: Conselheira Hebe Romano

O Conselheiro João Bosco Leopoldino declarou-se impedido. A Conselheira Lucia Helena Salgado não participou do julgamento, tendo declarando-se impedida nos autos.

Decisão: O Plenário, por maioria, vencido o Conselheiro Ruy Santacruz, aprovou o ato de concentração, condicionando as requerentes à implementação de entrada de nova empresa, no prazo de 8 (oito) meses a contar da data da assinatura do termo de compromisso de desempenho entre as requerentes e o CADE, contendo todas as determinações a seguir, sem prejuízo dos demais prazos estipulados nesta decisão: (a) proposta de alienação da marca Bavaria, bem como transferência dos contratos de fornecimento e distribuição relacionados a esta marca, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari; (b) proposta alienação de 1 (uma) unidade fabril para a produção de cerveja, localizada em cada uma das regiões do mercado geográfico relevante, a saber: 1 (uma) fábrica na Região Sul, localizada em Getúlio Vargas-RS, com capacidade instalada de 607 mil hl, de propriedade da Antarctica; 1 (uma) fábrica na Região Sudeste, em Ribeirão Preto-SP, com capacidade instalada de 2.400 mil hl, sendo 500 mil de chopp e 1900 de cerveja, de propriedade da Antarctica, a qual deverá encontrar-se em atividade e equipada com maquinário capaz de oferecer envasamento em latas, vencido neste ponto o Conselheiro Marcelo Calliari; 1 (uma) fábrica na Região Centro Oeste, localizada em Cuiabá-MT, com capacidade de 700 mil hl, de propriedade da Brahma; 1 (uma) fábrica na Região Nordeste, localizada em Salvador-BA, com capacidade instalada de 2.900 mil hl, de propriedade da Brahma; e 1 (uma) fábrica na Região Norte, localizada em Manaus-AM, com capacidade instalada de 487 mil hl, de propriedade da Brahma; (c) a apresentação, pelas fábricas a serem alienadas para a produção de cervejas, das seguintes condições: perfeito estado de conservação e funcionamento (físicas, elétricas, hidráulicas, maquinários e equipamentos); capacidade instalada em condições de competir, em relação ao abastecimento, no mercado regional onde esteja localizado; atualização tecnológica satisfatória; disponibilização, já existente, de linhas de produção de garrafas retornáveis e de latas; e disponibilização de mão-de-obra necessária ao funcionamento; (d) avaliação e auditoria das unidades fabris mencionadas no item (b) acima, por empresa independente, a ser contratada pela AmBev, e que deverá encaminhar laudo pericial, no prazo de 10 (dez) dias corridos, contado da data da publicação do acórdão da presente decisão, sobre as condições enumeradas no item (c) acima; (e) compromisso de compartilhamento de sua rede de distribuição com o(a) comprador(a), em todos os mercados relevantes regionais, durante o prazo de 4 (quatro) anos, prorrogáveis por mais 2 (dois) anos, devendo as requerentes: i) independentemente da opção pela aquisição da marca Bavária, disponibilizar suas redes de distribuidores de forma a assegurar plenamente a distribuição da marca do(a) comprador(a),

mencionada no item (a), em quaisquer pontos de venda dentro do mercado regional, ii) disciplinar, em contrato específico firmado entre as partes, requerentes e comprador(a), a distribuição compartilhada dos produtos das requerentes e do comprador(a), assegurando-se igualdade de condições na distribuição dos produtos, igualdade nos custos de distribuição recorridos pelas requerentes e pelo(a) comprador(a), e a mais ampla distribuição dos produtos do(a) comprador(a) deste mercado; iii) em locais onde houver distribuição direta, deverão as requerentes distribuir, pela sua rede própria, os produtos do(a) comprador(a); e iv) dispensar o(a) comprador(a), expressamente, do pagamento da comissão de distribuição às requerentes, nos primeiros 4 (quatro) anos; (f) a proposta de alienação do conjunto de medidas previstas no item (a), (b), (c), (d), e (e) acima, deverá ser feita a empresa independente, que tenha condições não apenas de manter o negócio em funcionamento, como também potencial para competir em igualdade de condições, em todos os mercados relevantes, até o término do prazo de compartilhamento da distribuição, não podendo esta empresa independente deter, na presente data, mais de 5% (cinco por cento) de participação do mercado brasileiro de cerveja; (g) para fins desta decisão, entende-se como empresa independente a empresa nacional ou estrangeira que não mantenha participação acionária ou qualquer outro vínculo, ainda que minoritário, com as requerentes, ou com qualquer de suas coligadas, controladas ou controladoras; (h) a escolha da modalidade de venda ficará a cargo das requerentes; (i) o(a) comprador(a) deverá ser aprovado, previamente, pelo CADE, em procedimento próprio; (j) o termo de compromisso de desempenho deverá ser assinado entre as requerentes e o CADE, no prazo de 20 (vinte) dias, contado da data da publicação do acórdão da presente decisão; (l) a recusa de assinatura do termo de compromisso de desempenho implicará na imediata determinação, pelo Plenário do CADE, de desconstituição da AmBev; (m) na hipótese de a proposta não ser implementada dentro do prazo previsto nesta decisão, a execução desta deverá ser realizada mediante intervenção judicial, de acordo com os procedimentos previstos no Título VIII da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações cabíveis; (n) o descumprimento de quaisquer das disposições do termo de compromisso de desempenho implicará na imediata aplicação de multa mínima de 5.000 (cinco mil) Ufir diárias, que poderá ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94; (o) as requerentes deverão providenciar oferta pública das unidades fabris que pretendem desativar, nos próximos 4 (quatro) anos; (p) da oferta pública poderão participar novos entrantes ou concorrentes, devendo ser incluído entre os pretendentes as associações e/ou cooperativas de empregados; (q) o prazo para a habilitação de interessados e

concretização da respectiva alienação será de 1 (um) ano, a contar do encerramento da oferta, findo o qual ficarão as requerentes desobrigadas da condição determinada no item (o) acima; (r) deverão as requerentes comprometerem-se a manter nível de empregos, sendo que as dispensas associadas à reestruturação empresarial devem vir acompanhadas de programas de recolocação e retreinamento, os quais deverão ser acompanhados pelo Ministério do Trabalho, no âmbito do Convênio em vigor com o CADE; (s) ficam as requerentes preventivamente proibidas de adotar condutas de imposição de exclusividade, ficando o ponto de venda desobrigado, a contar da data da publicação do acórdão desta decisão, de restringir-se à venda de determinado produto ou marca, em razão da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de merchandising, exceto quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a uma participação acionária da empresa; (t) a condição prevista no item (s) acima alcança, integralmente, no que couber, a rede de distribuição; (u) o termo de compromisso de desempenho terá duração de 5 (cinco) anos; (v) no termo de compromisso de desempenho deverá constar as obrigações das requerentes no que se refere ao alcance das eficiências alegadas, à distribuição equitativa entre produtor e consumidor, à não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante e aos limites necessários para atingir seus objetivos; (x) as requerentes deverão encaminhar ao CADE, semestralmente, relatório referente ao termo de compromisso de desempenho; (z) a Ambev deverá compartilhar sua distribuição para 5 (cinco) empresas, pelo prazo de 4 (quatro) anos, uma em cada mercado relevante adotado no voto da Relatora, com participação não superior a 5% (cinco por cento), através de leilão, para aquela que oferecer o maior pagamento de comissão, o que deverá ser implementado em 8 (oito) meses, sob pena de intervenção judicial. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio aos sindicatos e associações de classes dos empregados das requerentes, do voto do Conselheiro Mercio Felsky, para a inclusão, em pauta de discussão, de garantias trabalhistas adicionais aos empregados demitidos em razão de reestruturação empresarial. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio de ofício à Secretaria de Direito Econômico, contendo cópia das fls. 172/173, 751/759, 1071/1180, 1186/1251, 1256/1605, 1731/1805, 1825/1837, 1862/1891, 1902/1910, 2531/2537 e 4839/4888, para que se proceda à instauração de processo administrativo contra as requerentes, e contra todas as empresas concorrentes, a luz do que já foi solicitado pelo CADE anteriormente à SDE, incluindo-se o setor de distribuição e a análise da adequação do contrato-padrão de distribuição a ser

utilizado pela Ambev. O Plenário, por maioria, vencidos a Conselheira Hebe Romano e o Presidente Gesner Oliveira, determinou o conteúdo de pauta de investigação a ser seguida pela SDE na instrução do processo administrativo, incluindo: i) imposição da prática de venda casada, ficando os pontos de venda desobrigados de adquirir e vender produtos impostos pela fabricante, além daqueles de real interesse; de adquirir, ainda, o produto cerveja vinculado à aquisição de outro produto da mesma marca, como refrigerantes, tubaínas, águas, chás, isotônicos, outras bebidas alcoólicas ou não-alcoólicas, ou quaisquer outros, ii) discriminação com clientes, ficando as requerentes proibidas de adotar quaisquer atos ou práticas que gerem dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresas, em razão, inclusive, da alteração de condições operacionais impostas nesta decisão, iii) impedimento de acesso a recursos para o desenvolvimento e o funcionamento de empresas, ficando as requerentes proibidas de impedir o acesso de matérias-primas, produtos intermediários, acabados ou semi-acabados aos canais de distribuição e outros, iv) manipulação artificial de marcas, ficando as requerentes proibidas de manipular o portfólio de suas marcas, ou criar marcas artificiais, de modo a impedir ou dificultar, no mercado brasileiro, a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento de empresas concorrentes; v) redução ou interrupção, ficando as requerentes proibidas de interromper ou reduzir sua produção em grande escala, sem justa causa comprovada; e vi) imposição ou fixação unilateral de preços, ficando as requerentes proibidas de manter em seus contratos cláusulas de imposição ou fixação unilateral de preços. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio de ofício ao Ministério Público Federal, em atendimento ao disposto no art. 12, da Lei n. 8.884/94, anexando-se cópia de inteiro teor do presente processo, inclusive dos apartados confidenciais. O Plenário, por unanimidade, determinou o envio da decisão aos Procons Estaduais, bem como ampla divulgação da decisão para os pontos de venda e para o público em geral.

RELATÓRIO DA CONSELHEIRA RELATORA¹

1. Em atendimento ao disposto no § 4º do art. 54, da Lei 8.884/94, a Fundação Antonio e Helena Zerrenner - entidade fundacional privada sem fins

¹ Colaboraram Alexandre Gheventer, Márcia Alves Brito, Roberto Teixeira Alves, assessores do CADE, Cássio Lopes Cassemiro dos Santos, Luciano Inácio de Souza, e Marcelo José Barbosa Amorelli, participantes do IX Programa de Intercâmbio do CADE.

lucrativos, que figura como acionista controladora da Companhia Antarctica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (doravante designada *Antarctica*), e a Empresa de Consultoria, Administração e Participações S/A - Ecap e Braco S/A - sociedades controladoras da Companhia Cervejaria Brahma (doravante designada *Brahma*), submeteram à apreciação do CADE, em 02 de julho de 1999, o ato pelo qual decidiram se reunir sob o mesmo controle acionário, criando uma nova sociedade denominada Companhia de Bebidas da Américas - *AmBev*, mediante a conferência das ações ordinárias representativas do controle da Brahma e da Antarctica ao capital social da AmBev.

I. DAS REQUERENTES

I.1 Companhia Cervejaria Brahma

2. A Brahma é uma empresa de origem brasileira, de capital aberto, com sede no Rio de Janeiro-RJ. Atua na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas, chás e isotônicos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja. Seus maiores acionistas são a Empresa de Consultoria, Administração e Participações - Ecap, com 30,65%, e Braco S/A, com 24,43% de participação em seu capital ordinário. As demais ações ordinárias encontram-se distribuídas entre um grande número de pequenos acionistas no mercado, conforme mostra o quadro abaixo:

Brahma - Composição acionária

Acionistas	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais
Ecap	30,65%	0
Braco	24,43%	00,32%
Outros (mercado)	44,92%	99,68%
Total	100%	100%

Fonte: Requerentes, fls. 62.

3. Ecap e Braco detêm participação em investimentos em outras empresas em diversos ramos, tais como o ferroviário, o de telecomunicações,

o de entretenimento, o de varejo, o imobiliário, etc. Segundo as requerentes (fls. 35), as participações acima não possuem qualquer relação com os mercados envolvidos no presente ato de concentração. Seguem abaixo as composições acionárias da Ecap e da Braco.

ECAP - Composição acionária

Acionistas	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais	Participação Total
Braco S/A	99,73%	97,82%	98,64%
Outros	00,27%	02,18%	01,36%
Total	100%	100%	100%

Fonte: Requerentes, fls. 65.

BRACO S/A - Composição acionária

Acionistas	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais	Participação Total
Jorge Paulo Lemann	50,02%	05,02%	21,30%
Marcel Herrmann Telles	10,95%	05,80%	07,66%
Carlos Alberto da Veiga Sicupira	10,95%	05,80%	07,66%
Cláudio Luiz da Silva Haddad	04,97%	04,05%	04,39%
Tinsel Participações Ltda.	0	56,29%	35,95%
Tesouraria	14,91%	16,52%	15,94%
Outros	08,20%	06,52%	07,10%
Total	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: Requerentes, fls. 65.

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

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

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

6. Operações (aquisições, fusões, associações e constituição de empresas) efetuadas pela Brahma nos últimos 4 anos no país e no Mercosul:

- 1995 - Constituição da Miller Brewing do Brasil Ltda, juntamente com a Miller Brewing Company e a Miller Brewing M 1885 - INC, com objeto de produzir, importar e distribuir a cerveja Miller no Brasil. Apresentada ao CADE através do Ato de Concentração nº 58/95, o qual, em 13/05/98, foi aprovado sob condições;
- 1996 - Associação da Cervejarias Reunidas Skol Caracu S/A com a cervejaria dinamarquesa Calsberg, através de contrato de licenciamento para

fabricação da cerveja Calsberg no Brasil. Apresentado ao CADE através do Ato de Concentração nº 122/97, o qual, em 24/03/99, foi aprovado sob condições;

- 1997 - Aquisição da Buenos Aires Embotelladora S/A da Pepsico Inc.. Apresentada ao CADE através do Ato de Concentração nº 08012.007374/97-38, o qual, em 30/09/98, foi aprovado sem restrições;
- 1997- Constituição da Fratelli Vita Bebidas Ltda., juntamente com Indústrias Gessy Lever Ltda. Apresentada ao CADE através do Ato de Concentração nº 178/97, o qual, em 08/12/98, foi aprovado sem restrições.

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

1.2 Companhia Antarctica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos

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

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

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

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

A composição acionária da empresa antes da operação está descrita no quadro seguinte:

Antarctica - Composição Acionária

Acionistas	Ações Ordinárias	Ações Preferenciais	Participação Total
Fundação Zerrenner	88,09%	86,42%	87,91%
Lagomar S/A	2,32%	3,43%	2,43%
Itaipava S/A	0,27%	0,29%	0,27%
Outros	9,32%	9,86%	9,39%
Total	100,00%	100,00%	100,00%

Fonte: Requerentes fls. 65

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

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

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

II. DA OPERAÇÃO

14. As requerentes celebraram atos societários com o fim de reunir sob o mesmo controle acionário as respectivas companhias controladas, por meio da constituição de uma nova sociedade anônima, denominada Companhia de Bebidas das Américas - AmBev.

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

AmBev - Distribuição do capital ordinário - Julho de 1999

Acionistas	Participação (%)
Ecap (Brahma)	42,27
Braco (Brahma)	33,69
Fundação Zerrenner (Antarctica)	24,04
Total	100,00

Fonte: Requerentes, fls. 62 e 143.

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

III. DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL

17. A peça inicial (fls. 02/31) foi protocolizada em 02/07/99 perante a SDE (fls. 02). Nela as requerentes trouxeram aos autos procurações outorgadas (fls. 33/37); demonstração de *market share* entre Brahma Chopp e Skol, com a liderança da marca Skol frente à Brahma; formulário de enquadramento de que trata a Resolução nº 15/CADE e anexos; Ata de Assembléia Extraordinária da Cia. de Bebidas das Américas - AmBev (fls. 71/90, verificando-se às fls. 72 que a Companhia de Bebidas das Américas -

AmBev foi a nova denominação social dada à Aditus Participações S.A., juntamente com o Estatuto Social da Companhia - fls. 77/90); laudo de avaliação de acervo líquido da Fundação Antônio e Helena Zerrenner (fls. 91/98), elaborado pela auditoria Delloite Touche Tohmatsu; laudo de avaliação das ações da Cia. Cervejaria Brahma (fls. 99/120), elaborado por Apsis - Consultoria Empresarial, tendo por objetivo constatar se o valor contábil dos bens, direitos e obrigações, e o valor unitário das ações suportam o aumento de capital em outra sociedade anônima; boletins de subscrição realizados na AmBev pela ECAP (fls. 121/125); atas de reuniões do Conselho de Administração (fls. 126/128), que resultaram na eleição, em 01.07.99, do Sr. Margim Rodrigues Filho como Diretor-Geral da AmBev e no cancelamento do programa de recompra de ações da companhia; demonstrações contábeis da Cia. Antarctica Paulista e da Cia. Cervejaria Brahma (fls. 129/136); acordo de acionistas da Cia. de Bebidas das Américas (fls. 137/162), do qual destacam-se os seguintes pontos:

“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 Herrmann Telles, em 01/07/99.”

18. Em suas considerações preliminares, acrescentem 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 Companhia.

A Companhia possui 9.448.160 ações ordinárias e 1.101.148 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 ações ordinárias e 13.580.693 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.”

19. Ressaltam, ainda, que:

“(...) os controladores Braco exercem, conjuntamente o controle da aludida organização, possuindo 107.442 mil ações ordinárias, que representam 71,93% de seu capital social.

A Braco exerce, ainda, o controle societário da Ecap, eis que possui 280.833.991 ações ordinárias, que representam cerca de 99,73% do capital social da Ecap.”

20. 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.

21. 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:

Capital social e participações dos acionistas AmBev

Acionista	% de Ações Ordinárias	Nº de Ações Ordinárias
Fund. Antonio e Helena Zarrenner	24,04	459.521.728
Braco	33,69	644.001.922
ECAP	42,27	807.913.645
Total	100	1.911.437.295

Fonte: Requerentes.

22. A cláusula IV trata dos critérios da Administração da Companhia.

23. A cláusula V, das reuniões prévias e do exercício do direito de voto.

24. A cláusula VI, da transferência das ações.

25. A cláusula VII, da opção de compra ou venda.

26. A cláusula VIII, das partes intervenientes.

27. A cláusula IX, das notificações.

28. A cláusula X, da vigência, onde 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.*

29. A cláusula XI trata da execução específica onde fica consignado, 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.

30. A cláusula XII, que trata das disposições gerais, alega que o acordo de acionista 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.

31. Em 14/07/99, sete dias, portanto, da remessa da via dos autos ao CADE, após a protocolização do pedido na SDE, ao tomar ciência do conteúdo do pedido, verifiquei tratar-se de uma operação de grande vulto, com reflexos econômicos em toda a cadeia produtiva, no mercado de bebidas em geral e na concorrência, e decidi propor ao Plenário do CADE medida que pudesse assegurar ao mercado e à concorrência um ambiente seguro, capaz de dar tranquilidade, inclusive ao CADE, para que o processo pudesse ser analisado e julgado sem qualquer incidente irreversível. Assim:

➤ considerando que o sistema jurídico brasileiro de proteção à ordem econômica permite que as operações, em atos de concentração, sejam analisados pelos Órgãos de Defesa da Concorrência quinze dias após sua operação;

➤ considerando que o prazo determinado pela Lei para que o ato seja

aprovado, ou não, pelo CADE, é de, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias;

➤ considerando que após a realização do ato, entre a data de sua apresentação e a data da decisão proferida pelo CADE, as empresas podem adotar políticas e estratégias comuns, que com o decorrer do tempo venham se tornar irreversíveis ou, ainda, se assim não for, causar danos à ordem econômica, de natureza irreversível; e

➤ analisando a questão dos prazos, em consonância com os atos advindos de uma operação desta natureza, vislumbrei o *periculum in mora* até apresentação da solução dada pelo CADE e os riscos de danos que o mercado (objeto da operação) e a concorrência poderiam sofrer, caso o CADE não tentasse, de alguma forma, buscar uma situação de equilíbrio até o final da decisão.

32. O Plenário do CADE aprovou, por unanimidade, declarando-se impedido o Conselheiro João Bosco Leopoldino, o seguinte despacho, por mim proposto:

“Conforme determinação legal, prevista pelo art. 54, Lei n. 8.884/94, as empresas Fundação Antônio e Helena Zerrenner - Instituição Nacional da Beneficência conjuntamente com a Empresa de Consultoria Administração e Participações S/A - ECAP e Braco S/A apresentaram documentos e informações pertinentes para submeter à apreciação das autoridades de defesa da concorrência a operação pela qual concentraram empresas controladoras da Companhia Antarctica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (designada, simplesmente, Antarctica) e da Companhia Cervejaria Brahma (designada, simplesmente, Brahma), criando a Companhia de Bebidas das Américas - AmBev.

É público e notório que a Antarctica e a Brahma são duas empresas líderes nos setores de refrigerantes e cervejas, comercializando seus produtos sob inúmeras marcas de indústria.

Abstraindo-se da questão colocada pela AmBev, de que a reunião das empresas é a única via encontrada para que ocorra um enfrentamento na formação de blocos internacionais, garantindo a sobrevivência das empresas genuinamente brasileiras, tem-se que:

1- A AmBev surge, segundo informações das requerentes, ocupando o posto da quinta maior empresa do mundo no setor de bebidas, com produtos e marcas de qualidade e prestígio distribuídos pelos segmentos de cerveja, refrigerantes, águas minerais, isotônicos e chás;

2- A AmBev afirma “... que a concorrência a ser preservada está na distribuição e não na fabricação”, eis que a referida distribuição atinge cerca de um milhão de varejistas e que “... o sucesso de quaisquer empresas que se dediquem à exploração de bebidas repousa, em grande medida, no estabelecimento de uma sólida rede de distribuição ...”;

3- A AmBev registra em seu pedido que “... a diferenciação dos produtos exerce papel especialmente relevante, na forma da concorrência, determinada pela identificação do consumidor ...”. Ocorre que, em que pese a afirmação das empresas em relação aos itens acima apontados, na prática o mercado e as relações concorrenciais necessitam ser preservados.

O CADE, além de seu papel judicante, atua preventivamente contra abusos de ordem econômica, orientado pelos ditames constitucionais que garantem a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e contra o abuso do poder econômico.

O alto índice de participação no mercado, resultante da concentração, verificado pela AmBev, não é razão suficiente para que a operação possa vir a ser aprovada.

Entretanto, a análise preliminar dos dados e informações já apresentados, considerados à luz das obrigações e competências do CADE, nos leva a ponderar as seguintes razões de fato e de direito:

RAZÕES DE FATO

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 do mercado de forma irreversível, qualquer decisão do CADE, ao final do processo, poderia não atingir plenamente os objetivos da Lei.

RAZÕES DE DIREITO

1º. Dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito está o da livre iniciativa (art. 1º, CF), que serve de suporte para os princípios informadores da ordem econômica, com destaque para o da livre concorrência e da defesa do consumidor, previstos no art. 170, IV e V da Constituição Federal;

2º. Para concretizar tais princípios, a Constituição, em seu art. 173, § 4º, 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”.

Obedecendo o comando constitucional, o legislador impõe a obrigação da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, justamente para proteger a coletividade, que é a titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.884/94.

Para dar concretude a esse comando, a referida lei confere aos Conselheiros do CADE competência para “... determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício de suas funções”, bem como adotar medidas preventivas, fixando o valor da multa diária pelo seu descumprimento.

Tais dispositivos legais conferem ao Conselheiro o poder cautelar para preservar as relações de mercado inalteradas até a decisão final do Processo, garantindo a perfeita instrução do feito a ser realizada pela Secretaria de Direito Econômico e Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Invoco, ainda, o disposto no art. 83 da Lei n. 8.884/94, que determina a aplicação subsidiária das disposições do Código de Processo Civil e das Leis ns. 7347/85 e 8078/90, como fundamento para submeter a este Plenário, que tem competência para ordenar providências que conduzam à cessação de violação da ordem econômica, deliberação de adoção de medida cautelar com a finalidade de evitar danos irreparáveis à concorrência.

Ao socorrer-me do Código de Processo Civil, verifico, no livro do Processo Cautelar, que sempre que o julgador vislumbrar riscos de danos jurídicos em razão de demora no julgamento do processo, poderá determinar medidas cautelares para evitar que uma parte, antes do julgamento, cause ao direito da outra lesões graves ou de difícil reparação, podendo autorizar ou vedar a prática de determinados atos. A isto se chama, em Direito, de poder geral de cautela, em que o julgador, por cuidado e para evitar danos em razão da demora, adota medidas suficientes garantindo a integridade do direito e bom andamento do processo. O poder cautelar é corolário necessário do poder de decidir.

A aplicação do poder geral de cautela não é estranho à lei. Pelo contrário, a prevenção está contemplada de forma genérica, ampla e expressa nos arts. 1º e 9º, IV, Lei n. 8.884/94.

Evidente, e até desnecessário ressaltar, que não se trata aqui de pré-julgamento do mérito ou qualquer intenção de atropelar a instrução processual. Ao contrário, o que aqui se pretende é dar celeridade ao feito e auxiliar os órgãos responsáveis pela referida instrução.

Em face do exposto, submeto a este Plenário a determinação de adoção de medida cautelar, até a decisão final deste feito, com o seguinte teor:

1- Que as empresas se abstenham, a partir da publicação deste despacho, de praticar quaisquer atos decorrentes do contrato já realizado que modifiquem a estrutura, condições ou características do mercado até agora vigente, cuja reversibilidade seja onerosa para a coletividade, tais como:

- I- Fechamento ou desativação parcial de fábricas;*
- II- Demissão de pessoal como estratégia da integração;*
- III- Cessação do uso de marcas e outros ativos;*
- IV- Alteração das estruturas e práticas de distribuição e comercialização;*
- V- Alteração de relações contratuais com terceiros;*
- VI- Integração das estruturas administrativas das empresas;*
- VII- Adoção de políticas comerciais uniformes.*

2- Pelo descumprimento da presente decisão determino a fixação de multa diária de 100.000 (cem mil) UFIRs, nos termos do art. 25 da Lei n. 8.884/94;

3- Extraíam-se cópias do despacho, para remessa às empresas requerentes, à Secretaria de Acompanhamento Econômico, à Secretaria de Direito Econômico e à Comissão de Valores Mobiliários.

4- Determino, ainda, que seja o presente despacho imediatamente encaminhado para publicação no Diário Oficial da União, para que surta os efeitos legais.”

IV. DOS PRODUTOS

33. O quadro abaixo demonstra o *portfolio* dos produtos atualmente fabricados e distribuídos, no território nacional, pelas empresas, separadamente:

Produtos Oferecidos	Antarctica	Brahma	Quantidade
Cervejas	Antarctica Antarctica Bock Bavaria Chopp Bavaria Pilsen Bavaria Premium Bock Polar Bohemia	Brahma Bock Brahma Chopp Brahma Extra Brahma Light Caracu Carlsberg Chopp Brahma	42

	Budweiser ChoppAntarctica Bock Chopp Bock Polar Chopp Munchen Chopp Niger Chopp Pilsener Chopp Polar Chopp Serramalte Extra Serramalte Gut Kronenbier Kronenbier Serramalte Malzbier Antarctica Mossoró Munchen Extra Niger Original Perola Extra Pilsener Chopp Pinguim Polar Export Polar Pilsen Porter Nacional Rio Cristal	Chopp Skol Malzbier Miller Skol Pilsen	
--	--	---	--

Produtos Oferecidos	Antarctica	Brahma	Quantidade
Refrigerantes	Água Tônica Água Tônica Diet Club Soda Guaraná Champ. Diet Guaraná Champagne Pop Cola Pop Cola Diet Pop Cola Light Pop Laranja Pop Laranja Diet	Brahma Guaraná Brahma Guaraná Light Limão Pepsi Cola Pepsi Cola Light Seven-Up Seven-Up Diet Soda Cristal Sukita	28

	Soda Limonada Soda Limonada Diet	Sukita Diet Tônica Kas Guaraná Mirinda Laranja Mirinda Uva Teem Teem Diet	
Tubáinas	Baré Cola Baré Cola Light Baré Tutti-Frutti Baré Tutti-Frutti Light Barezinho Cola Jeneve Ginger Ale Guará Suco Guaraná Baré Guaraná Frizante Polar Guaraná Polar Light Lara Suco Laran-J Pitchula	----	14
Águas	Água Perola Água Perola Gaseificada	Água Fontil Água Fontil C/Gás Água Fratelli Água Fratelli C/Gás Água Rainha	7

Produtos Oferecidos	Antarctica	Brahma	Quantidade
Chás	----	Lipton Ice Tea Limão Lipton Ice Tea Limão Diet Lipton Ice Tea Pêssego Lipton Ice Tea Pêssego Diet	4

Sucos	Abacaxi Caju Laranja Limão Maracujá Tangerina Uva	----	7
Isotônicos	----	Marathon Abacaxi Marathon Coco Marathon Graviola Marathon Kiwi Marathon Limão Marathon Maracujá Marathon Melancia Marathon Tangerina	8
Maltes	Malte Para Consumo Interno	Malte Pilsen Malte Torrado Malte Para Destilarias (Whisky)	3
Total	66	47	113

Fonte: Requerentes, fls. 56/59.

V. DO MERCADO RELEVANTE

34. O quadro abaixo apresenta as principais linhas de produção da Brahma e da Antartica, e mostra que apenas a Antartica atua na fabricação de sucos, enquanto somente a Brahma fabrica chá e isotônicos. Ambas as empresas fabricam malte, cervejas, refrigerantes e águas. Em relação à produção do malte, tanto a Brahma quanto a Antartica destinam sua produção exclusivamente para consumo próprio, não havendo oferta do produto no mercado. A operação não acarretou, portanto, alteração de quaisquer atributos do mercado de malte.

Brahma e Antartica - Linhas de produção

Linhas de produtos	Brahma	Antartica
Cervejas	X	X

Refrigerantes	X	X
Águas	X	X
Chás	X	-
Isotônicos	X	-
Sucos	-	X
Malte	X	X

Fonte: Requerentes, fls. 65

35. Cabe mencionar o ponto de vista das requerentes (notificação inicial - fls.06/12), e memorial apresentado à SDE em 27/10/99 (atuado em apartado confidencial), de que “os produtos fabricados e comercializados pela Brahma e Antarctica possuem uma série de características comuns” que determinam uma tendência mundial de serem explorados por “empresas de bebidas”.

36. Estas empresas, ainda segundo as requerentes, operam com produtos diferenciados que exigem elevados investimentos em marketing, promoção e publicidade, dependem de uma “sólida rede de distribuição” para sustentar a boa imagem conquistada pela publicidade e “não dispensam uma estrutura de produção com dimensão adequada e corretamente localizadas” propiciando ganhos de escala.

37. Por fim, argumentam que, em função das economias de escopo derivadas da similitude de técnicas adotadas na embalagem, distribuição, comercialização e *marketing* dos produtos, o mercado de bebidas caracteriza-se como “um verdadeiro *cluster market*, ou um mercado de produtos agregados, para efeitos concorrenciais”.

38. Para sustentar a tese de que o processo concorrencial no mercado de bebidas brasileiro deve ser avaliado sob a ótica do conjunto de produtos ofertados, ou seja, cerveja e refrigerante, e não de cada um desses produtos isoladamente, as requerentes apresentaram parecer de autoria do Prof. Calixto Salomão Filho, acostado aos autos às fls. 2242/2268.

39. Este parecer foi analisado e criticado, de forma detalhada, pela SDE, que concluiu pela inadequação da aplicação da teoria de *cluster markets* no presente caso. Os principais argumentos utilizados pela SDE estão sintetizados abaixo:

a) das duas condições exigidas pela teoria de custos de transação para que um *cluster market* possa ser definido, ou seja: (1) presença de economias de

escopo; e (2) existência de demanda do consumidor pela aquisição conjunta da cesta de produtos, somente a primeira condição está preenchida no caso em tela, dadas as evidentes economias de escopo derivadas da complementaridade na estrutura de distribuição de cervejas e refrigerantes;

b) a segunda condição pressupõe que, devido às economias de custos de transação, o consumidor veja uma utilidade maior em adquirir a cesta de bens (no caso, compra de refrigerantes e cervejas conjuntamente) do que os produtos singulares ofertados no mercado. Mas, ainda, é necessário apresentar evidências de que o comportamento empírico do consumidor na aquisição destes bens é consistente com esta percepção;

c) para identificar estas evidências, o parecer apresentado pelas requerentes toma como a relação fundamental do mercado de bebidas aquela entre o distribuidor e o ponto de venda (revendedor). Consigna, então, que os pontos de venda percebem maior utilidade na distribuição conjunta de refrigerantes e cervejas em virtude de dois fatores principais: (1) “dispensa da duplicação de disputas contratuais na aquisição separada de cada um dos produtos”; e (2) “existência de maior poder de barganha face ao distribuidor quando da negociação”. Conclui que a comprovação empírica desta preferência é o número relativamente pequeno de revendedores que procura adquirir cerveja e refrigerante de distribuidores diversos;

d) para a SDE, a relação fundamental do mercado em análise é a estabelecida entre produtores e consumidores finais e não aquela entre distribuidor e revendedor, já que a fusão de dois produtores de cervejas e refrigerantes tem profundo impacto sobre os consumidores finais destes produtos. Isto posto, ressalta a SDE que, da perspectiva do consumidor, não existe complementaridade transacional entre cerveja e refrigerante;

e) no entanto, mesmo considerando a relação entre distribuidor e revendedor, diz a SDE que “não há qualquer evidência de que o varejista de cervejas e refrigerantes tenha vantagens na aquisição conjunta destes bens, a ponto de justificar a definição de um *cluster* de bebidas”. Para embasar esta assertiva, apresenta os seguintes argumentos: (1) não há economia de custo de transporte, já que o varejista recebe os produtos diretamente em seu estabelecimento, sendo visitado por diversos distribuidores a cada semana; (2) as economias de tempo são pequenas devido ao pouco espaço no ponto de vendas e ao custo de manutenção de estoques, motivando a realização de compras em períodos bastante curtos; (3) as disputas contratuais não seriam tão acentuadas, “uma vez que, a rigor, a cada compra, há um novo contrato que pode ser firmado com qualquer dos distribuidores que visitem o ponto de venda periodicamente”; (4) normalmente os revendedores adquirem os

produtos de mais de um distribuidor, prática que aumenta significativamente seu poder de barganha;

f) afirma a SDE que a incidência de exclusividade nos pontos de venda é reduzida e que os vendedores só aceitam tais exclusividades em troca de vantagens na aquisição conjunta dos bens;

g) da mesma forma, continua a SDE afirmando que se efetivamente fosse constatada a preferência dos revendedores por adquirir seus produtos de um único distribuidor, seria de se esperar que os refrigerantes e cervejas de uma mesma rede possuíssem participações de mercado similares ou, pelo menos, índices convergentes de presença nos pontos de venda. No entanto, o que se observa é justamente o contrário. Nem a Coca-Cola, com participação expressiva no mercado de refrigerantes e altíssimo índice de presença nos pontos de venda, transferiu essa mesma penetração para a Kaiser e nem as redes Antarctica, Brahma e Skol transferiram a penetração de suas marcas de cerveja para seus respectivos refrigerantes.

40. Por fim, a SDE descarta a possibilidade de que o mercado relevante da presente operação poderia ser definido como um agrupamento de bebidas, argumentando adicionalmente que definir um *cluster market* implica desprezar a elasticidade da demanda, ou seja, o grau de substituição entre bens da cesta de produtos, “o que pode ter conseqüências nada triviais na análise do poder de mercado dos agentes econômicos”.

41. A seguir, será apresentada a definição dos mercados de produto, assim como a delimitação do espaço geográfico onde as empresas concorrem para cada um dos produtos relevantes.

V.1 Mercado relevante de águas engarrafadas

42. Ambas as requerentes ofertam água mineral e mineralizada. A água mineral é aquela retirada de fontes naturais e acondicionada para comercialização após a adição de sais minerais. A água mineralizada origina-se do tratamento da água captada da rede pública, a qual passa por um processo de industrialização e filtragem especial e sofre adição de sais minerais. Somente em 1997 a água mineralizada foi introduzida no Brasil através da Bonacqua, ofertada pela Coca-Cola.

43. As águas minerais e mineralizadas possuem entre si alto grau de substituição. Isso porque suas propriedades organolépticas (aroma, cor e paladar) não diferem substancialmente. Note-se que a política de *marketing*

das empresas não estabelece diferenciação na estratégia de vendas dos dois tipos de água. Em vista destas características, a SEAE considerou que os mercados de água mineral e de água mineralizada compõem, conjuntamente, o mercado relevante de águas engarrafadas.

➤ **Mercado relevante geográfico de águas**

44. A SEAE definiu a extensão do mercado de águas engarrafadas como sendo estadual, em razão dos elevados custos de transporte e do baixo valor agregado do produto.

45. De fato, o grupo Edson Queiroz, detentor das marcas Minalba e Indaiá, possui 24,17% da produção brasileira de água mineral e potável de mesa, posição viabilizada pelas diversas unidades de engarrafamento distribuídas por São Paulo, Alagoas, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte e Sergipe.

46. Assim, com base na localização das plantas das requerentes, apresentada no quadro abaixo, a SEAE delimitou três mercados geográficos distintos, circunscritos aos estados de São Paulo, Bahia e Paraná.

Produção de águas engarrafadas - Antarctica e Brahma - 1998

Empresa	Tipo de água	Localização da planta (por estado)	Produção em litros
Antarctica	Mineralizada	São Paulo	460.000
Brahma	Mineral	Bahia	14.364.000
Brahma	Mineralizada	São Paulo	10.396.400
Brahma	Mineralizada	Paraná	752.900

Fonte: Requerentes.

47. No entanto, conforme mostra o quadro acima, somente no estado de São Paulo há atuação conjunta das requerentes. A Antarctica não possui plantas nos estados da Bahia e Paraná, não comercializando o produto nestas regiões.

V.2 Mercado relevante de refrigerantes carbonatados

48. O quadro a seguir mostra as marcas de refrigerantes comercializados pela Brahma e Antarctica.

Refrigerantes comercializados - Brahma e Antarctica

Sabores	Antarctica		Brahma		Total
	Refrigerante	Tubaínas	Refrigerante	Tubaínas	
Cola	Pop Cola	Baré Cola	Pepsi Cola		8
	Pop Cola Light	Baré Cola Light	Pepsi Cola Light		
	Pop Cola Diet	Cola Jeneve			
Guaraná	Guaraná	Barézinho	Brahma Guaraná		10
	Champagne	Guaraná Baré	Brahma Guaraná		
	Guaraná	Guaraná Frizante Pol	Light		
	Champagne Diet	Guaraná Polar Light	Kas Guaraná		
Laranja	Pop Laranja	Lara Suco	Sukita		7
	Pop Laranja Light	Laran - J	Sukita Diet Mirinda Laranja		
Limão	Soda Limonada		Limão Brahma		8
	Soda Limonada		Seven-Up		
	Light		Seven-Up Diet		
			Soda Cristal		
			Teem Teem Diet		
Uva			Mirinda Uva		1
Tônica	Água Tônica		Tônica		3
	Água Tônica Diet				
Outros	Club Soda	Ginger Ale			5
		Baré Tutti-Frutti			
		Guará Suco			
		Baré Tutti-Frutti Light			
Total	12	14	16		42

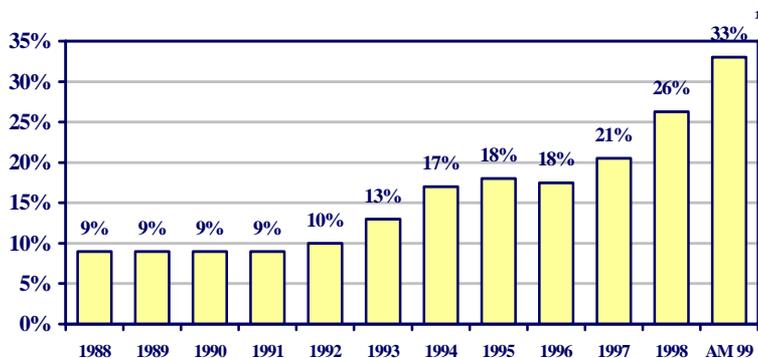
Fonte: Requerentes, fl. 45.

49. Conforme verifica-se no quadro anterior, cada uma das requerentes possui refrigerantes nos sabores laranja, limão, guaraná e água tônica. Somente nos refrigerantes sabores tutti-frutti e ginger a Antarctica não sofre concorrência de produtos da Brahma.

50. Com base na jurisprudência norte-americana, no caso Coca-Cola e Dr. Pepper (1986) a Divisão Antitruste, do Departamento de Justiça da Comissão Federal de Comércio, concluiu que as duas empresas atuavam no mercado de bebidas, contrariando a Coca-Cola, que argumentava pela inclusão de outras bebidas, como café, chá, leite, sucos e água, no mercado relevante; a SEAE considerou que as bebidas carbonatadas constituem um único mercado relevante de produto, dado que, segundo os resultados encontrados no caso Coca-Cola/Dr.Pepper, outras bebidas não são boas substitutas dos refrigerantes, enquanto refrigerantes carbonatados, independentemente do sabor, são bons substitutos entre si.

51. Em relação à possibilidade de segmentação do mercado de refrigerantes em dois mercados distintos - “um composto pelas marcas tradicionais ... com presença em escala nacional e elevados investimentos em *marketing (high-end)*” e um outro “formado por marcas mais recentes, com presença regional e reduzidos investimentos em *marketing (low-end)*, as chamadas tubaínas” - concluiu a SEAE que o fato das tubaínas terem, nos últimos anos, ampliado sua participação de mercado em detrimento das marcas tradicionais, indica que ambos os produtos concorrem num mesmo mercado. Conforme mostra o quadro a seguir, a participação das tubaínas no mercado de refrigerantes elevou-se de 9%, no final da década de 90, para 33%, em 1999.

Evolução da participação das tubaínas no mercado nacional de refrigerantes



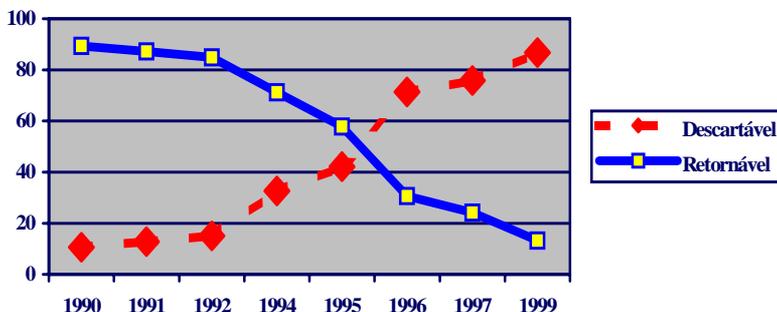
Fonte: Requerentes fls. 396, e SEAE fls 44.

¹ abril/maio de 1999.

52. Por outro lado, as marcas tradicionais foram forçadas a rever suas estratégias comerciais, notadamente em relação a preços, visando conter o avanço das tubaínas. Outro fator que concorreu para a redução de preços foi a crescente substituição da embalagem retornável pela descartável (PET), o que reduziu significativamente o custo de fabricação dos refrigerantes.

53. O próximo quadro revela que houve uma inversão na participação das embalagens descartáveis em relação às retornáveis, na década de 90. Atualmente, 90% das vendas são realizadas em embalagens descartáveis, contra 10% em 1990.

Evolução da participação dos descartáveis nos refrigerantes



Fonte: Requerentes, fls. 392.

54. Ao mesmo tempo em que se ampliava a participação da embalagem descartável, observou-se também o crescimento da participação dos supermercados nas vendas de refrigerantes. Segundo dados das requerentes (fl. 389), em 1992, somente 25% das vendas de refrigerantes foram realizadas pelos supermercados, enquanto em 1999 este percentual atingiu 46%. Note-se que os supermercados praticamente eliminaram o uso de embalagens retornáveis, não somente devido à preferência do consumidor, mas também pelo fato da lata exigir menor área de estocagem, com menor índice de perdas e facilitar o controle do vasilhame.

55. Estas novas características do mercado de refrigerantes facilitaram a ampliação da fatia de mercado das tubaínas, uma vez que nas prateleiras de supermercados os consumidores deparam-se com uma variedade de opções e preços, em relação às vendas em bares e restaurantes, intensificando a competição em preços entre as diversas marcas. Segundo informação do Instituto Nielsen, 65% das vendas de refrigerantes são feitas em padarias, mercearias e supermercados (denominado mercado quente) e apenas 35% bares e restaurantes (mercado frio).

56. A SEAE realizou a análise deste mercado com base nos dados dos refrigerantes carbonatados, sem segmentações por embalagem ou canal de venda. No entanto, como se verá adiante, para a definição dos mercados relevantes geográficos, a SEAE optou pela utilização dos dados dos refrigerantes comercializados em embalagem descartável (Pet 2 litros) no mercado a quente.

➤ **Mercado relevante geográfico de refrigerantes carbonatados**

57. Foi investigada a possibilidade das importações atuarem como fator de disciplinamento das empresas no mercado de refrigerantes, limitando a possibilidade de abuso de poder de mercado. Em face do reduzido grau de penetração das importações (consumo aparente sobre importações), resultado do elevado custo de internação, aliado às dificuldades dos produtos importados de conquistar a preferência do consumidor, concluiu-se que as importações não seriam capazes de restringir o abuso do poder de mercado das requerentes.

58. Buscando delimitar mercados regionais, os quais poderiam ser abastecidos de forma economicamente viável, tomando como referência a localização das fábricas, a SEAE criou uma metodologia inspirada na tese do “monopolista hipotético” utilizado pelas agências norte-americanas de concorrência para delimitação do mercado relevante de produto e geográfico. Como não houve dificuldades quanto à definição do produto relevante, já que os refrigerantes não têm substitutos próximos, o método foi aplicado exclusivamente para a delimitação do mercado geográfico.

59. Segundo a SDE, a definição das *guidelines* das agências antitruste norte-americanas, o mercado geográfico relevante consiste na área territorial na qual um conjunto de empresas cartelizadas (ou um monopolista) pode impor um “pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços”, sustentando-o por um período razoável de tempo, sem que empresas situadas fora daquela área territorial possam ofertar o mesmo produto a preço inferior frustrando o aumento pretendido. (grifei)

60. Para simular este aumento de preços, a SEAE, com base em informações dos fabricantes, considerou que a uma distância superior a 400 km a partir da localização da fábrica, torna-se pouco atrativa para o fabricante a comercialização do refrigerante, em face do custo elevado do transporte. Inferiu ainda a SEAE, com base nos dados da variação do custo por hectolitro transportado na medida em que aumenta a distância percorrida, que, a partir de raios de 400 km de cada uma das fábricas, o aumento de custo de transporte provoca elevações de preços superiores a 10%.

61. Ressalte-se que tais dados referem-se à comercialização de refrigerantes em embalagem plástica de 2 litros (P2L). Segundo a SEAE, a escolha desta embalagem para efetuar a análise deve-se ao fato do custo de produção da lata ser muito superior ao das embalagens plásticas, o que implica dizer que um aumento de 10% no preço do refrigerante em lata

representará um montante superior ao do refrigerante em embalagem plástica de 2 litros. Isto significaria que o raio de 400 km para as embalagens P2L, representaria uma variável limitante para que um produto pudesse ser disponibilizado em outras regiões, para aumentos de preço de 10%, inclusive para refrigerantes em lata, que seriam bons substitutos dos refrigerantes em embalagens P2L e poderiam chegar a distâncias até maiores do que as embalagens de plástico.

62. Desta forma, dentro do raio de 400 km os fabricantes poderiam impor aumentos de até 10% sem atrair a oferta de fabricantes situados em regiões próximas. Sendo assim, os mercados relevantes geográficos foram delimitados dentro de círculos (com raio de 400 km) traçados em torno da localização das fábricas da Antarctica e da Brahma. Na maioria das regiões observou-se interseção de círculos, sendo considerado, para efeito da delimitação dos mercados geográficos, o maior número de sobreposições e de plantas e o esquema de distribuição das empresas.

63. A avaliação do impacto das importações sobre os mercados nacionais de refrigerantes e cerveja foi efetuada pela SEAE no item de análise das barreiras à entrada. Entretanto, o CADE, em sua já extensa jurisprudência sobre o assunto, vem considerando as importações como elemento de análise pertinente à definição do mercado geográfico, uma vez que, constatada a possibilidade do produto importado restringir o exercício de poder de mercado, as regiões de onde se originam (ou podem se originar) importações competitivas com o produto nacional devem ser incluídas no mesmo mercado relevante geográfico.

64. Os mercados geográficos delimitados pela SEAE para o produto “refrigerantes carbonatados” foram:

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.

65. Para justificar a delimitação proposta, a SEAE apresentou dados referentes à distribuição de refrigerantes, consignando que nos mercados 1, 4 e 5, onde a Brahma possui fábricas de refrigerantes, de 96 a 100% dos produtos comercializados, em cada um destes mercados, são produzidos em fábricas localizadas dentro do mesmo mercado geográfico. Em relação à Antarctica, que possui fábricas em todos os mercados, este percentual elevar-se-ia para valores superiores a 99%, ou seja, a quase totalidade dos refrigerantes produzidos pelas requerentes seriam comercializados nos limites dos respectivos mercados geográficos nos quais foram produzidos.

V.3 Mercado relevante de cerveja

66. O quadro a seguir apresenta as marcas de cervejas comercializadas pela Brahma e Antarctica. A Antarctica possui um *portfolio* de trinta e duas marcas diferentes de cerveja, enquanto a Brahma tem apenas onze.

Marcas de cerveja da Brahma e Antarctica

Brahma	Antarctica
1. Brahma Bock	1. Antarctica
2. Brahma Chopp	2. Antarctica Bock
3. Brahma Extra	3. Bavária Chopp
4. Brahma Light	4. Bavária Pilsen
5. Caracu	5. Bavária Premium
6. Carlsberg	6. Bock Polar
7. Chopp Brahma	7. Bohemia
8. Chopp Skol	8. Chopp Antarctica Bock
9. Malzbier	9. Chopp Bock Polar
10. Miller	10. Chopp Kronenbier
11. Skol Pilsen	11. Chopp München
	12. Chopp Niger
	13. Chopp Pilsener
	14. Chopp Polar
	15. Chopp Serramalte

	16. Extra Serramalte
	17. Gut
	18. Kronenbier
	19. Kronenbier Serramalte
	20. Malzbier Antarctica
	21. Mossoró
	22. München Extra
	23. Niger
	24. Original
	25. Pérola Extra
	26. Pilsen Extra
	27. Pilsener Chopp
	28. Pinguim
	29. Polar Export
	30. Polar Pilsen
	31. Porter Nacional
	32. Rio Cristal

Fonte: Requerentes, fls. 56.

67. 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%). Os cervejas tipo *bock*, *light* e *malzbier* são responsáveis pelos 2% restantes.

68. Estudos econométricos citados pelo CADE no caso Antarctica/Anheuser-Busch² evidenciaram a baixa elasticidade cruzada entre cervejas e outras bebidas alcoólicas, o que vai totalmente ao encontro do senso comum.

69. No que tange à embalagem (i.e. descartável ou retornável), a temperatura de consumo (i.e. venda a quente e venda a frio) e ao momento de consumo (i.e. consumo presente e consumo futuro), a SDE entende que são variáveis importantes na dinâmica concorrencial do mercado relevante de cervejas, sem contudo autorizar uma segmentação rígida. De toda a instrução realizada pela SDE, verificou-se que esses aspectos são melhor compreendidos e mais significativos, quando avaliados da perspectiva dos canais de venda no varejo.

² Ato de Concentração n. 83/96.

70. Em relação aos canais de consumo (venda) de cerveja, de acordo com metodologia da AC Nielsen, largamente difundida entre as empresas produtoras, podem ser agrupados em três grandes categorias: bar (consumo local), tradicional e auto-serviço.

71. Quanto à 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), tanto a SEAE quanto a SDE adotaram o entendimento do CADE expresso nos casos Antarctica/Anheuser-Busch e Brahma/Miller³, nos quais foi descartada a segmentação, por tipo ou por nível de preço, em mercados relevantes distintos.

72. Relativamente à substituição entre cervejas e outras bebidas, alcoólicas ou não, a SEAE aceitou os resultados dos estudos de Kenneth Elzinga⁴ e Douglas Greer⁵, citados no voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado no Ato de Concentração n.º 83/96 (*joint venture* Anheuser-Busch/Antarctica), no qual, com base nos referidos estudos, a ilustre Conselheira-Relatora concluiu que, em vista da baixa elasticidade-cruzada da demanda encontrada entre cerveja e outras bebidas alcoólicas e também entre cerveja e bebidas não-alcoólicas, outras bebidas (alcoólicas ou não) não são substitutas próximas da cerveja.

➤ Mercado relevante de produto - SEAE

73. Assinalou a SEAE que, não obstante reconheça a importância da análise do mercado por segmentos, optou por definir “a indústria de cerveja como um único mercado”. Apesar desta afirmação, ressaltou que centralizará a análise na cerveja em embalagem retornável, comercializada no canal bar (mercado frio), registrando que, em 1998, o mercado frio representou 74% das vendas totais de cerveja, sendo 68% em embalagens retornáveis, o que tornaria a cerveja retornável a frio o produto “modal” do mercado.

74. Para fundamentar esta posição, sustentou a SEAE que, apesar de haver uma tendência de maior participação dos descartáveis, vendidas

³ Atos de Concentração n. 83/96 e 58/95.

⁴ The Beer Industry. *In* The Structure of the American industry, Walter Adams ed., Macmillian, 1990.

⁵ Beer: Causes of Structural Change. *In* Industry Studies, Larry Duetch, Prentice-Hall, 1993.

basicamente nos supermercados e hipermercados, a preferência da maioria dos consumidores, nos próximos dois anos, permanecerá recaindo sobre a embalagem retornável vendida nos bares e restaurantes (mercado frio).

➤ **Crítica das requerentes**

75. As requerentes, através do memorial datado de 13/10/99, criticaram a definição do mercado de produto relevante adotada pela SEAE, apresentando, em síntese, os seguintes argumentos:

- a) com base nos dados do Instituto Nielsen sustentaram que a participação das vendas em embalagem retornável no mercado a frio corresponde a somente 45% das vendas totais;
- b) a participação das vendas a frio no mercado total não corresponde à informada pela SEAE (74%, em 1998). Argumentaram as requerentes que a SEAE obteve este percentual a partir da suposição de que as vendas a quente foram feitas exclusivamente pelos supermercados e hipermercados. No entanto, enquanto os supermercados responderam, em 1998, por 26% das vendas totais, o canal tradicional, que também realiza vendas a quente, alcançou 21% de participação no mesmo ano. As vendas no mercado frio (canal bar) representaram, em 1999, 51% do total comercializado.
- c) as pequenas variações de preços na ponta do mercado frio não são comandadas pelas empresas produtoras, nem pelos distribuidores, mas por pequenos varejistas altamente sensíveis a preços que dispõem de acesso rápido e fácil a redes concorrentes;
- d) ao isolar o mercado frio, a SEAE pressupõe que aumentos de preços neste mercado são incapazes de provocar deslocamentos de demanda entre canais de varejo;
- e) a rede de distribuição independente (multimarca) exerce arbitragem de preços, atuando em diversas regiões, sem limitação de marca e área geográfica, aproveitando diferentes preços e descontos oferecidos pelos fabricantes, não alinhando-se, portanto, às estratégias comerciais dos fabricantes;
- f) a maioria dos varejistas fica atenta a promoções e descontos oferecidos pelas cadeias de supermercados e hipermercados, as quais criam preços de referência que influem diretamente nas negociações dos preços das bebidas;
- g) os diferenciais de preços são sempre transitórios em razão da intensidade do processo competitivo existente na esfera da distribuição, permitindo o

acesso do varejo a diversas marcas e redes de distribuição. Contestam as requerentes, também, o ponto de vista da SEAE de que a preferência do consumidor continuará recaindo sobre a embalagem retornável nos próximos 2 anos. Argumentam que o consumo de refrigerantes em embalagens retornáveis apresentou uma trajetória de vigoroso crescimento até 1998, confirmando uma tendência de substituição rápida;

h) Contudo, no início de 1999, a desvalorização cambial e do aumento do preço internacional do lingote de alumínio provocaram uma elevação do custo de fabricação das latas de alumínio e, portanto, o preço da cerveja descartável. Esta elevação provocou uma desaceleração do consumo da embalagem descartável reduzindo sua participação no consumo total de cervejas de 30%, no final de 1998, para 23%, em meados de 1999;

i) Ponderaram, então, que o deslocamento da preferência dos consumidores pela embalagem retornável é meramente circunstancial e baseada no preço relativo das embalagens, sendo o comportamento do consumidor absolutamente racional e altamente elástico em relação a preços.

➤ **Mercado relevante de produto - SDE**

76. A SDE, no seu parecer, enfatizou as diferentes condições de comercialização existentes entre os canais bar e tradicional e o de auto-serviço, destacando aspectos como:

a) maior facilidade de colocação da cerveja nos pontos de vendas no canal de auto-serviço;

b) no canal auto-serviço há negociação direta entre produtores e redes de supermercados (distribuição direta), envolvendo grandes volumes e dois agentes de porte (fabricantes de cervejas e redes de supermercados), o que equilibra a relação comercial e força a queda de preços.

77. Em face das características acima, destacou a SDE que, nos canais tradicional e bar, o desenvolvimento de extensa e eficiente rede de distribuição, com abrangência nacional, é condição necessária para atuação competitiva das empresas. Os pontos de venda atendidos por estes canais exigem visitas constantes dos distribuidores, em razão do reduzido espaço para estoques, e demandam atendimento especializado que envolve investimentos em *merchandising* e propaganda, que podem incluir o

oferecimento de *freezers*, refrigeradores, mesas, cadeiras, etc. Em conseqüência, concluiu a SDE que as barreiras à entrada nesses dois canais são muito mais elevadas que no canal auto-serviço.

78. Em relação às embalagens, a SDE concordou com a SEAE quanto ao enfraquecimento da tendência de substituição da embalagem retornável pela descartável (predominantemente lata), ponderando que as grandes redes de supermercados praticamente concluíram a substituição da embalagem retornáveis (vidro de 600 ml) pela lata (350 ml).

79. Por outro lado, ressalta a SDE que consumidores e varejistas dos canais bar e tradicional não teriam vantagem, em termos de ganhos financeiros, com a substituição. O consumidor racional não perceberia vantagens na substituição das embalagens retornáveis, que contêm maior quantidade de cerveja e são proporcionalmente mais baratas, pelas embalagens retornáveis, já que para ele o que interessa é o preço líquido do produto. Quanto ao varejista, este também não veria vantagens, uma vez que obtém maior margem de comercialização na venda de cerveja em embalagem retornável, do que descartável.

80. Mesmo para o fabricante, a adoção da embalagem descartável não seria atrativa de imediato, uma vez que a margem bruta (preço menos custo variável de produção) é superior na comercialização do produto em embalagem retornável (52,5%) à venda em embalagem descartável (21,7%). Além disso, sublinha a SDE, o preço das latas está sujeito às oscilações da cotação do lingote de alumínio no mercado internacional e da situação cambial do país, o que sugere que a tendência de substituição se dará em ritmo mais lento do que alegado pelas requerentes.

81. Quanto ao diferencial de preço entre os canais de auto-serviço, tradicional e bar, sendo o preço mais elevado nos dois últimos canais, diz a SDE que os consumidores pagam um preço mais elevado pela cerveja vendida em bares, restaurantes, padarias e mercearias, como contrapartida dos ganhos em termos de tempo, redução de custo de transporte ou comodidade do consumo imediato do produto em condições de conservação adequadas.

82. Em que pese as características específicas observadas na comercialização da cerveja nos diferentes canais e tipos de embalagem, a SDE concluiu que o mercado relevante deve ser definido como de cervejas, sem contudo excluir a análise por segmento quando necessária.

➤ **Mercado relevante geográfico de cerveja**

83. SEAE e SDE investigaram a possibilidade das importações atuarem como fator de disciplinamento dos preços internos de cerveja, realizando a análise no item de barreiras à entrada, metodologia que não é a seguida pelo CADE.

84. Com base nos dados da evolução do consumo aparente (produção interna + importação - exportação) de 1993 a 1998, verificou-se que a participação das importações no consumo aparente de cerveja sempre foi insignificante, aproximando-se de 1% somente no período de 1994/1995, quanto havia condições excepcionalmente favoráveis às importações. Neste período havia expansão acelerada da demanda, insuficiência de capacidade produtiva, câmbio sobrevalorizado e reduzida alíquota de importação (8% contra 23% atualmente).

85. O reduzido volume de importações poderia ser explicado pela prevalência da embalagem retornável de vidro (74% do volume comercializado), pela preferência do consumidor pelas marcas nacionais, além do elevado custo de internação do produto. Por estas razões, concluiu-se que as importações seriam incapazes de impedir a posição dominante pelas requerentes no mercado de cerveja.

86. Os mesmos critérios aplicados na definição do mercado de refrigerantes carbonatados foram adotados pela SEAE para a delimitação do mercado geográfico de cerveja, ou seja, tomar como variável-chave a distância máxima entre a fábrica e o distribuidor que permite o transporte da cerveja a custos competitivos.

87. De acordo com as empresas fabricantes, a distância para o transporte de cerveja economicamente viável é de 500 km para a AmBev, 350 km para a Kaiser e 600 km para a Schincariol. A SEAE adotou o valor médio apresentado pela AmBev, o qual foi utilizado para traçar círculos com raios de 500 km em torno de cada uma das 29 fábricas da Brahma e da Antarctica.

88. Constatou ainda a SEAE, tendo em vista a variação da relação entre custo por hectolitro transportado e distância percorrida, que o deslocamento de cerveja a distâncias superiores a 500 km determina elevações de preço superiores a 10%. Inferiu-se então que, no interior do território delimitado por raios de 500 km em relação às plantas, há a possibilidade de que um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços praticado pelas requerentes não atraia oferta de empresas cujas plantas situam-se fora destes limites.

89. Com base nos círculos traçados em tornos das fábricas, a SEAE, por aproximação, delimitou os mercados, levando-se em conta o maior

número de superposições, a maior quantidade de plantas e o esquema de distribuição das empresas, chegando à definição de cinco mercados relevantes geográficos de cerveja especificados abaixo:

➤ **Mercado relevante geográfico - SEAE**

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.

Mercado 5: Parte dos estados do Amazonas e Roraima.

90. Seguindo o mesmo procedimento adotado para o mercado de refrigerantes, a SEAE confrontou os dados de origem e destino da cerveja comercializada pela Antarctica, Brahma e Kaiser em cada um dos mercados definidos, obtendo valores superiores a 90% em todas as regiões, exceto para as vendas da Antarctica no mercado 5. Este resultado confirmaria, conforme entendimento da SEAE, o acerto da metodologia adotada para a delimitação dos mercados geográficos de cerveja.

➤ **Crítica das requerentes**

91. As requerentes, em memorial apresentado à SDE em 07/12/99, fizeram críticas ao método utilizado pela SEAE na definição dos mercados geográficos de cerveja, especialmente quanto aos seguintes pontos:

a) além do custo do transporte do produto, que representa apenas 2,7% dos preços ao consumidor e 4,1% dos preços ao varejo, outros fatores, como os impostos interestaduais, deveriam ser considerados na composição do preço da cerveja;

b) o método aplicado levou em consideração apenas o custo do frete da fábrica até o distribuidor (“frete de puxada”), ignorando o custo do frete do distribuidor ao ponto de venda (“frete do carro”);

- c) a aplicação do aumento de 10% deveria ter sido aplicado sobre o preço final ao consumidor e não sobre o preço-fábrica, o que alteraria substancialmente os resultados;
- d) a aplicação, com razoável grau de confiança, do teste do monopolista hipotético exige um grande volume de informações para estimar o processo de maximização de rentabilidade das operações empresariais. No entanto, no presente caso, levou-se em conta somente uma parte dos custos de transportes;
- e) se existir capacidade ociosa, o fabricante poderia optar em reduzir os custos fixos unitários com o aumento da produção a partir do transporte da cerveja a pontos mais distantes. Haveria, assim, uma compensação entre o aumento do custo do frete e a redução dos custos médios totais, supondo custos variáveis médios constantes;
- f) a justificativa para a exclusão de áreas do território nacional do mercado relevante, de que grande distância entre os centros de consumo e produção de cerveja determina a exclusão do consumidor dos benefícios da concorrência, resultando em preços mais elevados, não foi comprovada;
- g) a SEAE ignorou situações onde a presença de capacidade ociosa e a necessidade de redução de custos fixos viabiliza o transporte a longas distâncias, como, por exemplo: (1) a venda, em Belém, da cerveja Brahma de 600 ml produzida em Manaus, a mais de 2600 km; (2) crescimento nacional da Schincariol de 0,8% a 8,3%, de 1990 a 1999, operando inicialmente com uma única fábrica em Itu-SP, inclusive com penetração em mercados, como o da Bahia, situados a 1800 km da unidade fabril; (3) após a implantação de nova fábrica na Bahia, a Schincariol consegue atender o mercado de Pernambuco, distante 670 km da unidade produtora; (4) somente após seis anos de exportações de cerveja para a Argentina, percorrendo distâncias médias de 2200 km e 1320 km para latas e garrafas, respectivamente, a Brahma decidiu construir uma fábrica naquele país, quando já contava com participação de 7% no mercado argentino; (5) uma fábrica da Antarctica situada em João Pessoa, estado da Paraíba, sobre o estado do Pará, a 1700 km de distância, com uma participação de mercado de 52,8%, em 1999; (6) fábricas de Brahma em Anápolis-GO e Distrito Federal atendem o estado do Tocantins, a 800 km de distância.

92. As requerentes propuseram, ainda, um método alternativo para definir o mercado relevante geográfico com base no modelo de “mercados regionais independentes”. Segundo este modelo, mercados geográficos regionais podem ser obtidos a partir dos fluxos de comerciais de exportação e

importação dos produtos, sendo que um mercado poderia ser considerado independente ou auto-suficiente se fosse capaz de “exportar e importar menos do que 10% do volume produzido e comercializado”. Aplicando este critério, as requerentes delimitaram cinco mercados “independentes”, com índices de auto-suficiência superiores a 90%, os quais são indicados abaixo:

➤ **Proposta das requerentes: mercados regionais independentes**

Região 1: Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás e Distrito Federal, Tocantins

Região 2: São Paulo, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso

Região 3: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná

Região 4: Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Ceará, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas Acre, Roraima e Rondônia

Região 5: Bahia, Sergipe, Alagoas

➤ **Mercado relevante geográfico - SDE**

93. Inicialmente, a SDE criticou a metodologia proposta pelas requerentes com os seguintes argumentos: (1) o modelo de mercados independentes, aplicado pioneiramente à análise da defesa da concorrência por Kenneth G. Elsinga⁶, tem recebido críticas na literatura antitruste norte-americana⁷, por não prever as alterações que poderiam ocorrer na configuração do mercado, caso uma das empresas envolvidas resolvesse abusar do poder de mercado. Isto implica dizer que o fluxo de comércio histórico e presente pode ser um ponto de partida para a definição do mercado, mas deve ser confrontado com outros dados para aproximar-se da realidade empírica; (2) na aplicação do método, as requerentes utilizaram apenas os dados de produção e consumo das requerentes e não de todas as empresas produtoras; (3) algumas regiões definidas não resistem a observação empírica, como, por exemplo, a região 5 inclui apenas os estados da Bahia, Sergipe e Alagoas, sendo que, pelo custo do transporte e pela proximidade, outros estados produtores da Região Nordeste (conforme definida pelo IBGE),

⁶ ELSINGA, K. e HOGARTY, T. “The Problem of Geographic Market Delineation in Antimerger Suits”. In: *18 Antitrust Bull.* 45, 1973, pp. 817-853.

⁷ ABA SECTION OF ANTITRUST LAW, *Antitrust Law Developments*, 4th ed., 1997, p. 534.

“para contemplar a hipótese do abuso do poder de mercado”, teriam que ser incluídos no mercado geográfico; e a separação dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro em regiões distintas, quando, sendo estados vizinhos e grandes produtores e consumidores de cerveja, certamente compartilham o mesmo espaço concorrencial.

94. Em seguida, a SDE refuta as críticas das requerentes à metodologia da SEAE e adota a configuração dos mercados relevantes geográficos da SEAE com pequenas alterações. Segue um relato sucinto da defesa da SDE à metodologia da SEAE:

1. a contabilização do frete de carreto (do distribuidor ao ponto de venda), no cálculo do preço final, não provocaria mudança significativa nos resultados, dado que a distância percorrida pelos distribuidores até os pontos de venda deve situar-se em limites bem inferiores ao raio de 500 km utilizada pela SEAE;
2. a aplicação da hipótese de aumento de preços de 10% sobre o preço-fábrica e não sobre os preços a varejo, não fragiliza a metodologia, dado que o fabricante fixa seus preços observando as condições que vigoram na ponta de revenda, ou seja, o preço-fábrica reflete, em certo grau, as condições presentes no mercado;
3. concorda a SDE quanto à dificuldade de se considerar todas variáveis que interferem no “cálculo empresarial de maximização de lucros” na aplicação do teste do monopolista hipotético (TMH), no entanto, sustenta que o fluxo real de comércio, embora tenha que ser levado em conta na definição do mercado relevante geográfico, não pode ser a única variável a ser considerada, como propuseram as requerentes;
4. concluiu, enfim, a SDE que “a delimitação do mercado relevante geográfico da SEAE contemplou a hipótese do abuso do poder de mercado, necessária para evitar as inconsistências indicadas acima nos mercados independentes das requerentes”. Contudo, concordando com as requerentes quanto à impropriedade da exclusão da análise de extensas áreas e de estados brasileiros onde há comercialização de cerveja, a SDE introduziu nos mercados relevantes geográficos identificados pela SEAE as áreas do território nacional que ficaram em branco, as quais foram adicionadas aos mercados relevantes geográficos com as quais têm fluxo de comércio mais intenso. Os mercados relevantes geográficos delimitados pela SDE foram os seguintes:

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

Mercado 2: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás e Distrito Federal

Mercado 3: Mato Grosso e Mato Grosso do Sul

Mercado 4: Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Maranhão, Pará, Tocantins e Amapá

Mercado 5: Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia

VI. CARACTERÍSTICAS DO MERCADO DE BEBIDAS

VI.1 Canais de comercialização

95. A comercialização de cervejas, à semelhança do que ocorre no mercado de refrigerantes, é feita em pontos de venda a frio - bares e restaurantes - e em pontos de venda a quente - supermercados, padarias e mercearias. Segundo metodologia empregada pela AC Nielsen, os canais de comercialização de cervejas podem ser classificados em três grupos:

- a) 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 frio);
- b) 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;
- c) 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).

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

VI.2 Embalagens

97. 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).

98. O quadro a seguir mostra a evolução da participação das embalagens retornáveis, no total comercializado na década de 1990. Note-se que o consumo de embalagens retornáveis experimentou queda acentuada, particularmente, na segunda metade da década, caindo de 88,3%, em 1994, para uma participação de aproximadamente 68% em 1998.

Brasil: Participação das embalagens de cerveja - 1990/2000 (%)

Embalagem	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998*	1999*	2000*
Latas	2,4	2,2	3,5	7,9	8,0	11,6	16,2	17,1	22,9	26,8	26,8
Vidro One-Way	0,4	0,4	0,2	0,6	1,1	2,1	1,9	3,3	6,4	7,0	7,7
Demais Vidros	6,2	6,3	5,0	3,6	2,6	2,9	2,1	2,7	3,0	3,0	3,0
Vidro Retornável	91,0	91,1	91,3	87,9	88,3	83,4	79,8	76,9	67,7	63,2	62,5

Fonte: Datamark, e SEAE fls. 39.
*Valores estimados

99. 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 abaixo mostra que em 1999 o vidro retornável já representava 70% do volume comercializado. Assinale-se também a elevada participação da embalagem retornável no canal bar (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 - Brasil - 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

VI.3 Distribuição

100. A distribuição de cerveja é realizada através de redes de distribuidoras (revendas) próprias ou terceirizadas. Essa mesma estrutura de distribuição de cervejas é utilizada pela indústria para a distribuição de refrigerantes. Situação idêntica ocorre com a Kaiser, que se utiliza da rede de distribuidores da Coca Cola para comercializar a Cerveja. 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.

101. A maior parte da produção é comercializada pelas distribuidoras terceirizadas, dado que 72% 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.

102. 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.

103. 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, procura aperfeiçoar 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.

104. 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.

105. 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.”

106. 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.

107. 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.

108. Importante ressaltar que a estrutura de distribuição de cada uma principais empresas fabricantes de cervejas (Brahma/Skol⁸, Antarctica, 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. A presença de uma rede de distribuição exclusiva, com capacidade de atingir milhares de pontos de venda 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 em operação competitiva nesta indústria.

⁸ De fato a Brahma mantém separadas as redes exclusivas de distribuição das marcas Brahma e Skol.

VII. ESTUDOS ECONOMÉTRICOS

VII.1 *Requerentes*⁹

109. O primeiro estudo apresentado pelas requerentes teve por objetivo uma análise das elasticidades próprias e cruzadas no mercado de cerveja, a fim de que fossem utilizadas complementarmente à análise amparada nas participações de mercado.

110. O sistema, que envolve as equações de demanda no mercado de cerveja como um todo e de demandas individuais da Brahma, Antarctica e Kaiser, foi estimado usando um painel¹⁰ para três estados brasileiros: MG, RJ e SP. A técnica utilizada foi a de variáveis instrumentais, em mínimos quadrados em três estágios. Dois tipos de mercado são considerados: o de lata (que inclui na sua maioria as vendas em supermercado) e o de garrafas (que inclui na sua maioria os pontos de venda do tipo Bares e Restaurantes).

111. Os resultados¹¹ obtidos foram:

➤ **Brahma**

Elasticidades Próprias e Cruzadas nos Mercados de Lata e Garrafa para Cerveja Brahma

	Lata			Garrafa		
	Brahma	Kaiser	Antarctica	Brahma	Kaiser	Antarctica
Curto prazo	-1,37	-0,6	0,57	-1,31	-0,001	1,11
Longo prazo	-1,26	-0,73	0,69	-4,88	-0,004	4,54

⁹ Estudo realizado por João Victor Issler, Ph.D., Professor e Diretor de Publicações Técnico-Científicas da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas.

¹⁰ Dados em painel são dados que variam tanto no tempo como no espaço.

¹¹ Nos comentários a respeito das elasticidades preço e elasticidades cruzadas leva-se em conta apenas as estimativas para o longo prazo, uma vez que a hipótese de que a mudança do preço da cerveja, numa determinada semana, mudaria a demanda apenas naquela semana, mas não nas semanas subsequentes, é muito restritiva. Contribui para isso o fato que muitos consumidores podem fazer compras infrequentes, portanto não estão imediatamente informados sobre mudanças de preços, etc.

➤ **Antarctica****Elasticidades Próprias e Cruzadas nos Mercados de Lata e Garrafa para Cerveja Antarctica**

	Lata			Garrafa		
	Brahma	Kaiser	Antarctica	Brahma	Kaiser	Antarctica
Curto prazo	0,12	-0,32	-0,66	-2,36	0,20	1,62
Longo prazo	0,15	-0,39	-1	-4,34	0,38	3,32

VII.2 Concorrência➤ **Kaiser****Elasticidades Próprias e Cruzadas nos Mercados de Lata e Garrafa para Cerveja Kaiser**

	Lata			Garrafa		
	Brahma	Kaiser	Antarctica	Brahma	Kaiser	Antarctica
Curto prazo	1,87	-3,67	1,25	0,85	-1,01	0,14
Longo prazo	2,98	-6,49	1,99	2,05	-2,60	0,33

➤ **Para a Indústria****Elasticidades Preço e Renda da Indústria nos Mercados de Garrafa e Lata, segundo as equações Brahma, Antarctica e Kaiser**

		Elasticidade Preço		Elasticidade Renda	
		Lata	Garrafa	Lata	Garrafa
Brahma	Curto prazo	-0,53	-0,10	0,92	0,26
	Longo prazo	-1,52	-0,32	2,18	1,1
Antarctica	Curto prazo	-0,53	-0,09	1,07	0,09
	Longo prazo	-1,23	-0,07	2,27	0,26
Kaiser	Curto prazo	-0,61	-0,06	0,64	0,13
	Longo prazo	-1,52	-0,36	1,34	0,44

112. Dos dados relatados, depreendeu-se que:

1. Os resultados obtidos são relativamente robustos às mudanças nas bases de dados usadas;
2. Todas as elasticidades-preço de longo prazo significativas são negativas e altas;
3. Existe evidência, robusta, que a Brahma substitui a Schincariol; que a Antarctica substitui Brahma, Skol e Schincariol; que a Kaiser substitui a Brahma; que a Schincariol substitui a Brahma; e que a Skol substitui a Schincariol. E existe evidência, pouco robusta, de que a Antarctica substitui a Kaiser e de que a Skol substitui a Kaiser;
4. Existem raros casos de elasticidades cruzadas negativas e significativas nesse conjunto de regressões; e
5. Dada a quantidade de substituições presentes, várias envolvendo marcas AMBEV com outras marcas, mais uma vez mostrou-se que não existe a segmentação *high-end* e *low-end*. Nesse caso, não só a Kaiser substitui a Brahma, mas a Schincariol também o faz.

113. De todo o exposto, o autor conclui que:

- I. Para as várias bases de dados usadas, existe evidência que a elasticidade-preço da demanda é maior que a unidade para o mercado de cerveja, significando que aumentos de preços resultam em quedas de vendas;
- II. Como se verificou uma ampla substituição entre latas e garrafas no estudo de embalagens, não se encontra evidência que exista segmentação de mercado em termos de embalagem;
- III. Os resultados econométricos refutam a teoria de um mercado segmentado em *high-end* e *low-end*, pois há evidência farta de substitutibilidade entre marcas AMBEV e marcas não AMBEV; e
- IV. O refinamento dos resultados iniciais de Issler e Resende, mostrou que estes não foram de forma alguma casuísticos. Ao contrário, muitos dos resultados ali obtidos se repetiram com bases de dados mais amplas do que as iniciais, validando, em linhas gerais, aqueles resultados preliminares.

VII.3 Estudos econométricos apresentados pela Kaiser¹²

114. Num primeiro momento, a Kaiser apresenta um estudo com a finalidade de calcular as elasticidades preço e renda da demanda de cerveja regular do tipo Pilsen para o mercado de São Paulo, bem como as elasticidades preço da demanda de cerveja regular do tipo Pilsen para Kaiser, Brahma, Antarctica e Skol em São Paulo e na Região Metropolitana do Rio de Janeiro.

115. Para o mercado de São Paulo conclui-se que o comportamento das vendas de cerveja regular do tipo Pilsen :

1. Não é influenciado pelo preço; e
2. Depende das variáveis renda, consumo do momento anterior e do componente de sazonalidade-média móvel de periodicidade a cada doze meses.

116. Para averiguar a possível existência de relação entre as políticas comerciais da Brahma e Skol, foram calculadas as matrizes de correlação entre os preços de cerveja regular do tipo Pilsen para essas duas marcas em São Paulo e na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Com tais cálculos chegou-se a seguinte conclusão:

“(...) as correlações não só são altas como também são praticamente iguais em ambas as localidades, o que significa que os preços de Skol variam quase que na mesma proporção que os da Brahma e, que esse fenômeno, independe da região geográfica do mercado. Há, portanto, uma íntima relação entre as políticas de comércio de Skol e Brahma, que, a julgar pelos resultados das regressões, é de complementaridade.”

117. Além disso, foram realizados testes de causalidade de Granger entre *Market Share* e Preço em São Paulo e na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. Concluiu-se com tais testes que, independentemente da localidade, quem é líder no mercado faz o preço e usa, provavelmente, outros instrumentos - que podem ser, por exemplo, publicidade e propaganda,

¹² Estudo realizado por Edgar Pereira & Associados e João Paulo G. Leal.

desenvolvimento de novos produtos ou otimização na estrutura da distribuição - na concorrência com as demais marcas.

118. Por outro lado, quem não é líder de mercado compete em preço para conseguir *market share*.

119. Num segundo momento, a Kaiser apresenta um estudo¹³ de mercado que teve por objetivo identificar as elasticidades-preço¹⁴ das marcas de cerveja (garrafas de 600 ml): Antartica, Bavária, Brahma, Kaiser, Schincariol e Skol, além da percepção do preço ideal da cerveja em garrafa de 600ml e do chopp de 300ml.

120. Segundo o autor, a indústria de cervejaria tem a diferenciação de produto como um de seus principais mecanismos de concorrência. Ao lado dele, encontra-se a disponibilidade do produto no ponto de venda, contemplando sua rede de distribuição, bem como as ações de promoção junto ao varejo. Trata-se do binômio no qual se assenta parte fundamental da competitividade e do poder de mercado das empresas fabricantes de cerveja. Essa conclusão dá-se por acreditar que os índices de rejeição, bem como as taxas de conhecimento das marcas, demonstram a força das marcas de cerveja, inclusive para a determinação de preferências dos consumidores, como resultou da pesquisa:

¹³ Estudo realizado pela IPSOS – NOVATION SERVIÇOS MERCADOLÓGICOS, nos municípios de Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo, valendo ressaltar que Curitiba e São Paulo são os dois principais mercados de atuação da Kaiser, isto é, municípios nos quais a participação de mercado da Kaiser é superior à média do país. Nesse sentido, o cenário da pesquisa é aquele que reflete a situação de mercado mais favorável à Kaiser.

¹⁴ Para o cálculo das elasticidades-preço da demanda das diferentes marcas mencionadas (relativamente a variações no preço da própria marca – elasticidade-própria - e nos preços das demais marcas – elasticidades-cruzada) foi utilizada a metodologia PEM – *Price Elasticity Model*, utilizando técnicas *choice-based measurement*. Em síntese, os entrevistados foram expostos a alternativas de compra, compostas por variações entre marcas e respectivos preços. Além disso, foram expostos a diferentes combinações de preços-marcas, supondo-se a total disponibilidade das diferentes marcas, valendo ressaltar, portanto, que a metodologia utilizada tende a sobrestimar o *market share* das marcas com pior distribuição relativa em cada um dos municípios pesquisados. Os preços de referência utilizados são os coletados pela Nilsen.

I. Os entrevistados conhecem as marcas em questão¹⁵. Cem por cento dos entrevistados disseram, quando estimulados por cartão, conhecer as marcas mencionadas (exceção feita à Schincariol e Bavaria), sendo o percentual de conhecimento espontâneo das marcas elevado, variando significativamente entre as diferentes marcas. Revelou-se, ainda, que a marca de maior conhecimento espontâneo é a Antarctica, seguida pela Brahma, Skol, Kaiser, Schincariol e Bavária. E, ainda, que a Skol é a marca top of mind de 29% dos entrevistados; e

II. A marca com a maior taxa de rejeição foi a Schincariol, em todos os municípios pesquisados. A Kaiser teve o segundo maior índice de rejeição no Rio de Janeiro (19% das menções), porém foi a marca menos rejeitada em Curitiba (2%), ao lado da Skol (2%). No Recife, o segundo maior índice de rejeição foi a Brahma (10%) e, em São Paulo, esse posto foi compartilhado pela Antarctica e Cerpa.

121. De maneira geral, com relação às elasticidades cruzadas, os aumentos de preços da Antarctica, Brahma, Skol ou Kaiser resultam em maior demanda para as marcas Bavaria e Schincariol, observando duas únicas exceções à regra: (a) no município do RJ, para variações no preço da Skol, a elasticidade cruzada mais elevada é a da Brahma, seguida pela Schincariol; e (b) no município de SP, para variações no preço da Brahma, as elasticidades cruzadas mais elevadas são as da Schincariol, Kaiser e Bavaria. Assim, entre os consumidores de cada uma das marcas há aqueles mais sensíveis à variação de preço que, em caso de aumento de preço de sua marca preferida, procuram alternativa nas marcas comumente comercializadas com o menor preço, Schincariol e Bavaria.

122. Por outro lado, há indícios de que, do ponto de vista dos consumidores, existem dois segmentos de mercado, identificados fundamentalmente pela faixa de preço em que são comercializadas as diferentes marcas de cerveja. No mais, as elasticidades cruzadas demonstram a prevalência de particularidades locais, isto é, condições de concorrência que são específicas a cada município.

123. Dessa forma, os resultados da pesquisa indicam que as relações de concorrência entre marcas em cada localidade ou, mais propriamente, as

¹⁵ A aferição do conhecimento da marca e rejeição pela pesquisa não faz distinção entre tipos de embalagem de cerveja.

relações de substituição entre marcas, embora elevadas no geral, não são homogeneamente distribuídas.

124. Alegando que a AmBev reúne sob seu comando estratégico marcas com as maiores participações no mercado brasileiro, totalizando 73% de participação em quantidade em todo o território nacional ou mais de 90% em vastas regiões geográficas do país, o autor afirma que a AMBEV pode posicionar suas marcas em termos de preço, imagem e marketing, visando a dominação do mercado.

125. Diante de tal afirmativa, o autor faz uma simulação de estratégia de dominação de mercado a ser implantada pela AMBEV, considerando apenas e tão somente as preferências dos consumidores reveladas pela pesquisa, concluindo(fl. 2849) que:

- A AmBev dispõe de condições mais propícias do que as concorrentes para elevação dos preços de suas marcas, já que elas apresentam, em geral, menor elasticidade-preço da demanda em relação à variação dos próprios preços;
- A AmBev, reunindo sob um mesmo comando estratégico um 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; e
- 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 marcas rivais, visando inibir esforços competitivos de empresas concorrentes ou mesmo a expulsão destas dos mercados.

VIII. IMPACTOS SOBRE O MERCADO

126. A SEAE e a SDE examinaram os impactos sobre o mercado de cerveja produzidos pela operação. Ambas as Secretarias concluíram que a fusão pretendida pelas requerentes teria como efeito o aumento do poder de mercado das empresas fusionadas. Foram realizadas análises dos estudos econométricos apresentados pelas requerentes e pela Kaiser¹⁶, de modo a

¹⁶ Estimativas econométricas da demanda por cerveja no Brasil, de Issler e Resende, apresentado pela AmBev e testes econométricos para elasticidade-preço de cerveja

verificar se tais estudos auxiliam na análise do impacto da operação sobre intensidade competitiva no mercado de cerveja.

➤ **SEAE**

127. A SEAE considerou que o estudo apresentado pela Kaiser (Pereira e Associados, 1999) “padece de fragilidades metodológicas que desautorizam o uso dos parâmetros estimados para inferir o padrão de competição na indústria”, basicamente porque aplicou o método dos mínimos quadrados para estimar a função de demanda. Destacou que “quando preços e quantidades mudam simultaneamente como resultado de variações tanto na curva de oferta quanto na de demanda, o método dos mínimos quadrados gera estimativas viesadas e inconsistentes.”

128. Quanto ao estudo apresentado pela AmBev (Issler e Resende, 1999), a SEAE enfatizou duas características dos resultados que impossibilitam aferir se a elasticidade-preço da demanda por cerveja é alta. Em primeiro lugar, as elasticidades-preços da indústria obtidas para o produto cerveja-garrafa, que representa cerca de 75% do consumo, apresentaram valores próximos de zero sendo estatisticamente não confiáveis, e, em segundo lugar, as elasticidades-preço da marca Antartica para o produto cerveja-garrafa apresentaram valores positivos, resultado que contraria a lei da oferta e procura para bens normais, ou seja, elevações de preços têm como efeito aumento da demanda do produto.

129. A SEAE utilizou as estimativas das elasticidades-cruzadas obtidas pelo estudo apresentado pela AmBev (Issler e Resende, 1999), para subsidiar o exame do efeito produzido pela fusão sobre o grau de rivalidade existente entre as empresas.

130. Diz a SEAE que, quanto mais diferenciada uma marca em relação às demais existentes no mercado, no sentido de corresponder à preferência dos consumidores, mais inelástica será a demanda por esta marca. Ou seja, os consumidores desta marca serão menos sensíveis a aumentos de preço, possibilitando sua fixação num patamar mais elevado em relação às demais marcas.

131. A análise das elasticidades cruzadas observadas entre as principais marcas disponíveis no mercado é um instrumento analítico

tipo Pilsen nos mercados de São Paulo e Rio de Janeiro, de Pereira e Associados, apresentado pela Kaiser.

adequado para aferir o efeito da concentração sobre o grau de rivalidade entre as marcas. Os resultados do estudo de Issler e Resende (1999)¹⁷, apresentados no quadro a seguir, foram avaliados pela SEAE, que concluiu:

- I. a marca Brahma substitui a marca Antarctica no segmento cerveja-garrafas tanto a curto quanto a longo prazo;
- II. a Brahma não substitui a Kaiser no segmento cerveja-garrafas quer a curto ou a longo prazo;
- III. a Brahma não substitui a Antarctica ou a Kaiser, quer a curto ou a longo prazo, no segmento cerveja-lata;
- IV. os resultados referentes à marca Antarctica não podem ser considerados por serem inconsistentes;
- V. a marca Kaiser não substitui a marca Brahma ou Antarctica no segmento cerveja-garrafa;
- VI. a marca Kaiser substitui as marcas Brahma e Antarctica, tanto a curto como a longo prazo, no segmento cerveja-lata.

Elasticidade-cruzada da demanda - Brahma, Antarctica e Kaiser

	Brahma		Antarctica		Kaiser	
Garrafas	CP	LP	CP	LP	CP	LP
Brahma (estatística t)	-1,31 (-2,76)	-4,88 (-2,39)	1,11 (3,18)	4,54 (2,96)	-0,001 (-0,004)*	-0,004 (-0,004)*
Antarctica (estatística t)	-2,36 (-4,07)	-4,34 (-4,18)	1,62** (3,64)	3,32** (4,23)	0,20 (0,73)*	0,38 (0,72)*
Kaiser (estatística t)	0,85 (1,45)	2,05 (1,39)	0,14 (0,33)*	0,33 (0,34)*	-1,01 (-2,84)	-2,60 (-2,66)
Latas	CP	LP	CP	LP	CP	LP
Brahma (estatística t)	-1,37 (-5,26)	-1,26 (-3,87)	0,57 (1,92)*	0,69 (1,92)*	-0,60 (-2,70)	-0,73 (-2,72)
Antarctica (estatística t)	0,12 (0,38)*	0,15 (0,38)*	-0,66 (-1,53)*	-1,00 (-2,14)	-0,32 (-1,60)*	-0,39 (-1,64)*
Kaiser (estatística t)	1,87 (4,74)	2,98 (3,83)	1,25 (2,65)	1,99 (2,80)	-3,67 (-9,80)	-6,49 (-8,95)

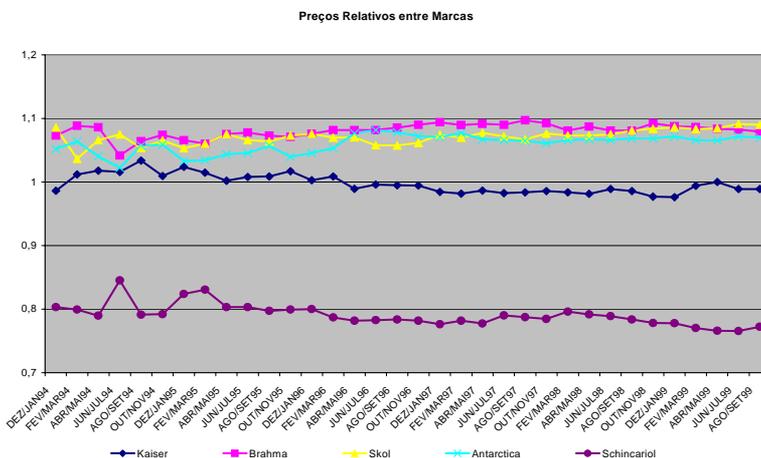
¹⁷ *Op. cit.* Nota 16.

(*) Hipótese nula não rejeitada a 95%. (**) Resultado inconsistente com a lei da demanda.

Fonte: Parecer da SEAE.

132. A principal conclusão obtida a partir das relações encontradas pela SEAE é a de que os consumidores da marca Brahma vêm na marca Antarctica a principal opção no caso de substituição.

133. Segundo a SEAE, outro fator para a constatação acima são os preços relativos às marcas Brahma, Antarctica e Skol, que se aproximam bastante. Já os das marcas Kaiser e Schincariol situam-se em patamares inferiores às marcas supracitadas, conforme mostra o quadro seguinte.



Fonte: Pareceres da SEAE e SDE

134. Os preços relativos acima sugerem que Kaiser e Schincariol são marcas distantes das marcas Brahma, Antarctica e Skol, sendo a Skol uma marca próxima das marcas Brahma e Antarctica. Outra constatação é a de que Brahma, Antarctica e Skol aparecem como as três primeiras na preferência dos consumidores dessas três marcas, estando as demais marcas relativamente distantes.

135. A SEAE afirma que não é possível considerar a rivalidade como um fator que restringe o poder de mercado das requerentes, dado que o

principal efeito da operação foi a diminuição da rivalidade entre as marcas e conseqüente criação de poder de mercado para a AmBev.

➤ **Crítica das requerentes**

136. As requerentes contestaram as conclusões da SEAE (Memorial datado de 13/10/99) em relação à rivalidade no mercado de cerveja, argumentando, em síntese, que:

- a) a SEAE interpretou erroneamente os estudos econométricos de Issler e Rezende, o que invalida a análise da rivalidade. Com relação às elasticidades preço da demanda, os resultados mostraram que, para o mercado de garrafas, são elevadas para Brahma e Kaiser (para esta última marca, -1,01 e -2,60, no curto e longo prazos, respectivamente), contrariamente do que afirmou a SEAE;
- b) em relação às estimações das elasticidades-cruzadas, a SEAE considerou que o estudo de Issler e Rezende foi feito com base em marcas, mas na verdade o estudo foi feito por empresa, o que implicou a realização de “inferências inaceitáveis num trabalho técnico pois alguns fabricantes ofertam várias marcas de um mesmo produto”;
- c) a SEAE desconsiderou os resultados obtidos para o mercado de latas, onde as elasticidades cruzadas da demanda da Brahma e Antartica por Kaiser são positivas e significativas;
- d) a conclusão de que a Kaiser não substitui Antartica ou Brahma no segmento cerveja-garrafa, em decorrência de teste de hipótese na análise de regressão, foi tecnicamente equivocada. A aceitação da hipótese de que a Kaiser não seja substituta da Brahma ou Antartica não permite “afirmar definitivamente que a Kaiser não seja um substituto para Antartica ou Brahma”;
- e) a SEAE utilizou as estimativas das elasticidades-cruzadas como referência para a análise da rivalidade, mas criticou as das elasticidade-preço da indústria e da Antartica, sendo que ambas as estimativas estão contidas no mesmo sistema de equações. A atitude certa, segundo as requerentes, seria “aceitar ou rejeitar todos os resultados”;
- f) a grande sensibilidade a preços dos varejistas do canal bar - que dispõem de acesso a redes de distribuição de todos os fabricantes, e também a redes independentes, e podem contestar os preços do distribuidor oficial

aproveitando-se das promoções das cadeias de supermercados - evidencia a existência de elevada elasticidade preço no segmento cerveja-garrafa;

g) há ampla presença das marcas concorrentes nos pontos de venda. Segundo dados das requerentes, 96% dos varejos de auto-serviço, 86% dos varejos tradicionais e 85% do varejos do canal bar vendem pelo menos 3 marcas, sendo altamente provável que pelo menos uma delas seja marca não-Ambev.

➤ **Conclusões sobre os Estudos**

137. A SDE procedeu a uma análise geral de todos os estudos econométricos trazidos aos autos pelas requerentes e pela Kaiser. Além disso, encomendou estudo econométrico realizado pelo professor Renato G. Flôres Jr, Diretor de Pesquisa da EPGE/FGV, embora tenha optado por não considerá-lo.

138. Quanto aos estudos da AmBev, a SDE concentrou sua análise no segundo apresentado pelas requerentes, encaminhado após a elaboração do parecer da SEAE, entendendo que “abrangeu todos os elementos do primeiro, substituindo-o”. Seguem abaixo os argumentos críticos da SDE quanto ao estudo da AmBev:

- a) os dados do estudo da AmBev abrangeram apenas quatro estados, Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro, sendo que no primeiro apenas a área metropolitana de São Paulo foi considerada;
- b) os dados de renda basearam-se em dados de consumo de energia elétrica fornecidos pela Eletrobrás. Entendeu a SDE que o consumo de cerveja é absolutamente independente de energia elétrica, “não havendo razão para utilizar esse tipo de dado como *proxy* para a renda num estudo envolvendo cervejas”;
- c) “o bem escolhido como substituto foi a aguardente, o que não parece ser adequado. Diante de um aumento de preço da cerveja, os consumidores, mais provavelmente, optarão por uma marca mais barata que por outro produto completamente diverso, a menos que estejam no limite extremo inferior da pirâmide de renda entre os consumidores de cerveja”;
- d) “os dados da AC Nielsen, que subsidiaram os estudos, apresentam o fenômeno de multicolinearidade”.

139. Com base nestas considerações, concluiu a SDE que o estudo das requerentes “fica prejudicado, em termos de análise antitruste”.

140. Quanto ao estudo encaminhado pela Kaiser, a SDE igualmente excluiu a possibilidade de utilizá-lo na análise do impacto da operação sobre o mercado de cerveja, com base com nos seguintes argumentos:

(a) estudo da Kaiser abrangeu somente as cidades de Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba, “o que não permite fazer uma extrapolação para todo o mercado brasileiro”;

(b) não consta na apresentação do estudo uma descrição da metodologia empregada que permita avaliar a aplicabilidade dos seus resultados.

141. Segundo a SDE, o estudo por ela encomendado ao Prof. Renato G. Flôres Jr., igualmente, não obteve resultados consistentes a “respeito das elasticidades-cruzadas entre as marcas de cerveja Brahma, Antarctica, Skol e Kaiser”. As razões que levaram a SDE a não considerá-lo estão sintetizadas abaixo:

a) as séries de preço da base da AC Nielsen, utilizadas pelo estudo, logaritmadas ou não, são altamente correlacionadas, verificando-se o fenômeno da multicolinearidade, “que se trata da alta correlação entre as variáveis explicativas de um modelo”. Esclarece o próprio Professor Flôres quanto a esta questão:

“a multicolinearidade implica também em uma falta de precisão nos valores calculados para os coeficientes, sendo, em última análise, impossível separar os efeitos das variáveis colineares. Assim, um coeficiente porventura significativo pode simplesmente estar misturando os efeitos de um ou mais outros, que não obtiveram significância. Este fato, que se dá mesmo quando o uso é feito de variáveis instrumentais, é bastante sério no nosso caso, por acrescentar uma dúvida adicional aos resultados obtidos”.

b) um estudo econométrico para calcular elasticidades-cruzadas entre as marcas no mercado de cervejas requer a utilização de outras variáveis que explicam a variação da quantidade vendida de uma marca em função de uma dada variação de preços de outra. As variáveis mais importantes para este fim são gastos em publicidade e marketing e rede de distribuição.

142. O estudo em comento serviu essencialmente para a SDE conhecer melhor as limitações do uso do instrumental econométrico.

143. Passou, então, a investigar outros fatores que pudessem revelar o impacto da operação sobre as condições de competitividade no mercado de cerveja, especialmente quanto à rivalidade entre as empresas. Inicialmente contestou dois argumentos apresentados pelas requerentes (Memorial datado de 07/12/33), segundo os quais a operação não teria conferido poder de mercado às empresas fusionadas devido: (I) à forte rivalidade no mercado entre as marcas AmBev e as não-AmBev; “que seria evidenciada na existência de substituição entre marcas”, e (II) “o não-alinhamento dos vários agentes da cadeia de distribuição (fabricante, distribuidor exclusivo, distribuidor multimarca, varejista), que serviria como espécie de “contra-poder” suficiente para inibir o abuso por parte da AmBev”.

➤ **Rivalidade entre marcas AmBev e não-AmBev**

144. Segundo as requerentes, a substituição entre marcas AmBev e não-AmBev é elevada, em razão da reduzida lealdade às marcas, do baixo grau de rejeição em relação a elas e da elevada sensibilidade dos consumidores a preços. A SDE discorreu longamente sobre a importância da marca enfatizando que o mercado brasileiro de cervejas tem características de um “oligopólio diferenciado”, uma vez que as três principais empresas (Brahma, Antarctica e Kaiser) fazem investimentos vultosos em fixação de marcas, determinando oferta dos produtos com significativa diferença de preços entre elas.

145. Com base nos dados sobre evolução de preços, a SDE demonstra que os das marcas Antarctica, Brahma e Skol estão situados em faixas bastante próximas, enquanto o preço da marca Kaiser vem se distanciando do praticado pelas três marcas líderes desde 1995. Os preços da Schincariol, situam-se em faixas bem inferiores em relação às demais marcas.

146. Por outro lado, as requerentes demonstraram existir altos índices de correlação de preços das marcas Brahma, Antarctica, Skol, Kaiser e Schincariol. Isto indica que as empresas fixam os seus preços observando os preços das outras empresas no mercado.

147. A preocupação dos fabricantes de fixar seus preços após verificação dos praticados pelas concorrentes, indica a existência de substituição entre as marcas. No entanto, enfatiza a SDE que o que se investiga é a efetividade desta substituição no sentido de limitar o poder de mercado da AmBev.

148. Os índices de correlação de preços não informam o que ocorre com a quantidade vendida por uma marca, se os preços de uma outra marca são elevados, isto é, não são estimativas da elasticidades cruzadas entre as marcas. Embora as requerentes afirmem que as marcas Brahma, Antarctica e Kaiser possuem altas elasticidades-preço, cabe verificar (I) “quais marcas são substitutas próximas”, (II) qual o portfólio da empresa resultante da operação e, (III) se as marcas concorrentes estão presentes nos pontos de venda.

149. O diferencial de preços entre as marcas indica que os consumidores dão “mais valor” a determinadas marcas, e só a substituem a partir de certo diferencial de preços. Por outro lado, os consumidores podem não substituir marcas que situam-se no patamar de preços, devido à lealdade destes com determinadas marcas. Esta lealdade é criada através de elevados gastos em publicidade das empresas.

150. Quanto aos reduzidos índices de rejeição às marcas apresentados pelas requerentes, segundo a SDE, estes reforçam a constatação de que as marcas importam na tomada de decisão do consumidor. A pesquisa sobre o nível de rejeição às marcas foi feita a partir das respostas à seguinte pergunta: “Eu nunca tomaria esta marca”. O índices de rejeição encontrados foram bastante diferenciados, sendo as marcas menos rejeitadas a Antarctica, Brahma e Skol (entre 2 e 3%). A Schincariol e da Kaiser apresentaram índices de rejeição de 18% e 8%, respectivamente.

151. A SDE contesta, ainda, pontos do parecer feito por William J. Lynk, consultor das requerentes, que sustentou a tese de que a reduzida importância das marcas no mercado brasileiro de cervejas, é comprovado pelas grandes alterações verificadas nas participações de mercado das marcas. Ressalta, ainda, que as variações nas participações utilizadas no parecer são do canal auto-serviço, sendo inadequado usar as variações de participação das marcas no auto-serviço para tirar conclusões sobre todo o mercado.

152. Finalmente, salienta a SDE, que os elevados investimentos em publicidade realizados pelas empresas Brahma, Antarctica e Kaiser são um forte indicativo de que as marcas importam no padrão de competição desse mercado, uma vez que, conforme observação de Carl Shapiro, da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Norte-Americano¹⁸, “o argumento de

¹⁸ SHAPIRO, Carl. “Mergers with Differentiated Products”, In: <http://www.antitrust.org/law/shapSpeech.html>, novembro de 1995, p. 7. *Verbis*: “Merging parties in consumer-goods industries may be tempted to argue that brand name is unimportant, but they should be cautious in doing so. Such claims are not credible if the parties themselves have made substantial investments in brand equity, or if the deal price itself reflects substantial brand equity”. Tradução livre: “Partes

baixa fidelidade à marca não merece crédito, quando as próprias empresas despendem gastos vultosos para fixar sua marca”.

153. Destacou, ainda, a SDE, a posição do CADE quanto à forte rivalidade entre as marcas Antartica e Brahma expressa no caso Antartica/Anheuser-Busch. O voto da Conselheira Lúcia Helena Salgado neste caso enfatizou: *“um aspecto marcante da competição no mercado de cervejas brasileiro é a grande rivalidade existente entre Antartica e Brahma que alternam-se na posição de líderes desse mercado”*. No mesmo sentido votou o Conselheiro Arthur Barrionuevo: *“O mercado brasileiro de cervejas é caracterizado por grande rivalidade existente entre Brahma e Antartica e pela dificuldade de entrada, como já foi reconhecido no Voto e Relatório (fl. 21) do Conselheiro Renault de Castro no caso Brahma-Miller”*

154. Concluiu a SDE que o presente ato “elimina o principal núcleo de rivalidade existente no mercado de cerveja brasileiro”, tendo em vista que a rivalidade oposta pelas marcas Kaiser e Schincariol às marcas líderes da AmBev não é suficiente para limitar o poder de mercado das requerentes.

➤ **Não-alinhamento de interesses na cadeia de distribuição**

155. Segundo as requerentes, somente o alinhamento dos interesses na cadeia de distribuição poderia permitir a elevação do poder de mercado da AmBev. Argumentaram as requerentes que a efetividade de uma redução de preços de uma marca de seu portfólio, em uma região específica, para atacar marcas rivais, dependeria dos seguintes fatores: (i) que os distribuidores exclusivos vendessem os produtos apenas em seus territórios, aceitassem a redução de preços e não vendessem para o distribuidor multimarca; (ii) que o distribuidor independente desse apenas capilaridade ao sistema; (iii) que o ponto de venda repassasse o preço ao consumidor; (iv) que as redes de auto-serviço comercializassem apenas na área pretendida; (v) que o consumidor aceitasse a promoção e consumisse em maior quantidade a marca em oferta”.

156. Segundo a SDE, o argumento de que a rede de distribuição exclusiva não aplicaria a política determinada pelo fabricante “não é factível

em atos de concentração em indústrias de bens de consumo podem ser tentadas a argumentar que a marca não é importante, mas elas deveriam ser cuidadosas em fazê-lo. Tais argumentos não são críveis se as próprias partes têm feito substanciais investimentos no valor da marca, ou se o próprio preço de mercado reflete substancialmente o valor da marca”.

em razão ausência de instrumentos eficazes na contestação dessa ação”. Por outro lado, seria mais provável que a 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”.

157. A posição de subordinação do distribuidor exclusivo é clara no contrato de distribuição e 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 requerentes.

158. 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”.

159. Quanto ao argumento de que os distribuidores multimarcas poderiam coibir, de forma efetiva, qualquer abuso da posição dominante exercida pela AmBev. A SDE entendeu que este também não seria 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.

160. Segundo as requerentes, os distribuidores multimarcas respondem por cerca de 25% do volume comercializado de cerveja no Brasil. 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 multimarcas operam como agentes “quarteirizados” a serviço dos distribuidores exclusivos.

Fonte de compra do canal bar por marca - Brasil (top 10 Cidades)/Set.99

Distribuidor oficial		Distribuidor oficial e outras fontes	Outras fontes de distribuição
Antarctica	60	32	8
Brahma	53	34	13
Skol	59	28	12

Kaiser	56	33	11
Schincariol	55	28	17

Fonte: Parecer da SDE/Requerentes.

161. Utilizando dados do quadro acima, diz a SDE que, em que pese a precariedade dos dados apresentados (os dados são absolutos, sem ponderação por volume vendido) seria possível chegar à conclusão de que os distribuidores multimarcas que atendem pontos de venda que compram seus produtos exclusivamente de “outras fontes”, exercem a função de incrementar a capilaridade da distribuição.

162. Argumenta a SDE que, sendo o atravessamento uma atividade oportunista e esporádica, é razoável supor que o território dos pontos de venda que compram exclusivamente dos distribuidores multimarcas, não sejam cobertos pela rede de distribuição exclusiva.

163. Assim, apenas um terço, ou menos, das situações descritas acima podem decorrer de atravessamento. Por outro lado, o mais provável é que apenas uma reduzida parte das compras por outras fontes seja resultado de atravessamento da mercadoria, “dada a atuação dinâmica das redes de distribuição exclusiva”. Dessa forma, é razoável supor que a maior parte da atividade dos distribuidores multimarcas dá-se no sentido de ampliar a capilaridade do sistema.

164. Por outro lado, mesmo supondo a possibilidade de atravessamento e arbitragem entre diferentes territórios, em razão da redução de preços via promoções, sustenta a SDE que, diante de diferenciais reduzidos de preços, o ponto de venda não seria indiferente entre adquirir da rede multimarca ou da rede exclusiva. Isto porque a rede terceirizada oferece serviços diferenciados ao ponto de venda, de forma a enfrentar uma competição intensa exercida pelas duas outras grandes redes de distribuição. Isto inclui “pesquisa dos hábitos e preferências do comprador, a entrega em horários definidos pelo ponto de venda, a colocação dos novos produtos no fundo dos *freezers*, a redistribuição dos antigos produtos no topo, e a troca de produtos com vencimento próximo, entre diversos outros atrativos.”

165. Explica, ainda, a SDE que não seria razoável supor que o distribuidor multimarcas irá transferir toda sua frota e demais ativos para a atividade de atravessamento, em detrimento da ampliação da capilaridade da distribuição, atividade esta que conta com apoio do distribuidores oficiais e do próprio fabricante.

166. Com base nestes pontos concluiu a SDE que “os distribuidores multimarca não serão capazes de restringir qualquer possível manipulação de preços a ser realizada pelas requerentes”.

167. Da mesma forma, os pontos de venda não seriam capazes de impedir eventual manipulação de *portfolio*. O varejista obtém uma margem maior vendendo marcas AmBev do que as marcas concorrentes. Caso o varejista não repasse uma redução de preços, aumentará a sua rentabilidade e será desestimulado a adquirir produtos não AmBev, ampliando ainda mais o poder de mercado das requerentes.

➤ **Poder de mercado nos canais bar e tradicional**

168. Tendo em vista as diferentes condições de oferta e demanda entre os canais de comercialização, a SDE examinou-os um a um, a saber:

169. O canal auto-serviço, por caracterizar-se pela oferta de um grande número de marcas de cervejas e possuir maior sensibilidade em relação a preço, é o canal onde é mais reduzida a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas requerentes.

170. Já os canais tradicional e bar são bastante semelhantes entre si. Apresentam número limitado de marcas de cerveja, “seja pela barreira à entrada que representa a rede de distribuição, seja pela falta de espaço físico nos pontos de venda, que levam os varejistas a optar pela venda de um número reduzido de marcas”. Marcas com grande rotatividade de vendas têm grande vantagem sobre as demais, “uma vez que, adquirir marcas com “baixa saída” tem um duplo ônus para os pontos de venda desses dois canais: a ocupação de espaço físico e a imobilização de capital de giro”.

171. A presença da Kaiser e da Schincariol é condição para que se possa substituir as marcas AmBev nos pontos de venda, eis que outro fator que determina o poder de mercado das requerentes é a grande presença de produtos AmBev, em relação aos produtos concorrentes. O quadro seguinte mostra a presença das marcas nos pontos de venda.

PRESEÇA DE MARCAS DE CERVEJA EM PONTOS DE VENDA											
REGIÃO	Total CCB	Cia. Antarctica	Skol(1)	Brahma (2)	Kaiser(3)	Schincariol	Cintra	Belco	Cerpa	Outros Nac.	Outros Import.
TOTAL BRASIL	77	72	64	64	48	34	5	4	0	18	1
AUTO SERVIÇO	88	85	77	73	65	48	12	7	1	34	6
TRADICIONAL	71	70	57	46	32	5	4	0	0	19	2
CONSUMO LOCAL	85	76	71	72	51	36	5	4	0	17	1
CE / RN / PB / PE / AL / SE / BA	53	69	24	47	27	26				5	0
AUTO SERVIÇO	59	77	39	49	38	34	0	0		11	0
TRADICIONAL	39	64	15	36	23	21		0		6	
CONSUMO LOCAL	66	74	31	58	31	31		1		4	0
MG / ES / RJ (exceto GRANDE RIO)	87	87	81	73	44	31	6	1		19	0
AUTO SERVIÇO	92	79	88	72	58	42	14	1	0	25	2
TRADICIONAL	82	64	74	68	41	32	6	1		18	0
CONSUMO LOCAL	91	69	86	77	45	30	6	1		20	0
GRANDE RIO	89	70	85	64	24	56	9	1	1	33	1
AUTO SERVIÇO	91	72	88	60	33	53	14	3	3	17	5
TRADICIONAL	81	63	80	58	31	55	8	0		35	1
CONSUMO LOCAL	93	73	88	68	20	56	9	1	1	32	1
CAPITAL SP	88	84	71	79	90	31	4	1	1	8	0
AUTO SERVIÇO	100	100	90	92	100	74	21	1	5	44	7
TRADICIONAL	85	85	70	74	89	34	6	0	0	9	0
CONSUMO LOCAL	88	82	70	80	90	27	2	1	1	5	0
INTERIOR SP	95	80	87	84	76	59	19	17	0	21	0
AUTO SERVIÇO	100	96	93	93	89	83	41	23	1	49	4
TRADICIONAL	93	82	88	82	77	56	17	18	0	20	0
CONSUMO LOCAL	94	76	85	83	73	56	17	16	0	18	0
PR / SC / RS	86	81	76	86	65	29	1	3	1	33	7
AUTO SERVIÇO	94	88	81	81	79	40	2	7	1	52	15
TRADICIONAL	82	76	69	58	62	25	1	4	1	34	8
CONSUMO LOCAL	89	85	82	71	64	29	1	2	0	27	4
MS / GO / DF	90	72	84	65	29	32	9	15	1	24	0
AUTO SERVIÇO	95	83	94	67	37	36	19	11	2	22	1
TRADICIONAL	82	61	78	57	29	31	9	15	0	21	1
CONSUMO LOCAL	92	75	85	69	27	32	7	15	1	25	0

(1) Inclui Carlsberg; (2) Inclui Miller; (3) Inclui Heineken
Fonte: AC Nielsen, 1999

172. Com base nos dados do quadro anterior, a SDE chegou às seguintes conclusões:

- Com relação ao canal bar, no total do Brasil a Kaiser encontra-se em apenas 51% dos pontos de venda. No caso da Schincariol, a quarta maior fabricante, o consumidor só a encontra em cerca de um terço (36%) dos pontos de venda do canal bar. “Se não houvesse qualquer ponto de venda em comum entre Kaiser e Schincariol, a porcentagem de pontos de venda em que seria possível encontrar uma das duas maiores concorrentes da AmBev, seria de 87% (e só haveria uma delas em cada ponto de venda), ou seja, ainda haveria 13% de pontos de venda sem qualquer dos dois maiores concorrentes. Nesses, ou a AmBev estaria sozinha, ou encontraria concorrentes inexpressivos. Contudo, dada a concentração das atividades das duas marcas no Estado de São Paulo, há uma grande superposição de pontos de venda entre Kaiser e Schincariol e, portanto, o percentual de pontos de venda sem a presença de competidores com peso, deve superar, facilmente, o montante de um terço dos pontos de venda”.
- Considerando-se a superposição de pontos de venda, entre as redes Antarctica, Brahma e Skol, percebe-se que, “à exceção de pontos de vendas exclusivos dos concorrentes da AmBev (cujo número é insignificante diante do mercado), será impossível encontrar um ponto de venda pertencente ao canal bar no Brasil sem, pelo menos, uma das principais marcas da AmBev”.

- No canal tradicional, mesmo diante da eficiente rede de distribuição da Coca-Cola, a Kaiser só está presente em 46% dos pontos de venda das áreas pesquisadas pela AC Nielsen. A Schincariol está presente em 32% dos estabelecimentos comerciais do canal tradicional. “Mesmo admitindo a total inexistência de superposição entre Kaiser e Schincariol, o que, como se apontou, certamente não ocorre, tem-se 22% dos pontos de venda que não teriam nenhum dos dois principais concorrentes da AmBev no mercado. Deve-se ressaltar que nos bares e estabelecimentos do canal tradicional é consumida cerca de 75% da cerveja no Brasil”.

➤ **Reposicionamento de marca**

173. Quanto à possibilidade de reposicionamento de marca no mercado, a SDE descreveu o exemplo Kaiser, que em 1998 implementou sua estratégia de marketing, adotando o slogan “Cerveja Nota 10”, buscando “melhor posicionar a marca na mente dos consumidores”. Argumentou a SDE que “a Kaiser tem despendido em propaganda um percentual do seu faturamento bastante superior ao que é gasto pelas marcas AmBev”, mas não consegue penetrar em mercados como o Rio de Janeiro, não se credenciando como substituto próximo das marcas AmBev em muitas áreas do país.

174. Conclui a SDE que o poder de mercado das requerentes não poderá ser contestado pelos rivais no mercado ou por potenciais entrantes no prazo de dois anos.

IX. BARREIRAS À ENTRADA

175. Consoante as requerentes, a implantação bem sucedida da estabilização de preços mediante o Plano Real resultou numa verdadeira explosão da demanda por cerveja, refrigerantes e demais bebidas.

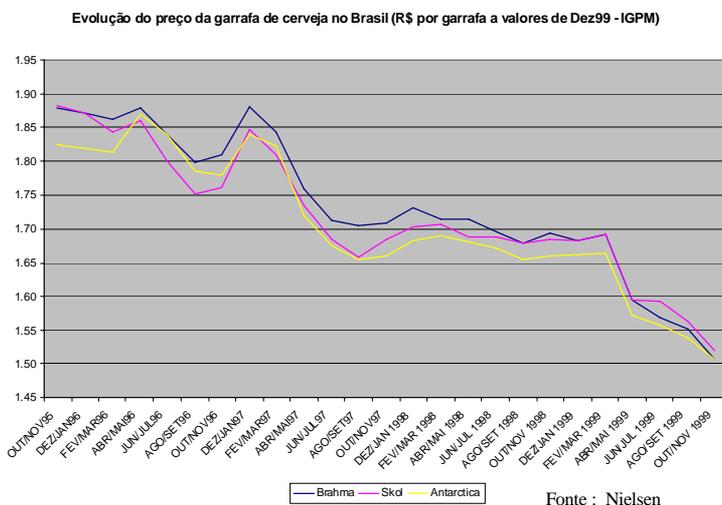
176. A forte demanda provocou um aumento na oferta da produção doméstica, e a conseqüente busca pela melhoria nos produtos e processos produtivos. Entretanto, percebe-se uma desaceleração na demanda no período de 1997-1999, acelerando o processo de reestruturação empresarial no setor iniciado após a estabilização.

177. Salientam as requerentes que, apesar do forte e generalizado ciclo de inversões deflagrado pelo impacto positivo do Plano Real, com significativa criação de capacidade produtiva à frente da demanda pela

Brahma, Antarctica e Kaiser, tal fato não intimidou as empresas entrantes, que apostaram na capacidade de se expandirem.

178. Dados nos autos, trazidos pelas requerentes, indicam que em 1999 significativos choques de custos não foram repassados aos preços, devido ao momento de retração que passava o país. A alternativa oferecida foi a de se aprofundar incisivamente o processo de reestruturação e do corte de custos.

179. Evolução dos preços reais de cerveja no período 96-99 ou 97-99.



180. Segundo as requerentes, foi inequívoca a redução dos preços reais das cervejas no período recente, como se pode apreciar no gráfico anterior. Sob a pressão de entrantes com estratégias agressivas de desconto de preços, as grandes empresas (Antarctica, Kaiser e Brahma) não tiveram outra alternativa senão acompanhar o movimento baixista.

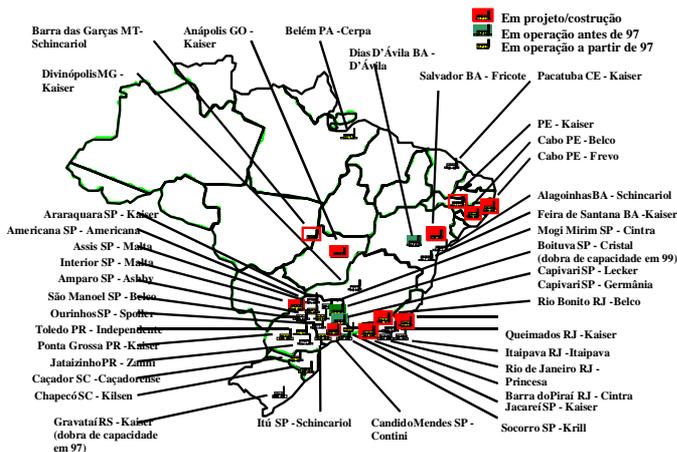
181. Para o Sindicerv o consumo de cerveja per capita está atrelado à renda pessoal, podendo crescer a partir do aumento no PIB brasileiro. Outro fator importante trazido pelo Sindicerv refere-se ao consumo de cerveja por faixa etária, com expectativa de que o mercado brasileiro possa tornar-se mais dinâmico e promissor com a entrada de novos consumidores hoje potenciais. Tudo isso, alegam as requerentes, mostra que é possível a entrada de novas

empresas e que são transponíveis as barreiras à entrada no setor brasileiro de cervejas.

182. Reforçando esta idéia, dados trazidos pelas requerentes mostram que tem sido muito vigorosa a entrada de novas empresas de médio e pequeno porte, assim como tem sido muito significativa a expansão das empresas concorrentes da AmBev nos últimos três anos, apesar da desaceleração da demanda após 1996.

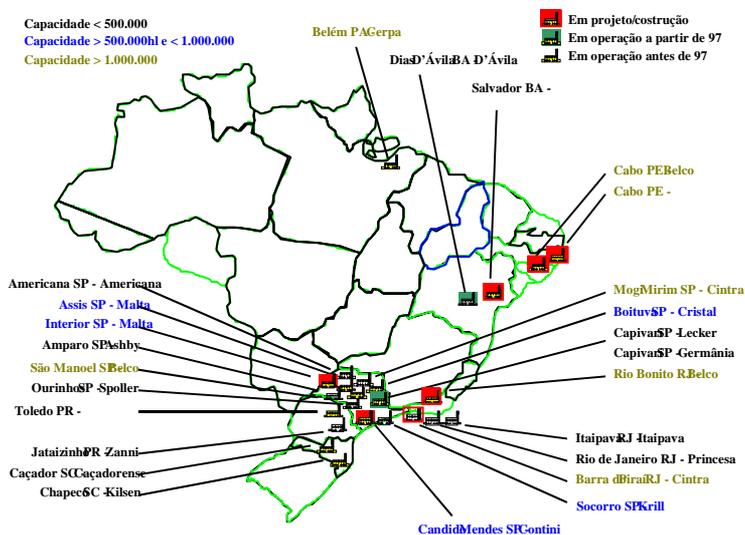
183. As requerentes trouxeram informações de que suas concorrentes já contam com uma malha fabril ampla e complexa, sendo cada vez mais fortalecida, com pelos menos 38 fábricas instaladas ou em construção, representando 43% da capacidade instalada no setor. Pode-se observar que existem muitos projetos novos e em construção no Sudeste, Nordeste, Sul e no Centro-Oeste.

Distribuição territorial das cervejarias das requerentes (com fábricas instaladas e em construção)



184. Trouxeram também a distribuição territorial das cervejarias emergentes, verificando que estes fabricantes contarão no futuro próximo com cerca de 23 fábricas, sendo boa parte delas construídas após 1997. A capacidade dessas fábricas somará quase 18 milhões de hectolitros no ano 2001, representando 12% da produção potencial do setor.

Distribuição territorial das cervejarias concorrentes



IX.1 Condições de entrada e dinâmica concorrencial no mercado de cervejas

185. Segundo as requerentes, a entrada simultânea de várias empresas de médio e pequeno porte no mercado brasileiro de cervejas é fato por si revelador da viabilidade e da efetividade de entrada. O movimento recente de entrada em mercados regionais por parte de empresas originárias do mercado de bebidas constitui demonstração de que essas sinergias e economias são efetivas e relevantes, tornando as barreiras à entrada mais baixas para empresas que já dispõem de uma rede de contatos com pontos de venda, familiaridade com a rede paralela de distribuidores multimarcas e conhecimento das características dos mercados regionais.

186. Exemplo citado pelas requerentes é o da Frevo, pequena empresa de refrigerantes, que cresceu rapidamente nos últimos anos e já alcança 1% no mercado nacional, 5% em Salvador e 16% em Recife. Citam, ainda, que as vantagens industriais e concorrenciais de se operar com um *portfolio* completo de bebidas não atraem somente os tubaineiros, como também os fabricantes de águas minerais e o de bebidas destiladas.

187. Ressaltam as requerentes que, do ponto de vista dos pequenos distribuidores independentes, a absorção de novas marcas de cerveja em seu *portfolio* de produtos é bem-vinda, pois isso não lhes permite diversificar o *mix* e aumentar o *drop size*. Trata-se, portanto, de uma operação que agrega volume de faturamento, contribuindo para a estratégia de expansão e de maximização de resultados dessas empresas.

188. As requerentes dizem também que o fato das redes de auto-serviço e atacadistas trabalharem com o produto em questão facilita a transposição das barreiras na distribuição. O aumento da importância das grandes redes de supermercados, em processo de consolidação, tem aberto mais espaço para o ingresso de novas marcas, inclusive por entrantes de pequeno porte.

IX.2 Receptividade das marcas

189. Consoante o que dizem as requerentes, a cerveja é um bem de consumo que requer degustação ou experimentação pelos consumidores, para sua aceitação no mercado. A entrada requer, portanto, que o novo fabricante consiga atrair os consumidores para experimentar o seu produto. Além da constatação de que todas as marcas são bastante sensíveis a preço, as evidências factuais são de que há boa receptividade nos mercados regionais brasileiros a marcas novas. Assim, afirmam as requerentes que a diferenciação de produto é uma barreira à entrada facilmente transponível.

IX.3 Refrigerantes carbonatados

190. A SEAE considerou que são reduzidas as barreiras à entrada no mercado de refrigerantes em qualquer do mercados relevantes geográficos, com base nos seguintes argumentos:

- I. a escala mínima eficiente no Brasil seria de 1 milhão de hectolitros/ano, cuja implantação corresponderia a um custo de apenas R\$ 10 milhões;
- II. no segmento de tubaínas seria possível, segundo as requerentes, instalar uma unidade produtiva em aproximadamente quinze dias, com um investimento inicial aproximado de R\$ 300 mil;
- III. a substituição das embalagens de vidro retornável pelas embalagens de poliéster tereftálico (PET) permitiu uma drástica redução do capital de giro

das empresas, anteriormente investido em vasilhames, diminuindo o montante mínimo de investimento necessário para instalação de uma linha de produção.

IV. a maior participação dos supermercados no consumo de refrigerantes e a substituição neste canal dos vasilhames de vidro pelas embalagens PET reduziu o volume de investimento necessário para a montagem de redes distribuição, dado que o abastecimento dos supermercados é realizado em grandes volumes e com redes de distribuição menos capilarizadas;

V. com escalas mínimas eficientes reduzidas, o negócio de refrigerantes pode ser viabilizado em nível infra-regional, reduzindo ainda mais a exigência relativa à montagem de redes de distribuição.

VI. o mercado de refrigerantes tem apresentado grande expansão nos últimos anos, sendo factível que mantenha esta tendência nos próximos anos, em razão do reduzido consumo per capita no Brasil. Esta situação sugere a existência de um grande potencial de crescimento da demanda a ser explorado;

VII. O forte crescimento da parcela de mercado das tubaínas, que detinham 16,4% em 1990, alcançando 33,2% no bimestre jun/jul de 1999, mostrou que a presença dos tubaineiros e sua estratégia de ocupação de mercado via concorrência em preço, foi suficiente para disciplinar os preços no mercado de refrigerantes.

IX.4 Cerveja

191. A SEAE investigou as barreiras à entrada de novos competidores no mercado de cerveja, particularmente as relativas à escala de produção, capital, fixação da marca, distribuição e oportunidade de vendas.

192. As escalas mínimas eficientes na indústria de cerveja, segundo informações do BNDES e Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) e das próprias requerentes, seriam de 3 milhões de hectolitros/ano, correspondendo a um investimento necessário em torno de R\$ 180 milhões. No entanto, a Kaiser encaminhou informações à SEAE segundo as quais as escalas mínimas eficientes seriam de 600 mil hectolitros/ano.

193. Concluiu-se, com base nestes dados, que o custo fabril de entrada é relativamente baixo. Os insumos necessários à produção (malte, latas, garrafas, rótulos, etc.) são de fácil acesso e a tecnologia de fabricação da cerveja amplamente conhecida.

194. Quanto às barreiras relativas aos gastos com fixação da marca e montagem de rede de distribuição, ambos com ampla proporção de custos irre recuperáveis (*sunk costs*), ou seja, recursos aplicados e não recuperáveis no caso de saída precoce do empreendimento, a SEAE considerou que estas não se constituem em barreiras intransponíveis à entrada no mercado de cerveja.

195. Argumentou a SEAE que as despesas com publicidade buscam a diferenciação do produto permitindo a cobrança de preços mais elevados *vis-a-vis* seus substitutos mais próximos. Assim, a diferenciação de produtos via publicidade produziria uma segmentação entre os produtos de preço mais elevados (*high-end*) e os de menor preço (*low-end*), com os primeiros apresentando maiores margens em relação aos segundos.

196. Com base neste raciocínio, concluiu a SEAE que a “fixação da marca é um requisito para a entrada no segmento *high-end* da indústria de cerveja mas não para o segmento *low-end*, no qual a variável chave de concorrência é o preço (e não a marca).” Como a presença de diferenciação de preços entre marcas não autoriza a delimitação de mercados relevantes distintos, a fixação da marca “não precisa ser considerada, portanto, um requisito e, como tal, um custo de entrada na indústria de cerveja.”

197. A evolução recente da participação da Schincariol no mercado nacional de cerveja foi apresentada pela SEAE com exemplo da possibilidade de entrada sem gastos com propaganda. Segundo a SEAE, em dez anos a marca Schincariol aumentou sua participação no mercado de cerveja de 0,2% para 7,5%, com estratégia baseada em preços. Somente após consolidar sua posição a empresa, em 1999, iniciou uma “estratégia de reposicionamento da marca” com ampliação com gastos em publicidade, em particular na televisão.

198. A experiência da entrada da Schincariol foi também apresentada pela SEAE como exemplo de que a distribuição não deve ser considerada em barreira intransponível à entrada no mercado de cerveja. Pontificou a SEAE que, em 10 anos, a Schincariol “aumentou sua participação de mercado com base em uma única planta no interior de São Paulo e com um reduzido investimento em marca. Essa experiência parece sugerir, portanto, que as questões relativas à distribuição, embora se constituam em obstáculo à entrada, não são suficientes para torná-la impossível.”

199. Afastadas as barreiras relativas a escala, capital, marca e distribuição, a SEAE realizou um estimativa das oportunidades de vendas¹⁹

¹⁹ Segundo a SEAE, oportunidades de venda são parcelas de mercado potencialmente disponíveis aos entrantes.

nos 5 mercados relevantes, para verificar a possibilidade das entrada de um novo concorrente. A estimativa foi feita com base nos seguintes pressupostos: (a) a entrante teria que operar a partir de uma planta de 3,0 milhões de hl/ano, correspondente à escala mínima eficiente; (b) em 2000 e 2001 o crescimento do consumo da cerveja seria de 1% ao ano, no cenário 1 (pessimista), e de 3% ao ano no cenário 2 (otimista); (c) as empresas instaladas reagiram à entrada restringindo a produção em 5%; (d) o nível ótimo de ocupação de uma planta é de 80%.

200. A projeção da demanda por cerveja em cada mercado foi feita a partir da soma da totalidade do consumo dos estados, em cada um dos cinco mercados geográficos, mais 1% (cenário pessimista) e 3% (cenário otimista) ao ano. As oportunidades de venda, em cada um dos mercados geográficos, em 2000 e 2001, foram obtidas então pela diferença entre a demanda projetada e 95% da ocupação ótima (esta última fixada em 80%) das plantas instaladas nesses mercados em 1999.

201. Os resultados demonstraram que nos mercados 2, 4 e 5, delimitados pela SEAE, as oportunidades de venda não existem, ou seja, a demanda é inferior à oferta, nos dois cenários. No mercado 3 haveria demanda correspondente a menos de 5% do volume de ocupação da capacidade da planta da entrante (3,0 milhões hl/ano), tornando inviável a entrada.

202. No mercado 1, a demanda seria um pouco menor ou superior às escalas mínimas eficientes para os dois anos, independentemente do cenário, e, desse modo, segundo a estimativa, a entrada seria possível. No entanto, a SEAE entendeu que, devido à desconsideração dos gastos com publicidade, essa entrada somente poderia se dar no segmento *low-end*, e, assim, não seria capaz de impedir o aumento de preços das marcas da AmBev (situadas no segmento *high-end*) após a redução da oferta de 5% (conforme pressupõe a estimativa).

203. Argumenta a SEAE que a entrada afetaria, em primeiro lugar, a Schincariol, que teria parte de seus consumidores desviados e seus preços cairiam. Em segundo lugar, as marcas Kaiser e Skol (ambas do segmento regular, segundo a SEAE) também seriam afetadas com redução das vendas e também dos preços médios. Mas as marcas da AmBev não seriam afetadas “caso as demandas por Brahma e Antarctica sejam suficientemente inelásticas” e seria “possível que seus preços acabem se tornando mais altos como resultado da retração da oferta.”

204. Por fim, concluiu a SEAE que a entrada, embora possível no mercado 1, para ser “suficiente” teria que ocorrer no mercado *high-end*, “o

que a tornaria mais difícil, dados a existência de excesso de capacidade e os *sunk costs* relativos aos investimentos em publicidade em distribuição” e em todos os cinco mercados relevantes definidos.

205. A SDE ao analisar as barreiras à entrada no mercado de cerveja, concluiu serem elevadas tanto as barreiras relativas a escala, existência de capacidade ociosa e volume de investimentos quanto aquelas referentes a gastos em fixação de marca, distribuição e embalagens.

206. Quanto ao tempo de entrada necessária, a SDE reproduz argumentação das requerentes na petição inicial, na qual reconhecem serem elevadas as barreiras para entrar em novos mercados: “...*para lançar-se uma nova marca de cerveja em um novo mercado externo são necessários cerca de cinco anos entre a construção das plantas industriais necessárias e a consolidação das novas marcas. Durante esse período, é indispensável que a AmBev possa ser capaz de fazer face aos investimentos necessários à consolidação de seus empreendimentos nos novos mercados em que ingressar.*” (fls. 30). Concluiu então a SDE que, embora uma fábrica possa ser construída em apenas 10 meses, o prazo necessário para todos os demais requisitos para o lançamento do produto é bem mais extenso.

207. Em contestação ao argumento das requerentes, na petição inicial, de que o investimento inicial médio para a construção de uma fábrica de cerveja seria de R\$180 milhões, para uma planta mínima eficiente (3,0 milhões de hl/ano), com prazo de construção de 10 meses, sustentou a SDE que a escala mínima de produção é substancialmente inferior à produção de duas marcas marginais²⁰ - Bohemia e Polar, a primeira com produção de 4,4 milhões hl/ano e a segunda com 4,8 milhões hl/ano.

208. Desse modo, entradas com investimento numa planta com escala mínima, somente seriam suficientes para ingressar no mercado de forma marginal, uma vez que com esta escala o entrante ocuparia tão somente uma “franja” do mercado de cervejas, sem provocar alterações significativas do ponto de vista concorrencial. A magnitude dos investimentos necessários para uma entrada efetiva se tornaria assim um substancial obstáculo à entrada de um novo concorrente.

²⁰ A Bohemia detém apenas 0,6% de participação no mercado nacional, 0,7% no Distrito Federal, 0,6% na capital do estado de São Paulo e 1,4% na região do Grande Rio de Janeiro, sendo estas as áreas onde detém maior penetração. Enquanto a marca regional Polar tem penetração nas capitais dos estados do Rio Grande do Sul (7,8%), Mato Grosso (6,8%) e Sergipe (5,7%). Entretanto, a Polar possui inexpressivo percentual de vendas mesmo em sua área de atuação mais forte (1,8% na região Sul).

209. Acentua a SDE que, considerando que é de 5 anos o prazo para a consolidação de uma marca no exterior, é razoável supor que o tempo necessário para uma entrada efetiva no mercado brasileiro seja superior a 10 meses. E quanto maior o tempo entre a decisão de entrar no mercado e a entrada efetiva, maiores os riscos para o potencial entrante, tendo em vista as possíveis estratégias defensivas que podem ser encetadas pelas empresas instaladas (aumento da oferta, incremento de marketing, política comercial mais agressiva, etc.).

210. Gastos com fixação de marca e publicidade foram considerados pela SDE como efetiva barreira à entrada no mercado de cerveja. Os elevados dispêndios em publicidade das principais marcas do mercado (Brahma, Antarctica, Skol e Kaiser) e a persistência destas como as principais marcas lembradas e consumidas pelo consumidor (ou seja, têm elevadas participações de mercado), indicam a importância da publicidade neste mercado.

211. As requerentes apresentaram dois estudos²¹ que concluem pela reduzida correlação entre investimento em mídia e participação de mercado. Os estudos, e sua conclusão, todavia, devem ser vistos com ressalvas.

212. A SDE examinou os estudos e concluiu que ambos falham em provar a inexistência de correlação significativa entre as duas variáveis, devido a lacunas metodológicas (não incluem propaganda e marketing veiculada por outros meios que não a mídia e que também são capazes de influenciar o mercado, inexistência de avaliação acerca da defasagem de tempo entre o investimento em mídia e os resultados efetivos) e de dados (utilizam médias nacionais, impossibilitando verificar a evolução das participações regionais, e utilizam o valor absoluto do investimento, reduzindo o peso do dispêndio em propaganda realizado pelas pequenas marcas de alcance regional).

213. Como exemplo da importância da marca, a SDE citou o caso da fracassada tentativa de entrada da Skol em Fortaleza-CE. Um dos melhores revendedores Skol foi designado para atuar na cidade de Fortaleza com o intuito de ampliar a penetração da Skol. Após um ano de resultados negativos, o distribuidor voltou a concentrar esforços na sua região de origem (Goiânia-GO), desistindo de contestar o domínio da marca Antarctica em Fortaleza (80% do mercado).

²¹ Petição das requerentes dirigida à SDE em 10.08.1999 e LYNK, William J., *Advertising and Brand Loyalty: The Evidence on Beer in Brazil*, 07.12.1999 (fls. 3.551/3.589).

214. Diante da inter-relação existente entre publicidade e distribuição, no sentido de que não basta divulgar o produto, mas é necessário disponibilizá-lo para os consumidores através de uma eficiente e extensa rede de distribuição, a SDE passou examinar a dimensão da barreira constituída pela montagem de uma rede de distribuição como condição para ingresso no mercado de cervejas no Brasil.

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

216. O atendimento aos canais tradicional e bar, exige especialização dos distribuidores, em vista das peculiaridades dos pontos de venda, como baixa capacidade de estoque; reduzido capital de giro; compras periódicas em pequenos volumes; predominância da embalagens de vidro retornáveis, necessidade de prestação de serviços por parte dos distribuidores (organização dos estoques, comodato de “freezers”, mesas, letreiros etc), condição que contribui para a ampliação das dificuldades para a entrada.

217. Outro aspecto levantado pela SDE foi o fato dos pontos de venda nos canais bar e tradicional, em função do reduzido espaço físico e do pequeno volume de compras, operarem com no máximo 2 ou 3 redes de distribuição, além de preferirem marcas com maior saída. Estas condições representam mais um obstáculo à entrada de novos concorrentes, dado que, com a operação, a AmBev deterá as 3 maiores redes de distribuição, as quais, segundo dados da Nielsen, possuem grau de cobertura dos pontos de venda muito acima dos concorrentes mais próximos (Kaiser e Schincariol).

218. A SDE assevera que face aos investimentos necessários para se organizar uma rede de distribuição e levando em conta a história recente das entradas de cervejas importadas no mercado nacional, a ausência de uma eficaz rede de distribuição se constitui em uma enorme dificuldade para as novas empresas que pretendem se instalar no Brasil como concorrentes efetivas.

219. Os números para um investimento alto no canal de distribuição são confirmados pela manifestação da ABRADISA, endereçada à Secretaria de Direito Econômico, juntada aos autos nas fls. 515, senão vejamos: “A atividade de distribuição cresceu, e hoje, as três redes em conjunto, Antarctica, Brahma e Skol, possuem quase 800 distribuidoras, formadas por

3.000 empresários independentes, que investem capital correspondentes a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em imóveis, automóveis, carretas, caminhões, empilhadeiras, estoque de produtos, vasilhame, material de merchandising, geladeiras, mesas, cadeiras, etc. Empregam diretamente mais de 50.000 funcionários e atingem 900.000 clientes varejistas. Faturamento anual de R\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de reais), garantindo a arrecadação pontual dos tributos federais, estaduais e municipais.”

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

221. Os contratos de exclusividade com pontos de vendas não se constituem barreira à entrada no mercado de cervejas, segundo a SDE, em razão da sua reduzida presença. Menos de 0,5% dos pontos de venda, correspondentes a, em média, 2% do volume comercializado²². A exclusividade nos pontos de venda visa fixar a imagem da marca em pontos de venda com melhor visibilidade e reputação.

222. A predominância da embalagem retornável de vidro nos canais tradicional e bar foi considerada uma significativa barreira à entrada pela SDE, principalmente em face da necessidade de imobilizar grandes montantes de capital em vasilhames.

223. Entretanto, as requerentes argumentaram²³ que a utilização do mesmo vasilhame de vidro de 600 ml por todas as empresas (uso universal) reduz substancialmente o investimento necessário para sua reposição. Ressaltaram que as empresas de menor porte têm maior proporção das suas vendas realizadas em embalagens retornáveis, o que indica serem menores as barreiras associadas ao uso das embalagens retornáveis em relação às descartáveis.

X. EFICIÊNCIAS

²² Apartado Confidencial nº 4, fls. 89/90 e 431/432.

²³ Audiência no CADE realizada em 22/02/2000.

225. Em 2 de fevereiro de 2000, as requerentes apresentaram ao CADE a sua avaliação das eficiências econômicas decorrentes da criação da AmBev. A elaboração do documento ficou sob a responsabilidade de uma empresa de auditoria contratada pelas requerentes, tendo em vista o Parecer da SDE, ter trazido considerações acerca de dados fornecidos espontâneamente pelos requerentes, mas que apresentavam divergências numéricas.

X.1 Redução de Custos Fixos e Mão-de-obra Direta

226. A Brahma e Antarctica, apesar de possuírem o mesmo perfil tecnológico, diferem em níveis de produtividade de mão-de-obra fabril. Com a criação da AmBev, no entender das requerentes, será possível adotar as melhores práticas da Brahma na Antarctica, o que redundará na eficiência de mão-de-obra direta. Além disso, o modelo de gestão dos gastos indiretos da Brahma aplicado na Antarctica, dada as diferenças de seus indicadores, proporcionaria maior eficiência na utilização de seus custos fixos.

227. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE, após realização da auditoria*

228. O documento apresentado à SDE mostrava separadamente a eficiência de MOD - mão-de-obra direta e a de custos fixos (excluindo a MOD da definição de custos fixos). A AmBev informou que a segregação de MOD nos valores de 1999 da Antarctica incluía imprecisões devido à forma de contabilização utilizada pela empresa. Em razão destas imprecisões mostrarem-se difíceis de serem eliminadas, a administração optou por agrupar as duas eficiências. Além disto, não foram considerados os demais custos fixos da companhia (havia sido considerado somente o custo fixo industrial), que foram agregados ao estudo.

229. O atual documento foi baseado no Estudo Orçamento Base Zero Antarctica 2000, consistindo em projeções de despesas elaboradas pela administração da Brahma, com base em indicadores de desempenho operacionais próprios. Não foi analisada a razoabilidade dos indicadores de desempenho operacionais (pacotes), utilizados na preparação do Estudo OBZ Antarctica 2000. A redução de despesas apontada no estudo OBZ Antarctica 2000 é inferior à redução já conseguida pela Brahma 1998-1999.

X.2 Redução de Custos Fixos com Fechamento de Fábricas

230. Segundo as requerentes, o fechamento de fábricas em decorrência do melhor aproveitamento do parque industrial da AmBev, permitirá a redução de custos fixos e a eliminação de futuros investimentos nas fábricas fechadas.

231. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

- Substituição do critério de depreciação acelerada pela depreciação normal no caso da Brahma. Não foi considerada a receita de vendas dos ativos.
- Ajustes nos custos fixos considerando os dados do orçamento OBZ 2000 Brahma.
- Inclusão das despesas de fechamento das fábricas.

X.3 Redução dos Custos de Fretes com Revisão da Malha

232. A produção tanto de produtos Brahma como Antarctica em todas as fábricas AmBev permitiria a redução do número de fretes, seja nas retiradas de produtos pelos distribuidores (puxada), seja na transferência de produtos entre fábricas.

233. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

- Custos de frete: no estudo apresentado à SDE, esta eficiência tinha sido obtida através de uma estimativa. O estudo elaborado ao CADE utilizou uma ferramenta de simulação descrita na metodologia apresentada.
- Aumento do capital de giro operacional: a produção de produtos Brahma e Antarctica em todas as fábricas implicará na redução de estoque de matérias primas de uso comum e no aumento de estoques de matérias-primas específicas aos produtos (rótulos, embalagens) e de produtos acabados. O ajuste do estoque foi estimado como sendo proporcional à raiz quadrada da relação do número de operações de produção, sendo esta estimativa fundamentada e utilizada na prática por gestores de estoques. O valor dos estoques foi analisado com base nos balancetes anuais auditados de 31 de dezembro de 1998 e 1999, considerando sua média simples.

X.4 Custos Variáveis

234. As requerentes argumentam que, com a criação da AmBev, será possível adotar as melhores práticas de cada uma das empresas, acarretando redução de custos variáveis. A Brahma e a Antarctica apresentam diferenças nos consumos específicos de matérias-primas (malte e produtos químicos auxiliares) e utilidades (energia elétrica, óleo combustível e água). Em paralelo, a Antarctica utiliza 4 tipos de malte em seu processo. A redução para 2 tipos, em conjunto com a utilização do software Logmalte reduziriam os custos de frete.

235. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

- Alguns consumos específicos unitários foram melhor inferidos e, quando necessário, retificados em relação aos valores anteriormente apresentados no estudo para a SDE.
- O estudo apresentado à SDE considerou os benefícios operacionais da redução de 4 para 2 tipos de maltes na Antarctica. No estudo apresentado ao CADE, foi considerado adicionalmente a redução de custos pela otimização da distribuição do malte, obtida com o processamento do *software logmalte*, de propriedade da Brahma.
- As otimizações para passagem de quatro para dois maltes na Antarctica e da logística de malte, descritas e quantificadas na metodologia, também foi objeto de ajuste, pois não foram consideradas no cálculo anterior. O cálculo anterior considerou apenas o efeito da redução de 4 para 2 tipos de malte.

X.5 CO2

236. Segundo as requerentes, a criação da AmBev permitirá um melhor aproveitamento do CO2 produzido, mas não utilizado, pelo processo de fabricação da cerveja. Isto se refletirá em menores compras de CO2 por parte das operações de refrigerantes da AmBev.

X.6 PET

237. Sobre este item, as requerentes avaliam a existência de dois tipos de eficiências:

- Reduzir gastos com embalagens PET através da utilização da capacidade ociosa de máquinas de sopro existente na Brahma; e
- Otimização da capacidades de produção. A Brahma possui sopradoras de garrafas PET com capacidade ociosa em suas linhas de produção. As garrafas são produzidas nas sopradoras a partir de pré-formas adquiridas de terceiros. Já a Antarctica terceiriza o processo de sopro através de contrato com fornecedor (*in-house*). A Antarctica possui apenas uma máquina de sopro, que está localizada na fábrica Olinda-PE.

238. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

- Os valores dos custos unitários do trabalho apresentado ao SDE foram baseados na garrafa PET 2 litros. A análise apresentada ao CADE foi elaborada com maior grau de detalhamento, considerando os três tipos de garrafas produzidas pelas empresas (1 litro, 600 ml e 2 litros).
- As análises efetuadas pela empresa de consultoria foram baseadas em custos apurados no Sistema de Logística Fabril da Brahma. A empresa afirma ter verificado a coerência destes dados com os controles contábeis.

X.7 Unificação das Administrações

239. As requerentes argumentam que a associação permitirá a unificação das estruturas administrativas centrais da Antarctica e da Brahma em um único local, permitindo a eliminação de duplicidades de funções e custos. Este processo será baseado nos melhores indicadores de desempenho da administração Brahma (área por funcionário, número de funcionários no centro empresarial, entre outros).

240. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

241. De acordo com a empresa de consultoria, a mudança no valor da eficiência apresentada anteriormente deveu-se à adequação da base de cálculo para parâmetros auditados e inclusões de custos anteriormente não previstos.

X.8 Renegociação da Dívida da Antarctica

242. A Antarctica possui um perfil de endividamento com custo mais elevado que o da Brahma. Neste sentido, poder-se-ia obter um ganho mediante redução do endividamento (pagamento com caixa da Brahma) e reestruturação do passivo.

243. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

244. A metodologia utilizada na avaliação dessa eficiência difere daquela adotada pela AmBev, na projeção do desempenho futuro dos índices de correção monetária dos financiamentos. No estudo enviado à SDE, considerou-se a projeção nominal dos CDI em US\$. No estudo apresentado ao CADE, foram projetados estes indicadores líquidos de inflação.

X.9 Informática

245. A Antarctica e a Brahma apresentam estruturas distintas para gestão de informática. De acordo com as requerentes, a unificação dos sistemas é necessária para a padronização dos dados da empresa em suas diversas áreas. Com esta unificação será possível otimizar o número de pessoas, definir uma estrutura única de sistemas e telecomunicações e renegociar os contratos de prestação de serviços (manutenção).

246. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

247. Foram considerados os investimentos necessários para captura desta eficiência. No trabalho apresentado à SDE não existia esta quantificação.

X.10 Programa de Produtividade nos Distribuidores (PPR)

248. As requerentes destacaram os seguintes itens:

- A rede de distribuidores da Antarctica possui índices de produtividade inferiores aos da rede da Brahma, refletindo em custos operacionais unitários mais elevados; e
- A Brahma tem conhecimento metodológico passível de ser aplicado nas distribuidoras da Antarctica. Essa metodologia possibilitará que a rede

Antarctica melhore seus índices de produtividade e, por consequência, reduza os custos operacionais.

249. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

- Todos os dados originais são gerenciais e foram fornecidos pelas próprias distribuidoras Brahma/Skol e Antarctica. Estes foram considerados fidedignos, porém não foram checados nos distribuidores *in loco*. De acordo com a empresa de consultoria, houve a preocupação da AmBev no tratamento dos dados recebidos, de tal forma que os extremos foram excluídos.
- A curva de captura da eficiência foi estimada com base nos ganhos obtidos pela rede Brahma/Skol ao longo do PPR. A adoção desta hipótese para a Antarctica pode sofrer desvios em função do comprometimento da rede da Antarctica.

X.11 Alinhamento de Preços de Matérias-Primas e Insumos

250. Refere-se ao alinhamento dos preços unitários de matérias-primas e insumos pagos pela Antarctica e pela Brahma. As requerentes observaram que não foi considerado o ganho decorrente do aumento de escala (poder de barganha) junto a fornecedores.

X.12 Repositores

251. As requerentes afirmam que, com a união das duas empresas, não haverá a necessidade de se manter duas estruturas independentes de repositores para atendimento das mesmas lojas (auto-serviços). O redimensionamento do número de repositores por loja permitiria a redução do custo deste fator, sem perda da qualidade do serviço prestado. As requerentes ressaltam que a Brahma já vem reduzindo o número de repositores com discussões e estudos de tempos e métodos junto às lojas de auto-serviço.

X.13 Redução de Diretores

252. Antes da fusão, as duas empresas possuíam diretorias regionais sobrepostas. A operação permitirá a eliminação desta duplicidade mediante a redução do número de diretores.

X.14 Unificação de Diretorias

253. Por fim, as requerentes argumentam que, com a criação da Central Nacional de vendas, haverá redução de custos resultante da eliminação de escritórios, gerentes, *staffs*, etc.

254. *Explicações sobre diferenças de valores entre o documento apresentado pela SDE e o documento apresentado ao CADE*

255. Como a decisão da criação da Central Nacional já havia sido tomada pela Brahma, independentemente do processo de fusão, as eficiências somente foram consideradas na Antarctica. Foi quantificado:

- custo de pessoal atual baseado em uma estrutura de 104 e 79 funcionários, respectivamente para Antarctica e Brahma. A Nova Central foi dimensionada como tendo 138 funcionários;
- custo de demissão dos funcionários Antarctica, estimado em R\$ 0,89 milhões;
- montante de R\$ 0,36 milhões de investimentos em equipamentos de sistemas que serão aplicados em 2000; e
- a curva de captura dos custos de demissão, que ocorrerão somente a partir do mês 4 após aprovada a fusão, no montante de R\$ 0,46 milhões.

➤ **Exclusão da Otimização da Frota de Puxada**

256. No relatório apresentado à SDE consta a eficiência resultante da otimização da frota de puxada de R\$ 13 milhões por ano, visto que a rede de distribuição da Antarctica opera com alto percentual de caminhões pequenos (*trucks*). A proposta considerada é de que a rede de distribuição Antarctica opere com um número menor de caminhões pequenos. A empresa de consultoria entendeu que essa otimização não caracteriza uma eficiência específica da constituição da AmBev, pois ela decorre de uma decisão que a Antarctica pode tomar independentemente. Portanto, não foi analisado este

item, excluindo-o do valor total das eficiências esperadas.

257. As requerentes apresentaram quadro contendo a quantificação das eficiências alegadas, bem como a comparação entre informações prestadas à SDE e ao CADE:

	SDE	CADE
Redução de custos fixos e mão-de-obra direta	xxx	xxx
Redução de custos fixos administrativos	xxx	
Melhores práticas administrativas	xxx	
Custo de mão-de-obra	xxx	
Redução de custos fixos com fechamento de fábricas	xxx	xxx
Redução dos custos de fretes com revisão da malha	xxx	xxx
Custos variáveis/CO2/PET		
Custo variáveis	xxx	xxx
CO2	xxx	xxx
PET	xxx	xxx
Unificação das administrações	xxx	xxx
Renegociação da dívida da Antártica	xxx	xxx
Informática	xxx	xxx
Programa de produtividade nos distribuidores	xxx	xxx
Alinhamento de Preços de Matérias-Primas e Insumos	xxx	xxx
Repositores	xxx	xxx
Redução de diretores/Unificação de diretorias		
Redução de diretores	xxx	xxx
Unificação de diretorias	xxx	xxx
Otimização da puxada	xxx	
Total	xxx	xxx
Saldo negativo (SDE - CADE) de R\$ 47,2 milhões		

Fonte: Requerentes.

X.15 SEAE²⁴

258. A SEAE discute as eficiências²⁵, alegadas pelas requerentes conforme foram apresentadas, isto é, pelas seguintes áreas: de suprimentos, industrial, comercial, de distribuição e administrativo-financeira. Além disso, tem uma seção de questões adicionais e, posteriormente, a Secretaria oferece uma hipótese alternativa sobre a quantificação das eficiências.

*Área de Suprimentos***Eficiência alegada na Área de Suprimentos**

ÁREA	Resultados da Criação da AmBev	Economia Prevista em R\$ mil/ano
Suprimentos	Alinhamento de Preços de insumos e matérias-primas	xxx

259. O quadro acima revela que, segundo as requerentes, o alinhamento de preços de matérias-primas e insumos geraria economias na negociação com fornecedores, uma vez que haveria uma intenção de reduzir os preços daqueles, fazendo prevalecer o menor entre eles. No entanto, a SEAE alega que aquela colocação representa apenas uma transferência de receitas entre agentes econômicos, não devendo ser considerada.

²⁴ A SEAE considera esse tópico confidencial.

²⁵ Considera a SEAE que para avaliar o efeito líquido da operação sobre a economia brasileira é necessário comparar os custos econômicos com os potenciais benefícios derivados do ato. Tais benefícios só são considerados se os incrementos no bem-estar econômico forem gerados pelo ato e que não possam ser obtidos de outra forma. Alega, ainda, que as eficiências específicas à concentração econômica podem se dar sob a forma de: (a) economias de escala; (b) economias de escopo; (c) redução dos custos de transação; (d) introdução de uma nova tecnologia mais produtiva; (e) apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas; e (f) geração de um poder de mercado compensatório.

*Área Industrial***Eficiência alegada na Área Industrial**

ÁREA	Resultados da Criação	Economia Prevista em R\$ mil/ano
Industrial	• Redução de custos fixos com fechamento de unidades	xxx
	Redução de custos fixos nas unidades	
	Redução de custos variáveis de produção	
	Redução dos custos de CO ₂	
	Redução dos custos com embalagens PET	
	Redução de mão-de-obra direta	

260. O quadro acima revela que as requerentes :

1. Destacam que haveria redução de custos fixos com fechamento de unidades. Isso porque supõem que, com base no volume atual de cerveja e refrigerante das duas companhias e das estimativas de crescimento de volume até 2004, a capacidade instalada atual está superdimensionada, afirmando até que serão desativadas três fábricas (Cuiabana em Cuiabá, Miranda Correa em Manaus e Cibeb em Salvador). Nesse ponto, a SEAE, com base em dados contidos em seu parecer, crê que há realmente um excesso de capacidade ociosa no setor;

2. Alegam redução de custos fixos nas unidades fabris, via transferência das melhores práticas²⁶ da Brahma para Antactica, representando redução das despesas fixas das fábricas da Antarctica, tendo como base a tendência de final de exercício de 1999 da despesa fixa das unidades fabris da Brahma, chegando a essa conclusão a partir do cálculo da razão entre as despesas e a capacidade instalada das companhias (em R\$/hl). Nesse ponto, a SEAE coloca que, apesar de factível, não foram mostrados dados que permitissem quantificar a economia passível de ser obtida;

²⁶ Melhores práticas: Orçamento Base Zero; Revisão dos Processos Administrativos – RPA; e Análise de Valor Agergado – AVA.

3. Argumentam redução de custos variáveis de produção com matérias-primas advindas da sinergia de melhores práticas entre as unidades da Brahma e Antarctica para malte, óleo, energia elétrica, produtos químicos e água;
4. Apontam, ainda, redução dos custos de CO₂, pois haverá transferência de CO₂ entre fábricas de cerveja e de refrigerantes, uma vez que a produção de cerveja da Brahma é bem maior do que a produção de refrigerantes, podendo os excedentes do gás serem utilizados na produção do guaraná Antarctica, fabricado em proporção maior do que a cerveja da mesma marca;
5. Afirmando redução dos custos com embalagens PET, uma vez que a Antarctica, que compra as garrafas de fornecedores, passará a se utilizar da produção da Brahma, que apresenta ociosidade nas linhas sopradoras de PET;

261. A SEAE considerou que as alegações 3, 4 e 5, apesar de plausíveis, não foram quantificadas de forma clara e em separado.

262. No entanto, no documento apresentado ao CADE, estes itens vieram devidamente quantificados, cuja demonstração está apagada por se tratar de dados confidenciais.

6. Apontam, por fim, redução de mão-de-obra direta empregada nas fábricas pela transferência de melhores práticas da Brahma para a Antarctica, o que sanaria a diferença de produtividade nas fábricas das duas empresas. A SEAE acredita ser, no mínimo, discutível que os ganhos de produtividade da mão-de-obra empregada se dêem com base na demissão de funcionários nas áreas gerenciais e administrativas, não tendo motivo, portanto, para que o aumento de produtividade não possa ocorrer via reestruturação interna da Antarctica.

Área Comercial

Eficiência alegada na Área Comercial

ÁREA	Resultados da Criação da AmBev	Economia Prevista em R\$ mil/ano
Comercial	Unificação das diretorias regionais	xxx
	Redução do número de diretores regionais e <i>staff</i>	
	Aproveitamento da mesma equipe de repositores	

263. No quadro acima, as requerentes alegam que: haverá unificação das diretorias regionais, que resultariam em ganhos de sinergia operacional e redução dos mesmos, segundo um projeto RPA - Brahma; e haverá unificação das equipes de repositores das duas companhias nos supermercados do país. Nesse ponto a SEAE, apesar de concordar que serão geradas economias de escala com a redução do número de diretorias regionais e de repositores, conclui que os ganhos de sinergia operacional não foram claramente quantificados.

Área de Distribuição

Eficiência alegada na Área de Distribuição

ÁREA	Resultados da AmBev	da Criação	Economia Prevista em R\$ mil/ano
Distribuição	Otimização de puxada	da frota	xxx
	Implantação de programa de produtividade na rede de distribuição (Roadshow) na Antarctica	de programa na rede de	

264. Pelo quadro anterior, tem-se que as eficiências na Área de Distribuição, conforme entendimento das requerentes, são:

1. A otimização da frota de puxada²⁷, que dar-se-ia fazendo a frota da Antarctica se igualar à da Brahma e à da Skol, através da diminuição de 50% para 35% do número de caminhões “truck” e da elevação de 50% para 65% de caminhões “carretas” na frota da Antarctica, visto que uma “carreta” transporta o dobro de um caminhão “truck”. Nesse sentido, a SEAE argumenta que, além de não terem sido apresentados dados que mostrassem os ganhos obtidos, a mudança de frota de puxada pode ser feita pela própria Antarctica separadamente, não configurando, dessa forma, uma eficiência específica da fusão; e
2. A implantação de programa de produtividade na rede de distribuição (Roadshow) da Antarctica, que melhoraria cinco processos:

²⁷ Transporte do produto da fábrica até o centro de distribuição.

- (a) de entrega, otimizando a frota de entrega com a implantação de software de roteirização (Roadshow);
- (b) de puxada, otimizando a frota de puxada, obtida com o aumento da produtividade dos caminhões que passarão a fazer mais viagens por mês;
- (c) de vendas, aumentando a produtividade dos vendedores, através da implantação de software de roteirização (Planner - plataforma Roadshow, que monta a rota dos vendedores);
- (d) de armazenagem, racionalizando os processos de carregamento e descarregamento dos caminhões e revisão do *lay-out* dos armazéns; e
- (e) administrativo, racionalizando as atividades realizadas pela equipe administrativa das revendas; eliminando retrabalhos e automatizando processos.

265. Quanto a essa última eficiência alegada na área de distribuição, a SEAE se manifesta considerando os processos de entrega, de venda e o administrativo como eficiências específicas do ato, pois implicam transferência de tecnologias e conhecimento de domínio da Brahma, mesmo não tendo sido quantificados. Já no que diz respeito à melhoria nos processos de puxada e de armazenagem, essa poderia ser obtida de outra forma, por exemplo, da terceirização da frota não precisa da concentração para se realizar.

Área Administrativa Financeira

Eficiência alegada na Área Administrativa Financeira

ÁREA	Resultados da Criação da AmBev
Administrativa Financeira	Unificação das administrações
	Unificação dos sistemas de informática
	Implantação de melhores práticas administrativas
	Renegociação da dívida de curto prazo da Antarctica

266. O quadro anterior representa as eficiências alegadas na área administrativa financeira. Em primeiro lugar, a SEAE entende que o argumento para justificar a unificação das administrações das duas empresas foi vago, sendo citado apenas um caso ocorrido em dois centros de distribuição da Brahma, cuja unificação resultou em redução dos custos administrativos.

267. Em segundo lugar, o argumento de que a unificação dos sistemas de informática implicaria ganhos de sinergia operacional, reduzindo 50% do gasto anual com informática na Brahma, não foi claramente desenvolvido ou quantificado.

268. Em terceiro lugar, as requerentes alegam que existe complementariedade administrativa entre as duas empresas, pois a Antarctica é líder em gestão e inovação de marcas e novos produtos, a Brahma é líder na busca de eficiências e reduções de custo, e, adicionalmente, cada uma das empresas tem índices de produção distintos em fábricas e segmentos diferentes. No tocante a esse aspecto, a SEAE ressalta que as empresas não demonstraram de maneira desagregada a magnitude da economia esperada, apesar de não se poder questionar, em tese, se há sinergia administrativa entre as duas.

269. Por último, a SEAE não aceita o argumento de que a operação permitirá a renegociação da dívida de curto prazo da Antarctica em condições mais favoráveis, pois, além de existir alternativas que permitam a reestruturação da dívida da empresa, a utilização de recursos da Brahma para solver as dívidas da Antarctica caracterizar-se-ia em transferência de renda entre as empresas, e não em eficiência.

Questões adicionais

270. Além dos pontos anteriormente citados, as requerentes pontuaram alguns outros efeitos oriundos da fusão, quais sejam:

- **O fortalecimento financeiro do caixa**, que tornaria a nova empresa menos dependente de financiamento externo²⁸, viabilizando investimentos futuros a custos menores. A SEAE chama a atenção para o fato das

²⁸ O financiamento externo incorpora nos custos da operação os riscos de se emprestar a empresas brasileiras, o chamado Custo Brasil.

requerentes não terem apresentado números probatórios.

- **O aumento da eficiência logística, com a racionalização das plantas fabris**, que possibilitará reduções de gastos com frete. Com relação a essa questão, a SEAE esclarece que economias com a racionalização da distribuição de plantas ocorrem fundamentalmente quando as plantas das empresas em concentração se localizam em regiões diferentes, o que não se verificaria no caso em tela. Ademais, acredita ser mais factível que economias surjam com o fechamento de fábricas, dado a capacidade ociosa existente. Por fim, ressalta que a racionalização de plantas pode ocorrer de outras formas menos competitivas, como através da reestruturação interna das empresas;

- **Os lançamentos de novos produtos²⁹ e melhoramento de processos produtivos³⁰**. Apesar das requerentes não terem apresentado dados abertos que pudessem confirmar tal eficiência, a SEAE argumenta que não há como fazer previsões e que, como as inovações vêm ocorrendo, em grande parte, em função da concorrência entre as empresas em fusão, é possível que a união delas possa provocar uma diminuição no ritmo de inovação. Por outro lado, a SEAE considera a melhoria de processos, quando depender apenas da transferência de tecnologia e de *Know-how*, mais fácil de ser demonstrada e aceita.

- **A entrada em novos mercados e possibilidade de expansão em outros em que já atuam**. A SEAE não considera esse ponto uma eficiência específica do ato, pois pode ser atingida de outra maneira (destaque-se o caso da Brahma, que lançou nos últimos anos o produto Marathon). De outra forma, as requerentes não prestaram informações que indicassem a expansão de outros mercados, exceto cerveja e refrigerante; e

²⁹ O incremento da oferta de cervejas sem álcool; o aumento da oferta de produtos não-alcoólicos e não carbonatados, como isotônicos, sucos, chás e águas; o intercâmbio de tecnologia na produção de sucos e essências naturais, aumentando sua participação nos produtos não alcoólicos; o lançamento de novas embalagens; e o aumento da agilidade no desenvolvimento de novos produtos, através da utilização de plantas piloto para produção de cervejas, refrigerantes e bebidas não alcoólicas em geral.

³⁰ A transferência de *Know-how* em maltes, através do desenvolvimento de novas variedades de cevadas, propiciando redução de importações de maltes; a padronização dos processos de fabricação de refrigerantes, por meio de adoção de Kits de concentrados; a disseminação do sistema de fermentação sob pressão, com melhoria no rendimento do processo; e a transferência de tecnologia de enchimento asséptico, com disseminação de tecnologia para cervejas e isotônicos, propiciando a fabricação de produtos sem a utilização de conservantes.

- **A criação de capacidade financeira para a internacionalização da empresa**, que possibilitará às empresas nacionais atingirem padrões de qualidade similares aos das empresas estrangeiras, podendo competir com as mesmas, dado a abertura do mercado brasileiro. Cabe destacar aqui que o aumento das exportações, com a internacionalização da empresa, possibilitará diminuir a capacidade ociosa existente e, conseqüentemente, repassar os ganhos obtidos para o consumidor. Nessa questão, a SEAE acha improvável, e até mesmo um objetivo ambicioso das requerentes, que haja um aumento significativo das exportações, não só pela experiência recente brasileira na ocasião da *joint-venture* entre a Anheuser-Bush e a Antarctica, como, também, pela tendência de baixa representatividade no total das exportações ao longo dos anos.

Hipótese alternativa sobre a quantificação das eficiências

271. Diante do pouco detalhamento apresentado pelas requerentes, a SEAE optou por um enfoque financeiro e contábil na análise de determinadas alegações, a fim de estipular parâmetros mínimos para aceitar as eficiências apresentadas pelas empresas.

- *Eficiências Estimadas para Área de Suprimentos* - estimativa da SEAE é de que não existe eficiência para área de suprimentos, ao contrário da alegação das requerentes.
- *Eficiências Estimadas para Área Industrial* - na Área Industrial, o estudo da SEAE conclui ser pouco provável a redução de custos como alegado pelas requerentes, sendo que, conforme os cálculos SEAE, com a redução nominal dos custos totais, é mantido o mesmo nível atual de produção.
- *Eficiências Estimadas para Área Comercial* - a estimativa da SEAE confere com a análise da AmBev.
- *Eficiências Estimadas para Área de Distribuição* - a SEAE constatou que a redução alegada de custos com a transferência de tecnologia de distribuição da Brahma para a rede da Antarctica, não é muito realista.
- *Eficiências Estimadas para Área Administrativa e Financeira* - a redução alegada, na área administrativa financeira representaria uma redução significativa. Entretanto, o cálculo da SEAE representa apenas uma transferência de caixas entre empresas.

X.16 SDE

272. A SDE, assim como a SEAE, discute as eficiências, alegadas pelas requerentes conforme foram apresentadas.

273. Num primeiro momento, esclarece que sua análise se fixou na primeira e terceira condições do inciso I³¹, §1º, do art.54, entendendo ser suficiente, para se considerar atendido o mandamento legal, que apenas uma das três exigências contidas naquele inciso seja cumprida.

Eficiências na Área Industrial

- REDUÇÃO DE CUSTOS FIXOS COM O FECHAMENTO DE FÁBRICAS³²

274. A SDE calculou diretamente as economias em custos fixos a serem obtidas com o fechamento de algumas plantas. As capacidades instaladas mensais das fábricas a serem fechadas são as seguintes:

Capacidade Instalada das Fábricas a serem Desativadas

FÁBRICA	CAPACIDADE INSTALADA (HL/MÊS)
Miranda Correia	33.333
Cuiabana	166.667
Cibeb	241.667
TOTAL FÁBRICAS BRAHMA	441.667
Estrela	58.333
Getúlio Vargas	50.620
TOTAL FÁBRICAS ANTARCTICA	108.953
TOTAL	550.620

³¹ O primeiro dos requisitos, explicitado no inciso I, do parágrafo 1º, do art.54, é que pelo menos uma de três condições seja cumprida, a saber: (a) aumentar a produtividade; (b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou (c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

³² Confidencial

275. Segundo a SDE, os dados apresentados pela AmBev demonstraram desajustes e diferenças nos resultados, que ocasionaram interpretação, por parte daquela Secretaria, de que os dados teriam sido apresentados com indícios de enganiosidade.

276. Em razão disso, a AmBev voluntariamente contratou uma auditoria para reapreciar seus próprios dados, e apresentou ao CADE os itens relativos às eficiências, devidamente auditados e ajustados, a saber:

“As eficiências a serem perseguidas pelas empresas em um ato de concentração não estão adstritas à remissão legal, pois ao utilizar a palavra eficiência, admitiu o legislador hipóteses outras que não apenas aquelas elencadas no texto da lei, podendo-se assim contemplar as mais diversas ações dos agentes econômicos, tanto no campo operacional quanto administrativo e financeiro, tais como uma melhor integração de instalações fabris, a especialização da fábrica, a implantação de novos processos proprietários de fabricação do produto e de logística em marketing e distribuição, dentre muitos outros.

In casu, as requerentes, além de pretenderem alcançar algumas das eficiências expressamente citadas em lei, certamente alcançarão outras tantas. Com efeito, as requerentes, de maneira inédita no CADE, cuidaram de mandar auditar as eficiências a serem geradas pela fusão, estando todas elas avaliadas em trabalho cuidadosamente elaborado pela empresa de auditoria Trevisan, que chegou a valor substancial, ainda que pouco inferior àquele estimado pelas requerentes.

Assim, aumentos de produtividade, devidamente quantificados, que conduzirão à redução de custos, transformar-se-ão certamente em benefício econômico socialmente desejável, eis que resultados positivos serão gerados para os consumidores.

O processo de estimativa do valor das eficiências evoluiu sensivelmente desde de julho/99, quando a AmBev foi anunciada, até os dias de hoje. Ocorre que no início, dado o pouco conhecimento recíproco sobre os números das duas empresas e dado que havia uma medida cautelar em vigor, as requerentes fizeram cálculos indicativos da ordem de grandeza de cada uma das eficiências.

À medida que as empresas foram tendo maior conhecimento recíproco dos seus números, respeitando-se sempre a medida cautelar, foi sendo possível refinar as primeiras estimativas e cálculos chegando-se a números ainda

mais consistentes e embasados. À medida também que o de 1999 foi sendo encerrado passou-se a ter uma base anualizada real que foi fundamental no cálculo das eficiências.

Originalmente, apresentou-se à SEAE números de eficiências que foram sendo refinados para serem submetidos a SDE.

Posteriormente, esses números foram auditados e conciliados de modo a proceder-se os respectivos ajustes.

Conciliados os números enviados pela AmBev à SDE com os auditados pela Trevisan e os respectivos ajustes.”

XI. DAS MANIFESTAÇÕES SOBRE A FUSÃO

◆ 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 Antártica e Brahma, requerendo que fosse julgada procedente a representação, invalidando a criação da Ambev e de todos os atos praticados até agora, objetivando a fusão das empresas Brahma e Antártica, por desatender aos princípios e às normas jurídico-constitucionais que regem a concorrência no mercado brasileiro, com evidente prejuízo para os trabalhadores do setor, ameaçados de perderem os seus empregos e para consumidores das bebidas fabricadas e distribuídas pelos mencionados grupos empresariais (fls. 356/357).

◆ Manifestação da CNTA - Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação e Afins, considerando que a pretensão de fusão “tem causado uma grande preocupação por parte da representação dos trabalhadores, pelas conseqüências na redução de postos de trabalhos”.

◆ 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 contrário ao ato de concentração em exame, onde concluiu que:

“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 a AmBev, causando desemprego, porque não dizer desestabilizando a economia de muitos Municípios que sobrevivem dos impostos e salários dos funcionários”.

◆ Manifestação da Federação Nacional das Associações dos Distribuidores dos Produtos Skol Caracu, através de seu Presidente que entendeu, caso se mantenha a independência das redes de distribuição (Skol, Brahma e Antártica), que a fusão se reverterá em benefício de todos.

◆ A Associação Brasileira das Distribuidoras Antartica - ABRADISA, manifesta-se no sentido de apoiar o processo de fusão em questão.

◆ A Federação de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo, manifestou 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.

◆ Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Assis/SP manifesta-se contrário sobre a pretendida fusão das sociedades Brahma/Skol e Artartica.

◆ Manifestação contrária sobre a fusão do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Tupã/São Paulo.

◆ Manifesta-se contrariamente sobre a fusão o Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Marília/São Paulo.

◆ Manifestação contrária sobre a fusão do Sindicato de Hotéis de Restaurantes, Bares e Similares de Ourinhos de São Paulo.

◆ Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de

Araçatuba/São Paulo, manifestou-se contrariamente sobre a 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.

◆ Manifestação contrária sobre a fusão do Sindicato de Hotéis, Restaurante, Bares e Similares de Limeira e Região/São Paulo.

◆ Manifestação contrária sobre a fusão do Sindicato de Hotéis, Restaurante, Bares e Similares de São Carlos, Estado de São Paulo.

◆ Manifestação da Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB, que expressa preocupação com a fusão das sociedades Brahma/Skol e Antártica, 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 às 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.

◆ Manifestação do advogado Ruy Camilo Júnior, defendendo, com amparo na Lei 8.884/94, a necessidade de garantias específicas para assegurar a efetividade da concorrência em nível de distribuição de bebidas. Foi encaminhada cópia da manifestação apresentada à SDE aos cuidados da Conselheira Hebe Romano.

◆ Manifestação do Sr. Moacyr Medeiros Alves, pequeno investidor que possui ações da Cia Antártica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, que, em síntese, alega que a Gazeta Mercantil de 06/08/99 publicou o edital informando que a Assembléia Geral Extraordinária

de 05/07/99 alterou o valor das ações unitárias subscritas pela fundação controladora da Antártica de 0,22628481 para 2,374169564752, valor este que, multiplicado por 48,63 ações, passa a representar R\$ 115,47 (cento e quinze reais e quarenta e sete centavos), valor contábil patrimonial da ação da Antártica. Assim sendo, a Fundação Antônio e Helena Zerrenner paga pelas mesmas ações 1.049,20% a mais que a Brahma. Por fim, sugeriu que fossem tomadas providências pela CVM para coibir este abuso.

◆ Manifestação do Presidente do Sindicato dos Trabalhadores da Indústria e Cooperativas de Alimentação de Estrela-RS, Sr. Clésio Ivo Mühl, mostrando-se preocupado com a possível fusão entre a Brahma e a Antarctica, principalmente com a possibilidade de uma possível demissão de 260 trabalhadores da unidade de Estrela.

◆ Manifestação do Presidente da Câmara dos Dirigentes Lojistas - CDL de Estrela-RS, Sr. Waldemar R. Leipelt, preocupado com o futuro da indústria de bebidas Antártica Polar S/A, solicitando uma análise profunda e que ficasse condicionado imprescindivelmente a manutenção das unidades fabris existentes.

◆ Manifestação do Presidente da Leoni Refrigerantes S/A, Sr. Valmir Cesar Leoni, franquiado de refrigerantes Brahma durante 16 anos. Segundo o declarante, em 1995 a Brahma transferiu para a BAESA (Buenos Aires Enlatelladora S/A) os direitos de engarrafar refrigerantes Brahma e Pepsi no Brasil, o que lhe gerou sérios problemas. Com o anúncio da fusão, a Skol proibiu seus revendedores de trabalhar com os produtos da declarante, o que estaria ameaçando o fechamento de sua empresa.

◆ Manifestação do Presidente da Associação Brasileira de Distribuidoras Antarctica complementando sua manifestação datada de 27/06/99, apresentou um breve histórico da distribuição de cervejas e refrigerantes no Brasil, enfatizando a importância das redes de distribuição terceirizada e independentes.

◆ Manifestação do Presidente da ABREDI, Associação de Bares e Restaurantes Diferenciados afirmando que “o mercado deve ser preservado como está e se possível aprimorado”.

◆ Manifestação do Coordenador Geral do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de Alimentação de Montenegro/RS, através de seu Coordenador Geral, Sr. Oscar Francisco Paes de Oliveira, demonstrando preocupação com a fusão em tela, posto que esta pode trazer problemas sérios aos trabalhadores do município de Montenegro. A mesma reivindicação foi feita pelo Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias e Cooperativas de

Alimentação de Estrela, Teutônia, Bom Retiro do Sul, Colinas-Imigrantes e Fazenda Vilanova.

◆ Manifestação da Empresa Fagundes Distribuidora de Bebidas Ltda - Divinópolis/MG por seus advogados Hélio de Oliveira Barbosa e outros, relatando problemas quanto à distribuição de bebidas da Brahma e Antártica. A Brahma, que segundo a manifestante, vem dizimando sua rede de distribuidores, extinguindo ou interrompendo, unilateralmente, seus contratos com as distribuidoras.

◆ Manifestação da Distribuidora de Bebidas Baião Itaperunense Ltda., por seu procurador legal, Sr. Leonardo F. Leão Borges, pedindo providências quanto à rescisão do contrato de prestação de serviço que mantinha com a Antartica.

◆ Manifestação do Sindicato de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares de Bauru/São Paulo, em atendimento ao despacho da SDE, de 02/07/99, manifestando seu repúdio ao ato em tela, preocupado com as possíveis condições que poderiam ser impostas e com o mercado em si.

◆ A Federação Nacional das Associações dos Distribuidores dos Produtos Skol Caracu trouxe aos autos, após inúmeras análises sobre a questão, três possíveis cenários que poderão resultar da fusão.

277. Na primeira hipótese, a decisão do CADE obrigaria os fabricantes das respectivas cervejas a manter as atuais Redes de Distribuição independentes entre si, cada uma com seu território de atuação e suas respectivas marcas representadas, a fim de preservar a concorrência entre elas.

278. Na segunda hipótese, o CADE não faria exigências quanto à distribuição, atribuindo à nova empresa denominada AmBev a decisão sobre o sistema de distribuição, implicando na possibilidade de fusão entre as empresas distribuidoras das diferentes marcas.

279. No terceiro caso, a decisão do Conselho obrigaria os fabricantes das 3 cervejarias a efetuar venda de qualquer marca a qualquer distribuidor interessado, extinguindo a demarcação de territórios e ampliando o número de intermediários horizontal e verticalmente.

280. Segundo eles, e por eles mesmos considerados “especialistas e profundos conhecedores dos mercados em questão”, estes três cenários trariam diferentes conseqüências para o mercado e para o país.

281. Afirmam que o primeiro cenário seria o mais favorável em todos os aspectos, principalmente para o consumidor final e concluíram dizendo que “somente redes credenciadas responsáveis por um território têm

comprometimento e possibilidade de atender à demanda”.

◆ Denúncia do Sr. Eduardo Gaglianone Abreu, manifestando sua indignação quanto à rescisão unilateral dos contratos com distribuidores da marca. A companhia Brahma tem mantido apenas os contratos chamados de estratégicos, que seriam os contratos de distribuição em regiões não interessantes para a distribuição não realizada pela Brahma.

◆ Manifestação da Nutrale Indústria e Comércio de Produtos Agropecuários Ltda, representada pela “M. A. Pezolato S/C Advogados Associados”, que anexou cópias de petições ajuizadas contra a Brahma na comarca de Agudos/SP e Piracicaba, no intuito de ajudar na decisão de aprovação ou não da fusão.

◆ Manifestação do Sr. Dário Dall’Agnol, pertencente a uma família que trabalha com revenda de Skol na região de Chapecó-SC, que veio informar que está sendo obrigado a fazer suas retiradas por determinadas empresas Brahma, na unidade de Viamão-RS, por haver benefícios fiscais naquela fábrica.

◆ Denúncia do Sr. Antônio Souza Santos Filho, afirmando que no dia 07/10/99 foi desligado da função de gerente de negócios da Indústria de Bebidas Antártica do Rio Grande do Norte, faltando apenas 1 ano e 5 meses para sua aposentadoria, assim como outros colegas.

◆ Nova manifestação do Sr. Dário Dall’Agnol, criticando a fusão. Segundo ele 78% dos revendedores existentes das marcas Brahma, Skol e Antártica foram eliminados na região de Santa Catarina e Paraná. Havendo a fusão das empresas, haveria também a fusão dos distribuidores, o que, segundo ele é extremamente prejudicial para o trabalhador. Em 15 de novembro de 1999 se manifestou novamente, aduzindo os mesmos argumentos.

◆ Manifestação da Distribuidora de Bebidas Satélite Ltda., em 24/11/99, informando que já havia promovido informação formal perante a SDE por estar a Brahma operando de forma a dominar o mercado. Requeru nesta manifestação a suspensão do ato de concentração até apreciação final das distribuidoras e convocou os distribuidores através das respectivas Associações para dirimir problemas relativos à distribuição.

◆ Solicitação da CUT, por seu representante legal, Dr. Marthius Sávio Cavalcante Lobato, requerendo concessão de vista dos autos, a qual foi indeferida pela Conselheira-Relatora, tendo em vista não ser parte no processo.

- ◆ Manifestação da Associação Paranaense de Proprietários de Restaurantes e Similares - APPRES, prestando apoio à operação de fusão Brahma-Antarctica.
- ◆ Manifestação da Deputada Federal Angela Guadagnin, solicitando cuidado na análise do processo de fusão Brahma-Antarctica, vez que recebeu documentos do Sindicato de Trabalhadores na Indústria de Cervejarias de São José dos Campos e Região, com denúncias de ataques aos direitos dos trabalhadores.
- ◆ Manifestação do Deputado Augusto Nardes, pedindo cautela na análise do processo em questão, a fim de que a fusão não crie um monopólio nesse segmento econômico. Ao pedido do Deputado está anexada carta que foi enviada ao mesmo pelo Presidente da “Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda.”, Humberto Pandolpho, explicitando as razões que o levam a propugnar pela não-aprovação da operação.
- ◆ Manifestação de Marcos M. de Miranda, funcionário público de Ribeirão Preto/São Paulo, solidarizando-se com a operação de fusão, embora propugne pela aprovação com “condições”.
- ◆ Manifestação do Deputado Valdemar Costa Neto, apresentando comentários, dúvidas e apreensões acerca do Ato de Concentração, ora em análise. Requer, caso seja aprovada a fusão, que se exija da AmBev e de suas subsidiárias que “limitem suas atividades publicitárias aos horários permitidos às demais bebidas alcólicas”.
- ◆ Manifestação do Sr. Francisco Klujsza, externando seu “repúdio a essa chamada “fusão””.
- ◆ Representação dos Srs. Floriano de Lima Nascimento e Esther de Souza Teixeira, pedindo a “invalidação da criação da AmBev e de todos os atos praticados até agora”, sob a alegação de que os trabalhadores teriam a possibilidade de perder seus empregos.
- ◆ Manifestação do Sr. Jovair Antônio da Silva, demonstrando sua “decepção para com a Companhia Antarctica da qual fomos distribuidores durante 36 anos”. Em anexo a essa manifestação, consta um documento da Antarctica, no qual notifica o Sr. Jovair a respeito de sua rescisão contratual.
- ◆ Nova manifestação do advogado Ruy Pereira Camilo Júnior, que traz aos autos a necessidade da manutenção de redes autônomas e independentes para a distribuição das marcas sob controle comum. Pugna por regras específicas, e não por meros chavões, para que se regule essa manutenção de distribuição. Ao final, com base na doutrina e legislação pertinente, apresenta suas propostas para tutela da concorrência no setor de bebidas.

◆ Manifestação favorável da Federação Nacional das Associações de Revendedores de Cervejas, Chopp e Refrigerantes, que por intermédio de seu Presidente, o Sr. Carlos Alberto da Fonseca, assevera que a fusão atende de maneira adequada à necessidade de globalização dos negócios desenvolvidos pelas requerentes. Diz, ainda, que sem essa fusão se tornaria inviável a manutenção da competitividade neste mercado globalizado. Entende que se a distribuição se mantiver independente, as três redes terão condições efetivas de continuar a sua livre e importante concorrência.

◆ Manifestação do Sr. Oseas Andrade Ferreira, que entende que a globalização é um fenômeno impossível de se deter, e que o Brasil vai dar o exemplo de normatização de fusão. Para tanto sugere a criação de um conceito chamado “empresa convergente”, onde as empresas envolvidas não poderiam demitir, não poderiam retirar seus produtos do mercado. Diz, ainda, que no caso de dissolução, os produtos comercializados continuariam normalmente no mercado, saindo apenas aqueles resultantes do contrato convergente.

◆ Manifestação de repúdio contra a fusão, por parte da Federação de Hotéis, Restaurantes, bares e similares do Estado de São Paulo, afirmando que com a fusão a AmBev terá um poder de mercado elevadíssimo e absolutamente discrepante em relação à suas competidoras, tanto no poder de venda, quanto no poder de compra. Assevera que sua maior preocupação é o desemprego que poderá ocorrer com o fechamento de fábricas em regiões não satisfatórias à AmBev.

◆ Denúncia feita pela ABEVA - Associação Brasileira das Empresas Vinculadas à Antártica e Refrigerantes Brasília Ltda., propugnando pela não aprovação da operação de fusão. As requerentes responderam que os pedidos apresentados pela Refrigerantes Brasília deveriam ser ignorados por completo. Quanto às denúncias da ABEVA, são refutadas pelas requerentes, tendo em vista que todas as alegações da Denunciante (ABEVA) são objeto de processos judiciais em andamento;

◆ A empresa “Coca-Cola Indústrias Ltda.”, com sede na cidade do Rio de Janeiro, através de seus patronos, requer seu acesso aos autos, bem como “solicita ser notificada de todos os respectivos atos processuais para que, sempre que oportuno, lhe seja proporcionado o direito de manifestação e de participação no processo”;

◆ Documento da Federação de Hotéis, Restaurantes, Bares e Similares do Estado de São Paulo, em 30 de Agosto de 1999, que vem aos autos informar que no Conselho de Representantes, órgão máximo da Federação, foi deliberado, por unanimidade, que não tem condições de se manifestar sobre

aspectos jurídicos e econômicos da fusão das empresas, em razão de não estar a par dos termos do referido processo. Foi deliberado, ainda, que a posição tomada é idêntica àquela tomada pela Federação, na reunião com a SEAE. Finalmente, considerou o Conselho equivocada a atitude tomada pelo Sr. Tesoureiro Geral, não refletindo a posição da Federação, nem de seus integrantes.

XII. MANIFESTAÇÕES DA CONCORRÊNCIA

XII.1 Manifestação da Schincariol

282. Atendendo a ofício, a “Primo Schincariol - Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A” encaminhou à SDE (em caráter confidencial) dados sobre a sua participação do setor de bebidas; participação percentual das exportações das cervejas Schincariol no período de 1994 a 1998; estabelecimentos industriais do grupo controlador da cerveja no país, e seus respectivos endereços; capacidade instalada e utilizada de cada um dos estabelecimentos industriais.

283. Indagada a empresa no ofício se “a qualidade e/ou gosto da cerveja e do refrigerante se alteram no percurso de grandes distâncias?”, a empresa respondeu que “a qualidade e/ou gosto da cerveja e/ou refrigerantes não se alteram em função da distância, quando transportados em condições adequadas, fato que ocorre com nossos produtos”.

284. Saliente-se que a empresa teve oportunidade de se manifestar outras vezes nos autos, respondendo a ofícios, sendo que os dados constantes dessas respostas fazem parte dos apartados confidenciais.

XII.2 Manifestações da Kaiser

XII.2.1

285. A Kaiser, representada por seu advogado, Dr. José Inácio Gonzaga Franceschini, apresentou em 16 de julho de 1999, em atenção ao despacho n. 450, do Secretário de Direito Econômico, a sua impugnação à aprovação do ato.

286. Quanto ao mercado relevante, segundo o representante, as recentes decisões do CADE definem as cervejas como integrantes de um mesmo e único mercado relevante. Ele alega que a possibilidade de

substituição entre bebidas alcoólicas e não alcoólicas são pequenas e não há flexibilidade no processo de produção destas bebidas. No índice de substitubilidade da cerveja, os consumidores exercem suas opções de escolha de acordo com o teor alcoólico e o preço. Na determinação dos produtos integrantes de um mercado relevante, a Kaiser defende que a relação renda-consumo nada ou pouco importa, e quanto à elasticidade-preço, o aumento do preço da cerveja determina a mudança da marca ou classe da cerveja e não a escolha de outra bebida.

287. Quanto ao mercado relevante geográfico, diz que o elevado custo do transporte do produto e a montagem de logísticas regionais de produção e distribuição, somados a características como gosto, preferências e renda dos consumidores, determinam condições competitivas distributivas em cada mercado regional.

288. Com relação às importações que, segundo a Kaiser, representam menos de 1%, mesmo que as alíquotas fossem zeradas, elas não ameaçariam a AmBev. Quanto ao padrão de competição, segundo dados da Nielsen de 1998, a AmBev tem 73,2% do mercado e os 4 maiores 96,7%. O HHI antes da operação era de 3.258, passando para 5.681, um incremento de 2.423 pontos. Segundo seu representante legal, existem ainda elevadas barreiras à entrada e não haverá ganhos de eficiência se aprovada a fusão.

289. Os principais instrumentos que permitem o domínio do mercado, enumerados pela Kaiser, foram:

- A diferenciação de produto onde, no caso em tela, a preferência ou a lealdade dos consumidores por determinadas marcas “cria uma forte assimetria de poder de mercado relativamente aos concorrentes”.
- A constituição e o gerenciamento de um *portfolio* de marcas: A Ambev possui as marcas Brahma, Skol e Antarctica, dentre outras, garantindo-lhe montagens competitivas sobre os concorrentes e atuando como fator de dissuasão deles. Alega, ainda, que a posição financeira da AmBev pode ser utilizada para impedir ou fazer retroceder concorrentes.
- A montagem de estruturas de comercialização e distribuição com grande extensão e ramificação geográfica: Segundo a Kaiser, fora esta barreira, que obviamente requer investimentos vultosos, principalmente porque o mercado latino-americano tem preferência por garrafa de vidro retornável, existem ainda os custos em manutenção da rede de comercialização, distribuição e transportes, que são fixos e que diminuem seu custo unitário proporcionalmente à escala de produção, o que no caso da Ambev seria de

73% do mercado nacional. Assim, entendem que há um poder de mercado assimétrico, que dificulta ou mesmo impede qualquer ameaça à posição da AmBev.

290. Por fim, alegou que, como demonstrado, a operação não cumpre as condições previstas para sua apreciação, nos termos do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94.

291. Com relação às eficiências, preliminarmente, a impugnante repete que a fusão está sendo feita para enfrentar o mercado internacional. Ocorre que este mercado é inviável para a AmBev, porque a presença de embalagens retornáveis e os custos com transportes inviabilizariam a exportação em escala significativa.

292. Alega ainda que, quanto à manutenção das redes de distribuição independentes e concorrentes entre si, seria “infantil” imaginar tal situação, sobretudo porque eles estavam sujeitos às mesmas estratégias de *marketing*, sob comando único.

293. Também não haveria aprendizado mútuo em matéria de tecnologia de produção, somente racionalização da estrutura de produção. Apenas o consumidor estrangeiro lucraria em matéria de variedade, o nacional perderia.

294. Por fim, requereu a desconstituição do ato, ou, se for “absurdamente” aprovado, no mínimo a sua sujeição a severos condicionamentos.

XII.2.2

295. Em 04/08/99, representada por seu procurador, Dr. Franceschini, a Kaiser, em resposta complementar ao ofício nº988/SEAE/COGPI/RJ, novamente apresentou manifestação.

296. Alega que as requerentes se alternam na liderança do mercado de cerveja em todos os Estados considerados pela SEAE, e apresentam diversas tabelas e informações, fornecidas pela A.C. Nielsen, a respeito do *market share* por unidade da federação, cujos valores são apresentados na tabela seguinte:

UF	Kaiser	Com Fusão	Brahma	Skol	Antarctica
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

297. Argumenta que o *portfolio* herdado pela AmBev aumentará a capacidade de ocupar diferentes segmentos do mercado consumidor, em detrimento de qualquer pretensão competitiva entre concorrentes e compartilhamento de estruturas logísticas de produção e distribuição, além de beneficiar-se de ganhos fiscais decorrentes da “associação”.

298. Ademais, assevera que inexistente relação direta e inequívoca entre preços e quantidades vendidas no mercado de cerveja. Acredita que o desempenho de determinada marca tem de ser mediado por outros fatores, dentre eles a preferência estabelecida por determinadas marcas e a disponibilidade das mesmas nos pontos-de-venda.

299. Acredita, ainda, que o gerenciamento adequado do portfólio de marcas, combinado com os esforços de marketing, permitem a elevação do preço médio praticado pela Brahma após a aquisição da Antartica, o que vai de encontro aos interesses do consumidor.

300. Finalmente, dizem que a operação resultará em substancial dano à concorrência, sem qualquer tipo de compensação aos consumidores, requerendo, portanto, a descontinuação do ato para resguardo do interesse

público e da coletividade.

301. Trouxe 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.

XII.2.3

302. A Cervejaria Kaiser Brasil Ltda, por seu advogado Dr. José Alberto Gonçalves Motta, manifestou-se nos autos em função da notícia publicada no jornal Gazeta Mercantil, edição de 06/07 de setembro de 1999, bem como a convocação da Assembléia Geral. Consta que no dia 15/09/99 haveria a transferência do total das ações da Antarctica para a AmBev.

303. Segundo o declarante, esta medida seria tomada visando tornar irreversível a operação antes de sua aprovação pelo CADE, contrariando o despacho da Conselheira-Relatora de 14/07/99. Ainda segundo o declarante, a incorporação seria uma operação essencialmente concentracionista, visto que a transferência da totalidade das ações acaba por substituir os órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial.

Contestação da Ambev sobre a manifestação da Kaiser

304. Os representantes legais da AmBev manifestaram-se nos autos contestando os argumentos da manifestação da Kaiser. Em síntese, disse que os atos proibidos pelo CADE eram aqueles cuja prática repercutisse na estrutura de produção e comercialização das empresas envolvidas.

305. Segundo os representantes, a deliberação que estava sendo submetida à Assembléia Geral visaria tão somente oferecer aos acionistas minoritários da Cia Antártica Paulista a oportunidade de participarem diretamente da empresa Holding do grupo AMBEV. Por fim, protestaram pela concessão de vista e prazo adequado para manifestações dos requerentes e aplicação das penalidades concernentes à litigância de má-fé da Kaiser.

XII.2.4

306. Em nova manifestação da Cervejaria Kaiser, seus advogados expuseram novos argumentos a respeito da não apreciação do Ato. Quanto à

produtividade, segundo o representante, não haveria ganhos neste setor, pois as indústrias de cerveja Brahma e Antarctica não teriam o que aprender uma com a outra, nem mesmo em termos de eficiências em vendas e entrega, pois elas já disseram que mantêm redes de distribuição independentes.

307. Segundo estimativas da Kaiser, com a união haverá uma perda de 1.792 postos de trabalho imediatos e na área fiscal um reforço de caixa na ordem de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões) ao ano. Diz ainda que a AmBev pode produzir 100% de sua produção sem recolher aos cofres públicos grande parte de ICMS devido. A Kaiser acredita que, ao reunir sob um mesmo comando a estratégia de vendas de marcas líderes, a AmBev teria plenas condições de manipular o posicionamento de mercado de diferentes marcas, podendo inibir ou coibir a ação de empresas concorrentes.

308. A questão da fidelidade à marca e *marketing* também foi levantada. Eles acreditam que o poder de *portfolio* da AmBev permitirá que a Brahma, utilizando-se da propaganda e marketing, invada a personalidade de consumidor, “desrespeitando-lhe o pleno exercício de um de seus direitos mais essenciais: o lazer”.

309. Foi apresentado um gráfico com as participações de mercados das 4 cervejarias, onde a média nacional ficaria 73,2% para a AMBEV, contra 16,0% para a Kaiser, não mencionando a participação das demais.

310. Em conclusão, alegou que, embora a AMBEV esteja afirmando que seu objetivo maior seja a disputa no mercado mundial de bebidas, isto não será possível em função das elevadas barreiras à entrada e ao chamado consumo de *fresh beer*, que seria a cerveja fresca que possui ponto de venda próximo da fábrica, pois a cerveja perde em qualidade ao ser exportada. Embora a operação por eles mesmos seja reconhecida como viável internacionalmente, e “esta seria efetivamente o melhor momento para a ação concentradora da Brahma, ela trará irreparáveis malefícios ao consumidor brasileiro”; ou seja, “a hipotética felicidade de venezuelanos saborearem o chope da Brahma se contrapõe ao gosto amargo dos consumidores brasileiros que verão suas opções reduzidas...”. Contudo afirmam que “não será tarefa fácil ludibriar o consumidor brasileiro, o mercado nacional e o CADE com simples apelo xenófobo, nacionalista e ufanista” e que “seria interessante consultar o consumidor se, na hipótese de alteração de preços da cerveja tomaria, após uma extenuante semana de trabalho ou em comemoração de uma vitória futebolística, o refrigerante, o suco ou a água mineral como produto substituto.

XII.2.5

311. Pedido da “Cervejaria Kaiser do Brasil S/A” em ser admitida nos autos na condição de terceira interessada, a fim de obter cópias dos autos.

A Procuradoria do CADE exarou seu parecer, deixando ao alvedrio da Conselheira-Relatora a determinação de tal medida. A matéria é passível de ser esclarecida quando da prolação do voto.

XII.2.6

312. Petição da empresa “Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda.”, respondendo a ofício, com a lista, localização, capacidade produtiva, valor transacionado (faturamento), ociosidade, e volumes produzidos pelas unidades fabris “Kaiser” nos últimos 5 anos. Apresentam texto com o sistema de distribuição da Kaiser (com implantação/ práticas operacionais/ treinamento/ roteirização/ participação de terceiros). Juntou, ainda, dados sobre a frota, pessoal e volume por distribuidor “Kaiser” nos últimos cinco anos; cópia do contrato típico celebrado entre a Kaiser e distribuidor;

XII.2.7

313. Questionamento da “Cervejarias Kaiser do Brasil S/A” sobre a validade do ofício encaminhado pela Conselheira-Relatora 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. A Procuradoria do CADE entendeu que não foram verificadas as hipóteses levantadas pela petionária, ressaltando que “o CADE já consultou órgãos pertencentes a outras pastas, como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), o Ministério dos Transportes, a SUSEP, o Banco do Brasil, Banco Central, a ANATEL, ANEEL, a Secretaria de Vigilância Sanitária, o BNDES, entre outros, em feitos diversos”.

XII.2.8

314. Petição da empresa “Cervejarias Kaiser do Brasil Ltda.” requerendo cópia da gravação da audiência realizada dia 16 de fevereiro de 2000, entre membros do Colegiado e o advogado da Petionária. Tal solicitação foi atendida.

XII.2.9

315. Petição da Cervejarias Kaiser, juntando aos autos trabalhos de autoria do Dr. Renault de Freitas Castro, intitulados “A ineficácia de soluções regionais para o caso AmBev” e, “O mau exemplo do caso Kolynos/Colgate”.

XII.2.10

316. Em resposta à denúncia formulada pela “Cervejarias Kaiser do Brasil S/A”, de que a empresa Aro S.A. - Exportação, Importação, Indústria e Comércio estaria vinculando reajustes de preço dos fornecimentos realizados à Kaiser a supostos entendimentos que estariam sendo entabulados entre a Aro e a AmBev, as requerentes juntaram petição aos autos esclarecendo todas as questões suscitadas, pedindo, ainda, que diante da improcedência da denúncia devam “ser impostas de uma vez às penalidades que a Kaiser vem fazendo por merecer em razão de sua conduta neste processo”;

XII.2.11 Manifestações da Kaiser acerca do descumprimento da medida cautelar por parte da AmBev

A) Em 10 de setembro de 1999, a Kaiser, por intermédio de seu procurador Dr. José Franceschini, apresentou à Conselheira-Relatora petição de manifestação informando que no dia 15/09/1999 a AmBev pretendia consumir a incorporação total das ações da Antarctica, via deliberação de Assembléia Geral Extraordinária desta empresa.

317. Ainda segundo o mesmo procurador, este seria mais um passo na postura pública da Brahma na criação de fatos consumados, o que terminaria em tornar irreversível a presente operação antes mesmo da decisão do CADE.

318. Asseverou mais adiante que, tendo a cautelar determinado que não poderia haver qualquer alteração significativa tanto no mercado quanto na concorrência do setor enquanto o ato estivesse em análise no CADE, estariam, portanto, preservada as relações de mercado até a deliberação final do pedido.

319. Seria, então, face ao acima relatado, inadmissível qualquer tentativa neste sentido, qual seja, a consumação da transferência do capital social da Antarctica.

320. Para fundamentar sua sustentação, traz aos autos o procurador, doutrina do ilustre jurista Nuno T. P. Carvalho, que assim leciona:

“O exercício efetivo ou potencial dessa influência determinante é que gerará a unificação dos centros decisórios. E para isso não há a necessidade da propriedade de mais da metade das ações com direito à voto. Neste aspecto, o conceito de influência determinante é mais amplo do que o de poder de controle(...) Basta que ele possa influenciar o estabelecimento dos preços na empresa da qual participa minoritariamente.”

321. Com isso, requereu, ao final, que a Conselheira-Relatora declarasse que a pretendida incorporação ia de encontro a medida cautelar decretada pelo CADE. Solicitou, ainda, a expedição de ofício à Brahma, à Antarctica e à AmBev, para que as mesmas sobrestassem qualquer ato societário que visasse a incorporação.

322. Ainda, em seu pedido, requereu que fossem oficiadas a CVM e a Junta Comercial do Estado de São Paulo, no intuito de evitar qualquer arquivamento de ata da Assembléia Geral que tivesse por finalidade consumir a dita incorporação.

B) Em 11 de novembro de 1999, por seu procurador, Dr. José Franceschini, a Kaiser apresentou nova petição onde elenca uma série de atos que, segundo a mesma, estariam sendo cometidos pela Ambev .

323. *Ab initio*, vem a Kaiser, relembrar algumas determinações impostas pelo CADE, via Medida Cautelar, bem como, a estratégia de “fato consumado” utilizada pela AmBev.

324. Salienta, ainda, a incorporação da Antarctica efetuada pela AmBev, ocorrida em Assembléia Geral da Companhia em 15/09/99, onde houve a transferência da totalidade das ações da Antarctica, o que acarretou, segundo a mesma, substituição de órgãos decisórios independentes, por um sistema unificado de controle empresarial.

325. Assim sendo, inicia sua exposição acerca dos descumprimentos da AmBev, senão vejamos:

B.1 Unificação do Sistema de Distribuição

326. Traz a Kaiser, aos autos, neste item, a postura inadequada da Brahma, que estaria utilizando os caminhões da Skol para distribuir os seus produtos.

327. Junta aos autos fotos tiradas na cidade do Rio de Janeiro, à Rua Siqueira Campos, onde a mesma prática estava sendo cometida.

328. Questiona, ao final deste tópico, o porquê de a AmBev, embora se utilize deste expediente, continuar negando, perante os órgãos da concorrência, a prática da referida conduta.

329. Finaliza o tópico, asseverando que há por parte da AmBev uma intenção de ludibriar o Conselho, bem como de desconsiderar as determinações do CADE.

B.2 Unificação da Política de *Marketing*

330. Outro ponto levantado pela petionária refere-se à coordenação de política de marketing, que conforme a revista “Isto é Dinheiro”, de 20 outubro de 1.999, passou para as mãos da Brahma, o que configuraria um ensaio geral à fusão.

B.3 Financiamento da Antartica pela Brahma

331. Neste item da peça de manifestação, a petionária levanta dúvidas acerca da recente emissão de debêntures pela Antartica, que alcançou um valor da ordem de R\$ 300 milhões. Os títulos foram intermediados por um pool de bancos, liderados pelo Banco Bradesco, que arrematou 60% destes papéis. Salientou que esses 60% de títulos foram lançados na categoria “Melhores Esforços”, enquanto os demais (40%) na categoria “Garantia Firme”.

332. Entretanto, suas suspeitas recaem sobre o seguinte aspecto - a situação financeira da Antartica é precária, o que acarretaria dificuldades em arrematar soma tão vultosa.

333. Ainda segundo a petionária, o comentário no mercado é que a Brahma teria creditado parte desse valor ao Banco Bradesco, para que se arrumasse uma forma de a Antartica trocar sua dívida de curto prazo por outra de longo prazo, cobrindo seu caixa com um custo de captação mais baixo.

334. Face a essas suspeitas suscitadas, entende ser necessário oficiar o Banco Central e a CVM, para que prestem os devidos esclarecimentos.

B.4 Compra da LATASA pela AmBev

335. Traz aos autos a peticionária a informação que corre no mercado, onde o que se afirma é que o Banco Bradesco detém 1/3 das ações da LATASA, empresa importante fornecedora de latas de alumínio para o mercado de cerveja. Entende a Kaiser que, devido à característica de agente financeiro, os interesses na cooperação do financiamento da Antarctica, como na venda de sua participação na LATASA para a Brahma, podem ser mais amplos.

336. Assim sendo, após todo o articulado na peça de manifestação, a Kaiser, resumiu dessa forma seu pedido: (1) que o CADE aplicasse à Brahma e à Antarctica, multas diárias previstas na medida cautelar, tendo em vista o desrespeito ao órgão; (2) requereu à SDE a imediata instauração de Processo Administrativo para averiguação das práticas anticoncorrenciais que a Brahma adota, mesmo antes de ser julgada a aquisição da Antarctica.; (3) que se oficiasse a CVM e o Banco Central, para investigarem informações acerca das debêntures emitidas pela Antarctica.; (4) oficiar a LATASA e a Brahma para confirmarem ou não a veracidade do boato da compra dos negócios daquela pela Brahma.

C) A terceira manifestação da Kaiser deu-se em 31 de janeiro de 2000, onde, por intermédio de novo procurador, o Dr. Túlio Freitas do Egito, foram apresentadas novos fatos que referem-se ao provável descumprimento das determinações da medida cautelar exarada pelo CADE.

337. Na peça, a Kaiser traz aos autos cópia da revista “Meios & Mensagens”, ano XXI, nº 885, na qual um anúncio da Rede Globo de Televisão informa que as cotas de patrocínio do futebol 2000, nacional e internacional, já estavam vendidas para as seguintes empresas: (1) Itaú, (2) Embratel, (3) Alpargatas, (4) Cerveja e Refrigerante Brahma, (5) Zaz(top).

338. Todavia, quando da execução do anúncio durante o jogo da Seleção Brasileira, o que se apresentou foi a propaganda do guaraná Antarctica.

339. Para comprovar o alegado, juntou cópia da fita de vídeo gravada no dia 15 de janeiro de 2000.

340. Segundo a peticionária, esse fato desrespeita totalmente a medida “preventiva” homologada pelo Plenário do CADE, vez que a mesma determinou que a Antarctica e a Brahma se abstivessem de praticar quaisquer atos que pudessem modificar a estrutura, condições ou as características do mercado, entre elas, integração das estruturas administrativas das empresas e adoção de políticas comerciais uniformes.

341. Ademais, brada por alguma forma de se dar efetividade à medida “preventiva”, pois segundo o mesmo barraria o desrespeito à decisão do Plenário do CADE.

342. Mais à frente, relembra as manifestações da peticionária datadas de 10/09 e 11/11 de 1999, e ao final vem requerer: (1) que seja o Presidente do CADE solicitado a determinar ao Procurador-Geral que providencie a imediata execução judicial da decisão que determinou a medida preventiva, (2) que seja o Procurador Geral instruído a requerer em Juízo a tutela específica da obrigação de não fazer constante da referida medida ‘preventiva’, bem como a intervenção nas empresas Antarctica e Brahma, com indicação clara e precisa das atribuições do interventor, (3) que se apliquem as multas à Antarctica e Brahma, conforme previsto na referida Medida ‘Preventiva’, (4) que seja oficiado à SDE, para instauração imediata do Processo Administrativo para que se apure a prática de condutas contrárias à ordem econômica adotadas pelas cervejarias Antarctica e Brahma.

Respostas da AMBEV, face as acusações da Kaiser

343. Foi dada ciência das acusações aos representantes legais da AmBev, que assim responderam às mesmas:

1. LATASA

344. No tocante as acusações da Kaiser acerca da LATASA, a AmBev, através de petição protocolizada no dia 29 de novembro de 1999, as consideram absolutamente falsas, com flagrante má-fé, sendo mais um dos abusos cometidos pela Kaiser no intuito de tumultuar o andamento do processo.

345. Entende que as atitudes da Kaiser já foram muito além do permitido, e pugna pela não aceitação, de agora em diante, de manifestações da mesma, pois as consideram intempestivas.

346. Outra petição, protocolizada em 08/12/99, quando a AmBev trouxe aos autos seu descontentamento com a postura protelatória da Kaiser, contém, também, resposta às acusações sobre LATASA.

347. Nesta peça, alega a AmBev que se as denúncias tivessem qualquer fundamento, a Kaiser deveria dirigir-se ao Foro competente. Entretanto, ainda segundo a mesma, a Kaiser não “se atreve (*a denunciar*), face às consequências que lhe adviriam...”.

348. Cumpre ressaltar que consta dos autos resposta da LATASA, datada do dia 29 de novembro de 1999, onde diz desconhecer a existência de qualquer negociação em curso visando à venda ou algum tipo de participação societária entre esta empresa e a AmBev e/ou seus controladores.

349. Informa, também, que no momento a mesma não tem qualquer relacionamento com a AmBev, porém, mantém relacionamento comercial há longos anos com a Cia. Cervejaria Brahma e a Cia. Antartica Paulista.

350. Quanto à questão dos comentários de mercado, afirmam as requerentes que faltam elementos jurídicos consistentes para serem considerados.

2. Sistema de Distribuição

351. No que se refere às acusações sobre o sistema de distribuição da Brahma, a AmBev, em petição protocolizada em 29/11/99, responde nos seguintes termos:

352. Faz, novamente, menção ao propósito da Kaiser em conturbar o processo de fusão ora em análise.

353. Segundo a acusada, a Brahma, utiliza-se deste projeto com dois objetivos básicos: (1) a defesa de suas marcas em praças onde os distribuidores terceirizados não se tenham mostrado capazes de obter o desempenho desejado, (2) garantir o abastecimento do mercado, em caso de insolvência de distribuidor, e nos lugares em que não haja interessados para assumir a distribuição dos produtos da Companhia.

354. Lembra, finalmente, que somente uma parcela das vendas totais da Cervejaria é realizada através do sistema de distribuição direta - Projeto Forró, eis que a Brahma e a Skol fazem parte da mesma empresa antes do negócio realizado com a Antartica.

3. Publicidade em Televisão (Globo)

355. Em peça protocolizada em 22 de fevereiro de 2000, a AmBev vem defender-se das acusações, alegando que a preocupação demasiada da KAISER acerca da veiculação do Guaraná Antarctica estaria, mais uma vez, denotando o verdadeiro propósito, qual seja, o cerne da presente discussão não é o mercado de cervejas e sim o de refrigerantes, o que teria por trás da Kaiser a sua sócia, a Coca-Cola.

356. Adiante, refere-se ao alcance da Medida Cautelar, que seria, segundo a mesma, apenas a atos que sejam capazes de modificar a estrutura, condições ou características do mercado e cuja reversibilidade seja onerosa para a coletividade.

357. Com referência ao caso em concreto, alega a AmBev que quando da aquisição do pacote “Futebol 99”, foi oferecido à Brahma o direito de veicular a publicidade de “uma ou mais marcas de uma mesma categoria de produtos”, e lembra, na oportunidade que a utilização dos espaços adquiridos nunca esteve restrita aos produtos da Brahma.

358. Ressaltou que, embora as marcas tenham compartilhado o patrocínio do pacote, todas as suas estruturas de marketing continuaram totalmente independentes, inclusive com suas equipes e agências de publicidade distintas para cada marca, sendo que os custos referentes a estes gastos são arcados pelas próprias marcas. Nesse sentido, assevera que as estratégias e atividades do Guaraná Antarctica são definidas exclusivamente pela Antarctica, em conjunto com a agência de publicidade por ela contratada, sem qualquer ingerência da Brahma ou de quem quer que seja.

359. Diz, ainda, que a parcela de patrocínio que está sendo compartilhada pelas referidas marcas é ínfima em relação aos espaços publicitários comercializados em televisão.

360. Salienta, que se assim não fosse, qualquer modificação no mercado, em razão tão somente do referido compartilhamento de patrocínio, seria completamente reversível, sem qualquer onerosidade para a coletividade.

361. Afirma que as estruturas administrativas das marcas continuam completamente separadas, respondendo, como visto, cada uma pelo *marketing* de seus produtos.

4. Política de *Marketing*

362. Através de petição protocolizada em 28/02/2.000, a AmBev esclarece que não merece nenhuma fé a notícia trazida aos autos pela Kaiser.

Assevera que as políticas de marketing das marcas são totalmente independentes, e assim continuarão. Lembra, inclusive, que as políticas da Brahma e da Skol são independentes, mesmo fazendo parte do mesmo grupo societário.

5. Financiamento da Antartica pela Brahma

363. Ainda na peça protocolizada no dia 28/02/2000, diz a AmBev que não é possível qualquer interferência da Brahma na colocação de papéis da Antartica.

364. Alega que a referida operação foi realizada quando a Antartica era companhia aberta, o que significa que estava sob o rígido controle da CVM, sendo intermediada por bancos de notória credibilidade, sob a mais absoluta transparência, dentro das normas de mercado de capitais e sem a participação da Brahma.

365. Finalmente, assevera que essas acusações foram já preparadas pela Kaiser, quando da reportagem, transcrita na petição, sob o título “A Kaiser pedirá ao CADE a investigação da operação financeira da Antartica.”.

XIII. MANIFESTAÇÃO DAS REQUERENTES SOBRE O PARECER DA SDE

366. Segundo as requerentes, *uma leitura desatenta do parecer da Secretaria de Direito Econômico - SDE poderia causar aos menos avisados a falsa impressão de que se cuidaria de análise fundamentada, sólida em conteúdo, acerca do ato de concentração em apreço.*

367. Dizem que o parecer é um documento montado com o claro propósito de frustrar a aprovação do ato, sem qualquer alusão a seus aspectos positivos.

368. Alegam que houve distorção de dados e desapego à prova dos autos, além de má interpretação do estudo econométrico do Professor Renato G. Flôres.

369. Dizem que “andou mal a SDE ao desconsiderar os argumentos das requerentes acerca da definição do mercado relevante como sendo o “mercado de bebidas””. O parecer (SDE) afirma que “não haveria evidências de que o consumidor considera a maior utilidade da compra dos produtos “cerveja” e “refrigerante” em conjunto. No entender da SDE, a tese das Requerentes pecaria por ter centrado sua análise na distribuição, quando o

foco correto seria o consumo”.

370. Argumentam, no entanto, as requerentes que “as indústrias de bebidas não vendem ao consumidor final, não sendo esse, pois, o seu “cliente”. Ao contrário, todos os negócios das indústrias são realizados com intermediários (distribuidores e grandes redes varejistas)”.

371. No que diz respeito à tendência de substituição das embalagens, afirmam as requerentes que “a SDE limitou-se a questionar, de forma especulativa, os números propostos (...), sem contudo apresentar aqueles que entendia corretos”. Salientam que o parecer procurou afirmar que “não seria razoável esperar a repetição, no segmento de cervejas, daquilo que já ocorreu no segmento de refrigerantes, onde as embalagens descartáveis já em muito superaram as retornáveis”. Ignoraram que “já é um fato a adoção das embalagens PET também no segmento de cervejas”.

372. Expõem circunstâncias que foram completamente ignoradas pelo parecer, como a questão das importações. Dizem que não obstante ser ainda proporcionalmente baixo o volume de importações, esse número tende a crescer com a globalização.

373. Ao contrário do que pretende o parecer, as requerentes dizem que há dados de que as marcas não AmBev, se consideradas em conjunto, dispõem de uma distribuição tão abrangente quanto as das marcas da AmBev. Assim, o consumidor teria sempre uma marca não AmBev disponível.

374. As requerentes dizem causar “espanto” a análise jurídica dos contratos de distribuição firmados pelos produtores e pelos distribuidores exclusivos independentes. Conclui a SDE que “a relação entre os fabricantes e distribuidores de cerveja é assimétrica, estando distribuidores jurídica e comercialmente sujeitos ao poder das fábricas”, ou seja, “controle externo”.

375. Alegam as requerentes que “se, de fato, o tal “poder de controle” fosse consequência do teor dos contratos de distribuição (...) esse poder poderia ser facilmente removido mediante providências a serem tomadas em relação ao conteúdo dos contratos (...). Se seguisse a SDE esse caminho, não teria precisado recorrer à medida extrema de sugerir a venda de todo o negócio de uma das três marcas principais da AmBev, que equivale a não aprovar a operação.”

376. Com relação a barreiras à entrada, ao contrário do que diz a SDE, alegam as requerentes que:

a) as economias de escala existem, mas não são decisivas. “Há inúmeros

exemplos de pequenos fabricantes que vêm obtendo sucesso em suas iniciativas no segmento de cervejas”;

b) a capacidade ociosa existente no mercado não impede a entrada de novos concorrentes, e não é uma barreira efetiva à entrada;

c) os investimentos necessários ao estabelecimento de uma unidade produtiva viável “são substancialmente menores do que os estimados pela SDE”;

d) “a distribuição é uma barreira transponível (...) conforme reconhecido pela SEAE”;

e) há tendência de substituição de vasilhames por embalagens descartáveis, facilitando a entrada no mercado.

377. Refutam a análise da SDE sobre probabilidade de abuso de preços, dizendo que a “AmBev não representa a reunião das três maiores marcas de cerveja no mercado (...) a terceira posição em vendas é a Kaiser Pilsen, não a Antarctica Pilsen”.

378. Segundo a SDE, no tocante às eficiências, “as contradições, inconsistências e mudanças de metodologia (...) foram tão flagrantes que podem ensejar a caracterização de enganiosidade na prestação de informações”. Contra argumentam as requerentes que a SDE acatou cerca de 70% do valor total das eficiências apresentadas pelas requerentes. Alegam que “não é crível que a SDE tenha feito uma análise sobre eficiências e acolhido um percentual tão elevado das mesmas, rechaçando apenas uma pequena parte das sinergias demonstradas”.

379. Além disso, as possibilidades sugeridas pela SDE são tidas como “inadmissíveis” pelas requerentes, pois consideram que:

1. “a venda do negócio de cerveja Antarctica, mantendo-se o negócio de refrigerantes no seio da AmBev, é inviável, pois seria impossível que refrigerantes fossem produzidos pela AmBev, enquanto a cerveja fosse fabricada por um terceiro”;

2. “caso fosse feita a venda do negócio de cerveja da Skol o resultado da operação (AmBev) teria uma empresa menor do que a maior entre as participantes do ato, antes da operação, pois se trata da marca líder no segmento de cervejas”;

3. “a hipótese de venda da cerveja Brahma resultaria do ato de concentração aprovado a paradoxal consequência de obter-se a desconcentração de mercado, já que é a Segunda marca em participação de mercado”.

380. Concluem as requerentes que:

- a) “as condições de concorrência impedem que haja qualquer abuso de poder econômico”;
- b) “serão forçadas a repassar aos consumidores as eficiências obtidas com o ato”;
- c) “não é verdade que não tenha havido repasse aos consumidores dos ganhos de eficiência obtidos pelas indústrias no passado recente”;
- d) “a internacionalização das empresas nacionais é uma necessidade”.

XIV. MEMORIAL APRESENTADO PELAS REQUERENTES

381. Não obstante terem solicitado a observância de sigilo quanto ao inteiro teor do memorial, entendi que alguns dos pontos abordados pelas requerentes deveriam ser consignados no relatório, em atenção ao Princípio da Publicidade e da Verdade Material.

382. De maneira resumida, recapitularam todos os pontos da operação, notadamente os seguintes tópicos:

383. Iniciaram com a apresentação da fusão, qualificando as empresas participantes da operação. Após, discorreram sobre a ordem econômica constitucional, os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, bem como dos aspectos jurídicos da defesa da concorrência e dos efeitos da globalização.

384. Mais à frente, ponderaram sobre as caracterizações dos mercados relevantes de produto e geográficos.

385. Demonstraram as características do negócio de bebidas no Brasil, no tocante a distribuição e formação de preços. Quanto a estrutura da demanda no segmento de mercado de cervejas, teceram ponderações acerca do perfil do consumidor brasileiro de cerveja, a sua baixa fidelidade, entre outros.

386. Nas barreiras à entrada, traçaram um histórico das transformações e da entrada no setor brasileiro de bebidas, e o sucesso da estratégia de entrada e de competição via preços. Cabe destacar o panorama da entrada em período recente - 1997-2001 - bem como as considerações sobre a viabilidade da entrada de empresas estrangeiras, e a não eliminação da concorrência pela Ambev.

387. Considerou, ainda, em seu memorial, as limitações ao exercício do poder de mercado, e os requisitos do art. 54, onde assevera que a fusão, além de proporcionar a distribuição equitativa dos benefícios entre os participantes e consumidores, também situa-se nos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

388. Em sua parte final, face ao que foi exposto no presente, entendem as requerentes que a criação da AmBev é prócompetitiva, preenchendo todos os requisitos legais necessários, requerendo, portanto a sua aprovação por este Colegiado.

389. Registre-se, por oportuno, a existência de quatro anexos, assim denominados: (a) capacidade instalada dos concorrentes e da AmBev, (b) metodologia do mercado relevante geográfico, (c) comentários de Issler sobre Relatório Flores, e (d) julgados do CADE.

XV. DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS

390. As audiências públicas são realizadas com o intuito, não de promover debates, mas de ouvir a todos que pretendem se manifestar e levar todas essas manifestações ao conhecimento do plenário.

391. A audiência pública tem por objetivo instruir os autos e colaborar para a formação de opinião dos Conselheiros.

392. Quatro foram as audiências registradas:

1 - Rio Grande do Sul: envolvendo os Municípios de Estrela, Getúlio Vargas e Monte Negro.

393. Estiveram presentes nesta audiência: O Presidente do CADE, Gesner Oliveira; o Procurador - Geral, Amauri Serralvo e os Conselheiros, Hebe Romano, Marcelo Calliari e Mércio Felsky, e o diretor do DPDE da Secretaria de Direito Econômico, Dr. Caio Mário; a Confederação dos Trabalhadores da Alimentação (Contac); a Federação da Alimentação do Estado do Rio Grande do Sul, representada pelo seu presidente Sr. Marco Antônio Figueira; o Sindicato dos Trabalhadores de Estrela, Getúlio Vargas e Monte Negro; o Prefeito de Estrela, Sr. Leonito José Mariani; o Prefeito de Getúlio Vargas, Sr. Darci José; o Presidente da Câmara de Vereadores de Estrela Sr. Ademar Dadal; os Vereadores de Getulio Vargas, Sr. Paulo Presoto e Sr. Dino; o Secretário da Indústria e Comércio de Monte Negro, Sr. Carlos

Luchesi; o Secretário da ABRADISA, Sr. Geraldo Neto e o Vice-presidente da Câmara Municipal de Monte Negro, Sr. Percival de Oliveira.

394. Nesses Municípios estão situadas as fábricas da Antarctica no Rio Grande do Sul. Há o receio que fechem as fábricas devido ao processo de fusão da Antártica e Brahma.

395. Os pontos mais relevantes desta audiência, que podem ser considerados, foram a questão do emprego (demissão de empregados, devido à fusão), a probabilidade de fechamento de algumas fábricas e o receio de que desapareçam os distribuidores da Antarctica, em função da distribuição direta aplicada pela Brahma.

396. Quanto ao mercado de refrigerantes no Rio Grande do Sul, foi informado que existem várias marcas, dentre elas Boolkin em Gravataí, Bingo e Mazolene em Getúlio Vargas, e Balverde em Erechim. Porém, apenas 30% do mercado de refrigerantes é composto por tubaínas, sendo o restante das grandes marcas.

397. A última questão levantada foi a guerra fiscal, que poderia prejudicar os Municípios do Sul. Como exemplo, foi citada a unidade do Município de Lages, que já existe a cerca de seis anos e não mais estaria sendo beneficiada pelo incentivo fiscal. Assim, este incentivo estaria sendo buscado em Viamão ou no Rio de Janeiro, ou ainda em unidades longínquas, apenas por questões econômicas.

398. Por fim, o representante da CONTAC, agradeceu, em nome de todos, a presença dos conselheiros e pediu que fossem tomadas as devidas providências para que não ocorram as preocupações ali levantadas, se aprovada a fusão.

2 - São Paulo

399. Estiveram presentes nesta audiência: O Presidente do CADE, Gesner Oliveira; os Conselheiros, Hebe Romano, Marcelo Calliari; o diretor do DPDE da Secretaria de Direito Econômico Dr. Caio Mário; o Secretário de Direito Econômico Dr. Paulo de Tarso, o Ilustre representante legal da Kaiser, Dr. José Inácio Gonzaga Francischini e Dr. Humberto Pandolfo, Presidente da Kaiser; o Sr. Siderley Oliveira Presidente da Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Indústrias de Alimentação da Antártica (Contac); o Sr. Percival Maricato representante da Associação Brasileira de Bares e

Restaurantes Diferenciados; o Sr. Athayde Gil Guerreiro, presidente da ABRADISA, e o Sr. Richardo Morichica representante do PROCON.

400. As maiores preocupações observadas dizem respeito ao resultado desta fusão, principalmente na questão do desemprego, das demissões que podem resultar dela. A Conselheira-Relatora esclarece que o critério emprego sempre é levado em consideração e que é um critério relevante, apesar de não ser o foco de atuação do CADE, que é o funcionamento do mercado.

401. O Dr. Humberto Pandolpho criticou a questão da “empresa verde-e-amarela” enfatizando que ela deveria criar empregos e recolher impostos no Brasil, fortalecendo o mercado interno, e não se estabelecer no mercado interno de outro país, como por exemplo da Venezuela ou Peru.

402. O Dr. Franceschini ressaltou o fato de que a aprovação do ato não implicará em aumento de nenhuma ordem nas exportações brasileiras. Mesmo com alíquotas de 8% de Imposto de Importação, em 1996 as participações não chegaram a 2,3%. Segundo ele, a resposta para este resultado seria a preferência por cerveja engarrafada e fresca, tecnicamente chamada de *fresh beer*, o que economicamente seria inviável transportar.

403. Também foi lembrada a questão fiscal. Segundo o declarante, a Antarctica teria comprado várias empresas em crescimento com grande ágio, o que com a aprovação da fusão, seriam repassados esses benefícios fiscais para a Brahma.

404. O Sr. Athayde Gil defendeu a criação da AmBev desde que volte a distribuição independente e terceirizada, o que faria com que os distribuidores independentes voltassem a ter seu espaço, pois este havia sido tomado pelas grandes empresas produtoras que começaram a fazer a venda direta às grandes redes de supermercado.

3 - Manaus

405. Estiveram presentes nesta audiência: o Presidente do CADE, Gesner Oliveira; a Conselheira relatora, Hebe Romano; o representante legal da Kaiser, Dr. José Inácio Gonzaga Francischini; o Presidente da Federação Nacional das Associações dos Produtos Skol - Caracu do Brasil - Fenadisk Sr. Yuri Aguiar; o Presidente do Conselho da Abradisa - Associação Brasileira das Distribuidoras Antártica Sr. Athayde Gil Guerreiro; o Presidente do Sindicato dos Trabalhadores de Bebidas Sr. Edmilson Amorim; o Sindicato dos Trabalhadores das Indústrias de Bebidas de Manaus

representado pelo Sr. Vicente Luciano; o Sindicato das Indústrias de Bebidas do Amazonas representado pelo Sr. Luiz Cruz; o Sr. Elson Melo, Diretor da Central Social da Democracia Sindical e pelo representante legal da AmBev, Dr. Carlos F. de Magalhães.

406. Algumas preocupações foram constatadas nessa audiência pública realizada em Manaus. Primeiramente a venda da fábrica da Brahma localizada em Manaus, que segundo o Sr. Edmilsom Amorim parece já ter sido confabulada há muito tempo.

407. Segundo, a questão da distribuição. A empresa Antarctica, segundo afirma, que possuía duas distribuidoras em Manaus, sempre dispensou benefícios referentes ao Decreto nº 288, coisa que a Brahma nunca dispensou. Recentemente ela demitiu 40% de seu quadro de distribuidores. Segundo o declarante o objetivo não é fazer a distribuição independente mas sim otimizar a frota. Assim, um caminhão fará a distribuição de três, desempregando de cada caminhão um motorista e três ajudantes.

408. A terceira questão levantada foi quanto à venda casada, que, segundo o Sr. Amorim, já foi vivenciada em Manaus.

409. Antes da Skol chegar à cidade, ele afirma que a Antarctica dominava cerca de 90% do mercado de cervejas. Com isso, ela obrigava seus revendedores a comprar, por exemplo, uma caixa de Baré Cola a cada cinco caixas de cerveja. Ainda segundo o Sr. Amorim, um empresário amigo que estava às vésperas de realizar um evento, e, conseqüentemente à procura de cerveja, foi obrigado a comprar refrigerante da mesma marca para que a cerveja fosse vendida.

410. Assim sendo, ele entende que a fusão apenas agravará a situação vivenciada anteriormente e que as pequenas indústrias de refrigerantes que não tiverem cerveja competitiva serão dizimadas.

411. Por último, o Dr. Franceschini sugeriu que fosse feita a transferências de fábricas incentivadas para os que estão entrando no mercado como forma de eficiência. Essas fábricas seriam vendidas como garantia de modernização da obsoleta, e seriam mantidos os empregados nelas.

4 - João Pessoa

412. A audiência pública realizada na Paraíba, em 05/02/2000, contou com a participação do Sr. Secretário de Indústria e Comércio do Estado da Paraíba; do Presidente do CADE; Procurador-Geral do CADE;

Conselheiro Mércio Felsky; e responsáveis pelo apoio administrativo do evento.

413. Nesta audiência compareceram:

- a) os representantes dos Sindicatos de Trabalhadores, manifestando preocupação com o desemprego;
- b) os representantes de distribuidores das marcas AmBev, solicitando a manutenção das redes independentes;
- c) os representantes da Kaiser, reiterando o pedido de desapropriação da operação pelas razões já expostas;
- d) os representantes da AmBev, demonstrando as razões pelas quais a fusão deve ocorrer.

414. Deixaram de comparecer, embora convidados, os PROCONs, representando os consumidores e os representantes dos Sindicatos de Bares, Restaurantes e Similares.

XVI. OUTROS

- 1) Foram juntados pelas requerentes, atendendo diligência, documentos com dados sobre as marcas das cervejas fabricadas pelas empresas envolvidas na operação, bem como as respectivas participações de mercado;
- 2) Na condição de empresa concorrente e informante, e não na qualidade de terceiro interessado, foi admitida à “Cervejaria Kaiser do Brasil S/A” o acesso aos autos e reprodução de cópias dos mesmos, desde que consultadas as requerentes 48 (quarenta e oito) horas antes, a fim de indicar as folhas que traziam informações confidenciais, conforme despacho proferido pela Conselheira-Relatora nos autos;
- 3) Despacho da Procuradoria do CADE, manifestando-se sobre a impossibilidade de sobrestamento do processo de fusão das empresas Antarctica e Brahma, por não haver previsão legal, e tal sobrestamento implicar na aprovação da operação sem restrições. A manifestação da Procuradoria se deu em razão de pedido, diretamente feito ao Sr. Ministro da Justiça, pelo Delegado de Polícia Federal, que preside o Inquérito Policial instaurado por determinação, também do Sr. Ministro da Justiça, para apurar denúncia feita pelo Sr. Airton Soares contra lisura no andamento do processo ora em análise;
- 4) Parecer da Procuradoria do CADE acerca do contrato celebrado entre a Rede Globo de Televisão e algumas empresas, inclusive a Brahma

(cerveja/refrigerante). Aventou-se a possibilidade de estar havendo desrespeito à medida preventiva o fato da propaganda do “Guaraná Antarctica” ter sido veiculada no jogo Brasil × Costa Rica. Requereu a Procuradoria à Rede Globo cópia do contrato firmado entre a emissora e a Brahma (cerveja/refrigerante) para transmissão do Futebol 2000, e requisitou informação à mesma da existência de contrato firmado com a Antarctica para o ano 2000. As requerentes trouxeram aos autos todas as informações requisitadas, que foram acolhidas pela Conselheira-Relatora. A Procuradoria entendeu necessária a resposta da rede televisiva, com as suas informações; entretanto, a Conselheira-Relatora indeferiu o pedido de cópias à Rede Globo de Televisão, por entender que os documentos trazidos aos autos pelas requerentes eram suficientes para a elucidação dos fatos, deixando a solução para o momento do voto;

5) Requerimento da Conselheira-Relatora indagando sobre os locais onde Antarctica e Brahma fabricam, em conjunto ou separadamente, cervejas, refrigerantes, águas, isotônicos e chás, com suas respectivas capacidades de produção para cada um dos produtos especificados. Saliente-se que tal requerimento foi atendido pelas requerentes;

6) Ofício expedido pela Conselheira-Relatora às requerentes, dispensando os assistentes técnicos indicados pelas empresas e comunicando, também, a dispensa do Sr. Arício Xavier de Oliveira, especialista em econometria (uma vez que não teve formalizado o seu contrato com a área administrativa do CADE), e do Sr. Roland Veras Saldanha Jr. para o caso AmBev, salientando que o mesmo continua prestando seus serviços para o CADE nas questões referentes a bebidas;

7) Ofício encaminhado pela Conselheira-Relatora às requerentes, sobre denúncia da Deputada Federal Angela Guadagnin sobre desrespeito aos direitos dos trabalhadores da indústria de cervejaria da região de São José dos Campos, que foi respondido pelas requerentes;

8) Ofício encaminhado pelos Procuradores do CADE pedindo adiamento da audiência pública de instrução requerida pela “Cervejarias Kaiser do Brasil S/A”. Tal pedido ficou impossibilitado de ser atendido, por ter o Plenário do CADE deferido a solicitação, em data anterior;

9) Correspondências anônimas com denúncias sobre distribuição e demissões. As requerentes responderam que as denúncias não procedem, inclusive no que concerne ao encerramento de atividades do Laboratório Central da Antarctica, pois o que vem sendo cogitado é apenas a modificação de sua localização física;

10) Atendendo ofício, as requerentes afirmam que as demissões, mencionadas em correspondência da Central Única dos Trabalhadores - CUT, em notícia veiculada no jornal “O Estado de São Paulo” (7 de janeiro de 2000), não infringem as determinações da medida cautelar aprovada pelo Conselho do CADE, pois em nada se vinculam aos atos de associação que resultou na constituição da AmBev, informando as requerentes que tal assunto está sendo objeto de acordo junto ao Ministério do Trabalho;

11) Ofício da Conselheira-Relatora solicitando à Secretaria de Política Industrial, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, parecer no sentido de esclarecer se a fusão entre as empresas requerentes pode ser considerada como motivo preponderante para a economia nacional, e para o bem comum, desde que não haja prejuízo para os consumidores. Respondendo à questão aventada, aquele órgão manifesta-se da seguinte maneira:

a) “a internacionalização de empresas brasileiras de capital pode, seguramente, ser caracterizada como sendo de motivo e interesse preponderante para a economia nacional e para o bem comum, desde que resulte em ganhos econômica e socialmente relevantes para o país”;

b) “uma operação de concentração de empresas brasileiras que viabilize um aumento significativo e persistente de competitividade, que possa se traduzir em aumento de exportações, substituição eficiente de importações ou geração de outras receitas em divisas, constitui um motivo preponderante para a economia nacional e para o bem comum, do ponto de vista macroeconômico”;

c) “do ângulo mesoeconômico, porém, podem existir outros efeitos decorrentes de um Ato de Concentração que signifiquem ganhos econômicos e sociais relevantes, se a cadeia setorial de agregação de valor onde se insere a empresa resultante da operação de fusão/concentração for beneficiada ou estimulada por fatores positivos”;

d) “entre os fatores positivos que podem impactar a cadeia setorial, onde se insere a empresa resultante da fusão/concentração, pode-se citar”: a) “elevação dos padrões de qualidade dos produtos e serviços da cadeia”; b) “estímulo à criação de empregos e/ou oportunidades”; c) “investimentos em regiões menos desenvolvidas”; d) “fortalecimento das marcas dos produtos da cadeia pertinente”; e) “valorização dos ativos das empresas participantes da cadeia setorial”;

e) “assim, uma avaliação dos efeitos da operação de concentração sobre o funcionamento e sobre a dinâmica da cadeia setorial pode revelar impactos sociais e econômicos relevantes que devem ser devidamente

considerados, podendo perfeitamente configurar motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”;

f) no plano microeconômico “stricto sensu” colocam-se outros efeitos: a) a “ampliação do espaço de expansão e de investimento da empresa resultante do ato de concentração”; b) “efeitos sobre o balanço de divisas do país, a médio e longo prazos”; c) “fortalecimento das marcas brasileiras e possibilidade de projeção internacional dessas marcas”; d) “desenvolvimento no país de atividades de alto valor agregado”; e) “criação de oportunidades de emprego de alta qualificação e de desenvolvimento profissional”; f) “fortalecimento financeiro e/ou na valorização do patrimônio da empresa”;

g) por fim, conclui que, “à luz de uma avaliação dos efeitos macroeconômicos, mesoeconômicos e microeconômicos de uma operação importante de concentração empresarial que viabilize a internacionalização da empresa brasileira em questão é, portanto, possível caracterizá-la afirmativamente como sendo de motivo preponderante da economia nacional e do bem comum”.

12) Solicitação às requerentes, através de ofício, da participação de mercado de refrigerantes em seus respectivos sabores e marcas. Tal solicitação foi atendida, e constam nos autos dados sobre as requisitadas participações de mercado;

13) Foi juntada nos autos, pela Assessoria de Comunicação Corporativa da AmBev, cópia de nota à imprensa, versando sobre a reunião do Ministro do Desenvolvimento, Alcides Tápias, com os co-presidentes da AmBev, Marcel Telles e Victório De Marchi;

14) Petição anexada pelas requerentes, atendendo requerimento em ofício, que esclarece que o fabricante do refrigerante “Pitchula” é franqueado da Cia. Antarctica no Estado de Goiás. Não obstante, tal fabricante possui sua própria linha de produtos, ao lado daqueles que produz sob franquias da Antarctica. Informam que inexistem qualquer contrato de distribuição firmado entre a Cia. Antarctica e o fabricante de refrigerantes “Pitchula”; e que não há qualquer tipo de contrato formalizado entre a Cia. Cervejaria Brahma com o fabricante dos refrigerantes “Pitchula”;

15) Foi encaminhado à Procuradoria do CADE cópia do fax que versa sobre a ação popular proposta pelo Sr. Patrício da Rocha Rezende, no foro de Belo Horizonte/MG. Houve resposta da Procuradoria, e com base nas informações prestadas, e nas que já haviam sido anexadas à ação popular, o MM. Juiz Federal indeferiu o pedido de liminar nos seguintes termos:

a) “desacolho a preliminar de incompetência do juízo para conhecer e julgar a presente ação popular”;

b) “improcede a preliminar de inépcia da petição inicial suscitada na resposta (...) não padece do vício apontado porque possui todos os requisitos elencados na lei”;

c) “sustenta a autoridade administrativa que a existência de um inquérito policial instaurado, para averiguar supostas práticas delituosas levadas ao conhecimento da autoridade pelo próprio Conselho, por ser mero procedimento administrativo, no qual nem mesmo consta qualquer indiciado, não representa fato capaz de colocar sob suspeição os membros do Colegiado que, soberanamente, decidiram pela continuação da instrução do processo, por falta de fundamentação legal para seu sobrestamento.”;

d) “não há sequer indício de autoria e materialidade do delito”;

e) “não havendo prova concreta ou até mesmo indícios da prática delituosa referida na petição inicial, a suspensão do processo administrativo de concentração econômica (...) não pode ser deferida”;

f) “a existência de várias marcas de produtos sob uma mesma gestão (...) não representa, por si só, um fator capaz de delimitar a concorrência”;

g) “**indefiro** a concessão da **medida liminar** pleiteada sem prejuízo de sua **ulterior apreciação** desde que fatos novos e concretos sejam trazidos à apreciação judiciária”.

16) Memorando da Procuradoria do CADE pedindo esclarecimentos às requerentes sobre a 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, quando disse que quanto às Ilhas Cayman, a origem do grupo da Brahma vem do Banco Garantia, que possui uma série de empresas. Respondendo ao memorando, informam as requerentes em petição que “a Aditus Participações S/A foi constituída por força da cisão da Saquarema Participações S/A, companhia aberta registrada na CVM (...) que tratava-se de companhia com um capital simbólico de R\$ 11.000,00, destinado a servir como veículo de futuros investimentos no Brasil da GP Participações e da “partnership” por ela administrada, denominada GP Capital Partners LP. O uso de uma companhia aberta, i.e. a Aditus, teve por objetivo simplificar o processo de registro da AmBev na Comissão de Valores Mobiliários e de posterior negociação de suas ações nas bolsas de valores brasileiras e na New York Stock Exchange, posteriormente, registrada pela CVM.”

Com relação aos grupos a que pertencem as empresas (fls. 43), ratificam as requerentes as informações já anteriormente prestadas.

Também fazem as requerentes retificação sobre as outras sociedades em que a Braco e a Ecap possuem participações, afirmando que, “na verdade, tais investimentos são investimentos que acionistas pessoas físicas da Braco e Ecap têm nos ramos ferroviário, telecomunicações, entretenimento, varejo, imobiliário, etc.”;

17) Petição das requerentes juntando aos autos os dados sobre as participações de mercado dos refrigerantes, na forma que havia sido solicitado pela Conselheira-Relatora;

18) Foram encaminhados aos patronos das requerentes todos os documentos que estavam sob a responsabilidade do Sr. Senhor Arício Xavier de Oliveira, relativos ao estudo de econometria;

19) Em atendimento ao ofício nº 1349/SEAE/COGPI/RJ, a Nielsen enviou sua resposta em 26/08/99, na qual apresenta os dados mensais de preço faturado e volume vendido de cervejas no ano de 1998, discriminando os principais fabricantes. Ainda nesta resposta, informou os dados mensais de preço faturado e volume vendido de refrigerantes carbonatados no ano de 1998, sem distinção de sabor, discriminando os principais fabricantes;

20) Parecer da Procuradoria do CADE nº76/2.000, referindo-se à alegação da Kaiser de que teria tomado conhecimento, pela mídia, do envio de ofício, por parte da Conselheira Relatora, para o Ministério do Desenvolvimento, indagando daquele órgão se a fusão ora em análise poderia ser considerada necessária por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum. Cita, ainda, em sua petição, que não há nenhum precedente neste sentido que tenha sido tomado pelo Colegiado.

A Procuradoria do CADE, em seu parecer, asseverou que o CADE já se utilizou de expediente semelhante, vez que:

“já consultou órgãos pertencentes a outras pastas, como o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), o Ministério dos Transportes, a SUSEP, o Banco do Brasil, Banco Central, a ANATEL, ANEEL, a Secretaria de Vigilância Sanitária, o BNDES, entre outros.

Além disso a solicitação de dados, diferentemente do que conclui a peticionária, não fará com que a Conselheira Relatora ou o Plenário do CADE deixe de efetuar o exame do atendimento das condições legais exigidas

para a aprovação. Como se sabe, o sistema jurídico brasileiro, diferentemente do americano, por exemplo, não está vinculado a precedentes. Quando muda a composição do Conselho, de uma Corte, pode-se verificar modificações nos julgamentos exarados.

Diante do exposto, s.m.j. de V.S^a, entende esta Procuradoria que as questões levantadas pelas Cervejarias Kaiser na petição mencionada foram todas debatidas, não se verificando qualquer das hipóteses por ela levantadas.”;

21) Memo nº 050/2000, do dia 09/03/00, onde a Sra. Márcia Brito, assessora processual do Gabinete da Conselheira-Relatora, informa à Relatora que concedeu as cópias que haviam sido requeridas pela Cervejarias Kaiser, tendo como representante da mesma a Dra. Adriana de Menezes Dantas. Elenca neste memorando todas as páginas de todos os volumes que foram entregues a mesma, que totalizou ao final 2.901 (duas mil, novecentas e uma) cópias;

22) Ofício nº 101/00, do dia 10/03/2000, enviado pelo Gabinete da Conselheira- Relatora, aos procuradores da AmBev, informando aos mesmos que estava encaminhando a eles a documentação enviada pelo Sr. Arício Xavier de Oliveira, relativa ao estudo de econometria;

23) Ofício nº 102/00, do dia 10/03/2000, enviado aos procuradores da AmBev, solicitando informações, no prazo de 48 horas, sobre a possibilidade de as requerentes possuírem alguma participação em algum grupo econômico. Essa solicitação refere-se ao fato de a Conselheira-Relatora ter sido informada verbalmente que a ECAP pertence ao grupo Garantia. Este ofício foi respondido, sendo a resposta negativa;

24) A requerimento da empresa “Cervejaria Kaiser do Brasil S.A.”, foi realizada audiência pública no Plenário do CADE, no dia 14 de março de 2000. Na oportunidade, a empresa apresentou as razões que entendia serem suficientes para a não aprovação da operação. As requerentes, então, encaminharam petição ao CADE, no dia 16 de março de 2000, respondendo aos pontos levantados pela Kaiser. Veja-se no quadro a seguir quais foram as principais questões tratadas pela Kaiser, e as contra-razões juntadas pelas requerentes:

AUDIÊNCIA PÚBLICA - 14/03/2000	
Kaiser	AmBev
Preocupa-se com sua sobrevivência no mercado, pois: 1) é pequena em relação à AmBev; 2) a	A Kaiser tem, no mínimo o mesmo poder econômico, pois: 1) é controlada pela Coca-Cola (85% da Kaiser) e seus engarrafadores, e também a Heineken (15% da Kaiser); 2) possui as mesmas

condições de aquisição de insumos a custos mais vantajosos	condições de negociação que a AmBev junto aos fornecedores
Indica que a AmBev poderá fechar 9 (nove) de suas fábricas de cerveja	O planejamento da AmBev indica que serão fechadas 5 (cinco) fábricas de cerveja
Os objetivos apresentados pela AmBev no exterior são incoerentes com o que foi dito no Brasil	Os objetivos expostos no exterior foram: 1) tornar-se um produtor de menor custo; 2) ter uma melhor distribuição; 3) crescer <i>share</i> de mercado; 4) criar valor agregado para o acionista
Afirma que as barreiras à entrada são elevadas, e que marca e distribuição seriam fundamentais para uma empresa entrante	A Kaiser cita a Cintra como exemplo de entrante que, mediante a compra de uma só fábrica, conseguiu penetrar no mercado brasileiro, sem dispor de marca conhecida e distribuição montada
A rivalidade do mercado será eliminada	A maior fonte de rivalidade no segmento de cerveja nos últimos anos provém da Kaiser e da Schincariol
A nova empresa aumentaria os preços no futuro	Caso a AmBev aumentasse seus preços, a Kaiser sairia beneficiada com tal fato
“Gafe” da AmBev ao assumir um compromisso público de redução de preços	O compromisso público de redução de preço na fábrica está mantido, desde que a fusão seja aprovada na forma que foi proposta inicialmente pelas requerentes

25) Oferecimento de Representação da Distribuidora de Bebidas São Miguel Ltda. em face da Companhia Antartica Paulista Indústria Brasileira de Conexos. Requer, em seu pedido, que se assegure à Distribuidora São Miguel as mesmas condições comerciais que a Antartica concede aos hipermercados e alguns distribuidores, a fim de que possa prosseguir o exercício da atividade de distribuição de bebidas Antartica.

XVII. DOS ESTUDOS

1) Parecer do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, titular de Direito Constitucional da USP, ponderou sobre alguns questionamentos dos procuradores das requerentes, notadamente, se devido a algumas probabilidades de abuso por parte da AMBEV, poderia ser, o ato de concentração em questão, ser denegado.

415. Entende, inicialmente, que a lei não considera nenhuma hipótese de probabilidade ou possibilidade de abuso como objeto de repressão. Partindo dessa premissa, desenvolveu todo um trabalho com o seguinte resultado final:

“Acresce que o citado parecer aponta probabilidade de abuso. Probabilidade significa existência de dúvida e, neste caso, é antijurídico daí extrair proibição.

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

Assim, é totalmente descabido pretender, como faz o parecer, que na concentração almejada, se alienem determinados ativos.”

2) Cláudio r. Frischtak, em resposta à consulta formulada pelos representantes legais das requerentes, emite parecer onde diz:

“Um país se afirma econômica e comercialmente com base, inter alia, na capacidade de empresas nacionais se internacionalizarem - geralmente via comércio e investimento direto. A projeção não militar do poder se dá por meio da capacidade das nações estabelecerem em primeiro lugar uma identidade, uma imagem, uma “marca”, reconhecível em outros países; e, em segundo, por uma rede de relações comerciais, que engloba a exportação de bens e serviços, a criação de joint-ventures, a aquisição de empresas locais.

As empresas mais globalizadas da indústria de bebidas são a Coca-Cola (maior empresa de bebidas do mundo, em volume e valor) e a Pepsi-Cola (terceira maior), ambas com foco em refrigerantes e com atuação em mais de 170 países), e cuja receita é oriunda substancialmente de terceiros mercados (70% no caso da Coca-Cola); e a Heineken, a Interbrew, a SAB e a Anheuser-Bush, no caso de cervejas.

A criação da AmBev facilitará um primeiro movimento efetivo de internacionalização da indústria brasileira de bebidas, com sua expansão para os mercados do continente americano.”

3) As requerentes solicitaram parecer de Elizabeth M. M. Q. Farina, Professora Livre-Docente da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da USP, que atendendo ao pedido assim se pronunciou:

“O grau de concentração alcançado pela AmBev certamente amplia sua capacidade estratégica em relação a concorrentes atuais e potenciais. Essa consequência, entretanto, não é necessariamente negativa do ponto de vista competitivo. Portanto, pode-se considerar que o objetivo de ganhar eficiência e capacidade estratégica por meio da formação da AmBev seja muito mais positivo do ponto de vista da concorrência, do que a mera constatação da atual concentração que o mercado pode mostrar.

A formação da AmBev não elimina a força da rivalidade na indústria brasileira de cervejas, apesar da elevada concentração alcançada e da ampliação das estratégias abertas à nova empresa.”

4) Parecer de Mario Luiz Possas, Professor Titular do Instituto de Economia da UFRJ, analisando os quesitos apresentados pelos representantes legais das requerentes, concluiu que:

“No momento em que as instituições brasileiras de defesa da concorrência estão em fase de consolidação, o julgamento de casos complexos e importantes como o presente tem consequências não apenas sobre os mercados envolvidos, mas também sobre futuras decisões das autoridades antitruste, dado que tendem a estabelecer jurisprudência e tornar rotineiros certos procedimentos de análise.

Nesse contexto, a aprovação de atos de concentração condicionada a restrições com conteúdo mal definido, ambíguo e arbitrário em sua magnitude gera externalidades negativas para o desenvolvimento das instituições de defesa da concorrência - seja porque esta indefinição torna o nexo causal entre a avaliação dos efeitos da operação e a intervenção sugerida mais difícil de ser delineado, seja porque abre espaço para que a definição do efetivo escopo das restrições passe a ser objeto de uma espécie de barganha sem contornos definidos - em ambos os casos, com um sério prejuízo no que se refere à objetividade técnica requerida das decisões da autoridade antitruste.”

5) O Sr. Luciano Coutinho, Professor do Instituto de Economia da UNICAMP, emitiu parecer sobre o estudo Copernicus a respeito da sensibilidade da demanda de cervejas à variação de preços no canal bar, dizendo que:

“As variações simultâneas de preços produziram efeitos cruzados com direções divergentes entre si, tornando quase impossível prever os resultados finais de uma hipotética manipulação do portfolio de marcas, como já fora alertado pela Dra. Elizabeth Farina em seu parecer.

Esta tentativa de manipulação dos preços do portfolio de marcas revelou-se inequivocamente contraproducente e onerosa para a AmBev. Comprova-se, assim, o alto risco e a improbabilidade deste tipo de manipulação.”

6) Foram apresentados à SDE estudos preparados por Willian J. Lynk, economista da *Lexecon Inc.*, EUA. Os estudos foram solicitados pela AmBev em função dos vários documentos de contestação à fusão apresentados pela Kaiser.

7) A SDE encomendou estudos quantitativos ao Professor Renato G. Flôres, Diretor de Pesquisa da EPGE/FGV, visando auxiliá-la no seu parecer sobre a operação.

416. Estes estudos concluíam que:

- a) há indicação de distintos padrões de competição e substituição, no caso das pilsen, entre as marcas Antártica, Brahma, Kaiser e Skol;
- b) a análise dos preços por pontos de venda reforça, no tocante à dimensão geográfica, a evidência de que
- c) existem distintos padrões de competição e comportamento para as pilsen.

417. Registre-se que tais estudos não foram levados em consideração pela SDE.

8) Estudo do “Processo de Alienação da Comissão”, preparado pelo Quadro Técnico do Departamento de Concorrência da *Federal Trade Commission* (Comissão Federal do Comércio do Departamento de Justiça Norte-Americano), tendo como diretor o Sr. William J. Baer.

9) Estudo elaborado pelo Prof. João Victor Issler, Diretor de Publicações Técnico-Científicas da Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, e pelo Sr. Marcelo Resende, Professor Adjunto do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O trabalho realizou estimativas econométricas para a demanda de cerveja no Brasil, concluindo que:

“A partir das estimativas das elasticidades cruzadas, há evidências de que um aumento hipotético de preços por parte da Brahma ou da Antarctica, se refletiria em termos de uma ampla substituição em favor da Kaiser, refletindo a inexorável interdependência estratégica existente no mercado de cerveja brasileiro.”

10) Estudo elaborado pela “Cervejaria Kaiser do Brasil S/A”, baseado na série Nielsen, de *market share* de volume, preço de venda e distribuição numérica das principais marcas de cerveja (nas principais capitais do país). Conclui o estudo que *as marcas da AmBev praticam os maiores preços ao consumidor, mesmo nos mercados onde lideram em market share de volume e distribuição numérica.*

11) Parecer do Doutor Edgard Antonio Pereira que, ao final de seu estudo da “Aplicação do Modelo Post-Merger Price Increase - Mergers with Differentiated Products (Carl Shapiro) ao Caso AmBev, conclui que:

“Existe base para se inferir a ocorrência daquela que é a preocupação maior dos órgãos de defesa da concorrência, qual seja, a probabilidade de aumento de preços (e redução da oferta) em decorrência do Ato de Concentração ora em análise.”

418. Diz ainda:

“Há razoáveis indicações que aumentos de preços pós-fusão em várias das regiões analisadas serão maximizadores de lucro. Há indícios de que a fusão criará poder de fixação discricionária de preços por parte da AmBev.”

XVIII. DOS PARECERES

XVIII.1 SEAE

419. Concluiu a SEAE que a operação apenas acarretou perdas para a eficiência econômica e para o bem-estar do consumidor no mercado de cerveja, pelos seguintes motivos:

a) a participação de mercado das requerentes é suficientemente alta para viabilizar o exercício do poder de mercado, em especial na forma de aumentos de preços;

- b) as importações não são e nem poderão vir a ser, em um prazo de tempo razoável, uma opção efetiva para os consumidores;
- c) a entrada de novas empresas não é suficiente para inviabilizar aumentos de preços;
- d) as demais marcas existentes não são alternativas efetivas para os consumidores das marcas que estariam sob controle das requerentes;
- e) as eficiências alegadas pelas requerentes não parecem compensar as perdas para os consumidores e para a eficiência econômica, derivadas de um provável aumento de preços de cervejas.

420. Sendo assim, considera que o ato não seja aprovado da forma em que foi apresentado e recomenda que, para sua aprovação, a Ambev (a) aliene a “totalidade dos ativos tangíveis e intangíveis correspondentes à integralidade do negócio de cervejas associado à marca Skol”, representados pelas marcas e plantas necessárias a sua operação nos níveis compatíveis com as participações de mercado atuais. Estas condições incluem a venda das fábricas Skol Filial Brasília (Gama/DF), Skol Filial Guarulhos (Guarulhos/SP), a Skol Filial Nova Lima (Nova Lima/MG) e a Skol Filial Londrina (Londrina/PR), além dos contratos de distribuição do produto e demais contratos vinculados ao negócio Skol.

421. Recomenda ainda a alienação de uma das duas plantas localizadas em Cuiabá - Cuiabana - Av. Archimedes Pereira Lima, km 2,5, Coxipó, Cuiabá/MT ou Filial Cuiabá - Av. Antartica, 2.999, Cuiabá/MT - e uma das duas plantas localizadas em Manaus - Miranda Correa - Rua Com. Alexandre Amorim, 26, Manaus/AM ou Filial Manaus - Av. Constantino Nery, 2.575, Manaus/AM.

422. Adicionalmente, sugere que para o cumprimento das exigências seja concedido um prazo não superior a 6 meses, a contar da data de aprovação do ato e a que a “prorrogação do contrato celebrado entre 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.”

423. Saliente-se que, com referência à observação constante à página 32 do parecer da SEAE, na qual a Secretaria aponta fragilidades metodológicas na estimação econométrica desenvolvida pelo escritório “Edgard Pereira & Associados”, peticionam os advogados do mesmo alegando que “a objeção carece de fundamento técnico e indica, ao menos, o desconhecimento do instrumental utilizado”.

XVIII.2 SDE

424. Segundo a SDE, somente no mercado de cerveja a operação foi capaz de gerar prejuízos à concorrência. A aprovação do Ato de Concentração levaria a uma posição dominante por parte da AmBev, sendo que os requisitos dos incisos II, III e IV do parágrafo 1º do artigo 54, não seriam atendidos em vista do improvável compartilhamento das eficiências com os consumidores, da substancial limitação da concorrência no mercado e do desrespeito aos estritos limites necessários para a consecução dos objetivos visados.

425. Considerando inadequados os remédios com finalidade compensatória (compromissos comportamentais), concluiu a SDE que a intervenção deve ser saneadora, sendo adequada a adoção de remédios estruturais, realizada através de desinvestimento, com alienação de ativos das requerentes para concorrentes capazes de restabelecer a concorrência no mercado.

426. Destaca a SDE a existência de duas medidas de caráter estrutural alternativas: 1. venda de um grupo de ativos com objeto de facilitar entrada e; 2. venda de um conjunto de ativos que constitua um negócio já em operação, acarretando a transferência imediata de fatia de mercado. A primeira opção criaria condições visando facilitar a entrada de um novo concorrente, embora garantida a entrada imediata. A segunda opção disponibilizaria para o comprador condição para entrada imediata no mercado e, a princípio, com a mesma participação de mercado detida anteriormente pelo antigo proprietário do conjunto de ativos alienado.

427. Outras opções situadas entre as duas alternativas citadas foram examinadas pela SDE, como a venda de uma “única planta produtora; uma planta e uma marca; uma planta, uma marca e um conjunto de contratos de distribuição e fornecimento; e assim por diante, até que se chegue a um todo orgânico que possa ser considerado um negócio em andamento”. Ressalta, porém, o risco de que medidas estruturais parciais que apenas procurem facilitar a entrada de um novo concorrente podem se mostrar insuficientes para que o comprador se estabeleça como concorrente viável no mercado, sendo nestes casos ineficazes, tendo em vista o objetivo de garantir o vigor concorrencial

428. Seria precisamente este o caso do mercado de cerveja, segundo a SDE, na hipótese de se determinar a venda de um grupo isolado de ativos. Isso porque diversas barreiras à entrada devem superadas conjuntamente para

que um novo concorrente se estabeleça de forma permanente, com destaque para as barreiras relativas a capacidade produtiva adequada, marcas consolidadas e uma rede de distribuição capilar.

429. Sendo assim, a SDE recomenda que seja determinado às requerentes, como condição para aprovação do ato, a alienação, para um único comprador, de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes, ou seja, o negócio Skol, ou negócio Brahma, ou o negócio Antarctica, com as seguintes especificações abaixo:

1. 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;
2. desinvestimento deve incluir capacidade produtiva em todas os mercados relevantes geográficos, especialmente nos mercados 3 e 5, onde apenas as requerentes possuem fábricas;
3. 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;
4. plano de desinvestimento, com relação detalhada dos ativos a serem alienados, bem como a modelagem da alienação, deve ser apresentado previamente ao CADE;
5. comprador do negócio não deve manter nenhuma relação direta ou indireta com os grupos econômicos a que pertençam as requerentes ou com seus administradores;
6. comprador do negócio deve ser aprovado pelo CADE, que verificará sua independência e a viabilidade de seu plano de investimentos;
7. a medida cautelar adotada pelo CADE deve permanecer vigente até que seja concluída a alienação do negócio.

XVIII.3 Procuradoria

430. A Procuradoria-Geral manifestou-se com total detalhamento em seu conteúdo, razão pela qual faço anexar a este relatório o inteiro teor do mesmo.

431. No entanto, gostaria de destacar os seguintes pontos, assinalados pelo Ilustre Procurador-Geral, a saber:

- 1) *“o aumento da concentração de mercado não constitui, por si só, razão para desconstituição de uma transação, conforme tem demonstrado a boa doutrina econômica, a jurisprudência internacional, e deste CADE, dado que a elevação da concentração não constitui condição necessária, nem suficiente, para a ocorrência de dano ao mercado;*
- 2) *conforme fartamente demonstrado nos autos, inclusive auditadas ao longo do processo, as eficiências da operação são significativas, situando-se em intervalo de 300 milhões-550 milhões, dependendo da fonte;*
- 3) *não encontrei nos autos estimativa do dano causado ao mercado, conforme seria desejável e cauteloso à autoridade que pretende bloquear uma operação;*
- 4) *por outro lado, sequer ficou demonstrado que a elasticidade da demanda seria realmente pequena, uma vez que os resultados econométricos não parecem conclusivos;*
- 5) *uma percuciente análise dos autos, em particular dos dados de entrada recente de empresas no mercado relevante, sugere cautela no sentido de não se incorrer em superestimativa das barreiras à entrada;*
- 6) *ao contrário do que afirmam as requerentes, é inegável que se verifica restrição considerável ao leque de escolha do consumidor, com a eliminação de histórica rivalidade preexistente entre as cervejarias que requerem a aprovação do ato;*
- 7) *assim, diante de eficiências comprovadamente elevadas e dano razoável ao mercado, cabe à autoridade, nos termos do art. 54, § 9º, da Lei n. 8.884/94, tomar as providências necessárias à neutralização dos efeitos anticoncorrenciais da operação em tela. Tal caminho está igualmente de acordo com as jurisprudências internacional e nacional;*
- 8) *Neste contexto, impõe-se a necessidade, diante do interesse maior, estabelecido pela própria Constituição do país, atentar para a questão do emprego, aplicando-se medidas efetivas de recolocação e re-treinamento da mão-de-obra nos casos em que eventual fechamento de unidades produtivas ou a reestruturação empresarial mais ampla implicar perda de postos de trabalho.”*

É o relatório.

VOTO DA CONSELHEIRA RELATORA

DAS PRELIMINARES

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

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

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

No que concerne à matéria, assim me pronuncio:

1ª QUESTÃO INCIDENTAL

DA CARACTERÍSTICA DO PROCESSO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO

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

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

Adiante, no mesmo artigo, o § 1º diz:

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

.....” (grifei)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E continua:

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

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

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

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

² *Idem*, nota 1. p. 467.

³ *Idem*, nota 1. p. 468.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵ *Ob. cit.*, nota 4, pp. 79/80.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2ª QUESTÃO INCIDENTAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Define ainda que:

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

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

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

¹² *Idem. Ibidem.* nota 9. p. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Desta forma, assim se manifestou o Conselheiro:

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

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

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

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

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

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

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

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

Pelo exposto, decido:

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

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

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

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

3ª QUESTÃO INCIDENTAL

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

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

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

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

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

.....”(grifei)

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

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

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

1º) para o CADE não existe fato consumado, pois qualquer ato ou contrato só tem validade após aprovação do Plenário; e
2º) a realização, por ato assemblear, não demonstrou trazer qualquer prejuízo à coletividade.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Isto posto, decido:

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

DO MÉRITO

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

I. DAS REQUERENTES

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

a - Companhia Cervejaria Brahma

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

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

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

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

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

21. CCPB S/A (Paraguai).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CERVEJA (1998)

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

Fonte: ACNielsen

REFRIGERANTE (1998)

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

Fonte: ACNielsen

ÁGUAS (1998)

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

Fonte: ACNielsen

SUCOS (1998)

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

Fonte: ACNielsen

CHÁS (1998)

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

Fonte: ACNielsen

ISOTÔNICOS (1998)

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

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

Fonte: ACNielsen

II. DOS PRODUTOS

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

II.1 Antarctica

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

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

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

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

II.2 Brahma

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

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

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

II.3 AmBev

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

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

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

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

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

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

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

III. MERCADO RELEVANTE DE PRODUTOS

III.1 Considerações Gerais

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

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

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

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

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

III.2 Definição Do Mercado Relevante

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III.1 - Águas

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

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

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

III.2- Refrigerantes e Tubaínas

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

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

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

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

III.3 Cervejas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pode-se argumentar, em contrário, que:

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

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

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

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

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

Características do Mercado Relevante de Cervejas

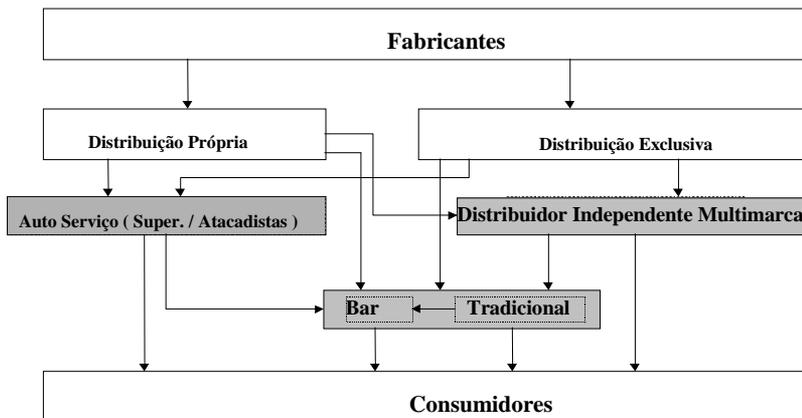
O mercado de cerveja é objeto de maior preocupação da presente análise, por parte das autoridades antitruste, em relação ao alto índice de concentração econômica.

Este mercado possui peculiaridades e características, as quais ressaltou:

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

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

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



Da Distribuição

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO

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

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

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

Poder-se-ia desenvolver os seguintes argumentos contrários:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mercado 1 - RS, SC e PR

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

Mercado 3 - MT e MS

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

Mercado 5 - AM, AC, RO e RR.

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

Mercado 1 - Região Sul - RS, SC e PR

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

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

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

Mercado 5 - Região Norte - AC, RR

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

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

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

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

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

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

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

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

A BR 153 liga Goiás a Tocantins.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

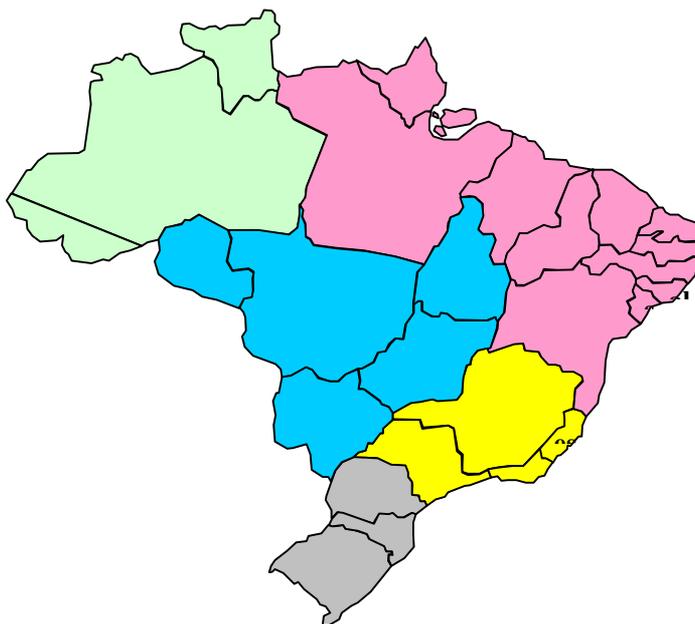
Mercado 1 - RS, SC e PR

Mercado 2 - SP, RJ, MG e ES

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

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

Mercado 5 - AC, AM e RR



V. PODER DE MERCADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

E, adiante, em sua decisão, afirma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. BARREIRAS À ENTRADA

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

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

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

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

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

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

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

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

VI.1 - Dos Mercados Objeto da Operação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1º) realmente não há fidelidade à marca por parte do consumidor. No entanto o consumidor dá preferência às marcas estabelecidas e fixadas;

2º) os investimentos em propaganda e *marketing* são necessários à fixação e sustentação das marcas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. ANÁLISE DAS EFICIÊNCIAS

◆ *Considerações sobre aspectos legais das eficiências*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

◆ *Considerações sobre as eficiências alegadas*

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

1. Avaliação das eficiências

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

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

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

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

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

²⁰ Apresentado na reunião com SDE em 10.01.00

²¹ apresentado em conference call realizada para investidores de Nova York

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Todas eficiências decorrem necessariamente da operação?

²² Por exemplo, o AC nº 78/96

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

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

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

3. Avaliação da possibilidade de compartilhamento das eficiências

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

◆ *Considerações Teóricas*

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

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

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

◆ *Considerações sobre aspectos legais das eficiências*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VIII. CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

◆ ESTRUTURAS REGIONAIS

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

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

Assim decido:

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

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

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

A. OPÇÃO DE VENDA DE MARCA

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

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

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

B. ALIENAÇÃO DE ATIVOS

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

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

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

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

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

◆ C. COMPARTILHAMENTO DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO

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

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

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

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

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

◆ D. DOS CRITÉRIOS DE ESCOLHA DO COMPRADOR

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

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

D.2 Entende-se como empresa independente:

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

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

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

◆ E. DO PRAZO DA IMPLEMENTAÇÃO DA PROPOSTA E PENALIDADE

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

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

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

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

VIII.2. UNIDADES A SEREM DESATIVADAS

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

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

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

VIII.3. DOS EMPREGOS

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

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

VIII.4. DAS CONDUTAS A SEREM REPRIMIDAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

É o voto.

ANEXO 1

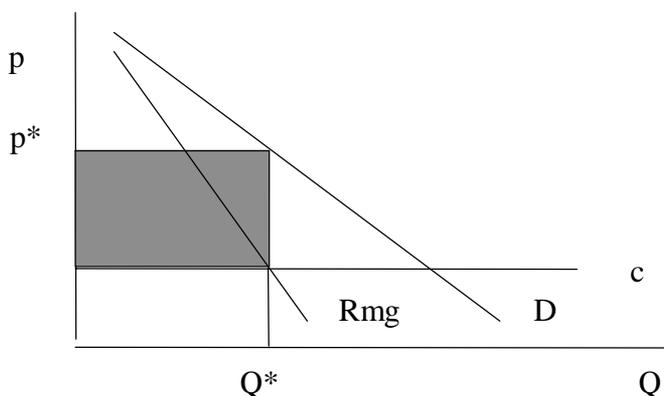
A apresentação formal do argumento dos monopólios sucessivos (*double marginalization*) foi extraída do trabalho de Carlton & Perloff²³. Suponha que o fabricante e o distribuidor sejam monopolistas, ou seja, ambos são capazes de fixar seus preços acima de seus custos marginais, obtendo, assim, um *plus*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

Consideremos as seguintes hipóteses:

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

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

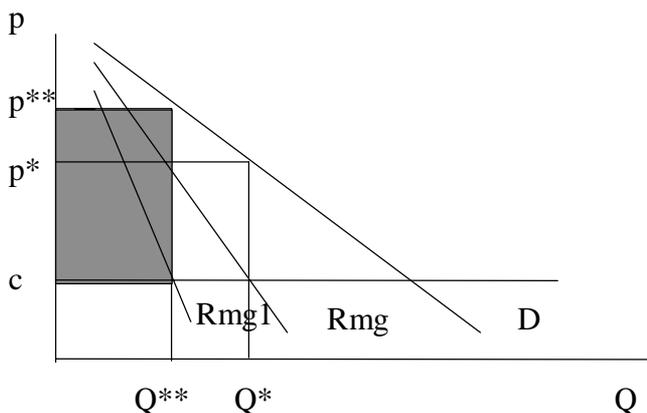
GRAFICO A



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

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

GRAFICO B



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

Conclusões:

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

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

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

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

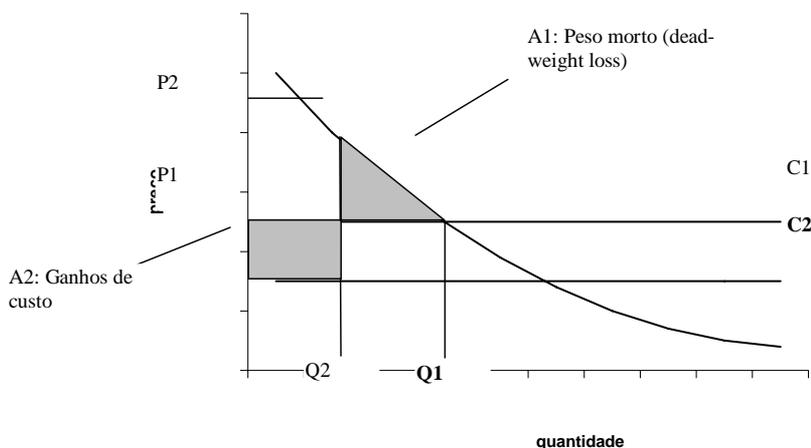
ANEXO 2

Critério Alocativo

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

GRÁFICO C

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



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

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

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

Critério Distributivo

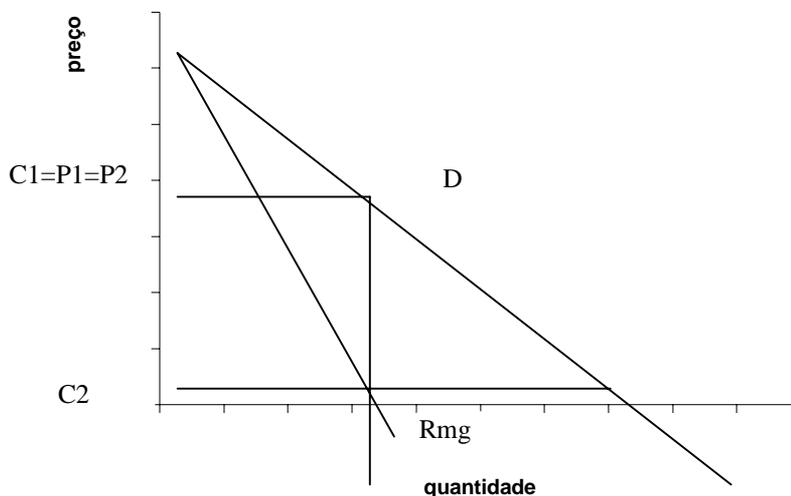
Uma das principais críticas ao critério alocativo é que, ainda que hipoteticamente pudesse se considerar que a soma de bem-estar de todos os grupos - no caso, consumidores e produtores - fosse maior que na situação anterior à fusão, é que, claramente, a fusão claramente gera perdedores (consumidores)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

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

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

GRÁFICO D

Hipótese de preço monopolista igual ao preço competitivo



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

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

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

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

VOTO VOGAL CONSELHEIRO RUY SANTACRUZ

I - OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO ANTITRUSTE

1. Introdução

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

Segundo o ensinamento de Ives Gandra da Silva Martins¹, “A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram às condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, à procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se portanto numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência.

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

¹ In "Comentários à Constituição do Brasil"

coletividade, adquirem conotação de um poder-dever. Neste sentido a lição do emérito doutrinador Hely Lopes Meirelles²:

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

As decisões do Conselho emanam da parcela de poder público que lhe é conferido, constituindo atos administrativos que devem estar maculados pelos princípios básicos da administração, dos quais, destaco os da legalidade, da finalidade e da supremacia do interesse público. A competência do CADE está adstrita ao disposto na lei, sendo pois sua atividade vinculada³. A finalidade primordial das atividades administrativas do Estado é o benefício coletivo. A mesma finalidade se verifica no tocante a legislação antitruste brasileira, conforme explicitado em seu artigo 1º, parágrafo único. Não pode o administrador furtar-se do exercício de suas atribuições e da aplicação destes ditames constitucionais, sob pena de ter o seu ato declarado nulo em sede judicial, em virtude do declarado abuso de poder.

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

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

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

³ Excetua-se a discricionariedade na aplicação de multa.

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

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

Nesse mesmo sentido vai a jurisprudência européia. Segundo Louis Vogel⁴, as jurisdições européias consideram além do abuso de comportamento da empresa já detentora de posição dominante (conduta anticoncorrencial abusiva), o abuso de estrutura, que se daria a partir do prejuízo à estrutura da concorrência causado pela concentração do poder econômico. Explica o autor, que o abuso de estrutura não tem a intenção de prejudicar, não sendo moralmente repreensível. É uma noção objetiva que se caracteriza pelos seus efeitos sobre o mercado⁵.

Na opinião da ilustre ex-conselheira do CADE Dra. Neide Terezinha Malard, “Com a desconcentração do poder econômico, pode-se reduzir a discricionariedade que têm os agentes econômicos sobre as questões que dizem respeito ao bem-estar da coletividade e se assegura a impessoalidade das decisões de mercado, impedindo-se que um ou poucos agentes econômicos decidam pela maioria dos indivíduos. Na verdade, um dos grandes méritos da economia de mercado está na descentralização das decisões econômicas⁶...”.

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

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

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

⁶ “Concentração de Empresas e Concorrência”, p.26, junho de 1997.

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

É nesse sentido que a Dra. Malard cita André Marchal⁷, para quem o comportamento da grande unidade industrial se tornou matéria de interesse público em virtude do seu poder de impor preços e controlar a produção. Também cita Gérard Farjat⁸, que vê como motivos para o Estado controlar a concentração econômica o inevitável desaparecimento da concorrência que ela provoca e a capacidade da grande empresa de modificar as relações sociais, que tendem a passar a relações de subordinação, o que levaria o Estado a intervir em favor dos mais fracos. Nesse mesmo sentido conclui a ex-conselheira do CADE: “A presença do Estado no processo econômico era reclamada para contrabalançar o agigantamento do poder econômico privado⁹”. Assim, para a autora, com o controle dos atos de concentração previne-se a ocorrência do abuso, “que se torna **provável** em decorrência das condições estruturais do mercado¹⁰” (grifei).

Pindyck & Rubinfeld¹¹ consideram que “O objetivo primário das leis antitruste é a promoção de uma economia competitiva, por meio da proibição de ações que sejam capazes de limitar, ou que tenham possibilidade de limitar a concorrência, e por meio de restrições a estruturas de mercados que sejam permissíveis. Faço notar a semelhança entre o texto do artigo 54 da lei antitruste brasileira e o trecho reproduzido, de autoria de conhecido especialista na matéria, graduado funcionário do órgão federal antitruste dos EUA, país que cultua a livre iniciativa e, conseqüentemente, a defesa da concorrência. Se um ato possivelmente limita a concorrência, possivelmente aumenta o poder econômico, não pode ser permitido. A análise não requer certeza, incorporando a presunção. Ainda segundo esses autores, “O poder de

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

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

⁹ Ibid. p. 29.

¹⁰ Ibid. p.31.

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

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

Na Alemanha, o “Ato Contra as Restrições à Concorrência”, aprovado pelo Parlamento, em 1958, prevê o controle preventivo das estruturas de mercado. Ruppeit¹², funcionário do Bundeskartellamt (Agência Federal de Cartéis), órgão responsável pela aplicação da legislação antitruste naquele país esclarece que o controle prévio dos atos concentradores de mercado visa “preservar estruturas de mercado competitivas... Um ato de concentração deve ser proibido se é provável que ele cria ou reforça posição dominante no mercado... O controle de atos de concentração... tem se tornado a mais importante atividade do Bundeskartellamt”.

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

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

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

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

sociedades pouco democráticas. Muito pelo contrário. No Brasil, a aplicação da lei de defesa da concorrência veio justamente num momento de superação do Estado forte e interventor, quando decisões econômicas eram tomadas nos gabinetes da burocracia de forma pouco transparente e sem discussão. Com a lei de defesa da concorrência são estabelecidas regras claras de atuação nos mercados, de amplo conhecimento de todos os agentes econômicos e compatíveis com a jurisprudência internacional¹³. Na aplicação da lei antitruste observa-se o devido processo legal e o direito de defesa, requisitos básicos das sociedades democráticas.

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

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

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

¹³ Vide R. Pitofsky, "The Political Content of Antitrust".

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

2. Poder Econômico, Posição Dominante e Poder de Mercado

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

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

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

3. Definição de Poder de Mercado

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

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

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

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

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

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

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

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

Scherer¹⁴ ao analisar as duas linhas de intervenção antitruste (repressiva e preventiva) não titubeia ao fazer a opção pelo controle preventivo das estruturas de mercado: “Não seria um artifício dizer que a política preventiva está para a conduta oligopolista como a cirurgia está para a aplicação contínua de remédios”. Assim, para o autor, o papel da política antitruste seria manter as estruturas de mercado suficientemente fragmentadas, o que garantiria condutas automaticamente virtuosas.

Já no entendimento de Possas¹⁵, “pode-se dizer que essa percepção representou uma importante guinada na concepção teórica da ação antitruste, ao introduzir com grande destaque a dimensão preventiva. Na verdade, é possível ir mais longe e considerar que toda intervenção antitruste é e deve

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

¹⁵ Mário Possas, II Curso de Defesa da Concorrência – CADE 1999.

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

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

5. Avaliação do Poder de Mercado

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

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

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

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

6. Das Provas dos Autos

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

A jurisprudência internacional é clara nesse sentido. Segundo o guia de análise de fusões norte-americano, por exemplo, "Onde o HHI¹⁶ pós-fusão excede 1800, será **presumido** que fusões produzindo um aumento de mais de 100 pontos no HHI irão provavelmente criar ou realçar poder de mercado ou facilitar seu exercício". Assim, embora reconheça que essa presunção pode ser contornada se provada que a existência de outros elementos no mercado tornam improvável o exercício do poder de mercado, a autoridade antitruste dos EUA transfere às empresas que se concentram a responsabilidade da prova. Segundo Denis¹⁷, é das empresas a responsabilidade de demonstrar que o ato concentrador não representa risco à competição, retirando do investigador a responsabilidade de demonstrar que o ato é prejudicial para a concorrência.

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

¹⁶ Índice de medição do grau de concentração do mercado.

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

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

II - ANÁLISE DA OPERAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DA AMBEV

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

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

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

1. Definição dos Mercados Relevantes

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

A metodologia supõe, dessa maneira, uma empresa maximizadora de lucros, que seja o monopolista hipotético¹⁸ no mercado considerado (produto/área geográfica) capaz de impor um aumento de preço significativo e não transitório. Caso esse aumento de preços faça a empresa perder mercado, sacrificando seu lucro, ela não detém poder de mercado. Observa-se que a própria delimitação do mercado relevante já considera o objetivo da investigação antitruste, ou seja, o estimar o poder de mercado e a probabilidade do abuso do poder de mercado, definido como a capacidade da empresa elevar preço sem ser contestada. O mercado relevante assim definido é o locus (do ponto de vista do produto e da região geográfica) em que o poder de mercado pode ser (hipoteticamente) exercido. A referência para as duas definições é sempre a possibilidade de exercício do poder de mercado e as variáveis fundamentais na análise são as elasticidades da demanda e da oferta.

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

¹⁸ Daí ser a metodologia conhecida como "teste do monopolista hipotético".

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

1.1 - Mercado Relevante do Produto

1.1.1 - Definição das Requerentes

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

1.1.2. - Definição da SEAE

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

- Águas engarrafadas

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

- Refrigerantes carbonatados

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

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

- Cervejas

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

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

1.1.3 - Definição da SDE

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

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

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

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

1.2 - Mercado Relevante Geográfico

1.2.1 - Definição da SEAE

- Águas engarrafadas

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

- Refrigerantes carbonatados

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

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

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

Mercado 1¹⁹: 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 3²⁰: Parte dos estados do Amazonas e Roraima.

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

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

- Cervejas

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

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

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

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

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

Assim, foram delimitadas cinco grandes dimensões geográficas²¹ para o produto cerveja:

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

MERCADO 2²² - Minas Gerais, parte de Goiás, Distrito Federal, Rio de Janeiro, Espírito Santo e parte de São Paulo.

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

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

MERCADO 5²³ - Parte dos estados do Amazonas e Roraima.

1.2.2 - Definição das Requerentes

As Requerentes propuseram, alternativamente, uma definição a partir do conceito de “mercado independente”, mediante aplicação do teste originalmente formulado por Elsinga e Hogarty²⁴. A solução proposta seria definir o mercado relevante geográfico pela experiência de comercialização

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

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

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

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

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

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

1.2.3 - Definição da SDE

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

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

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

Mercado 1: RS, SC e PR

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

Mercado 3: MT e MS

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

Mercado 5: AM, AC, RO e RR

Quanto aos demais produtos acompanhou o entendimento da SEAE.

1.3 - Conclusão Quanto aos Mercados Relevantes

1.3.1 - Mercados Relevantes do Produto

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

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

Já no seu voto no AC Antártica-Anheuser Busch, a conselheira-relatora Lúcia Helena Salgado baseou-se em estudos em organização industrial sobre a indústria cervejeira, notadamente os artigos de Kenneth Elzinga²⁵ e Douglas Greer²⁶, que o mercado relevante para a análise é o de cerveja como um todo. Segundo a conselheira: “Embora o processo de produção de cervejas o distingua nitidamente com relação à produção de outras bebidas, alcoólicas ou não, a delimitação do mercado parte da percepção dos consumidores quanto à existência de substitutos próximos. Não existem...estudos no Brasil que possam balizar o cálculo das elasticidades-

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

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

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

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

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

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

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

Fonte: Requerentes a partir da A C Nielsen.

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

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

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

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

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

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

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

1.3.2 - Mercados Relevantes na Dimensão Geográfica

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Destacaram as Requerentes, entre outros exemplos, (a) a evolução da participação da Schincariol na oferta nacional de 0,8% para 7,3%, de 1990 a 1999, com presença significativa em todas as regiões do país (6% no Nordeste, 5,8% no Sul e cerca de 8 a 9% no Sudeste). Deve-se atentar para o fato de que a Schincariol conquistou esta posição produzindo cerveja em uma única grande fábrica com capacidade de 11.000.000 hl/ano, localizada em Itu-SP²⁸; (b) uma fábrica da Antarctica situada em João Pessoa, estado da Paraíba, sobre o estado do Pará, a 1700 km de distância, com uma participação de mercado de 52,8%, em 1999; (c) fábricas de Brahma em Anápolis-GO e Distrito Federal atendem o estado do Tocantins, a 800 km de distância.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Grau de Concentração da Oferta

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

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

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

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

- Águas engarrafadas

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

- Refrigerantes carbonatados

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

Refrigerantes carbonatados

Participação percentual em volume, por mercado geográfico¹ e Brasil-1998/1999 (em %)

Empresa	Sul	Sudeste	Oeste²	Nordeste	Norte	Brasil³
Cola cola	37,7	49,5	-	40,5	47,6	50,6
<i>Fanta laranja</i>	3,7	5,8		7,1	9,3	5,6
<i>Sprite</i>	2,1	2,4		1,2	0,9	2,2
Antarctica	5,3	10,3	-	13,6	14,24	9,7
<i>Guaraná Ant.</i>		7,7		12,0	4,0	7,7
Brahma	11,5	7,2	-	10,9	3,0	7,8
<i>Pepsi cola</i>	6,8	2,9		2,5	1,0	3,6
<i>Guaraná Bra.</i>	1,9	2,1		3,1	0,3	2,1
Ambev	16,8	17,5	-	24,5	17,2	17,5
Outros	45,5	33,0	-	35,0	35,2	31,9

Fonte: SEAE/Nielsen/Requerentes

Nota 1:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fonte:Tendências Consultoria Integrada/Requerentes/Nielsen

(¹) Marcas Brahma e Pepsi somadas.

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

- Cerveja

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

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

Empresa	Sul	Sudeste	Oeste	Nordeste	Norte	Brasil
Antarctica	23,8	21,7	19,6	43,1	73,4	25,4
<i>Bavária¹</i>	3,5	7,6	6,8	8,9	5,1	7,1
Brahma/Skol	41,3	52,1	53,1	37,7	18,4	48,1
<i>Brahma</i>	19,1	23,8	19,1	37,7	18,4	24,4
<i>Skol</i>	22,2	28,3	37,0	-	-	23,7
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.

*Mercados relevantes, segundo delimitação da SDE:

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

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

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

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

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

¹ Dados da A.C. Nielsen referentes às capitais dos estados.

A participação nacional da Schincariol, de 7,5%, situa-se em patamar superior às participações da empresa nos mercados sul (5,8%) e nordeste (6%) porque os dados de participação da Schincariol nas regiões sudeste e oeste estão somados no item "outros". A Schincariol tem maior penetração em São Paulo, onde implantou sua primeira fábrica²⁹.

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

A Antarctica, por outro lado, possui um portfólio mais diversificado, fruto da sua estratégia de expansão baseada na aquisição de cervejarias regionais³⁰. Em que pese a grande quantidade de marcas comercializadas (22), somente duas respondem aproximadamente 98% vendas: Antarctica Comum e Bavaria.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Marcas Brahma e Skol somadas.

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

3. Nível das Barreiras à Entrada

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

suficientemente baixo. A hipótese é a de que num mercado com reduzidos obstáculos ao ingresso de novos concorrentes, qualquer elevação de preços atrairia a entrada. Sendo assim, os atuais vendedores, visando manter seu volume de vendas (participação de mercado), praticam preços o mais altos possíveis, mas que não sejam tão elevados que possam atrair a entrada. Barreira à entrada, portanto, é uma questão de grau. Quanto mais baixas, menores os preços cobrados no interior de um mercado - mesmo se o mercado tiver sua oferta concentrada. Observa-se, dessa maneira, que a concorrência potencial tem o mesmo peso da concorrência efetiva (grau de concentração da oferta) na análise antitruste³¹.

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

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

A partir da década de 70, o modelo ECD passou a sofrer críticas da denominada "escola de Chicago". Segundo Stigler³², por exemplo, somente existem barreiras à entrada na presença de assimetrias entre as firmas, ou seja,

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

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

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

Os desenvolvimentos da teoria de organização industrial realizados no âmbito acadêmico foram incorporados pelos órgãos da defesa da concorrência em todo o mundo. Assim, o *Horizontal Merger Guidelines*, publicado conjuntamente, em 1992, pelo Departamento de Justiça (DOJ) e pela Federal Trade Commission (FTC) dos EUA, considera que “uma fusão provavelmente não criará ou aumentará o poder de mercado ou facilitará seu exercício, caso a entrada no mercado seja suficientemente fácil para impedir, após a fusão, que os participantes do mercado possam, coletiva ou unilateralmente, manter, com lucro, um aumento de preços acima dos níveis pré-fusão”³³. O documento detalha as condições que devem ser observadas para que uma entrada implique efetivamente a superação dos prováveis efeitos anticompetitivos de uma fusão ou aquisição³⁴.

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

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

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

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

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

2º Teste: A entrada deve ser altamente provável, inexistindo condições impeditivas da continuidade do entrante no mercado no longo prazo³⁵, auferindo níveis de lucratividade semelhantes aos vigentes antes do ato de concentração (*likelihood of entry*); e

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

Satisfeitos os testes acima, o ato de concentração é tido como incapaz de ofender à concorrência, não gerando mais preocupação da parte das autoridades norte-americanas da defesa da concorrência. Calvani & Miller³⁶, consideram, porém, que as alterações introduzidas na análise das condições de entrada pelo guia de 1992 refletem o desejo das agências norte-americanas de limitar a tese das barreiras à entrada na defesa de operações concentradoras de mercado. Calvani conhece bem a discussão por ter dela participado como funcionário da *Federal Trade Commission*. De fato, a incerteza que permeia uma análise dessa natureza exige prudência por parte do aplicador da lei antitruste. O dano ao mercado provocado por uma substancial elevação da concentração da oferta não pode ser desprezado por uma possibilidade questionável de entrada de novos concorrentes. É preciso que as Requerentes demonstrem clara e inequivocamente essa tese.

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

- Economias de escala;
- Economias de escopo;

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

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

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

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

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

3.1 - Refrigerantes Carbonatados

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

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

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

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

3.2 - Cervejas

3.2.1 - Análise da SEAE

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

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

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

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

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

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

3.2.2 - Análise da SDE

No seu parecer, a SDE ressalta que a análise das barreiras à entrada deve se dar num tempo socialmente aceitável³⁷ e que seja efetiva ou, em outras palavras, seja capaz de restabelecer quantidades e preços dos produtos ofertados aos níveis anteriores. Tais exigências são fundamentais porque é possível a existência de situações em que a entrada de novos competidores em um mercado não reflita a quebra ou a inexistência de barreiras neste mercado.

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

³⁷ HOVENKAMP, H., *op. cit.*, p. 466.

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

Segundo a SDE, uma empresa que entrasse no mercado com a escala mínima eficiente para a produção de cerveja poderia se inserir e manter uma pequena marca na “franja” do mercado de cervejas. Essa escala, contudo, não teria maior impacto sobre a dinâmica concorrencial no mercado relevante em exame. Uma entrada efetiva certamente exigiria investimentos de maior vulto³⁸. Tais investimentos, portanto, também devem ser considerados como substanciais obstáculos à entrada de um novo concorrente.

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

O tempo entre a decisão de entrar no mercado e a entrada efetiva aumentaria os riscos para o interessado em participar desse mercado. Nesse ínterim, as empresas em operação poderão agir estrategicamente por meio do aumento da oferta, busca de novos clientes e segmentos e melhor promoção comercial³⁹. Essa atuação estratégica das empresas existentes no mercado poderá virtualmente impedir que novas empresas sejam capazes de se

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

³⁹ HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 471.

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

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

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

Ressalta a SDE que os investimentos em propaganda e marketing são utilizados para a modificação das preferências dos consumidores tanto a curto quanto a longo prazos por meio de estratégias de fixação de marcas⁴⁰. Exemplo da importância da fixação de marcas na indústria pode ser extraído dos gastos que vêm sendo spendidos pelas empresas do setor.

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

⁴⁰ De fato, como observa o Conselheiro Arthur Barrionuevo, em seu voto no caso Antarctica-Anheuser-Busch: “...é certo que a diferenciação de produtos por uma mesma empresa diminui a elasticidade da sua demanda, pois, consumidores com preferências distintas são atendidos por vários produtos da mesma empresa e, além disso, o mesmo consumidor pode substituir bens sem trocar de fornecedor”. No mesmo voto pode-se encontrar também: “é importante relembrar a lição de Hovenkamp (op. cit., pp. 472-73) ao expor a teoria sobre os impactos da diferenciação de produtos, ‘que em conjunto com grandes doses de publicidade, pode deter a entrada por negar aos potenciais competidores uma oportunidade para entrar em nicho lucrativo do mercado’, para colocar mais adiante que ‘Qualquer vez que os incumbentes estiverem dando aos clientes o que eles desejam, os novos entrantes terão dificuldades em conseguir lucros’”.

uma operação de Goiânia, aí eu procurei a companhia e disse: olha eu não tenho condições de ficar aqui [...] eu sou considerado o melhor revendedor da Skol, como ela vai achar outro? Não vai. Se não deu certo com o Reinaldo não vai dar certo para ninguém” (Reinaldo Dinamarco Solera em reunião realizada em 14.12.1999, fls. 3.477/3.478).

Conclui, então, a SDE, que investimentos em propaganda e *marketing* e a fixação da marca são efetivamente uma elevada barreira à entrada no mercado de cervejas.

Na opinião da Secretaria a distribuição também deve ser considerada como uma importante barreira à entrada para o caso em análise. Um dos mais problemáticos aspectos para a comercialização de cervejas no Brasil seria a capacidade de penetração no mercado, que conta com cerca de 1 milhão de pontos de venda em todo o país - responsáveis por cerca de 75% do mercado de cervejas (canais tradicional e bar), atendidos quase que exclusivamente via distribuição indireta. Lembra que mesmo a Phillip Morris, detentora de ampla rede de distribuição no Brasil, preferiu introduzir a cerveja Miller através de *joint venture* com a cervejaria Brahma, minimizando os custos e riscos de entrada. Além da história de fracasso da Pepsi-Cola que, em 1993, chegou a empregar US\$ 500 milhões para montar uma rede própria de distribuição mas não chegou a cobrir 50% dos pontos de venda.

Além de demandar grandes gastos em *merchandising*, os canais tradicional e bar - onde prevalecem embalagens retornáveis - apresentam uma série de características que os fazem depender da presença quase que diária de distribuidores em seus recintos: baixa capacidade de estoque; reduzido capital de giro; compras periódicas em pequenos volumes; necessidade de prestação de serviços por parte dos distribuidores (organização dos estoques, comodato de “*freezers*”, mesas, letreiros etc).

É preciso frisar que a aquisição de pequenos volumes pelos pontos de venda integrantes dos canais tradicional e bar acarreta um maior custo de entrega. Nesse ponto, deve-se considerar a existência de vantagem competitiva das empresas líderes com o ganho de escala, pois, sendo maior seu volume de vendas por comprador, seu custo relativo de entrega tende a ser menor do que o daquelas empresas com reduzido volume de vendas. Além disso, a diversidade de marcas já presentes no mercado (especialmente as marcas AmBev, de maior número e presença) tende a “inundar” os pontos de vendas, enxugando o caixa dos pontos de venda, que, portanto, apresentarão resistência em adquirir uma marca de cervejas de um novo concorrente, cujo risco de comercialização é inerentemente mais elevado.

De fato, o reduzido volume médio de compras dos estabelecimentos nos segmentos tradicional e bar, aliado ao seu limitado espaço físico, os obriga a trabalhar com apenas dois ou, no máximo, três fornecedores de cerveja. Dadas essas limitações, a decisão do ponto de venda sobre quais marcas adquirir é definida pela rotatividade atual das marcas. Marcas com maior saída serão as escolhidas, dificultando ainda mais a entrada de novos concorrentes.

Também ressalta que a AmBev deterá as três maiores redes de distribuição de cerveja, apresentando quadro com o alcance ponderado da distribuição de cerveja no canal bar, por fabricante.

Porcentagem Numérica de Distribuição⁴¹ - Canal Consumo Local⁴²

EMPRESAS	ÁREAS AC NIELSEN ⁴³							
	BRASIL	I	II	III	IV	V	VI	VII
COMPANHIA BRAHMA	85	66	91	93	88	94	89	92
ANTARCTICA+B	76	74	69	73	82	76	85	75
KAISER+HEINEKEN	51	31	45	20	90	73	64	27
SCHINCARIOL	36	31	30	56	27	56	29	32
CINTRA	5	-	6	9	2	17	1	7
BELCO	4	1	1	1	1	16	2	15
CERPA	0	-	-	1	1	0	0	1

⁴¹ Esta variável verifica a presença dos produtos pesquisados nos estabelecimentos do canal bar. Não são levados em consideração o volume de cada marca, nem do estabelecimento no total de produtos vendidos no canal.

⁴² Conforme apontado pela AC Nielsen, fls. 3.598/99, para o correto entendimento do quadro é necessário destacar que as porcentagens não podem ser somadas, sob o risco de dupla contagem. As agregações apresentadas são somente aquelas disponíveis no momento da coleta de dados pela AC Nielsen, a qual agrega apenas as marcas indicadas na tabela. Nesse ponto, cumpre observar que os dados apresentados pelas Requerentes no quadro 9, p. 48, do Memorial de 07.12.1999, diferem dos dados constantes da base AC Nielsen. Além disso, a impossibilidade de agregar a distribuição de diversas marcas posteriormente à coleta de dados, torna inexplicável a composição do percentual indicado para distribuição ponderada de marcas não AmBev.

⁴³ As áreas AC Nielsen são: I) CE, RN, PB, PE, AL, SE, BA; II) MG, ES, RJ (exceto Grande Rio); III) Grande Rio; IV) Grande São Paulo; V) Interior de São Paulo; VI) PR, SC, RS; VII) MS, GO, DF.

O.FABRICANTES, NAC.	17	4	20	32	5	18	27	25
O.FABRICANTES, IMP.	1							

Fonte: Dados Nielsen - Consumo Local Brasil - Distribuição Numérica - Ago/Set/1999

Conclui, a partir desses dados, que a AMBEV apresenta abrangência de distribuição muito mais elevada do que as demais empresas e que os pequenos fabricantes possuem penetração muito reduzida na distribuição de seus produtos para o maior canal do mercado.

O tamanho do negócio distribuição é resumido pela SDE através da manifestação da ABRADISA - Associação Brasileira das Distribuidoras Antártica: *“A atividade de distribuição cresceu, e hoje, as três redes em conjunto, Antártica, Brahma e Skol, possuem quase 800 distribuidoras, formadas por 3.000 empresários independentes, que investem capital correspondente a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em imóveis, automóveis, carretas, caminhões, empilhadeiras, estoque de produtos, vasilhame, material de merchandising, geladeiras, mesas cadeiras, etc. Empregam diretamente mais de 50.000 funcionários e atingem 900.000 clientes varejistas. Faturamento anual de R\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de reais), garantindo a arrecadação pontual dos tributos federais, estaduais e municipais.”*

Diante desse leque de argumentos, e em função da experiência das empresas cervejeiras nacionais, do investimento necessário para se organizar uma rede de distribuição, bem como da história recente da entrada de cervejarias estrangeiras no mercado brasileiro, sempre através de parcerias, conclui a SDE que a ausência de uma eficaz rede de distribuição, constitui uma enorme dificuldade de novas empresas se estabelecerem no mercado como concorrentes efetivas.

Entende que a larga predominância da embalagem retornável (vidro) nos canais tradicional e bar, que respondem por cerca de 75% do volume total de vendas de cervejas no país, é uma significativa barreira à entrada, tendo em vista, dentre outros fatores, a necessidade de imobilizar grandes montantes de capital em vasilhames. Lembra que a tendência de substituição deste tipo de embalagem nos citados canais é lenta, o que reforçaria a manutenção dessa barreira nos próximos anos.

Conclui o parecer da SDE que, dadas as barreiras existentes, a entrada para um novo concorrente efetivo, capaz de contestar a posição

dominante da AmBev não se afigura possível e, mesmo que o fosse, não se daria em período de tempo socialmente aceitável.

3.2.3 - Análise das Requerentes

As Requerentes sustentam que as barreiras à entrada no mercado de cervejas não são suficientemente elevadas para impedir o acesso de novos concorrentes. Baseia-se essa percepção no que se segue:

- o sucesso de pequenas empresas entrantes (que inclui a Kaiser e Schincariol), cujas participações de mercado somadas eram de 11%, em 1990, e totalizam 27%, em 1999.
- a entrada desses novos produtores, com estratégias centradas em preços baixos, resultou em queda real de preços entre 1995 e 1999.
- a expectativa de retomada do crescimento da demanda aguça o movimento de entrada.
- vários investimentos realizados pelos concorrentes já se encontram em andamento, o que comprovaria a facilidade da entrada. Entre 1997 e 2001 a capacidade instalada dos concorrentes crescerá 68%. O total da capacidade será de 62,5 milhões de hectolitros/ano, contra uma capacidade de cerca de 90 milhões h/ano da AMBEV e uma demanda estimada também de cerca de 90 milhões h/ano.
- os pequenos produtores ampliaram suas capacidades e poderiam abastecer até 15% do mercado.
- tecnologia, economias de escala e requisitos de capital não se constituem em impedimentos à entrada.
- economias de escopo e custos de transação reduzem barreiras para entrantes do próprio setor de bebidas, como por exemplo, mas não apenas, fabricantes de tubaínas.
- as barreiras de distribuição foram reduzidas com a ampliação do número de distribuidores multimarcas no mercado, o que facilitou a organização de um sistema próprio para um entrante.
- redes de auto-serviço e atacadistas facilitam vendas.
- as embalagens não são empecilhos à entrada. Os vasilhames retornáveis são universais, podendo ser utilizados por qualquer fabricante. A embalagem PET poderá vir a facilitar ainda mais a entrada.
- a diferenciação de produtos (marcas) é vulnerável a preços e constitui barreira intransponível. A baixa fidelidade às marcas e a significativa

sensibilidade a preços são garantidas pelas elevadas elasticidades cruzadas entre as cervejas. O crescimento da Schincariol é prova disso.

- a receptividade às marcas novas facilita a entrada. Estudo da Copernicus demonstraria isso.

- é viável a entrada de empresas estrangeiras. O custo de aprendizado seria superado pela aquisição de empresa já estabelecida ou pela entrada regional, numa primeira etapa. O movimento de internacionalização das cervejarias é irreversível.

3.2.4 - Análise dos Pareceristas

A AMBEV apresentou pareceres solicitados a renomados economistas sobre os impactos da operação sobre a concorrência, que assim se manifestaram quanto a questão das barreiras à entrada.

Para o Professor Mário Possas, o nível das barreiras à entrada não seriam suficientemente elevados para deter entradas competitivas, uma vez que:

a. as barreiras decorrentes de escala mínima eficientes são reduzidas. Sendo a escala mínima eficiente da ordem de 3 milhões de hl/ano, requer um investimento da ordem de R\$ 180 milhões - o que representaria insignificantes 3,7% do volume total da produção e 1,2% do valor dessa produção.

b. as barreiras por fixação de marcas também não seriam tão importantes. Sendo mais significativas para a faixa de mercado denominada *high end*, não impediriam entrada no segmento *low end*. Como tais segmentos não são estanques, não se constituiriam em impedimento à entrada.

c. barreiras devidas à rede e canais de distribuição tampouco se constituiriam em impedimento à novas entradas. A distribuição não-integrada é viável para produtores e marcas já estabelecidos, o que minimiza os custos para o produtor independente. O acesso aos milhares de pontos de vendas no território nacional poderia ser paulatinamente contornado pela fixação do produto/marca seja via publicidade (*segmento high end* do mercado), seja via preços (*segmento low end*). O crescimento das embalagens descartáveis e dos pontos de venda de auto-serviço seria outro fator de redução de custos de distribuição. Considera que outros distribuidores de outras bebidas, ou até de outros produtos, seriam alternativas viáveis.

- refaz o exercício da SEAE e conclui que há espaço para a entrada nos mercados geográficos definidos por aquela Secretaria.

Entretanto, em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996 (que passarei a chamar de Parecer de 1996), o Professor Possas, ao analisar as condições de entrada em oligopólios com diferenciação de produtos - caso da indústria de cervejas -, observou que “Tendo em vista que os instrumentos para a diferenciação de produtos nesses mercados são os relativos à *fixação de marcas...*, segue-se que os ativos mais relevantes - de maior poder competitivo, e, portanto, de modo geral, de maior valor econômico estratégico - são exatamente suas *marcas e sua estrutura de comercialização/distribuição*” (grifou). Esse investimento em *sunk costs* já representaria uma barreira. Nas suas palavras: “Assim, uma eventual hipótese de que um oligopólio diferenciado *não apresente barreiras à entrada*, deve ser questionada em princípio, só podendo aplicar-se a casos especiais - *muito raros empiricamente* - em que o mercado seja *“perfeitamente contestável”...*”, com total ausência de custos irreversíveis.

Também no Parecer de 1996, observou que nos mercados de bens que requerem experiência por meio de consumo, os produtos desconhecidos pelo consumidor são considerados *a priori* inferiores aos já conhecidos. Nesse caso, um produto rival só será testado se tiver preço inferior, “o que também acarreta uma curva de demanda *inelástica* em algum grau, indicando **poder de mercado do vendedor**” (grifei).

Especificamente quanto ao mercado de cervejas, afirmou que “embora não sejam insignificantes as barreiras à entrada ligadas à economias técnicas de escala, ou mesmo ao montante de capital mínimo requerido para instalar o tamanho eficiente de planta bem como uma rede de distribuição..., as barreiras à entrada realmente relevantes estão relacionadas à presença de *custos irrecuperáveis (sunk costs) de diferenciação de produtos por marcas*, pelos quais se busca obter um nível significativo de fidelidade dos consumidores a determinada marca” (grifou). Nota de pé de página completou: “Note-se que este fator também cria um requisito adicional de capital mínimo associado aos investimentos iniciais na fixação da *marca*, o que torna o conjunto dos requisitos mínimos de capital um valor significativamente alto”.

Ainda no Parecer de 1996, o economista ao analisar os resultados empíricos disponíveis na literatura afirma que “Uma das poucas conclusões mais ou menos gerais desses modelos é que a *proliferação de marcas* ou de

variedade de produtos tende a *aumentar* o nível das barreiras à entrada, assegurando vantagens à(s) firma(s) estabelecida(s)..." (grifou).

Na página 28 do Parecer de 1996, o economista foi mais taxativo: "As barreiras à entrada no mercado de cerveja são **elevadas**. Em *primeiro* lugar destaca-se a presença de economias de escala regulares, tanto ao nível da planta, como ao nível da empresa... Em *segundo* lugar, destacam-se as barreiras ligadas à *diferenciação de produtos*, associadas, em particular, no caso da indústria de cervejas,... à propaganda como forma de fixação das marcas e à importância das redes de distribuição dos produtos..." (grifou). Evidência disso, segundo o autor, "encontra-se no fato de que a Kaiser, mesmo contando com todo o suporte da rede de distribuição do grupo Coca-Cola, logrou obter, em quinze anos de atuação no mercado de cerveja, somente 15% do mercado."

Para a Professora Elizabeth Farina, por sua vez, em parecer datado de fevereiro de 2000, os pequenos produtores regionais poderiam contestar a política comercial das líderes e cresceriam diante de elevação de preços das líderes. O crescimento desses produtores menores seria um fato real. Embora não apresente nenhuma análise das barreiras à entrada no mercado de cervejas, nesse trabalho, a economista afirma que "mesmo que a firma pudesse ser bem sucedida numa elevação unilateral do preço sua estratégia poderia ser constrangida pelo risco de atrair uma ou mais empresas de ingressar no mercado atraídas pelos altos lucros".

Em que pese a prudência da parecerista ("poderia ser constrangida"), uma entrada com esse resultado exigiria a ausência de elevadas barreiras à entrada, o que não foi examinado no parecer.

Mais adiante a Professora afirma: "Num mercado em que a demanda é menor que a capacidade instalada, a existência de custos fixos e irreversíveis torna o ingresso de novas firmas especialmente penoso às firmas perdedoras de participação de mercado devido a entrada de novas firmas".

Trata-se aqui, de uma verdadeira inversão da análise de barreiras à entrada. O usual é considerar que em mercados onde a demanda é menor que a capacidade instalada, a existência de custos fixos e irreversíveis desestimula drasticamente a entrada de novos concorrentes, permitindo justamente que as empresas já estabelecidas aumentem seus preços e obtenham lucros extraordinários. Dessa forma, considero que a Professora detectou uma barreira à entrada, e não um fator de desestímulo ao aumento de preços.

Já em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996, a economista procedeu uma análise cuidadosa do nível das barreiras à entrada no mercado de cervejas e concluiu de maneira inequívoca: “O mercado brasileiro de cerveja certamente não é, nunca foi, e nunca será perfeitamente contestável. Primeiro porque **existem claras barreiras** à entrada associadas à rede de distribuição e à diferenciação do produto. Segundo porque existem elevados custos irrecuperáveis que impedem a saída sem custos. Mesmo para grandes cervejarias como a Anheuser-Busch e Miller as barreiras de diferenciação são poderosas. O importante é como o consumidor percebe a marca e não sua importância mundial. Uma coisa é o consumidor americano frente a Budweiser e Miller, outra coisa é o consumidor brasileiro. Ainda que essas empresas tenham capacidade financeira para construir e sustentar marca e reputação, isso leva tempo, o que é uma variável crucial em um mercado em rápida transformação” (grifei).

Ao comentar o papel das pequenas empresas do mercado, a Professora, apoiando-se em Olster (1994), afirma: “As citadas barreiras à entrada e à saída representam, também barreiras de mobilidade. Isto é, barreiras que impedem o crescimento de cervejarias pequenas e médias, que ficam restritas aos mercados locais e formam um grupo estratégico separado das empresas que operam em âmbito nacional”.

Conclui, então, de forma que não deixa margem a dúvidas: “Barreiras à entrada e elevados custos de saída tornam a concorrência potencial impotente para afetar estratégias das firmas estabelecidas, conforme definido pela doutrina da concorrência potencial”.

Também é importante considerar a inestimável contribuição do Professor Luciano Coutinho na análise das condições de entrada no mercado brasileiro de cervejas. Embora o Professor Coutinho não tenha apresentado parecer específico nesse caso, é consultor das Requerentes, além de ser um dos mais respeitados economistas do país.

Como já foi mencionado, a posição das Requerentes, e, portanto, do Professor Coutinho, é a de que as barreiras no mercado analisado não se constituem em fonte de impedimento à entrada. Entretanto, em parecer apresentado pela Antarctica ao CADE na análise da constituição da *joint venture* com a Anheuser-Bush, em 1996, o economista considerou que “há sérias razões... para colocar em dúvida a hipótese de que a entrada independente e hostil ao atual oligopólio, por parte de uma grande empresa estrangeira, seria viável e até relativamente fácil”. Após considerar que nos oligopólios diferenciados, “além da diferenciação da marca, a necessidade de

montar e operar uma ampla rede de distribuição constitui importante barreira à entrada. É evidente e reconhecida a relevância destas duas categorias de barreiras à entrada no setor de cerveja. São indubitavelmente elevados os gastos rotineiros com propaganda e marketing das empresas... A afirmação de uma marca inteiramente nova é muito custosa pois exige pesados e continuados gastos de propaganda por um período relativamente longo (pelo menos três anos) sem o retorno correspondente de vendas.

Aqui faço duas considerações. Na primeira recorro à Professora Elizabeth Farina, que ressalta que uma marca conhecida pelo consumidor americano, e mesmo em mais países, não tem o mesmo reconhecimento por parte do consumidor brasileiro, tendo o caráter, portanto, de marca nova que exige os pesados investimentos a que se refere o parecerista. Na segunda, lembro que o prazo para a fixação de marcas ultrapassa o período concedido por qualquer jurisdição internacional para aceitar a tese de que uma operação pode ser aprovada pois as barreiras são reduzidas. Desse modo, esse prazo impõe a conclusão de elevadas barreiras à entrada e que firmas já estabelecidas com elevada participação de mercado podem exercer poder de mercado durante significativo período de tempo, drenando renda do consumidor de forma compulsória, sem temer que sua posição seja contestada por firmas entrantes.

Mas o Professor Coutinho aprofunda sua análise, ao afirmar que “No caso do setor de cervejas, os dispêndios necessários à entrada são, ademais, aumentados pelos outros *sunk costs* e especialmente pela necessidade de estruturar uma rede eficiente de distribuição”. E prossegue, supondo que “existem fundadas razões para supor que haverá forte reação, pois em geral o montante de dispêndios/custos necessários para que as empresas estabelecidas bloqueiem a entrada é inferior ao esforço de gastos que teria que ser dispendido pelo desafiante... Além disso, os oligopolistas poderão dificultar a montagem de redes de distribuição, ativando o desempenho de suas próprias redes que passarão a pressionar os pontos de venda... para não aceitar a nova marca... O rotundo insucesso de tentativa de entrada da PEPSI-COLA no mercado brasileiro em função da forte reação da COCA-COLA, nos termos acima descritos, é bem ilustrativo da dificuldade de ingresso num setor semelhante”.

No parecer de 1996, o economista destrói um dos melhores argumentos na defesa da tese de que a montagem de redes de distribuição por parte de um entrante é fácil. Nas suas palavras: “É questionável o argumento de que seria relativamente fácil montar uma nova rede de distribuição, em

decorrência do processo de enxugamento do número de distribuidores - processo que vem sendo empreendido nos últimos anos pelas empresas do setor. A redução do número de distribuidores resulta da necessidade de torná-los mais eficientes, em função do sensível aumento dos custos de distribuição após a estabilização de preços... A montagem de uma nova rede baseada nos distribuidores excluídos, de menor aptidão e eficiência, não seria tão fácil e tenderia a acarretar custos médios mais elevados de distribuição para o entrante. Além disso, os distribuidores eficientes, a serviço das firmas do setor, buscariam restringir o acesso do novo concorrentes aos pontos de venda existentes”.

Também cita outras evidências de impedimentos à entrada no mercado brasileiro de cervejas, como o fato de que a Carlsberg e a Heineken, pioneiras no processo de internacionalização da indústria, não obstante terem iniciado produção direta em muitos mercados, desde os anos 60, “nunca tentaram penetrar independentemente no mercado brasileiro”.

Fragiliza, ainda, outro argumento das Requerentes, parcialmente encampado pelo Professor Mário Possas, de que uma boa experiência em distribuição, mesmo que não de cerveja, facilitaria a entrada. Lembra que a Anheuser-Busch antes de se associar com a Antarctica fracassou numa tentativa de entrada associada à Arisco, que inegavelmente sabe distribuir produtos no Brasil. Para Coutinho, no parecer de 1996, as peculiaridades do sistema de distribuição de bebidas não permitem esse tipo de sinergias com distribuidores de outros produtos. Fornece, então, mais um exemplo, ao lembrar que a Miller não recorreu ao sistema de distribuição da Philip Morris no país.

3.2.5 - Conclusões da Análise de Barreiras à Entrada no Mercado de Cervejas

Acato os argumentos da SDE no sentido de que não basta a possibilidade de entrada de uma firma no mercado para ficar demonstrada a inexistência de barreiras a entrada. Essa entrada precisa ser suficiente para contestar eventual exercício do poder de mercado das empresas já estabelecidas e precisa ocorrer em tempo socialmente aceitável. Essas são também as condições impostas pelos aplicadores antitruste internacionalmente. Como ressaltou a Secretaria do Ministério da Justiça, a lei 8.884 não fixa esse prazo, mas a jurisprudência internacional tem trabalhado com um período de dois anos.

Por outro lado, é certo que barreiras à entrada é uma questão de grau. Não se pode afirmar que é impossível uma cervejaria estrangeira, capaz

de contestar a política comercial do líder, instalar-se no país, à qualquer custo. A questão, porém, é que a qualquer custo ela não se instalará. Com elevados custos de instalação, associados a substanciais riscos e incerteza, o retorno do investimento fica comprometido e o investimento desestimulado. Assim a análise gira em torno da estimativa da probabilidade de que a entrada venha a ocorrer. Se essa probabilidade não for claramente elevada, a tese de barreiras reduzidas ou inexistentes não pode ser aceita.

Nesse sentido, não posso concordar com a conclusão da SEAE de que não existiriam barreiras derivadas da fixação de marcas, suficientemente elevadas para deter entradas na indústria de cervejas. Como bem observou a SDE, no seu excelente parecer, as elevadas despesas de publicidade ressaltadas nos pareceres dos Professores Elizabeth Farina, Mário Possas e Luciano Coutinho, representariam elevados custos irrecuperáveis, que elevam substancialmente o risco da entrada. No seu Parecer de 1996, o Professor Possas lembra que os investimentos iniciais na fixação da *marca* criam um requisito adicional de capital mínimo, o que torna o conjunto dos requisitos mínimos de capital um valor significativamente alto. A própria Requerente na sua petição inicial reconheceu: “...*para lançar-se uma nova marca de cerveja em um novo mercado externo são necessários cerca de cinco anos entre a construção das plantas industriais necessárias e a consolidação das novas marcas.* Além dos evidentes custos irrecuperáveis que isso proporciona, a entrada, caso ocorra, se torna factível num período de tempo socialmente indesejável. Também na petição inicial as Requerentes enfatizaram a relevância desses investimentos para a dinâmica concorrencial do mercado em tela: “*Ademais disso, há que se considerar que, por tratar-se de produtos diferenciados, o foco central da concorrência reside justamente no processo de diferenciação de produtos e nos investimentos em publicidade e marketing...*”. Assim, se a entrada tem investimento alto e elevados custos irrecuperáveis, conclui a Organização Industrial a existência de barreiras à entrada. Sendo assim, não importa se os custos irrecuperáveis associados ao processo produtivo são baixos. O que importa é o total dos custos de entrada.

Também não posso concordar com a SEAE que o acesso à rede de distribuição seja superável. Como bem ressaltado pela SDE, há várias evidências de que o acesso à rede de distribuição eficiente e competitiva é difícil e eleva os custos e riscos associados à entrada. O aplicador da norma antitruste não pode deixar de considerar evidências, em contraposição à afirmativas desprovidas de indícios que as sustentem. Nesse sentido, a história das *joint ventures* realizadas entre Antarctica/Anheuser-Bush, Brahma/Miller, Heineken/Kaiser e Carlsberg/Skol indicam claramente dificuldades de acesso à

rede de distribuição. Não fosse assim, essas cervejarias teriam entrado sozinhas no mercado brasileiro. Por que razão dividiriam lucro com as cervejarias instaladas. Além disso, a Phillip Morris, que detém forte sistema de distribuição nas indústrias alimentícia e de cigarros, preferiu comercializar a cerveja Miller por meio da Brahma. Também é uma evidência da existência de dificuldades de acesso à rede de distribuição eficiente e competitiva a história de fracasso da Pepsi-Cola que, em 1993, chegou a empregar US\$ 500 milhões para montar uma rede própria de distribuição mas não chegou a cobrir 50% dos pontos de venda. Também a história da Schincariol é relevante, ao levar mais de 5 anos para apresentar algum resultado de mercado, prazo que ultrapassa qualquer período aceitável pelas autoridades antitruste de qualquer país.

Ressalto, nesse mesmo sentido, manifestação da própria Brahma que consta dos autos do AC Brahma - Miller, apresentado no relatório do ilustre ex-conselheiro do CADE Renault de Freitas Castro: “toda a força da Coca-Cola não conseguiu, em quinze anos, colocar mais do que 14 ou 15% de Kaiser no Brasil...”. Nesse caso, interessava à Brahma demonstrar que existem de fato relevantes barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado brasileiro de cervejas⁴⁴. Hoje, podemos somar mais quatro anos ao argumento de 1996 da Requerente, demonstrando toda a dificuldade encontrada pelos concorrentes dos gigantes brasileiros do setor para ganhar mercado e tornarem-se concorrentes capazes de contestar a política comercial dos líderes, mesmo quando estes atuavam separadamente no mercado de cervejas.

Nesse mesmo AC Brahma - Miller, o ilustre Presidente do CADE, Gesner de Oliveira assim se manifestou: “o relator fez uma análise exaustiva das elevadas barreiras à entrada existentes no mercado de cerveja brasileiro as quais teriam relevância mesmo para empresas do tamanho da Miller, especialmente o acesso à rede de distribuição”.

Apesar da distribuição ser uma importante barreira, a marca é igualmente importante. Nesse sentido, considero fundamental na correta identificação do papel representado pela marca, a história, enfatizada pela SDE, da fracassada tentativa de entrada da Skol na cidade de Fortaleza, região com alta participação de mercado da marca Antarctica.

Também não posso desconsiderar tão apressadamente o argumento de que no processo de entrada no mercado a marca desconhecida é

⁴⁴ Na decisão desse caso, como no caso Anheuser-Busch, o CADE entendeu que de fato havia barreiras elevadas no mercado de cervejas. Mas entendeu que havia outros aspectos na operação que exigiam a intervenção.

extremamente prejudicada pelas condições dos pontos de venda de embalagens retornáveis - que representa cerca de 75% da oferta de cerveja e é onde se viabiliza a operação com margens de contribuições mais elevadas. Na ausência de pedidos em grande número por parte dos consumidores, que desconhecem a marca, os pontos de venda não compram a cerveja, uma vez que têm um caixa curto para ser administrado e pouco espaço físico para guardar as garrafas. Assim, dificulta até mesmo que a nova cerveja seja testada pelo consumidor, num círculo vicioso, outro ponto destacado pela SDE.

Por outro lado, o fato tão insistentemente ressaltado pelas Requerentes de que existem pequenas cervejarias no mercado não indica a inexistência de elevadas barreiras à entrada. De fato, pequenos produtores sempre existiram nesse mercado, mas nunca contestaram a política comercial das grandes empresas, sendo adquiridas eventualmente. Assim, soluções regionais de entrada não seriam suficiente para contestar o exercício do poder de mercado por parte da AMBEV. Nesse sentido, lembro o argumento da Professora Farina, que considera que as barreiras existentes representam, também, barreiras de mobilidade. Isto é, barreiras que impedem o crescimento de cervejarias pequenas e médias, que ficam restritas aos mercados locais e formam um grupo estratégico separado das empresas que operam em âmbito nacional.

Finalmente, como procurei ressaltar, os ilustres Professores Elizabeth Farina, Mário Possas e Luciano Coutinho, festejados economistas com notório saber em Organização Industrial, apresentaram pareceres sobre o caso Anheuser-Busch/Antarctica, em 1996, com opiniões radicalmente diferentes daquelas que expressaram sobre as condições de entrada no mercado brasileiro de cerveja, no atual caso AMBEV. Dessa maneira, a simples dúvida de tão ilustres economistas sobre a matéria já recomenda fortemente a prudência por parte do aplicador da norma em aceitar a tese de inexistentes ou reduzidas barreiras à entrada para aprovar a operação.

A análise das condições da entrada na análise antitruste tem uma função muito clara. Diante da constatação de posição dominante por parte de uma firma num dado mercado, a inexistência de elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes impediria o abuso da posição dominante. Assim, o aplicador da norma antitruste estaria disposto a permitir o aumento da concentração do mercado, a integração vertical ou a conquista de posição dominante, uma vez que o vigor da concorrência potencial garantiria resultados desejáveis em termos de bem-estar econômico no mercado

analisado. Nesse sentido, a defesa da concorrência e dos mercados exige que haja evidência de que as barreiras sejam baixas. Diante da incerteza quanto ao nível das barreiras à entrada, cabe ao aplicador da lei de defesa da concorrência a prudência e o conservadorismo. Ressalto esse ponto, apesar de estar plenamente convencido da existência de substanciais barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado brasileiro de cervejas.

Outro aspecto importante na análise antitruste das condições de entrada num mercado diz respeito ao prazo em que se espera que a entrada ocorra. A fixação do prazo, embora seja reconhecidamente uma tarefa difícil, tem como pressuposto a idéia de que em qualquer mercado a entrada é sempre possível, num período de tempo suficientemente longo. A questão que se coloca é se após um período de tempo longo os prejuízos ao mercado seriam irreparáveis. No presente caso, é possível considerar que nos próximos dois anos não se pode esperar entradas importantes na indústria de cervejas no Brasil. A questão a ser analisada diz respeito à definição de qual seria um período suficientemente longo para tornar factível a entrada, e suficientemente curto para não trazer prejuízos ao mercado. Mais uma vez, diante da indefinição, cabe ao aplicador da norma antitruste o conservadorismo na defesa da concorrência.

No presente caso, os dados não apontam para uma situação de elevada concorrência potencial, o que exige por parte do aplicador da norma a prudente e conservadora atitude de prosseguir a análise, desconsiderando a hipótese de que a concorrência efetiva seja suficientemente vigorosa para garantir seus efeitos positivos no mercado. A defesa do direito da coletividade a um mercado mais concorrencial exige isso. O aplicador da norma não pode arriscar. Se não está claro que as barreiras são baixas, não pode considerá-las como elemento que impeça o abuso do poder econômico, da posição dominante.

Nesse mesmo sentido de prudência em aprovar um ato fortemente concentrador de mercado baseado na tese de ausência de elevadas barreiras à entrada vão as autoridades antitruste norte-americanas que, como ressaltaram Calvani & Miller⁴⁵, em artigo já mencionado, buscam limitar seu uso. De fato, a incerteza que permeia uma análise dessa natureza exige prudência por parte do aplicador da lei antitruste. O dano ao mercado provocado por uma substancial elevação da concentração da oferta não pode ser desprezado por uma possibilidade questionável da entrada de novos concorrentes recolocar os

⁴⁵ Terry Calvani e Todd Miller, *Tut Merger Guidelines: the practitioner's perspective*, The Antitrust Bulletin, Fall 1993.

preços aos níveis anteriores aos da realização da operação. É preciso que as Requerentes demonstrem clara e inequivocamente essa tese. O que não lograram fazer, muito pelo contrário, ficou demonstrada a existência de substanciais impedimentos aos efeitos positivos da concorrência potencial sobre o mercado analisado.

4. Condições da Demanda

A análise do tamanho dos compradores e o grau de concentração da demanda como um todo são fundamentais na análise. Operações que concentrem fortemente a oferta podem não criar nem reforçar poder de mercado caso os vendedores se deparem, por exemplo, com clientes com capacidade de negociação. No presente caso, entretanto, a cerveja é um produto tipicamente “de prateleira”, adquirido pelo consumidor final, que não tem qualquer poder de negociação.

Por outro lado, operações concentradoras de mercados cujos produtos apresentam elevada elasticidade-preço da demanda também não criam nem reforçam poder de mercado. Em mercados com esse tipo de produto, qualquer tentativa de exercício de poder de mercado é punida com uma forte retração da demanda.

O poder de mercado (ou poder de monopólio) de uma empresa reflete-se na sua capacidade de definir o preço do seu produto acima do custo marginal de produção de forma lucrativa, obtendo lucro econômico. O montante pelo qual o preço ultrapassa o custo marginal é inversamente proporcional à elasticidade da demanda da empresa, ou seja, quanto menos elástica for a curva de demanda da empresa, maior poder de mercado ela terá.

Por essa razão as Requerentes procuraram demonstrar que tais elasticidades são elevadas, o que passaremos a analisar.

4.1 - Análise da SEAE

O parecer da SEAE analisou dois estudos para o mercado de cervejas, um realizado sob os auspícios da AmBev (Issler e Resende 1999) e outro sob encomenda da Kaiser (Pereira e Associados 1999)⁴⁶. Considera,

⁴⁶ Estimativas Econométricas Da Demanda Por Cerveja No Brasil e Testes econométricos para elasticidade-preço de cerveja tipo Pilsen nos mercados de São Paulo e Rio de Janeiro, respectivamente.

entretanto, que o estudo de Pereira e Associados (1999), padece de fragilidades metodológicas que desautorizam o uso dos parâmetros estimados para inferir o padrão de competição na indústria.

Analisa, então, apenas os resultados obtidos no estudo de Issler e Resende (1999). Duas características importantes desses resultados são: (i) nenhuma estimação da elasticidade-preço da indústria para o produto cerveja-garrafa é estatisticamente confiável; e (ii) a estimação da elasticidade-preço da marca Antarctica para o produto cerveja-garrafa é teoricamente inconsistente (positiva).

Para a SEAE, como o mercado composto por cerveja-garrafa é quantitativamente o mais importante da indústria de cerveja, o estudo não logra autorizar a conclusão de que a elasticidade-preço da demanda por cerveja é alta. Para o produto cerveja-garrafa, o único resultado consistente com essa hipótese é a estimação da elasticidade-preço da Brahma. Esse resultado, entretanto, não implica que a AmBev deixará de aumentar os preços de alguma(s) de suas marcas, após o ato: isso dependerá das elasticidades-preço da Antarctica (não confiável) e Skol (não calculada), bem como das elasticidades-cruzadas.

Já os resultados do mercado composto por cerveja-latas seriam mais robustos. Não obstante, o estudo falharia em comprovar: (i) que a elasticidade-preço da indústria a curto prazo é superior à unidade (a julgar pelos resultados, a indústria seria preço-inelástica a curto prazo); e (ii) que a elasticidade-preço da Antarctica tanto a curto quanto a longo prazo seja superior à unidade (a julgar pelos resultados, a marca Antarctica seria preço-inelástica). No primeiro caso, a ambigüidade dos resultados a curto e longo prazo introduz um dilema quanto ao período adequado para a análise antitruste. No segundo caso, as estimações não corroboram a hipótese de que a AmBev não aumentará os preços da Antarctica, por exemplo, após o ato.

4.2 - Análise da SDE

As Requerentes, tendo considerado insuficiente o estudo apresentado para a SEAE, trouxeram aos autos outro estudo econométrico. Apesar de reconhecer evolução positiva no segundo estudo, a SDE entendeu que também este era inadequado, pois além de um problema identificado de multicolinearidade, seria preciso fazer reparos à metodologia, aos dados empregados e às variáveis adotadas no estudo de Issler e Resende (2000), como se segue:

- o estudo baseia-se apenas em quatro estados, Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro⁴⁷ (no estudo inicial, apenas a área metropolitana de São Paulo foi considerada). Em que pese o fato de que esses quatro estados representam aproximadamente 57% do consumo do país, não seria possível inferir que os resultados aí alcançados possam ser extrapolados para todo o país;
- o uso de apenas quatro estados fica mais inadequado porque neles são encontradas fábricas de quase todas as firmas incumbentes (inclusive as menores) e três deles são os estados mais ricos do país. Se a relação a ser estudada é demanda/preço e sua conseqüência em termos de substituição entre produtos pelos consumidores, o universo utilizado revela-se inadequado porque nesse mercado estão consumidores diferentes do perfil médio nacional;
- o estado de São Paulo, o maior do país em termos de consumo, é um dos dois únicos em que a Kaiser lidera o mercado e o faz cobrando preços mais baixos que os das principais marcas da AmBev.
- A amostra considerada fica, assim, distorcida. Se os quatro estados representam 57% do consumo nacional, entre eles São Paulo tem a maior renda *per capita* e responde por quase metade do consumo. Por conseguinte, a participação da Kaiser fica excessivamente viesada em relação ao total do país;
- em um dos conjuntos de equações, os dados de renda foram considerados de uma forma inusitada, pois basearam-se em dados de consumo de energia elétrica fornecidos pela Eletrobrás. Inicialmente, porque dados de consumo de energia não podem ser diretamente vinculados à renda disponível ou à atividade econômica. Além disso, há dados muito mais confiáveis neste ponto em especial, como os do IBGE⁴⁸ (usados em outras análises de Issler e Resende). Deve-se mencionar, ainda, que há milhões de pessoas que consomem energia elétrica (legalmente ou não) e que não consomem cerveja, não havendo razão para utilizar esse tipo de dado como *proxy* para a renda num estudo envolvendo cervejas;
- o bem escolhido como substituto foi a aguardente, o que não parece ser adequado;

⁴⁷ Embora os autores mencionem que foram considerados apenas três estados, não considerando o Espírito Santo.

⁴⁸ O ideal seria o uso de dados da PNAD (Pesquisa Nacional de Amostragem de Domicílios) e não da PME (Pesquisa Mensal de Emprego).

- os dados da AC Nielsen, que subsidiaram os estudos, apresentam o fenômeno de multicolinearidade.

Em função de todos esses aspectos, a SDE entendeu que o estudo trazido aos autos pelas Requerentes fica prejudicado, em termos de análise antitruste.

Além das deficiências apontadas, o estudo indicaria substituição de marcas AmBev por não-AmBev, mas também indicaria não haver substituição de todas as marcas AmBev por marcas não-AmBev. Observa que a única marca do mercado que substitui a Skol é a Antarctica, e, ainda assim, a possibilidade de substituição é pequena no curto prazo. Destarte, seria possível aumentar os preços da Skol, perdendo consumidores apenas para a Antarctica, o que permite à AmBev ampliar seus lucros em detrimento dos consumidores. Assim, se aceito o estudo das Requerentes, a conclusão seria a de que poderia haver conseqüências sérias para os consumidores em função do fim da rivalidade entre os dois principais agentes do mercado.

Destaca o Parecer da SDE que essas conclusões são baseadas num mercado (Região Sudeste) no qual o consumidor tem amplas possibilidades de escolha. Em outras Regiões, como Amazônia e Mato Grosso, onde só há fábricas da Brahma e Antarctica e a participação dos demais agentes do mercado é consideravelmente menor, o problema da substituição entre as marcas certamente deverá ser acentuado.

Posteriormente, a Kaiser apresentou outro estudo econométrico (realizado pela Ipsos-Novaction), a partir de estatísticas obtidas em quatro cidades (Recife, Rio de Janeiro, São Paulo e Curitiba). Todavia, do estudo não consta uma descrição da metodologia empregada que permita, na opinião da SDE, avaliar a aplicabilidade dos seus resultados. Outrossim, o estudo baseia-se, apenas em quatro capitais, o que não permite fazer uma extrapolação para todo o mercado brasileiro.

Em especial, a SDE observa que a cidade de São Paulo é cerca de oito a dez vezes mais populosa que o Recife ou Curitiba, e tem um perfil de renda bastante diferente delas. Logo, parece duvidoso, para a Secretaria, em termos de confiabilidade estatística, utilizar o mesmo número de entrevistas e o mesmo perfil de distribuição de renda para universos tão distintos. Portanto, de modo geral, considera-se que os resultados deste trabalho não podem ser utilizados na avaliação do presente ato.

A SDE também encomendou estudo econométrico para avaliar as elasticidades no mercado de cervejas. Considera, contudo, que seu estudo não logrou chegar a resultados consistentes a respeito das elasticidades-cruzadas

entre as marcas de cerveja Brahma, Antarctica, Skol e Kaiser. As principais dificuldades encontradas pelo econometrista auxiliar deste órgão na realização deste trabalho são apontadas a seguir.

- em primeiro lugar, as séries de preço da base da AC Nielsen, utilizada neste trabalho, logaritmadas ou não, são altamente correlacionadas, verificando-se o fenômeno da multicolinearidade, que se trata da alta correlação entre as variáveis explicativas de um modelo. Os efeitos para a análise são discutidos pelo próprio Flôres: *“a multicolinearidade implica também em uma falta de precisão nos valores calculados para os coeficientes, sendo, em última análise, impossível separar os efeitos das variáveis colineares. Assim, um coeficiente porventura significativo pode simplesmente estar misturando os efeitos de um ou mais outros, que não obtiveram significância. Este fato, que se dá mesmo quando uso é feito de variáveis instrumentais, é bastante sério no nosso caso, por acrescentar uma dúvida adicional aos resultados obtidos”*.

- além desse problema, que na opinião da SDE, já fragiliza qualquer estudo econométrico para calcular elasticidades-cruzadas entre as marcas no mercado de cervejas, seria preciso mencionar a necessidade da utilização de outras variáveis que influenciam significativamente na tomada de decisão do consumidor, como marca-distribuição. Não seria possível, de acordo com a SDE, pretender que um estudo econométrico chegue a resultados sólidos sobre as elasticidades da demanda do mercado de cervejas brasileiro sem que inclua no modelo essas duas variáveis.

Em síntese, entendeu a SDE que todos os estudos econométricos trazidos aos autos são insuficientes para explicar, de forma conclusiva, a dinâmica do mercado de cervejas. Desse modo, não se poderia afirmar que a operação sob exame não reforça significativamente poder de mercado, a partir dos estudos econométricos analisados.

4.3 - Análise das Requerentes

Segundo as Requerentes, os estudos por elas apresentados apresentaram resultados satisfatórios quanto às elasticidades próprias das marcas. De um conjunto de 33 funções de demanda estimadas emergiram 19 elasticidades-preço próprias negativas, estatisticamente significantes e superiores à unidade. Em uma caso (Antarctica-garrafas), o valor da

elasticidade-preço foi significativo, negativo, igual a um. Assim, em 60% dos casos teria havido indicação de forte reação a preços, pois as elasticidades variaram de -1 a -7. Os outros resultados, 11 são estatisticamente não significativos e 2 são contratintuitivos (elasticidades-preços positivas), que **“devem ser atribuídos às inadequações de bases e dados”** (grifei). Apesar disso, concluem que há evidências concretas de reação dos consumidores à aumento de preços, limitando o exercício do poder de mercado.

Em virtude dessas limitações, ainda segundo as Requerentes, os estudos não obtiveram boa margem de sucesso na estimação das elasticidades cruzadas entre as diversas marcas. Das 108 estimativas possíveis, apenas 28 se revelaram positivas e significativas (26% do total). Em 63 casos as elasticidades não foram significativas e em 17 emergiram com sinal negativo (teoricamente inaceitáveis). Apesar desses resultados frágeis, que indicam dificuldades incontornáveis no banco de dados e/ou na metodologia utilizada, as Requerentes chamam a atenção para o fato de que 20 dos 28 resultados aceitáveis, referem-se a substituição entre marcas AMBEV e não AMBEV.

Já o Professor Mário Possas, em parecer encaminhado pela AMBEV, considera que os estudos inicialmente apresentados pelas Requerentes (Issler e Resende 1999), **“embora baseados em metodologia tecnicamente adequada, não podem ser considerados conclusivos.** Uma das prováveis fontes de distorção desses resultados está no fato de que o teste não foi feito para as *marcas* específicas, mas sim para o *portfólio de marcas* de cada fabricante”. Mesmo assim, conclui que “apesar dessas dificuldades de comprovação empírica, é tecnicamente óbvio que não se pode concluir na direção oposta, *rejeitando a existência* de elasticidades cruzadas significativamente negativas”.

Entendo, porém, que o renomado economista inverte aqui os termos da equação, considerando, equivocadamente, que é a autoridade administrativa que precisa demonstrar que as elasticidades são baixas.

Segundo Possas, o segundo estudo de Issler (AMBEV), teria corrigido alguns problemas metodológicos do estudo anterior. Em linhas gerais, a simulação não teria dado resultados muito diferentes do anterior. Observa que, em termos de marcas, em garrafas a frio, o estudo indica a substituição de Brahma por Kaiser, Skol por Brahma, mas não de Antarctica por Brahma. Conclui que fica fortalecida a conclusão inicial de que a marca Kaiser é forte substituta das marcas que compõem o portfólio da AMBEV, especialmente da marca Brahma. Finalmente, **reconhece que as dúvidas metodológicas e os resultados contra-intuitivos significativos, além de**

resultados não-significativos muito numerosos impõem aperfeiçoamento nos estudos.

Apesar do economista enxergar consistência na conclusão de que Kaiser substitui marcas AMBEV, as próprias Requerentes, como foi mencionado acima, entendem que os estudos não foram bem sucedidos na estimação das elasticidades cruzadas.

As Requerentes consideram que o estudo da Ipsos-Novaction, apresentado pela Kaiser, confirmaria a existência de elevadas elasticidades-próprias e cruzadas da demanda. De fato, o estudo indica as menores elasticidades próprias exatamente das marcas líderes de vendas em cada cidade. Além disso, apresenta elevadas elasticidades-cruzadas, o que indicaria substituição ente as marcas.

Possas considerou o estudo da Novaction satisfatório, e que ele confirmaria os estudos anteriores, ao identificar consistentemente elevadas elasticidades próprias e cruzadas nas marcas AMBEV, o que impediria o aumento abusivo de seus preços.

Entretanto, como será comentado mais adiante, a comparação entre as elasticidades próprias e cruzadas do estudo Ipsos-Novaction demonstra uma inconsistência insuperável.

4.4 - Conclusões Sobre as Elasticidades da Demanda

É evidente que os resultados dos estudos econométricos apresentados pelas Requerentes são inconclusivos, seja quanto à existência de elevadas elasticidades-próprias das marcas, seja quanto à possibilidade de substituição entre marcas. Como ressaltado pela SDE, o estudo apresenta falhas na sua concepção que desautorizam sua utilização com um mínimo de confiabilidade. Além disso, o próprio parecerista, Professor Mário Possas, reconhece que as dúvidas metodológicas e os resultados contra-intuitivos significativos, além de resultados não-significativos muito numerosos impõem aperfeiçoamento nesses estudos. Também as Requerentes admitem que as dificuldades de alguns resultados obtidos “devem ser atribuídos às inadequações de bases e dados”. Em virtude dessas limitações, ainda segundo as Requerentes, os estudos não obtiveram boa margem de sucesso na estimação das elasticidades cruzadas entre as diversas marcas. De fato, o estudo Issler (2000) obtém resultados claramente insatisfatórios para as elasticidades-cruzadas, o que confirma seus problemas metodológicos e as dificuldades das bases de dados, conforme ressaltado pelas Requerentes.

Por outro lado, o segundo estudo de Issler indica que a Kaiser substituiu apenas a Brahma, mas não todas as marcas AMBEV. O mesmo estudo não consegue captar a substituição de Antarctica por Brahma, o que seria de se esperar, inserindo dúvidas quanto a confiabilidade dos seus resultados como um todo. Não vejo como de um estudo dessa natureza poderiam ser sacados apenas os resultados pontuais convenientes para quem o interpreta, deixando de lado o fato dele não ser consistente como um todo. Assim, só posso concordar com a conclusão de que o estudo é insuficiente, precisando ser aperfeiçoado para possibilitar alguma certeza. Evidentemente, como todos que lidam com econometria sabem, após dezenas de ajustes nas especificações da simulação, é sempre possível se obter o resultado desejado. Ou seja, a partir da resposta, constrói-se o modelo adequado que a justifica.

A SDE ressalta, entretanto, que o estudo, se aceitável fosse, indica não haver substituição de todas as marcas AmBev por marcas não-AmBev, com a Skol não sendo substituída por produtos concorrentes. Desse modo, seria possível aumentar os preços da Skol, perdendo consumidores apenas para a Antarctica, o que permitiria à AmBev ampliar seus lucros em detrimento dos consumidores. Assim, se aceito o estudo das Requerentes, a conclusão seria de que poderia haver conseqüências sérias para os consumidores em função do fim da rivalidade entre os dois principais agentes do mercado.

Já quanto ao estudo da Ipsos-Novaction, é fundamental perceber uma sólida inconsistência nos seus resultados. Dada a metodologia e a base de dados, o estudo conclui pela existência de elasticidades próprias negativas e maiores que 1 para todas as marcas (Antarctica, Bavária, Brahma, Skol, Kaiser e Schincariol). Além disso, as menores elasticidades próprias são exatamente das marcas líderes em cada uma das quatro capitais onde foram obtidas as estatísticas. Esses resultados autorizariam, em princípio, concluir pela limitação da possibilidade de abuso de preços por parte das Requerentes, diante da reação dos consumidores. Porém, do mesmo estudo emergiram elasticidades-cruzadas da demanda, que embora altas e positivas (como seria de se esperar, se houvesse substituição entre marcas), indicam que é justamente a marca líder de cada cidade (sobre a qual foi encontrada a menor elasticidade própria, significando maior lealdade do consumidor), que tem a maior elasticidade-cruzada, o que significa dizer que é aquela que o consumidor está disposto a trocar com mais facilidade. Essa contradição foi encontrada em todos os resultados, de todas as cidades. A marca líder é aquela mais rejeitada pelo consumidor, ou aquela que ele troca com mais facilidade. A inconsistência entre os resultados das elasticidades próprias e cruzadas da

demanda traz uma séria dúvida sobre a adequação da sua metodologia e do seu banco de dados.

Sendo assim, aceito os argumento da SDE de que os estudos apresentados foram inconclusivos no sentido de garantir uma reação do consumidor diante de aumentos de preços por parte dos Requerentes.

5. Análise das Eficiências Inerentes à Operação

Segundo os § 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, o CADE poderá autorizar a realização de operações que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços, desde que atendam às seguintes condições:

I- tenham por objeto, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II- os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III- não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV- sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

§ 2º. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

A Resolução 15/98 do CADE explicita que o citado inciso I refere-se às eficiências geradas pela fusão que "não poderiam ser obtidas de outra forma" por serem "intrínsecas ao tipo de operação de que se trata...".

Tal previsão é traço comum entre as principais legislações de defesa no mundo. No *Horizontal Merger Guidelines* publicado pelo Departamento de Justiça (DOJ) e pela Federal Trade Commission (FTC) do EUA, é

reconhecido que as eficiências⁴⁹ geradas por uma fusão podem ampliar a capacidade e os incentivos para que a firma resultante da operação intensifique a competição no mercado. No entanto, somente as eficiências estritamente decorrentes da operação (*merger-specific efficiencies*), ou seja, as que não poderiam ser obtidas na ausência da fusão, podem ser consideradas.

Segundo estudo da OCDE⁵⁰, nas jurisdições onde são aceitas as eficiências como compensações para fusões, não são consideradas as eficiências que poderiam ser obtidas por outros meios que não a fusão. O estudo considera um ganho de eficiência como um ganho de produtividade, resultando na redução de custos unitários. Envolve necessariamente menores recursos para produzir a mesma quantidade de bens ou serviços; os mesmos recursos para produzir mais; os mesmos recursos para produzir bens ou serviços de melhor qualidade; os mesmos recursos para produzir uma maior variedade de bens ou serviços". Assim, as eficiências aceitáveis pelo aplicador da norma legal, do ponto de vista antitruste, devem ser limitadas. Ressalto que eficiências mesmo quando comprovadas por auditores externos, independentes, podem ser inteiramente refutadas pela autoridade antitruste, que tem um ponto de vista próprio.

Nesse sentido, segundo a OCDE, eficiências derivadas de economias de escala ou de escopo, ou ainda decorrentes de racionalização do uso das plantas produtivas, por exemplo, devem ser aceitas. Já aquelas decorrentes de economias gerenciais e administrativas não podem ser aceitas, principalmente porque se considera desnecessária uma fusão para que essas economias sejam alcançadas. Conclui o estudo da OCDE, taxativamente, que a aceitação das eficiências para aprovar uma fusão deve ser restringida, sendo consideradas apenas nos casos em que são extraordinariamente elevadas. Um vez constatado que a operação possui elevado potencial para prejudicar a concorrência, eficiências extraordinariamente amplas devem ser comprovadas para evitar os efeitos anticompetitivos.

Também é esse o entendimento do guia norte-americano, que destaca que na experiência das agências daquele país⁵¹ **o exame das**

⁴⁹ A seção 4 das *Horizontal Merger Guidelines*, que trata das eficiências foi revisada e atualizada pelo DOJ e FTC em 04/08/1997.

⁵⁰ In. Framework For The Design And Implementation Of Competition Law And Policy, The World Bank, OECD, 1988, página 133.

⁵¹ In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly.

eficiências tiveram alguma relevância somente nos casos em que os efeitos anticompetitivos da operações não foram muito elevados. Isto porque, do ponto de vista destas agências, eficiências quase nunca justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio⁵².

A Comissão Européia adota entendimento semelhante ao aceitar a compensação de danos à concorrência em termos de eficiências apenas quando a operação não tenha redundado em eliminação da concorrência efetiva ou acarretado dominação de mercado, a qual é presumida quando se alcança participações de mercado superiores a 50%⁵³. Uma vez ultrapassado este percentual não cabe mais o exame das supostas eficiências compensatórias.

A nossa lei também prevê esta limitação, no inciso III do §1º do artigo 54. Este inciso estabelece como condição cumulativa para a aprovação de atos que possam acarretar danos à concorrência, mesmo que apresentem eficiências, que estes não acarretem a eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços. Assim, diante de substanciais prejuízos ao mercado a operação não poderia ser aprovada.

Desse modo, a experiência internacional e a boa prática antitruste no sentido de reduzir custos públicos e privados recomendaria, neste ponto da análise do presente ato, não realizar o esforço para qualificar e quantificar as eficiências, dado que seria altamente improvável que por mais elevados que fossem os ganhos comprovados estes pudessem compensar ou atender o disposto no item III do parágrafo 1º.

Como ficou demonstrado nos pareceres da SEAE, SDE e da Procuradoria da CADE, a operação resultou efetivamente na eliminação de parte substancial do mercado relevante de cerveja, ao elevar a participação nacional do grupo Brahma, de 48,1% para 73,5%, eliminar a rivalidade histórica entre as duas principais cervejarias do país e permitir a adoção pelas empresas de comportamentos colusivos ou unilaterais. Ressalto que do ponto de vista da racionalidade econômica, sendo possível o aumento de preços (com maximização dos lucros), ele será efetivado.

⁵² Na jurisprudência dos EUA tem sido presumida a existência de poder de monopólio quando empresas possuem participações de mercado a partir de 50%. Vide casos *Reazin vs. Blue Cross & Blue Shield* (1987), *Hunt-Wesson Foods vs. Ragu Foods* (1980), etc.

⁵³ Caso C-62/86, *Akzo/Chemie B.V.*, 1991.

Entretanto, a título de argumentação, mesmo que fosse possível considerar as eficiências compensatórias num caso como este, uma mensuração crível das eficiências encontraria enormes dificuldades. O guia norte-americano, por exemplo, acentua a importância de dispor do máximo de informações confiáveis, de modo que seja possível identificá-las e medi-las, rejeitando as alegações vagas e especulativas e comprovar sua relação causal com a operação em exame.

São destacadas, no mesmo documento, as dificuldades em se verificar e quantificar os efetivos ganhos de eficiência. Isto porque a maior parte das informações relativas às eficiências são acessíveis apenas às próprias empresas interessadas, sendo que somente elas podem avaliar corretamente seus reais efeitos. Nem mesmo auditores independentes têm acesso a todas as informações necessárias para uma correta estimativa, que sempre pode ser superestimada. Dessa maneira, a avaliação das eficiências incorre em sérios problemas de assimetria de informações, o que explica o ceticismo com que as agências de concorrência de diversos países vêm alegações relativas a ganhos de eficiências, quando as operações acarretam redução substancial da concorrência.

Dois abordagens buscam desenvolver instrumentos analíticos que permitam a mensuração das eficiências, tendo em vista a compensação dos efeitos anticompetitivos de uma operação ou conduta. A primeira parte da contribuição de Oliver Williamson⁵⁴, que viabilizou a análise dos efeitos líquidos de um ato ou conduta através do exame do *trade off* entre ganhos de eficiência alocativa decorrente de reduções de custos e melhor aplicação dos recursos, e os efeitos anticompetitivos ou perda de bem-estar associados ao aumento de poder de mercado, expressos em reduções das quantidades ofertadas e preços mais elevados. Segundo o modelo, um ato ou conduta pode ser aprovado se o aumento do excedente econômico trazido pelas eficiências alocativas superar a perda de excedente trazida pelo aumento de preços (o chamado "custo social do monopólio").

Deve-se ressaltar que, aplicada à lei brasileira, esta abordagem desconsidera os efeitos sobre a distribuição de renda derivados do exercício do poder de mercado após a realização de um ato ou conduta - na forma da transferência compulsória de renda do consumidor para o produtor. A lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do artigo 54, que os "benefícios decorrentes sejam distribuídos

⁵⁴ Williamson, O. "Economies as an Antitrust Defense; The Welfare Tradeoffs". *American Economic Review*", v.58, março de 1968.

equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro". Desse modo, deveria ser considerado na análise não apenas os efeitos da operação sobre o total do excedente econômico ("custo social do monopólio"), mas o efeito sobre o avanço sobre o excedente do consumidor (aumento de preços).

No mesmo sentido da lei brasileira, a outra abordagem de mensuração das eficiências, denominada na literatura como "price standard", constitui-se numa variante do modelo tradicional de *trade off*. Exige, como condição para a aprovação de atos ou condutas, que estes tenham como efeito final o aumento ou no mínimo a manutenção do excedente do consumidor no mesmo patamar. Isto implica supor que mesmo com elevação de poder de mercado não poderá haver aumento de preço ao consumidor. Neste modelo, as eficiências decorrentes de uma fusão aquisição ou conduta devem ser de tal magnitude que torne improvável e desnecessário um aumento de preço.

Deve-se acentuar, no entanto, que ambos os modelos dependem para a sua aplicação de informações críveis e refinadas relativas tanto a uma quantificação precisa das eficiências, quanto a estimativas confiáveis das elasticidades-preço da demanda dos mercados envolvidos. Por outro lado, estes modelos contêm problemas metodológicos⁵⁵ que tornam seus resultados passíveis de questionamento, devendo-se concordar com a conclusão do Professor Mário Possas, em curso ministrado no CADE⁵⁶, de que "é preciso admitir que não se dispõe na análise antitruste de um critério normativo único e inteiramente satisfatório para avaliar e ponderar benefícios e custos sociais de atos de concentração e condutas anticompetitivas; e que estamos em boa medida num terreno não isento de subjetividade".

⁵⁵ Segundo o professor Mario Possas (vide nota de rodapé nº 59), ao desconsiderar o efeito distributivo o modelo de *trade off* acaba por considerar indiferentes situações de concorrência perfeita e de monopólio com discriminação de preços perfeita, dado que em ambos os casos o excedente total é máximo, sendo apropriado inteiramente pelo consumidor, no primeiro caso, e pelo monopolista, no segundo caso. Além do mais esse modelo não satisfaz o critério básico do conceito de eficiência alocativa de Pareto de que as utilidades devem ser ordenáveis e comparáveis. Após realização de uma operação ou conduta, as transferências de renda entre agentes econômicos determinam o aumento ou diminuição da utilidade para produtores e consumidores impossibilitando comparações entre as duas situações.

⁵⁶ II Curso de Defesa da Concorrência - CADE/1999. Tópico 4.2: Análise de eficiências: aspectos econômicos e legais. Coordenação do professor Mário Possas.

Sendo assim, não posso concordar com a conclusão do parecer do Professor Possas, apresentado pela AMBEV, que apesar das dúvidas por ele mesmo levantadas, aplicou integralmente o modelo de Williamson ao presente caso. Sugere que num mercado caracterizado por uma elasticidade-preço da demanda de 1,5%, a empresa com posição dominante poderia elevar seus preços em até 25%, caso propiciasse redução de custos de apenas 4,7% (p.60). Essa modelagem permitiria não apenas aprovar a constituição da AMBEV, como colocaria em xeque o próprio benefício da prevenção antitruste, uma vez que estudos apresentados pelas Requerentes indicam reduções de custos decorrentes de grandes fusões internacionais da ordem de 3 a 4%. Essa seria, portanto, do meu ponto de vista, uma tese "Chicago-Radical", que mereceria maior reflexão. Mesmo porque, quando a chamada escola de Chicago assumiu o comando da Divisão Antitruste dos EUA, nos anos 80, não alterou significativamente o controle das estruturas do mercado, nem aprovou nenhuma operação que concentrasse significativamente mercados através da tese das eficiências. Ressalto que a redução de custos estimada pela AMBEV é da ordem de extraordinários 13%, muito acima da experiência internacional.

Cabe destacar que o disposto no inciso I do § 1º do artigo 54 trata de eficiências **suficientes** para compensar o dano à concorrência. Note-se que normalmente uma fusão ou aquisição gera "alguma" eficiência de tipo pecuniária, decorrente de redução de cargos gerenciais, duplicidade de funções, aumento do poder de barganha na negociação com fornecedores, etc. Não são estes os tipos de eficiências decisivas para justificar a aprovação de uma operação. Eficiências decorrentes de economias de escala, melhoria da qualidade do produto, economias de especialização e racionalização de operações seriam as relevantes.

No presente caso, as disparidades encontradas na quantificação das eficiências⁵⁷ revelam as dificuldades para o dimensionamento adequado. Em que pese o esforço realizado pela SEAE e pela SDE para conferir maior precisão à mensuração⁵⁸, as eficiências apresentadas pelas Requerentes permanecem duvidosas e pouco significativas frente ao dano causado ao processo concorrencial.

⁵⁷ Segundo a SDE, por exemplo, as Requerentes apresentaram informações divergentes quanto a dados e metodologia relativos às eficiências, originando inclusive, recomendação de aplicação de multa por enganiosidade e retardamento no fornecimento das informações, conforme prevê o artigo 26 da lei 8884/94.

⁵⁸ As Requerentes apresentaram valores totais das eficiências no intervalo de 552 a 504 milhões de reais/ano. Para a SEAE apenas R\$ 282 milhões seriam aceitáveis enquanto para SDE a quantia aceitável seria de R\$ 373 milhões.

Ademais, grande parte das eficiências são do tipo pecuniário, ou seja, não resultam da redução efetiva de custos fabris obtidos em decorrência de sinergias produtivas. Itens como unificações das administrações, renegociação da dívida da Antarctica, unificação do sistema de informática, unificação e redução de diretorias, etc., representam parcela considerável das eficiências apresentadas, que não seriam aceitáveis em outras jurisdições.

Outros itens como programa de produtividade dos distribuidores e melhores práticas administrativas decorrem da aplicação de práticas da Brahma no gerenciamento dos ativos da Antarctica. No entanto, certamente a adoção de práticas administrativas mais eficientes pela Antarctica poderia ocorrer independentemente da operação, ou seja, "poderiam ser obtidas de outra forma".

O quadro abaixo apresenta uma síntese do que seria aceitável segundo os critérios que o estudo da OCDE identificou nas principais jurisdições internacionais.

Eficiências esperadas na AmBev (R\$ milhões/ano)*	AMBEV	TREVISAN	OCDE
Redução de custos fixos e mão-de-obra direta	106,0	93,0	21,0
Redução de custos fixos administrativos	76,0		0,0
Melhores práticas administrativas	9,0		0,0
Custo de mão-de-obra	21,0		21,0
Redução de custos fixos com fechamento de fábricas**	87,0	79,6	79,6
Redução dos custos de fretes com revisão da malha	41,0	46,0	46,0
<i>Custos variáveis/CO2/PET</i>			
Custo variáveis	15,0	30,1	30,1
CO2	4,0	4,7	4,7
PET	16,0	20,3	20,3
Unificação das administrações	71,0	41,0	0,0
Renegociação da dívida da Antarctica	68,0	60,3	0,0
Informática	6,0	0,4	0,0
Programa de produtividade nos distribuidores	100,0	105,8	0,0
Alinhamento de Preços de Matérias-Primas e Insumos	15,0	15,0	0,0
Repositores	6,0	5,3	0,0

Redução de diretores/Unificação de diretorias			
Redução de diretores	1,0	1,7	0,0
Unificação de diretorias	2,0	1,1	0,0
Otimização da puxada	13,0	0,0	0,0
Total	551,5	504,3	201,7

* Inclui reduções de custos em cervejas e demais produtos.

**Já estavam previstos fechamento de fábricas obsoletas da Brahma antes mesmo da fusão.

Fonte: Requerentes

Observa-se uma brutal redução das eficiências que seriam aceitáveis, mesmo desconsiderando o fato de que elas derivam em boa parte do segmento de refrigerantes, que em função da maior concorrência do mercado, devem ser ali repassados para preços. Já o mercado de cerveja, onde a operação apresenta maior impacto e o consumidor será prejudicado, as eficiências dificilmente serão repassadas, dada a capacidade das Requerentes exercerem poder de mercado.

Como visto, não há segurança jurídica em se adotar qualquer uma das análises quantitativas das eficiências constantes dos autos. O grau de subjetividade de que se revestem todos os estudos demonstra a impossibilidade de avaliar qual deles está mais apto a comprovar o montante das eficiências. Por outro lado, como visto, recomenda a jurisprudência internacional e exige a defesa dos interesses da coletividade, a prudência na aceitação da tese das eficiências para aprovar fusões que concentram mercados de maneira tão substancial.

Dessa maneira, entendo que as eficiências alegadamente decorrentes da operação não são capazes de **compensar** devida e inequivocamente a coletividade no presente caso, diante dos elevados prejuízos que traz à concorrência no mercado de cervejas.

III - CONCLUSÃO SOBRE A LEGALIDADE DA CONSTITUIÇÃO DA AMBEV

A análise precedente constatou inequivocamente que a operação prejudica a livre concorrência, resultando na dominação de mercados. Dessa maneira, só poderia ser aprovada se presentes os requisitos dos parágrafos 1º e

2º do artigo 54. No presente caso não verifico a existência de nenhuma das condições permissivas da aprovação da operação.

Em relação ao inciso I do §1º, a análise acima demonstrou que a operação em tela não é capaz de proporcionar ganhos de produtividade, melhoria de qualidade de produto, nem gerar eficiências tecnológicas suficientes para compensar o dano à concorrência.

Quanto ao atendimento do inciso II, não há elementos que permitam visualizar uma distribuição equânime dos benefícios, ao contrário, ao aumentar substancialmente o poder de mercado das requerentes no mercado de cerveja, a operação criou condições excepcionalmente propícias ao exercício deste poder em detrimento dos consumidores - que será fatalmente utilizado, porque isso é racional. Quem tem poder dele faz uso.

Já o inciso III, que somente permite a aprovação de atos que não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços, da mesma forma não é atendido. A operação acarretou substancial concentração no mercado de cerveja, configurando uma situação de quase monopólio num mercado que, conforme se verificou anteriormente, conta com elevadas barreiras à entrada. Assim, à exemplo dos consumidores, também os fornecedores e concorrentes ficarão fragilizados em suas posições, submetendo-se à vontade do quase-monopolista.

No inciso IV, § 1º do art. 54, há a previsão de que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados pela operação. Segundo as Requerentes, a operação visou dotar as empresas fusionadas das condições para enfrentar a concorrência na fase da globalização e da formação dos blocos regionais a qual representa "um desafio à sobrevivência das empresas nacionais".

Não há nenhuma evidência de que a fusão seja a única forma de enfrentar a concorrência de grupos internacionais. As *joint-ventures* realizadas pelas Requerentes com as principais cervejarias do mundo já mostraram claramente que são grandes as barreiras a serem superadas para ingressar no mercado nacional. Apesar do maior porte das empresas estrangeiras, estas não contestam o poder de mercado que Brahma e Antarctica detêm no território brasileiro, mesmo atuando separadamente.

De fato, a redução da competição e a excessiva concentração no mercado de cerveja no Brasil é a forma menos recomendável para enfrentar a concorrência internacional. A experiência histórica já mostrou que um forte e saudável ambiente concorrencial no mercado

interno é o melhor estímulo para que empresas nacionais suportem e se habilitem para enfrentar a concorrência internacional.

Deve-se ressaltar que a Brahma tem obtido relativo sucesso ao ampliar sua atuação para a Argentina e Venezuela. Isto mesmo sem optar pelas parcerias com cervejarias locais, caminho trilhado pelas principais fabricantes de cervejas do mundo, e enfrentando a concorrência no mercado interno, principalmente proveniente da Antártica.

Por fim, o § 2º do artigo 54, prevê que "também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final."

Como se verificou, a operação não atendeu a nenhum dos 4 incisos do §1º do artigo 54. Portanto, o § 2º já não poderia ser aplicado no presente caso. No entanto, cabe um comentário sobre este parágrafo, de forma a prevenir mal entendidos. Conforme mostrou o Parecer da Procuradoria do CADE, vários países, como Austrália, Alemanha, Nova Zelândia e Inglaterra, incluem nas suas legislações previsão para aprovação de operações por interesse público.

Em geral, as variáveis relevantes para identificar a presença do interesse público referem-se ao incremento das exportações, aumento do nível do emprego e desenvolvimento econômico em regiões menos favorecidas. O crescimento das exportações e substituição das importações somente são considerados como relevantes na análise quando associados com o incremento da eficiência no mercado doméstico.

Referência sobre a competitividade internacional foi feita numa decisão da *Monopolies and Merger Commission* da Inglaterra, em 1987, onde se aceitou como um dos efeitos benéficos da fusão entre a British Airways e a British Caledonian a consolidação da posição competitiva da British Airways para fazer frente ao poder dos "U.S. megacarriers."

Nenhuma destas situações se observa no presente caso. A probabilidade de expansão das exportações de cerveja é bastante remota. A comercialização de cerveja se dá basicamente, em todas as regiões do planeta, dentro dos espaços nacionais. Em conseqüência, a conquista de mercado neste setor depende de investimentos diretos, seja na forma de entrada com nova capacidade produtiva (como a Brahma fez na Argentina) ou com a aquisição de empresas já instaladas (como foi a estratégia da Brahma para ingresso na Venezuela). Outra variante são as parcerias com empresas com posição destacada nos seus respectivos mercados.

Quanto a aumentar o nível de emprego e desenvolver regiões menos favorecidas, a operação não atende a nenhuma dessas duas condições. Pelo contrário, sua concretização deve causar desemprego e não há nenhuma orientação para investir em regiões com reduzido desenvolvimento econômico, pois apresentam baixo consumo de cerveja.

O argumento de que a operação permitiria ao guaraná Antarctica tornar-se um competidor global, freqüentemente utilizado pelas Requerentes sem a devida profundidade e seriedade, precisaria sair do nível da propaganda na mídia e da tentativa de estimular um nacionalismo ultrapassado, entrando no terreno da argumentação séria. Nesse sentido, também precisaria ser demonstrado porque a Antarctica jamais conseguiu fazer isso sozinha, desprezando durante tantos anos essa verdadeira mina de ouro.

Finalmente outro argumento, sempre lembrado, considera que a presente operação garantiria o controle da Antarctica pelo capital nacional, o que implicaria ser a fusão de interesse público. Entretanto, a Constituição Federal do Brasil não estabelece distinção quanto à origem do capital. Além disso, a presente operação não poderia ser aprovada com base no parágrafo 2º do artigo 54, pois este exige que não haja prejuízos ao consumidor, o que foi devidamente demonstrado.

IV. CONCLUSÃO DO VOTO

Da cuidadosa análise dos autos conclui-se com extrema certeza que a operação limitou drasticamente a concorrência no mercado nacional de cervejas, resultando na sua dominação, na forma do artigo 54 da lei 8.884, não estando presentes os requisitos do seu parágrafo 1º.

Uma operação como esta, que concentra mercado substancialmente, só pode ser aprovada se as barreiras à entrada de novos concorrentes forem reduzidas, ou os clientes tiverem suficiente poder de barganha, ou se as elasticidades da demanda forem altas, ou se houver qualquer outro fator estrutural no mercado afetado que impeça o exercício do poder de mercado - e não há como supor que o detentor do poder de mercado deixará de exercê-lo, se não houver condições estruturais que o impeça. Também pode ser aprovada se sua implementação trouxer ganhos inerentes à operação, *que compensem* o prejuízo causado à coletividade.

Sem essas condições, não pode ser aprovada. Aprová-la seria descumprir a lei e representaria uma omissão da autoridade diante do poder-dever de proteger a coletividade de atos ilegais. E não há dúvidas de que uma

operação que eleva o poder econômico e permite ou facilita o exercício do poder de mercado é ilegal perante a lei 8.884. Também ressalto que intervenções parciais - que não determinam a desconstituição do ato - só podem ser implementadas se ficar inequivocamente demonstrado que as condições da concorrência após a intervenção serão mantidas pelo menos no mesmo nível que ficariam se fosse determinada sua desconstituição. Se assim não for, também estará o aplicador da lei indevidamente abrindo mão do seu dever de garantir o direito da coletividade, agindo na defesa do interesse particular.

As Requerentes insistem nas sinergias e economias de escala e escopo do negócio de bebidas como um todo. Se pelo lado da demanda isso não autoriza a definição do mercado como de bebidas em geral, pelo lado da oferta é evidente que há sinergias, o que não recomenda a separação do negócio. De fato, ao determinar a separação dos negócios de cerveja e demais bebidas, por um lado ficam reduzidas as chances de uma eventual transferência de controle acionário da Antarctica para outro comprador, caso seja do interesse dos seus acionistas, e por outro lado fragiliza a posição competitiva da empresa produtora apenas de cerveja, o que também teria efeitos negativos sobre a concorrência nesse mercado.

Deve-se ressaltar que nos mercados de cerveja e refrigerantes a competição se dá essencialmente via diferenciação de produtos e fixação de marca, por meio de elevados gastos em propaganda e marketing, o que torna inviável o compartilhamento de marcas entre concorrentes (por exemplo, guaraná Antarctica sendo vendido por uma empresa e cerveja Antarctica por outra). Assim, a venda parcial de ativos da marca Brahma ou Antarctica pode provocar alterações nos mercados de cerveja e refrigerantes de difícil previsão. Por outro lado, as demais alternativas (como a venda da marca Bavaria, por exemplo) são inaceitáveis por não repor a concorrência num nível socialmente aceitável.

Assim sendo, determino, nos termos do parágrafo 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884, a desconstituição dos atos pertinentes à fusão da Companhia Cervejaria Brahma com a Antarctica Paulista-Indústria de Bebidas e Conexos, referentes à constituição da AMBEV. Sendo este o único instrumento eficaz para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica e atingir o objetivo de interesse público definido na Lei. As Requerentes deverão, no prazo máximo de 30 dias após a publicação dessa decisão, demonstrar ao CADE as medidas já adotadas para fazer cumprir a decisão, que deverá ser completamente implementada em no máximo 90 dias após a publicação dessa decisão. Em caso de descumprimento dessa decisão, determino o pagamento por parte das

Requerentes de multa diária de 100 mil UFIR, na forma do artigo 25 da Lei 8.884.

É o meu voto.

Brasília, 29 de março de 2000

RUY SANTACRUZ

Conselheiro do CADE

VOTO DO CONSELHEIRO MÉRCIO FELSKY ¹

I - INTRODUÇÃO

Como já relatado pela i. Conselheira-Relatora, as requerentes, controladoras das empresas adiante indicadas pleiteiam, em atendimento ao art. 54 da Lei nº 8.884/94, autorização para o agrupamento de suas controladas, Cia Antarctica Paulista - Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos (“Antarctica”) e Companhia Cervejaria Brahma (“Brahma”), numa nova empresa denominada Companhia de Bebidas das Américas - AmBev.

As duas empresas agrupadas, são, ambas, de nacionalidade brasileira, de capital aberto, e atuam na fabricação e comercialização de bebidas (cervejas, refrigerantes, águas e sucos) e na fabricação de malte, insumo básico para a produção de cerveja.

Conforme consta do parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, a operação envolveu ativos totais no valor de R\$ 8,1 bilhões, em 1998, ano em que as duas empresas juntas teriam vendido 64 milhões de hectolitros de cerveja e 25 milhões de hectolitros de refrigerantes, resultados que a colocariam como a terceira maior empresa de bebidas do mundo.

II - CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRABALHO CONDUZIDO PELA SEAE/MF, SDE/MJ, PROCURADORIA DO CADE E PELA I. CONSELHEIRA-RELATORA

A SDE/MJ, dentro da sua competência legal (Art. 54, §§ 4º e 6º, da Lei nº 8.884/94), instaurou e instruiu o procedimento de controle do ato de concentração econômica representado pelo agrupamento societário das empresas das requerentes, tal como estabelecido pela lei de defesa da concorrência supracitada.

Conforme consta dos relatórios que acompanham os pareceres dos órgãos competentes (SEAE/MF, SDE/MJ), tendo sido dada a publicidade exigida no sistema jurídico nacional para os processos administrativos, o que foi feito por meio do Diário Oficial da União, ocorreram manifestações espontâneas dos diversos segmentos da sociedade.

¹ Colaborou o Gestor Governamental Valdomiro J. Almeida

Grande parte dos consumidores e sindicatos de varejistas que se manifestaram nos autos foram contrários à operação, por temerem a formação de um “*monopólio*” nos mercados envolvidos, práticas de venda casada e controle dos preços por parte da AmBev.

As entidades representativas dos distribuidores Antarctica, Brahma e Skol disseram-se favoráveis à operação, desde que preservada a independência das redes de distribuição de cada marca.

Os Sindicatos de empregados se posicionaram contrários à operação por entenderem que a mesma traria grande número de demissões de trabalhadores. Quatro concorrentes se manifestaram, três de forma neutra e um, radicalmente contrário ao ato.

Manifestou a Câmara dos Deputados, por intermédio da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias e também a Organização das Cooperativas Brasileiras - OCB, esta questionando sobre o futuro do mercado nacional de cevada.

Empresas do ramo de auto-serviço (supermercados Pão de Açúcar e Carrefour) não apresentaram objeções à operação. A Associação Brasileira de Supermercados não soube avaliar eventuais efeitos anticompetitivos sobre o mercado (p. 9, item 26, parecer SDE).

A SDE, como também a i. Conselheira-Relatora, promoveram audiências públicas, reuniões, diligências, tudo com o intento de colher no mercado o máximo de informações para instruir o processo e possibilitar a análise, da melhor forma, dos efeitos desse agrupamento societário nos mercados envolvidos.

As diversas audiências públicas possibilitaram a participação de todos os interessados no desfecho da fusão: trabalhadores, fornecedores, distribuidores, concorrentes, consumidores, todos enfim, puderam participar ativamente do trabalho, colaborando com os órgãos de defesa da concorrência para uma boa análise dos efeitos desta operação no mercado.

Talvez tenha sido, Senhor Presidente, a instrução deste processo, a mais democrática e participativa da história do CADE. Pode-se dizer, também, que foi uma demonstração concreta de como a condução dos processos na Administração Pública pode ser transparente, aberta à participação, ao contraditório, sem perda, contudo, do respeito ao devido processo legal. Garante-se, assim, a isenção e a imparcialidade que deve ter o agente público, com vistas a um melhor conteúdo e eficácia das decisões administrativas cujos efeitos recaem sobre a população. Com efeito, essa é a prática moderna do Direito Administrativo, em que ao Poder Público impende

dignificar a fase instrutória dos processos correspondentes, ampliando as possibilidades de fornecer e angariar informações úteis, necessárias, inclusive para o correto desempenho da função administrativa.²

Assim, não só as requerentes como outros interessados puderam carrear aos autos suas opiniões, conhecimentos técnicos, dados etc, incluindo pareceres de especialistas na matéria, que foram contratados para opinar sobre as questões mais polêmicas, tais como delimitação dos mercados relevantes da operação, padrão de concorrência, rivalidade entre marcas, condições de entrada, ganhos de eficiências e riscos anticoncorrenciais da operação no mercado brasileiro de cervejas.

Os principais pontos que foram objetos das análises e conclusões dos pareceres dos três órgãos que opinaram sobre a operação nos autos (SDE/MJ, SEAE/MF e Procuradoria do CADE), serão a seguir brevemente considerados, ao mesmo tempo em que manifestarei minha posição sobre aqueles pontos mais polêmicos. As posições sobre cada ponto, obviamente, dão suporte às minhas razões de decidir.

Os mercados relevantes de produto (e suas respectivas dimensões geográficas) que mereceram análises daqueles órgãos foram (i) **águas** (mineral e mineralizada) engarrafadas, nos estados de São Paulo, Bahia e Paraná; (ii) **cervejas**, em cinco mercados regionais que cobrem todo e exclusivamente o território brasileiro; e, (iii) **refrigerantes carbonatados**, também em cinco mercados regionais que alcançam todo o território nacional. Ressalte-se que nos mercados de **chás, sucos e isotônicos** não ocorreram nenhuma concentração horizontal, dado que não eram produzidos simultaneamente pelas duas empresas agrupadas. O mercado de **malte** também não foi objeto de análise por parte daqueles órgãos, pelo motivo de que tanto Brahma quanto Antarctica só produzem o produto para uso próprio.

A SEAE, seguindo o método tradicional da análise antitruste, para definir a dimensão produto do mercado relevante, no caso de cerveja, procurou levar em consideração o grau de substituíbilidade existente, da ótica do consumidor, entre: (i) cerveja e outras bebidas alcoólicas; (ii) cerveja e bebidas não alcoólicas; (iii) diferentes tipos de cerveja; e (iv) diferentes

² Cf. OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **As audiências Públicas e o Processo Administrativo Brasileiro**. Revista da OAB. Ano XXVII, nº..., Janeiro/Junho de 1997, p. 3.

categorias de cerveja. Assim, seguindo a jurisprudência recente nacional³ e internacional⁴, a SEAE define a indústria de cerveja como um único mercado.

Tanto a SEAE quanto a SDE rejeitaram categoricamente a definição do ‘mercado de bebidas’ como um *cluster market* como proposto pelas requerentes por considerá-lo inadequado para o caso, contra-argumentando exaustivamente.

Dos mercados relevantes analisados verificou-se que no caso da água engarrafada a alteração do grau de concentração foi insignificante, dado que as próprias participações das duas empresas eram muito baixas, 1,03% e 0,05% para Brahma e Antarctica, respectivamente. A soma dessas participações, 1,08%, está situada abaixo do percentual mínimo que a lei nº 8.884/94 (§ 3º do art. 20) presume como posição dominante, não sendo, portanto, suficientemente alto para viabilizar o exercício abusivo de poder de mercado pela nova empresa.

Quanto ao mercado de refrigerantes, apesar de a concentração não ser desprezível, superando o patamar de 20% de participação nesse mercado, tanto a SDE quanto a SEAE consideraram a operação pró-competitiva, uma vez que aumentaria os recursos das requerentes para competir com a Coca-Cola, o maior concorrente no mercado relevante, concluindo, também que o abuso do poder de mercado pela AmBev não seria provável.

No que se refere ao mercado relevante de cervejas, ao qual dedico o restante deste voto, a operação implicou maior alteração no grau de concentração, razão pela qual, tanto a SEAE quanto a SDE, diferentemente dos outros mercados relevantes, recomendou a aprovação da operação, desde que fosse alienado um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes (Skol, Brahma ou Antarctica).

III - DO MERCADO RELEVANTE DE CERVEJAS

Adoto a definição de mercado relevante na dimensão produto como sendo o de *cervejas*, por entender ser essa a mais correta, tal como definido pela SEAE e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ, e acatado também pela Procuradoria do CADE.

³ Decisões do CADE nos atos de concentração 58/95 (Brahma/Miller) e 83/94 (Antarctica e Anheuser Busch).

⁴ Decisões recentes da Comissão Européia, em especial a do caso Interbrew e Carlsberg.

Apesar dos pareceres assinados por autores de notório conhecimento,⁵ endossando a razoabilidade da definição do *mercado de bebidas* como um mercado agrupado, incluindo cervejas e outras bebidas como refrigerantes etc. (*cluster market*), não acolho esse método por considerá-lo menos rigoroso e menos compatível com a realidade do que o método do monopolista hipotético centrado na ótica do consumidor.

Quanto à definição do mercado relevante geográfico, acolho também a delimitação feita pela SEAE/MF, com as mudanças introduzidas pela SDE/MJ, definindo cinco mercados regionais, a seguir listados, com os respectivos estados:

- Mercado 1: Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná;
- Mercado 2: São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Goiás e Distrito Federal;
- Mercado 3: Mato Grosso e Mato Grosso do Sul;
- Mercado 4: Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio G. do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Tocantins e Amapá; e
- Mercado 5: Amazonas, Acre, Rondônia e Roraima.

Não posso deixar de mencionar a iniciativa louvável da SEAE/MF na inovação introduzida na delimitação do mercado relevante geográfico de cerveja, como também o preparo demonstrado pela SDE/MJ, aperfeiçoando o resultado do trabalho vindo da SEAE, apesar das críticas a que estão sempre sujeitos, inclusive minhas próprias.

Por exemplo, suponho que o mercado 1 teria que, forçosamente, ser mais amplo, para incluir parte dos países limítrofes ao Brasil, ligados ao Mercosul, dado que, tanto a Brahma tem fábrica na Argentina, p. ex., quanto cervejarias daquele país vendem cervejas na Região Sul do Brasil.

Com efeito esse procedimento é avalizado por Calixto Salomão Filho, que esclarece que, “ ... *sem desconsiderar o dado concreto da existência de importações [e exportações, certamente] (essa teoria) permite fazer análise realista da evolução da participação do mercado externo no*

⁵ Dr.ºs Mario Luis Possas, Manoel Gonçalves F. Filho, Calixto Salomão Filho, Elizabeth M. Q. Farina, Luciano Coutinho outros.

futuro". E acrescenta: "... *não é necessário (...) que o mercado comum esteja perfeitamente conformado*".⁶

Sendo plausível o que disse acima, se esse cuidado tivesse sido tomado, provavelmente, pelo menos, nesse mercado, o mercado 1, o *market share* das requerentes teria sido menor, porque novos participantes seriam admitidos e incorporados na análise da dinâmica concorrencial naquela região do Mercosul.

III.1 A Indústria da Cerveja⁷

O negócio de cerveja caminha em duas direções opostas. Uma é a da produção e consumo em massa, onde economias de escala na produção e promoção são fatores de peso. A outra é o surgimento das microcervejarias.

Mas se a concentração da produção em grandes fábricas - como é a tendência - reduz o custo unitário, o fato de a cerveja ter um preço baixo em relação ao peso encarece o custo da distribuição e transporte, o que leva à direção oposta: manter a produção próxima dos locais de consumo.

Esse conflito entre custo da produção/promoção e custo de transporte explica o elevado número de fábricas de cerveja nos países consumidores, pertençam elas à mesma empresa ou a companhias concorrentes. Também ajuda a explicar a regionalização do negócio, onde são comuns as marcas locais.

Isto é mais fácil de observar na Europa, onde o número de produtores regionais por tradição é elevado, apesar da tendência recente à concentração.

Deve-se observar que embora haja uma tendência mundial à concentração, o negócio de cerveja também facilita a formação de pequenos empreendimentos locais como as microcervejarias. Essa é uma tendência de crescimento nos diversos países, incluindo o Brasil, onde essa onda já chegou a 24 cidades brasileiras com cerca de 20 microcervejarias. Em alguns casos, as

⁶ FILHO, Calixto S., *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 119.

⁷ A análise deste tópico baseia-se no *Panorama Setorial da Gazeta Mercantil, Análise Setorial - A Indústria da Cerveja* - Maio de 1997.

pequenas empresas se associam às grandes, em troca de uma participação minoritária no capital, que as ajudam nas operações de distribuição.⁸

Quanto ao Brasil, contudo, como de resto na América Latina, a estrutura da indústria cervejeira deverá permanecer oligopolizada, segundo as análises, pois são necessários elevados investimentos em *marketing* para garantir a participação no mercado, só acessíveis às grandes empresas.⁹

Essa avaliação é confirmada mais recentemente por **FAGUNDES & MELLO**, para quem esse mercado “... era caracterizado, na época da operação [Brahma/Miller], por uma estrutura oligopolística, com elevadas barreiras à entrada, sobretudo no âmbito da diferenciação de produtos por meio de marcas e do controle sobre canais de distribuição, mas que apresentava indícios de intensa rivalidade entre as empresas, manifestada em investimentos em expansão e modernização da capacidade produtiva e estratégias agressivas de propaganda e ‘marketing’”.¹⁰

A análise da SEAE partiu do segmento de cervejas de embalagens retornáveis no mercado frio, nos cinco mercados regionais acima indicados (p. 18, item 64 do Parecer). A SEAE justifica sua opção por “*ser esse o produto “modal” da indústria de cerveja no Brasil*”.¹¹

Tenho já nesse ponto, alguma reserva com relação à opção adotada pela SEAE que, como atacado pelas requerentes, além de não ser um conceito antitruste, não tem também o peso que lhe foi atribuído para daí extrair as conclusões.¹²

⁸ Revista Época, 11 Jan. 1999 “Cerveja direto do barril”, p. 104/105. No mercado americano são consideradas microcervejarias aquelas com capacidade de produção de até 17 mil litros/ano.

⁹ BNDES SETORIAL nº 4, Set./96, p. 17; PANORAMA SETORIAL Gazeta Mercantil, A Indústria da Cerveja, Maio de 1997, p. 13

¹⁰ FAGUNDES, Jorge & Mello, M. T. L., “**Estudo de Caso: O Ato de Concentração Brahma-Miller**”, s/d, s/l, mimeo., p. 2.

¹¹ A SEAE chegou a essa conclusão levando em consideração: (i) a baixa elasticidade-cruzada entre cervejas e outras bebidas alcoólicas e não alcoólicas; (ii) a alta elasticidade-cruzada entre as diversas cervejas de diferentes tipos; (iv) a irrelevância para os resultados da análise, de uma eventual segmentação do mercado por categorias; e (v) as considerações acerca das preferências dos consumidores em relação a tipos de embalagem e de consumo (item 54 do Parecer).

¹² Parecer apresentado pela AmBev de autoria do Prof. Mario Luiz Possas, datado de 12.12.99, revisto e atualizado em 07.02.2000. O Parecer mostra com dados da AC Nielsen que o produto “cerveja retornável a frio” alcança pouco mais de 45%, e não 74% como calculou a SEAE.

A SDE também entende que o mercado relevante, em sua dimensão produto, é o **mercado de cervejas**, ressaltando, todavia, que a segmentação por canais (bar, tradicional e auto-serviço), tendo em vista as diferenças nas condições de oferta e demanda, será levada em conta, sempre que considerar tal distinção importante para a análise.¹³

No que se refere à delimitação geográfica do mercado relevante de cerveja, a SDE rejeita integralmente a proposta das requerentes, e adota a configuração de mercado relevante feita pela SEAE com pequenas alterações, ou seja cinco mercados regionais.

Quanto aos estudos econométricos acostados aos autos, que visaram verificar o comportamento do consumidor diante do preço (elasticidades da demanda), extraiu-se deles, não sem as devidas ressalvas metodológicas, algumas inferências a seguir comentadas.

Com base nesses estudos, a SEAE concluiu que seria possível a Kaiser competir com as marcas da AmBev no segmento de latas, mas não no segmento de garrafas, o que seria válido para a Schincariol.¹⁴ Nesse ponto residiria a conseqüência do fim da rivalidade entre as marcas: o consumidor, que antes considerava a Antarctica como uma rival da Brahma (e vice-versa), poderia, em caso de aumento de preço de uma delas, passar a consumir a outra, desestimulando aumentos de preço por parte dos fabricantes. Estando as duas sob o mesmo comando, seria possível à AmBev, aumentar o preço de uma marca, pois o desvio de consumo para a outra marca não traria perda de receita para a Companhia.

As requerentes criticam¹⁵ afirmando que é incoerente a forma como o parecer utiliza os dados do referido estudo econométrico, porque se as estimativas de elasticidade da demanda indicam a substituíbilidade da Antarctica pela Brahma, mas *não* o inverso, então não é possível sustentar a premissa de que esses produtos são bons substitutos entre si.

Em segundo lugar as requerentes argumentam que não foi feito uma análise sistemática dos aspectos estratégicos envolvidos para sustentar a

¹³ A SDE observa que esse padrão de análise está respaldado em recentes decisões da Comissão Européia sobre o setor de bebidas, nas quais a segmentação por canais de consumo foi feita no corpo da análise desenvolvida (item 97 do Parecer).

¹⁴ Estudo de Issler e Rezende (Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro - aproximadamente 57% do consumo do país; Kaiser lidera o mercado no Estado de SP).

¹⁵ Idem nota 12.

conclusão acima, na forma taxativa em que foi apresentada no parecer. A hipótese de que possa interessar a uma empresa líder de mercado, detentora do principal portfólio de marcas no mercado, explorar a eventual substituíbilidade entre elas para aumentar preços, segundo as requerentes, não pode ser assumida sem uma avaliação mais rigorosa da relação custo-benefício desse tipo de estratégia “auto-predatória”, ou seja, um balanço, entre os ganhos e as perdas envolvidas. Certamente haverá perdas potenciais significativas em correr o risco de sacrificar a posição ocupada por uma dada marca, tradicional e consolidada, na preferência do consumidor, com o intuito de captar um arriscado ganho líquido de rentabilidade - porque dependerá de uma avaliação mais precisa da elasticidade cruzada entre todas as marcas, e não apenas entre as que a SEAE considera substitutas. E o que é pior, alegam as requerentes, correndo o risco de o consumidor, tendo identificado esse comportamento, considerá-lo oportunista, superar o “switching cost” e mudar sua preferência.

Outra conclusão do estudo é que **há substituição de marcas AmBev por marcas não-AmBev.**

A SDE desqualificou os estudos econométricos realizados, entendendo que o fenômeno da multicolinearidade, somado às dificuldades de encontrar uma variável que representasse a barreira “distribuição” denotam a fragilidade dos resultados que qualquer estudo econométrico sobre as elasticidades-cruzadas da demanda no mercado brasileiro de cervejas apresentaria¹⁶ Assim, todos os estudos econométricos trazidos aos autos seriam insuficientes para explicar, de forma conclusiva, a dinâmica do mercado de cervejas, razão pela qual, outras variáveis que não a elasticidade-cruzada da demanda deveriam ser analisadas para que se chegasse a conclusões mais seguras.¹⁷

Passou-se, então, ao estudo das barreiras à entrada. As seguintes barreiras à entrada no mercado de cerveja são identificadas pela SDE:¹⁸

¹⁶ Multicolinearidade em econometria significa alta correlação entre as variáveis explicativas de um modelo. Ocorre quando as variáveis explicativas de uma regressão não são independentes entre si, ou seja, torna-se impossível separar os efeitos das variáveis colineares, o que prejudica o grau de confiabilidade da regressão estimada.

¹⁷ A SDE explica que os métodos são utilizados para explicar uma determinada realidade. Na medida em que essa realidade é flagrantemente mais complexa que os modelos propostos, a aplicação de seus resultados fica prejudicada (nota de rodapé nº 75 do Parecer).

¹⁸ Reproduzindo o conceito registrado no Parecer da SDE, barreiras à entrada são limites naturais ou artificiais ao acesso, por parte de novos concorrentes, a um

economias de escala, capacidade ociosa¹⁹, investimentos necessários à fabricação e lançamento de produtos²⁰, propaganda e fixação de marca, e distribuição.

A SDE conclui, então, que, dadas as elevadas barreiras existentes, a entrada de um novo concorrente efetivo, “não se afigura possível” e, em tempo razoável (item 316 do Parecer).

Na minha maneira de ver, entretanto, essa conclusão não pode ser tão taxativa, e alguns comentários merecem ser feitos.

Quanto ao investimento inicial, p. ex., terá que ser levada em conta, a possibilidade de contratos de *joint venture* e de fabricação sob encomenda que sempre podem ser feitos por aquelas empresas cuja capacidade esteja esgotada, como por exemplo, o que já existe entre a Cerpa e a Antarctica. Também, o próprio CADE pode atuar nessa barreira, determinando no bojo de um Compromisso de Desempenho que a empresa agrupada ofereça capacidade de fabricação e envasamento para aquelas que tiverem interesse, no caso daquelas empresas menores já estabelecidas nos mercados regionais.

A me apoiar, conto com o respeitável Prof. Calixto Salomão Fº, (Ob. Cit.) que apesar de chamar a atenção para o nível alto das taxas de juros da economia brasileira, afirma que “... *na existência de um mercado financeiro,*

determinado mercado relevante. A identificação desses limites na análise antitruste é de fundamental importância na aferição das possibilidades de contestação à posição dominante exercida pelos agentes econômicos atuantes em um mercado. A possibilidade de contestação de uma posição dominante reduz seus possíveis efeitos prejudiciais ao consumidor.

Na avaliação da extensão das barreiras à entrada, duas variáveis devem ser levadas em conta: uma variável temporal e uma variável qualitativa, esta última se relacionando com as características do novo entrante quanto à capacidade de concorrer efetivamente com as incumbentes em termos de quantidades e preços dos produtos ofertados a níveis competitivos.

¹⁹As requerentes possuem uma capacidade produtiva total de 89,4 milhões de hl/ano, superior ao volume total da demanda brasileira, em 1998, que foi de cerca de 82,0 milhões de hl.

²⁰ R\$ 180.000.000 para uma capacidade produtiva anual de 3.000.000 hl. A SDE considera que essa escala mínima indicada pelas requerentes seria suficiente apenas para se inserir e manter uma pequena marca na franja do mercado, e que essa escala, contudo, não teria maior impacto sobre a dinâmica concorrencial do mercado relevante em exame.

esse requisito não constitui um real obstáculo.” Lembre-se, ainda, as linhas de financiamento do BNDES.

Outra objeção que tenho à conclusão acima é que não se considerou a possibilidade de superação dessas barreiras pelo melhor exemplo de sucesso nesse mercado nos últimos anos, como é o caso da Schincariol, superando inclusive, a barreira da distribuição e *marketing*.

Ademais, a possibilidade de crescimento das cerca de 20 *pequenas* empresas já instaladas nos mercados regionais, não pode ser simplesmente descartada, até porque várias delas tem projetos, embora modestos, de aumentarem suas capacidades instaladas.²¹ Considero razoável o argumento exposto em parecer apresentado pelas requerentes, de que *nos níveis inferiores do espectro de marcas (o chamado low end), ficou claro (...) que é possível a entrada de um novo concorrente em âmbito quase (embora não inteiramente) nacional...*²²

Concordo, portanto, que no chamado segmento *low end* a estratégia pode ser centrada quase exclusivamente em preços, até como um primeiro passo para a fixação da marca, e considero isso suficiente para constringer de alguma forma as líderes do mercado.

Depois da análise das barreiras à entrada, a SDE chega à conclusão que a probabilidade de exercício de poder de mercado por parte da AmBev, nos canais tradicional e bar, é bastante elevada.

Todavia, a SDE reconhece que a mera constatação da *possibilidade de exercício de poder de mercado*, pela empresa concentrada, não leva necessariamente à *reprovação da operação* no sistema legal brasileiro. Passa, então, à análise das *eficiências* passíveis de serem conseguidas pela operação em face dos requisitos do **§ 1º do art. 54 da Lei 8.884/94**, para afinal, contrapô-los aos potenciais *prejuízos* ao mercado por ela ‘estimados’ e avaliar os *efeitos líquidos* da operação.

Depois de analisar a viabilidade e a consistência de cada item de eficiência apresentado pelas requerentes, a SDE admite como ganho proporcionado pela concentração um montante correspondente a 6,12% do custo total das empresas, ou R\$373,2 milhões.²³

²¹ Alguns exemplos: Cerpa, Belco, Cintra, Malta e Krill, entre outras.

²² Idem nota 12.

²³ O Custo total estimado em 1998 foi de R\$6.095,0 milhões. O valor da ganhos em eficiências alegado pelas requerentes foi de 9,16% do custo total, aproximadamente R\$558,2 milhões.

O Parecer, então, conclui que a operação gera melhorias de produtividade (e eficiência) e considera, portanto, atendido o inciso I do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94 (as “eficiências”).

Esse entendimento da SDE é compartilhado pela equipe de Procuradores-Autárquicos do CADE, que também afirmam, ser a operação, capaz de gerar eficiências, especialmente nas áreas industrial e comercial, ressalvando porém, que *“tais não são capazes de justificar plenamente ou compensar os danos”* causados ao mercado. Ressalte-se que, nesse ponto, o parecer da referida equipe de procuradores não foi adotado pelo i. Procurador-Geral do CADE que, em seu despacho, sugere a aprovação da operação com restrições, pois entende que *“não há nos autos estimativa de dano causado ao mercado”*.

A SDE passa então à avaliação da possibilidade de cumprimento do **inciso II do § 1º do mesmo art. 54** da Lei, ou seja, a **distribuição equitativa entre as requerentes e os consumidores dos benefícios advindos da fusão.**

Nesse ponto, a SDE registra que *“[E]m algumas situações, quando as empresas têm suficiente poder de mercado, eventualmente, é possível ao produtor, praticando uma discriminação de preços de primeiro grau, tentar capturar todo o excedente do consumidor.”* (item 522 do Parecer).²⁴

A SDE, então, conclui que *não há qualquer indício* de que a *distribuição dos benefícios* seja equânime, e que não é possível considerar que a operação em apreço preencha o requisito do inc. II do § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Data venia, discordo desta conclusão peremptória da r. SDE, por entender que a concorrência no mercado de cervejas pode se dar, também, via preços, o que faz com que a AmBev, se quiser manter sua participação de mercado, repasse aos consumidores parte dos benefícios que auferir.

A SDE argumenta que a análise das elasticidades não permite concluir que a competição *se dá primordialmente em torno de preços*. Ora, em outra parte, a própria SDE reconhece que ***o preço é importante***, embora

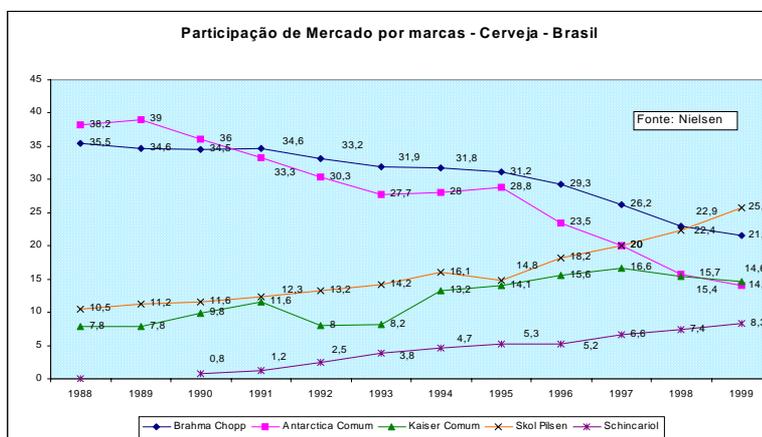
²⁴A SDE aponta que essa já é uma prática característica do setor de cerveja, por causa da natureza do mecanismo de formação de preços desse setor, ou seja, o preço é construído “de trás para frente”, do ponto final da cadeia de produção/distribuição/venda até chegar à fábrica. Para a SDE não há relação necessária entre o preço-fábrica e o custo de produção. A SDE, no entanto, ressalva que essa prática só não se completa perfeitamente pela existência dos distribuidores independentes (adegueiros ou multímarcas) e dos supermercados (item 536, pág. 176 do Parecer).

não podendo deixar-se de lado, *outros fatores*, entre os quais, a marca (item 526, letra “c”, pág. 168 do Parecer). Convém, ademais, lembrar que a teoria microeconômica sempre trabalhou com a hipótese de que o preço é um dos apelos mais eloqüentes para a decisão do consumidor, especialmente quando se considera que grande parte dos consumidores no Brasil estão nas classes C e D. Então, não se pode dizer que “*não há qualquer indício*” de que os benefícios não sejam repartidos.

Acho bastante razoável o argumento cauteloso contido em parecer acostado aos autos pelas requerentes de que a presença de faixas distintas de preços no mercado de cerveja (muito explorado nos pareceres oficiais dos órgãos participantes da instrução), não implica:

- (i) que não haja qualquer grau de rivalidade e de concorrência em preços entre as marcas situadas em diferentes segmentos; e
- (ii) que eles sejam estanques, isto é que não haja qualquer possibilidade de migração, seja dos consumidores, seja das marcas.

É preciso levar em consideração que as duas marcas líderes tradicionais, Antarctica e Brahma, tem perdido *market share* continuamente, enquanto é expressiva a ascensão das participações de mercado das marcas que adotam a estratégia de preços, como se pode ver pelo gráfico abaixo:



Os dados do gráfico acima indicam que é plausível esperar que a *distribuição dos benefícios via preços* estabelecida no inc. II, § 1º, do art. 54 da lei, será atendida.

Para garantir essa condição, entretanto, considero, necessário que este e. Plenário *defina*, consoante o art. 58 da Lei 8.884/94, combinado com o art. 54, § 9º, do mesmo diploma legal, um Compromisso de Desempenho a ser assinado pelas requerentes, para o qual pretendo dar alguma contribuição no final deste voto, de tal forma que se assegure o atendimento, não só desta, mas, também de **todas** as outras três condições requeridas e enumeradas nos incisos I, III e IV do parágrafo 1º do art. 54 da Lei 8.884/94.

Continuo com minhas observações sobre os principais fundamentos nos quais baseio minha convicção.

A SDE também considera não atendido o inc. III do § 1º do art. 54 da lei brasileira de defesa da concorrência, que é **não implicar em eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante**.

Da experiência da análise antitruste já acumulada, no Brasil e em outros países, algumas lições puderam ser colhidas: - uma delas é que os índices Herfindahl são úteis apenas para definir “portos seguros”, onde nenhuma intervenção do órgão antitruste é necessária. Isso quer dizer, que mesmo com um índice Herfindahl muito alto, efeitos anticompetitivos podem não ocorrer.²⁵

Embora existam barreiras tidas como elevadas, o segmento de auto-serviço demonstra que todas as empresas, pequenas e grandes, têm espaço para competir pela preferência do consumidor, inclusive as marcas pouco conhecidas. Nesse segmento de venda a distribuição não chega a ser barreira à entrada, pois todas podem distribuir seus produtos diretamente às redes de varejo, isto é, os supermercados.

Por outro lado, também, no canal tradicional de venda, onde se detectou que as barreiras são mais elevadas, a Schincariol pode ser vista como um exemplo de que essas barreiras não são intransponíveis, chegando a ter maior participação nesse canal do que no auto-serviço (item 361/2 do parecer da SDE).

Os diversos exemplos de pequenas cervejarias, com presenças regionais que projetaram aumentos de capacidade instalada, somados a novos

²⁵ COATE, M. B. & RODRIGUEZ, A. E., **The Economic Analysis of Mergers**. Center for Trade & Commercial Diplomacy. Monterey Institute of International Studies. Monterey, California. March 1997, p. ix.

potenciais entrantes, que podem originar-se até da pequena indústria de refrigerantes, demonstram um vigoroso movimento intra-mercado, que juntamente, e numa perspectiva dinâmica não podem ser desconsiderados.

Da mesma forma que a equipe de Procuradores-Autárquicos do CADE afirma “... *que a operação leva a um verdadeiro aniquilamento da competição no setor cervejeiro* ...” cito manifestação do gerente nacional de vendas da Schincariol, segundo o qual, em suas próprias palavras:

“... *nosso crescimento vem de nossa alta produtividade. Só trabalhamos com equipamentos de última geração* ...”.

segundo ele,

“... *a Schincariol quer aproveitar a confusão em torno da criação da AmBev para crescer ainda mais* ...”.

e,

“... *nas fusões, há guerra de vaidades e disputas entre executivos. É uma boa oportunidade para a Schincariol crescer*”.²⁶

Por último, a SDE avalia o atendimento da quarta exigência da Lei 8.884/94 para que sejam aprovadas as concentrações com potencial de risco para a livre concorrência no mercado, que é a **observância (ou não superação) dos limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados** (inc. IV, § 1º, do art. 54).

A SDE lembra que o objetivo declarado pelas requerentes é o de tornar-se uma companhia competitiva em níveis internacionais.

A SDE ainda complementa que o propósito declarado das requerentes é pouco plausível e, na (...) medida em que pode ser concretizado, isso poderia se dar independentemente da concentração, donde conclui, então, que “*a operação vai além dos limites necessários para os objetivos visados*” (item 560 do Parecer).

Com a devida *venia* e, discordando, mais uma vez, da d. SDE, entendo como plausíveis as justificativas de que a fusão fortalece a estrutura financeira da nova empresa, e que, somente mediante a reunião dos ativos das requerentes nessa nova empresa, poderão ser geradas as sinergias necessárias para que o novo agente possa tornar-se competitivo no mercado global e de intensa rivalidade.

²⁶ Entrevista do Sr. Francisco Martins ao Jornal Folha de São Paulo de 29.11.99, pág. 3-4.

Tornar-se um competidor global, tanto no mercado externo quanto no interno, é uma exigência dos novos tempos e significa disputar em pé de igualdade, com grandes *players*, as preferências do consumidor, inovando e fabricando produtos de melhor qualidade, com custos e preços menores.

Apesar disso, da mesma forma como indiquei acima, repito que o atendimento das condições requeridas nos inc.'s III e IV do par. 1º, do art. 54, também precisa ser assegurada por meio de um Compromisso de Desempenho que contemple medidas de natureza estrutural e comportamental, as quais pretendo mais adiante detalhar.

A SDE avança a sua análise passando então à avaliação da concentração sob a ótica do que prevê o § 2º do art. 54 da Lei 8.884/94 (motivo preponderante da economia nacional e do bem comum).

Mais uma vez, a r. SDE não encontra razões para recomendar a aprovação da operação, e, neste caso, nem poderia, sob pena de ser logicamente contraditória com suas próprias conclusões, dado que, como visto, sua análise apontou o não atendimento de três das condições exigidas no § 1º do art. 54. Como o § 2º exige para a aprovação da operação, o atendimento de pelo menos três daquelas condições, não seria sequer necessário, para ser coerente, ter avançado a análise até este ponto.

A SDE conclui a instrução na mesma linha de concordância com o Parecer dado pela SEAE, aprovando a operação nos outros mercados, e no mercado de cerveja, com a condição de que se faça uma alienação de um dos três principais negócios de cerveja controlados pelas requerentes (Skol, Brahma ou Antarctica).

Para concluir este ponto, entendo que, ainda que seja importante separar as eficiências especulativas que poderiam ocorrer sem a fusão, como bem fez a SDE, não se pode esquecer que os efeitos anticompetitivos são, na maioria dos casos, igualmente especulativos. Toda eficiência em potencial deve ser levada em consideração, e comparada aos efeitos adversos em potencial, para se poder prever o efeito real da transação.

Sou do entendimento de que nem todo processo de fusão provoca o aparecimento de práticas monopolísticas. Na verdade essa percepção é compartilhada pelos segmentos mais bem informados da sociedade e que

acompanham a aplicação das políticas de concorrência nos principais países do mundo.²⁷

Percebe-se que, na realidade, a verdadeira concorrência só passa a existir quando o arcabouço legal e regulatório está bem definido, permitindo uma *competição igual para todas as empresas* participantes de um mesmo mercado. Sem negar a importância do controle de fusões como o lado preventivo da política antitruste, entendo que a igualdade de competição pode ser assegurada, entre outros fatores, pelos seguintes: (a) disponibilidade de crédito de longo prazo, em grande parte já atendida no Brasil; (b) política tributária equânime; (c) pronta atuação dos órgãos antitrustes contra as práticas abusivas de posição dominante; e (d) redução ao mínimo necessário das práticas restritivas verticais.²⁸

IV - CONCLUSÃO

Aprovo a operação com as condições detalhadas a seguir e que deverão ser objeto de Compromisso de Desempenho a ser firmado pelas requerentes com o CADE.

Dada a magnitude do grau de concentração atingido com a operação, a decisão do CADE deve contemplar intervenções de natureza estrutural (medidas saneadoras) e de natureza comportamental (medidas compensatórias), como já indiquei acima, medidas essas que se complementem mutuamente, cuja somatória final resulte na robustez suficiente para inibir o potencial para abuso do poder de mercado propiciado pela fusão.

IV.1 Medidas Estruturais

As medidas estruturais devem envolver a alienação/transferência de ativos, tangíveis e intangíveis (unidades fabris, quadro de pessoal, marcas e

²⁷ Veja-se a propósito artigo “**Mitos em torno das fusões**” de Adriano Pires Rodrigues e Viviana Cardoso de Sá e Faria, no jornal Gazeta Mercantil de 20.03.2000, p. A-2.

²⁸ Aspectos importantes da política tributária e seus reflexos na concorrência no mercado de cervejas foram abordados por CASTRO, R. de F. e ALMEIDA, V. J. no artigo “**Concorrência e Tributação: efeitos anticoncorrenciais da substituição tributária no caso do ICMS sobre cerveja**”, in Revista de Direito Econômico nº 29 (Jan./Jul. de 1999), CADE, Brasília, pp. 101-121.

direitos contratuais de distribuição ou o compartilhamento da distribuição exclusiva).

A alienação de unidades fabris deverá ser determinada pelo CADE em todos os 5 mercados relevantes regionais.

A alienação de plantas em todos os mercados regionais, cobrindo todo o território nacional, em termos de oferta do produto, e mais a alienação de uma marca que já detenha alguma expressão nacional, em termos de percepção pelo consumidor e *market share* (como a Bavária e as plantas a ela relacionada) deve possibilitar a entrada de um concorrente de porte nacional.

Considero plausível esperar que haja interesse de entrada por parte de agentes de algum porte econômico (que possa adquirir, p. ex., um conjunto completo de ativos composto de 5 plantas já em funcionamento, mais marca e compartilhamento de rede de distribuição) dada a atratividade que o mercado de cerveja no Brasil apresenta, tais como, consumo em ascensão, economia estável, condições cambiais favoráveis para investimento direto estrangeiro etc.

Ressalte-se, ademais, o potencial de crescimento do mercado brasileiro que, como observa a SDE em seu parecer (item 131), embora o Brasil seja o quarto mercado consumidor de cerveja do mundo, é apenas o décimo sexto em consumo *per capita*.

Essa preocupação com o porte do possível entrante se justifica pelo que já diagnosticou a SDE que não será qualquer entrada que mitigará uma situação ‘monopolista’ em um mercado relevante, sendo esta a razão da existência de uma variável qualitativa. Segundo a SDE, para que haja modificações nesta estrutura, é necessário que esta entrada seja também efetiva ou, em outras palavras, seja capaz de restabelecer quantidades e preços dos produtos ofertados a níveis competitivos (item 254 do Parecer).

A alienação das unidades fabris e da marca Bavária deve ser acompanhada da celebração de contratos, com regras claras, de distribuição compartilhada por um período mínimo de 04 anos, prorrogável por mais 2 anos, se for do interesse do contratante (entrante). Por esse sistema, a AmBev deverá permitir que o seu distribuidor exclusivo terceirizado (ou no caso da distribuição direta) distribua os produtos da marca alienada em igualdade de condições em que são distribuídos os seus produtos.

A operação, então, deve ser aprovada desde que ocorram as seguintes providências, dentro do que prevê o § 9º do art. 54, da Lei 8.884/94:

- venda de todos os direitos, licenças e ativos tangíveis e intangíveis relacionados à produção e comercialização, da cerveja Bavária, no país e no exterior;
- celebração de contratos de compartilhamento de distribuição dos produtos da marca alienada, nos caso da distribuição exclusiva terceirizada.

IV.1.1 Joint Venture Brahma/Miller

A SEAE sugere, entre outras restrições, a revisão da *joint venture* Brahma/Miller, aprovada pelo CADE em abril de 1998. Antes de tudo, porém, é necessário avaliar as reais vantagens de tal medida para a concorrência no mercado brasileiro de cerveja. O produto objeto daquele empreendimento é a cerveja *Miller* do segmento *premium*, cuja participação no mercado brasileiro é marginal, não chegando a 1% do mercado, considerando todo o segmento *premium*. Não faz, portanto diferença para os resultados dessa operação, no que se refere às condições concorrenciais do mercado, nem mesmo do ponto de vista da teoria da concorrência potencial, no curto prazo.

Outra questão a ser considerada é se tal *joint venture* significa (i) uma neutralização da concorrência potencial da *Miller*, o que seria maléfico para a concorrência no mercado brasileiro, ou (ii) se seria, o caminho tradicional e mais usual para uma futura entrada da *Miller* no Brasil, depois de uma certa *aproximação* com o mercado.

Essa segunda avaliação é unânime na maioria das análises a que tive acesso sobre as características estruturais dos mercados nacional e internacional de cervejas e sobre as estratégias das empresas neles atuantes e foi, inclusive feita nas análises dos A.C.'s nº 83/96 e 58/95. Para **Fagundes & Mello**, “[E]m relação a este último aspecto, no plano internacional, destaca-se a existência de várias empresas de grande porte, cujo padrão estratégico de entrada em outros mercados nacionais configura um processo que se inicia com exportações, passa pela realização de alianças estratégicas com empresas locais e se concretiza com a entrada, em geral por meio de aquisições ou participações acionárias com empresas locais, após a **consolidação da marca e da criação de canais de distribuição**” (negritei).²⁹

Da mesma forma, o Parecer da SDE identificou esse fato na análise de barreiras à entrada, e afirmou que “os grandes grupos internacionais produtores de cervejas apenas se interessam em entrar no mercado brasileiro

²⁹ FAGUNDES, Jorge & Mello, M. T. L., “**Estudo de Caso: O Ato de Concentração Brahma-Miller**”, s/d, s/l, mimeo., p. 2.

por meio de associações com empresas já instaladas no país, não optando pela entrada singular” (item 130).

De fato, a experiência mostra que associações das líderes mundiais com empresas locais, utilizando suas marcas globais — principal arma na guerra das cervejarias, muitas vezes, no segmento premium, tem sido uma das estratégias de aproximação que, às vezes, antecedem uma entrada efetiva futura. Exemplos são dados pela imprensa onde é citada a Quilmes (Argentina) que no final do ano passado (1999) decidiu entrar no Chile com a premium Heineken (Holandesa), e vice-versa, a CCU (chilena) que usou essa estratégia na Argentina desde 1997, quando começou a fabricar localmente a Budweiser, principal estrela da sócia Anheuser-Busch (norte-mericana).³⁰

Essa última hipótese sugere que tal parceria pode ser uma ‘fresta’ para uma entrada mais corajosa no futuro. Deve, assim, ser tolerada, entendo eu, tendo em vista uma eventual alteração na estrutura do mercado a longo prazo, sendo, portanto, desnecessária, e mesmo, desaconselhável, tal revisão.

IV. 2 Medidas Comportamentais

Além das medidas estruturais acima indicadas, as requerentes deverão, também atender outras condições definidas pelo CADE, para a aprovação da operação, de tal forma que elimine os eventuais efeitos nocivos à ordem econômica.

Essas condições deverão ser especificadas e detalhadas minuciosamente em um Termo de Compromisso de Desempenho a ser assumido pelas Requerentes perante o CADE, **dentro do prazo de 20 dias, a contar da publicação do acórdão**, de forma que seja assegurado o alcance das eficiências objetivadas com a operação (Inc. I, § 1º, do art. 54 da lei supra) e o atendimento das demais condições previstas nos inc. II a IV do § 1º, da mesma lei c/c o art. 58 da Lei nº 8.884/94.

³⁰ América Economia (Dow Jones) nº 172, de 2 Dez. 99, p. 36. A reportagem retrata bem a postura dos grandes players afirmando que “*A estratégia da Quilmes confirma uma tendência que pode influenciar as cervejarias latinas que se atreveram a cruzar fronteiras. Hoje, a ordem é não bater de frente com as marcas locais, mas ganhar espaço com produtos premium, fazendo crescer um segmento que na média não supera 9% do mercado da região*” (negritei).

Enquanto as medidas estruturais impostas atendem o § 9º do art. 54, da Lei nº 8.884/94, intervenção comportamental está relacionada com o necessário atendimento do que determina o art. 58 da Lei 8.884/94.

Este dispositivo legal dá competência ao Plenário do CADE para definir compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º desse artigo.

Assegurar o cumprimento das condições é garantir, tornar seguro o cumprimento dessas condições, porque deverão permitir ao CADE, por meio das informações que ele indicar que lhe sejam prestadas periodicamente, acompanhar e tomar as providências cabíveis, caso detecte que as condições não estão sendo atendidas pela empresa compromissária.

IV.2.1 - O Compromisso de Desempenho

O processo de definição e acerto para se chegar ao Compromisso de Desempenho a ser firmado entre as requerentes e o CADE deve ser conduzido observando-se rigorosamente os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, além do princípio da finalidade e do interesse público e demais outros elencados na lei nº 9.784/99.

Conforme ensina o mestre Celso Antonio Bandeira de Mello, a doutrina é concorde sobre o alcance do princípio da legalidade administrativa, acentuando seu caráter de estrita adscrição à lei e impostergável respeito à finalidade nela insculpida.³¹

De outra parte, a exigência de que o ato administrativo sirva à fidelidade o objetivo legal, representa, como é óbvio, a simples afirmação de que a lei deve ser cumprida tal qual é; vale dizer, com obsequioso respeito à sua razão de existir, não se compreendendo que possa ser manipulada como simples pretexto para alcançar fins estranhos aos que visa prover, ainda quando não se trate de fins subalternos.

É interessante ressaltar que, conforme o texto do art. 58 da Lei 8.884/94, diferentemente do Compromisso de Cessação, contemplado no art

³¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A., “Legalidade, Motivo e Motivação do Ato Administrativo”, RDP-90, pp. 57-69.

53 da mesma lei, que é “*celebrado*” com a parte envolvida, o Compromisso de Desempenho é “*definido*” pelo CADE. Da leitura do texto legal depreende-se que a liberdade da empresa para ‘negociação’ das metas *qualitativas e quantitativas* de desempenho, neste caso, é muito mais restrita do que naquele.

As *condições* a serem contempladas no compromisso de desempenho e os *indicadores* de atendimento dessas condições que deverão constar nos relatórios a serem apresentados pela AmBev são as seguintes, resguardando-se o direito do CADE de acrescentar outras que achar conveniente, até o dia da assinatura do termo de compromisso:

- **alcance das eficiências alegadas - inc. I.**

Indicadores: comportamento dos custos, dos índices de produtividade, etc.);

- **Distribuição equitativa dos benefícios entre a empresa, de um lado, e os consumidores de outro - Inc. II**

Indicadores: evolução dos preços reais vis-à-vis os custos reais, melhorias sensíveis de qualidade etc.

- **Não eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante - Inc. III**

Esta condição será assegurada, em parte pelos compromissos estruturais de desinvestimento, e, em parte pelos compromissos comportamentais, inclusive na área de distribuição.

Indicadores: desempenho dos novos entrantes, em termos de *market share's*, variação do HHI, CR-4, CR-6, CR-8 etc.

- **Limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados - Inc. IV**

Esta condição deverá ser atendida também pelo desinvestimento no mais breve espaço de tempo para assegurar, desde logo, que os limites não sejam transgredidos). Inc. IV.

Para que as condições sejam atendidas, as requerentes deverão se comprometer com o seguinte:

A) Distribuição

É preciso considerar que os distribuidores terceirizados das três marcas (Brahma, Skol, Antarctica) estarão sujeitos a uma estratégia comercial comum, emanada de um só agente, a AmBev, sob um único comando. As requerentes argumentam que os distribuidores não aceitariam estratégias de reposicionamento ou de manipulação de marcas, por meio, principalmente, de preços e condições de venda. Porém, a conduta pregressa das requerentes, mesmo quando atuavam isoladamente, é que os distribuidores recalcitrantes em se submeter sem reservas às suas políticas são simplesmente defenestrados, de forma impune, às vezes, sem ressarcimento de perdas e danos, dado o longo tempo de contenda judicial. Essa conduta, indiscutivelmente, atinge a capacidade de iniciativa em novos negócios dos distribuidores que venham a ter seus contratos rescindidos.

Certamente a distribuição direta, em especial destinada ao canal do auto-serviço, já assumida, antes da fusão, pelas companhias Brahma e Antarctica, será feita de forma unificada pela AmBev, dando continuidade à sua política de aumento da eficiência na distribuição e de eliminação da intermediação para os canais de venda mais atraentes como são os supermercados.

As alegações feitas pelas requerentes de manutenção da separação da distribuição, pelos distribuidores terceirizados, como uma forma de preservar a concorrência intramarca, nessa etapa da cadeia produtiva, não podem, a rigor, serem consideradas pelo CADE, porque vão contra a lógica da própria operação de concentração que ora submetem para julgamento.

Os objetivos alegados para a fusão são justamente os de ganhos de eficiência, o que pressupõe a desoneração de custos, a queima de etapas na cadeia produtiva etc. Isso certamente abrange a rede de distribuição, cuja parcela de 25% já é feita diretamente pelas requerentes, obviamente visando os objetivos acima mencionados. Além disso, nada impede que a nova Companhia continue com a política que vinha sendo implementada pelas requerentes de, lenta e gradualmente, ir diminuindo as margens de seus distribuidores terceirizados, e, ao final, descredenciando-os e transferindo a distribuição antes feita por esses distribuidores para a distribuição direta. A única razão lógica aceitável para que se espere a manutenção das redes de distribuição separada, é mesmo o interesse da Companhia em promover a competição intramarca como estratégia corporativa da empresa, e isso não decorre da operação nem altera os potenciais danos à concorrência que ela carrega.

Pontos específicos a serem contemplados no Compromisso de Desempenho:

1. O contrato padrão de distribuição e revenda da AmBev ou das 3 empresas (Brahma, Skol e Antarctica) deverão ser submetidos ao CADE para que este examine suas cláusulas à luz da Lei 8.884/94 (até para prevenir futuros problemas de abuso do poder econômico detido pela nova empresa sobre seus distribuidores, e ‘enxurrada’ de processos no CADE, como tem-se verificado historicamente), e determinará as alterações necessárias, com vistas a aumentar a transparência das relações no mercado;

2. O Termo de Compromisso deve prever expressamente a proibição de a AmBev adotar as seguintes condutas, cujas manifestações de preocupação foram colhidas nas diversas audiências públicas promovidas pela Cons. Relatora, tendo em vista que são práticas (conforme se denunciou) já repetidamente adotadas por Brahma e Antarctica:

- (i) vendas casadas de qualquer tipo;
- (ii) discriminação de preços e condições para adquirentes em iguais condições;
- (iii) prática de subsídios cruzados entre produtos ou marcas;
- (iv) prática de preços predatórios, especialmente contra as pequenas empresas, tanto do mercado de cervejas, quanto do mercado de refrigerantes, p. ex., os chamados ‘tubaineiros’.

3. A AmBev assumirá no compromisso de desempenho o cumprimento do seguinte:

- (i) observância rigorosa do prazo de aviso prévio previsto para a rescisão nos contratos de distribuição, o qual não será interrompido o fornecimento do produto antes do fim desse prazo, e nem adotada outras medidas discriminatórias que onerem alterem o fluxo de receitas e despesas do distribuidor;
- (ii) **a empresa se compromete a melhorar suas relações com os distribuidores, de forma a reduzir ao máximo possível os conflitos nessa área.** Para isso a AmBev se compromete a buscar a via do acordo e da negociação para a rescisão dos contratos, e pronto pagamento, no vencimento do aviso prévio, de perdas e danos em caso de rescisão unilateral do contrato que tenha sido por ela provocada, sem justa causa.

(iii) especificará no contrato os **‘locais de puxada’** dos distribuidores, os quais não serão alterados sem prévia concordância das partes;

(iv) não imporá quotas ou glosas na entrega dos produtos na quantidade produzida, e quando situações contingenciais de produção nos locais de puxada o exigirem, ou ocorrer mudança na quantidade produzida por decisões da empresa, a produção a maior ou a menor será rateada para os distribuidores de forma proporcional à média de aquisição dos mesmos, nos últimos 12 meses.

B) Comercialização nos pontos de venda

O Compromisso de Desempenho deverá conter cláusula proibindo a prática de exigência de exclusividade de venda nos pontos de venda a varejo, por parte de cervejarias ou distribuidores, a qual só será permitida excepcionalmente nos casos especiais de elevados investimentos em merchandising com vistas à divulgação, afirmação da marca etc. Obs.: a exclusividade de merchandising não deverá ser proibida.

C) Quanto ao emprego

a) A AmBev deverá apresentar um programa de recolocação dos trabalhadores demitidos, em outras empresas do ramo cervejeiro, e/ou de retreinamento (independentemente do pagamento imediato de todos os direitos funcionais e trabalhistas dos empregados demitidos) de forma que incentive dê condições a esses trabalhadores de se inserirem produtivamente no mercado de trabalho. O programa de treinamento, deverá contar, inclusive, se necessário, com contratação de instituição especializada, como o SEBRAE, ou outros congêneres, por conta da AmBev, com cursos sobre iniciativas em negócios particulares. O objetivo é que esses desempregados possam investir os recursos provenientes das rescisões contratuais em negócios próprios (microempresas) para aqueles que o desejarem.

b) As rescisões contratuais deverão observar aviso prévio, com prazo não menor que 3 meses. (discutir: abono a ser pago pela AmBev, correspondente a 20% do salário nominal que o trabalhador recebia por ano completo de trabalho nas empresas Brahma, Skol e Antartica);

c) A AmBev deverá oferecer aos funcionários desligados em função do agrupamento societário que não obtiverem recolocação, pelo período de 01 ano:

- cesta básica de alimentação, limitada ao valor do salário mínimo vigente na região;
- seguro de vida em grupo, no padrão vigente quando do desligamento
- assistência médica pelo padrão vigente à época do desligamento.

D) Relatórios

A AmBev deverá apresentar relatório semestral ao Presidente do CADE, contendo informações sobre os indicadores definidos pelo CADE.

E) Prazo de Duração

O Compromisso de Desempenho terá duração de 5 anos.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As condições impostas de cunho estrutural deverão ter um horizonte temporal para atendimento curto, isto é, de 06 meses a 1 ano no máximo, para estarem atendidas, sob pena de revisão da decisão e aplicação de multas. Caso as requerentes não executem qualquer determinação do CADE, no prazo assinado, sem justo motivo comprovado, as mesmas estão sujeitas aos procedimentos legais cabíveis.

Por último, caso as requerentes não aceitem o Compromisso de desempenho, o CADE tomará as medidas cabíveis nos termos do § 3º do art. 58 da Lei 8.884/94.

É o meu voto.

Brasília, 29 de março de 2000.

Mércio Felsky

Conselheiro

VOTO DO CONSELHEIRO MARCELO CALLIARI

Adoto no presente voto uma abordagem minimalista, seguindo como norte um comando da Lei nº 9.784/99 (do Processo Administrativo), que permite referência, em termos de motivação ou justificativa, a outros documentos anteriores. De fato, reza o art. 50, § 1º, da Lei do Processo Administrativo, que "a motivação deve ser sempre explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres e informações, decisões ou propostas, que nesse caso serão parte integrante do ato". Tentei ater-me o mínimo possível a fatos e argumentos que decerto já terão sido repetidamente expostos nesta Sessão.

Na verdade, contudo, apesar da diferença metodológica ou de abordagem entre meu voto e o do Conselheiro Ruy Santacruz, ou pelo menos em termos de extensão, eles têm uma identidade muito grande em termos de argumentação e de visão, e alguns dos pontos vão parecer mesmo bastante semelhantes.

Desde logo, concordo com a Relatora, acatando suas razões nesse aspecto, quanto à constatação de que a operação não gera preocupação concorrencial no que se refere às atividades de refrigerantes, águas, isotônicos, sucos e chás, pelo que concentro minha atenção sobre o setor de cerveja.

Quanto ao mercado relevante, adoto a definição consagrada por este Conselho nos três casos anteriores relativos ao mercado de cerveja (Atos de Concentração envolvendo Antartica-Budweiser, Brahma-Miller e Skol-Carlsberg), e agora acolhida pela Relatora, que considera o mercado relevante, em termos de produto, como cerveja, em todos os seus tipos e segmentos, um mercado único, diferenciado de outros produtos. Acompanho nesse sentido a argumentação apresentada naqueles casos anteriores, bem como neste, no sentido de diferenciar cerveja de outros produtos, tanto alcoólicos como não alcoólicos. Os dados citados em todos os precedentes, a partir do voto da Conselheira Lucia Helena Salgado no Ato de Concentração nº 83/96 (Anheuser-Busch/Antartica), de fato apontam para a baixa a substituíbilidade do lado da demanda entre cervejas e outros produtos. Concordo assim com os argumentos apresentados pela relatora no sentido de rejeitar a aceitação de um "*cluster market*" envolvendo cervejas e refrigerantes. Da mesma forma, recorro aos elementos expostos no voto do AC Skol-Carlsberg no sentido de que eventual diferença entre tipos de cervejas, seja de características do

produto, seja de imagem ou preço, não são suficientes para configurar diferentes mercados em termos de produto.

Geograficamente, em que pese toda a argumentação apresentada no presente caso, prefiro acompanhar a jurisprudência unívoca deste Conselho, que considerou, nos três casos em que teve chance de apreciar tal questão, por unanimidade, o mercado geográfico como nacional. É verdade que há considerações ponderáveis acerca da influência de fatores regionais na dinâmica do setor, mas, como este CADE já determinou noutras ocasiões, também os há de alcance nacional, que me parecem mais determinantes da lógica do mercado. Recorro, nesse sentido, integrando-os à minha motivação, aos argumentos em favor dessa tese acolhidos nos votos de todos os Atos de Concentração já julgados relativos ao setor. Novas evidências na mesma direção, aliás, vieram à tona neste caso, na forma de iniciativas ou estratégias transregionais como as vendas da cerveja Kaiser em Manaus a partir de base distante cerca de 3.000 km, no Ceará; a conquista de fatia significativa de mercado no Nordeste pela Schincariol a partir da fábrica em São Paulo; ou ainda a venda de latas Brahma em diversas regiões do país oriundas de apenas algumas fábricas capazes de realizar tal envasamento. São exemplos que sugerem a relativização do fator distância, embora este seja ainda sem dúvida relevante. Note-se, no entanto, que tal definição não impede a consideração de características e dinâmicas regionais quando relevante para a análise.

Tanto com relação à dimensão produto como na dimensão geográfica, por exemplo quanto à importância de determinadas considerações regionais, recorro ensinamento de Robert Willig, em curso promovido no Banco Mundial sobre defesa da concorrência, no sentido de que não há qualquer problema ou falta de rigor metodológico em levar em consideração segmentos diferentes dentro de um mesmo mercado relevante durante a análise antitruste -superando assim a antiga discussão sobre sub-mercados. De fato, nem sempre linhas demasiado rígidas apreendem toda a complexa textura da realidade econômica.

Assim, nesse diapasão, destaco que poderão ser considerados importantes para a análise, por exemplo, diferentes canais de distribuição ou mesmo embalagens. Não é nada diferente do que faz o CADE, por exemplo, quando considera que diferentes canais e destino no que se refere a autopeças -como mercado original ou de reposição- devem ser tratados de forma separada, na medida em que obedecem a lógicas distintas.

Nesse sentido, e decerto estou sendo repetitivo -além de óbvio-, constato uma alteração estrutural de magnitude brutal derivada da operação.

Unindo as duas empresas líderes no setor, com participações de cerca de 25% e 48%, chega-se a uma concentração de aproximadamente 73%. Segundo qualquer critério utilizado por qualquer agência de concorrência no mundo (CR3 passando de 89,2% para 96,5%, HHI variando de 3.244 para 5.498, patamares mais do que expressivos), é uma fusão que acende a luz amarela.

Como tem sido a tradição e a jurisprudência -na minha opinião absolutamente acertadas deste CADE-, e, na verdade, como referendam a melhor doutrina e jurisprudência internacionais, tal luz amarela constitui na verdade alerta que aponta a necessidade de uma análise mais cuidadosa. Outros atributos do mercado podem significar que tal concentração, que o mero aumento de *market share*, ainda que considerável, pode não corresponder à criação ou reforço de poder de mercado. A empresa pode não obter condições de agir de forma independente dos seus concorrentes.

Assim, dado que o grau de concentração exige análise mais aprofundada, parte-se para a apreciação das condições de concorrência no mercado relevante. Nesse sentido, valho-me das análises contidas nos pareceres, no relatório e voto e nos casos anteriores já julgados por este Plenário para concluir que as barreiras à entrada são extremamente elevadas. Dada a riqueza dos dados e argumentos mencionados nos documentos referidos acima, pretendo apenas mencionar, sem maior elaboração, como vejo alguns dos principais elementos determinantes das condições de concorrência neste mercado.

A importância do fator distribuição com certeza já foi mais do que suficientemente explorada aqui hoje. Reitero apenas a topografia do mercado brasileiro, em que a imensa maioria dos pontos de venda (cerca de 900.000) é composta por estabelecimentos do tipo bar (inclui restaurantes, casas noturnas etc) e tradicional (padarias, mercearias, pequenos mercados), na denominação Nielsen. Esses pontos de venda, responsáveis por cerca de 72% das vendas de cerveja no país, têm como característica o pequeno porte, a dispersão, a reduzida capacidade de armazenamento, a compra de pequenos volumes, o que exige a complexa logística de uma rede de distribuição de considerável capilaridade, com visitas freqüentes (seja de forma terceirizada, por meio de rede exclusiva, ou mesmo quarteirizada, por distribuidores multimarca). Outra característica, utilizam predominantemente embalagens retornáveis, sendo que os custos daí decorrentes para a distribuição também ficaram patentes no relatório. Note-se que a perspectiva de permanência majoritária desse tipo de embalagens nesses dois canais, por um horizonte de tempo mais longo do que o cabível numa análise antitruste, restou demonstrada pelos dados Nielsen apresentados pela SDE. Finalmente, a participação dos canais bar e tradicional

no mercado global de cerveja (cerca de 50% para o canal bar e pouco mais de 20% para o tradicional) encontra-se estabilizada há alguns anos, conforme atestado pela própria Nielsen. Nos canais bar e tradicional, não surpreendentemente, as marcas de empresas não-AmBev detêm participação comparativamente menor.

Em contrapartida, o acesso no canal auto-serviço é facilitado pela possibilidade de negociação centralizada, facilidade de entrega e poder de barganha do comprador, especialmente para grandes redes de supermercados.

A dificuldade representada pela necessidade de uma rede de distribuição do tipo daquela construída ao longo de décadas pelas empresas dominantes, particularmente no caso dos canais bar e tradicional (72% do mercado) já foi exaustivamente repetida tanto aqui quanto nos casos anteriores apreciados por este CADE. Nesse sentido, é interessante lembrar que em todos esses, por todos os conselheiros, tal imperativo foi considerado como formidável barreira à entrada no setor. Tanto é assim que mesmo empresas de grande porte internacional -na verdade, literalmente as maiores do mundo, como Anheuser-Busch, Heineken, Miller e Carlsberg- optaram por entrar num mercado tão atraente como o Brasil por meio de associação com uma empresa já estabelecida, de forma a evitar o enorme custo, e os enormes riscos, de implementação de uma estrutura de distribuição capilarizada como a necessária no país.

Evidentemente, seria ingenuidade imaginar que empresas desse porte e sofisticação não analisaram outras alternativas de entrada -incluindo a distribuição- antes de concluir que a associação com os grandes players nacionais seria a mais viável e atraente. Mais ainda, a própria Carlsberg -também uma das dez maiores do mundo- teve uma ilustrativa e extremamente mal-sucedida experiência de tentativa de entrada no mercado nacional por conta própria, através da estratégia do "toe-hold", comprando, a princípio, participação minoritária, depois o controle, de uma pequena cervejaria pré-existente. Retirou-se depois de alguns anos de seguidos fracassos, sem jamais chegar perto das metas previamente estabelecidas. Isso, recorde-se, em se tratando de uma cervejaria dentre as maiores do mundo. É verdade que a situação do mercado nacional alterou-se desde tal tentativa (ainda que não, note-se, em termos dos seus principais players), mas não a ponto de tentar a empresa dinamarquesa a entrar no mercado por conta própria novamente.

Tanto a entrada de grandes competidores de porte nacional é dificultada pelas condições prevalentes no Brasil que as requerentes nem insistiram em argumentar nesse sentido, privilegiando nas suas alegações uma

suposta possibilidade de entrada e crescimento de pequenas empresas no mercado.

Vai nesse sentido a afirmação das requerentes, contida em memorial apresentado ao Conselho, de que "(t)em sido muito vigorosa a entrada de novas empresas de médio e pequeno porte, assim como tem sido muito significativa a expansão das empresas concorrentes da AmBev nos últimos três anos, apesar da desaceleração da demanda após 1996".

Na verdade, a verificação numérica do desempenho das pequenas empresas não parece desenhar cenário tão róseo, particularmente após 97. A Kaiser, por exemplo, depois de um marcado crescimento, estabilizou-se em cerca de 15% desde 1993. De fato, variou entre 14% em 1993, 14% em 1994, 15% em 1995, 16% em 1996, 17% em 1997, 16% em 1998, chegando novamente a 15% em 1999. Destaque para as quedas sucessivas de 97 para 98 para 99. Isso, em se tratando da Kaiser, caso absolutamente à parte no mercado dado seu vínculo com o grupo Coca-Cola. Independentemente do debate sobre o grau de controle efetivamente exercido pela empresa americana, o fato é que o vínculo existe e que se manifesta de forma particularmente importante na distribuição, em que a Kaiser pode dispor de algo que nenhuma outra entrante pode -a rede Coca-Cola. Na verdade, o dado relevante é que, mesmo com essa enorme porta de entrada na distribuição, repetidas vezes identificada pelo CADE como a principal barreira de entrada do mercado, a Kaiser não passou de 17% do mercado, sendo que sua presença não passa de 48% dos pontos de venda, contra mais de 95% da Coca-Cola - mais um sintoma da dificuldade de superar as barreiras desse mercado.

Já a Schincariol de fato cresceu, passando de 6,6% em 1997 para 7,5% em 1998 e 8,4% em 1999. É questionável se uma variação de menos de dois pontos percentuais em três anos constitui significativa expansão, mas de toda forma foi um crescimento.

Quanto às outras, no entanto, a soma dos vários pequenos fabricantes que as requerentes reiteradamente apresentaram como alternativas de concorrência que constrangeriam a líder AmBev, (incluindo aí nomes como Belco, Krill, Malta, Lecker e outras), sua participação somada passou de 4,3% em 1996 para 4,4% em 1997, 3,3% em 1998 e finalmente 4,5% em 1999, de volta ao patamar no qual se encontravam quatro anos antes. Não me parece razoável identificar nesses dados qualquer tendência de expansão dessas empresas, nem de "vigorosa" entrada, que também seria registrada e contabilizada no grupo "outros". É possível que novas entradas estejam ocorrendo ou em vias de ocorrer, não tendo ainda se refletido nos dados de mercado. Dada a estrutura e o histórico do mercado, no entanto, não é

razoável presumir que atinjam patamar significativo no prazo internacionalmente aceitável para a análise antitruste, de dois ou três anos. Note-se, nesse sentido, que a Schincariol, o exemplo multicitado -e real, não há dúvida, embora único- de pequena empresa independente que virou um competidor de médio porte e tendendo à nacionalização, demorou mais de dois anos para passar do patamar de 1% do mercado para cerca de 2%, e mais dois anos para chegar a 5%. É um prazo, como dito, demasiado longo para que seja considerado, mesmo que se tivesse qualquer segurança de que o mesmo fenômeno se verificaria para outras novas pequenas entrantes, o que está longe de ocorrer. De fato, a história das diversas outras pequenas até agora mostra sua permanência nas franjas do mercado.

Tal constatação é aliás perfeitamente consistente com o levantamento feito durante a instrução do AC Brahma/Miller, em que, consultados, pequenos fabricantes como Krill, Belco e outros (lembre-se, reiteradamente citados pelas requerentes como grande fonte de contestação no mercado, mesmo para as grandes cervejarias), citaram a distribuição como a principal barreira a inibir seu crescimento. O fato de que sua participação estagnou-se nos últimos quase três anos, desde que foram feitas aquelas afirmações, apenas reforça a tese de que tal barreira à entrada -e bem à expansão- é poderosamente eficaz.

Assim, somando-se o bloco das cervejas não-AmBev, Kaiser, Schincariol e as outras, no período de 1997 a 1999, verifica-se na verdade uma marcada estabilidade em torno de 28%. Mais uma vez, parece na minha opinião inexistir qualquer evidência de "significativa expansão" desse bloco nesse período. Por mais que se considere que a tendência deve ser de mais longo prazo, e sem dúvida é verdade que o crescimento dessas marcas foi significativo nos últimos dez anos, por exemplo, não há garantia de que a tendência vai continuar.

Note-se que esse desempenho pouco marcante das empresas pequenas verificou-se mesmo com a progressiva expansão da capacidade ociosa das empresas não-AmBev no período. De fato, sua capacidade foi ampliada de cerca de 40.000.000 hl em 1996, para aproximadamente 49.000.000 hl em 1999. As requerentes aliás destacam tal aumento como exemplo de baixas barreiras à entrada. Mas o fato de essas empresas terem ampliado sua capacidade produtiva -e sua capacidade ociosa- e não terem ganho *market share*, ao contrário, reforça a dificuldade de se expandir nesse mercado. E as perspectivas de adicional aumento de capacidade nos próximos

anos tampouco asseguram uma expansão em termos de participação no mercado.

Totalmente coerente com essa situação, e ainda mais cabal, na verdade, no sentido de estabelecer definitivamente que tais pequenos produtores hoje não oferecem contestação significativa é a afirmação da própria diretoria da Brahma, constante do parecer da SDE: "na reunião realizada com a Brahma em São Paulo, a empresa informou que, em geral, para passar a ser percebida na tomada de decisões de companhia, a empresa concorrente teria que possuir no mínimo 10% do mercado. Foi admitido que a Brahma, na maioria dos casos, não se preocupa com as estratégias comerciais de empresas como a Cintra, que possuem participação muito reduzida. Ou seja, os pequenos concorrentes não são tidos como rivais efetivos, sendo que a Bavaria e a Schincariol, em muitas áreas do país, encontram-se em tal situação".

Considero pertinente, quanto a esse ponto, abordar, ainda que brevemente, os dados econômicos trazidos aos autos. De fato, as requerentes argumentam que eles demonstrariam a inexistência de posição dominante no sentido de que tentativas de abuso por parte da AmBev levariam a perda de lucratividade. Esse ponto é crucial porque intuitivamente, poder-se ia imaginar que os consumidores que saíssem de uma marca AmBev em função de um eventual aumento de preços migrariam para outras marcas de forma aproximadamente proporcional à participação de cada marca, o que indicaria que boa parte ficaria dentro da própria AmBev, cujas marcas encontram-se de longe à frente das outras em conhecimento espontâneo -87% para a Antarctica, 84% para Brahma, 79% para Skol, contra 61% da Kaiser e 61% da Schincariol, segundo a Novaction. Tal possibilidade, note-se, configuraria exatamente aquilo que a ação antitruste preventiva pretende evitar, que é a criação ou reforço de poder de mercado. Nesse sentido, é particularmente interessante a checagem dessa expectativa a partir dos estudos feitos.

Destaco, primeiramente, que considero altamente promissor que tais estudos e informações passem, na medida do necessário, a fazer parte do instrumental à disposição do CADE na análise dos efeitos de uma operação, desde que vistos exatamente nesse sentido, como instrumento, com todas as suas limitações, como auxiliares à tarefa da autoridade de aplicador da lei. Nesse sentido, faço apenas um breve parêntese relativo a comentários das requerentes quanto ao uso supostamente excessivo de expressões como "não é razoável suportar" no parecer da SDE. Ora a aplicação da lei não é tarefa matemática. Envolve sim, necessariamente, a aplicação da razão, sempre

devidamente motivada, a qual vai levar o julgador a analisar as informações disponíveis e formar a sua convicção. O que é razoável, enquanto aquilo que apela para a razão, que é plausível, com base na experiência acumulada, é exatamente aquilo que o julgador busca para cumprir a sua tarefa de aplicação do texto legal. Assim é que determinados resultados econométricos, como uma elasticidade-preço própria positiva para um bem claramente não superior, ou uma elasticidade cruzada negativa, podem ser rejeitados -na verdade, devem sê-lo- porque não são razoáveis. A utilização desses subsídios técnicos, sujeitos, como se sabe, a infundáveis debates quanto a metodologias, amostragens e outros condicionantes que podem alterar drasticamente sua validade e seus resultados, deve ser sempre sujeita à apreciação da sua razoabilidade -princípio aliás absolutamente cardeal na atuação de qualquer autoridade judicante.

De toda forma, houve uma série de questões envolvendo os diversos estudos apresentados sobre o caso, como a aceitabilidade dos seus resultados, dada a ocorrência de fenômenos como o de multicolinearidade. De fato, num dos estudos, relativamente às elasticidades-preço das marcas, mais de um terço dos dados obtidos, 13 de 33, foram não-significativos. Relativamente a elasticidades cruzadas, de 108 estimativas, 63 foram não-significativas, sendo 28 significativas e 17 negativas. Tais problemas suscitaram um debate que levou, por exemplo, a SDE a preferir, em face da insegurança quanto aos resultados, não utilizar tal instrumento.

Nesse sentido, considero interessante debruçar-me, ainda que brevemente, sobre os estudos feitos com base em pesquisa de mercado, no quais, em que pese o problema potencial de amostragem e outras considerações metodológicas possíveis, não se encontra o problema da contaminação dos dados. Noto, ademais, que seus resultados não diferem muito dos estudos baseados em dados de mercado, naquilo que aqueles tinham de significativo e aceitável, embora com menos problemas de dados não aceitáveis do que estes. Foram esses o da empresa Copernicus, trazido pelas requerentes, e o da empresa Novaction/Ipsos, apresentado pela Kaiser e, note-se, extensamente citado pelas requerentes em memorial, de forma que parece ter obtido aceitação de ambas quanto a seus resultados.

Esse último estudo, como visto no relatório, além de diversos outros elementos, calculou elasticidades próprias e cruzadas entre as quatro principais marcas AmBev e suas duas principais concorrentes, em determinadas capitais do país. Identificou, de fato, que em muitos casos as elasticidades-preço próprias das diferentes cervejas, inclusive AmBev, são

elevadas, o que tenderia a reduzir o espaço para comportamentos abusivos. Notou, ademais, que em muitos casos a elasticidade cruzada é maior entre marcas não-AmBev e Ambev, sugerindo que os consumidores que sairiam de uma marca AmBev migrariam preferencialmente para outras não-Ambev. Ocorre porém que tais números variam significativamente de cidade para cidade, acompanhando a visão dos consumidores quanto á utilidade de cada uma. Assim, segundo a mesma pesquisa, a utilidade da Kaiser em Curitiba foi identificada como 123, a maior, contra 102 da Antarctica e 101 da Skol, ao passo que, no Rio, esses dados seriam 149 para Skol, 87 para a Antarctica e 15 para a Kaiser. Assim, a elasticidade preço de cada marca, e as elasticidades cruzadas com outras marcas, serão marcadamente diversas de cidade para cidade, e sem dúvida decorrentes de esforços de marketing e publicidade que serão comentados mais abaixo.

Na simulação realizada pelo grupo Copernicus para uma variação de Brahma em São Paulo, por exemplo, detectou-se uma queda na participação das marcas Ambev, de 16,8%, em função de um aumento de preço de 15%, o que, contando-se o preço maior por Brahma vendida, levaria a uma redução de receita de 2,92%. Isso, no entanto, consideraria um resultado pouco razoável do estudo, que é a elasticidade cruzada negativa entre a Bavária e a Brahma (de forma que a participação da Bavária cairia com aumento de preço da Brahma). Rejeitando-se tal dado e mesmo que conservadoramente se mantivesse a participação da Bavária estável (em vez de aumentá-la, como seria o esperado), a AmBev teria uma queda apenas marginal de receita, de cerca de 1,2%, decorrente da elevação de preço da Brahma em significativos 15%.

Esses resultados, no entanto, ficam longe de demonstrar a inviabilidade do abuso por parte da AmBev. Na verdade, esse estudo escolheu uma marca e uma cidade adequadas para levar a esse resultado específico. De fato, segundo os dados da Novaction, a Brahma tem uma alta elasticidade própria em São Paulo, onde Schincariol e Kaiser são as que mais ganham com um aumento de preço daquela marca. E mesmo assim, ressalte-se, a AmBev praticamente não perderia receita com um aumento considerável de preço de 15%.

É evidente, então, que, em outras configurações mais favoráveis de cidade e marca, a AmBev poderia sim aumentar seus preços e ainda assim auferir um incremento de receita, dado que os consumidores que abandonariam a marca mais cara migrariam preferencialmente para suas outras marcas. É o caso, por exemplo, do Rio de Janeiro, onde a Skol tem uma elasticidade própria extremamente baixa (é notória, e empiricamente

comprovada, a preferência dos cariocas por essa marca, mesmo a ponto de pagar comparativamente mais caro por ela), e onde a elasticidade cruzada mais alta é com outra marca AmBev, a Brahma. No Rio de Janeiro, "O aumento dos preços da Brahma resultaria em um ganho proporcionalmente maior para a AmBev (3,35 p.p. em relação a 0,40 p.p. para as concorrentes), embora o ganho em termos absolutos decorrente de um aumento do preço da Skol fosse maior (8,50 p.p. em relação a 1,50 p.p)."(estudo da Novaction/Ipsos)

Note-se que o segundo estudo de Issler, comentado por Possas e juntado aos autos, corrobora essa mesma constatação, de existência de combinações em que as elasticidades cruzadas são mais altas entre marcas AmBev, sugerindo que um eventual aumento de preço de marca AmBev poderia levar consumidores a migrarem preferencialmente para outra marca AmBev, levando a receita para o outro bolso da mesma calça, e permitindo que o aumento fosse lucrativo. Esse estudo ratifica o exemplo do Rio, em que a elasticidade cruzada da Skol é maior -e gigantesca- em relação à Brahma, em 5,85. Mais ainda, Issler identifica as elasticidades cruzadas mais elevadas da Antarctica no Recife como sendo em relação à Brahma e à Skol.

É verdade que, conforme dito acima, segundo os estudos apresentados, em muitos (talvez na maioria) dos casos estudados, a AmBev poderia sair perdendo se tentasse elevar seus preços -ainda que se deva ressaltar que os dados Novaction e Copernicus foram conduzidos em cidades em que Kaiser e Schincariol têm maior presença, de forma que os resultados em outras partes do país tenderiam a ser diferentes, e mais favoráveis à possibilidade de a AmBev abusar de sua posição dominante. Mesmo nos casos aqui analisados, porém, já há combinações selecionadas de marcas e cidades em que tal exercício de poder de mercado seria possível e lucrativo - o que decerto já seria suficiente para caracterizar o dano à concorrência e o reforço de posição dominante decorrente da operação.

Note-se, no entanto, que nem é preciso tirar tal conclusão dos estudos. Basta que não descartem a possibilidade, coisa que efetivamente não fazem.

A possibilidade de abuso é no entanto ainda mais reforçada quando se insere o dado da presença nos pontos de venda. Por exemplo, no canal bar, segundo a Nielsen, a Kaiser está presente em apenas 51% dos pontos de venda no país, ao passo que a Schincariol encontra-se em 36%, sendo que seguramente boa parte desses são os mesmos pontos de venda, já que ambas são fortes nas mesmas regiões, como São Paulo, significando que são na

verdade muito menos pontos do que a soma de ambas aqueles atingidos por pelo menos uma delas. Assim, quando não há a presença de outra cerveja concorrente no ponto de venda (e essa é sem dúvida uma das grandes vantagens da AmBev) é indiferente se os consumidores estariam dispostos a trocar para uma Kaiser ou Schincariol inexistente. É claro que é possível que haja marcas ainda menores disponíveis quando da ausência das duas principais concorrentes da AmBev, mas é impossível neste momento tentar estimar as reações em tais condições. Noto que utilizo os dados de ponto de venda numéricos, e não ponderados, porque estes estavam disponíveis desagregados para o canal bar, que é o que apresenta maior preocupação concorrencial na operação.

Assim, aquilo que parecia intuitivo, que a elevação de preços de uma das marcas AmBev, pelo menos em determinadas situações, poderia levar a um aumento de renda, dado que parte da migração de consumidores se dirigiria para outras marcas AmBev, resta possível, configurando a criação ou reforço de poder de mercado, a ser possivelmente exercido por meio de estratégias diferenciadas de acordo com as elasticidades tanto próprias quanto cruzadas nas diferentes regiões.

Na mesma linha vão também as manifestações colhidas durante a instrução do processo. É verdade que a doutrina antitruste aconselha cautela ao lidar com protestos de concorrentes relativamente a uma operação. Muitas vezes, seu temor é o de ter de haver-se com um competidor mais eficiente na empresa resultante da fusão. Outras vezes, é certo, o concorrente pode estar legitimamente preocupado, e pode na verdade contribuir valiosamente para o aprofundamento de uma análise antitruste, trazendo preocupações e apresentado propostas. Refiro-me, por exemplo, ao Ato de Concentração envolvendo as empresas OPP e Petrobrás, relatado pelo Conselheiro Ruy Santacruz, que fez inclusive ele próprio o comentário sobre o produtivo envolvimento das concorrentes na apreciação do ato.

A mesma doutrina no entanto recomenda mais atenção no que se refere a manifestações de clientes, que são vítimas freqüentes dos efeitos possibilitados por fusões anticompetitivas. É ilustrativo assim que nada menos do que 12 entidades representativas do setor varejista -consumidor intermediário de cerveja- tenham vindo aos autos contrariamente à operação.

Outra consideração quanto aos efeitos da operação decorrem da estrutura da distribuição e dos pesados investimentos em marca. Segundo informações do memorial das requerentes, é mais fácil para o ponto de venda exigir margens mais altas para os produtos líderes que para os demais, e o fazem, de forma que as marcas Antartica, Skol e Brahma permitem aos

varejistas do mercado frio capturar *mark ups* (margens sobre os custos variáveis) mais elevadas que as das outras marcas. Isso, evidentemente decorre do fato de que "(o)s produtos líderes permitem ao varejista margens mais altas pois são valorizados pelos consumidores". Ora, esse indicador dá uma idéia da importância da marca, o que evidentemente já se podia concluir a partir dos gastos consideráveis em publicidade realizados pelas empresas. Já se tornou clássica em antitruste a citação de Carl Shapiro, do Departamento de Justiça dos EUA, citada no Relatório, de que não são críveis as alegações de requerentes em atos de concentração no sentido de que a marca não é tão importante quando elas próprias realizam investimentos substanciais na manutenção das marcas.

Ademais, o exemplo da Bavaria é ilustrativo no sentido de que a participação de mercado desta marca caiu no momento em que, dentre outros, os investimentos em publicidade foram reduzidos. A percepção da importância da marca fica patente nos autos, nas declarações dos distribuidores, que afirmam que "marca é coisa seriíssima, uma das coisas mais importantes de duas empresas". Mais ainda, há ao longo de todos os autos menções reiteradas a estratégia de marca e estratégia de preços como alternativas para o posicionamento de cervejas no mercado, traduzidas na verdade em preços sistematicamente mais altos para as marcas que utilizam estratégia de marca -no caso, as três principais da AmBev. A possibilidade de cobrar mais caro em função da marca -admitida explicitamente pelas requerentes no seu memorial e exemplificada pela Skol no Rio, marca líder e de maior preço- reflete de maneira irretorquível a importância desse ativo, cuja construção e manutenção exige elevados recursos, representando, como aliás já afirmou exaustivamente o CADE noutros casos, uma considerável barreira à entrada. É interessante nesse sentido o caso da Schincariol, que conseguiu efetivamente crescer e deixar o patamar de 1% (e nisso, recorde-se, constitui isolada exceção) sem tais dispêndios, mas que ao tentar tornar-se um player nacional efetivo (no sentido de que a Brahma passa a considerar nas suas decisões, como visto) começa a investir mais pesadamente em publicidade.

Mais ainda, o fato de a margem do varejista ser maior para as marcas AmBev, em relação às outras, implica que ele tem mais interesse em manter essas marcas no seu estoque, mais ainda porque são aquelas de maior giro. Esses pontos, bem como outros relativos à estrutura e condições do mercado, já foram melhor abordados ao longo do parecer da SDE e do voto da relatora, de modo que dispense maiores elaborações, acompanhando tais

comentários no sentido de que são elevadas as barreiras à entrada e elevadas as chances de abuso em decorrência da operação.

Não tenho portanto como não identificar a operação como um ato capaz de restringir à concorrência e levar à dominação de mercado relevante, nos termos do ar. 54 da lei nº 8.884/94. A doutrina internacional e, mais importante, a legislação brasileira, admitem dois tipos de reação da autoridade de concorrência a uma operação com tais efeitos anticompetitivos, para além, é claro, da proibição total. Uma delas é a da compensação, na busca de verificar se os tais impactos negativos podem ser tolerados pela sociedade, desde que a operação mais do que os compensará em eficiências, conforme definidas nos incisos do par. 1º do referido dispositivo legal. A outra alternativa, seguida no incumprimento da primeira, é a da correção prevista no par. 9º do mesmo artigo, da reprovação parcial, da extirpação do ato daquelas suas características prejudiciais à concorrência.

De acordo com a sistemática da lei, impõe-se, em primeiro lugar, apreciar se a operação, embora danosa à concorrência, produz compensações adequadas à sociedade de forma que possa ser aprovada, nos termos do par. 1º do art. 54. Nesse sentido, considero plenamente atendido o comando do inciso I, relativo às eficiências da operação. Recorro para isso ao relatório e voto da Relatora, bem como aos pareceres instrutórios juntados aos autos. Considero, neste caso, desnecessário tecer considerações mais aprofundadas acerca da precisa magnitude dessas eficiências, e de que tipo de reduções de custos podem efetivamente ser aceitas, na medida em que tal difícil e dispendiosa análise em nada afetaria as conclusões deste voto. Que há eficiências nos termos do inciso I, considero claro.

Não vejo no entanto nada na dinâmica do mercado que assegure que tais ganhos serão equitativamente distribuídos entre os requerentes e os consumidores. Na verdade, como visto, considero que a situação de mercado criada pela operação desestimula ainda mais tal distribuição. Recordo ainda, à guisa de ilustração, ponderação da SDE de que, ao longo dos anos, a Brahma realizou uma série de mercados ganhos em termos de eficiência, em comparação com a Antarctica, e apesar disso os preços de ambas continuaram muito próximos, de forma que o histórico da empresa não indicaria a prática de repartição de benefícios com o consumidor, mesmo quando tinha posição no mercado menos vantajosa do que após a fusão. Na verdade, bastam as minhas considerações ao longo do voto para concluir que não vejo nada que assegure o compartilhamento exigido pela lei.

O inciso III é outro que a fusão não logra atender. É evidente, como visto acima, que a fusão implica a eliminação da concorrência de parte

substancial do mercado relevante. Na verdade, de acordo com julgados anteriores do CADE, a relação entre Brahma e Antarctica constituía o próprio núcleo central da rivalidade do mercado de cervejas. Quanto ao inciso IV, se os objetivos visados eram o fortalecimento da empresa para a competição em âmbito internacional, considero que foram extrapolados em muito os limites necessários. Na verdade, a Brahma, sozinha uma das cinco maiores do mundo no setor de cerveja, não poderia reclamar falta de porte para disputar em igualdade com empresas internacionais. Se o objetivo era alcançar as eficiências elencadas sob o inciso I, também não considero que sua consecução tenha como necessário o efeito de eliminação de parte significativa da concorrência interna.

Dada essa posição, fica dispensada a apreciação do par. 2º do art. 54, dado que este só poderia ser invocado se três dos incisos do par. 1º fossem atendidos, o que, na minha opinião, não ocorre –no que concordo com a posição dos pareceres da SDE e da Procuradoria do CADE.

Em se tratando de uma operação com drásticos efeitos negativos sobre a concorrência, que não gera eficiências compensatórias adequadas, a lei impõe sua não aprovação -pelo menos na forma apresentada. Subsume-se assim o caso ao par. 9º do art. 54 da Lei de Defesa da Concorrência, que determina ao CADE a tomada de quaisquer providências no sentido de eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. Aqui permite -senão obriga- a lei que se proceda à análise de providências corretivas. Note-se aliás que essa tem sido claramente a tendência da jurisprudência internacional -bem como a do CADE mais recente-, de tentar, quando possível, pontual e cirurgicamente eliminar problemas concorrenciais de forma a, assegurando sempre a proteção da coletividade, prioridade máxima do CADE, permitir que o restante de uma operação possa realizar-se.

De fato, na prática internacional, esse entendimento tem levado a decisões cada vez mais elaboradas no sentido de permitir, pelo menos parcialmente, operações originalmente anticompetitivas, a partir da retirada dos seus aspectos negativos, mesmo que a um grande custo de decisão e às vezes de acompanhamento inicial pela autoridade de concorrência. É o caso, por exemplo, da recente aprovação da fusão das gigantes petrolíferas Mobil e Exxon, em que a ordem de desinvestimento, de centenas de páginas, que permitiu que a operação fosse aprovada, envolveu mais de dois milhares de postos de gasolina, além de refinarias e dutos espalhados por todos os Estados Unidos, no valor de mais de US\$ 1 bilhão.

A lógica por trás desse tipo de abordagem do tratamento antitruste de operações problemáticas é perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro -para não dizer indispensável. De fato, a Constituição Federal, no seu artigo 170 definiu a livre concorrência como um dos princípios da ordem econômica. Insculpiu a livre iniciativa também, como fundamento da mesma ordem econômica,. A maioria dos autores, como Fábio Comparato e Eros Grau , recusa a existência de qualquer diferença com significado prático entre fundamento e princípio, de forma que tratam ambos esses imperativos como de mesma hierarquia constitucional. Com isso, sua aplicação passa a obedecer às normas de hermenêutica constitucional. Neste sentido, afirma o prof. Eros Grau que "As regras da Lei 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, de livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico...Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros." (A ordem econômica na CF de 1988). Nesse sentido, compete à autoridade aplicadora da lei que dá concreção a tais princípios constitucionais aplicá-la de forma a harmonizá-los adequadamente.

De fato, como exemplo, pode-se citar a manifestação do CADE acerca da petição denominada de Embargos de Declaração (recebida e conhecida pelo Plenário como Pedido de Esclarecimento), relativa ao Ato de Concentração nº 92/96, que teve as empresas Incepa e Celite como requerentes. Naquele caso, para fundamentar a decisão de que o CADE deve impor condições apenas na medida necessária, invocou-se o princípio da proporcionalidade, fazendo-se referência ao seguinte ensinamento de Odete Medauar¹:

"O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins. Aplica-se a todas as atuações administrativas para que sejam tomadas decisões equilibradas, refletidas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, aí incluído o custo social".

Em absoluta sintonia com a mais moderna jurisprudência internacional, a legislação brasileira impõe assim ao aplicador da lei, na

¹ Direito Administrativo Moderno, 2ª Edição, Revista e Atualizada, 1998, p. 141-2.

compatibilização máxima entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, que busque, dentre as soluções que asseguram adequada proteção ao direito da coletividade à concorrência, aquela que menos restrinja o direito individual à livre iniciativa. Dada a magnitude das restrições trazidas pela operação, esta desde logo não se afigura como tarefa fácil.

Nesse sentido, ainda que destacando a magnitude da limitação à concorrência provocada pela operação, considero adequado avaliar a possibilidade de que restrições à operação possam atenuar a dimensão do dano e possivelmente permitir a realização de pelo menos parte do ato pretendido pelas requerentes. Dadas as características do mercado, considero necessária a adoção de um pacote amplo e profundo de medidas que recriem condições, senão idênticas à de antes da fusão, o que evidentemente é impossível, pelo menos suficientes para assegurar uma dinâmica concorrencial adequada à proteção da coletividade.

Nesse sentido, alerta que vou afastar-me do voto originalmente escrito para, oralmente, tentar adequá-lo um pouco às propostas que já foram feitas, de modo a não multiplicar as alternativas e dificultar ainda mais a decisão do Conselho.

O Conselheiro Ruy Santacruz ressaltou o ponto de que a situação pós-fusão, após a intervenção do Estado, tem de ser o mais próxima possível da situação anterior. Evidentemente, e tenho a certeza de que é isso que ele quis dizer, não é em termos de participação de mercado, e sim de existência de condições de concorrência que impeçam o exercício do poder de mercado.

É nesse sentido que tem que se pautar, então, a preocupação da autoridade na análise da possibilidade de uma intervenção visando sanar problemas gerados por uma operação. Assim, vou tratar, então, da proposta que a Relatora fez, de possibilitar a entrada de um player nacional. Na verdade, a proposta tem um aspecto muito interessante, na medida em que ela aborda três barreiras do mercado, conjuntamente, que são a marca, a distribuição e a capacidade produtiva –sendo que as principais, as duas primeiras, abordei de forma mais detalhada neste voto.

Na verdade, o pacote que a Conselheira-Relatora propõe, na minha opinião, permite, ou possibilita, que um novo *player* entre no mercado de forma quase que imediata, sem que tenha todos os custos associados à criação de uma rede de distribuição, a construção de uma rede fabril, e a fixação de uma marca. Nesse sentido ela tem esse mérito, e, acredito, toca nos pontos centrais, problemáticos, dessa operação, em escala nacional. Considero coerente também, com os meus argumentos elencados acima e com a

definição de que o mercado é nacional e exige, ao menos num dos seus aspectos, uma solução de alcance nacional.

Quanto à manifestação da Relatora, vou tentar minimizar ao máximo proposições adicionais àquelas que já foram feitas. No entanto, dada a minha consideração de que a operação acarreta uma brutal concentração com efeito proporcional em termos de restrição da concorrência, considero necessário propor restrições que considere de magnitudes adequadas a esse dano causado.

A minha preocupação principal seria, então, viabilizar essa entrada ao máximo possível. Nesse sentido, considero que o entrante teria mais condições de exercer esse potencial desejado de constranger a AmBev, ou de pelo menos contestar a posição dominante que se cria com essa operação, se tivesse à sua disposição um verdadeiro portfólio de marcas, algo diferente do que a Relatora propôs, de apenas uma marca, ou talvez duas.

Na verdade, a minha proposta seria a de incluir no pacote não apenas a marca Bavária, que é uma marca importante nesse sentido, porque tem alcance nacional e um potencial de crescimento bom, mas também a opção, evidentemente, para o comprador, de adquirir também as marcas Polar e Bohemia. Considero que seria uma medida que avançaria muito no sentido de aperfeiçoar o pacote e assegurar uma viabilidade maior para esse novo entrante, que poderia ingressar em nichos diferentes do mercado. Evidentemente, na minha proposição, se o entrante não quiser as marcas Polar e Bohemia, ele pode não as adquirir, mas ele teria que ter a opção. E, caso o comprador não as queira, o meu voto é no sentido de que a AmBev seja obrigada a vender as referidas marcas Polar e Bohemia. Reitero, se a nossa preocupação é a de viabilizar um novo entrante capaz de contestar, temos que dar a ele todas as condições, porque vai estar brigando contra a AmBev e com tudo o que isso significa: uma empresa já estabelecida e com uma posição inegavelmente dominante.

Quanto às fábricas, defendo ainda que seja concedido ao comprador do pacote a opção de escolher entre a fábrica de Ribeirão Preto e a de Guarulhos como a sua fábrica da região sudeste. Sabe-se que a de Ribeirão Preto está desativada no que se refere à cerveja, e não dispõe de capacidade de envasamento em lata –ambas características não só desejáveis, como necessárias para viabilizar o novo entrante, que estão presentes na fábrica de Guarulhos. A planta de Ribeirão vai ter que ser reativada no que se refere a cerveja, com a instalação de uma linha nova de latas, com todos os percalços associados a isso, como a necessidade de contratação e treinamento de pessoal numa linha que não conhecem etc. É óbvio que se o comprador preferir essa

fábrica, deve poder fazê-lo. O que é mais do que evidente é que ter a opção é vantajoso para o comprador, aquele novo entrante que terá pela frente o colosso AmBev, e a quem devemos dar todas as condições possíveis para competir. Quanto a esse ponto, voto com a proposta de, na fábrica da região sudeste, dar a opção ao comprador entre as unidades de Ribeirão Preto e Guarulhos.

Então, nesse sentido, proponho uma adição à proposta da Relatora, de um entrante nacional que teria a aquisição de cinco fábricas espalhadas pelo país (com escolha quanto à da região sudeste), e de acesso à rede de distribuição, compartilhando-a com a da AmBev, e um portfólio de marcas, que eu consideraria mais adequado para viabilizar a sua entrada de forma competitiva, eficiente, como contestador da posição da AmBev. Destaco a importância do acesso à distribuição, no sentido de que ela vai possibilitar que um concorrente da AmBev basicamente esteja presente onde ela estiver, oferecendo uma alternativa efetiva ao consumidor na medida em que está no mesmo caminho das cervejas das requerentes. Se estas tentarem abusar da sua posição, o consumidor terá sempre uma escolha disponível, acessível imediatamente.

Uma outra proposta, adicional que faço, e nesse caso saio do âmbito nacional e vou para o regional, levando em consideração as afirmações sucessivas das Requerentes ao longo do processo, de que pequenas marcas podem constituir uma fonte efetiva de contestação, de que teriam potencial de crescer –como ocorreu no exaustivamente citado exemplo da Schincariol. Faço desde logo a ressalva de que, ao longo do meu voto, já deixei claro que não vejo (e o histórico desse setor não demonstra isso) a possibilidade de essas marcas crescerem por conta própria, chegarem a ponto de, efetivamente, oferecer essa contestação. Nesse sentido, proponho, então, uma forma de estimular, de viabilizar o crescimento dessas empresas, atacando o ponto que elas próprias, nas suas declarações levantadas já desde o caso Brahma Miller, constitui a grande barreira ao seu crescimento, que é a ausência de uma rede de distribuição.

Nesse sentido, proponho acrescentar como mais um ponto da decisão a determinação que a AmBev compartilhe a sua distribuição, nos mesmos moldes que, segundo a proposta da Relatora, terá que fazer para uma marca entrante nacional, também com cinco pequenas empresas, uma em cada região do país. Proponho que uma pequena cervejaria seja escolhida em cada região, por meio de leilão, em que as empresas interessadas ofereceriam o pagamento de comissão pelo uso da rede distribuição. Aquela que oferecesse

maior comissão seria a aprovada. Considero que permitir o acesso de pequenas cervejarias à distribuição da AmBev seria muito importante para superar essa barreira inicial. A própria Schincariol é um exemplo de que a passagem para além de 1% ou 2% do mercado é muito difícil. Não só essa empresa demorou muito tempo para conseguir tal feito, como é até agora o único exemplo nesse sentido. A medida proposta representaria a possibilidade que marcas hoje pequenas ultrapassassem esse patamar de insignificância, nas palavras da própria Brahma, para um patamar em que pudessem efetivamente contestar a posição da AmBev.

Considero importante essa combinação entre um entrante de porte nacional, imediato, com capacidade para concorrer, basicamente no dia seguinte, com fábricas capazes de produzir, um portfólio de marcas a sua opção e acesso à distribuição, e pequenas empresas regionais com acesso à rede de distribuição da AmBev, ou seja, com barreiras reduzidas ao seu crescimento e assim com real possibilidade de se tornarem concorrentes efetivos no mercado.

Opera-se, assim, repito a entrada de um entrante de âmbito nacional, capaz de contestar e de representar um constrangimento de alcance nacional e, ao mesmo tempo, a retirada da maior barreira ao crescimento dos pequenos produtores que a própria AmBev identifica como um potencial à contestação da sua posição, por meio do compartilhamento da distribuição, para um pequeno entrante em cada região.

No que se refere à possibilidade de não-cumprimento pela AmBev das obrigações no prazo previsto pela Relatora, considero adequado reforçar as punições de forma a assegurar a obediência tempestiva e completa à decisão. Assim, em caso de descumprimento, proponho não só que seja realizada a intervenção judicial para realizar as obrigações, mas que também seja incluído um novo elemento, um estímulo para a Ambev as cumpra espontaneamente. De fato, é uma sistemática defendida pela experiência americana, de mais de dez anos de ordens de desinvestimento, que as empresas, se não cumprirem suas obrigações no prazo previsto, terão realizadas por terceiro, no caso o interventor, não apenas as obrigações originais como também uma ou mais medidas adicionais, que elevam o custo para a empresa de forma considerável. Nos Estados Unidos chama-se a isso de jóia da coroa. É o estímulo que a autoridade dá à empresa para que realmente cumpra a decisão de forma adequada e tempestiva, fixando um horizonte de tempo limite após o qual o custo para a empresa aumenta dramaticamente. Ou seja, o foco central da operação é colocado também como alternativa de

venda. Com isso, aumentam as chances de que a empresa obedeça de forma tempestiva e voluntária, poupando a autoridade antitruste de uma intervenção.

No caso, considero como a jóia da coroa o foco central dessa operação. Assim, minha proposta é de que, além do pacote acima referido, a marca Antarctica seja também colocada à venda, juntamente com uma capacidade produtiva equivalente à sua produção atual, caso as requerentes não cumpram as ordens determinadas no prazo de oito meses. Penso que isso daria um estímulo muito grande para que a AmBev efetivamente cumpra as ordens de forma adequada. Como disse, essa é a experiência norte-americana, no sentido de que a empresa tem que ter clara a perspectiva de que, se não cumprir a decisão no prazo, sua situação piora drasticamente. Se é apenas a colocação de interventor que vai ter que fazer a venda, essa é alternativa que significa trabalho e custo para a autoridade pública, ao passo que o desincentivo para a empresa é muito menor.

Então, a minha posição é: não cumprida a ordem no prazo de oito meses, ou seja, a venda das fábricas e das marcas e o compartilhamento da distribuição, no caso de um entrante nacional, e o compartilhamento da distribuição, no caso dos pequenos concorrentes regionais -e como pequenos concorrentes quero dizer empresas que não a Schincariol e a Kaiser-, não cumprida essa ordem no prazo de oito meses, a atuação do interventor seria não só para cumpri-la, mas também para realizar a desconstituição no que se refere à marca Antarctica. Apenas no caso de não-cumprimento, ressalto, como incentivo, muito eficaz, segundo a experiência americana, para o cumprimento tempestivo e adequado das obrigações.

Quanto aos outros pontos colocados pelos outros Conselheiros, adoto também a proposta de proibir a venda de fábricas sem que antes sejam ofertadas ao mercado. Considero de fato muito interessante a idéia da Conselheira Relatora, no sentido de que a AmBev, se pretende fechar uma fábrica, deve, em vez disso, colocá-la à venda num prazo de quatro ou cinco anos. Assim, os ativos não seriam retirados do mercado, evitando uma redução de oferta e possibilitando sua utilização por concorrentes.

Assim, recapitulando, considero a operação prejudicial à concorrência na forma apresentada, mas considero obrigação da autoridade antitruste buscar, quando possível, alternativas que eliminem os prejuízos sem inviabilizar completamente a operação, de modo a compatibilizar os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, protegendo a ordem econômica e ao mesmo tempo possibilitando a obtenção de eficiências e ganhos de produtividade. Considero que tal tarefa é possível

neste caso, e que seria cumprida por meio da imposição dos seguintes três pontos:

O ponto nº 1 refere-se a um entrante de peso, com alcance nacional, amparado num pacote de ativos composto de cinco unidades fabris (incluindo opção entre Ribeirão Preto e Guarulhos para o comprador quanto à fábrica da região sudeste), um portfólio de marcas composto por Bavária, Bohemia e Polar e acesso à rede de distribuição da AmBev, a ser realizada no prazo previsto pela relatora.

Com relação às fábricas, há a determinação de que, nos próximos quatro anos, a Ambev não pode simplesmente fechar uma unidade, mas deve colocar essa fábrica à venda. As requerentes têm que fazer um edital, oferecendo ao mercado para que seja comprada, no prazo de um ano. Considero essa proposta bastante interessante, e a proibição de fechamento de fábricas e a obrigação de venda constituiria uma gigantesca garantia também com relação à área de emprego.

O Ponto nº 3, como visto, é o compartilhamento da distribuição. A minha idéia seria um pequeno fabricante com menos de 5% em cada uma das regiões -excluídas a Schincariol e a Kaiser, que podem ter menos 5% em uma das regiões- que participariam de um leilão. Já que vão pagar uma comissão para a AmBev pelo acesso à distribuição, e a comissão é aquela que é paga por empresas de outro setores, como de aguardente ou de chás, que utilizam essa distribuição, aquele que oferecer a maior comissão para as requerentes sai vencedor, e tem, então, por quatro anos, acesso compartilhado à rede de distribuição AmBev.

Voto nesse sentido, com relação a essas propostas que mencionei expressamente, e deixo de me manifestar sobre o restante, voltando a elas, se for o caso, no período de discussão. Como dito, em se tratando de uma operação com drásticos efeitos negativos sobre a concorrência, a Lei de Defesa da Concorrência determina ao CADE a tomada de quaisquer providências no sentido de eliminar os impactos nocivos à ordem econômica. Considero que essas medidas, em absoluta sintonia com a mais moderna jurisprudência internacional e com a imposição da legislação brasileira, avançam ao máximo na compatibilização entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, dentre as soluções que asseguram a adequada proteção ao direito da coletividade.

É o meu voto.

Brasília, 29 de março de 2000

MARCELO CALLIARI
Conselheiro do CADE

VOTO DO DO PRESIDENTE DO CADE GESNER OLIVEIRA¹

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

1. Cumprimento na pessoa da ilustre Conselheira Relatora o minucioso e árduo trabalho da equipe de profissionais que teve início desde sua distribuição por sorteio em sessão pública no CADE em 08/07/99. Isto permitiu que o CADE pudesse julgar conforme anunciado, em prazo de 55 dias, inferior, portanto ao máximo estabelecido pela Lei 8884/94 (60 dias), de acordo com aquilo que ocorrendo na maioria dos processos e em conformidade com o imperativo da decisão em tempo econômico.

2. Congratulo ainda a Relatora pela iniciativa, aprovada à unanimidade pelo Plenário do CADE em 14 de julho de 1999, de adoção de medida cautelar de caráter pioneiro, impedindo que providências de reversibilidade onerosa pudessem comprometer a eficácia da decisão do CADE.

3. Considero normal o intenso debate verificado ao longo deste processo realizado com a transparência que constitui a marca desta Autarquia. Acesas polêmicas têm caracterizado a discussão antitruste em diversos países no último século e o Brasil não constitui exceção. Cumpre ressaltar que a jurisdição brasileira amadureceu o suficiente nesta matéria para enfrentar as questões suscitadas nos termos da legislação pelos órgãos competentes nos planos administrativo ou judiciário.

4. O exame de ato de concentração não contém litígio, uma vez que as requerentes o apresentam nos termos da lei, pleiteando autorização ao CADE que, uma vez concedida, confere plena eficácia à transação. A consulta ao mercado constitui em todos os casos mecanismo extremamente útil para a avaliação da autoridade, tendo sido por isso mesmo incorporada à prática da autarquia, prevista na Resolução 15/98.

5. Congratulo a Relatora, neste particular, por ter ampliado a oportunidade de manifestação dos agentes de toda cadeia produtiva mediante realização de seis audiências públicas em cada uma das regiões do país.

6. Louvo igualmente as inúmeras contribuições técnicas trazidas por órgãos governamentais, requerentes, concorrentes e demais participantes

¹ Agradeço a colaboração na pesquisa para este voto do Assessor Bruno Werneck e dos estagiários do CIEE, Milene Campos e Marcone Formiga.

que fizeram juntar aos autos elementos técnicos, cuja importância transcende em muito sua relevância para o processo em tela.

7. Chamo atenção para o fato de que o esforço de aplicação da norma que se faz neste momento não visa defender interesses desta ou daquela empresa; ou mesmo de encontrar uma solução de compromisso que satisfaça este ou aquele conjunto de agentes. A Lei 8884/94 é clara ao estabelecer no parágrafo único do artigo 1º que,

*“A **coletividade** é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.”(destaque meu)*

Assim, cabe ao CADE defender o bem público da livre concorrência, mesmo que para tanto seja necessário contrariar um subconjunto, ou eventualmente todos, os interesses privados em questão.

8. Da mesma forma cabe ao CADE analisar as informações e estudos compilados com neutralidade e rigor técnico, procurando destilar do volumoso acervo de dados os elementos que realmente importam para o exame à luz do interesse público.

Cumpra evitar nesta delicada tarefa associações simplistas entre os interesses em jogo e as inúmeras manifestações obtidas, cujo valor decorre de seu conteúdo informacional e conceitual e não de seu teor propositivo. Assim, a contribuição de um concorrente pode ser extremamente valiosa, ainda que o seu objetivo não coincida necessariamente com o da livre concorrência.

9. Na mesma direção e *concessa venia* à opinião do ilustre parecerista Prof. William Lynk às fls. , a oposição de um concorrente não permite, por si só, derivar ilações acerca da natureza anticompetitiva ou não de um determinado ato de concentração. Como as principais jurisdições do mundo e também o Brasil aprovam mais de 95% dos atos e a oposição de concorrentes não é observada em mais de 5% dos casos, seria preciso admitir de acordo com a proposição do Prof. Lynk que praticamente todos os órgãos antitruste estão equivocadamente aprovando operações anticompetitivas, o que não parece corresponder à realidade.

Mercado relevante

Produto

Considerando:

- Que a noção de mercado relevante corresponde ao espaço no qual é plausível admitir relação de concorrência entre os agentes do mercado;
- Que esta última depende crucialmente da substituíbilidade tanto do lado da demanda quanto da oferta existente;
- As Jurisprudências internacional e nacional, especialmente a jurisprudência do CADE nos casos Brahma-Miller (1997) e Anheuser Bush/Antactica (1997).

Entendo acertada a definição do mercado relevante na dimensão produto da Conselheira Relatora como sendo o mercado de cervejas.

Não encontro respaldo técnico ou jurisprudencial para a definição contida no minucioso parecer da SEAE de um mercado constituído pelo produto modal de cervejas retornáveis no mercado frio.

Tampouco os encontro para a proposição das requerentes de um mercado de bebidas.

Geográfico

Acompanho a Relatora, a SEAE e a SDE no sentido de que a delimitação dos mercados relevantes em termos regionais representa avanço e corresponde de forma mais precisa à definição contida no Anexo V da Resolução 15/98.

Ainda que as estratégias de concorrência e sobretudo de propaganda ocorram no plano nacional, será nas regiões que *“as empresas ofertam e procuram produtos/serviços em condições de concorrência suficientemente homogêneas em termos de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos/serviços”* (Res.15/98, Anexo V).

Ainda segundo a Resolução, *“as firmas capazes de iniciar a oferta de produtos/serviços na área considerada após uma pequena mas substancial (sic) elevação dos preços praticados fazem parte do mercado relevante geográfico”*.

Embora as estratégias nacionais possam influenciar os mercados regionais, parece claro, apenas a título de exemplo, que dados os custos de transporte e logística, dificilmente uma unidade operando no Rio Grande do Sul responderia a uma pequena e não transitória alteração de preços na área próxima a Manaus.

Embora tenha havido notável esforço empírico e conceitual por parte da Relatora, SEAE, SDE e requerentes na correta delimitação dos mercados regionais, que certamente será útil em casos futuros, não acredito que as diferenças metodológicas e numéricas alterem substancialmente as conclusões.

Inter-relações entre os Mercados Relevantes

A identificação dos impactos concorrenciais mediante a separação rigorosa dos mercados relevantes não deve impedir a percepção das estratégias empresariais e seus efeitos globais sobre a economia, sob pena de transformar a análise antitruste em algo estéril e compartimentalizado.

Nesta operação em particular, chama a atenção o fato de que as empresas cresceram historicamente no mercado de cervejas, mas apresentam razoável potencial de expansão e sinergias no mercado de refrigerantes. Assim, um remédio antitruste para a operação não pode abstrair do fato de que os eventuais benefícios procompetitivos da transação no mercado de refrigerantes não são independentes da viabilidade do negócio no mercado de cerveja.

Grau de concentração do Mercado e Defesa da Concorrência

Apesar de constituir tema superado no debate de Organização Industrial, percebe-se recorrentemente uma superestimativa da importância que se atribui ao grau de concentração do mercado como indicador supostamente decisivo para avaliar o impacto de uma operação sobre a concorrência. Pertinente, neste sentido, a observação do ilustre Procurador Geral do CADE que advertiu concisa e acuradamente para aspecto central que por vezes escapou a alguns dos volumosos documentos juntados aos autos,

“...a elevação da concentração não constitui condição necessária, nem suficiente, para a ocorrência de dano ao mercado.”

Chama atenção, por exemplo, no parecer da SDE, que em seu conjunto constitui estudo de grande utilidade, a avaliação do Inciso III do Parágrafo 1º do Artigo 54,

“Observe-se que para um HHI superior a 1800 pontos já se considera que o mercado é concentrado e que quanto mais longe estiver a situação inicial, mais grave é o aumento do HHI em termos concorrenciais. No caso em tela, a situação já era bastante concentrada antes da operação. Assim, o aumento do HHI nesse caso surge como um indicador muito sério de redução da concorrência.”

Ou ainda a avaliação do inciso II do mesmo Parágrafo 1º,

“...à medida que o mercado se torna mais competitivo, ou seja, quanto mais concentrado o mercado, maior parcela do excedente do consumidor é apropriada pelos produtores.”

Entendo que tais avaliações não encontram amparo na teoria econômica ou nas jurisprudências internacionais e nacionais. De fato:

- uma amostra selecionada de julgados do CADE, relatados por vários Conselheiros, comprova a existência de numerosos casos em que ocorreu aprovação com restrições e mesmo sem restrições. Em alguns processos o HHI chegou a atingir seu máximo de 10000 (monopólio puro) e ainda assim houve aprovação, sempre fundamentada nos relatórios e votos;
- conforme destaquei em meu voto Colgate/Kolynos (1996), não se pode transplantar as faixas de referência de HHI utilizadas pelos órgãos dos EUA para uma economia dez vezes menor e conseqüentemente mais concentrada como a brasileira;
- além de destacado em vários julgados, o Relatório Anual 1998/99 é claro neste sentido,

“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 dano à concorrência”(Relatório Anual, 1998/99, p. 87)

Dinâmica Concorrencial e Dano da Operação ao Mercado de Cerveja

O mercado de cerveja é caracterizado por um oligopólio diferenciado no qual curiosamente coexistem razoável grau de rivalidade via

preço e propaganda e elevadas barreiras à entrada. Estas últimas estão associadas principalmente às dificuldades de acesso e montagem dos canais de distribuição, bem como à parcela não negligenciável de custos irreversíveis das despesas de publicidade.

Ao contrário do que argumentam as requerentes, a operação em tela reduziu significativamente o grau prevalente de rivalidade ao unir duas das três empresas que apresentavam maior potencial de disputa na liderança do mercado.

Ao contrário do que argumentam alguns dos pareceres e a empresa impugnante do ato, seria temerário superestimar o dano causado à concorrência. Na ausência de simulações da situação pós-fusão e na relutância em adotar os resultados econométricos obtidos, a autoridade não dispõe de dimensionamento quantitativo preciso do dano potencial ao bem estar. No entanto, é inegável que a operação restringe a rivalidade no mercado de cervejas ao unir no presente dois agentes que mantinham tradicional e acirrada competição.

A hipótese de aumento inexorável do preço ao níveis de monopólio puro não encontra respaldo empírico. Com todas as restrições que se possa ter em relação às estimativas econométricas realizadas, sobretudo em função da falta de precisão pelo problema de multicolinearidade, as evidências disponíveis não permitem postular baixas elasticidades preço. De fato, praticamente todas as estimativas obtidas com diferentes amostras, especificações e metodologias resultaram elasticidades próprias superiores à unidade.

A ampliação do leque de marcas de propriedade da nova empresa reforça sua posição de domínio sobre o mercado. Seria temerário, contudo, exagerar este poder por duas razões:

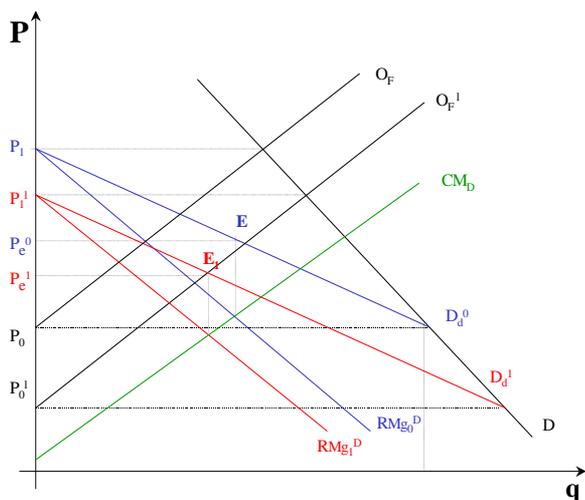
- os estudos econométricos não excluem elasticidades cruzadas relativamente elevadas envolvendo as marcas da Ambev e das marcas não Ambev, sugerindo razoável grau de substituíbilidade;
- a natureza das diversas relações contratuais entre fabricante e distribuição sugere cautela nas hipóteses a serem feitas em relação ao grau de subordinação do distribuidor pelo fabricante. Considero extremada a hipótese de absoluta independência como querem fazer crer algumas manifestações das requerentes de total independência; considero igualmente exagerada a hipótese de total subordinação em função dos argumentos apresentados no parecer da ilustre Professora Elizabeth Farina (parágrafo 72) associados às

noções de Williamson de contratos em ambientes caracterizados por informação imperfeita e assimétrica e racionalidade limitada.

Assim, seria errôneo no meu entendimento:

- exagerar capacidade de manipulação do portfólio de marcas pela firma dominante;
- negar o reforço da posição dominante relativamente à situação anterior.

Note-se que este reforço de posição dominante, aliado à dificuldade de acesso à rede de distribuição representa obstáculo adicional para o crescimento de empresas de menor porte nos mercados relevantes regionais. Destaque-se a respeito do papel das pequenas empresas que seria errôneo ignorar seu papel sobre o processo de formação de preços, conforme quer fazer crer algumas das manifestações nos autos. O Quadro a seguir ilustra o ponto ao representar o modelo de firma dominante.



Conforme ilustra o quadro, uma queda nos custos das empresas da franja, que pode ser motivada por um melhor acesso aos canais de distribuição ou por ações de redução do Custo Brasil afeta o preço de equilíbrio ao alterar a demanda da firma dominante. Para um mesmo grau de poder de mercado da firma dominante, o aumento de competitividade da franja de empresas leva a uma modificação do preço de equilíbrio.

Eficiências

Dada a existência de dano ao mercado é necessário proceder a análise das eficiências. O cálculo das eficiências neste caso foi bastante minucioso, representando avanço na análise de atos de concentração no Brasil.

As estimativas variam em intervalo relativamente amplo, conforme os números abaixo:

- SEAE – R\$ 282 milhões;
- SDE – R\$ 373 milhões;
- Requerentes 1 – R\$ 536 milhões;
- Requerentes 2 – R\$ 552
- Requerentes 3 – R\$ 504

Sendo o último número auditado pela consultoria Trevisan.

Simulações apresentadas no parecer do ilustre Professor Mário Possas sugerem que mesmo na hipótese de aceitar o valor mínimo das estimativas mencionadas acima, as eficiências seriam suficientes para compensar eventuais reduções de bem estar.

Embora tais resultados sejam úteis para a análise, o exercício prevê uma elevação do excedente total, não correspondendo exatamente ao estabelecido na legislação que determina a garantia de transferência de 50% dos ganhos de produtividade aos consumidores.

Afasto assim, duas posições extremas. De um lado, diante do reforço de posição dominante da empresa resultante da fusão, não vejo como assegurar transferência de ganhos de produtividade ao consumidor sem a adoção de providências que neutralizem os efeitos nocivos à concorrência. Assim, a aprovação sem restrições da operação representaria uma subordinação do interesse público ao interesse privado.

De outro, não há como negar eficiências ponderáveis associadas à operação, suficiente para elevar o bem estar se adotadas as devidas salvaguardas pela autoridade. Na mesma direção a mera desconstituição da operação representaria uma perda líquida para a sociedade, contrariando dessa forma o interesse público.

Antes de tratar as medidas necessárias para restabelecer a legalidade antitruste, trato de temas associados à relação da defesa da concorrência com as políticas industrial e de comércio exterior, suscitados ao longo deste processo.

Política industrial e Defesa da Concorrência

O Artigo 54 permite um exame diferenciado para atos que, de acordo com seu Parágrafo 2º, sejam

“...necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

As requerentes argumentam que a operação deve ser enquadrada neste artigo e apresentam evidências de que a constituição de uma empresa multinacional sediada no país traria benefícios consideráveis à economia nacional.

Parece razoável supor que a operação faça sentido do ponto de vista da estratégia de internacionalização das requerentes para o que as sinergias e complementaridades entre as requerentes constituem peças decisivas.

Na mesma direção, a argumentação do ilustre parecerista Dr. Claudio Frischtak (fls.) e do documento do ilustre Secretário de Política Industrial, sugerem a importância para o país de viabilizar projetos de internacionalização de empresas brasileiras.

Entretanto, se tais proposições parecem integralmente válidas do ponto de vista da política industrial, não constituem, por si mesmas, evidências suficientes para aceitá-las como critério de diferenciação no exame de legalidade antitruste.

Entendo que a aplicação do dispositivo do Parágrafo 2º do artigo 54 deva ser extremamente parcimoniosa de sorte a evitar precedente de isenção ainda que parcial à Lei 8884/94. Note-se que a ressalva do próprio artigo no sentido de excluir atos que *“impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”* restringe o escopo de aplicação deste mecanismo.

Sua possível aplicação deveria ficar restrita a situações em que:

- no plano jurídico, envolvesse a defesa de princípio constitucional de valor equiparável ao princípio da livre concorrência, conforme asseverado

pelo ilustre Procurador Geral em seu parecer às fls.no caso do nível de emprego;

- no plano econômico, envolvesse providências no sentido de prevenir a ocorrência de falhas no mercado relevante ou em mercados conexos, como o de mão de obra.

Entendo que a ação da autoridade de defesa da concorrência deve cingir-se à proteção do mercado sem imiscuir-se em juízos específicos de política industrial. Tal entendimento é coerente com minha manifestação no voto da Copesul (1998), reiterada no voto da OPP/Petrobrás (2000) em que me manifestei da seguinte forma,

“Rechaço qualquer proposta que transforme o CADE em agência de fomento ou de política industrial. Diferentemente daquilo que no passado foi o CDI, a ação do CADE deve ser a de prevenir estruturas que possam ensejar condutas abusivas, impedindo que as mesmas prejudiquem a concorrência, e não a de delimitar quais as estratégias e decisões sobre produção e investimento devam ser adotadas pelas empresas privadas.”

Isto não exclui naturalmente a desejável coordenação entre a defesa da concorrência e a política industrial. Porém, esta última se dá no plano da harmonização das políticas governamentais e não na aplicação específica das normas legais por órgãos de Estado como o CADE.

Ressalte-se que o rigor na aplicação da legislação antitruste constitui ingrediente fundamental para o aumento da competitividade, conforme assinalado por Michael Porter. Ao analisar o papel dos Estados nacionais na definição de políticas adequadas ao aumento da competitividade o referido autor assinala,

“A strong antitrust policy- specially for horizontal mergers, alliances, and collusive behavior – is fundamental to innovation. While it is fashionable today to call for mergers and alliances in name of globalization and the creation of national champions, these often undermine the creation of competitive advantage.”(Porter, 1999, pg. 189)

Além disso, as autoridades de política industrial e de defesa da concorrência devem estar permanentemente articuladas no sentido de estimular as sinergias entre as duas áreas de política pública. No tangente ao

mercado de cervejas, uma série de ações coordenadas com as autoridades competentes pode aumentar os graus de concorrência e eficiência do segmento:

- reforma fiscal eliminando o efeito em cascata da tributação que distorce o nível ótimo de verticalização por parte dos fabricantes;
- eliminação de vieses contra empresas menores como nos critérios de definição da base de cálculo presumida do ICMS, conforme destacado pelo ilustre ex-Conselheiro do CADE, Dr. Renault de Castro e ilustre assessor do CADE, Dr. Valdomiro José de Almeida em recente artigo publicado pela Revista de Direito Econômico do CADE;
- simplificação e desburocratização da legislação que facilita a formação e desenvolvimento de empresas de menor porte;
- melhoria da infra estrutura de transportes, tornando mais competitivos os mercados regionais.

Assim, no tocante à aplicação do Par 2º do artigo 54, o fortalecimento da empresa brasileira e expansão externa é louvável como meta de política industrial e pode inclusive ser reforçada por ações comuns com a área de defesa da concorrência, mas não parece essencial para este caso. Tampouco parece adequado incluir na decisão do CADE cláusula de proibição de venda para empresa estrangeira, como chegou a ser veiculado como uma possível disposição das requerentes.

Emprego e Defesa da Concorrência

O Parecer do ilustre Procurador Geral assinalou com propriedade a questão do emprego. Tal preocupação, ausente nos demais pareceres, é por vezes mal entendida como tema que transcenderia o escopo competências de uma autoridade de defesa da concorrência.

Dirirjo desta visão simplista e reitero que, diferentemente de outras questões de política industrial, o emprego atende os quesitos jurídico e econômico explicitados antes para ser incorporado na análise antitruste.

Lembro, ademais, que tal posição está de acordo com a jurisprudência do CADE nos casos Gerdau/Pains (1996) e Colgate/Kolynos (1996), tendo motivado inclusive um convênio de cooperação entre o CADE e o Ministério do Trabalho.

O Relatório Anual do CADE de 1996 (pgs. 28-29) contém os principais pontos sobre o tema, cuja importância para as economias modernas justifica citação mais longa. De acordo com aquele documento,

“O processo de reestruturação industrial tem sido marcado por fusões, aquisições e joint-ventures de empresas. Tais operações, embora possam aumentar a eficiência, apresentam, por vezes, impacto negativo sobre o nível de emprego.

Três aspectos merecem destaque:

◆ *Correção de uma Externalidade Negativa.*

O processo de reestruturação que inclui fusões, aquisições, dentre outras operações, envolve, na maioria dos casos, redução de pessoal e/ou realocação de recursos humanos em diferentes mercados geográficos.

.....A despeito de vantagem clara do ponto de vista da racionalização de custos, ocorre uma indesejável externalidade negativa para a sociedade com o desemprego setorial gerado.

Vale enfatizar que o fim último da defesa da concorrência é a maximização de bem estar que tem o seu dual na minimização de custos sociais e privados. Dessa forma, cabe, no contexto da política de concorrência, incluir todos os custos na avaliação de operações de atos de concentração entre empresas, atenuando, ou mesmo evitando, as externalidades negativas no mercado de trabalho associadas ao processo de reestruturação.(grifo meu)

◆ *Melhoria no Funcionamento do Mercado de Trabalho.*

O desemprego gerado no contexto do processo de reestruturação das empresas e, particularmente, em atos de concentração, onde se localiza a atuação do CADE, apresenta seu lado mais perverso na baixa versatilidade da mão-de-obra dispensada. Essa força de trabalho se depara, muitas vezes, com um mercado de trabalho pouco receptivo às suas especialidades exercidas no antigo emprego.

O desemprego gerado por essa falta de compatibilidade entre as qualificações do trabalhador no mercado da demissão e o perfil exigido pelo mercado constitui o chamado desemprego friccional. Trata-se de uma situação de desemprego simultâneo a uma razoável demanda de mão-de-obra no mercado.

A associação desejada pelo presente protocolo [trata-se do protocolo firmado entre o CADE e a SEFOR/MT, mencionado antes] entre a reestruturação de empresas e a requalificação de mão-de-obra deve atenuar ou mesmo evitar os

custos sociais e econômicos associados a esse desemprego friccional. Além disso, tal tipo de ação evita que o mesmo desemprego friccional de curto prazo se transforme em desemprego estrutural de longo prazo, muito mais deletério do ponto de vista da desagregação social e familiar. De uma forma geral, o programa de requalificação tende a ampliar a flexibilidade do mercado de trabalho no lado da oferta, melhorando, por conseguinte, o funcionamento do mesmo, o que se coaduna com os objetivos da defesa da concorrência.

Assim, estas duas primeiras dimensões dizem respeito à neutralização de ineficiências macroeconômicas geradas por movimentos associados à busca da eficiência microeconômica. De fato, quando a economia se afasta do pleno emprego, cuja busca é consagrada como princípio constitucional da Ordem Econômica (inciso VIII do art. 170 da Constituição), verifica-se uma ineficiência do ponto de vista global, posto que a economia não utiliza integralmente os recursos existentes situando-se aquém da fronteira de possibilidades de produção.

◆ *Criação de Oportunidade para o Surgimento de Novos Negócios Próprios.*

O novo paradigma de programas de requalificação não se restringe à formação de mão-de-obra para as empresas já constituídas. Também se vislumbra treinamento com vistas à formação de pequenos empresários que constituam seus negócios próprios. Tal processo é saudável ao incrementar a competição, especialmente no setor de serviços e, sobretudo, ao ensinar nova mentalidade empresarial e de concorrência.

O esforço criativo para alcançar o pleno emprego e amparar a força de trabalho, inclusive em face da automação (inciso XXVII do art.7. da CF), revela um comprometimento das instituições com o primado da solidariedade humana (incisoIV do art. 1., inciso I do art. 3. E caput do art. 170 da CF). É compreensível, portanto, que não tenha escapado ao legislador a relação entre a avaliação de atos de concentração e os problemas relacionados com o nível de emprego no art. 58 da Lei n. 8.884/94.”

Condições Necessárias para a Aprovação da Operação

Acredito que o abrangente conjunto de providências proposto pela Conselheira Relatora neutraliza os efeitos nocivos ao mercado. Chamo a atenção para dois aspectos importantes do voto da Relatora:

- superior às restrições recomendadas pelos pareceres ao assegurar simultaneamente a eliminação dos efeitos nocivos em todos os mercados relevantes e obter as eficiências associadas à operação.
- está de acordo com as diretrizes propostas em recente estudo da Federal Trade Commission a respeito de mecanismos mais eficazes para implementação de decisões.

Entendo que o voto da Relatora contém os seguintes componentes fundamentais:

1. Providências diversas, incluindo a venda de fábricas, marcas e compartilhamento da rede de distribuição da firma dominante, necessárias à entrada de nova empresa no mercado nacional de cervejas, compensando a eliminação de um concorrente.
2. Neutralização dos impactos negativos sobre o emprego mediante programa de retreinamento e recolocação da mão de obra afetada pela operação durante um período de quatro anos.

Voto neste particular pela contribuição do Ministério do Trabalho à fiscalização da decisão regularmente feita pela CAD/CADE no âmbito do convênio mantido entre o CADE e aquele ministério.

3. Garantia à liberdade de escolha do consumidor, proibindo a imposição de venda casada e exclusividade nos pontos de venda, entre outras condutas.

Considero fundamental para a implementação deste aspecto da decisão a cooperação já em curso do CADE com os Procons estaduais e a ampla divulgação do teor desta decisão nos pontos de venda e ao público em geral.

Julgo da maior relevância e acredito estar de acordo com o voto da Conselheira Relatora, introduzir estímulo à entrada e desenvolvimento de empresas de pequeno porte mediante compartilhamento dos canais de distribuição em cada um dos mercados relevantes, assegurando maior contestabilidade por parte das franjas de unidades menores.

Este é o meu voto.

Gesner Oliveira

Presidente do CADE

TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO

PRESTADO POR

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS, com sede na cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, à Avenida Maria Coelho Aguiar, nº 215, Bloco “F”, 6º andar, Salão 01, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.808.708/0001-07, doravante denominada **AMBEV**, neste ato representada pelos seus Co-Presidentes Marcel Herrmann Telles, brasileiro, casado, portador da Carteira de Identidade nº 02.347.932-2 IFP e do CPF 235.839.087-9 e Victorio Carlos De Marchi, brasileiro, casado, portador da Carteira de Identidade nº 2.702.087 e do CPF 008.600938-91, na conformidade da procuração anexa.

PERANTE

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, doravante denominado **CADE**, neste ato representado por seu Presidente Gesner de Oliveira, conforme disposto no inciso VII, do artigo 8º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

CONSIDERANDO que o Ato de Concentração nº 08012.005846/99-12, protocolado em 02 de julho de 1999, tem como objeto estabelecer uma associação entre as empresas controladas pela Fundação Antonio e Helena Zerrenner – Instituição Nacional de Beneficência e pelas empresas BRACO S/A e Empresa de Consultoria, Administração e Participações SA – ECAP;

CONSIDERANDO que os atos de concentração que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência podem ser autorizados pelo **CADE**, na forma e condições previstas em lei;

CONSIDERANDO que a constituição da **COMPROMISSÁRIA**, na conformidade da decisão do **CADE**, caracteriza-se como um ato que limitou a concorrência, sendo, não obstante, legal a sua autorização, em razão das medidas estruturais impostas e das eficiências e dos benefícios invocados, que, a juízo do Colegiado, preenchem as condições previstas em lei;

CONSIDERANDO que o **CADE** em sua 161ª Sessão Ordinária, iniciada às 14h54min de 29 de março de 2000 e encerrada às 05h22min do dia 30 do mesmo mês e ano, e nos termos do acórdão publicado no Diário Oficial da União (DOU) Seção I, Página 1, em 11/04/00, aprovou, sem restrições, o ato nos mercados relevantes águas engarrafadas, refrigerantes carbonatados e outras bebidas não alcoólicas e, sob condições, no mercado de cerveja;

A **AMBEV**, doravante denominada **COMPROMISSÁRIA** celebra o presente Termo de Compromisso, aprovado na 164ª Sessão Ordinária, realizada em 19 de abril de 2000, com base no disposto no artigo 58, da Lei nº 8884/94 e de acordo com as cláusulas e condições seguintes:

DAS DEFINIÇÕES

Para o presente termo os conceitos abaixo têm o significado que lhes é atribuído.

a) **COMISSÃO DE DISTRIBUIÇÃO**: valor a ser pago à **COMPROMISSÁRIA** pela cessão de uso da rede de distribuição terceirizada.

b) **COMPRADORA: EMPRESA INDEPENDENTE**, que tenha condições não apenas de manter em funcionamento o negócio adquirido da **COMPROMISSÁRIA**, como também potencial para competir em igualdade de condições, no mercado nacional de cerveja, a critério do CADE, não podendo esta empresa deter mais de 5% (cinco por cento) do mesmo, depurada a variação sazonal mediante a consideração da média aritmética dos últimos 12 meses até março (inclusive) do ano de 2000, de acordo com pesquisa de mercado realizada por instituição de notória competência.

c) **EMPRESA INDEPENDENTE**: empresa nacional ou estrangeira que não tenha participação acionária ou qualquer outro vínculo, ainda que minoritário, com a **COMPROMISSÁRIA**, ou com quaisquer de suas coligadas, controladas, controladoras ou associadas, pelo período de duração deste Termo de Compromisso.

d) **FÁBRICA**: fábrica de cerveja.

e) **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS**: os mercados definidos no voto da Conselheira-Relatora,:

Mercado 1: Rio Grande do Sul (RS), Santa Catarina (SC) e Paraná (PR);

Mercado 2: São Paulo (SP), Rio de Janeiro (RJ), Minas Gerais (MG) e Espírito Santo (ES);

Mercado 3: Goiás (GO), Tocantins (TO), Distrito Federal (DF), Mato Grosso (MT), Mato Grosso do Sul (MS) e Rondônia (RO);

Mercado 4: Bahia (BA), Ceará (CE), Sergipe (SE), Alagoas (AL), Pernambuco (PE), Paraíba (PB), Rio Grande do Norte (RN), Piauí (PI), Maranhão (MA), Pará (PA) e Amapá (AP); e

Mercado 5: Acre (AC), Roraima (RR) e Amazonas (AM).

f) **PRODUTO:** todos os tipos e marcas de cervejas das **EMPRESAS INDEPENDENTES** que compartilharão a **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** em âmbito nacional ou nos **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS**.

g) **REDE DE DISTRIBUIÇÃO:** uma única rede de distribuição terceirizada ou própria da **COMPROMISSÁRIA** em cada um dos **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS**.

h) **REMUNERAÇÃO:** o valor auferido pela prestação de serviço de distribuição pelos distribuidores da rede terceirizada ou pela **COMPROMISSÁRIA** quando se tratar de rede de distribuição própria. O valor cobrado pela **COMPROMISSÁRIA** não poderá ser superior à média aritmética dos valores auferidos pelos distribuidores da rede terceirizada no respectivo **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**.

i) **SETOR DE VENDAS:** conjunto de pontos de vendas existentes em uma sub-área geográfica do território do distribuidor.

Cláusula Primeira

DO OBJETO

Este Termo de Compromisso tem por objeto assegurar o cumprimento das determinações do Plenário do **CADE** como condição de aprovação do ato de concentração relativo à constituição da **COMPROMISSÁRIA**, com o intuito de preservar as condições concorrenciais no mercado de cerveja no país, respeitando os ditames constitucionais da livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Cláusula Segunda

DAS OBRIGAÇÕES

A **COMPROMISSÁRIA** deverá, nos prazos estabelecidos neste Termo de Compromisso, implementar o conjunto de medidas detalhadas nas subcláusulas abaixo.

2.1. A **COMPROMISSÁRIA** deverá no prazo de 8 (oito) meses, a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona deste Termo de Compromisso, contratar com uma única **COMPRADORA** a implementação

do conjunto integrado de medidas, composto pela venda da marca Bavária e de 5 (cinco) **FÁBRICAS** e compartilhamento da distribuição, conforme previsto nas Subcláusulas abaixo, visando à entrada em escala nacional de concorrente no mercado de cervejas.

2.1.1. A COMPROMISSÁRIA escolherá a modalidade de oferta ao mercado do conjunto de ativos e compartilhamento da distribuição previstos na Subcláusula 2.1.

2.1.2. A COMPROMISSÁRIA deverá alienar todos e quaisquer registros, pedidos e direitos inerentes à propriedade da marca Bavária e suas extensões, assim como todos os demais elementos de propriedade intelectual relativos a esse signo distintivo.

2.1.3. A COMPROMISSÁRIA deverá manter os níveis mensais de gastos com publicidade e *marketing* com a marca Bavária equivalentes à média aritmética dos últimos 18 (dezoito) meses anteriores à decisão, bem como envidar todos os esforços no sentido de assegurar a manutenção, no mínimo, da participação de mercado detida pela marca Bavária em outubro/novembro de 1999, conforme informado pela **COMPROMISSÁRIA** (fonte Nielsen), e compatível com a viabilização da entrada em escala nacional da **COMPRADORA**.

2.1.4. A COMPROMISSÁRIA deverá transferir os contratos de fornecimentos, porventura existentes, relacionados à marca Bavária, caso seja de interesse da **COMPRADORA**.

2.1.5. A COMPROMISSÁRIA deverá alienar 1 (uma) **FÁBRICA** em cada um dos **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS**, para fabricação do **PRODUTO** da **COMPRADORA**, a saber:

a) No **Mercado 1**, a **FÁBRICA** situada à Rua Alexandre Bramatti nº 673 no município de Getúlio Vargas-RS, com capacidade instalada de 607 mil hl, de propriedade da Antarctica;

b) No **Mercado 2**, a **FÁBRICA** situada à Rua Mariana Junqueira nº 33 no município de Ribeirão Preto-SP, com capacidade instalada de 2.400 mil hl, sendo 500 mil hl de chopp e 1900 mil hl de cerveja, de propriedade da Antarctica, a qual deverá encontrar-se em atividade e equipada com maquinário capaz de oferecer envasamento em latas e em garrafas não retornáveis;

- c) No **Mercado 3**, a **FÁBRICA** situada à Rua Archimede Pereira Lima, km 2,5, no município de Cuiabá-MT, com capacidade de 700 mil hl, de propriedade da Brahma;
- d) No **Mercado 4**, a **FÁBRICA** situada à Rodovia BA 093, km 16, no município de Camaçari-BA, com capacidade instalada de 2.900 mil hl, de propriedade da Brahma; e
- e) No **Mercado 5**, a **FÁBRICA** situada à Rua Com. Alexandre Amorim nº 26 no município de Manaus-AM, com capacidade instalada de 487 mil hl, de propriedade da Brahma.

2.1.6. As **FÁBRICAS** a serem alienadas deverão apresentar as seguintes condições e especificações:

- a) perfeito estado de conservação das instalações (físicas, elétricas e hidráulicas) e dos maquinários e equipamentos instalados;
- b) capacidade instalada em condições de competir, em relação ao abastecimento do **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO** onde esteja localizada;
- c) atualização tecnológica satisfatória;
- d) disponibilização de linha de produção de cerveja em garrafa retornável, sendo que a **FÁBRICA** de Ribeirão Preto/SP deverá dispor, também, de linha de produção de cerveja em lata e garrafa não retornável;
- e) disponibilização de mão-de-obra necessária ao adequado funcionamento das **FÁBRICAS**, e
- f) funcionamento normal e ininterrupto por pelo menos 60 (sessenta) dias antes da alienação.

2.1.7. A **COMPROMISSÁRIA** deverá submeter à apreciação do Plenário do **CADE** laudo pericial emitido por empresa de auditoria independente e de notória especialização que ateste as condições citadas na Subcláusula 2.1.6.

2.1.8. O laudo pericial referido na Subcláusula 2.1.7 deverá ser apresentado ao **CADE** no prazo de 10(dez) dias corridos, contado da data de publicação do acórdão que aprovou com restrições a constituição da **COMPROMISSÁRIA**.

2.1.9. Caso o Plenário do **CADE** não aceite, total ou parcialmente, o laudo mencionado na Subcláusula 2.1.7, ou não aprove a empresa que o

emitir, a **COMPROMISSÁRIA** deverá apresentar novo laudo que retifique a falha apontada ou submeta à aprovação do Plenário do **CADE** uma outra empresa, no prazo que lhe for assinalado.

2.1.10. A **COMPROMISSÁRIA** deverá realizar os investimentos necessários para que todas as **FÁBRICAS** preencham as condições previstas na Subcláusula 2.1.6 até 60 (sessenta) dias antes da alienação.

2.1.11. A **COMPROMISSÁRIA** deverá compartilhar sua **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** com a **COMPRADORA**, assegurando-lhe igualdade de condições em todos os aspectos da distribuição e oferta de seu **PRODUTO** a todos os pontos de venda do mercado nacional de cerveja servidos pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO**.

2.1.12. A distribuição compartilhada deverá ser disciplinada em contrato específico, a ser submetido previamente à aprovação do Plenário do **CADE**.

2.1.13. Nas localidades em que a distribuição não puder ser realizada pela rede terceirizada, os **PRODUTOS** da **COMPRADORA** deverão ser distribuídos pela rede própria da **COMPROMISSÁRIA**, que fará jus à **REMUNERAÇÃO**, a qual não poderá ser superior à média aritmética dos valores auferidos pelos distribuidores da rede terceirizada no respectivo **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**.

2.1.14. O prazo da distribuição compartilhada será de 4 (quatro) anos, prorrogável a critério da **COMPRADORA** por mais 2 (dois) anos.

2.1.15. A contagem do prazo de 4 (quatro) anos mencionado na Subcláusula 2.1.14 iniciar-se-á somente quando a **COMPRADORA** começar efetivamente a distribuir seu **PRODUTO** pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO**.

2.1.16. No caso da **COMPRADORA** optar por não prorrogar o contrato de distribuição pelo prazo de 2 (dois) anos mencionado na Subcláusula 2.1.14, o **CADE** deverá ser informado, com no mínimo 60 (sessenta) dias de antecedência, pela **COMPROMISSÁRIA**.

2.1.17. Durante o período de compartilhamento da distribuição a **COMPRADORA** poderá interromper, se for de seu interesse, a utilização da **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** em **SETORES DE VENDAS** específicos e criar ou expandir sua própria rede a qualquer tempo, de forma a não haver sobreposição entre **SETORES DE VENDAS** atendidos pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** e pela rede formada pela **COMPRADORA**, admitindo-se, a sobreposição nas vendas diretas para as redes de auto-serviços, nos pontos

de vendas não alcançados pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** ou outras situações justificáveis.

2.1.18. Durante os primeiros 4 (quatro) anos do compartilhamento, a **COMPROMISSÁRIA** dispensará a **COMPRADORA** do pagamento da **COMISSÃO DE DISTRIBUIÇÃO**.

2.1.19. Eventuais ajustes no conjunto integrado de medidas previsto na Subcláusula 2.1 deverão ser apresentados, pela **COMPRADORA** à **COMPROMISSÁRIA**, a qual deverá submetê-los à apreciação do Plenário do **CADE**, que poderá autorizá-los, desde que os ajustes não comprometam o conjunto de medidas previsto na decisão, visando a entrada de concorrente em escala nacional com potencial para competir em igualdade de condições.

2.1.20. A **COMPRADORA** deverá ser uma **EMPRESA INDEPENDENTE**, aprovada previamente pelo Plenário do **CADE**. Para qualificar a **COMPRADORA**, poderá a **COMPROMISSÁRIA** exigir certidões negativas relativas aos tributos federais, estaduais e municipais, inclusive a CND (INSS). A mesma qualificação poderá ser exigida de sua controladora.

2.2. A **COMPROMISSÁRIA** deverá compartilhar sua **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** para 5 (cinco) **EMPRESAS INDEPENDENTES** fabricantes do **PRODUTO**, uma, em cada **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**, cuja participação neste mercado não seja superior a 5% (cinco por cento), nos termos das Subcláusulas abaixo.

2.2.1. A **COMPROMISSÁRIA** deverá promover oferta pública para a seleção da **EMPRESA INDEPENDENTE**, ofertando em cada um dos **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS** a **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** mais adequada aos fins colimados pela decisão do Plenário do **CADE**.

2.2.2. O prazo do contrato de compartilhamento da **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** será de 4 (quatro) anos, contados a partir do início efetivo da distribuição do **PRODUTO** das empresas vencedoras das ofertas públicas.

2.2.3. O edital da oferta pública deverá ser submetido ao Plenário do **CADE** no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona deste Termo de Compromisso, bem como as minutas dos contratos a serem firmados para a viabilização da distribuição regional compartilhada.

2.2.4. O edital referido na Subcláusula 2.2.3 deverá ser publicado no prazo máximo de 10 (dez) dias da publicação da ata da Sessão Ordinária do **CADE** na qual foi aprovado.

2.2.5. A publicação do edital a que se refere a Subcláusula 2.2.4 deverá ser feita em ¼ de página, no primeiro caderno, uma vez por semana, por duas semanas consecutivas, nos dois jornais de maior circulação de cada Estado que compõe o **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**, bem como em um jornal de grande circulação nacional.

2.2.6. Os termos da contratação e a empresa vencedora da oferta pública serão previamente submetidos à aprovação do Plenário do **CADE**.

2.2.7. A **EMPRESA INDEPENDENTE** vencedora da oferta pública será aquela que oferecer o maior valor de **COMISSÃO DE DISTRIBUIÇÃO**.

2.2.8. Para qualificar a **EMPRESA INDEPENDENTE**, poderá a **COMPROMISSÁRIA** exigir certidões negativas relativas aos tributos federais, estaduais e municipais, inclusive a CND (INSS). A mesma qualificação poderá ser exigida de sua controladora.

2.2.9. Caso a oferta pública não atinja o propósito de compartilhar em cada um dos **MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS** a **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** da **COMPROMISSÁRIA**, o **CADE** e a **COMPROMISSÁRIA** reverão, por três vezes, as condições da oferta pública, de modo a cumprir a obrigação prevista na Subcláusula 2.2 em cada **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**.

2.2.10. Caso, por qualquer motivo, seja rescindido o Contrato de Distribuição celebrado entre a **COMPROMISSÁRIA** e a **EMPRESA INDEPENDENTE** vencedora da oferta pública antes de transcorrido o prazo previsto na Subcláusula 2.2.2, a **COMPROMISSÁRIA** obriga-se a realizar nova oferta pública pelo prazo restante, nas mesmas condições previstas neste Termo de Compromisso, devendo submeter ao Plenário do **CADE** o edital até a data da rescisão do contrato de distribuição, e publicá-lo no prazo de 10 (dez) dias da publicação da ata da Sessão Ordinária do **CADE** na qual foi aprovado.

2.2.11. O prazo para o cumprimento das obrigações previstas na Subcláusula 2.2 será de 8 (oito) meses, a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona deste Termo de Compromisso.

2.2.12. O cálculo dos 5% (cinco por cento) de participação em cada **MERCADO RELEVANTE GEOGRÁFICO**, em atendimento ao disposto no acórdão, será feito com base na média aritmética dos últimos 12 meses até março do ano de 2000 (inclusive), visando eliminar as variações de natureza

sazonal, de acordo com pesquisa de mercado realizada por instituição de notória competência.

2.2.13. Durante o período de compartilhamento da distribuição, cada uma das vencedoras das ofertas públicas poderá interromper, se for de seu interesse, a utilização da **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** em **SETORES DE VENDAS** específicos e criar ou expandir sua própria rede a qualquer tempo, de forma a não haver sobreposição entre **SETORES DE VENDAS** atendidos pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** e pela rede de cada uma delas, admitindo-se a sobreposição nas vendas diretas para as redes de auto-serviços, nos pontos de vendas não alcançados pela **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** ou outras situações justificáveis.

2.3. A **COMPROMISSÁRIA** fica proibida de desativar **FÁBRICA** nos próximos 4 (quatro) anos, sem antes promover sua oferta pública nos termos das Subcláusulas abaixo.

2.3.1. Da oferta pública poderão participar novos entrantes, empresas estabelecidas, associações e/ou cooperativas de empregados, independentemente do percentual de participação relativa de mercado.

2.3.2. O prazo para habilitação de interessados e concretização da alienação será de 1 (um) ano, a contar da publicação da primeira oferta pública, após o qual ficará a **COMPROMISSÁRIA** desobrigada de colocar à venda a **FÁBRICA** a ser desativada.

2.3.3. Os termos do edital da oferta pública serão previamente submetidos à apreciação do Plenário do **CADE**.

2.3.4. A **COMPROMISSÁRIA** deverá submeter à apreciação do Plenário do **CADE**, juntamente com a proposta de edital, laudo de avaliação emitido por empresa de auditoria independente e de notória especialização que ateste as condições em que se encontra a **FÁBRICA**, informando ainda o estado de conservação, atualização tecnológica, capacidade instalada, preço de avaliação, bem como qualquer informação considerada relevante para a formulação do edital.

2.3.5. Caso o Plenário do **CADE** não aceite total ou parcialmente o laudo mencionado na Subcláusula 2.3.4 ou não aprove a empresa que o emitir, a **COMPROMISSÁRIA** deverá apresentar novo laudo que retifique a falha apontada ou submeta à aprovação do Plenário do **CADE** uma outra empresa, no prazo que lhe for assinalado.

2.3.6. O edital de oferta pública, aprovado pelo Plenário do **CADE**, deverá ser publicado, no prazo máximo de 10 (dez) dias da publicação da ata da Sessão Ordinária na qual foi aprovado, uma vez por semana, por duas

semanas consecutivas, em ¼ de página no primeiro caderno de dois jornais de grande circulação nacional.

2.3.7. Caso a oferta pública não atinja o propósito de vender a **FABRICA**, o **CADE** e a **COMPROMISSÁRIA** deverão rever os termos do edital para nova oferta pública, pelo menos duas vezes durante o período de um ano previsto na Subcláusula 2.3.2.

2.3.8. Os termos da venda e o interessado na aquisição da fábrica ofertada serão submetidos previamente à aprovação do Plenário do **CADE**.

2.4. A **COMPROMISSÁRIA** deverá manter o nível de emprego, sendo que as eventuais dispensas associadas à reestruturação empresarial serão obrigatoriamente acompanhadas de programas de retreinamento e recolocação, nos termos das Subcláusulas abaixo.

2.4.1. A **COMPROMISSÁRIA** deverá promover os programas de retreinamento e recolocação para todos os empregados cuja dispensa esteja diretamente associada à sua constituição ou à venda de seus ativos ou ainda à desativação de suas linhas de produção de cerveja.

2.4.2. A **COMPROMISSÁRIA** deverá submeter ao Plenário do **CADE**, no prazo de até 20 (vinte) dias contados, a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona deste Termo de Compromisso, os programas referidos na Subcláusula 2.4, os quais serão avaliados com base em parecer técnico da Secretaria de Políticas Públicas de Emprego – SPPE, do Ministério do Trabalho e do Emprego, nos termos do Convênio celebrado com o **CADE**.

2.4.3. Os programas referidos na Subcláusula 2.4 deverão conter, dentre outros quesitos:

- a) estimativa do número de demissões por segmento e unidade fabril;
- b) oferta obrigatória de retreinamento;
- c) oferta obrigatória de recolocação; e
- d) metodologia de acompanhamento e informação ao CADE dos impactos da operação sobre o mercado de trabalho.

2.5. A **COMPROMISSÁRIA** deverá, a partir da publicação do acórdão, não mais impor exclusividade ao ponto de venda, que está desobrigado de restrições relativas à comercialização de determinado produto ou marca concorrente, em virtude da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de *merchandising*.

2.5.1. A **COMPROMISSÁRIA** poderá adotar cláusula de exclusividade, nas seguintes condições:

- a) quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a participação preponderante na formação dos ativos do ponto de venda; e
- b) quando do interesse do ponto de venda e a critério deste.

2.5.2. Para os efeitos do disposto na Subcláusula 2.5 não se considera ponto de venda o local onde é realizado qualquer evento, tais como: *shows*, festas, rodeios, exibições, feiras e competições em geral.

2.5.3. As condições previstas na Subcláusula 2.5 alcançam, no que couber, a **REDE DE DISTRIBUIÇÃO** em suas relações com o ponto de venda.

2.6. A **COMPROMISSÁRIA** deverá adotar todas as medidas visando alcançar as eficiências pertinentes à fusão, na proporção e em consonância com as obrigações e compromissos estruturais assumidos neste Termo de Compromisso, bem como a distribuição equitativa entre produtor e consumidor.

Cláusula Terceira

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A **COMPROMISSÁRIA** assume as obrigações aqui pactuadas, por si, suas subsidiárias e controladas, às quais dará ciência do inteiro teor deste Termo de Compromisso.

Cláusula Quarta

DA FISCALIZAÇÃO

O **CADE** fiscalizará o cumprimento do presente Termo de Compromisso, nos termos do artigo 47, da Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994, com a nova redação que lhe foi dada pelo artigo 78, da Lei nº 9069, de 29 de junho de 1995.

4.1. A **COMPROMISSÁRIA** obriga-se a enviar ao **CADE**, semestralmente, relatórios, até os dias 28 de fevereiro e 31 de agosto de cada ano, com base nos períodos encerrados até 31 de dezembro e 30 de junho de

cada ano, respectivamente, devendo ser o primeiro relatório apresentado em 28 de fevereiro de 2001.

4.2. Os relatórios semestrais deverão conter informações relativas ao cumprimento das obrigações constantes da Cláusula Segunda, além das informações abaixo, indicando claramente as fontes dos dados e as metodologias utilizadas das estimativas, com preferência para informações produzidas por instituições de competência notória.

I. DA COMPROMISSÁRIA

- a) gastos com publicidades e marketing, discriminados por marca;
- b) capacidade instalada para produção de cerveja e grau de ocupação;
- c) alterações de portfólio de marcas;
- d) incorporação de elementos diferenciadores de produto;
- e) avaliação quantitativa e qualitativa da distribuição compartilhada;
- f) ganhos de produtividade;
- g) evolução do emprego;
- h) demonstração sistematizada das providências tomadas no âmbito dos programas de treinamento e recolocação; e
- i) outras informações consideradas pertinentes.

II. DO MERCADO

- a) participações de mercado de cerveja no âmbito nacional e nos MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS;
- b) entradas e saídas de empresas;
- c) preços médios praticados a nível nacional e nos MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS, discriminados por empresas e por marca;
- d) estimativas de investimentos realizados a nível nacional e nos MERCADOS RELEVANTES GEOGRÁFICOS;
- e) estimativa de gastos com publicidades e marketing;
- f) alterações de portfólio de marcas;
- g) incorporação de elementos diferenciadores de produto; e
- h) outras informações consideradas pertinentes

4.3. O **CADE**, durante o prazo de vigência do presente Termo de Compromisso, poderá, a qualquer momento, requisitar da **COMPROMISSÁRIA** os dados e informações adicionais que julgar necessários para o acompanhamento da decisão e deste Termo de Compromisso.

4.4. A **COMPROMISSÁRIA** deverá contratar empresa de auditoria independente e de notória especialização, que assumirá o compromisso de auditar as informações necessárias aos relatórios previstos nesta Cláusula.

4.5. A contratação da empresa de auditoria independente deverá ser previamente submetida à aprovação do Plenário do **CADE**.

4.6. A **COMPROMISSÁRIA** obriga-se a notificar o **CADE** da ocorrência de toda e qualquer mudança na sua estrutura societária que eventualmente venha a ocorrer.

4.7. As informações, documentos e relatórios, de acordo com este Termo de Compromisso, serão enviados ao **CADE**, no endereço de sua sede em Brasília - DF, em envelope fechado, endereçado à Presidência do **CADE**, com a inscrição "Confidencial", assegurando-se o sigilo no seu recebimento e guarda nos termos do Regimento Interno do **CADE**.

Cláusula Quinta

DA DURAÇÃO DO COMPROMISSO

As obrigações impostas neste Termo de Compromisso à **COMPROMISSÁRIA** permanecerão em vigor por 5 (cinco) anos, contados a partir da publicação de que trata a Cláusula Nona deste Termo de Compromisso, podendo ser estendido apenas pelo período necessário ao cumprimento do disposto na Subcláusula 2.1.14, durante o qual os relatórios semestrais ficam adstritos às informações contidas no item 4.2, I, alínea e.

Cláusula Sexta

DAS PENALIDADES

6.1. O descumprimento injustificado das obrigações assumidas neste Termo de Compromisso implicará na revisão da aprovação do Plenário do **CADE** nos termos dos Artigos 55 e 58, ss 3º da Lei 8884/94, bem como a

imediate abertura de processo administrativo para a adoção das medidas cabíveis, assegurando-se à **COMPROMISSÁRIA** o amplo direito de defesa.

6.2. Não cumprido o conjunto integrado de medidas previsto nas Subcláusulas 2.1 e 2.2 no prazo previsto neste Termo de Compromisso, a execução da decisão deverá ser realizada mediante intervenção judicial na **COMPROMISSÁRIA**, de acordo com os procedimentos previstos no Título VIII, da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais providências cabíveis.

6.3. No caso de descumprimento de quaisquer das disposições deste Termo de Compromisso, a **COMPROMISSÁRIA** deverá apresentar justificativas, sem prejuízo da aplicação de multa diária no valor mínimo de 5000 (cinco mil) UFIRs, que poderá ser aumentada em até 20 (vinte vezes), nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, até que se cumpra a obrigação específica.

Cláusula Sétima

DAS DENÚNCIAS DE DESCUMPRIMENTO

Durante o período de vigência deste Termo de Compromisso, a **COMPROMISSÁRIA** será notificada de qualquer denúncia recebida pelo **CADE** versando sobre o descumprimento das obrigações aqui assumidas, em obediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Cláusula Oitava

DA REVISÃO

As condições estabelecidas neste Termo de Compromisso poderão ser revistas pelo Plenário do **CADE**, se as circunstâncias do mercado tornarem excessivamente oneroso ou anti-econômico o seu cumprimento e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade.

Cláusula Nona

DA PUBLICAÇÃO

Este Termo de Compromisso passará a vigorar a partir da publicação de seu extrato no Diário Oficial da União.

9.1. A COMPROMISSÁRIA providenciará, às suas expensas, a publicação do extrato do Termo de Compromisso, uma única vez, em no mínimo ¼ de página no primeiro caderno, em dois jornais de circulação nacional.

E, por estarem de acordo com o que aqui ficou estabelecido, o **CADE** e a **COMPROMISSÁRIA** assinam este Termo de Compromisso em duas vias de igual teor e forma, na presença das duas testemunhas abaixo.

Brasília, 19 de abril de 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

Presidente Gesner de Oliveira

COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS - AMBEV

Marcel Herrmann Telles Victorio

Co-President

Carlos De Marchi

Co-Presidente

**www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br**