Aumento dos custos rivais na concorrência — Parecer do Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24 (Cade)

*Celso Fernandes Campilongo**

A pedido da professora Paula A. Forgioni, examino e opino sobre o Processo Administrativo nº 08012.002474/2008-24, motivado por Representação formulada pela Associação Brasileira de Bebidas — Abrabe em face da Companhia de Bebidas das Américas — Ambev, perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — Cade.

Em síntese, trata-se de consulta sobre suposta infração à ordem econômica, decorrente de "aumento dos custos dos rivais" e a respeito do cabimento da medida preventiva por parte da Ambev.

À consulta respondo por meio do seguinte

Parecer[1]

As questões são:

(A) A introdução da "nova garrafa de 630 ml retornável da Ambev", utilizada (i) no estado do Rio de Janeiro, para distribuir a cerveja Skol e (ii) no

---

* Professor das Faculdades de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

[1] Este parecer contou com a colaboração da advogada e estudante de economia Denise Junqueira.

estado do Rio Grande do Sul, para distribuir a cerveja Bohemia, aumenta os custos dos rivais?

(B) Que efeitos podem ser produzidos, a curto e a longo prazo, pela distribuição de cerveja (Skol, Bohemia e/ou Brahma e Antarctica) na garrafa de 630 ml retornável da Ambev?

(C) O pedido de medida preventiva dos concorrentes da Ambev está amparado pelo *fumus boni iuris*?

(D) Os efeitos anticoncorrenciais gerados pela conduta justificam o *periculum in mora*?

O parecer está organizado em 4 (quatro) blocos. No primeiro, os mercados relevantes são definidos. No segundo, delineiam-se o ambiente concorrencial e o *standard* que presidiu, até recentemente, o sistema de engarrafamento das cervejas de 600 ml. Em terceiro lugar, discute-se a estratégia de imposição de custos aos rivais por parte da empresa líder. O quarto tópico discorre sobre a satisfação das condições para a adoção de medida preventiva. Finalmente, apresenta-se conclusão com respostas aos quesitos.

I. Mercado relevante

A definição de mercado relevante é ponto de partida para a análise concorrencial. Indica e distingue os agentes econômicos que atuam no mercado, o produto que o compõe e a área geográfica para a qual a venda do produto é economicamente viável.[2]

[2] No *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa*, Julio Pascual y Vicente explica que mercado relevante é o mercado em causa, mercado definido, mercado de referência ou mercado pertinente. O autor ensina que o ponto de partida de toda análise de concorrência é a definição do mercado relevante, cujos elementos são o mercado de produto (ou os produtos que devem ser considerados como integrantes dele) e o mercado geográfico (ou regiões que devem ser consideradas partes do mesmo). O autor defende, ainda, que a definição deve ser feita a partir do ponto de vista do consumidor e do produtor. Do lado da demanda, os produtos integrantes devem ser substituíveis a partir da perspectiva do consumidor. Do lado da oferta, deve se considerar as empresas que produzam (vendedoras efetivas) ou que possam facilmente produzir (vendedoras potenciais). Cf. PASCUAL Y VICENTE, Julio. *Diccionario de derecho y economía de la competencia en España y Europa*. Madri: Civitas, 2002. p. 270. O guia para análise de atos de concentração econômica horizontal da Seae traz a seguinte definição: "O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (de agora em diante simplesmente produtos) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do 'monopolista hipotético', o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que

As práticas sob investigação no PA 08012.002474/2008-24 envolvem o mercado a montante de cervejas em vasilhames retornáveis e o mercado a jusante de canais de consumo de cerveja, especialmente bares e restaurantes (mercado "a frio").

O mercado a montante na dimensão produto é definido como mercado de cervejas em vasilhames retornáveis. Essa delimitação se deve: (i) à baixa elasticidade cruzada entre cervejas e outras bebidas alcoólicas; (ii) à alta elasticidade cruzada entre as diversas cervejas de diferentes tipos; (iii) às diversas embalagens em que a cerveja é disponibilizada para consumo, e (iv) às preferências dos consumidores em relação a tipos de embalagem e de consumo.[3]

Quanto à definição do mercado relevante geográfico, adota-se neste parecer aquela consolidada no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), isto é, raio de 500 km contados do centro da planta industrial.

O mercado a jusante, composto por três canais de distribuição de cerveja (autosserviço,[4] tradicional[5] e bar[6]), apresenta diversas especificidades, o que justifica sua separação em mercados relevantes distintos.

O canal de autosserviço caracteriza-se pela oferta de preço inferior, maior variedade de produtos, maior volume de produtos, espaço para exibir diferentes marcas, capacidade para manter estoques e elevado poder de barganha frente às indústrias.

Os canais tradicional e bar possuem diversas semelhanças que justificam a delimitação comum desse mercado relevante como mercado "a frio". Esse mercado requer a prestação de serviços adicionais, como atendimento personalizado e oferta do produto geralmente a frio, em oposição ao primeiro, onde o consumidor, normalmente, "se serve" e adquire o produto para consumo futuro, o que dispensa refrigeração. Outras características

---

um suposto monopolista esteja em condições de impor um 'pequeno porém significativo e não transitório' aumento de preços". Conferir em: <www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2000-1/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-economica-horizontal-2000>. Acesso em: 19 jun. 2008.

[3] De acordo com o Parecer da SDE, "90% das vendas nos canal [sic] bar e tradicional se dão via garrafas retornáveis". In: PA 08012.002474/2008-24, p. 12.

[4] "Estabelecimentos com presença de caixas registradoras e onde o consumidor 'se serve' sem a presença de vendedores, sendo que os supermercados são os exemplos típicos". In: AC 08012.000298/2007-13 (Requerentes Sucos Del Valle, Recofarma e outros), Voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, p. 8.

[5] Padarias e mercearias, onde há a presença de vendedor para auxiliar na compra.

[6] "Estabelecimentos comerciais aparelhados para a [sic] ofertar a bebida para consumo no próprio local de venda, incluindo bares, lanchonetes, restaurantes e casas noturnas". In: AC 08012.000298/2007-13, loc. cit.

desses mercados são: (i) menor poder de barganha dos comerciantes frente às indústrias, se comparado ao autosserviço; (ii) poucas opções de marcas à disposição do consumidor devido à limitação de espaço nos estoques, nas prateleiras e nos refrigeradores; (iii) dependência em relação a um sistema de distribuição extenso, bastante vascularizado e eficiente, que seja capaz de repor frequentemente os produtos; (iv) oferta de vantagens para o consumidor como, por exemplo, localização e música; (v) preço maior do que o fixado pelo autosserviço.[7]

A embalagem na qual a cerveja é comercializada nesses canais também é fator de diferenciação dos pontos de venda. Enquanto no autosserviço vende-se principalmente cerveja em embalagem descartável, no mercado "a frio" o produto é ofertado, quase que totalmente (90%), em embalagens retornáveis.[8] A oferta do produto em embalagens retornáveis agrava o problema de restrição de espaço físico no mercado "a frio". As embalagens devem ser estocadas também após o consumo. Diferentemente dos refrigerantes e sucos enlatados ou empacotados ofertados no mercado "a frio", as cervejas em garrafa ocupam espaço nos estoques dos pontos de venda mesmo após o consumo. Desse modo, para esse produto o "problema espaço" é duplo: existe antes e após o consumo, o que limita muito a oferta de diferentes marcas. Por isso, uma rede de distribuição extensa, vascularizada e eficiente é imprescindível para o sucesso da relação entre o fabricante de cerveja e o ponto de venda. A rotatividade da troca de garrafas é altíssima.

Além disso, a relação entre o fabricante de cerveja e o ponto de venda no mercado "a frio", especialmente nos bares, caracteriza-se por grandes investimentos do produtor no canal de vendas, como gastos com mesas, cadeiras, porta-guardanapos, *freezers*, refrigeradores etc.

Assim, as diferentes relações entre fabricante de cerveja, canal de distribuição e consumidor justificam a separação do mercado relevante em mercado relevante de autosserviço e mercado relevante "a frio", bem como ressaltam os variados graus de barreiras à entrada.

---

[7] Nesse sentido, conferir o voto da Comissão da União Europeia no Processo COMP/A.39.116/B2 — Coca Cola: "*In its preliminary assessment, the Commission also took the view that the take-home channel and the on-premise channel constitute distinct relevant markets. This preliminary view was reached on the basis that, contrary to the take-home channel, the sale of a CSD in the on-premise channel is linked to the provision of services. Moerover, the Commission's view was supported by significant price differences, the different use of package mixes and technical sales equipment as well as by the difference role of intermediaries in the two channels*". Conferir, ainda, recente voto do conselheiro relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, no AC 08012.000298/2007-13, p. 9.

[8] Como mencionado na nota de rodapé nº 3.

Quanto ao mercado relevante geográfico a jusante, deve-se considerar a distância máxima que o consumidor está disposto a percorrer em busca de preço inferior e qualidade superior. Tanto no mercado de autosserviço quanto no mercado "a frio", o consumidor busca o ponto de venda mais próximo. Porém, essa tendência é ainda maior no mercado "a frio", em razão do menor volume de compra em relação àquele realizado em supermercados e hipermercados. Assim, define-se o mercado relevante como local, isto é, o bairro onde se localiza o ponto de venda, assim como os bairros vizinhos.

Aproximadamente 75% das vendas de cerveja são realizadas no mercado "a frio" em embalagens retornáveis.[9] Logo, a venda nesse canal é fundamental para a fixação da marca junto ao consumidor, bem como para o êxito do fabricante de cerveja.

A Ambev detém 70% das vendas no mercado a frio,[10] sendo que 30% dos pontos de venda a frio comercializam apenas as marcas da Ambev.[11] De outro lado, nenhum dos concorrentes detém mais do que 15% das vendas no mercado a frio.

Portanto, o mercado "a frio" é distinguido, de um lado, por um grande *player*, Ambev, e, de outro lado, por fabricantes de porte bem menor. Identificados o *market share*, a porcentagem de pontos de venda restritos à marca Ambev, as inúmeras barreiras à entrada, especialmente engarrafamento, distribuição e armazenamento de garrafas no ponto de venda, e, ainda, dada a homogeneidade do produto, resta inquestionável o poder de mercado do primeiro *player*, isto é, sua capacidade para aumentar preços, restringir produção ou bloquear a concorrência por meio da exclusão dos rivais, até mesmo com pequenas modificações estratégicas no "design" da garrafa utilizada.

II. Ambiente concorrencial

Em que medida o tipo de relação econômica estabilizada entre produtores, distribuidores e consumidores influencia a criação de valores, a repartição de vantagens e a concorrência entre os "players"? Fatores históricos, *standards* de produção, compatibilidade entre recipientes, natureza intercambiável de formas de acondicionamento e transporte, processo único de esto-

[9] Cf. Parecer da SDE no PA 08012.002474/2008-24, p. 2.
[10] Cf. Parecer da SDE no PA 08012.002474/2008-24, p. 10.
[11] Cf. Parecer da SDE no PA 08012.002474/2008-24, p. 11.

que e armazenamento de garrafas criam rede ou sistema que envolva cooperação entre concorrentes? A ruptura com a estrutura padronizada pode ter efeitos negativos sobre a competição? Aflige mais a uns do que a outros participantes do sistema? Pode criar embaraços, limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência? A resposta a essas questões pressupõe o detalhamento dos processos, das estruturas e, de modo particular, do ambiente no qual prosperam as relações de concorrência.

No caso desta consulta, o sistema em questão — produção e distribuição de cervejas no mercado a frio —, se bem entendido, pode deixar nítida a devastadora e imediata consequência concorrencial da conduta estratégica da Representada. Importa pouco indagar, à luz do direito brasileiro, se os acusados teriam ou não a intenção de prejudicar os rivais ou se os objetivos da prática foram ou não alcançados. Trata-se de prática iniciada há pouco tempo. Desde que caracterizada conduta potencialmente capaz de comprometer a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado, a Autoridade antitruste tem o poder-dever de evitar e coibir tempestivamente a possível infração da ordem econômica.

Não resta dúvida de que cervejas engarrafadas em vasilhames de vidro de 600 ml representam 75% das vendas de cerveja. Consequentemente, discute-se, neste caso, significativa parcela do mercado. Mais: os canais de venda em questão, por tudo isso, transformam-se em espaços privilegiados da disputa pela preferência do consumidor.

É preciso compreender o sistema de envasamento de cervejas que antecede a entrega do produto no ponto de venda (PDV). Até hoje, e isto ocorre há anos, as indústrias observam *standard de facto*. Informalmente, o setor inclinou-se para sistema unitário de vasilhames retornáveis com o mesmo material (vidro), a mesma cor (âmbar), idênticas dimensões e volumes (600 ml). Nenhuma dessas características é desprezível. Em conjunto, utilizadas simultaneamente por todas as cervejarias, as garrafas padronizadas de 600 ml geram consideráveis reduções de custos ou economias de escala. Da automação do envasilhamento ao modo de acondicionamento em caixas, do transporte à recaptura das garrafas vazias, da seleção de vasilhames na fábrica à estocagem dos recipientes retornáveis nos pontos de venda, tudo funcionou, até recentemente, como uma enorme cadeia cooperativa, igualitária e eficiente de produção de economias. Os efeitos econômicos dessa rede são indiscutíveis.

Pode-se dizer que fábricas e pontos de venda formam as extremidades de duas **rodas dentadas** que movimentam uma só **corrente** contínua, representada pela circulação de garrafas de 600 ml. A sincronia, compatibilidade

e a complementariedade entre as rodas e a corrente permitem acelerar a velocidade. Como registrou Alfred Chandler Jr., em obra clássica, "*such savings were, however, possibile only if the flow of goods through the interprise was carefully coordinated*". No interior da empresa, continua o autor, "*economies of scale and distribution were not those of size but of speed*".[12] Tais economias advêm da capacidade de integrar e coordenar o aumento do volume e da velocidade na produção e na distribuição de massa. São "*economies of speed*". O que dizer dessas economias de escala quando seus efeitos são sentidos quer do lado da oferta quer do lado da demanda, ou seja, nas duas **rodas dentadas** e, além disso, exigem integração e coordenação de **corrente** que envolve a utilização conjunta das mesmas garrafas pelo conjunto dos produtores?

Ao modificar, de forma unilateral e nas partes mais fortes e mais extensas das **rodas dentadas** e da **corrente**, as dimensões dos dentes e o espaçamento entre os elos — isto é, ao modificar o padrão das garrafas —, rompem-se os ligamentos flexíveis, perde-se a velocidade e gera-se uma "deseconomia de escalas" que provoca elevação unitária dos custos de aumento da produção. Esse aumento não atinge de forma simétrica todos os anéis da **corrente** e dentes da **roda**. Enquanto uma empresa — a líder do mercado Ambev — continua trabalhando com os dois sistemas (garrafas novas e velhas, conforme as diferentes marcas de sua carteira), as rivais de menor porte são surpreendidas com o desajuste travestido de novidade. Não há ineditismo algum na prática: imposição de custos aos rivais, contenção dos preços dos competidores, mudança unilateral de *standard* com externalidades negativas sobre os concorrentes. Resultado: falseamento da competição e fechamento de mercado.

Garrafas retornáveis são os elos da corrente. Não são peças aleatórias e insignificantes no processo, mas sim as demarcadoras dos limites e encaixes do sistema. Há relevantes fundamentos econômicos na utilização de garrafas retornáveis. Eles decorrem do elevado número médio de reutilização dos frascos. São os recipientes de mais baixo custo. Confira-se, sobre garrafas retornáveis de refrigerantes, o que disse a Federal Trade Commission nos casos Coca-Cola e Pepsico (91 F.T.C. 646-47):

> *The returnable bottle's economic advantage is its low cost. Bottlers can charge retailers less for returnables because they are able to spread the package cost*

[12] Cf. CHANDLER JR., Alfred. *The visible hand*. The managerial revolution in American business. Cambridge: Harvard University Press, 1977. p. 236.

> *over a larger number of trips whereas the total cost of a non-returnable must be recovered in on shot. As a result, soft drinks in returnable bottles are generally priced significantly lower than soft drinks in non-returnables.*[13]

Ora, o mesmo raciocínio da FTC sobre garrafas de refrigerantes vale integralmente para garrafas de cervejas. Pode-se dizer que, para a produção de cervejas engarrafadas de 600 ml, a "standartização" das garrafas retornáveis é o **processo** pelo qual a compatibilidade dos mecanismos de envasamento e distribuição dos fabricantes é obtida. A compatibilidade, por sua vez, é o **resultado** da coordenação que permite o trabalho conjunto e integrado.[14] Dado que as garrafas retornáveis ensejam custos unitários mais baixos e que a competição entre produtos compatíveis e com efeitos análogos aos de redes é mais uma competição por preços e menos por modelos ou desenhos de garrafas, em tese, o fortalecimento da competição por preços é, por si mesmo, dadas as características e estruturas do mercado, a melhor solução para a eficiência econômica. Ao contrário, a introdução do *standard* alternativo desorganiza o sistema e não tem outro sentido econômico que não seja a detenção da "*price competition*". Trata-se de artificiosa — e inegavelmente criativa — tentativa de diferenciação do produto não com base na qualidade ou nos méritos do competidor, mas sim com o objetivo de travar as reduções de preço dos rivais.

Há quem diferencie "efeitos de rede" de "externalidades de rede". Enquanto os primeiros ("efeitos") ocorreriam em mercados com elevados retornos de escala, as segundas ("externalidades") seriam restritas aos mercados com crescimento de receitas geradas por condições abaixo do nível ótimo.[15] A introdução de novo sistema de garrafas parece contemplar os dois resultados, especialmente os "efeitos". Evidentemente, a "rede" de cervejas de 600 ml não gera "efeitos" e "externalidades" do tipo clássico de interação entre consumidores do mesmo produto (telefone e fax são referências obrigatórias). Também não teria sentido dizer que o *standard* de garrafa de 600 ml equipara-se a "*essential*

---

[13] Cf. STEIN, Leonard R. The Soft Drink Interbrand Competition Act of 1980: antitrust loses its fizz. *Harvard Journal on Legislation*, v. 18, n. 1, p. 13, 1981.

[14] Ver, sobre *standards* e compatibilidade, FORRELL, Joseph; SALONER, Garth. *Competition, compatibility and standards*: the economics of horses, penguins and lemmings. Berkeley: University of California, 1986. (Institute of Business and Economic Research, Departament of Economics, papper E86-276.)

[15] Cf. LEMLEY, Mark A.; McGOVAN, David. *Legal implications of network economic effects*. Mimeo. *California Law Review*, p. 5, 1998.

facility".[16] Nada disso. Porém, os "efeitos" da conduta da Representada sobre as economias de escala geradas pelo padrão histórico de 600 ml são bastante evidentes. Os reflexos concorrenciais também são claros.

Um dos mais salientes efeitos negativos da introdução do "novo" padrão de garrafa aparece nos pontos de venda. Como se sabe, a luta por espaços nos locais de contato direto do consumidor final com as mercadorias é muito intensa. Bares, padarias, restaurantes, boates e lanchonetes ilustram bem a dimensão espacial dessa competição. Afinal, é nesses lugares que circula a maior concentração de compradores potenciais de cervejas de 600 ml. Os fabricantes sabem muito bem que precisam ocupar — quando não comprar ou subsidiar — esses espaços. É lá que os produtos são expostos, armazenados e inventariados. É lá, também, que são recapturados os vasilhames vazios, recompostos os estoques e empilhadas as caixas de bebida. É lá, finalmente, que as cervejas são geladas, vendidas e consumidas. Prateleiras, geladeiras, vitrines, espaços para fixação de material publicitário, áreas para depósito de vasilhames vazios, enfim, a ocupação de posições no "campo de batalhas" é fundamental para a competitividade do produto cerveja de 600 ml.

Tanto no Brasil quanto no exterior, atentas à importância assumida pela ocupação de espaços nos campos da "batalha final" pelas vendas, as Autoridades da concorrência têm chamado a atenção para os riscos concorrenciais decorrentes da utilização perversa e potencialmente violadora dos princípios antitruste que se faz dos pontos de venda. Na Europa, recentemente, foram impostas restrições à utilização de geladeiras com as "bandeiras" de um ou outro fabricante de bebidas. No Brasil, há poucos dias, anotou-se que, no caso de sucos de fruta, a ocupação de espaços dificulta a oferta de múltiplas marcas. Os mesmos argumentos de geografia ou arquitetura econômica, que se restringem à óbvia constatação de que espaços são bens escassos nos pontos de venda, valem em dobro para o caso de bebidas com cascos retornáveis. Diferentemente dos produtos em latinhas ou embalagens PET, as garrafas retornáveis, mesmo vazias, permanecem nos estabelecimentos e continuam ocupando os mesmos espaços.

---

[16] Confira-se, na doutrina, a relevante diferença, para o antitruste, entre os casos que envolvem "*essential facilities*", de um lado, e condutas "exclusionárias", de outro. É o caso, dentre outros, de Lemley MacGowan. *Legal implication of network economic effects*, op.cit., p. 64: "*While there are good reasons to limit the use of the essential facilities doctrine (which focuses on scale as such rather than exclusionary conduct), cases involving exclusionary conduct by competitors or a single firm seeking to obtain control of a highly standards-driven market, may well warrant application of some antitrust rule, at least where the conduct appears likely to secure control of a market standard*".

É o caso de se perguntar: mas também não era assim na situação anterior? As cervejas vazias, quando a garrafa era única, não permaneciam no ponto de venda até serem substituídas pelas cheias. Onde está a diferença? Há que se ter muita atenção e cuidado com este detalhe. Pode parecer irrisório, mas possui "efeito" negativo em cadeia e escala expressivas. O padrão duplo (600 ml × 630 ml) impõe ao ponto de venda um ônus: organizar, dividir e separar vasilhames que, anteriormente, não careciam desses zelos. Tempo, espaços e sobretudo custos são impingidos, por conta da ação isolada de um fabricante, aos distribuidores e aos produtores das cervejas rivais. Garrafas de 630 ml com a inscrição AmBev só poderão ser substituídas por outras do mesmo *standard*. Terão cuidados especiais. Não é difícil prever que, diante do incômodo, o revendedor opte pela eliminação do transtorno, poupe tempo e espaço e passe a trabalhar apenas com um fornecedor. Qual? Certamente, aquele com a maior participação de mercado. Introduz-se, assim, em mercado já concentrado, novo elemento de limitação da concorrência.

Vale averbar que, se minimamente crível, o indigitado poder de introduzir unilateralmente novo *standard* de garrafa e determinar distribuição assimétrica dos ônus e custos daí decorrentes implica verdadeira regulação privada do mercado para provocar oscilação de preços de terceiros, discriminar condições operacionais de venda e dificultar o funcionamento e desenvolvimento dos concorrentes.

A introdução do *standard* alternativo afeta o funcionamento das duas **rodas dentadas**: do lado da oferta, rompe com a coordenação do envasilhamento que gera economias de escala na produção e distribuição; do lado da demanda, os "efeitos de rede" são análogos: tempo, dinheiro e espaços em quantidades maiores são gastos para a gestão de diferença artificiosa e que nada tem a ver com a qualidade do produto ou a eficiência do negócio. Sem a padronização das garrafas, a **corrente** não se engrena com as **rodas dentadas** e os riscos de monopolização e fechamento do mercado são exponenciais. Aliás, não se consegue vislumbrar que vantagens o mercado, a competição ou os consumidores poderiam auferir com a crescente adoção do novo "*standard*" de garrafa. Que benefícios sociais, em termos de eficiência econômica, poderiam contrabalançar os efeitos anticompetitivos da migração do líder de mercado para o novo *standard*?

Uma inovação poderia justificar a mudança. Basta que se coloque uma garrafa de 600 ml (*standard*) ao lado de uma garrafa de 630 ml (padrão "inovador") para que tal justificativa vaze, deságue e entorne, com o perdão do trocadilho. A perfunctória diferença entre os cascos — porém, meticulosamente

suficiente para gerar diferença que torna os vasilhames incompatíveis — tem por finalidade conturbar o ambiente concorrencial. A doutrina, acertadamente, critica essa prática:

> *Es difícil que la auténtica innovación, es decir, aquella que supone verdaderas mejoras sobre los productos existentes con anterioridad, pueda considerarse el instrumento de una estrategia predatoria. Cosa bien distinta son los simples* ***cambios de diseño presentados por la empresa dominante como innovaciones, y que no tienen otra finalidad que perjudicar a los competidores****, ya sea mediante la saturación del mercado, ya a través de cambios en la compatibilidad. Especialmente grave es la modificación, sin previo aviso, de los estándares de compatibilidad de un producto básico en torno al cual hay un mercado de productos periféricos*[17] (grifos nossos)

No mercado de cervejas envazadas nas garrafas de 600 ml — relembre-se: a confecção mais popular, barata e vendida — o fenômeno, típico da economia moderna, de deslocamento das relações concorrenciais do momento da (i) fabricação do produto para os momentos que (ii) antecedem ou que se (iii) seguem ao fabrico é bastante claro. A escolha do casco antecede o engarrafamento. A "batalha" no ponto de venda sucede a confecção da cerveja. As questões relacionadas ao *standard* de garrafa são relevantes nos três momentos. Por isso, apesar de parecer mero detalhe, ocupa posição estratégica na cadeia de valor ou na "corrente" do nosso sistema virtual. O fenômeno, que não é exclusivo do mercado aqui discutido, não passou desapercebido pelos doutrinadores. Davide Pellegrini, por exemplo, registra bem a mudança:

> *Alla soglia degli anni Novanta, l'impresa si presenta come parte di un delicato sistema di relazioni esterne. Da una parte, si rapporta con promotori finanziari, banche, prestatori di fiducia, intermediari di alleanze strategiche, lobbies, istituzioni; dall'altra con progettisti, assemblatori, designer, agenzie di pubblicità e di promozione, trasportatori, rivenditori finali, responsabili dell'assistenza e della garanzia ecc. Il baricentro del valore si sposta chiaramente dal mondo della produzione di merci a quello di idee, conoscenze e servizi che precedono e seguono il* manufacturing.[18]

---

[17] Cf. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco. *Precios predatorios y derecho antitrust*. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 51.
[18] Cf. PELLEGRINI, Davide. *Channel equity*. Valore, concorrenza, regole nel commercio dei prodotti globali. Milão: Egea, 2001. p. 27.

Em outros mercados com "efeitos de rede" parecidos com o da cadeia padronizada de cascos retornáveis de 600 ml — sistemas operacionais de computadores e redes de caixas eletrônicos, por exemplo — constata-se a tendência para a estabilização de redes capazes de promover "economias de ubiquidade", é dizer, resultantes da onipresença e da natureza intercambiável de modelos, bandeiras ou vasilhames. Os efeitos pró-competitivos da "ubiquidade" residem na expansão da compatibilidade e, consequentemente, da elevação da variabilidade e oferta de produtos e serviços. Diferentemente, a propagação abrupta de redes e sistemas alternativos tende ao movimento aposto: redução da variabilidade e restrição da oferta de produtos e serviços.

O cenário mais sombrio que se delineia com a introdução de um novo *standard* de garrafas é o do aumento de fidelização não só à marca, mas também ao *standard*. Se os estabelecimentos que trabalham apenas com a marca Ambev já são numerosos, a entrada dos rivais nesses postos de venda restará ainda mais difícil. Nos demais pontos de venda, a "batalha" das garrafas tenderá à eliminação de um dos sistemas e à elevação de custos de troca de sistemas que fortalecerão as posições da empresa dominante.

III. Imposição de custos aos rivais

A Ambev introduziu, no mercado de cervejas de vasilhames retornáveis, nova garrafa de vidro de 630 ml com a inscrição "AmBev" para a comercialização das cervejas Skol (desde março de 2008) e Bohemia (desde final de 2007). Segundo o fabricante, esta estratégia representa inovação nesse mercado e contribui para o acirramento da concorrência. Com o intuito de examinar os efeitos dessa estratégia no mercado, serão analisados os conceitos de inovação e concorrência e a relação entre esses conceitos. Isso se faz importante em razão do sacrifício que a Ambev impõe aos rivais no altar da falsa inovação. Trata-se de imposição de custos aos rivais travestida de inovação.

As teses de Schumpeter a respeito do desenvolvimento do capitalismo firmaram a inovação como seu principal impulsionador. Segundo o economista, a capacidade de crescimento está alicerçada na velocidade de criar novos produtos, novos métodos de produção ou transporte, novos mercados, novos tipos de organização industrial.[19] Introduz, assim, concepção de con-

[19] Cf. Schumpeter, Joseph. A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1984. p. 112.

corrência não só baseada em preços, mas também em "qualidade e esforço de venda". Defende que a "concorrência que conta" é aquela que "comanda uma vantagem decisiva de custo ou qualidade e que atinge não a fímbria dos lucros e das produções das firmas existentes, mas suas fundações e suas próprias vidas".[20] Esse tipo de concorrência produziria, a longo prazo, expansão da produção e redução dos preços. A inovação desejada pela concorrência seria, então, aquela correspondente à geração de uma nova ideia que pode comandar uma vantagem decisiva de custo ou qualidade e, por consequência, reduzir preços e expandir produção.

Ficará demonstrado que a "nova garrafa AmBev de 630 ml", ao invés de comandar vantagem decisiva, aumenta os custos dos rivais, diminui a competição por preços e, no limite, fecha o mercado, reduzindo a quantidade e variedade de produtos diferenciados.

Inovação pode ser importante fomentadora da concorrência se introduzir vantagem decisiva de custo ou qualidade, como dizia Schumpeter, e, por consequência, reduzir preços e expandir produção. A projeção antitruste desse entendimento é bem registrada por Moura e Silva, que afirma:

> a tecnologia é encarada pelo direito da concorrência como um dado de fato; o que importa é o **papel que ela desempenha no jogo concorrencial e de que modo eventuais práticas restritivas**, que tenham por objeto a sua aquisição, transmissão (ou o respectivo entrave), **podem contrariar as finalidades próprias daquele normativo**.[21] (grifos nossos)

Para o direito da concorrência, o papel da inovação no jogo competitivo é muito relevante. Inovação concorrencialmente desejável é a que não contraria as finalidades próprias da defesa antitruste. Aumento da eficiência produtiva e dos benefícios para o consumidor (menor preço, melhor qualidade, diversidade de opções), especialmente a longo prazo, devem ser os motes da inovação pró-concorrência.

Portanto, compete à defesa da concorrência **incentivar** o livre desenvolvimento das inovações com efeitos pró-concorrência. Porém, **proibir** os artifícios que sejam denominados inovação embora não tenham o condão de introduzir vantagem decisiva de custo ou qualidade e, por consequência, reduzir

[20] Cf. ibidem, p. 114, grifos nossos.
[21] MOURA E SILVA, Miguel. *Inovação, transferência de tecnologia e concorrência*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 32.

preços e expandir produção, mas sim contrariar os fins do direito antitruste. Disso decorre que não compete ao direito antitruste delimitar o que é inovação *lato sensu*. Seu papel é distinguir a inovação concorrencialmente desejável daquela que limite, falseie ou prejudique a livre concorrência.

Essa diferenciação será importante toda vez que o SBDC se deparar com litígio concorrencial relativo à introdução de "inovação". No PA em análise observa-se exatamente essa discussão. A questão a ser respondida é: a "nova garrafa AmBev de 630 ml" exclusivamente para a venda das cervejas Skol e Bohemia é concorrencialmente adequada?

Quais os efeitos desse vasilhame na dinâmica concorrencial? Positivos (introduzir vantagem decisiva de custo ou qualidade)? Negativos (diminuir a disponibilidade de produtos substitutos ou aumentar seus preços)? As respostas a essas perguntas dependem da correta compreensão do sistema de engarrafamento, transporte, distribuição, armazenamento e venda de cerveja em garrafas retornáveis. Serão apresentados abaixo três distintos cenários de análise.

Cenário I — como era

Historicamente, todos os fabricantes de cervejas retornáveis colocam em circulação vasilhames de vidro idênticos, com capacidade útil de 600 ml — cor âmbar. Pode-se dizer que, tradicionalmente, há anos estabilizou-se um "standard" de garrafa e um sistema único de vasilhames rigorosamente iguais: não há necessidade de distinguir as garrafas recebidas dos diversos fornecedores. Conforme as cervejas são consumidas, as garrafas vazias são recolocadas no engradado de qualquer marca. Os fabricantes recolhem seu engradado sem necessidade de conferir as garrafas vazias, tendo em vista o único tipo de garrafa retornável existente no mercado de cerveja.

Essa dinâmica sempre favoreceu o "mercado a frio" na medida em que não o obrigava a adquirir a mesma marca uma vez que o vasilhame de todas as marcas era igual. Por isso, não havia custos de troca de garrafas. O consumidor, por sua vez, podia optar por diferentes marcas e preços, e o fabricante de cerveja tinha eficiente processo de engarrafamento e oferecia rápida distribuição ao ponto de venda.

A dinâmica também beneficiava a demanda no mercado de autosserviço, pois o consumidor de garrafa retornável adquiria sua marca preferida sem se preocupar com o tipo de vasilhame que portava.

Cenário II — como ficou com a "nova garrafa"

A Ambev inseriu no mercado de cervejas retornáveis garrafa de vidro de 630 ml, de cor âmbar, com as inscrições (em alto-relevo e em diversas partes da garrafa) "AmBev", "Qualidade AmBev" e "Garrafa AmBev 630". Essa introdução aconteceu primeiro no Rio Grande do Sul, com a marca Bohemia (final de 2007) e, depois, no Rio de Janeiro, com a marca Skol (março 2008). As demais marcas da Ambev são oferecidas, até o momento, na garrafa retornável de 600 ml, igual à de todos os fabricantes. Com a introdução da "nova garrafa AmBev de 630 ml retornável", o ponto de venda enfrenta de forma agravada duplo problema de espaço na comercialização da cerveja: o estoque das garrafas é realizado antes e após o consumo. Essa limitação traz pelo menos duas consequências prejudiciais à dinâmica concorrencial no ponto de venda: (i) restrição à oferta de variadas marcas e (ii) imposição ao fabricante de entrega e retirada muito mais frequente, rápida e custosa para suprir a demanda.

A Ambev inicia a troca das garrafas de 600 ml pela "sua nova garrafa AmBev de 630 ml" para as cervejas Bohemia e Skol. Para as demais marcas, a Ambev continua a vender cerveja na garrafa de 600 ml.

A partir de então, na visita ao ponto de venda, a Ambev retira as garrafas de 600 ml e as substitui pelas "novas garrafas AmBev de 630 ml" para as marcas Skol (no Rio de Janeiro) e Bohemia (no Rio Grande do Sul), continuando a usar as garrafas standard de 600 ml para as demais marcas Ambev.

Neste cenário, os pontos de venda com presença dos concorrentes da Ambev incluem, na dinâmica de troca, a separação entre as "novas garrafas AmBev de 630 ml" e as garrafas comuns de 600 ml. O **ponto de venda** altera sua rotina para separar as garrafas ("Peneira I"). Os **concorrentes** da Ambev também foram obrigados a mudar sua rotina na visita ao ponto de venda, pois há necessidade de conferir todas as garrafas para não serem recolhidas as "novas garrafas AmBev de 630 ml" ("Peneira II"). Nas fábricas, o processo de separação continua, pois, apesar dos esforços realizados na "Peneira I" e na "Peneira II", mesmo assim "as novas garrafas AmBev de 630 ml" chegam às fábricas dos concorrentes, pois é inegável a semelhança entre a usual garrafa de **600 ml** e a "nova garrafa AmBev de **630 ml**". Imperativa uma terceira fiscalização ("Peneira III"). Essa terceira fiscalização é realizada através de "inspetor eletrônico" (também utilizado no cenário I) para excluir garrafas sujas e quebradas do processo de envasamento. No entanto, esse "inspetor" não é capaz de identificar todas as garrafas Ambev que entram na linha

de produção. Assim, as "novas garrafas AmBev de 630 ml" não "peneiradas" nas duas primeiras seleções implicam para os concorrentes dois problemas: (i) devem ser levadas ao ponto de venda para "destroca" pelas garrafas de 600 ml vazias; (ii) "novas garrafas AmBev 630 ml", não identificadas pelas Peneiras I, II e III, entram no mercado envasando a cerveja do concorrente.[22]

Assim, as "peneiras II e III" aumentam o custo e diminuem a velocidade das visitas aos pontos de venda dos concorrentes. Com outras palavras, dificultam e podem até mesmo inviabilizar a imprescindível visita frequente, rápida e eficiente para manter a alta rotatividade da troca de garrafas no ponto de venda.

Mas não é só! A "peneira I" agrava ainda mais a limitação de espaço no ponto de venda (identificado no cenário I).

O estoque separado de garrafas é feito antes e após o consumo. Por isso, a partir do momento em que o ponto de venda passa a guardar duas garrafas diferentes, isto é, a usual de 600 ml e a "nova garrafa AmBev de 630 ml" para venda inicial da Skol e Bohemia, o problema "espaço" passa a ser gravíssimo! O ponto de venda é desincentivado a comprar dos concorrentes da Ambev pelo menos por dois motivos: (i) não tem espaço para armazenar diferentes tipos de garrafa;[23] (ii) incorre em custos de separação. Logo, o desincentivo não está associado a critério preço e qualidade do produto, mas ao critério espaço e custos de separação. Importante registrar que o problema de espaço nos pontos de venda foi levantado, recentemente, em importantíssimo voto do Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos (AC 08012.000298/2007-13) do qual, pela pertinência, clareza e analogia com o presente caso comporta transcrição:

> supermercados e hipermercados... Nesses estabelecimentos normalmente **não há problemas de espaço nas gôndolas**, que podem exibir diversas marcas, nem tampouco na manutenção de estoques, já que **tais estabelecimentos normalmente têm espaços adequados para a**

[22] Consta nos autos que a Femsa engarrafou cerveja Kaiser na garrafa AmBev, apesar dos esforços realizados nas peneiras I, II e III. A própria AmBev não é capaz de separar totalmente seus produtos. De acordo com os autos, cervejas Brahma e Antarctica, que deveriam ser engarrafadas na garrafa de 600 ml comum, foram engarrafadas na garrafa AmBev (fls. 413/414).

[23] Como explicado no cenário I, enquanto as garrafas são comuns o ponto de venda pode comprar as marcas desejadas, na medida em que a opção por determinada marca, num primeiro momento, não o obriga a optar pela mesma marca num segundo momento, já que os vasilhames de todas as marcas eram idênticos.

> **manutenção de estoques** de bebidas e produtos alimentícios. (grifos nossos, p. 8)
>
> canais tradicional e bar... (i) os comerciantes possuem menor poder de barganha frente às indústrias, se comparado com o autosserviço; (ii) **geralmente há poucas opções de marcas à disposição do consumidor, pelo fato de haver pouco espaço nos estoques e nas prateleiras, exigindo-se reposições frequentes; (iii) exige-se um sistema de distribuição extenso, bastante vascularizado e eficiente**; e (iv) geralmente nesses canais se oferece alguma vantagem ao consumidor para que ele aceite pagar um preço mais elevado do que no autosserviço ... mercado frio" (grifos nossos, p. 9)

Por fim, no mercado de autosserviço o consumidor que tenha interesse em adquirir, em sua próxima compra, produto não engarrafado no vasilhame que possua em casa, incorrerá em custo adicional de troca de vasilhame.

Cenário III — como possivelmente será

As principais cervejas da Ambev (Skol, Brahma, Antarctica e Bohemia), assim como as demais cervejas dessa marca, seriam engarrafadas na "nova garrafa AmBev de 630 ml". Nesta hipótese, a separação de vasilhames e a limitação de espaço que no cenário I apresentavam dificuldades e no cenário II eram gravíssimas, neste III cenário, muito possivelmente, implicariam fechamento de grande parte do mercado. As marcas líderes da Ambev (Skol, Brahma, Antarctica e Bohemia) seriam comercializadas na "nova garrafa AmBev de 630 ml" e as marcas concorrentes na usual garrafa de 600 ml. Nessa situação, o ponto de venda não seria apenas desincentivado: seria praticamente (de forma implícita) obrigado a vender apenas produtos Ambev. Isso porque seu pequeno espaço comporta estoque de poucos vasilhames e, entre optar pelos vasilhames das marcas líderes ou dos concorrentes, restaria única e óbvia opção: venda exclusiva de produtos Ambev.

Nos dois cenários (II e III) que introduzem novo *standard* de engarrafamento afiguram-se situações anticoncorrenciais. A identificação das condutas anticompetitivas pressupõe respostas às seguintes questões:

(I) A conduta elimina ou diminui a capacidade de competição dos concorrentes?
(II) Diminui as ofertas de qualidades e preços?
(III) Diminui o poder de escolha do consumidor?
(IV) Anula elementos presentes na situação *ex ante* imprescindíveis à concorrência?

Nessa linha, as estratégias de aumento dos custos (*cost-raising strategies*) podem produzir dois efeitos: (i) pró-concorrenciais: derivados de ações de competição por mérito (*competition on the merits*); (ii) anticoncorrenciais: quando utilizados de forma predatória[24] para criar desvantagens de competição ou excluir os rivais do mercado.

As estratégias anticoncorrenciais geralmente envolvem também o aumento dos custos da firma "predadora". Isso não impede, contudo, o êxito da conduta, ainda que a lei sequer exija a obtenção do resultado. O lucro econômico poderá ser majorado mesmo quando o aumento dos custos dos rivais significar aumento dos próprios custos do predador[25]. O aumento dos custos dos rivais pode ser interessante para o "predador", pois pode induzir os concorrentes a diminuir a oferta ou a aumentar seus preços. Numa indústria caracterizada por oferta de produtos homogêneos, por exemplo, a firma "predadora" aumentará seu lucro e, portanto, obterá o resultado almejado se seus custos médios crescerem menos do que o aumento dos custos marginais dos rivais (o que, nesse caso, equivalerá ao aumento do preço de mercado com a oferta da firma dominante mantida constante)[26].

Exemplos clássicos de *cost-raising strategies* são: contratos de exclusividade (*exclusive dealing*); lobby com legisladores ou agências regulatórias, com o intuito de criar regulações desfavoráveis ao concorrente; e **adoção de tecnologias incompatíveis**[27]. Essas estratégias predatórias, por não envolverem a

[24] "*predation should be defined as a response to a rival that sacrifices part of the profit that could be earned, under competitive circumstances, were the rival to remain viable, in order to induce exit and gain consequent additional monopoly profit*". Cf. ORDOVER, J.A.; WILLIG, R.D. *An economic definition of predatory product innovation*. Strategic views of predation, 1981, p. 1.
[25] Nesse sentido, Scheffman e Higgins afirmam "*that a strategy by a dominant firm that raised its rivals' costs but also increased the dominant firm's own costs could be profitable is 'obvious'*". In: SCHEFFMAN, David; HIGGINS, Richard. *20 years of raising rival's costs*. Disponível em: <www.ftc.gov/be/RRCGMU.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2008.
[26] Exemplo detalhado por Scheffman e Higgins, *20 years of raising rival's costs*, op. cit., p. 6.
[27] Os exemplos foram extraídos de SALOP e SCHEFFMAN, Cost-raising strategies. *The Journal of Industrial Economics*, v. XXXXVI, p. 19, 1987.

conduta tradicional de preço predatório, são denominadas por parte da literatura como predação por meio diferente de preço ("*non-price predation*").[28]

Salop e Scheffman defendem que estratégias de aumento dos custos dos rivais apresentam diversas vantagens em relação ao preço predatório para o concorrente engajado na competição anticoncorrencial, dentre as quais destacam:

> *First, cost raising strategies do not have an inherent problem of credibility.* ***Such strategies may be profitable whether or not rivals exit****, since higher cost rivals have an incentive to cut back output and raise prices* ***immediately****, which may make it possible for the predator to reap gains even in the short run. Secondly, unlike predatory pricing,* ***classical****, single* ***firm market power*** *… in the relevant output market* ***is not essential for the success of cost-raising strategies, since even perfect competitors can benefit if rivals have higher costs.***[29] (grifos nossos)

Desse modo, as estratégias de aumento dos custos dos rivais podem ser mais eficazes do que o preço predatório, pois viabilizam a obtenção de lucro pelo "predador", mesmo quando os rivais não são excluídos do mercado, uma vez que os rivais são obrigados a readequar suas produções (diminuir oferta ou aumentar preços) **imediatamente**. Logo, no caso de estratégias de aumento dos custos dos rivais, os resultados são gerados **já no curto prazo**. Além disso, não é necessário que o "predador" detenha poder de mercado, pois até mesmo concorrentes em mercado "perfeito" podem se beneficiar do aumento dos custos dos rivais.

Ordover e Willig vão além e explicam que mesmo as inovações obtidas de forma genuína podem ser anticoncorrenciais:

> *Surprisingly, we find that* ***even genuine innovations****, that is new products that in some regards are superior to existing ones in the eyes of both engineers and consumers,* ***can in fact be anticompetitive****. Such* ***predatory innovations*** *do not provide benefits to consumers that are worth the cost, and are* ***motivated by the additional monopoly profits that are made possible solely by the exit they induce.***[30] (grifos nossos)

---

[28] Cf. ibidem.
[29] Cf. ibidem, p. 19-20.
[30] Cf. Ordover e Willig, *An economic definition of predatory product innovation*, op. cit., p. 2.

Nesse sentido, os autores delimitam inovação predatória: "*an introduction of a new product is predatory if it is a response to a rival that sacrifices part of the profit that could be earned, under competitive circumstances, were the entrant to remain viable, in order to induce exit and gain consequent additional monopoly profits*".[31]

A introdução de novo produto substituto do produto do concorrente pode provocar o redirecionamento das vendas do concorrente para a firma "inovadora". No entanto, para definir se essa tática é pró ou anticompetitiva, deve-se averiguar se resulta aumento da variedade ou melhora da qualidade dos produtos disponíveis para os consumidores ou inviabiliza a concorrência através da eliminação de rivais que são essenciais para manutenção da competição.

Cabe ao direito antitruste proibir a inovação concorrencialmente **indesejável** ("inovação predatória"), ainda que obtida de forma genuína, devido aos possíveis efeitos **severos, imediatos** e, em alguns casos, **dificílimos de superar**. De fato, a permanência dos concorrentes no mercado depende do custo, isto é, de quanto lucro econômico conseguirá fazer, e, também, da dinâmica do mercado, ou seja, da possibilidade de dar continuidade ao negócio se agravados certos limites de operação.

Na presente investigação, as cervejarias representantes trabalham contra a limitação do espaço do ponto de venda e a consequente impossibilidade de comercializar muitas marcas. No cenário I (uso de vasilhame comum), as cervejarias tentam superar essa restrição através do oferecimento de um sistema de engarrafamento único e de distribuição rápida, frequente e eficiente. No cenário II, no entanto, o sistema de engarrafamento e distribuição das cervejarias concorrentes é **desacelerado** e **encarecido** pela introdução da "nova garrafa AmBev de 630 ml" e os pontos de venda são estimulados a comprar mais produtos Ambev, uma vez que estes não implicam custos de separação, bem como não aprofundam a dificuldade de estocagem, pois os dois tipos de garrafa (a usual de 600 ml e a nova de 630 ml) são aceitos pela Ambev no momento da decisão da próxima compra do ponto de venda, enquanto que apenas a garrafa de 600 ml é aceita pelos concorrentes. No cenário III, as marcas líderes são comercializadas nas "novas garrafas AmBev de 630 ml" e os pontos de venda são praticamente "obrigados" a comercializar apenas as marcas Ambev.

Sistema é um todo composto por partes complementares, combináveis e compatíveis para uso conjunto. No cenário I, o sistema é composto pelas cervejas e pela garrafa de uso comum de 600 ml ("Sistema Comum"). No cenário

[31] Cf. ibidem, p. 17.

II, existem dois sistemas: o primeiro composto pelas garrafas usuais de 600 ml dos concorrentes e da Ambev; o segundo composto pelas "novas garrafas AmBev de 630 ml" das marcas Skol e Bohemia ("Sistema AmBev"). No cenário III, tem-se também dois sistemas: o primeiro resultante da combinação das cervejas concorrentes e da garrafa de 600 ml e o segundo, fruto das cervejas e garrafas Ambev 630 ml. Instaura-se, nessa última hipótese, o jogo concorrencial entre duas redes completamente separadas.

Desse modo, diferentemente dos cenários II e III, no cenário I o ponto de venda e o consumidor final podem combinar as cervejas produzidas por qualquer empresa com a garrafa de uso comum de 600 ml. Com outras palavras, o Sistema Comum possibilita o maior número de combinações possíveis, isto é, permite ao ponto de venda escolher a cerveja preferida a cada compra. O consumidor final, por sua vez, também desfruta desse sistema ao poder escolher a melhor combinação. No limite, quanto maior o número de agentes, mais estes se tornam tomadores de preços e o núcleo encolhe para o conjunto de alocações competitivas. Assim, a compatibilidade no Sistema Comum aproxima o mercado do equilíbrio competitivo.

De outro lado, nos cenários II e III, a "nova garrafa AmBev de 630 ml" não é compatível com o Sistema Comum. Assim, para comercializar as cervejas Skol e Bohemia (e, no limite, qualquer cerveja Ambev) os pontos de venda devem adquirir as "novas garrafas AmBev de 630 ml". A diferença entre as garrafas cria barreiras para o consumidor (ponto de venda e consumidor final) adquirir sua cesta preferida. Dado o limite de espaço do ponto de venda, a diferenciação de garrafas impede o comprador de escolher, a cada compra, sua cesta preferida. A garrafa distinta introduz um custo de transação que estimula o ponto de venda a ser fiel a apenas um dentre dois sistemas: Sistema Comum ou Sistema AmBev. Como o Sistema AmBev é composto pelas marcas líderes, o Sistema Comum acaba sendo preterido. Desse modo, no cenário II, o mercado se distancia do equilíbrio competitivo, e os jogadores se tornam menos tomadores de preços. No extremo, ilustrado pelo cenário III, o mercado é dominado por um agente que pode fixar preço de monopólio.

Nesse sentido, Stein explica que a diferenciação de produto ocorre quando o produtor tenta criar a impressão de que seu produto é único, de tal forma que os consumidores estejam menos dispostos a adquirir produtos de outra marca caso seu preço aumente.[32] O produtor tenta criar a falsa impressão de

[32] STEIN, Leonard R. The Soft Drink Interbrand Competition Act of 1980, op. cit., p. 135.

que seu produto não é intercambiável com o do concorrente, no intuito de aumentar o seu *mark-up*. Como exemplo, Stein menciona:

> *assume that consumers generally drink either M cola or O cola; the colas taste similar; and they each cost 35 cents per can. Presumably, an increase in M cola to 50 cents per can would prompt consumers to drink more O cola. Now suppose that the M company changes its name to Millionaire's Cola and undertakes an advertising campaign designed to convey the notion that successful people drink Millionaire's. If M's campaign were successful, it could raise its price without causing consumers to flock to o cola.* ***Product differentiation not based on differences in product quality is inefficient and results in a misallocation of economic resources****.*
> *The battle for product differentiation is quite intense in the soft drink industry. Among soft drink manufacturers, product differentiation is seen not as means of raising prices to increase revenues,* ***but as a hedge against price reductions by competitors****. To the extent that vertical territorial restrictions allow bottlers to obtain higher mark-ups, they intensify product differentiation by providing capital to fund the requisite promotional activities*.[33] (grifos nossos)

A questão aqui examinada é similar. A Ambev criou a "nova garrafa AmBev de 630 ml" e não mudou o sabor das cervejas. Criou diferenciação de produto ineficiente e que provoca a má alocação dos recursos econômicos. Essa prática manipula o mercado ao impedir o consumidor de escolher sua cesta preferida e o concorrente de ganhar mercado aproximando seu preço ao custo marginal. Distancia, portanto, o mercado do equilíbrio competitivo através de uma estratégia camuflada ("inovação" supostamente pró-concorrencial). Como consequência, o concorrente enfrenta o aumento dos custos gerados pelo processo de peneiração ("peneiras I, II e III") e, no limite, é impedido de ofertar seu produto para o consumidor (fechamento de mercado).

IV. Cabimento de medida preventiva

As medidas preventivas previstas no artigo 52 da Lei nº 8.884/94 pressupõem "*periculum in mora*" e "*fumus boni iuris*". Os dois requisitos dizem

[33] Ibidem.

respeito especificamente ao bem jurídico tutelado pelo antitruste nacional: o direito coletivo à livre concorrência e à livre-iniciativa. A imposição de custos aos rivais, os efeitos sobre a rede *standard* de garrafas de 600 ml e o perigo de fechamento de mercado são concretos, imediatos e de completa plausibilidade e verossimilhança. Não se exige, nesta etapa do processo, prova inequívoca nem do potencial para o dano nem da inexorabilidade do prejuízo ao mercado. Basta a plausibilidade da alegação.

Note-se que, nas situações que envolvem "efeitos de rede", entende-se que a simples ameaça ou anúncio de um novo *standard* de produção é capaz de provocar consequências sobre a concorrência. A doutrina etiquetou o fenômeno com o "*vaporware issue*".[34] Apesar de polêmica, essa solução é incorporada por alguns importantes casos antitruste. Se é assim com produtos ainda sequer lançados, o que dizer de novos *standards* já introduzidos e gerando efeitos sobre o mercado? A intervenção saneadora é mais do que urgente e necessária.

Viu-se, ainda, que, no presente caso, além de afetar as economias de escala relativas às ofertas da indústria (desorganização da corrente cooperativa que reduz custos e eleva a oferta e o número de competidores), a conduta em prática também gera "efeitos de rede" sobre a demanda de consumo (elevação dos custos decorrentes do tempo e do espaço necessários para a separação dos vasilhames). A dupla face das consequências da introdução do novo *standard* reforça ainda mais a premência da manutenção e expansão da cautela concorrencial.

O aumento dos custos dos rivais, para a teoria econômica, envolve efeitos imediatos e ainda mais severos, contra o mercado competitivo, do que os preços predatórios: "*manipulation of the product set can frequently be more effective than price cutting as an anticompetitive tactic*".[35] Consequentemente, cabe às autoridades responsabilidade e cuidados ainda maiores nas intervenções no mercado.

A produção de cervejas em garrafas de 600 ml forma um sistema. A introdução de uma pequena diferença (vasilhame de 630 ml) gera desarranjos, instabilidades e desorganização do mecanismo. Oferece a um dos competidores — exatamente aquele com maior participação de mercado — a excepcional possibilidade de introduzir um "Cavalo de Troia" no sistema. A garrafa "ini-

[34] Cf. STEPHAN M. LEVY. Should "vaporware" be an antitrust concern? *Antitrust Bulletin*, v. 42, p. 33-34, 1997.
[35] Cf. Ordover e Willig, *An economic definition of predatory product innovation*, op. cit., p. 18.

miga" invade fábricas e caminhões dos concorrentes. Gera inconvenientes, principalmente, nos PDVs. Nas fábricas dos rivais, o vasilhame de 630 ml cria situação concorrencial no mínimo insólita: a **recepção forçada** de elemento estranho, indesejado e desfuncional, que entra e sai por seus próprios portões, transportado por seus caminhões. Nos PDVs, o casco "inovador" impõe — quer a quem deve recolhê-lo (os fabricantes concorrentes), quer a quem deve estocá-lo (proprietários dos PDVs) — **separação forçada** das garrafas que antes era desnecessária. Note-se que, nos dois casos, paralelamente à elevação de custos, existe **intromissão física**, abusiva, unilateral e potestativa de um concorrente no coração dos demais competidores: linhas de produção, formas de distribuição e pontos de comercialização. Trata-se de uma das mais gritantes agressões que competidores podem sofrer. Além de afetar potestativamente custos e preços dos rivais, a nova garrafa da líder desorganiza, de forma direta e física, a linha de produção dos rivais.

A existência do "Cavalo de Troia" é pública e notória: SDE e Cade, em inspeções "*in loco*", constataram a presença dos cascos indesejados no interior das fábricas visitadas. É o que basta para ameaçar concretamente o ambiente concorrencial. Se hoje a garrafa de 630 ml dá seus primeiros passos, possui distribuição localizada e restringe-se a poucas marcas, que fique bem claro: quem penetra com tanta facilidade nas linhas inimigas é o líder de mercado. Aumentar ou diminuir a quantidade de garrafas, as áreas de cobertura e o número de marcas dependerá apenas do arbítrio da empresa líder. Quem já introduziu um "Cavalo de Troia" na linha de produção de rival, sem um basta das autoridades da concorrência, poderá introduzir milhares de outros cascos. E o fará. O beneplácito do Cade será a corneta autorizadora do ataque final. Exatamente para prevenir o mercado contra essas situações é que existem as medidas preventivas.

A Lei nº 8.884/94 é bastante clara e, ao mesmo tempo, flexível quando dispõe sobre as medidas preventivas. Dispõe o art. 52 que, na presença de mero indício ou receio de que o representado possa causar lesão ou torne o resultado final do processo ineficaz, justifica-se a adoção de preventiva. A tutela vale, também e principalmente, para a iminência de ofensa à concorrência. A instrução até agora realizada, como deixa claro o Relatório de Diligência realizado nos dias 12 e 13 de junho pelo Conselheiro Luis Carlos Delorme Prado, constatou, aqui e ali, uma garrafa, 20 garrafas, 37 garrafas, quatro carretas de garrafas Ambev de 630 ml! Pouco importa, nesta fase de instrução, se o número é pequeno, inexpressivo ou enorme. A constatação relevante é outra: é fácil para a empresa líder do mercado, unilateralmente, afetar a linha de produção

dos rivais. Caso, eventualmente, o número de garrafas encontradas na Cervejaria Petrópolis — ou em qualquer outra concorrente — ainda seja diminuto, dúvida não pode haver de que a Ambev possui poder para multiplicar rapidamente sua invasão de "Cavalos de Troia". As garrafas Ambev de 630 ml encontradas nas instalações da Cervejaria Petrópolis são mais do que meros indícios e receios de lesão ao mercado: elas comprovam, veementemente, o poder da Ambev para causar a lesão. Aliados, o indício e o poder de causar o dano justificam a adoção da preventiva.

O Cade já constatou o que deveria constatar: indícios de que, potestativamente, a Ambev pode se intrometer na produção dos concorrentes e alterar, unilateralmente, o *standard* ou sistema de envasilhamento da cerveja de maior aceitação no mercado (600 ml). Seu poder de mercado é fato notório. Quem introduziu **uma** garrafa de 630 ml no sistema poderá introduzir **milhões**. As perguntas a serem formuladas pela Autoridade são poucas. Vale enumerá-las e respondê-las à luz dos fatos:

Há indício de dano? Claro que sim. Quem introduziu uma garrafa, um engradado ou uma carreta de cascos diversos no sistema, poderá introduzir milhares e desorganizar a competição em proveito próprio.

Há possibilidade de se causar lesão? Evidente que há. Não é qualquer empresa, qualquer cerveja ou qualquer garrafa que estão envolvidas na questão. Trata-se da empresa líder. Cuida-se da popularíssima cerveja Skol. O sistema ou envasamento modificado é o da confecção mais vendida: garrafas de 600 ml.

Negada a preventiva, o indício e o poder para causar o dano serão expandidos? Certamente! Não é por acaso que os vasilhames de 630 ml estampam, em relevo no vidro, a palavra Ambev, e não as marcas Skol ou Bohemia. O caminho está aberto para a adoção do novo vasilhame em todas as cervejas da empresa líder. A conduta está em curso. Seus efeitos já são sentidos no mercado. A iminência de multiplicação da ameaça é palmar. As armas para o ataque à livre concorrência já foram desensarilhadas. Ao Cade cabe preservar a competição, não chancelar a capitulação do mercado ao mais forte.

Os dois pressupostos para a adoção de Medidas Preventivas do direito antitruste nacional são idênticos aos pressupostos de concessão das medidas cautelares: "*fumus boni iuris*" e "*periculum in mora*".

Toda Medida Preventiva requer a existência prévia de direito ou situação jurídica material a ser tutelada pelo Processo Administrativo. A Preventiva apenas antecipa, provisoriamente, provimento próprio da pretensão principal. Basta que, **prima facie**, fique caracterizada a iminência da ameaça ao mer-

cado para que toda a Lei nº 8.884/94 saia em defesa das justificativas jurídicas para a preventiva. Medidas preventivas são o que afirmam ser: ferramentas para prevenir danos. Não é preciso aguardar que um milhão de garrafas de 630 ml invada as fábricas dos concorrentes para que o Cade intervenha. O "*fumus boni iuris*" é patente. A conduta tem potencial para prejudicar a concorrência.

Quanto ao "*periculum in mora*", há que se examinar a matéria do prisma concorrencial e sob o perfil dinâmico. A mudança do *standard* e a imposição de custos aos rivais poderão alterar, rapidamente e de modo irreparável, o equilíbrio, as posições e a dinâmica do mercado? Essa alteração decorrerá do artifício "garrafas de 630 ml"? O estado de fato entre os competidores poderá ser alterado, em razão da conduta da Representada, no curso da tramitação do PA? As respostas a essas três indagações encontram-se ao longo de todos os argumentos expendidos neste parecer. As informações sobre reclamações dos PDVs, perda de clientes e criação de novas barreiras à entrada, dentre outras consequências negativas para o mercado e a preservação dos concorrentes, permitem respostas positivas às três perguntas: (i) o impacto sobre o mercado poderá ser rápido e devastador; (ii) o artifício alterará a estrutura do mercado; (iii) as posições dos "players", ao longo do PA, possivelmente serão alteradas em razão da conduta da Representada.

Por tudo isso, a adoção da preventiva é perfeitamente cabível.

Conclusão

Aos quesitos inicialmente propostos pode-se responder que,

(A) Introdução da nova garrafa de 630 ml retornável da Ambev, utilizada (i) no estado do Rio de Janeiro, para distribuir a cerveja Skol e (ii) no estado do Rio Grande do Sul, para distribuir a cerveja Bohemia, aumenta os custos dos rivais?

Sim. Modifica o sistema padronizado de engarrafamento e reduz os ganhos de escala na produção e na distribuição. Esses custos são distribuídos de forma assimétrica entre a Representada (que utiliza os dois padrões) e seus rivais (que utilizam apenas um).

(B) Que efeitos podem ser produzidos, a curto e a longo prazo, pela distribuição de cerveja (Skol, Bohemia e/ou Brahma e Antarctica) na garrafa de 630 ml retornável da Ambev?

Ao elevar os custos dos rivais, exatamente no produto mais popular e sensível à competição por preços, o efeito mais provável, a curto prazo, é que

o artifício discipline a concorrência por preços e contenha a agressividade dos concorrentes. A longo prazo, possivelmente criará barreiras à entrada de novos competidores e fechamento do mercado nas áreas em que for adotado o novo vasilhame.

(C) O pedido de medida preventiva dos concorrentes da Ambev é amparado pelo *fumus boni iuris*?

O "*fumus boni iuris*" é fortíssimo. A potencialidade de que os efeitos da conduta sejam limitar, falsear ou prejudicar a concorrência pode ser aferida facilmente, inclusive e especialmente para a avaliação sumária exigida em sede de medida preventiva.

(D) Os efeitos anticoncorrenciais gerados pela conduta justificam o *periculum in mora*?

O perigo da demora também é bastante claro. Sem a adoção da preventiva, a invasão do mercado pelas garrafas do padrão alternativo intensificará os prejuízos já sentidos, alterará o estado das partes e suas respectivas posições no mercado e tornará a decisão, ao final do PA, inócua.

É a nossa opinião.

São Paulo, 23 de junho de 2008.

CELSO FERNANDES CAMPILONGO

Resumo executivo

Conclusões do Parecer solicitado pela professora Paula A. Forgioni

P.A. 08012.002474/2008-24
Representante: Associação Brasileira de Bebidas — Abrabe
Representada: Companhia de Bebidas das Américas — Ambev

O mercado relevante a montante é o de cervejas em vasilhames retornáveis e o mercado a jusante é o de canais de consumo de cervejas a frio. Do prisma geográfico, considera-se o raio de 500 km contados da planta industrial.

Cervejas em garrafas de 600 ml são as menos custosas e mais vendidas no mercado. Representam 70% do total produzido e 75% das vendas a frio. A Ambev é a líder destacada do mercado.

Garrafas retornáveis são as mais baratas e reutilizáveis, reduzindo os preços dos produtos.

Há no Brasil, historicamente, um *standard* de engarrafamento de cervejas de 600 ml (70% do mercado). Todos os grandes fabricantes utilizam o mesmo vasilhame.

O *standard* forma um sistema que permite a todos os fabricantes significativos ganhos de escala e "economias de velocidade".

A nova garrafa de 630 ml retornável da Ambev rompe com o sistema tradicional. Introduz insignificantes diferenças nos cascos que tolhem a uniformidade e funcionamento do sistema. A marca Ambev agora aparece em relevo no vidro e inviabiliza o uso comum. A nova garrafa impõe ônus antes inexistentes de separação, troca e armazenagem dos dois diferentes tipos de cascos.

Há custos decorrentes da introdução do novo padrão. A Ambev pode utilizar os dois vasilhames, os concorrentes não.

Nos pontos de venda a frio existe reconhecido problema de espaço para armazenagem dos produtos. Isso reforça a necessidade de trocas e reposições constantes dos produtos. Quando os vasilhames são retornáveis, o problema é agravado. As garrafas ocupam espaços nos pontos de venda antes e após o consumo, até que sejam trocadas por novos cascos cheios.

A introdução do novo padrão obriga os PDVs a armazenar e separar os vasilhames vazios em grupos diferentes. Isso impõe unilateralmente dificuldades também para o recolhimento e troca dos vasilhames pelos concorrentes que trabalham apenas com o sistema tradicional.

Efeitos de rede ou análogos, típicos de situações em que prevalecem, entre os competidores, relações de cooperação, compatibilidade e complementariedade de tarefas no ambiente concorrencial — como no caso da garrafa *standard* de 600 ml — quando rompidos ou modificados geram consequências imediatas e de enorme potencial sobre o mercado.

A SDE e o Cade já constataram que, com a alteração introduzida, garrafas da Ambev de 630 ml invadem, literalmente, fábricas e caminhões dos concorrentes.

Para os rivais — que não podem utilizar garrafas com a inscrição em relevo, no vidro, da palavra Ambev —, as garrafas de 630 ml são verdadeiro "Cavalo de Troia".

Depende apenas da Ambev, líder do mercado que já introduziu o "Cavalo de Troia" no interior das plantas industriais dos rivais, promover a inundação do mercado com milhares de garrafas inúteis para os concorrentes.

O poder de mercado da Ambev lhe faculta adotar a mudança de *standard* de forma abusiva, unilateral e potestativa.

O "*fumus boni iuris*" a autorizar a adoção de medida preventiva é notório. A conduta da Representada é feita ao arrepio de praticamente toda a Lei Antitruste nacional.

Seria muito fácil e iminente, para quem já conseguiu introduzir mudança física nas linhas de produção, distribuição e comercialização dos concorrentes, possuindo várias marcas e elevadas participações de mercado em todas elas, expandir ao seu bel-prazer o uso de garrafas fora do padrão.

O dano à concorrência está assentado no fortíssimo indício e no fundado receio de que a conduta, de quem já obteve êxito na mudança potestativa do *standard*, também possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação.

A Lei tem a função de prevenir o dano ao mercado. Dado o indício de que as garrafas fora do padrão invadem as fábricas dos rivais e de que esse abuso possa causar lesões ainda maiores com o aumento do número de garrafas, marcas e áreas de cobertura, a medida preventiva deve ser adotada.

São Paulo, 23 de junho de 2008.

CELSO FERNANDES CAMPILONGO