

## ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08012.000212/2002-30

Requerentes: PepsiCo Inc. (PEPSICO)

Companhia Brasileira de Bebidas (CBB)

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães, Tércio Sampaio Ferraz Sampaio, Fábio Nusdeo, Orozimbo Loureiro da Costa, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e outros.

Relator: Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo

Publicação do Acórdão: 18.02.2005.

### EMENTA

*Ato de Concentração. Operação: licenciamento realizado pela PEPSICO para a CBB, para que esta produza, comercialize e distribua em todo o território brasileiro o produto GATORADE, ocorrendo transferência dos ativos diretamente relacionados à linha de produção deste produto, a qual será efetivada por subsidiária da PEPSICO para a CBB. Setor de atividade envolvido na operação: indústria de bebidas. Mercado relevante: mercado de produtos isotônicos artificiais no território nacional – Hipótese subsumida ao art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94. Apresentação Tempestiva. Existência de manifestações contrárias à operação. Constatação de sobreposição horizontal na ordem de 94,25% do mercado relevante decorrente da operação, uma vez que a CBB produz o isotônico MARATHON. Ato que, na forma apresentada, elimina a concorrência de parcela substancial do mercado relevante. Necessidade de impor restrições que permitam a sua aprovação (art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94). Estabeleceu-se condição de alienação da marca MARATHON e de seus ativos pela CBB.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam o Presidente e os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por maioria, em aprovar a operação, condicionando-a à alienação da marca Marathon, nos termos do voto formulado em plenário pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer, a um concorrente conforme o parágrafo 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, devendo ser elaborado um Termo de Compromisso de Desempenho no prazo de 20 dias a contar da publicação deste acórdão. Imposição de condições para a realização da operação: (i) a alienação deverá se dar em leilão público, recebendo ampla divulgação, para empresa que não seja correlacionada ao Grupo CBB; (ii) fica a critério da empresa compradora a opção de aquisição da marca dos ativos da Marathon juntamente com a marca; (iii) faculta-se, ainda, à empresa adquirente, a utilização da linha de distribuição da alienante pelo prazo de 6 (seis) meses após a operação; (iv) a empresa compradora deverá assumir o compromisso de efetivamente entrar no mercado. Quanto a eventual descumprimento das obrigações estabelecidas, a decisão deverá ser executada judicialmente nos termos dos arts. 60 a 68 da Lei nº 8.884/94 sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive multa diária mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, quando da análise do eventual inadimplemento pelo CADE, sem prejuízo do disposto no art. 55 da mesma Lei Federal. Não foi determinada a remessa de ofícios. Vencidos os Conselheiros Thompson Andrade, que desaprovava a operação, Cleveland Prates, que indicava somente a alienação da marca Marathon e, parcialmente, os Conselheiros Fernando Marques, no que tange a remessa de ofícios e o Relator. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas e os Conselheiros Thompson Almeida Andrade, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Fernando de Oliveira Marques, Cleveland Prates Teixeira e Luiz Alberto Esteves Scaloppe e presente a Procuradora-Geral Maria Paula Dallari Bucci.

Brasília, 14 de Julho de 2004 (data do julgamento – 326ª SO).

**ROBERTO Augusto CASTELLANOS PFEIFFER**

*Conselheiro-Relator para o Acórdão*

**João Grandino Rodas**

*Presidente do Conselho*

### VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR MIGUEL TeBAR BARRIONUEVO

#### I – DA OPERAÇÃO

Trata-se de negócio iniciado em 20 de dezembro de 2001, quando a **Pepsico Inc** (PEPSICO) e a **Companhia Brasileira de Bebidas** (CBB) assinaram *Memorando de Entendimentos* no qual transacionou-se licenciamento por meio do qual a CBB irá produzir, comercializar e distribuir, em todo o território brasileiro, o produto GATORADE.

Como consequência da operação principal ocorrerá a transferência de ativos diretamente relacionados à linha de produção do GATORADE, transferência essa a ser efetuada por subsidiária da PEPSICO para a CBB. Desta feita, a fábrica da CBB localizada em Jaguariúna (SP) passará a ser a única unidade de industrialização do GATORADE, sendo, portanto, desativada a linha de produção desta bebida na planta industrial localizada em Sorocaba (SP), pertencente à PEPSICO.

As Requerentes afirmam que a motivação da presente operação decorre da aquisição, concretizada em agosto de 2001, com a aprovação do *Federal Trade Commission*, através da qual a PEPSICO adquiriu o controle acionário da "Quaker Oats Company" e de todas as suas subsidiárias mundiais, incluindo a sua divisão GATORADE. Assim, a PEPSICO, ao analisar o negócio GATORADE no Brasil, verificou que se tratava de um produto inserido no mesmo mercado das bebidas industrializadas e comercializadas pela sua parceira local, CBB, de tal modo que seria necessário estabelecer uma estratégia para que estas não pudessem ser encaradas como parceiras e concorrentes no mesmo mercado.

Desta forma, as ora Requerentes concluíram por integrar o GATORADE no rol de produtos já ofertados por elas através da parceria, tendo em vista que a linha de produtos GATORADE faz parte do mesmo mercado de bebidas do tipo " *soft drinks* " que são fabricadas e comercializadas pela CBB no Brasil.

O Ato de Concentração merece ser conhecido pelos Conselheiros do CADE, em função do negócio se encontrar subsumido ao § 3º do artigo 54 da Lei de Concorrência nacional. Tanto o critério legal objetivo de faturamento quanto o critério de participação de mercado foi alcançado e ultrapassado pelas Requerentes.

## II – DA TEMPESTIVIDADE

Conforme mencionado acima, em 20 de dezembro de 2001, as Requerentes firmaram um *Memorando de Entendimentos* através do qual negociaram o licenciamento por parte da PEPSICO para produção, comercialização e distribuição em todo o território nacional do produto GATORADE para a CBB. O presente Ato de Concentração foi apresentado ao **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência** (SBDC) em 15 de janeiro de 2002.

A **Secretaria de Direito Econômico** (SDE) considerou tempestiva a notificação do Ato. A **Procuradoria do CADE** (ProCADE), por sua vez, entendeu intempestiva por 01 (um) dia a apresentação do mesmo, consoante a Portaria nº 09, de 19 de fevereiro de 2001, e a Portaria nº 1.191, de 05 de dezembro 2001, posto que estas consideravam como feriados os dias 25 de dezembro de 2001 e 1º de janeiro de 2002. Outrossim, acrescentou ainda que a Resolução CADE nº 21 não considera suspensos ou interrompidos os prazos quando este Colegiado encontra-se em férias.

Entretanto, em 25 de fevereiro de 2003, as Requerentes apresentaram petição perante o CADE na qual argumentaram que a Portaria nº 1.232, de 18 de dezembro de 2001, revogou o item XII da Portaria nº 09, citada pela Procuradoria, declarando como ponto facultativo o dia 24 de dezembro de 2001. Diante da comprovação de que os dias 24 e 25 de dezembro de 2001 e 1º de janeiro de 2002 não foram considerados dias úteis, as Requerentes solicitaram o retorno dos autos à Procuradoria para correção do equívoco cometido no parecer.

Destarte, mediante a arguição das partes, posto que as Portarias e uma Certidão do Ministério da Justiça confirmando o dia 24 de dezembro de 2001 como ponto facultativo foram devidamente protocoladas, entendi desnecessário o reenvio dos autos à Procuradoria do CADE, tendo em vista o princípio da economia e celeridade processual.

Desta feita, entendo inquestionavelmente **tempestiva** a notificação do Ato de Concentração em análise, posto que esta se encontra de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo § 4º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

## III – DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR

Conforme se pode verificar detalhadamente no Relatório que este Voto integra, em 04 de março de 2002, a **Secretaria de Acompanhamento Econômico** (Seae) elaborou requerimento a este Conselho no qual solicitou adoção de medida cautelar, face ao receio de que a presente operação provocasse efeitos irreversíveis no âmbito concorrencial, e que, portanto, se tornasse impossível, caso necessário, determinar qualquer tipo de restrição ou até mesmo o desfazimento da operação.

Todavia, após longa negociação, as Requerentes apresentaram petição a este Conselho na qual concordaram em respeitar todos os itens exigidos pela Seae. Assim, através do Despacho Gab/MTB nº 023/02, com anuência das partes, estabeleceu-se que até a ocorrência do julgamento do caso pelo CADE:

- I) a unidade fabril de Sorocaba, pertencente à Quaker, não será fechada, assim como serão preservados os postos de trabalho destinados à produção do GATORADE;
- II) as políticas comerciais e de *marketing* da PEPSICO e CBB serão mantidas de forma independente;
- III) a PEPSICO não disponibilizará à CBB a fórmula do xarope da bebida GATORADE, limitando-se esta última a simplesmente adicionar água e outros componentes e engarrafar;
- IV) a transferência de ativos relacionados aos produtos envolvidos no negócio será mantida, pois a descontinuidade de tal transição acarretaria prejuízos desnecessários às partes;
- V) as alterações das estruturas e práticas de distribuição e comercialização do produto GATORADE continuarão sendo procedidas;
- VI) as Requerentes se comprometeram, caso o Plenário do CADE decida pela desconstituição da operação, a manter a rede de distribuição contratada acessível ao produto GATORADE nas mesmas condições de comercialização praticadas, por um período de 06 (seis) meses após a decisão do Conselho;
- VII) não há que se falar em impedir a integração das estruturas administrativas das partes, posto que o presente Ato é um contrato de franquia com fornecimento de concentrado e não uma integração societária.

## IV – DA DEFINIÇÃO DOS MERCADOS RELEVANTES

### 1 – Quanto à delimitação do produto

#### i) Produtos diferenciados e definição de produto relevante

De uma maneira geral, a variável-chave na identificação do mercado relevante é a possibilidade de substituição do produto por parte dos consumidores. Conforme definição constante da Resolução CADE nº 20/99, “ *um mercado relevante, em sua dimensão produto, deve compreender todos os produtos ou serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização* ”.

Entretanto, as dificuldades para se definir os mercados relevantes em segmentos que contam com elevada diferenciação de produtos é reconhecida na literatura antitruste(1). Nestes mercados, os produtos ofertados pelos diferentes produtores não são substitutos perfeitos entre si. Os produtores procuram diferenciar seus produtos em relação aos seus concorrentes de forma a conquistar a preferência do consumidor devido a uma característica particular que os diferenciam de outro produto similar.

Nota:

(1) Ver: Baker, Jonathan. Product Differentiation through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues. Discurso publicado no *Antitrust Bulletin*, v. 42, Spring 1997, p. 177-196.

Rubinfeld, Daniel. Market Definition with Differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 1, 2000.

Shapiro, Carl. Mergers With Differentiated Products. *Antitrust Magazine*, Spring, 1996.

O segmento de *soft drink* é usualmente citado na literatura antitruste como exemplo de indústria que tem entre seus atributos a busca da diferenciação como estratégia competitiva. Neste segmento, a diferenciação decorre não somente das características intrínsecas do produto como sabor, cor, embalagem, qualidade dos ingredientes etc., mas, principalmente, da sua imagem e reputação perante o público, as quais são associadas, geralmente, a uma marca que é fixada através de gastos dispendiosos em *marketing* e propaganda.

O objetivo visado pela diferenciação de produto é o de criar agrupamentos de consumidores dispostos a pagar um preço maior para exercer sua preferência por uma determinada marca. Como resultado da diferenciação, cada firma se depara com uma curva de demanda levemente inclinada para a esquerda (negativamente inclinada), que lhe permite cobrar um preço acima do seu custo marginal. Nestas condições, a delimitação do grau de substituição entre um e outro produto torna-se mais difícil para a autoridade antitruste, já que a depender do grau de importância conferida pelo consumidor ao exercício da sua preferência pode estar determinando uma descontinuidade na cadeia de substituição do segmento composto de produtos diferenciados.

A diferenciação, a princípio, beneficia o consumidor, ao tornar disponível uma maior variedade de produtos e estimular investimentos em inovação. Em contrapartida, porém, pode facilitar o exercício de poder de mercado, na medida em que o ofertante do produto diferenciado consiga praticar um preço substancialmente acima do seu custo marginal e dos preços dos demais produtos situados na mesma cadeia de substituição, beneficiando-se, de fato, de uma condição de monopólio localizado.

Desse modo, a definição tradicional de mercado relevante, ou seja, o teste do monopolista hipotético, encontra dificuldade para sua aplicação em mercados diferenciados. Os problemas derivam da necessidade de se precisar, com base em dados econômicos confiáveis, as fronteiras dos mercados, sem perder de vista a ocorrência de concorrência localizada, dentro do espectro dos produtos diferenciados. Desse modo, a definição do produto relevante, para efeito da análise dos impactos competitivos de condutas ou de atos de concentração em mercados diferenciados, deve levar em conta, além de todas as informações quantitativas disponíveis, também indícios de que as empresas envolvidas dispõem de poder de mercado para fixar preços de monopólio em nichos localizados.

Com esta perspectiva se buscará, nos itens seguintes, após a análise dos dados e das demais informações contidas nos autos, se obter uma definição adequada do produto relevante que permita, a partir daí, identificar os efeitos potenciais da operação sobre a concorrência e o bem-estar do consumidor.

## ii) Definição do produto relevante segundo os órgãos instrutores

O produto objeto do contrato de licenciamento é o isotônico da marca “GATORADE”, de propriedade da PEPSICO, que passará a ser produzido, comercializado e distribuído pela CBB. Desta forma, haverá sobreposição direta entre o GATORADE e isotônico da marca “MARATHON” de propriedade da CBB.

As Requerentes propugnaram pela definição do mercado relevante da operação como sendo o de *soft drinks*, que inclui bebidas não-alcoólicas carbonatadas e não-carbonatadas, tais como refrigerantes (carbonatadas), sucos, isotônicos, outras bebidas esportivas, chás gelados, águas de coco, águas industrializadas, refrescos em pó quase prontos para o consumo, entre outros.

A Seae e a SDE, assim como a ProCADE, definiram o mercado relevante de produto como restrito aos isotônicos artificiais.

A Seae, em seu rico e detalhado parecer (fls. 958/1018), explicou que a “ *definição do mercado relevante do ponto de vista do produto apontada pela Seae no requerimento da medida cautelar consolidou-se ao longo de minuciosa pesquisa levada a cabo por esta Secretaria* ”. Os argumentos levantados pela Secretaria referem-se ao fato de o *marketing* do produto destacar suas características isotônicas dirigido para um grupo específico de consumidores praticantes regulares de atividades físicas. Enfatizou, também, que as características do produto “ *são únicas* ”, não sendo imediata a substituição pelo

lado da demanda entre os isotônicos e os demais produtos elencados pelas Requerentes. Contestou, ainda, os argumentos das Requerentes quanto à inclusão das águas de coco industrializadas no mesmo mercado das bebidas isotônicas artificiais. Segundo a Seae, somente em abril de 2002, após a notificação da presente operação, as Requerentes introduziram “ *um novo produto a ser comparado com os isotônicos, e que não fazia parte da classificação inicial de soft drinks, que são as águas de coco industrializadas* ”, chamadas também de isotônicos naturais. Destacou que as Requerentes não possuíam quaisquer dados sobre águas de coco industrializadas, vindo, apenas em 16 de abril de 2002, a contratar a empresa Datamark para levantar informações sobre este produto. Esta situação seria um indicativo de que as Requerentes não acompanhavam a evolução das vendas de água de coco industrializada, apesar do *boom* de crescimento observado neste segmento, e, por conseguinte, não o considerava como concorrente efetivo dos isotônicos artificiais.

As Requerentes argumentaram que “ *a evolução das participações no segmento [bebidas com propriedades isotônicas, que incluem água de coco] mostram uma nítida tendência de queda dos produtos das Requerentes, aliada a um crescimento impressionante dos isotônicos naturais industrializados, recentemente introduzidos no mercado* ”. A correlação entre a evolução dos dois produtos estaria dada, segundo as Requerentes, pelo fato da estratégia de *marketing* das águas de coco ser “ *voltada para atingir o mesmo público alvo da bebida GATORADE e demais isotônicos* ” e o fato das principais marcas de água de coco passarem a “ *dividir as mesmas prateleiras dos isotônicos artificiais e bebidas não carbonatadas nos supermercados e geladeiras em ponto de venda* ”.

Em contestação, a Seae afirmou que, “ *tomando por base qualquer produto que tenha apresentado crescimento significativo no período, haveria, em comparação com Gatorade, comportamento semelhante ao retratado no gráfico apresentado pelas Requerentes* ”, onde se observa queda acentuada nas vendas do GATORADE e elevação do consumo de água de coco industrializada.

Para confirmar a existência de correlação (relação de causalidade) entre a água de coco industrializada e os isotônicos artificiais, as Requerentes prometeram o encaminhamento de “ *aprofundado estudo econométrico que vem sendo realizado pelas Requerentes* ” (fl. 979). Este estudo econométrico foi realizado pela LCA Consultores, a pedido das Requerentes, mas não logrou a obtenção de resultados satisfatórios, não se prestando para os fins visados pelas Requerentes.

A SDE argumentou, na mesma linha, que as empresas produtoras de água de coco industrializadas “ *não vêem nas bebidas isotônicas fortes concorrentes no mercado em que atuam, com a única exceção dentre quatro empresas, da Água de Coco da Amazônia* ” (Amacoco), que citou como suas principais concorrentes as marcas “GATORADE” e “MARATHON”, dentre outras. Quanto aos demais produtos, notadamente sucos prontos e chás gelados, concluiu a SDE que também não há espaço para a substituição, seja devido às significativas diferenças nos preços, nas embalagens, assim como nas características físico-químicas destes produtos, que não garantem o mesmo nível de reposição hidroeletrolítica possibilitada pelos isotônicos artificiais.

A ProCADE acompanhou a definição do mercado relevante feita pela SDE e pela Seae enfatizando que as “ *diligências efetuadas no decorrer da instrução, as principais fabricantes de isotônicos consideram com poucas exceções, os demais isotônicos como seus concorrentes diretos* ” e, por outro lado, que os isotônicos não são percebidos pelos fabricantes de água de coco como concorrentes, com a exceção da Amacoco. Destacou a Procuradoria do CADE que “ *mesmo aqueles que consomem o isotônico em outra situação que não a prática de esportes, procuram a bebida por suas propriedades mais difundidas e assimiladas pelo consumidor, quais sejam: a reposição de líquidos e sais minerais em situação de desgaste físico* ”. A Procuradoria do CADE contestou ainda os argumentos das Requerentes quanto à inclusão das águas de coco industrializadas no mesmo mercado das bebidas isotônicas, seguindo a argumentação da Seae.

As Requerentes, após a juntada dos pareceres legais, insurgiram-se contra a definição do mercado de produto feita pelos órgãos instrutores. Argumentaram que a Seae e a SDE recomendaram intervenção com base numa “ *definição de mercado relevante obtida sem o uso de qualquer técnica aceita pela análise antitruste, sendo esta arbitrária e ilegal* ”. Explicaram que a “ *definição técnica do mercado de produto segundo os dados levantados pelos Institutos de Pesquisa apontam para um mercado relevante bem mais amplo do que a restritiva segmentação em ‘isotônicos artificiais’* ”.

Os dados indicados pelas Requerentes referem-se a pesquisas quantitativas por elas encomendadas aos Institutos Ibope, Copernicus, Ipsos e LCA Consultores, cujos resultados serão analisados a seguir, de forma a se avaliar as informações obtidas e verificar sua efetiva aplicabilidade ao presente caso.

### iii) Pesquisas encomendadas pelas Requerentes

A pesquisa Ibope (fls. 187/200 do apartado confidencial), realizada entre 07 e 10 de novembro de 2002, utilizou a seguinte metodologia: de um universo de 2500 pessoas pesquisadas por telefone, das classes A, B, C e D, separou-se 1100 (44%) praticantes regulares de atividades físicas. Deste grupo, constatou o Ibope que, após a prática de atividades físicas, 17% consomem isotônicos artificiais (dentre outras bebidas), 73% consomem água (também dentre outras bebidas), 15% consomem sucos naturais, 11% água de coco natural e 9% refrigerantes. Ou seja, as duas bebidas mais citadas como consumidas após a prática de atividades físicas foram a água e os isotônicos artificiais. O fato de os praticantes de atividades físicas consumirem diversas bebidas foi considerado pelas Requerentes como prova de que estas são substitutas dos isotônicos.

Outra informação obtida pela pesquisa resultou das respostas de consumidores de isotônicos artificiais, em diferentes ocasiões de consumo à seguinte pergunta: “ *Quando não há isotônico, substitui por outra bebida ?* ” As respostas indicaram que 96% substituem o isotônico após as atividades físicas, 96% o substitui quando faz calor e 88% o substitui a qualquer hora, quando não há disponibilidade do produto. Este resultado indicaria, também segundo as Requerentes, que os consumidores de isotônicos artificiais os substituem com facilidade, existindo vários produtos substitutos neste mercado.

A pesquisa realizada pela Ipsos Novaction, realizada em junho de 2001, entrevistou 990 pessoas, domiciliadas nas regiões denominadas Grande São Paulo e Grande Rio de Janeiro, inicialmente, para identificar os produtos mais consumidos por praticantes de atividades físicas (fl. 132). O resultado revelou que somente a água de torneira e a água mineral superam o GATORADE na preferência dos consumidores após a prática de atividades físicas. As demais bebidas (cerveja, chá pronto, coca-cola, sucos, sucos prontos, MARATHON, refrigerantes, outros isotônicos e outras bebidas) tiveram participação substancialmente inferior. O GATORADE é consumido, principalmente, após atividades de lutas (38%), musculação (31%) e natação (13%). As águas têm participação significativa em praticamente todas as modalidades esportivas. A pesquisa

identificou, também, que os consumidores de GATORADE substituem esta bebida preferencialmente por água (62%), refrigerante (28%), suco (22%) e água de coco(2) (9%).

Nota:

(2) Não há indicação se este dado se refere à água de coco natural ou à industrializada ou às duas somadas.

Posteriormente, se aplicou a técnica denominada *Choice-Based Measurement*, em que o entrevistado se depara com diferentes alternativas de produtos (isotônico artificial, suco pronto, chá pronto, água e refrigerante) e preços, reproduzindo 10 situações de compra para cada entrevistado, em que os produtos são apresentados como disponíveis para compra com diferentes preços. Para proporcionar “*alto grau de realismo*” apresenta-se a opção “*não compra*”, embora se alerte que os cenários apresentados supõem uma situação ideal onde todos as categorias (isotônicos, sucos, chá gelado, refrigerantes e água) possuem 100% de distribuição e conhecimento do consumidor e igual espaço nas prateleiras dos locais de compra. Os resultados da pesquisa – que não representam o real *share* observado no mercado, como alerta a própria Ipsos na introdução ao estudo – revelaram que há forte tendência à substituição dos isotônicos por outras bebidas (elasticidade-preço de 2,75). Obteve-se, também, elevadas elasticidades cruzadas entre o isotônico e os demais produtos (sucos prontos, chá pronto, água e refrigerante), o que implica dizer, de acordo com a interpretação das Requerentes, que os produtores de isotônicos perdem participação significativa de mercado para as outras bebidas quando elevam seus preços. Porém, as elasticidades cruzadas encontradas de cada um dos outros produtos em relação ao isotônico foram reduzidas, isto é, os isotônicos não ganham participação de mercado na mesma proporção da elevação dos preços dos demais produtos.

A LCA Consultores realizou estudo visando auxiliar na definição do mercado relevante dos isotônicos. Através da construção de um método próprio, inspirado no teste do monopolista hipotético, procurou verificar se as duas categorias são substitutas, aplicando o método inicialmente para os produtos isotônicos e água mineral, em seguida para isotônicos e sucos prontos e, finalmente, entre as marcas de isotônicos GATORADE e MARATHON. Segundo a LCA, foram selecionados todos os períodos em que se manteve aumento moderado e não-transitório de preço (igual ou superior a um ano) e verificado, graficamente, se o volume relativo(3) variou na direção esperada, contrária à do preço relativo(4). Tomaram-se variações de preço no intervalo entre 5 a 20%. Os testes foram analisados do seguinte modo: “*se um aumento de preço dos isotônicos em relação a uma das categorias provocar queda do volume de isotônico em relação ao volume dessa categoria, podemos dizer que as categorias são concorrentes*”.

Nota:

(3) O volume relativo foi calculado como o volume de vendas dos isotônicos dividido pela soma do volume de isotônicos mais o volume de água mineral vendida (sucos prontos ou Marathon), no período de abril/maio de 1996 a outubro/novembro de 2001 (outubro/novembro de 1998 a outubro/novembro de 2001 para sucos prontos). Os dados utilizados têm periodicidade bimestral pesquisados pela AC Nielsen.

(4) O preço relativo foi calculado como o preço médio (valor/volume) de isotônicos (todas as marcas) dividido pelo preço médio da outra categoria (todas as marcas de águas, sucos prontos ou marca Marathon).

No primeiro teste, com base na evolução dos preços e volumes relativos de isotônicos e água mineral, se obteve um coeficiente de -1,24 (considerando-se somente os aumentos moderados e não transitórios do preço dos isotônicos). Este coeficiente – calculado através uma regressão do volume relativo em função do preço relativo – pode ser interpretado, segundo os autores da pesquisa, como se fosse uma elasticidade-cruzada, o que indicaria que para cada ponto percentual de aumento no preço relativo dos isotônicos sobre a água, o volume relativo de isotônico cairia 1,2 pontopercentuais, ou seja, a variação do preço relativo seria acompanhada por uma queda no volume relativo.

A LCA Consultores aplicou, em seguida, o mesmo teste comparando isotônicos e sucos prontos. Entretanto, percebeu-se, “*logo de saída*”, que, ao longo da série de outubro/novembro de 1998 até outubro/novembro de 2001, “*não existe nenhuma combinação entre dois bimestres que apresente uma variação moderada e não transitória nos preços relativos*”. Concluiu-se, então, que este resultado impede “*tanto a realização de teste do monopolista hipotético como a comprovação econométrica da elasticidade cruzada entre as categorias*”. Entretanto, buscando interpretar o fato de os preços dos isotônicos e sucos prontos apresentarem evolução semelhante ao longo do tempo, a pesquisa identificou neste comportamento “*um forte indício de que ambas as categorias participam do mesmo mercado relevante, embora a correlação possa se dever ao fato de as empresas produtoras de ambas as categorias estarem expostas às mesmas pressões de custos*”.

Por fim, aplicou-se o mesmo teste entre as marcas GATORADE e MARATHON. Os resultados indicaram que “*não existe uma correlação clara entre os preços relativos e o volume relativo*”, não se demonstrando “*de forma muito clara a possibilidade de substituição entre as marcas*”. Concluiu, então, que “*a Marathon ganha pouco espaço em cima da Gatorade fazendo política de preços*” e que “*a água tem maior capacidade de substituir os isotônicos do que a Marathon de substituir o Gatorade*”.

Já a pesquisa do Instituto Copernicus realizou pesquisa sobre as preferências do consumidor brasileiro de bebidas em

geral (realizada de maio a setembro de 2001), visando a “ *identificar oportunidades de crescimento no mercado brasileiro de bebidas* ” (fl. 312). A pesquisa definiu 9 ocasiões de consumo de bebidas em geral, a saber, “ *despertador*”, “ *bom dia com saúde*”, “ *comida com a família*”, “ *lanche leve*”, “ *sabor a comida*”, “ *pit stop*”, “ *on the go*”, “ *em mereço*”, “ *agito*” e “ *cervejada*”.

O consumo de isotônico se concentra nas ocasiões de “agito” (à noite, com amigos, compra em lojas de conveniências/lançonetes ou *boites* /bares), com 48% do consumo da bebida, seguido das ocasiões definidas como “ *lanche leve*”, com 16%, “ *on the go*”, com 13%, e “ *bom dia com saúde*” (12%). Note-se que em nenhuma destas ocasiões aparecem situações ligadas diretamente a práticas esportivas. Nas ocasiões de “ *agito*” e “ *lanche leve*”, de maior presença dos isotônicos, há também consumo de cerveja, coca e guaraná, que aparecem com 14% (“ *agito*”), e de chá gelado, com 17%, e coca, com 11% (“ *lanche leve*”). Ainda segundo esta pesquisa, os consumidores de isotônicos estão divididos em 3 grandes grupos: os sedentários degustadores (29%), os esportistas atuantes (31%) e os consumidores de imagem (40%).

As Requerentes interpretam estes resultados como comprovações de que “ *o consumo de isotônicos não se concentra nas academias*” e que o consumidor não é “ *especializado*”, concluindo que o mercado de isotônicos artificiais deve ser definido de maneira mais ampla.

#### iv) Avaliação das pesquisas sob a ótica da defesa da concorrência

Cabe, preliminarmente, uma ligeira digressão sobre a aplicabilidade dos estudos apresentados pelas Requerentes como instrumentos úteis para a definição de mercado relevante, especialmente num segmento marcado pela diferenciação de produto.

Inicialmente, deve-se distinguir entre as pesquisas que visam, primariamente, a orientar as estratégias de *marketing* das empresas e aquelas encomendadas especificamente para auxiliar na definição do mercado relevante de produto ou geográfico. Notadamente, os estudos Ibope, Copernicus e Ipsos são instrumentos de grande utilidade na definição das políticas comerciais das empresas. Entendo que estes estudos são úteis também à análise antitruste, uma vez que permitem identificar com maior precisão a cadeia de substituição onde se situa o produto-objeto da operação: no presente caso, o isotônico artificial. Já o estudo da LCA Consultores tem como objetivo expresso auxiliar na definição do mercado relevante.

Como se observa na síntese dos resultados feita acima, cada um destes estudos adotou uma metodologia diferente, já que visaram a alcançar distintos objetivos da empresa contratante. Estes resultados, portanto, não apontam para uma única direção, sendo necessário tomar de maneira conjunta as informações compiladas, de modo a se chegar a conclusões úteis para auxiliar na definição do produto relevante. Para facilitar esta análise, serão analisados a seguir os resultados das pesquisas sob a ótica de cada um dos produtos considerados substitutos mais próximos dos isotônicos (água de coco industrializada, água mineral e sucos prontos) para se chegar na avaliação da possibilidade de se incluir no mercado relevante todos os produtos indicados pelas Requerentes ( *soft drinks* em geral) .

#### v) Isotônico artificial e água de coco industrializada

A pesquisa realizada pelo Ibope identificou como produtos mais consumidos pelos praticantes regulares de atividades físicas, os quais são, principalmente, nesta ordem, a água, o isotônico artificial, os sucos naturais e a água de coco natural. Note-se que, dentre os consumidores de isotônicos, a água de coco industrializada apareceu com um percentual mínimo (2%). O que leva a crer que este produto se situaria fora do espectro de substituição dos produtos mais consumidos após atividades físicas.

Conforme atestado pela pesquisa Copernicus, 49% do volume comercializado de isotônico artificial é consumido por praticantes de atividades físicas (fl. 79 do apartado confidencial). Informa também a mesma pesquisa que 31% dos consumidores de isotônicos artificiais são “ *desportistas atuantes*” e 40% são “ *consumidores de imagem*”, categoria que certamente inclui praticantes de atividades físicas não-atuantes. A pesquisa Ibope revelou que 48% dos praticantes de atividades físicas consomem isotônicos artificiais. Assim, era de se esperar que a água de coco industrializada, considerada pelas Requerentes um produto substituto próximo do isotônico, fosse citada pelos praticantes de atividades físicas, o que, como visto, não ocorreu.

Esta constatação contrasta com a insistência das Requerentes ao argumentar que “ *é absolutamente óbvio que os isotônicos naturais, enquanto isotônicos, estão no mesmo mercado dos isotônicos artificiais*” (Petição juntada em apartado confidencial, fl. 109). O parecer encomendado à ilustre ex-conselheira do CADE Lúcia Helena Salgado (fl. 1.363 dos autos) buscou fundamentar a argumentação das Requerentes em relação à inclusão da água de coco industrializada (isotônico natural), nos seguintes termos:

“(…) A expansão de mercado consumidor em geral, proporcionada pela estabilização econômica e a valorização cambial a partir de 95, coincidiu com o lançamento no Brasil do Gatorade – mais precisamente em novembro de 1997, em âmbito nacional e estimulou o lançamento de outras marcas no mesmo segmento. O desempenho do produto foi bastante positivo no primeiro ano, tal como se observa pela taxa de expansão de 14% em volume.”

...

“Entretanto, a queda de renda registrada a partir das mudanças das condições macroeconômicas no início de 1999 refletiu-se pesadamente sobre a expansão desse segmento. Por não se tratar de um produto essencial e, portanto, apresentar elasticidades preço e renda próprias bastante elevadas (...), o desempenho nos anos seguintes da marca Gatorade foi bastante negativo. Registraram-se, de acordo, com informações contidas nos autos, quedas de vendas em volume de 40% em 1999 e 24% em 2000.”

...

“Assim, nos últimos anos, observa-se primeiramente uma queda e em seguida um crescimento pouco expressivo das vendas em volume de isotônicos artificiais. Após a queda de venda em 1999 e 2000, as vendas cresceram 6% em 2001. Em contrapartida, ocorre um fenômeno que não pode ser ignorado: um vertiginoso crescimento do mercado de

isotônicos naturais, a água-de-coco industrializada, que passa, com perfeita simetria a ocupar os espaços de mercado deixados em aberto pelos isotônicos artificiais.”

O principal fundamento apresentado para inclusão das águas de coco industrializadas no mesmo mercado dos isotônicos é o fato de se constatar um comportamento inverso nas vendas de isotônico artificiais e águas de coco industrializadas nos anos de 1999 e 2000, além do fato deste produto apresentar características funcionais similares aos dos isotônicos artificiais (capacidade de reposição hidroeletrólítica)(5).

Nota:

(5) Contrariamente do que afirma a parecerista, no parecer da Seae, informa-se que o GATORADE foi lançado no Brasil em 1988 (parecer da Seae, p. 43).

De fato, enquanto as vendas de isotônicos caíram de 35,6 milhões de litros para 28,6 milhões de litros, as vendas de água de coco industrializada aumentaram de 22,1 milhões de litros para 30,0 milhões de litros (fl. 740 dos autos), entre 1999 e 2000. Entretanto, a própria ex-Conselheira reconhece que o simples fato da inversão do volume vendido não é suficiente para assegurar que os dois produtos pertençam ao mesmo mercado relevante, ao afirmar que “ **em que pese o fato de sempre haver a possibilidade de que as trajetórias sejam determinadas por outros fatores que não a influência de um produto sobre o outro** , não se pode negar que há forte possibilidade do fenômeno ser causado pela substituíbilidade do ponto de vista da demanda entre esses produtos ” (grifei).

Sem dúvida, outros fatores devem também ser pesados na interpretação destes dados. Se a queda de renda ocorrida no início de 1999 refletiu-se no segmento de isotônicos, em função de uma suposta “ *elevada elasticidade preço e renda* ” do produto, deve-se questionar por que a “ *queda na renda* ” não afetou também as vendas de água de coco industrializada, cujos preços ao consumidor são substancialmente superiores aos dos isotônicos artificiais(6). Se diante de uma queda na renda o consumo dos dois produtos se comporta de maneira oposta, isto representa um indício de que as elasticidades de renda dos dois produtos são distantes e opostas. Indica, também, que os consumidores consideram que um produto (água de coco industrializada) é mais essencial que outro (isotônico) ou que atendam as necessidades diversas.

Nota:

(6) Segundo consta nos autos (fls. 929/930), os preços ao consumidor da água de coco industrializada oscilaram entre R\$ 4,5 a 4,8 por litro, contra R\$ 3,71 dos isotônicos, em 2000, chegando a apresentar diferença de 47% acima do preço do isotônico artificial em 2002 (parecer da Seae, fl. 976).

Por outro lado, o *boom* de crescimento das vendas de água de coco industrializada iniciou-se no ano de 1998(7), prosseguindo nos anos seguintes, mesmo com a elevação do seu preço em relação ao dos isotônicos artificiais. Este dado também indica que as elasticidades preço dos dois produtos são diferentes, sendo improvável que estejam próximos no espectro de produtos substitutos.

Nota:

(7) As vendas de água de coco industrializada cresceram de 13,5 milhões de litros, em 1998, para 22,1 milhões de litros, em 1999. Em 1996 e 1997, situaram-se no patamar de 9 e 11 milhões de litros, respectivamente (parecer da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado).

Estas conclusões encontram-se em consonância com os resultados das pesquisas Ibope, Ipsos e Copernicus que distanciam os consumidores de isotônicos artificiais dos consumidores de água de coco industrializada. Não passa despercebido que este produto não aparece nas pesquisas da Copernicus – que investigou amplamente o mercado de bebidas em geral – e da Ipsos – que não aplicou sua metodologia no segmento de água de coco industrializada. Na pesquisa do Ibope este produto não é situado como substituto próximo, uma vez que, somente 2% da amostra admite substituir o isotônico artificial por água de coco industrializada. Da mesma forma, o estudo da LCA Consultores não aplicou seu método comparando a evolução dos preços e volume relativo entre os dois produtos.

Em vista dos resultados apresentados pelas pesquisas, considero pouco provável que os dois produtos apresentem padrões concorrenciais semelhantes. As evidências são as de que estes dois produtos não são consumidos nas mesmas ocasiões (pesquisa Copernicus), que a água de coco industrializada não compete com o isotônico artificial entre os praticantes de atividades físicas (pesquisa Ibope) e que a fixação dos preços dos dois produtos obedecem a lógicas distintas

(evolução dos preços e vendas).

## vi) Isotônico artificial e água mineral

A pesquisa Ibope constatou que a água é o produto mais consumido pelos praticantes de atividades físicas, seguida pelo isotônico artificial. A pergunta “ *Quando não há isotônico substitui por outra bebida (?)*”, os consumidores de isotônicos responderam que o substituem “ *quando faz calor* ” (96%), após atividade física (92%) e “ *a qualquer hora* ” (88%). Em seguida os consumidores de isotônico responderam que o substituem por água “ *a qualquer hora* ” (43%), “ *quando faz calor* ” (52%) e após atividades físicas (63%)(8). Note-se que a pesquisa Ibope não separou água mineral engarrafada e água de torneira (filtrada ou não).

Nota:

(8) Depois da água, as bebidas mais citadas foram refrigerantes (30%), suco natural (13%) e água de coco natural (6%).

A pesquisa Copernicus constatou que as bebidas mais presentes em “ *todas as ocasiões de consumo* ” são água de torneira (35%), refrigerantes (13%) e sucos/refrescos, café, águas engarrafadas e outros (todos com 10% cada). Os isotônicos foram incluídos na categoria “ *outros* ”. Por outro lado, nas ocasiões em que os isotônicos artificiais são mais consumidos – “ *agito* ”, “ *lanche leve* ”, “ *on the go* ” e “ *bom dia com saúde* ” – a água não aparece na pesquisa.

É evidente que a análise destas respostas não permite concluir que a água mineral deve ser incluída no mesmo mercado relevante do isotônico artificial. As respostas às perguntas ao Ibope são previsíveis, pois, na ausência de isotônicos, era de se esperar que seus consumidores o substituíssem por qualquer outra bebida, principalmente água de torneira ou água mineral, mas também por refrigerantes, sucos etc. A pesquisa Copernicus mostrou que, nas ocasiões de maior consumo de isotônicos, a água não é lembrada como produto substituto. Ademais, não é possível conceber como concorrente do isotônico artificial a água de torneira, conforme insinuam as Requerentes, pois esta não é comercializada para a ingestão humana. Se a água de torneira (não filtrada), conforme constatou a pesquisa Copernicus, é a bebida mais presente nas “ *ocasiões de consumo* ”, é devido ao fato da atual situação social precária e indevida da população brasileira (classes C e D), que não advém, por absoluto, da escolha livre na qualidade de consumidor.

Outro indício de que estes produtos operam em mercados relevantes distintos é a elevada diferença de preços existente entre eles, a qual se ampliou nos anos de 1997 a 2001. Segundo o parecer da Seae (fl. 976), em 2000, o preço da água mineral era, em média, 10% do preço do isotônico (R\$ 0,37 o litro de água mineral e R\$ 3,87 o litro de isotônico). Segundo a pesquisa Copernicus, cerca de 70% dos consumidores de isotônicos se enquadram nos grupos “ *sedentários degustadores* ” e “ *consumidores de imagem* ”, circunstância que decorre da estratégia de diferenciação do produto. Certamente que a água mineral tem menor apelo para estes consumidores, que estão dispostos a pagar um preço substancialmente superior por um produto diferenciado.

De maneira geral, as pesquisas Ibope, Copernicus e Ipsos não reproduzem as efetivas opções dos consumidores, já que induzem a escolhas feitas fora do contexto em que as reais decisões de compra são tomadas. Isto porque elas não prevêm qualquer restrição orçamentária, não consideram que os produtos têm presença diferenciada nos locais de compra, não são capazes de simular a necessidade real do consumidor no momento da compra e, nem mesmo, com exceção da pesquisa Ipsos, apresentam ao consumidor os preços de cada uma das alternativas.

Como mencionado acima, estas pesquisas têm grande utilidade na definição das estratégias de *marketing*, cujo principal objetivo é o de alterar os gostos e as preferências do consumidor da direção do produto-objeto da campanha de vendas. Mas, do ponto de vista antitruste, estas somente permitem indicar quais produtos podem se aproximar no arco de preferências do consumidor, sem, no entanto, determinar o efetivo grau de substituição entre eles. As indicações dadas por estas pesquisas são as de que a água mineral e o isotônico artificial estão distanciados no arco de preferências do consumidor.

Urge comentar, também, os resultados alcançados pela aplicação do método definido pela LCA Consultores. O estudo buscou determinar o efetivo grau de interação entre os produtos, por meio da análise da variação do volume relativo da água mineral diante de um aumento (moderado e não-transitório) no preço relativo do isotônico artificial. Como indicado anteriormente, o volume relativo de isotônico é dado pelo volume de isotônico dividido pela soma do volume do isotônico mais o volume comercializado de água mineral. Segundo os autores da pesquisa, o coeficiente encontrado, de -1,24, tem o mesmo potencial explicativo que uma elasticidade-cruzada da demanda, ou seja, para cada ponto percentual de aumento no preço relativo dos isotônicos sobre a água, o volume relativo de isotônico deve cair 1,2 ponto percentual.

Estes resultados devem ser analisados à luz dos dados da evolução das vendas e preços de água mineral e de isotônicos. Principalmente porque na escolha dos “ *aumentos moderados e não transitórios* ” do preço dos isotônicos e da variação do volume relativo considerado pelo estudo foram adotados vários ajustes e exclusões que podem ter gerado distorções nos resultados. São eles:

- a) os preços e volumes relativos foram tomados com base em “médias móveis de 6 bimestres das duas variáveis (preço e *share*)”;
- b) “considerou-se como aumentos/reduções persistentes de preços aqueles que tiveram duração igual ou superior a um ano”;
- c) “variações moderadas (ou pequenas, mas significativas) do preço relativo são aquelas que estão no intervalo entre 5% e 20% (positivos ou negativos), ou seja, excluíram-se aumentos/reduções muito fortes (acima ou abaixo de 20%) e as muito leves (abaixo de 5% ou acima de 5%)”;
- d) “foram tomadas todas as combinações entre dois bimestres que atendessem às condições acima descritas”.

A análise da evolução destes dois segmentos deve buscar afastar a aceitação de explicações ou causalidades pouco plausíveis, tendo em vista que os indícios obtidos pelas pesquisas da Ipsos, Copernicus e Ibope apontam em outra direção(9).

Nota:

(9) Deve-se lembrar que o estudo econométrico realizado pela mesma LCA Consultores não apresentou resultados confiáveis.

Basicamente, cabe questionar se pequenos aumentos no preço do isotônico podem efetivamente explicar as variações do volume relativo. Segundo informação contida no *site* da Associação Brasileira da Indústria de Água Mineral - Abinam ([www.abinam.com.br](http://www.abinam.com.br)), o setor de água mineral experimentou franca expansão entre 1997 e 2001, o mesmo período utilizado na pesquisa. Neste período, o setor registrou crescimento acumulado de 104%, com uma evolução de 17,5% em 1997, 18,5% em 1998, 20,3% em 1999, 17,12% em 2000, e 23% em 2001. Somente em 2001, segundo dados da Abinam, o volume de consumo de água mineral engarrafada alcançou 1,857 bilhões de litros no Brasil, excluindo-se as embalagens iguais ou superiores a 20 litros. Os dados auditados pela AC Nielsen (fl. 740) mostram um consumo de água de 1,114 bilhões de litros, em 2001, contra um consumo de 31,8 milhões de litros de isotônicos, menos de 3% do consumo de água mineral.

Considerando a forte desaceleração do consumo de isotônico, cujos preços permaneceram estáveis durante todo o período, aliado ao incremento acentuado no consumo de água mineral, é razoável supor que as quedas verificadas no volume relativo de isotônico devem ter outras explicações, além de um “*pequeno e não transitório*” aumento no preço do produto. Afinal, somente o incremento no consumo de água mineral, em 2001, correspondeu a aproximadamente 10 vezes o consumo total de isotônico artificial no mesmo ano.

Registre-se que no mesmo *site* informa-se que o faturamento da indústria brasileira de águas minerais não registrou o mesmo ritmo de crescimento que a produção, uma vez que ocorreu queda de preços provocada pelo aumento da oferta. Ou seja, o aumento do volume comercializado de água mineral está, provavelmente, mais correlacionado com a queda no preço deste produto, obedecendo a uma lógica própria deste segmento, do que com os “*pequenos e não transitórios*” aumentos de preço do isotônico artificial identificados ao longo da série. Esta constatação enfraquece significativamente o potencial explicativo do método proposto, principalmente, diante dos indícios já citados, que apontam em outra direção.

Diante das evidências acima, obtidas da análise dos estudos encaminhados e das demais informações constantes dos autos, deve-se concluir que a água mineral tem escassa capacidade de influenciar os preços do isotônico artificial, o que indica que estes dois produtos concorrem em mercados distintos.

## vii) Isotônico artificial e demais *soft drinks*

Aplicação do método da LCA Consultores no segmento de sucos prontos não revelou resultados promissores. Achou-se apenas que os preços relativos dos dois produtos não se alteraram significativamente no período. O próprio estudo sugere que tal comportamento pode decorrer do fato de os dois produtos sofrerem pressões de custo semelhante. O argumento de que a correlação de preços deve ser adotada como um dos critérios para a determinação de mercado relevante não se aplica no presente caso. Constatou-se que é escassa a rivalidade entre estes dois segmentos, que possuem estratégias comerciais distintas e dirigidas a consumidores com diferentes características. Segundo as pesquisas Ibope e Ipsos, os consumidores de suco pronto não são praticantes de atividades físicas (apenas 2% dos praticantes de atividades físicas consomem suco pronto (10)) e os consumidores de isotônicos não o substituem preferencialmente por suco pronto (somente 2% substituem o isotônico por suco pronto “*quando faz calor*” e “*após atividade física*” e 3% “*a qualquer hora*”(11)).

Nota:

(10) Ver fl. 197 do apartado confidencial.

(11) Ver fl. 199 do apartado confidencial.

Na aplicação da técnica *Choice-Based Measurement* para os produtos isotônico artificial, suco pronto, chá pronto, água e refrigerantes obtiveram-se elasticidades cruzadas da demanda elevadas do isotônico em relação aos demais, mas não o contrário. Ou seja, se elevar seu preço, o isotônico perde participação em relação aos demais, mas, se seus presumíveis concorrentes elevarem seus preços, o isotônico não obtém ganhos significativos. Segundo as Requerentes, este resultado se explica pelo fato de o isotônico ser ainda “*muito incipiente dentro dos hábitos dos consumidores*”. Entretanto, o fato de o preço do isotônico situar-se acima do nível dos demais produtos, conforme demonstrou a Seae(12), pode estar refletindo o fato do preço do isotônico já estar fixado num nível de monopólio, o que provoca distorções na aplicação de testes de substituição similares ao do monopolista hipotético. Os preços médios simulados pela pesquisa foram de R\$ 1,50 para isotônico artificial, R\$ 1,10 para sucos prontos, R\$ 1,00 para chá pronto, R\$ 0,70 para refrigerantes e R\$ 0,50 para água. No anexo II, item 2.1, da Resolução CADE nº 20/99, se alerta para a possibilidade de se obter resultados distorcidos nestas condições:

Nota:

(12) Comparando os preços em reais por litro e tomando a base 100 para o preço do isotônico em 2000, o chá pronto tem preço de 52,7, o refrigerante de 22,4, o suco pronto de 61,7 e a água de 9,5. (Parecer da Seae, fl. 976)

*“ Com efeito, em se tratando de situação em que o agente investigado possivelmente já tenha elevado seu preço em nível superior ao competitivo, a metodologia implícita no teste monopolista hipotético mencionado acima acarreta distorções. De fato, uma vez que o ponto de partida do exercício passa a ser um patamar já de preço de monopólio, o aumento final de preço suposto poderia induzir a uma superestimativa das possibilidades de substituição. Isto tornaria o mercado relevante artificialmente amplo, subestimando a participação da empresa sob investigação. A fonte da distorção residiria, portanto, na aceitação do ponto inicial de preço como a referência de preço competitivo em contradição com a natureza mesma do objeto sob investigação, envolvendo unidade detentora de posição dominante .”*

Depreende-se, em face da grande distância entre os preços praticados pelos produtores de isotônicos em relação aos preços dos demais produtos e da ausência de pressão de custos que justifiquem esta substancial diferença de preço, que o alerta acima se aplica ao segmento de isotônicos artificiais.

De qualquer forma, a pesquisa Ipsos não deve ser aceita sem reservas. Como já mencionado, sua metodologia não reproduz o comportamento real do consumidor, mas tão-somente uma tendência. Embora promissora para orientar as estratégias mercadológicas das empresas, é insuficiente para delimitar precisamente mercados relevantes.

Enfim, cabe uma análise dos resultados dos testes da LCA Consultores aplicados sobre as marcas GATORADE e MARATHON. Concluiu-se, após a realização dos estudos, que *“ a Marathon ganha pouco espaço em cima da Gatorade fazendo política de preços ”* e que *“ a água tem maior capacidade de substituir os isotônicos do que a Marathon de substituir o Gatorade ”*.

Como visto, o mercado de água mineral apresenta uma dinâmica própria que não se confunde com nicho dos isotônicos artificiais. Por outro lado, o fato de o MARATHON ter dificuldade de conquistar parcelas de mercado da GATORADE através de política de preços não implica que ele não exerça pressão competitiva. De fato, a evolução do mercado de isotônicos artificiais mostra que o MARATHON constitui-se no principal concorrente efetivo do GATORADE, possuindo uma orientação de *marketing* e política de preços bastante alinhada com a da líder(13).

Nota:

(13) Segundo tabela contida no parecer da Seae (fl. 53 do parecer), de fev./mar. de 1999 a fev./mar. de 2002, o Marathon praticou preços que corresponderam a uma proporção de aproximadamente 80% do preço do Gatorade.

Segundo dados das próprias Requerentes (Parecer da Seae, p. 43), o MARATHON evoluiu de uma participação no mercado de isotônicos artificiais de 7,97%, em 1997, para alcançar 17,42%, em 2001. Este aumento de participação se deu através da conquista de fatias de mercado de concorrentes de menor porte (Sportade, Frutorade, Bliss Sport e outros), já que GATORADE manteve sua participação em torno de 77% no período. As dificuldades em conquistar parcelas de mercado da líder parecem estar associadas com os vultosos investimentos realizados pelo GATORADE com publicidade. Segundo a Seae, o GATORADE realizou entre 1999 e 2001 gastos em publicidade de 6 a 10 vezes superiores aos realizados pela MARATHON. Isto indica que gastos com *marketing* e publicidade ancorados numa marca forte constituem em importante instrumento de combate na luta competitiva neste mercado.

## viii) Conclusão

Os elementos trazidos aos autos pela Seae e SDE, assim como da análise das pesquisas e demais informações juntadas aos autos pelas Requerentes e demais empresas do setor de *soft drinks* , não deixam dúvidas de que a produção e comercialização de isotônico artificial constitui-se num nicho de negócio diferenciado no qual poucas empresas atuantes podem exercer poder de mercado. Desse modo, defino como mercado relevante de produto para a análise dos efeitos concorrenciais da presente operação o mercado de **isotônicos artificiais** .

## 2 – Quanto à dimensão geográfica

Conforme entendimento adotado pelos órgãos instrutores, a dimensão geográfica do mercado relevante deve ser delimitada às fronteiras do **território nacional** . Embora a produção do isotônico seja, em geral, localizada numa única fábrica de cada firma ofertante, sua distribuição é viabilizada em nível nacional, promovendo a homogeneização das condições de concorrência em todo o país. Já as importações são inexpressivas, em razão do reduzido valor agregado do produto *vis a vis*

seu custo de transporte e da elevada tarifa de importação de 19%.

## V – GRAU DE CONCENTRAÇÃO DE MERCADO

Diante da definição de mercado relevante definida anteriormente, faz-se necessário demonstrar a estrutura do mercado no que tange à oferta. Segue abaixo tabela demonstrativa da evolução da estrutura do mercado brasileiro de isotônicos:

**TABELA I**

PRODUTOS E FABRICANTES	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO (%)				
	1997	1998	1999	2000	2001
<b>GATORADE (PEPSICO)</b>	<b>77,38</b>	<b>79,11</b>	<b>76,83</b>	<b>72,70</b>	<b>76,83</b>
<b>MARATHON (CBB)</b>	<b>7,97</b>	<b>10,46</b>	<b>11,87</b>	<b>16,94</b>	<b>17,42</b>
Energil C (EMS)	1,99	1,93	4,49	5,55	3,08
Santal Active (Parmalat)	0,90	2,04	2,229	1,65	1,08
Sportade (Shefa)	5,22	3,78	1,86	0,45	0,20
Frutorade (Da Fruta)	4,49	2,06	0,81	0,29	0,22
Carborade Líquido	0,01	0,02	0,01	0,00	0,00
Bliss Sport (Nestlé)	1,47	0,00	0,30	1,32	0,10
Outros	0,57	0,61	1,55	1,10	1,06

Fonte: Requerentes, citando ACNilsen.

De acordo com as informações transcritas na tabela acima, é possível observar que o GATORADE sempre foi o líder do mercado, com percentuais de participação muito elevados. Outrossim, observa-se que a concentração gerada pela operação equivale a **94,25%** do mercado de isotônicos no Brasil, portanto, caso o negócio seja aprovado, é possível e bem provável que haja a eliminação da concorrência entre os dois maiores agentes do segmento.

Ademais, verifica-se que o C4 antes da operação equivalia a 98,41% do mercado, sendo que, após o negócio, este percentual se elevaria para 98,61%.

## VI – PROBABILIDADE DE EXERCÍCIO DE PODER DE MERCADO

Um mercado sadio, o qual atenda os princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, deve possibilitar a entrada e saída irrestrita dos agentes econômicos que nele queiram atuar. Cabe ao CADE, como Autarquia Federal responsável pela preservação da concorrência, controlar, prevenir e reprimir quaisquer atos que porventura atinjam a ordem econômica, observando em última análise o interesse público e, conseqüentemente, o bem-estar do consumidor.

Desta feita, no exercício das atribuições legais conferidas a este Conselho, urge comentar acerca das possibilidades de exercício de poder de mercado visualizadas no decorrer do processo, tendo em vista a concentração monopolística decorrente do negócio.

### 1. Importações

Segundo informação prestada pelas Requerentes, não existe uma estimativa acerca das importações no segmento de isotônicos no Brasil, porém, sabe-se que não são muito expressivas. Ademais, conforme já mencionado, as alíquotas do imposto de importação são de 19%. Tal consideração foi ratificada por todas as concorrentes questionadas no decorrer da instrução processual, com exceção da Parmalat que afirmou que marcas importadas representam concorrentes efetivos.

Assim sendo, as importações não podem ser consideradas como forma de inibir, limitar ou restringir um possível exercício de poder de mercado por parte das Requerentes.

### 2. Barreiras à entrada

Segundo informado pela Coca-Cola, em diligência elaborada pela Seae, a Escala Mínima Viável<sup>(14)</sup> (EMV) para atuação no mercado de isotônicos é de 4,5 milhões de caixas do produto, o que corresponde a 40% de participação de mercado.

Nota:

(14) Escala Mínima Viável (EMV) é o menor nível de vendas que deve ter um entrante para que possa ser adequadamente remunerado.

A SDE conclui em seu parecer que tal patamar, por ser extremamente elevado, impossibilita a entrada de qualquer novo participante no mercado, visto que dificilmente existirá neste segmento oportunidades de vendas que possam alcançar o referido patamar(15). Ademais, ressaltou a d. Secretaria que, se a EMV for realmente aquela aludida pela Coca-Cola, a operação em análise poderá acarretar a retirada do MARATHON do mercado, posto que sua participação é inferior àquela considerada como minimamente lucrativa.

Nota:

(15) A SDE afirma em seu parecer: "Nesse sentido, aponta-se a afirmação feita pela Coca-Cola à Seae, de que somente o Gatorade, por deter 75% do mercado, teria volumes de vendas suficientes para manter-se no negócio de forma competitiva".

Os argumentos trazidos à baila pela d. Secretaria me parecem bastante contundentes, e, portanto, integro-os à presente decisão, uma vez que, conforme se verificará mais abaixo, o produto MARATHON obteve queda de 66% em sua participação no mercado no ano de 2002.

No mais, cumpre lembrar que a Coca-Cola possui produto autorizado para comercialização no Brasil ( *Powerade* ), o que garante que a empresa possui conhecimento do mercado e das estratégias a ele aplicadas.

No que diz respeito às economias de escala, é imperioso lembrar que a aprovação da operação conforme fora apresentada acarretará, inevitavelmente, um aumento no tamanho da planta mínima, e, conseqüentemente, maiores dificuldades terão os novos possíveis participantes. Corroborando com este entendimento, a Coca-Cola afirmou em resposta à diligência elaborada pela Seae que somente o GATORADE, por deter 75% do mercado, teria condições de se manter no segmento de isotônicos artificiais de forma competitiva.

O mercado de isotônicos não tem apresentado atrativos para novos entrantes, conforme se verifica em resposta encaminhada pela Parmalat, sendo que seu crescimento apresenta-se compatível com o crescimento demográfico. Neste arcabouço, a SDE asseverou que, se fosse considerado um crescimento anual de 6%, seria necessário mais de 06 (seis) anos para que se alcançasse o patamar da EMV de 40%.

Outro fator de grande relevância que se caracteriza como elevada barreira à entrada são os investimentos despendidos com máquinas, equipamentos, publicidade e propaganda, registro de marcas, estoques de embalagens e rótulos, e pesquisa para desenvolvimento dos produtos. Segundo informado pela Coca-Cola e pela Parmalat, os custos para adaptação do maquinário são elevados, sendo o mercado de aluguel praticamente desconhecido. Ademais, cumpre ressaltar, como se verá detalhadamente mais abaixo, que os gastos com publicidade no mercado de isotônicos são extremamente altos, significando, desta feita, elevada inibição à entrada de novos agentes.

No que tange às redes de distribuição, cumpre destacar trecho de resposta encaminhada pela Parmalat:

***“ a marca é muito importante na definição do produto (e) Gatorade, no caso, chega a ser sinônimo de categoria. A distribuição contudo, é o principal elemento. Uma marca menos conhecida, com um portfólio limitado e pouco diferencial de produto poderia alavancar venda se tivesse o canal de distribuição.”(grifo nosso)***

Tal posicionamento corrobora com a tese apresentada nas linhas antecedentes no sentido de que os altos investimentos em *marketing*, elemento essencial para fortalecimento da marca, representam uma elevada barreira à entrada. Entretanto, demonstra, ainda, o quão importante é o elemento distribuição no segmento de isotônicos artificiais.

Segundo informado pelas Requerentes, a distribuição dos produtos GATORADE e MARATHON é feita por distribuidores independentes, sendo que os distribuidores do primeiro operam com exclusividade. Assim, em consonância com o alegado pela Parmalat, a distribuição caracteriza-se como a maior barreira à entrada, principalmente quanto ao pequeno varejo, visto que a distribuição deve atingir canais específicos como academias, quiosques e praias.

Aliás, é fundamental recordar que as Partes alegaram a distribuição como uma eficiência gerada pela operação, posto que o sistema de distribuição feito pela Quaker não é exclusivo de bebidas isotônicas, já que a mesma possui uma enorme gama de produtos em sua linha de produção e distribuição. Não obstante tal tese ser totalmente refutável, a distribuição mostra-se como evidente barreira à entrada de novos agentes, pois em decorrência da economia de escala gerada as empresas aumentarão ainda mais sua planta.

Neste aspecto concluiu a d. SDE:

***“ Sendo assim, verifica-se que as características relacionadas à distribuição eficiente de bebidas isotônicas limitam as possibilidades de entrada no presente mercado, condicionando-a, praticamente, à existência de um sistema de distribuição previamente estruturado, para o qual o eventual acréscimo de uma bebida isotônica seria apenas mais um produto.”***

Em se tratando da complexa entrada de novos participantes no mercado de isotônicos(16), é importante lembrar que a Parmalat e a Nestlé desistiram de atuar no mercado e se retiraram devido à insignificante participação de mercado alcançada, além das dificuldades enfrentadas para atuação no segmento. Seguem as alegações da Parmalat:

Nota:

(16) O GATORADE foi lançado no Brasil em 1988, sendo o Sportade lançado

em 1995, o MARATHON, Energil C Sport e Frutorade em 1996, o Santal Active em 1997 e o Bliss Sport em 1999, entretanto, observa-se que apenas o MARATHON obteve crescimento em sua participação de mercado, passando de 7,97% para 17,42% entre 1997 e 2001. As marcas Sportade, Energil C Sport e Frutorade, por outro lado, diminuíram absurdamente suas participações (o Frutorade e o Sportade, por exemplo, declinaram de 5,22% para 0,20% e de 4,49% para 0,22%, respectivamente).

***“Gatorade e Marathon predominam em termos de venda no mercado, e qualquer ameaça de um concorrente provavelmente levaria anos para ameaçar a posição deles. Mesmo a Coca-Cola está tendo muitas dificuldades para passar dos 13% de share no mercado estaduniense (no qual o GATORADE possui 79%), segundo a revista Advertising Age de 18.02.2002, com referência ao ano de 2001.” (grifo nosso)***

Por derradeiro, no que diz respeito à rivalidade, adoto o posicionamento exarado pela Seae, uma vez que se verificou: i) independência entre os concorrentes no que tange aos preços e às quantidades vendidas; ii) que os gastos com publicidade da marca GATORADE são infinitamente maiores do que os investimentos de marcas de menor expressão; iii) que o Powerade, produto da Coca-Cola, mesmo depois de 10 (dez) anos de atuação no mercado estadunidense não conseguiu atingir o patamar de participação de mercado detido pelo GATORADE, sendo que o crescimento deste último tem sido maior do que o apresentado por todos os demais agentes.

## VII – EFICIÊNCIAS

Como bem pontua o Professor e ex-Conselheiro deste CADE, João Bosco Leopoldino da Fonseca, em artigo publicado na revista do Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo (IBRAC), existem Atos de Concentração econômica que acarretam benefícios e aqueles que causam malefícios ao mercado, vejamos:

*“Os atos de concentração, com a conseqüente formação de um poder econômico privado, podem ser vistos sob dois ângulos: primeiro como um fato benéfico e por vezes necessário, e, em segundo lugar, como um fato nocivo às relações de mercado. Na primeira hipótese fala-se em admissibilidade dos atos de concentração, no segundo, de ilicitude(17).”*

Nota:

(17) Fonseca, João Bosco Leopoldino. Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência. *Revista IBRAC*, v. 04, n. 05, p. 05.

É neste arcabouço que se fundamenta o artigo 54 da Lei Antitruste pátria, por meio do qual se admite a aprovação de concentrações econômicas que de qualquer forma limitem a livre concorrência, desde que presentes algumas condições listadas nos seus §§ 1º e 2º(18).

Nota:

(18) Art. 54, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.884/94:

*“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.*

*§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atenda as seguintes condições:*

*I – tenham por objetivo, 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.”*

Portanto, observada a elevada concentração gerada pelo negócio em tela, assim como a existência de elevadas barreiras à entrada no mercado de isotônicos artificiais, urge analisar as possibilidades que viabilizariam a aprovação do Ato.

Conforme consta do parecer da Seae, ao serem questionadas acerca das eficiências geradas pela operação, as Requerentes alegaram que sua estratégia de produção, comercialização e *marketing* será focada nos aspectos seguintes:

i) aumentar a competitividade no fator preço e investimentos no segmento, considerando que a transferência da linha de produção permitirá economias de escala e escopo, com significativa redução de custos, o que permitirá investimentos no segmento de isotônicos;

ii) expandir e diversificar a disponibilidade de produto ao consumidor, por meio de a) aumento da distribuição numérica e acesso a novos mercados através da rede de distribuição da CBB; b) lançamento de novas embalagens, atendendo às preferências dos consumidores e que possibilitem o acesso a novos clientes e canais de vendas, e c) “aumento da concorrência entre os pontos de venda, pela maior disponibilidade, e, por conseguinte, diminuição do preço final aos consumidores”;

iii) aumentar a capacidade de investimento no segmento de isotônicos, tendo em vista a redução de custos pretendida. Isto, aliado à maior disponibilidade do produto, “possibilitarão um aumento de vendas que resultará em maior poder de investimento na divulgação do produto junto aos consumidores de bebidas com propriedades isotônicas”.

Estabelecidas as eficiências alegadas pelas partes, passo a analisá-las caso a caso. As Requerentes apontaram a diminuição do preço como eficiência decorrente da operação, uma vez que a unificação da unidade fabril acarretará economias de escopo e de escala. Para melhor estudar tal hipótese é necessário a observância dos dados que seguem na tabela abaixo:

**TABELA II**  
**Séries Mensais de Preços dos Isotônicos**

PERÍODO	PREÇO MÉDIO EM REAIS							
	GATORADE	FRUTORADE	ENERGIL C	MARATHON	BLISS SPORT	SANTAL ACTIVE	SPORTADE	OUTRA MARCA
Fev./Mar. 1999	3,31	2,90	3,00	2,71	0	3,24	2,49	2,50
Abr./Maio 1999	3,41	2,72	3,05	2,85	0	3,19	2,61	1,42
Jun./Jul. 1999	3,51	2,62	3,01	2,73	0	3,27	2,70	1,61
Ago./Set. 1999	3,58	2,65	2,95	2,90	0	3,37	2,72	2,02
Out./Nov. 1999	3,53	2,78	2,80	2,89	3,25	3,28	2,92	2,11
Dez./Jan. 2000	3,69	2,64	2,86	2,77	3,49	3,59	2,84	2,66
Fev./Mar. 2000	3,59	2,78	2,92	2,68	3,43	3,63	2,70	2,66
Abr./Maio 2000	3,65	2,73	2,86	2,86	3,43	3,45	2,50	2,11
Jun./Jul. 2000	3,70	2,72	2,82	2,90	3,67	3,41	2,42	2,06
Ago./Set. 2000	3,67	2,68	2,78	3,11	3,59	3,26	2,58	2,24
Out./Nov. 2000	3,74	3,10	2,92	3,08	3,62	3,24	3,06	2,78
Dez./Jan. 2001	3,80	3,19	2,79	3,07	3,52	3,42	2,53	2,33
Fev./Mar. 2001	3,74	2,85	2,90	3,06	3,54	3,07	3,20	2,51
Abr./Maio 2001	3,77	2,82	3,00	3,09	3,59	3,28	2,94	2,56
Jun./Jul. 2001	3,76	2,73	3,18	3,07	3,45	3,32	3,26	2,17
Ago./Set. 2001	3,82	2,71	3,20	3,07	3,49	3,22	3,23	2,28
Out./Nov. 2001	3,73	3,02	2,97	3,10	0	3,11	3,07	2,78
Dez./Jan. 2002	3,71	3,15	3,27	3,09	0	3,26	2,94	2,59
Fev./Mar. 2002	3,72	3,52	2,93	3,07	0	3,19	3,01	2,56

Fonte: Requerentes, citando ACNilsen.

As Requerentes argumentaram que a economia de custo variável seria de R\$ 0,30 (trinta centavos) por cada caixa de 12 (doze) unidades, o que por si só não representa diferença significativa por unidade de produto. Outrossim, observa-se que, ao contrário do argüido, os preços dos isotônicos sofreram expressivo aumento ao consumidor final no primeiro trimestre de 2003, o que refuta totalmente a tese apresentada. Nesse tocante, observe-se a tabela que se segue:

### 1º Trimestre de 2003

**TABELA III**

PREÇOS NOMINAIS (R\$/LITRO)	DEZ/01 – MAR/02	DEZ/02 – MAR/03	VARIAÇÃO (*)
Suco Pronto Consumo	2,65	3,04	14,8%
Suco Concentrado (*)	0,45	0,47	5,1%
Refresco em Pó (*)	0,29	0,34	18,0%
Água Mineral	0,55	0,57	2,9%
<b>GATORADE</b>	<b>3,71</b>	<b>4,19</b>	<b>13,0%</b>
<b>MARATHON</b>	<b>3,08</b>	<b>3,37</b>	<b>9,5%</b>
Outros Isotônicos Artificiais	2,96	3,13	5,6%
Chá Líquido	2,41	2,64	9,8%
Refrigerante	1,13	1,26	11,4%
Energético	18,46	20,07	8,7%

(\*) Taxas de variação calculadas sem arredondamento na segunda casa decimal.

Fonte: ACNielsen.

Ademais, no que diz respeito ao aumento da distribuição do produto ao consumidor final, dados recentemente apresentados demonstram uma queda gigantesca no volume de vendas dos isotônicos, senão vejamos:

**TABELA IV**

	DEZ/01 – MAR/02	DEZ/02 – MAR/03	VARIAÇÃO
Suco Pronto Consumo	56.076	59.457	6,0%
Suco Concentrado (*)	222.067	221.680	-0,2%
Refresco em Pó (*)	737.595	825.272	11,9%
Água Mineral	441.758	473.763	7,2%
<b>GATORADE</b>	<b>9.684,12</b>	<b>8.074,04</b>	<b>-16,6%</b>
<b>MARATHON</b>	<b>2.020,15</b>	<b>681,63</b>	<b>-66,3%</b>
Outros Isotônicos Artificiais	546	227	-58,4%
Chá Líquido	15.996	18.109	13,2%
Refrigerante	3.383.866	3.512.123	3,8%
Energético	1.562	1.671	7,0%

(\*) Volume Convertido em Litros.

As Requerentes aludem que a queda no volume de vendas dos isotônicos artificiais está ligada ao aumento do consumo de bebidas não-alcoólicas, o que, segundo conclusão das Partes, evidencia a impossibilidade de adoção de quaisquer políticas comerciais abusivas frente ao consumidor, “*uma vez que a consequência imediata seria o agravamento da perda de vendas para os concorrentes no mercado de bebidas não-alcoólicas, acima observada*”.

Entretanto, diante da análise do mercado relevante feita acima, tal argumento cai por terra, uma vez que não se verifica qualquer substitutibilidade entre as bebidas não-alcoólicas e os isotônicos artificiais. O que mais nos intriga é verificar o quanto maior foi a queda do consumo do produto MARATHON (-66%) em relação a seu concorrente GATORADE (-16,6%), posto que o preço do segundo, conforme verificado na Tabela III, é bem superior ao do primeiro.

No que tange à alegação de que a operação acarretaria possibilidade de maiores investimentos no segmento, é imperioso ressaltar que os gastos com *marketing* do produto GATORADE antes da operação já eram muito altos, aliás, conforme aludido alhures, este fator é um dos mais importantes e marcantes para a escolha final dos consumidores. Observemos os dados apresentados pelas Requerentes:

**TABELA V**

**Gastos totais com publicidade (em reais)**

PRODUTOS	1999	2000	2001	2002	2003*
GATORADE	6.613.000,00	6.594.000,00	8.955.000,00	9.435.827,00	8.200.000,00
MARATHON	1.503.000,00	1.477.926,00	872.000,00	111.190,00	200.000,00

Fonte: Requerentes.

(\* ) Valores até o mês de agosto de 2003.

A análise permite auferir que os gastos em publicidade no mercado de isotônicos sempre alcançou patamares muito altos, principalmente por parte do GATORADE, produto líder do mercado. No que tange ao MARATHON, todavia, o que se pode auferir dos dados é que os investimentos em publicidade tiveram queda elevada no ano de 2002, o que, talvez, possa justificar a elevada queda de vendas no mesmo ano.

Indaga-se, portanto: qual o objetivo da CBB em diminuir bruscamente seus investimentos em *marketing*, mesmo sabendo que este fator influencia absurdamente a participação do produto no mercado? Em outras palavras: por que as Requerentes continuaram fazendo investimentos em publicidade do produto GATORADE e reduziram bruscamente os gastos em *marketing* do produto MARATHON?

Por derradeiro, quanto à ampliação da distribuição e redução de custos com a utilização de distribuidores independentes da CBB, é importante ressaltar que esta possui uma rede de 600 revendas e 33 centros de distribuição. Todavia, como muito bem colocado pela Seae, a Quaker, mesmo possuindo uma rede com apenas 40 distribuidores, é líder isolada do mercado de isotônicos, portanto, a alegação de que a distribuição caracteriza-se como eficiência gerada pela operação é esdrúxula.

Destarte, é de se observar que a PEPSICO é empresa de grande porte, a qual seria absolutamente razoável fazer investimentos para que o GATORADE alcançasse nichos específicos em sua distribuição e, com isso, aumentasse ainda mais sua participação no mercado.

Assim, com fundamento em todo o exposto, considero descartadas todas as eficiências alegadas pelas Requerentes, uma vez que não foi verificado qualquer benefício concreto ao consumidor final, o qual é protegido e amparado pela Lei Antitruste pátria, conforme previsão expressa do §§ 1º e 2º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

## VIII – CONCLUSÃO

Com o intuito de proteger e salvaguardar os interesses da coletividade, bem jurídico protegido pela Lei de Concorrência, assim como de tutelar o estabelecimento da livre concorrência, princípio elevado ao patamar de regência das atividades econômicas desta República Federativa, pela Constituição Federal de 1988, e consideradas todas as razões já expostas, em virtude da elevada concentração verificada, passo às restrições que entendi como passíveis de amenizar os impactos gerados pela operação em análise.

Com fulcro nos posicionamentos robustos apresentados pelas Secretarias que instruíram o feito, e também nos opinativos da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal, determino a alienação da marca MARATHON e de todos os ativos referentes a ela, nos termos que se seguem:

- I) proceder-se-á a elaboração de um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar da publicação do acórdão, do qual deverá constar todas as determinações impostas nesta decisão;

Nota:

(19) A empresa deverá ser totalmente independente, ou seja, não poderá manter qualquer participação acionária ou qualquer outro vínculo, ainda que minoritário com a CBB, ou com quaisquer de suas coligadas, controladas ou controladoras.

II) a alienação proceder-se-á por leilão público no prazo de 03 (três) meses a contar da assinatura do TCD. A empresa que tiver interesse em adquirir a marca MARATHON e seus ativos não poderá ter qualquer correlação com a CBB(19), e sua escolha estará condicionada à deliberação prévia deste Plenário;

III) as Requerentes deverão se comprometer a compartilhar sua rede de distribuição com a empresa adquirente em todo o território nacional durante o prazo de 02 (dois) anos, prorrogáveis por igual período, com o intuito de assegurar a consolidação da Compradora no mercado. Tal imposição só não será exigida caso a Compradora comprove perante esta Autarquia que possui condições de proceder a distribuição do produto de maneira eficaz, tal qual é procedida pela CBB;

IV) a distribuição do MARATHON, compartilhada com os produtos da CBB, deverá ser disciplinada por contrato firmado entre a primeira e a Compradora, através do qual a CBB se comprometerá a estabelecer igualdade nas condições na distribuição, a igualdade nos custos de distribuição incorridos pela CBB e pela Compradora e a mais ampla distribuição do MARATHON no mercado nacional. Em locais onde não houver distribuição direta, deverá a CBB distribuir, pela sua própria rede, o produto MARATHON. Deverá, ainda, a CBB dispensar a Compradora do pagamento de quaisquer comissões adicionais de distribuição, exceto dos custos operacionais de transporte, nos primeiros 02 (dois) anos;

V) caso as determinações impostas no TCD não sejam cumpridas no prazo e forma estabelecida nos itens anteriores,

a execução da presente decisão deverá ser realizada mediante intervenção judicial na empresa, de acordo com os artigos 60 a 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações;

VI) o descumprimento de quaisquer das disposições do TCD implicará a imediata aplicação de multa mínima de 5.000 (cinco mil) UFIRs diárias, que poderá ser aumentada em até 20 (vinte) vezes, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.884/94.

Por todo o exposto, **conheço** a presente operação, considero sua **notificação tempestiva** e, no mérito, voto pela sua **aprovação, condicionada ao cumprimento das restrições impostas acima**, ressaltando que a sua não-aceitação implicará, além de outras cominações previstas no TCD, a desconstituição do Ato de Concentração, na forma de que trata o § 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

É o voto.

Brasília, 05 de novembro de 2003.

**MIGUEL TEBAR BARRIONUEVO**

*Conselheiro-Relator*

**VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO  
FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES  
(VERSÃO PÚBLICA)**

## **I – DA OPERAÇÃO**

Trata-se da celebração do Contrato de Licenciamento, datado de 1º de janeiro de 2002, entre a STOKELY-VAN CAMP, INC., uma empresa subsidiária integral da PEPSICO INC. (PEPSICO), e a COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS (CBB), segundo o qual a CBB foi designada para engarrafar, comercializar e distribuir, com exclusividade, em todo o território nacional, os produtos sob a marca registrada GATORADE, até **(CONFIDENCIAL)**.

O valor da operação é da ordem **(CONFIDENCIAL)**.

Compete ressaltar que a presente operação é decorrência de dois antecedentes importantes: i) a celebração, em 22 de outubro de 1997, do Contrato de Licenciamento, no qual a PEPSICO nomeou a Companhia Cervejaria Brahma sua engarrafadora exclusiva para engarrafar, vender e distribuir os seguintes produtos sob as marcas Pepsi, Pepsi-Cola, Diet Pepsi, Diet Pepsi-Cola, Mirinda, Teem e Kas; compete ressaltar que o mencionado contrato foi, em 09 de outubro de 2000, substituído pelo instrumento no qual foi nomeada, como sucessora da Brahma, a Companhia de Bebidas das Américas; e, ii) a aquisição do controle acionário da The Quaker Oats Company, pela PEPSICO, operação aprovada pelo CADE em 13 de junho de 2001 (AC nº 08012.007005/2000-44).

Conforme se pode notar, muito embora a presente operação seja decorrência direta dos contratos celebrados no passado, o objeto da mesma, ou seja, a designação da CBB para engarrafar, comercializar e distribuir, com exclusividade, em todo o território nacional, os produtos sob a marca registrada GATORADE ainda não foi apreciada pelas autoridades antitruste nacionais. Isto associado ao fato de existir um considerável lapso de tempo entre os antecedentes acima expostos e a realização da presente operação, assegura sua autonomia, enquanto objeto de análise antitruste, passível de subsunção ao artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

## **II – DAS REQUERENTES**

São Requerentes do presente Ato de Concentração, conforme já se destacou oportunamente, a PEPSICO e a CBB.

A PEPSICO é uma empresa de origem norte-americana que atua no Brasil, direta ou indiretamente, nos negócios de *snacks* salgados e doces, concentrados de refrigerantes, isotônicos, complementos alimentares, cereais, barras de cereais, leites com sabor, achocolatados em pó e peixe enlatado. A PEPSICO integra o Grupo Pepsi-Co, cujo faturamento, em 2000, no Brasil, foi de R\$ 309 milhões e, no Mundo, de R\$ 40,1 bilhões (dados disponíveis na versão pública do Parecer Seae).

A CBB, por sua vez, é uma empresa nacional subsidiária integral da Companhia de Bebidas das Américas (AmBev), cujo Grupo tem atuação destacada nos negócios de produção e comercialização de cervejas, refrigerantes, isotônicos, chás e águas. Em 2000, o Grupo AmBev registrou faturamento, no Brasil, da ordem de R\$ 10,9 bilhões, sendo que, em sua atuação global, o faturamento atingiu R\$ 11,2 bilhões.

## **III – DO RECOLHIMENTO DA TAXA PROCESSUAL**

Conforme atesta a D. Procuradoria do CADE, em seu Parecer nº 37/2003, o recolhimento da taxa processual foi devidamente comprovado pelas Requerentes.

#### IV – DA APRESENTAÇÃO DO ATO DE CONCENTRAÇÃO

De acordo com as informações prestadas pelas Requerentes, a operação foi realizada em 20 de dezembro de 2001, tendo sido apresentada ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em 15 de janeiro de 2001. Considerando os feriados e pontos facultativos do período compreendido da assinatura à apresentação da operação, acompanho o Ilustre Conselheiro-Relator, reconhecendo a tempestividade da apresentação, vez que respeitado o prazo de 15 dias úteis estipulados pelo parágrafo 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

#### V – DA SUBSUNÇÃO DA OPERAÇÃO ÀS HIPÓTESES DO ARTIGO 54, CAPUT E § 3º, DA LEI nº 8.884/94

A presente operação subsume-se às hipóteses de apresentação de atos de concentração elencadas no artigo 54 da Lei nº 8.884/94, uma vez que o faturamento do Grupo Ambev, em 2000, no Brasil, foi de R\$ 10,9 bilhões, aspecto suficiente a ensejar a apresentação da operação.

Concluo, portanto, pela subsunção da operação aos critérios do art. 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94.

#### VI – DO TRATAMENTO SUMÁRIO

Observo que as Requerentes, quando da apresentação da operação, em 15 de janeiro de 2002, formularam pedido no sentido de que a operação fosse analisada “de forma sumária”.

Quanto a este pedido, é interessante ressaltar que, dada a configuração do mercado relevante suscitada pela Seae e SDE, não existiram razões para que a operação fosse analisada em procedimento simplificado. O que também não se justifica na instância de julgamento que ora se encontra a operação.

#### VII – DAS QUESTÕES SUCITADAS PELAS REQUERENTES

Antes de avaliar a operação propriamente dita, é necessário que sejam abordadas duas importantes questões suscitadas pelas Requerentes ao longo do processo.

A primeira, diz respeito ao suposto desrespeito ao princípio do contraditório. Nas palavras das Requerentes: “cumpre registrar que as Requerentes não tiveram oportunidade de manifestação formal perante a Secretaria de Direito Econômico, após a emissão do Parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae” (texto constante da petição juntada pelas Requerentes aos autos em 30 de janeiro de 2003).

Embora não se tenha constatado, pela análise dos autos, o suposto cerceamento ao Princípio do Contraditório, entendo necessário ressaltar que, tendo em vista o caráter meramente opinativo das manifestações da Secretaria de Direito Econômico, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico e também da Procuradoria do CADE e, ainda, considerando que as partes oportunamente juntaram aos autos as manifestações desejadas, sendo-lhes conferidas diversas oportunidades para manifestação acerca das provas produzidas bem como das manifestações dos órgãos competentes, entendo que não vigora até o presente momento, neste Processo Administrativo, eventual desrespeito a qualquer dos princípios regentes do Processo Administrativo, considerado aqui o termo processo administrativo em sentido amplo.

De tal forma que, ainda que a SDE não tivesse conferido oportunidade às partes para apresentarem suas considerações acerca de eventuais provas produzidas no processo de análise de Atos de Concentração, este suposto vício seria plenamente sanado no CADE. Compete ressaltar, ainda, que no processo administrativo vigora o Princípio da Verdade Material, o que nos condiciona a afastar, de forma veemente, o fenômeno jurídico da preclusão. A qualquer momento é conferida às partes a possibilidade de trazer aos autos novas informações que agreguem opticidade aos fatos envolvidos na celeuma.

“Agustín Gordilo ( *Tratado de Derecho Administrativo* , t.II, pp. IX-59) acrescenta um dado extremamente importante: o princípio da verdade material possibilita e, mesmo, determina que a decisão do processo administrativo não fique balizada pelo que foi deduzido pelas partes e que, além disso, na formulação da decisão não sejam consideradas apenas as provas produzidas pelas partes. No processo administrativo, para a formulação da decisão, deve o órgão julgador valer-se de fatos ou provas que sejam de conhecimento público, ou que estejam em poder da Administração por outras circunstâncias, ainda que constem de outros expedientes que possam ser examinados. Se a decisão não se ajustar aos fatos verdadeiros, ela estará viciada.”(1)

Nota:

(1) FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo* . São Paulo: Malheiros, 2001, fl. 87.

Ainda que a busca da verdade material e seus efeitos não vigorasse em todas as espécies de Processos Administrativos, haveria sempre no processo atinente à matéria concorrencial a possibilidade de as partes se manifestarem reiteradas vezes

até o julgamento, uma vez que este é um pressuposto da dinamicidade do mercado. Certamente, não será a análise do CADE capaz de cobrir os fatos com uma campânula!

Neste sentido, concluindo pela lisura e correição dos atos administrativos praticados ao longo da instrução, afasto as arguições das Requerentes neste aspecto.

## VIII – DO MERCADO RELEVANTE

Em que pese os desairosos comentários encontrados nesses autos acerca de supostas divergências quanto à definição do mercado relevante em oportunidades outras, não me parece ser este fato capaz de conflitar nem as bases da advocacia na matéria concorrencial nem, tampouco, as autoridades antitruste. Ainda porque, de acordo com o inciso I do artigo 3º da Lei nº 9.874/99, é direito dos administrados “ser tratado com respeito pelas autoridades e pelos servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações”. Ademais, o foco no debate nos autos de um Ato de Concentração corresponde exatamente a apurar o mercado relevante cabendo ao Conselho dirimi-lo. Neste sentido, sem provocar ainda maiores paixões na discussão sem fim e, talvez, sem sentido, passo de pronto aos aspectos determinantes à definição do mercado relevante.

Ainda que sejam levantadas algumas controvérsias quanto ao próprio conceito de mercado relevante, questionando-se sua natureza jurídica e/ou econômica, ainda sim, não restam dúvidas quanto à sua essencialidade para a dinâmica da análise das operações subsumidas ao artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

A necessidade de uma análise casuística do mercado relevante se comprova, a cada caso julgado por este Egrégio Conselho, a virtude maior da defesa da concorrência, seja sob a óptica do Direito, seja da Economia.

“A importância das parcelas de concentração na administração da Lei Antitruste faz com que a definição do mercado na qual se computa o *market share* dos Requerentes, seja crítica. Dando suficiente flexibilidade à definição do mercado, grandes concentrações tornam-se comuns e um surpreendente número de concentrações inócuas podem parecer perigosamente monopolistas.”(2)

Nota:

(2) “The importance of concentration ratios in the administration of the antitrust law makes the definition of the market in which to compute the defendant’s market share critical. Given enough flexibility in market definition, high concentration becomes ubiquitous and a surprising number of innocuous mergers can be made to appear dangerously monopolistic.” POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago and London : The University of Chicago Press, 2001, fl. 147.

Entretanto, como não poderia deixar de ser, é necessário reconhecer que, na face oposta à essencialidade da definição do mercado relevante, temos as dificuldades iminentes ao tópico. A árdua função de definir, neste caso concreto, o mercado relevante é o ponto-chave para o encadeamento lógico do restante da presente manifestação.

Em linhas gerais, a definição do mercado relevante se dá em dois estágios: primeiro, identifica-se a demanda, grupo de consumidores que devem receber a proteção legal; e, então, o grupo de ofertantes que atendem ou poderiam atender a essa demanda(3).

Nota:

(3) “Market definition is a two-step process. First, a group of purchasers entitled to the protection of law must be identified (for example, consumers of corned beef in New York City). Second, the group of sellers who are serving those purchasers, or could do so if the market price rose even modestly because they sell a product that is good substitute in either consumption or production, must be identified. The output of the product together with that of its good substitute constitutes the output of the relevant market and is thus the denominator, while the output of each of the producers is the numerator, in the calculation of each producer’s market share”. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago and London : The University of Chicago Press, 2001, fl. 149.

Internacionalmente, tanto na jurisdição da Comunidade Européia quanto dos Estados Unidos, o mercado relevante sob a óptica do produto é definido com base no comportamento da demanda, de forma que são as preferências dos consumidores que indicam o grau de substitutibilidade dos produtos, identificando, assim, quais produtos pertencem a determinado mercado relevante.

Não se pode olvidar, contudo, que o mercado brasileiro é um cenário muito peculiar, tendo em vista sua dimensão

territorial e a diversidade de renda e hábitos que permeiam a grande população brasileira, o que tem especial repercussão nos mercados de produtos supérfluos. A título de exemplo, poderíamos citar as diferenças reveladas nas pesquisas realizadas pela Ipsos entre os hábitos de consumo no Rio de Janeiro e em São Paulo. Esses fatores agregam ainda mais dificuldade à definição objetiva do mercado relevante. Diagnosticar as preferências de consumo demandaria ampla base de pesquisa que, ainda assim, poderia sofrer sensíveis desvios regionalmente.

A definição do mercado relevante é especialmente significativa por dois aspectos: apurar os níveis de concentração do mercado, por meio dos *market shares*, e identificar a factibilidade de competidores potenciais ingressarem no mercado de modo a procurar verificar a existência e aspectos dimensionais do eventual exercício de poder de mercado. Ainda que não se considere a concentração de *market share* como fator suficiente a caracterizar o dano à concorrência, não se pode negligenciar a análise desse fator em conjunto com os demais aspectos pertinentes (possibilidade de entrada no mercado, efeitos da operação, p. ex.).

Os níveis de concentração do mercado são importantes especialmente para identificar a possibilidade de exercício de poder de mercado pelos *players*. Entretanto, conforme o próprio CADE já tem se posicionado, este dado não é suficiente a ensejar a conclusão de existência de poder de mercado, existindo, inclusive, outras formas de concluir pela existência de poder de mercado.

Diante disso, é necessário que se estabeleça um posicionamento objetivo, a fim de definir os limites mercadológicos dos efeitos da operação. A disparidade encontrada nos graus de concentração, de acordo com a definição de mercado relevante, demonstra a necessidade de alongar-se no estudo desse tópico no caso sob exame.

Um importante marco na discussão da definição do mercado relevante é o famoso julgamento da operação envolvendo a Du Pont, em 1956, quando a Suprema Corte norte-americana decidiu que o mercado relevante da concentração era constituído de todos os produtos flexíveis para embalagem e não só o celofane, objeto direto da operação. A partir de então, passou a ser amplamente aceita a idéia de que “o mercado é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles.”(4)

Nota:

(4) SHIEBER, Benjamim M. *Abusos do Poder Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, fl. 47.

Neste sentido, o Professor Calixto Salomão considera que: “para que um produto seja considerado um substituto, do ponto de vista do consumidor, é preciso demonstrar, portanto: (i) a viabilidade funcional do produto (desempenha as mesmas funções que o primeiro); (ii) a sua viabilidade econômica (os gastos incorridos em sua aquisição e utilização não são proibitivos).”(5)

Nota:

(5) *Regulação e Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 2002, fl. 19.

Colocados alguns pressupostos teóricos da análise do mercado relevante e, antes de adentrarmos a definição propriamente dita, é interessante explorarmos questões que antecedem e subsidiam esta definição, especialmente aquela relacionada às provas necessárias à sua definição.

O caso em tela trouxe, mais uma vez, à tona, a importância de dois aspectos que regem o processo administrativo: a busca da verdade material e o ônus da prova. Neste sentido, a doutrina de Sérgio FERRAZ e Adilson Abreu DALLARI é especialmente elucidativa:

“Quanto ao ônus da prova, a lei federal, no art. 26, adota o princípio de que a prova das alegações incumbe a quem as faz, mas ressalva o dever de perseguir a prova, que é imposto à Administração por força do princípio da oficialidade. Está implícito que não pode a Administração bloquear o acesso do particular a fatos e documentos de seu interesse. Mais que isso, deve a Administração colaborar com o particular na busca de elementos probatórios, porque o interesse público assim o exige.

Esse dever fica bastante claro nos arts. 35, 37 e 39, nos quais está afirmada a obrigação do Poder Público de colher provas constantes de documentos em seu poder, de intimar terceiros para que apresentem provas necessárias à instrução e de, até mesmo, promover a realização de reuniões com representantes de diversos órgãos administrativos quando houver necessidade de audiência de uma pluralidade deles.”(6) (p. 134)

Nota:

(6) FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 134

Assim, é necessário entender que a busca de verdade material não pode permitir à autoridade impor excessivo ônus probatório aos interessados, o que, certamente, feriria o princípio constitucional do contraditório(7). Isto porque é inerente ao princípio do contraditório, até mais do que o diálogo, a possibilidade de a parte interessada analisar e contestar fundamentos e perspectivas dos elementos probatórios contra ela levantados. Ainda mais, é preciso considerar o disposto no § 2º do artigo 29 da Lei nº 9.874/99, “Os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

Nota:

(7) Explicam FERRAZ e DALLARI ( *op. cit.* p. 72) “O princípio do contraditório exige um diálogo; a alternância das manifestações das partes interessadas durante a fase instrutória. A decisão final deve fluir da dialética processual, o que significa que todas as razões produzidas devem ser sopesadas, especialmente aquelas apresentadas por quem esteja sendo acusado, direta ou indiretamente, de algo sancionável.”

O princípio da busca da verdade material não pode ser entendido como uma liberalidade do julgador para afastar, sem elementos probatórios suficientes para tal, as provas produzidas pelas partes no decorrer da fase instrutória. Ao contrário, indica que pode a Administração trazer provas e elementos de seu conhecimento, ou em seu poder, ainda que não produzidas nos autos a serem julgados, no intuito de contribuir para o esclarecimento dos fatos.

Por evidência, não se tem qualquer pretensão, com essas breves dilações, de reduzir a busca da verdade material à elasticidade atribuída pelo processo administrativo à possibilidade de utilização da prova emprestada.

Não se pode olvidar, ainda, que a instrução desse processo que ora se analisa, transcorreu durante longo período de tempo, período suficiente para que fossem produzidas tantas quantas necessárias as provas para a formação da livre convicção dos julgadores deste Egrégio Conselho.

Como se encontra fartamente na doutrina processual nacional, civil e penal, livre convicção, em hipótese alguma, pode ser associada à simples negação das provas dos autos. Muito embora as provas possam ser afastadas com fulcro na livre valoração dos elementos probatórios, ou seja, na livre e motivada convicção, é importante salientar que devem se fazer presentes novos elementos que, no caso do processo administrativo, tragam à baila maior proximidade à verdade material.

Feitas essas necessárias digressões teóricas, passo a analisar a delimitação do mercado relevante sob a óptica do produto no presente processo.

As Requerentes apontam, e as autoridades não podem deixar de reconhecer, que os produtos isotônicos (artificiais e naturais, ou pelo menos a divulgação das propriedades isotônicas destes últimos) são de recente inserção no mercado nacional, o que, associado ao fato de que se trata de um produto de consumo supérfluo das classes mais altas da população, haja vista o pequeno potencial de compra da esmagadora parcela da população nacional, indica que o “mercado de isotônicos” (cuja existência isolada, por hora, não se afirma) não se encontra em grau de desenvolvimento satisfatório.

Uma intrigante questão demandou pesquisas nestes autos: o que são os produtos isotônicos? Ora, muito embora diversas respostas possam ser oferecidas, como o foram, embasadas nas propriedades físico-químicas das bebidas, é necessário questionar qual a efetividade dessas análises científicas da composição dos produtos para a definição do mercado relevante, levando-se em consideração que o foco principal dessa definição está na posição do consumidor.

Fosse o consumidor brasileiro, ainda que estejamos falando das classes A e B, apto a interpretar com clareza os rótulos das embalagens e advertências das composições, certamente o panorama de definição dos mercados seria um tanto diferente da postura hoje adotada. Não surge oportuno classificar o homem-médio nacional como capaz e, ainda, mais, habituado a pesquisar demoradamente nas composições químicas dos alimentos a título de saber se o percentual presente de sódio ou potássio é suficiente a proporcionar a hidratação necessária de acordo com o tempo e ritmo do exercício praticado, ou, meramente, para saciar a sua sede.

Não se despreze a importância do conhecimento científico para a classificação, mesmo que legal, dos produtos para a comercialização. Ou, ainda mais, para determinar o processo de fabricação e, eventualmente, possibilidades de oferta por novos agentes no mercado. Entretanto, não consta ser este o foco da definição do mercado relevante de produto levando-se em consideração a orientação pela óptica da substitutibilidade para os consumidores.

É necessário ressaltar que as pesquisas junto aos consumidores foram trazidas ao conhecimento desse Egrégio Conselho pelas Requerentes. A presente análise, conforme se comprovará a seguir, atribui valor de fortes indícios às mesmas, haja vista os argumentos já aduzidos sobre a necessidade das provas para a formação da convicção dos julgadores. Contudo, não se despreza que todas as pesquisas têm limitações, o que lhes é inerente e, em momento algum, foram ocultadas pelas Requerentes ou pelos Institutos. Seria então até mesmo ingênuo acreditar na possibilidade de que as situações reais de escolha e decisão dos consumidores possam ser simuladas ou mesmo captadas. A perfeição tem custo infinito, o que afasta contundentemente a expectativa de que qualquer pesquisa possa demonstrar, seja para a definição das estratégias de *marketing*, seja para a análise antitruste, com absoluta fidelidade, a escolha do consumidor.

**(CONFIDENCIAL)**

A análise conjunta das três pesquisas realizadas junto aos consumidores juntadas aos autos pelas Requerentes permite concluir que, embora o consumo dos isotônicos após a realização de atividades físicas seja uma ocasião de consumo importante para a análise, não é possível afirmar que os consumidores de isotônicos limitam-se aos praticantes de atividades físicas, isto porque, ainda de acordo com as pesquisas mencionadas, **(CONFIDENCIAL)** do volume de vendas de isotônicos

pode ser associado a estes consumidores, o que indica que, embora seja esse percentual representativo, o mesmo não abrange todo, nem mesmo a sua maior parcela, o volume comercializado.

Neste sentido, poderia ser identificada uma classificação genérica dos consumidores de isotônicos: os praticantes de atividades físicas e os não-praticantes. Contudo, parece essa classificação não se adequar perfeitamente às provas constituídas nos presentes autos, ainda porque poderiam ser levantados diversos e infrutíferos questionamentos acerca, por exemplo, da periodicidade necessária para classificar determinado consumidor enquanto praticante de atividade física. Ainda mais que tal classificação acoberta outra suposta dúvida interessante: os praticantes de atividades físicas somente consomem o produto em ocasiões relacionadas à prática esportiva?

Nesse diapasão, e considerando que as pesquisas demonstram algumas características próprias às ocasiões de consumo dos isotônicos, parece adequado analisarmos, isoladamente, as principais ocasiões de consumo.

As principais ocasiões de consumo, de acordo com o IBOPE são: **(CONFIDENCIAL)**. Note-se, entretanto, que o instituto Copernicus, em avaliação com propósitos diferentes, apurou como ocasiões de consumo: **(CONFIDENCIAL)**.

Ainda que em um primeiro momento possa-se argumentar que as conclusões exaradas são incompatíveis, entendo que, ao contrário, há grande similitude, ainda que em um plano mais superficial, o que não é capaz de o repelir para fins desta análise, entre as conclusões das pesquisas. Conforme já se afirmou, o instituto Copernicus apurou, no estudo do perfil dos segmentos consumidores de isotônicos **(CONFIDENCIAL)**.

Assim, parece interessante que sejam analisadas as ocasiões de consumo: relacionadas à prática de esportes e demais situações. A razoabilidade da aglomeração das situações sob égide de “demais situações”, atribuindo evidente ênfase às ocasiões de consumo relacionadas às práticas esportivas, justifica-se por várias razões: os produtos isotônicos artificiais foram historicamente desenvolvidos para situações de desgaste físico ocasionado pela prática de esportes e atividades físicas, o apelo de *marketing* predominantemente está associado à funcionalidade do produto, não obstante seja necessário apontar que alguns lançamentos recentes em cores fluorescentes parecem estar mais voltados ao público infanto-juvenil do que aos consumidores preocupados com a funcionalidade do produto; e, finalmente, porque os consumidores que buscam a funcionalidade do produto, em princípio, seriam os que teriam à sua disposição menor gama de produtos como possíveis substitutos dos isotônicos, em caso de se verificar que a presente operação é danosa à concorrência.

Posto isso, verificamos que, de acordo com a pesquisa desenvolvida pela Ipsos, e apresentada pelas Requerentes, são bebidas consumidas após a prática de atividades físicas: água (73%); isotônico (17%); suco natural (15%); água de coco natural ou industrializada (13%); refrigerante (9%); suco pronto (2%); suco em pó (2%); chá pronto (1%) e outras (5%).

Interessante apontarmos que os dados acima também incluem os consumidores que, embora consumam bebidas após a prática de atividade física, não consomem isotônicos. Nesse sentido, é também muito ilustrativo considerarmos que, no grupo de consumidores que consomem isotônico após a prática de atividade física, são também consumidos: água (63%); suco natural (13%); água de coco natural e industrializada (11%); refrigerante (9%); suco pronto (3%); suco em pó (3%), chá pronto (1%) e outras bebidas (3%).

Ainda de acordo com essa pesquisa, dentre os consumidores de isotônicos que consomem o produto após a prática de atividade física, 92% estariam propensos a substituir os isotônicos quando esses não estão disponíveis, sendo que a opção de 63% desses consumidores é pela água.

Frente aos dados apresentados, verificamos que existem fortes indícios de que mesmo para os consumidores de algum tipo de bebida após a prática de atividades físicas, ainda assim, existem outras possíveis opções aos isotônicos. E mais: é necessário demonstrar que, mesmo considerando apenas os consumidores de isotônicos após a prática de atividades físicas, ainda assim muitos também consomem outras bebidas.

Ao menos em princípio, esses consumidores que consomem isotônico após a prática de atividade física seriam os que merecem a atenção da análise antitruste, e, portanto, que consubstanciarão a definição do mercado relevante para a análise, uma vez que utilizam os produtos especialmente por sua funcionalidade, caracterizando um mercado-alvo muito mais restrito do que o qual efetivamente se verifica na prática. Neste sentido, portanto, foi identificado o grupo da demanda que deve receber a proteção legal (primeiro passo para a definição do mercado relevante), haja vista sua maior vulnerabilidade frente à operação em tela. Ainda mais, é necessário apontar que, resguardados os interesses desses grupos, o que está em perfeita consonância com as normas constitucionais referentes à Ordem Econômica, estarão também assegurados os interesses da coletividade sob a óptica dos consumidores das “demais situações”, isto porque estes optam não pela funcionalidade, o que lhes asseguram uma gama extremamente mais ampla de opções.

As conclusões exaradas das pesquisas, acima apontadas, especialmente no que tange a outras bebidas também consumidas pelos consumidores de isotônicos após a prática de atividade física, são especialmente importantes, porque são capazes de mostrar as opções corriqueiras dessa classe de consumidores. Destaca-se essa importância, porque as situações limites identificam substitutibilidades não-factíveis para a autoridade antitruste, uma vez que a autoridade não pode pressupor que o consumidor ficará desidratado ou sedento caso haja um prejuízo concorrencial decorrente da presente operação. Assim, no limite, outros produtos nem tão próximos serão capazes de se apresentarem como substitutos.

Ainda sobre a condição necessária para a substitutibilidade, é necessário considerar que a eventual baixa participação de um produto não pode ser apontada como causa de sua exclusão do mercado. Ao contrário, entendo que a baixa participação poderia ser efeito de dois fatores: deficiências produtivas ou distributivas das empresas, o que pode decorrer de ineficiências operacionais e logísticas dos *players*, ou mesmo de sua recente inserção no mercado, deflagrando uma política específica para ingresso no mercado; ou ainda, da preferência dos consumidores por outros produtos, até mesmo em razão de preços, ou da relação de custo/benefício, o que não o desqualifica como substituto.

O que se questiona é, com base em qual informação poderia a autoridade antitruste afastar a água de coco industrializada do mercado relevante da presente operação, levando-se em consideração os consumidores de isotônicos após a atividade física, se 2% desses, em pesquisa, afirmaram que consomem o produto? Ao contrário, a lógica da análise nos permite afirmar que a água de coco industrializada não tem o potencial de influenciar preços neste mercado, o que nos evidencia que o consumidor pode atribuir valores diferentes a produtos substituíveis entre si, o que também justificaria o crescimento das vendas da água de coco industrializada mesmo diante do seu preço superior à dos isotônicos. Quanto a isso, seria necessário investigar se, entre os consumidores de isotônicos após a prática de atividade física, também houve esse mesmo crescimento de vendas.

Interessante neste ponto retomarmos a idéia de que o processo de escolha dos consumidores está associado a uma relação de custo/benefício dos produtos. Essa característica também é levada em conta pela indústria à medida em que estabelece os preços de seus produtos, não se esquecendo de que o *status* e a satisfação proporcionados pelos produtos também estão associados aos benefícios derivados do produto.

Que não se afastem as críticas possíveis a este raciocínio, entretanto, sempre é importante lembrarmos que o Direito da Concorrência ainda não é uma área de conhecimento paradigmática! O que nos oferece boas oportunidades de ilações desapegadas dos ensinamentos primeiros, como a que ora se propõe como forma de definir o mercado relevante sob a óptica do produto no caso em tela.

Baseado nos motivos e fundamentos acima, passo à seguinte conclusão, a qual extraio das provas produzidas nesse ato de concentração: para os consumidores de isotônicos após a realização de atividade física, são produtos também consumidos e, assim, integrantes de um mesmo mercado relevante: isotônico, água, suco natural, água de coco natural e industrializada, refrigerante, suco pronto, suco em pó, chá pronto, e outros.

Outro aspecto que tomo em consideração e corrobora a conclusão acima, diz respeito à elasticidade de preços dos isotônicos artificiais. Conforme revelado pelo estudo da IPSOS anexado aos autos, esta elasticidade atinge -2,75 (calculado com base na amostra do Rio de Janeiro). A tabela a seguir aponta as elasticidades calculadas pelo instituto em São Paulo e no Rio de Janeiro:

	ELASTICIDADES	
	SÃO PAULO	RIO DE JANEIRO
Isotônico	-2,19	-2,75
Suco Pronto	-2,17	-2,30
Chá Pronto	-3,06	-2,43
Água	-1,78	-2,55
Refrigerante	-1,29	-1,26

Fonte: Pesquisa realizada pelo Instituto IPSOS.

Merece destaque, neste ponto, os ensinamentos de Herbert HOVENKAMP: “O mercado relevante de produto é o menor mercado de produto para o qual 1) a elasticidade da demanda e 2) a elasticidade da oferta são suficientemente pequenas tal que uma empresa com 100% deste mercado pode lucrativamente reduzir a produção e aumentar os preços substancialmente acima do nível competitivo.”(8)

Nota:

(8) *Antitrust*. 2. ed. West Publishing Co. No original: “A relevant product market is the smallest product for which 1) the elasticity of demand and 2) the elasticity of supply are sufficiently low that a firm with 100% of that market could profitably reduce output and increase price substantially above the competitive level”.

Assim se mostra correto deduzir, a partir das elevadas elasticidades encontradas(9) nas bebidas descritas, que as mesmas não integram mercados exclusivos.

Nota:

(9) Neste ponto, parece interessante notarmos que: “Razoável intercambialidade no preço atual, longe de demonstrar ausência de poder de monopólio, pode muito bem ser evidência daquele poder (...)”. POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. Chicago and London : The University of Chicago Press, 2001, fl. 150. No original: “Reasonable interchangeability at the current price, far from demonstrating absence of monopoly power, might well be evidence of that power...”.

Portanto, o que decorre das provas dos autos é simplesmente que os consumidores de isotônicos após a prática de atividade física, grupo que, potencialmente, está mais vulnerável aos danosos efeitos do exercício abusivo de poder de mercado pelas Requerentes, caso seja esta operação aprovada sem restrições pelo CADE, também considera como bebidas com algum grau de substituição produtos pertencentes à classe dos *softdrinks*.

Interessante notarmos a expressão encontrada na doutrina internacional: *active thirst*, que merece destaque pela capacidade descritiva para o mercado em tela.

“Como mostrou a Gatorade Horrow, o domínio da marca na concorrência não é apenas sobre bebidas de esportes (isotônicos). É sobre água de torneira, água engarrafada, chás gelados, sucos, CSD- qualquer bebida escolhida por alguém com calor e suado como refresco ou para hidratação. ‘Nessa categoria, o que nós chamamos de “sede ativa”, nós somos apenas um concorrente pequeno’, ele diz: ‘Nós temos aproximadamente 15%’.

O maior concorrente na categoria Sede Ativa é água de torneira (normal), seguida por água engarrafada. Portanto, se você analisar por esse lado, nós realmente estamos interessados em aumentar nossa participação e buscar pessoas que bebam água de torneira e água engarrafada.” (10)

Nota:

(10) No original: “As Gatorade’s Horrow points out, the reigning brand’s competition isn’t just other sports drinks. It’s tap water, bottled water, iced teas, juice drinks, CSD—anything a hot and sweaty person reaches for to coll off or rehydrate. ‘In that category, what we call ‘active thirst,’ we’re only a bit player,’ he says. ‘We’re probably around 15 percent. The biggest player in the active thirst category is tap water, followed by bottled water. So, if you look at it like that, we are really focused on trying to grow our shares and drinking occasions in people who are drinking tap water and bottled water.” KAPLAN, Andrew. *Beverage World* ; Jan. 15, 2003; 122, 1722, p. 22.

A conclusão exarada acima parece estar realmente alinhada à reportagem publicada na Revista *Harvard Business Review*, republicada na Revista Exame de 13 de novembro de 2002, transcrita em petição confidencial das Requerentes, mas que se permite retranscrever, haja vista que não é possível deferir tratamento confidencial às informações de natureza pública, como é o presente caso:

“Em alguns casos, a estrutura de referência equivale a outras marcas da mesma categoria. A Coca-Cola compete com a Pepsi, entre outros refrigerantes. Há circunstâncias, porém, em que o padrão de referência será constituído por marcas de outras categorias. Coca-Cola, GATORADE e Snaple pertencem a categorias dos refrigerantes, das bebidas esportivas e dos chás gelados, respectivamente. Mas compartilham potencialmente de uma estrutura de referência que compreende todas as bebidas que saciam a sede.”

Concluo, dessa forma, que o mercado relevante, sob a óptica do produto, que merece destaque na análise antitruste feita nestes autos, corresponde, pelas razões e pelos fundamentos já expostos, àquele identificado pelos consumidores de isotônicos após a prática de atividade física, o qual inclui, além dos isotônicos artificiais, água, sucos (naturais, pronto e em pó), água de coco (natural e industrializada), refrigerantes, chás prontos e outras bebidas.

Interessante notarmos que a autoridade antitruste da Argentina adotou uma definição ampla do mercado relevante, por ocasião da análise dos efeitos da operação em seu país, inserindo, em um mesmo mercado, os isotônicos, os sucos prontos para beber, as bebidas carbonatadas e também as bebidas premium.(11)

Nota:

(11) “Dadas las particularidades de la operación y los fines de evaluar los efectos sobre la competencia en este segmento en particular, se incluirá dentro del mismo a las bebidas carbonatadas, los jugos listos para beber y las bebidas de tipo premium o isotónicas.” Expte. nº 064-001136/2001 (CONC. 284) Dictamen Concentration nº 250.

Contudo, não decorre dessa análise que as participações de mercado das Requerentes seja tal como apresentada pelas mesmas quando da apresentação da operação. Isso porque a mesma considerava o mercado de forma genérica, e não isolando uma ocasião de consumo.

Embora não existam dados suficientes a diagnosticar especificamente o mercado relevante nestes termos, entendo que não se mostra conveniente protelar, ainda mais, a análise e julgamento da operação em decorrência desse fato. Isto porque não se está diante de um impasse analítico ou metodológico, mas sim de um novo obstáculo perfeitamente transponível pelo emprego do raciocínio, que nos permite deduzir que as conclusões extraídas da pesquisa apresentada pelas Requerentes e realizada pelo IBOPE, a qual apresenta o quadro a seguir, é capaz de identificar as conseqüências da operação, resguardando o interesse público e respeitando os limites da atuação do CADE.

## **BEBIDAS CONSUMIDAS APÓS A PRÁTICA DE ATIVIDADE FÍSICA ENTRE OS CONSUMIDORES DE ISOTÔNICOS**

RESPOSTAS MÚLTIPLAS	%
CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL

O quadro deve ser analisado à luz da distribuição das participações dos isotônicos artificiais:

PRODUTOS	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO (%)		
	1999	2000	2001
GATORADE	76,83	72,70	76,83
MARATHON	11,87	16,94	17,42
ENERGIL C	4,49	5,55	3,08
SANTAL ACTIVE	2,229	1,65	1,08
SPORTADE	1,86	0,45	0,20
FRUTORADE	0,81	0,29	0,22
CARBORADE	0,01	0	0
BLISS SPORT	0,30	1,32	0,10
OUTROS	1,55	1,10	1,06

Neste sentido, a conclusão que se extrai no que tange à participação de mercado das Requerentes no mercado relevante ora definido corresponde à interpretação dos seguintes dados: aos 48% dos consumidores (aqueles que consomem isotônicos após a prática de atividade física) que optarem por consumir isotônicos artificiais cabe a escolha entre os isotônicos artificiais disponíveis, dentre os quais, as Requerentes detêm participação absoluta. Do que se extrai que, considerando-se a escolha, ou seja, não o volume, nem tampouco o valor comercializado, substancial parcela da opção dos 48% será entre as marcas Gatorade e Marathon, haja vista que a participação total de mercado das demais é infinitamente menor do que a dessas duas marcas somadas.

O aspecto territorial do mercado relevante não enseja qualquer problemática, tendo em vista que as empresas concentrantes e os concorrentes, ainda que potenciais, têm atuação nacional e que se tratam de produtos indistintamente comercializados, cujas propriedades físico-químicas possibilitam o deslocamento nacional preservando-se a qualidade e aparência. Dessa forma, entendo que o mercado relevante geográfico é o nacional.

## IX – AVALIAÇÃO DO PODER DE MERCADO

Feitas as necessárias explicações no item anterior, considero necessário identificar não propriamente os índices de concentração do mercado (não só pela impossibilidade diante de dados tão específicos, também pela falta de convicção estruturalista(12)), mas sim identificar a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas Requerentes.

Nota:

(12) “Para os *estruturalistas*, nos mercados caracterizados pela alta concentração de poder e pela existência de elevadas barreiras à entrada, a estrutura do mercado seria determinante em relação ao comportamento dos concorrentes e levaria à conduta oligopolística. Por este motivo, essa estrutura de mercado representaria um mal em si, a ser combatido pela política *antitruste*, já que levaria a resultados economicamente indesejáveis, quais sejam, escassez e preços elevados. Da estrutura decorreriam a conduta e os resultados, razão pela qual não haveria sentido em combater comportamentos anticoncorrencias, porque melhor seria combater a causa desse mesmos comportamentos, agindo preventiva e diretamente sobre as estruturas de mercado, de forma a cortar o mal pela raiz. Por isso, de pouco adiantaria a repressão aos comportamentos anticoncorrencias em mercados de elevada concentração, já que nesta hipótese se estaria combatendo o sintoma e não a causa da doença, razão pela qual os desvios de conduta retornariam no futuro, pois seriam inerentes à própria estrutura do mercado. A perspectiva estrutural, portanto, teria extrema relevância quando da análise prévia dos atos de concentração, já que a atividade estatal teria caráter

preventivo, e o risco de eliminação da concorrência, advindo da estrutura do mercado, justificaria a atitude do Estado de assegurar que a concentração nos mercados não alcançasse níveis perigosos. Essa relação de causalidade entre estrutura, conduta e resultados anticompetitivos ficou conhecida nos Estados Unidos como *structure, conduct, performance paradigm*, que, segundo afirma Hovenkamp, foi desenvolvida por Bain. Hovenkamp assinala, ainda, que o estruturalismo assumiu grande relevância na disciplina *antitruste* americana, tendo influenciado em grande medida os *Mergers Guidelines*, publicados em 1968.

Severas críticas ao estruturalismo foram feitas, todavia, por parte dos membros da *Escola de Chicago*. É ainda Hovenkamp que assinala as quatro principais críticas aduzidas em relação à perspectiva estruturalista: 1) os estudos sobre a lucratividade, levados a efeito por Bain e outros, não autorizariam a conclusão generalizada de que os lucros seriam mais próximos ao nível monopolístico em mercados altamente concentrados do que naqueles com menor grau de concentração; 2) o elevado grau de concentração em determinado mercado seria normalmente fruto de economias de escala ou de eficiência, sendo que os custos de intervir-se com o objetivo de reduzir a concentração seriam maiores do que os ganhos que poderiam ser obtidos através de práticas concorrenciais mais acirradas; 3) mesmo em mercados com elevado nível de concentração, as empresas tenderiam a proceder de forma bastante competitiva quando fossem baixas as barreiras à entrada, muito embora o caráter da competição pudesse mostrar-se bastante mais complexo; 4) muitas das práticas que os estruturalistas reputavam anticoncorrenciais, na realidade, não prejudicariam a concorrência.” BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 66 e 67.

É irrefutável o fato de que Gatorade e Marathon são as principais marcas de isotônicos artificiais disponíveis no mercado nacional. Esse fato, por si só, desperta preocupação sob a óptica antitruste, isto porque, uma vez unidas estas marcas, a rivalidade intra-isotônicos se mostrará especialmente comprometida.

Essa preocupação, entretanto, não se apegua somente a uma visão intra-isotônicos, isso porque, se 63% dos consumidores do grupo identificado como determinante para a presente análise consomem isotônico na ocasião determinada e **(CONFIDENCIAL)** da demanda de isotônicos é pela sua funcionalidade, associado à liderança absoluta de Gatorade somado a Marathon (94,25%), é plenamente compreensível que neste mercado relevante determinado há grande preocupação decorrente da presente operação.

Para que não restem dúvidas, é necessário reafirmar que: caso a operação seja aprovada sem restrições pelo Egrégio Conselho, 63% dos consumidores não terão alternativas para implementarem suas escolhas, a ver pela drástica redução, já implementada, dos gastos com *marketing* com a marca Marathon.

É necessário também apontar que a marca Gatorade detém uma importância institucional no mercado, caracterizando-a como sinônimo de produto, sendo que seus gastos com divulgação da marca não só têm a potencialidade de aumentar a demanda pela marca, mas, também, de aumentar a demanda de isotônicos. Este aspecto também é revelador da possível existência de poder de mercado pelas Requerentes.

Assim, diagnosticada a preocupação antitruste, considero necessário prosseguir na análise de outros aspectos importantes na análise antitruste.

## X – BARREIRAS À ENTRADA

Conforme já adverti em votos anteriores, o estudo das barreiras à entrada no direito antitruste está longe de ser tema pacífico, existindo forte antagonismo nas propostas de Joe S. Bain, George J. Stigler, Robert H. Bork e Richard A. Posner. Dessa forma, entendo mais adequado analisar os pontos que potencialmente poderiam ser entendidos como barreiras à entrada, no mais amplo conceito disponível, para, então, verificar se há ou não obstáculos ao ingresso de novos concorrentes no mercado relevante, tentando, ao máximo, não adentrar as discussões doutrinárias, o que desviaria o curso da análise do caso em concreto.

### X.1 – Gastos com Propaganda

Em princípio, é preciso reafirmar minha consideração de que os gastos em *marketing*, por si só, não podem ser identificados como uma barreira à entrada, conclusão esta que dependeria da análise de outros aspectos do mercado relevante. Isto porque, em se tratando de um produto supérfluo ainda não consolidado nos hábitos de consumo, a estratégia bem definida de *marketing* almeja a própria criação da demanda, como é a hipótese deste mercado relevante em análise.

A propósito, como já foi mencionado anteriormente, tendo a marca Gatorade uma importância institucional, há marcas que sobrevivem a partir da demanda criada pela própria Gatorade, mas que oferecem outras vantagens aos consumidores, seja essa o preço<sup>(13)</sup> (uma vez que não são impactados pelos gastos em propaganda), o sabor diferenciado, ou mesmo a recomendação de um especialista, sem com isso se fazer indispensável o uso intensivo do *marketing*.

Nota:

(13) Essa afirmação está alinhada às informações prestadas pela empresa Cotochés, que lançou o produto Frutai.

É necessário ressaltar que esta é a realidade do mercado sob análise, o que pode não se verificar em outros mercados de produtos cujo consumo já está fortemente consolidado nos hábitos, nos quais a forte presença de poucas e já consolidadas marcas, associada à falta de disponibilidade de outras e, ainda mais, aos baixos níveis de crescimento do mercado, indicam a existência de uma barreira à entrada de novos competidores, o que pode ser agravado, de acordo com a situação fática, pelo amplo portfólio dos líderes.

Parece também adequado recorrermos ao entendimento de Porter sobre o tema:

“A rivalidade entre os concorrentes existentes assume a forma corriqueira de disputa por posição – com o uso de táticas como concorrência de preços, batalhas de publicidade, introdução de produtos e aumento dos serviços ou das garantias ao cliente.

(...) as batalhas de publicidade podem expandir a demanda ou aumentar o nível de diferenciação do produto na indústria com benefício para todas as empresas.”(14)

Nota:

(14) PORTER, Michael E. *Estratégia Competitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1989, fl. 34.

Não se ignora, contudo, que, para rivalizar com a marca Gatorade, parece ser indispensável gastos significativos com propaganda especialmente porque a Gatorade conta com a vantagem de ser o *first in* do mercado. Ainda assim, fosse o mercado atrativo, não haveria razões para *players* internacionais não ingressarem no mercado nacional com suas marcas.

Mais uma vez, verificamos que, se estes possíveis entrantes não ingressaram até o presente momento no mercado, isto pode decorrer de uma análise estratégica que tenha se mostrado desfavorável ao ingresso, ou seja, de uma expectativa desfavorável de retorno, levando-se em consideração o risco do negócio.

Parece, então, razoável entender que não há barreiras à entrada decorrentes de elevados gastos com propaganda.

O que, contudo, não se pode deixar de mencionar é a importância da marca Marathon enquanto única capaz de rivalizar, ao menos em parte, com a líder Gatorade. Mesmo com investimentos substancialmente menores do que os da líder, ainda assim a marca obteve uma expressiva participação de mercado, da ordem de 17,42%. O que identifica, portanto, é que até que uma nova marca alcance o *status* da marca Marathon, a Gatorade estará praticamente isolada nas opções de isotônicos, o que representa uma importante perda para o mercado.

O quadro a seguir evidencia que houve um claro desvio dos investimentos com publicidade da marca Marathon, o que agrava a preocupação antitruste com a possibilidade de morte da marca em detrimento da marca já líder do mercado, até mesmo por uma decisão perfeitamente compreensível sob a óptica empresarial, mas não sob a óptica antitruste de defesa dos interesses difusos.

## GASTOS COM PUBLICIDADE

ANO	GATORADE	MARATHON	TOTAL
1999	6.613.000	1.503.000	8.116.000
2000	6.594.000	1.477.926	8.071.926
2001	8.955.000	872.000	8.955.000
2002	9.435.827	111.190	9.547.017
2003*	8.200.000	200.000	8.400.000

\* valores até o mês de agosto.

Fonte: voto do Conselheiro-Relator.

## X.2 – A Distribuição

A necessidade de uma rede de distribuição capilarizada foi apontada também como uma barreira à entrada no mercado.

A relação, quanto maior o número de distribuidores maior a fatia do mercado, não autoriza, por si, a conclusão de que

estamos diante de uma barreira à entrada. A conclusão direta e lógica a ser extraída dos números é que uma das facetas da competitividade neste mercado relevante é a capilaridade da distribuição.

Confirmada a hipótese de que a capilaridade de distribuição é uma exigência peculiar do mercado relevante para a manutenção e ampliação das participações, amplamente conhecida pelos *players*, restaria, então, indagar se há obstáculos, impostos ou não pelas Requerentes, ao acesso aos canais de distribuição. A existência de restrições de acesso, sob a forma de contratos de exclusividade, indicaria uma dificuldade artificial ao ingresso ou à extensão das atividades no mercado relevante.

Fica claro assim que a capilaridade constitui uma vantagem competitiva capaz de ampliar a penetração dos produtos da empresa atuante nesse setor. Não se trata de barreira artificial introduzida no mercado pelas requerentes por meio de práticas excludentes.

A dimensão continental do mercado relevante geográfico é uma característica conhecida por todos os competidores, inclusive os potenciais que, em hipótese alguma, barra a entrada de novos *players* ou a expansão dos já operantes. Trata-se, em suma, da estratégia operacional de ingresso no mercado, facultando à empresa iniciar as atividades de forma localizada para, então, ampliar os horizontes de distribuição, especialmente porque, em se tratando de produtos supérfluos, a distribuição deve estar focada nos centros que congregam potencial econômico de compra dos produtos, o que, infelizmente, representa um número ainda não tão grande no Brasil.

Aceitar a capilaridade da distribuição como uma barreira à entrada seria aceitar que qualquer mercado relevante de dimensão nacional no Brasil teria um óbice à entrada de novos concorrentes. Dessa forma, o padrão seria a barreira, deslocando o paradigma de comparação para a exceção e não para a regra, como deve ser.

Ainda mais, é interessante ressaltar que, por exemplo, a Coca-Cola, apesar de deter uma importante marca de isotônico artificial no cenário internacional, associada ao fato de deter uma rede de distribuição forte no Brasil e, ainda mais, capacidade, ou ao menos viabilidade de crédito, para implementar gastos com propaganda, nem por isso ingressou no mercado nacional com sua marca de isotônicos artificial.

Concluo, diante dos argumentos acima expostos, que a necessidade de uma rede capilarizada de distribuição, no mercado em questão, não configura verdadeira barreira à entrada neste caso.

### X.3 – Economias de Escala

No intuito de não me alongar na análise, se as economias de escala configuram ou não uma barreira à entrada de novos competidores no mercado relevante, o que, certamente, não solucionaria a questão nem tampouco enriqueceria substancialmente a análise do presente caso, passo a analisar a possibilidade de a existência de economias de escala aumentar o risco da entrada<sup>(15)</sup>.

Nota:

(15) Neste sentido, Posner afirma que: "Of greater practical importance are conditions that do not create a barrier to entry but do increase the length of time required for new entry to take place by making the production process a complex one that requires substantial time to organize efficiently. Such factors include vertical integration and economies of scale, which increase the optimum size of the new entrant. These factors may sometimes increase the risk of entry as well vis-à-vis incumbency and so create a barrier to entry in Stigler's sense, but this cannot be assumed. For example, if economies of scale are so large to demand that there is room for only one firm in the market operating at an efficiency scale, the risk to a new entrant of failing to wrest the market from the incumbent may be matched by risk to the incumbent of losing out to the new entrant and thus having to exit the market. And the risk may be smaller than appears, though again symmetrical, if the optimal response of the incumbent is to cede half the market to the new entrant, albeit the result is higher costs than if they fought to the death, or to merger the two companies into one". *Antitrust Law*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2001, fl. 74.

Não há dúvidas quanto à existência de risco em toda e qualquer atividade econômica. Daí estar o foco da presente discussão no aumento desse risco decorrente da escala ótima de produção. Opta-se pela análise em sede de escala ótima e não escala viável, porque, dada a dimensão nacional do mercado relevante, é possível a existência de diferenças regionais intensas quanto à viabilidade da planta produtiva.

Alguma controvérsia, até mesmo já abordada neste voto, em relação às informações prestadas pela Coca-Cola, foi gerada durante a análise do presente Ato de Concentração.

Ora, é necessário evidenciar que os pequenos *players* do mercado, mesmo não rivalizando, ao menos hoje, com a marca Gatorade, não contam com capacidades produtivas tão grandes quanto às sugeridas pela empresa. Evidentemente, o propósito da resposta da oficiada diz respeito às suas prospecções que podem, ou mesmo devem, levar em conta seu interesse em atender a maior parcela possível do mercado.

Entretanto, o isotônico da marca Carrefour é um bom exemplo de que é plenamente possível o lançamento do produto em tempo e escala economicamente viável. Ainda mais, a entrada e saída da Nestlé do mercado indica a possibilidade de

competidores entrarem e saírem do mercado rapidamente, *hit and run*, quando sinalizada a possibilidade de se auferir lucros supranormais.

Assim, conclui a análise do item “Barreiras à Entrada”, após sua decomposição e exame, com o entendimento de que o mercado relevante envolvido na operação analisada não apresenta óbices com aptidão a afastar novos investimentos, sejam de novos entrantes, ou de empresas já instaladas para a expansão de suas atividades, ressalvando que a marca Marathon, enquanto a segunda marca de isotônicos no país, é a única a apresentar aptidão para rivalizar intra-isotônicos em um espaço de tempo mais curto do que as demais, em razão dos investimentos já realizados até o presente momento.

## XI – EFEITOS DA OPERAÇÃO

Indiscutível que as operações potencialmente podem gerar tanto efeitos positivos quanto negativos em relação ao bem-estar econômico dos consumidores. O caráter dual das concentrações, somado à história da evolução do Direito da Concorrência, construída em erros e acertos, liberalismo e radicalismo, demonstra a necessidade da avaliação do caso concreto com sua respectiva pleora de especificidades.

Entendendo a preservação da concorrência como a manutenção da gama de alternativas disponíveis ao consumidor, e às preferências do mercado, qualquer operação de concentração, por menor que seja a participação de mercado envolvida, criaria, em tese, um prejuízo ao limitar as opções disponíveis.

É interessante ressaltar que este raciocínio em muito se aproxima do entendimento manifestado no roteiro de fusões editado pelo Departamento de Justiça e a Comissão Federal de Comércio norte-americanos, que “parte da noção de que a concentração eleva ou cria poder de monopólio, que se define como a capacidade de a empresa resultante da operação elevar seus preços acima dos custos de forma sustentada, ou seja, sem incentivar a entrada de novos ofertantes ou o aumento da oferta dos existentes”, conforme já observou a ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado, em seu voto no AC nº 27/94.

Tendo em vista essa concepção, a aprovação dos atos de concentração estaria condicionada à prova de que seriam gerados pela operação benefícios suficientes a amortizar o prejuízo imediato aos consumidores. Presumir os benefícios e sua suficiência dependeria de expressa determinação legal, ainda porque os interesses tutelados nas análises do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são difusos (metaindividuais).

Parece não ser outro o espírito da Lei nº 8.884/94, especialmente ao nos depararmos com a obrigatoriedade de apresentação de todas as operações que se enquadrem nos critérios legais, e com a disposição que indica ser a aprovação pelo CADÉ condição de eficácia do ato, independentemente da existência de APRO ou medida cautelar.

Impõe-se, portanto, a análise dos efeitos da operação especialmente após a identificação clara de preocupação antitruste na presente operação.

Neste momento, cabe fazer menção ao que dispõe o artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

Na sistemática da Lei, seriam duas as hipóteses de aprovação de operações enquadradas na definição legal de “ato de concentração”.

O artigo 54 da Lei nº 8.884/94, em seu parágrafo 1º, determina a aprovação incondicional do ato de concentração submetido à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa Econômica que atenda às condições descritas nos incisos I a IV do artigo 54. Ressalte-se que o vernáculo “poderá”, conforme a técnica legislativa, deve ser compreendido como “deverá”.

Dessa forma, esta primeira hipótese de aprovação requer a existência de pelo menos uma das seguintes eficiências: produtiva, qualitativa ou tecnológica.

Atente-se que o inciso II faz menção à distribuição eqüitativa de benefícios e não de eficiências, e não por acaso assim agiu o legislador, uma vez que benefício é o gênero do qual as eficiências são espécies. A teoria econômica aplicada ao direito antitruste restringe as hipóteses de eficiências econômicas obtidas por processos de concentração. Assim, todos os benefícios auferidos pelas empresas concentrantes, independentemente de serem configurados como eficiências ou não, devem ser eqüitativamente distribuídos com os consumidores.

No que tange ao respeito aos limites do estritamente necessário (inciso IV), busca-se que os objetivos lícitos das concentrações não sejam atingidos por meios, ainda que também lícitos, excessivamente onerosos para a sociedade, de forma que este inciso sopesa os valores constitucionais da livre iniciativa, da defesa dos consumidores e da livre concorrência.

A segunda hipótese de aprovação das operações também pode ser extraída do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, de seu parágrafo 2º.

De acordo com a previsão legal, o ato de concentração também deverá ser aprovado ainda que não atenda uma, e somente uma, das condições previstas no parágrafo 1º do artigo 54. Contudo, para configurar esta hipótese de aprovação, será necessária a verificação de mais duas condições: a existência de “motivo preponderante da economia nacional” e, cumulativamente, o não “prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

O entendimento acima exposto quanto à diferença do tratamento econômico incorporado pela lei entre eficiências e benefícios encontra neste parágrafo maior subsídio, uma vez que, se não prevalecesse esta diferenciação, ou seja, se benefícios e eficiências fossem sinônimos perfeitos, uma operação sem eficiências não poderia ser aprovada com base nas hipóteses previstas pelo artigo 54 da Lei nº 8.884/94, isso porque não haveria como distribuir eqüitativamente eficiências não existentes.

Feita essa consideração de motivação a respeito das hipóteses previstas na Lei de Defesa da Concorrência, volto ao tema do tópico: efeitos da operação.

No intuito de contextualizar os efeitos da operação em tela, considero adequado recorrer a uma breve exposição dos motivos apresentados pelas Requerentes para a realização da concentração.

De acordo a explicação fornecida pelas Requerentes quando da apresentação da operação:

“Dessa forma, ao analisar o negócio Gatorade **no Brasil**, a **PEPSICO** verificou que se tratava de um produto inserido no mesmo mercado das bebidas industrializadas e comercializadas pela sua parceira local, **a ora Requerente CBB**, o que exigiria a adoção de estratégias comuns a ambas empresas, de sorte a evitar os conflitos com os objetivos comuns colimados na parceria entre elas existente, evitando ainda que **PEPSICO** e **CBB** pudessem ser encaradas, ao mesmo tempo, como parceiras e concorrentes no mesmo mercado.

Constatada a coerência, tanto na produção, como na distribuição desse produto, em relação às demais bebidas das Requerentes nesse mercado, e visando ainda a continuidade da parceria existente, que tem tanto beneficiado o mercado de bebidas, as partes concluíram negociações preliminares para, naturalmente, integrar o produto Gatorade dentre aqueles que já eram objeto da referida parceria entre as Requerentes, ficando assim a **CBB** também responsável pela industrialização, comercialização e distribuição, com exclusividade, do produto Gatorade no Brasil.”

Não se pode deixar de reconhecer que a operação tem efeitos sob duas ópticas distintas: não só no mercado relevante ora analisado, como também no mercado genericamente considerado como o de *softdrinks*. Entretanto, conforme já ficou evidenciado acima, a concentração ocasionada nesse segundo mercado é essencialmente pequena, haja vista que a participação global da Gatorade é de apenas 0,23% (em 2001, considerando-se o mercado de bebidas não-carbonatadas, incluindo água mineral).

Neste cenário de baixíssima concentração, as eficiências apresentadas pelas Requerentes seriam suficientes à aprovação da operação sem restrições.

Entretanto, considerando o mercado apontado para a análise da presente operação, é forçoso reconhecer que, tal como delineada, a operação não respeita o inciso III do parágrafo 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94, razão pela qual considero que a operação não deve ser aprovada sem restrições com fulcro na primeira hipótese legal de aprovação, conforme explicitado acima.

Quanto à segunda hipótese de aprovação das operações, seria indispensável a presença do motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, o qual entendo que não se mostra presente no caso concreto, razão pela qual deve também ser afastada esta hipótese para a aprovação sem restrições da operação.

Assim, concluo pela impossibilidade de aprovação sem restrições, nos moldes apresentados pelas Requerentes, da presente operação com base na Lei nº 8.884/94.

## XII – CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, considerando que:

A presente operação, tal como apresentada ao CADE, não pode ser aprovada, uma vez que não se enquadra nas hipóteses de aprovação extraídas da Lei nº 8.884/94.

E ainda, que:

A Portaria Conjunta nº 50 da SDE e Seae explica que:

“(…) o papel da política antitruste não é controlar ou intervir discricionariamente em estruturas de mercado existentes, mas garantir condições para seu livre funcionamento e para a livre iniciativa dos agentes econômicos e que o papel do controle de concentrações é avaliar os efeitos econômicos da operação, impedindo a consecução dos atos que gerem prejuízos à eficiência econômica e/ou ao bem-estar social (...)”

E, ainda mais, que a aplicação do Princípio da Proporcionalidade ao Direito Econômico indica que: “O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado”(16).

Nota:

(16) ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130.

Entendo cabível a aprovação da presente operação desde que cumpridas as seguintes exigências:

- a) seja elaborado, no prazo de 20 (vinte) dias úteis a contar da publicação do acórdão, um Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), do qual deverá constar todas as seguintes determinações impostas;
- b) seja alienada a marca Marathon juntamente com seus ativos a uma empresa que não possua qualquer correlação direta ou indireta com o Grupo da CBB, o que oportunamente deverá ser comprovado para deliberação deste Plenário, procedendo-se, para efetivação da venda, a um leilão público, o qual deverá receber ampla divulgação, conforme definição posterior no TCD;
- c) que, da maior proposta de compra válida e aprovada após análise do CADE, seja subtraído o subinvestimento que a Requerente proprietária da marca Marathon ocasionou entre os anos de 2001 e 2003 à marca, haja vista que esta

política está ensejando o enfraquecimento evidente da marca, tendo em vista que: a operação foi apresentada aos órgãos competentes nacionais em 15 de janeiro de 2002, tendo sido, contudo, resultado da aprovação, em agosto de 2001, pela Federal Trade Commission (FTC), da aquisição pela PEPSICO do controle da Quaker Oats Company. O valor do subinvestimento deve ser calculado com fulcro na média dos valores atualizados, pelo índice oficial de atualização monetária, dos gastos totais com publicidade para os anos de 1999 e 2000, projetando-se um crescimento nos investimentos compatíveis com o crescimento verificado na marca Gatorade no mesmo período;

d) no eventual caso de descumprimento das obrigações estabelecidas no TCD, a presente decisão deverá ser executada judicialmente nos termos dos artigos 60 a 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações legais;

e) também será cabível, no caso de inadimplemento das disposições do TCD, multa diária mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.884/94 quando da análise do eventual inadimplemento pelo CADE.

Digo isso em razão dos argumentos acima expostos, que refletem a minha convicção de que a alienação da marca Marathon será capaz de favorecer a entrada de concorrentes em potencial nesse segmento, com o fortalecimento das empresas já atuantes e que teriam nessa medida uma forma de aumentar as suas participações no mercado. Ademais, a alienação em questão trará benefícios ao consumidor e ao mercado como um todo, isso porque a decisão trará incentivos de novos investimentos por parte de entrantes e concorrentes em potencial e, ainda, evitando dispêndio de grandes recursos e tempo para efetividade e devida eficácia do cumprimento da decisão, pois busca-se, com tais medidas, a separação das marcas e atribuição a produtores distintos.

Entendo, por fim, que não cabem aqui determinações no sentido de que haja compartilhamento da rede de distribuição Marathon/Gatorade. Justifico.

As embalagens dos produtos isotônicos não são retornáveis, o que por si só já reduz a complexidade do mecanismo de sua rede de distribuição. Além disso, a distribuição da rede Marathon é em parte terceirizada, e não há por que determinar a incorporação no sistema de distribuição de forma compartilhada em caso de alienação da marca, uma vez que a entrada nesse segmento se dá, principalmente, pela diversificação da produção.

Por derradeiro, importante que se note que tais determinações de compartilhamento de distribuição poderiam afetar diretamente a concorrência entre os produtos na comercialização com eventual transferência de poder de mercado ao distribuidor. É sabido que, com base em estudos dos efeitos de redes de distribuição, quando há oferta por um mesmo distribuidor de marca líder e outras marcas de menor expressão, estas últimas tendem a desaparecer, pois os distribuidores acabam por enfatizar e dar preferência ao produto líder.

No que se refere à anuência das requerentes ao Despacho Gab./MTB nº 023/02, nos termos do relatório do Conselheiro-Relator, Dr. Miguel Tebar Barrionuevo:

“Em 16 de maio de 2002, comuniquei à SDE minha decisão de não adotar a medida cautelar solicitada pela Seae, tendo em vista a apresentação de petição por parte das Requerentes na qual estas se comprometeram a cumprir todas as condições determinadas no requerimento da Seae. Desta feita, determinei às Requerentes a observância das cláusulas descritas no pedido de medida acautelatória na presente operação, sob pena de multa diária no valor de 12.000,00 (doze mil) UFIR's (folha 540).

Assim sendo, consta dos autos, às folhas 709, Despacho Gab./MTB nº 023/02, no qual se estabeleceu, com anuência das partes, que:

I) a unidade fabril de Sorocaba, pertencente à Quaker, não será fechada, assim como serão preservados os postos de trabalho destinados à produção do GATORADE;

II) as políticas comerciais e de *marketing* da PEPSICO e CBB serão mantidas de forma independente;

III) a PEPSICO não disponibilizará à CBB a fórmula do xarope da bebida GATORADE, limitando-se esta última a simplesmente adicionar água e outros componentes e, finalmente, engarrafar;

IV) a transferência de ativos relacionados aos produtos envolvidos no negócio será mantida, pois a descontinuidade de tal transição acarretaria prejuízos desnecessários às partes;

V) as alterações das estruturas e práticas de distribuição e comercialização do produto GATORADE continuarão sendo procedidas;

VI) as Requerentes se comprometeram, caso o Plenário do CADE decida pela desconstituição da operação, a manter a rede de distribuição contratada acessível ao produto GATORADE nas mesmas condições de comercialização praticadas, por um período de 06 (seis) meses após a decisão do Conselho;

VII) não há que se falar em impedir a integração das estruturas administrativas das partes, posto que o presente Ato é um contrato de franquia com fornecimento de concentrado e não uma integração societária.”

Neste sentido, entendo que o TCD ora proposto está e seguirá perfeitamente adequado às condições impostas por meio do Despacho ora mencionado e transcrito no relatório. Ainda mais, o compromisso imposto pelo CADE é de importância capital para a viabilidade da implementação das condições de aprovação ora estabelecidas.

Entretanto, haja vista que, conforme se comprovou ao longo da presente instrução, considero que ocorreu uma nítida alteração na política de *marketing* da CBB após a realização da operação.

Por fim, não se pode ignorar neste presente Voto-Vista as acusações feitas pelas Requerentes de que a Coca-Cola teria fornecido informações enganosas às autoridades nacionais, instilando a instauração de processo administrativo para investigar o fato.

Nas palavras das Requerentes: “A análise de condições de entrada feita pela SDE fica **complementamente prejudicada porque toma como ponto de partida afirmação absolutamente falsa feita pela Coca-Cola** acerca da escala mínima viável para a produção de isotônicos, que está inclusive a exigir uma providência por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, já que o suposto equívoco estaria até a caracterizar grosseira conduta de enganiosidade” (texto constante da petição protocolada em 30 de janeiro de 2003, da qual não consta pedido de tratamento confidencial das

informações).

Àquele que compulsa os autos do presente Ato de Concentração chama a atenção um fato importante: **da versão PÚBLICA do Parecer da SDE, à fl. 1132 dos autos, consta o seguinte trecho: “No Brasil, de acordo com as informações prestadas pela Coca-Cola à SEAE, não contestadas pelas empresas requerentes, a escala mínima viável [CONFIDENCIAL].”**

Assim, haja vista que a transcrição das Requerentes diz respeito a um documento CONFIDENCIAL da SDE e da Coca-Cola, independentemente de qualquer juízo de valor acerca da necessidade ou não da manutenção da confidencialidade, bem como do valor das informações, entendo que, na forma do que dispõe o artigo 26, § 3º, da Lei nº 8.884/94, na medida em que a requisição de tais informações não foi feita por este órgão colegiado, sendo prestadas à SDE, deve ser recomendado, imediatamente, à SDE que sejam apuradas as responsabilidades pela divulgação de informações confidenciais, oficiando-se, as Requerentes, para que informem, com detalhes, a forma pela qual obtiveram acesso ao documento, ou, ainda, aos documentos confidenciais dos autos. E, também, recomende-se à SDE que instaure processo para apurar o teor das informações prestadas pela Coca-Cola.

Ademais, entendo necessária a instauração do competente processo administrativo no âmbito do CADE para que seja instaurado o devido processo administrativo para a apuração do eventual descumprimento do compromisso imposto pelo CADE por meio da homologação do Despacho nº 023-02, que se deu na 245ª Sessão Ordinária, em 08 de maio de 2002, e, comprovando-se o descumprimento, a aplicação das sanções cabíveis.

Considerando, ainda, a afirmação constante desses autos, de que a Amacoco mantém um acordo comercial com a Coca-Cola, entendo recomendável à SDE a instauração do competente processo administrativo para a apuração e análise de uma operação de concentração, nos termos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.

É como voto.

Brasília, 18 de fevereiro de 2004.

**Fernando de Oliveira Marques**  
Conselheiro do CADE

## VOTO-VISTA DO CONSELHEIRO ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

### I – DA OPERAÇÃO

Trata-se de operação realizada em 20 de dezembro de 2001, mediante a qual a PepsiCo, Inc. (PEPSICO) licenciou para a Companhia Brasileira de Bebidas (CBB) os direitos de produção, comercialização e distribuição das marcas relacionadas ao produto Gatorade, com exclusividade, em todo o território nacional.

Pedi vistas dos autos para melhor analisar o mercado relevante relacionado ao presente ato, o que passo a fazer a seguir.

### II – DO MERCADO RELEVANTE

#### II.1 – Dimensão de Produto

A origem das divergências entre os votos do Conselheiro-Relator Miguel Tebar Barrionuevo e do Conselheiro Fernando de Oliveira Marques reside na dimensão de produto do mercado relevante. Como bem ressaltaram os Conselheiros, a definição de mercado relevante no caso de bens diferenciados é bastante complexa(1).

Nota:

(1) Ver BAKER, Jonathan. Product Differentiation through Space and Time: Some Antitrust Policy Issues. Discurso publicado no *Antitrust Bulletin*, v. 42, Spring 1997, p. 177-196; RUBINFELD, Daniel. Market Definition with Differentiated Products: The Post/Nabisco Cereal Merger. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 1, 2000; SHAPIRO, Carl. Mergers With Differentiated Products. *Antitrust Magazine*, Spring, 1996.

Os mercados de alimentos e bebidas, dos quais fazem parte os produtos da operação em tela, são, em geral, caracterizados por estratégias de diferenciação das firmas. Isso torna a delimitação do mercado relevante uma tarefa não-

trivial, já que por mais que se restrinja a dimensão do produto, os bens nunca serão homogêneos e, portanto, dificilmente serão substitutos perfeitos(2). Com tal estratégia a empresa busca conquistar nichos de consumidores que tenham preferência por um atributo específico do produto(3). Como observou o Conselheiro-Relator, nesses segmentos “(...) a diferenciação decorre não somente das características intrínsecas do produto como sabor, cor, embalagem, qualidade dos ingredientes etc., mas, principalmente, da sua imagem e reputação perante o público, as quais são associadas, geralmente, a uma marca que é fixada através de gastos dispendiosos em *marketing* e propaganda.”

Nota:

(2) No caso de produtos substitutos, espera-se que os preços de mercado sejam sempre iguais.

(3) Para compreender melhor este raciocínio, é importante imaginar a utilidade auferida por um produto para o consumidor como uma função das utilidades de cada atributo desse produto.  $U(x) = F(u(a_1), \dots, u(a_n))$ ; onde  $x$  é o produto e  $a_i$  são seus atributos.

Posto isso, é possível perceber que a linha que determina quais são os produtos substitutos é muito tênue. Do ponto de vista antitruste, o principal critério para se levar em conta é a alteração de preços relativos. O teste do monopolista hipotético sugerido tanto pelo “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração” quanto pelas *Merger Guidelines* americanas baseia-se exatamente nesse critério. Ou seja, para que um bem seja substituto do outro, o consumidor deve substituir um pelo outro pela mera variação marginal de preços sendo tudo mais constante. Como no caso de produtos diferenciados, os preços não são idênticos; para identificar esse fenômeno o instrumento mais apropriado é a estimação das elasticidades cruzadas. A elasticidade cruzada mede o quanto a variação dos preços de um produto afeta o consumo do outro. Se, por exemplo, a variação do preço de um suco afeta o consumo de isotônico, então eles devem ser considerados substitutos.

Os órgãos instrutores – Seae, SDE – restringiram o mercado relevante ao segmento de isotônicos artificiais. A ProCade também adotou a mesma definição. Um dos principais argumentos constantes nos pareceres era o de que os isotônicos artificiais têm propriedades muito específicas e que são percebidas pelos consumidores. Assim, concluiu-se que não há substitutibilidade do lado da demanda.

As requerentes, por outro lado, argumentavam que tanto Marathon quanto o Gatorade fazem parte do mercado de *soft drinks*. De acordo com o parecer da SDE, a justificativa para essa definição mais ampla do mercado relevante era a de que o Gatorade é um bem de baixa essencialidade e, logo, poderia ser facilmente substituível por outras bebidas. Entretanto, conforme já explicitado anteriormente, para que um produto seja substituto do lado da demanda é preciso que a escolha entre um e outro decorra apenas da relação entre seus preços. A baixa essencialidade do lado da demanda reflete-se tradicionalmente na elasticidade-renda e não nas elasticidades cruzadas. Ou seja, não afeta a percepção dos consumidores na comparação dos produtos.

As requentes foram mais incisivas, no entanto, em uma delimitação mais restrita do que a de *soft drinks*, mas que incluía água de coco na dimensão de produto. O argumento é o de que a água de coco é também um isotônico, só que natural. Para tanto utilizaram um relatório da FAO (*Food and Agriculture Organization*) que mostrava que, na opinião de nutricionistas e publicitários, esse produto também deveria ser considerado um isotônico por conta de suas propriedades químicas e organolépticas. Assim, as requerentes passaram a trabalhar com a alternativa de que a dimensão produto deveria ser o segmento de isotônicos – naturais e artificiais. Entretanto, conforme o “Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal”, a similaridade das características físicas de produtos não constitui condição suficiente – aliás, nem sequer necessária – para que esses façam parte do mesmo mercado relevante. O que de fato importa é se os consumidores percebem esses produtos como similares.

Além disso, conforme parecer da SDE, o Conselho Federal de Nutricionistas afirmou que “a água de coco não apresenta teor adequado de carboidratos nem de eletrólitos (sódio) necessário à função de reposição hídrica e eletrolítica”. Isso descaracteriza a substitutibilidade dessa bebida nos termos de sua funcionalidade com os isotônicos artificiais, uma vez que a principal característica física desses últimos é a sua capacidade de servir como repositores eletrolíticos. Conforme a Portaria ANVISA/MS nº 222/98, repositores hidroeletrólitos são aqueles “produtos formulados a partir de concentração variada de eletrólitos associada a concentrações variadas de carboidratos, com o objetivo de reposição hídrica e eletrolítica decorrente da prática de atividade física”. Segundo a SDE, o Ministério da Agricultura, por meio da Instrução Normativa nº 39, proíbe a denominação de águas de coco industrializadas de repositores hidroeletrólitos (fl. 34).

Para defender a tese de um mercado relevante mais amplo, as requerentes apresentaram pesquisas realizadas pelos Institutos Ibope, Copernicus e LCA Consultores. Uma análise detalhada dessas pesquisas foi apresentada no voto do Conselheiro-Relator. Em seu voto, foram apresentados argumentos suficientes para demonstrar que tais pesquisas não fundamentavam a hipótese das requerentes acerca do mercado relevante. Entretanto, vale novamente comentar a tese de que os isotônicos artificiais têm perdido espaço por conta da migração dos consumidores para bebidas mais naturais como chás gelados, sucos prontos e água de coco. De fato, ao se analisar a evolução do valor e volume dos mercados desses produtos, percebe-se que o mercado de isotônicos está encolhendo enquanto os mercados de outras bebidas estão crescendo. A hipótese de que o consumidor brasileiro prefere bebidas mais naturais e que por isso os isotônicos artificiais estão perdendo espaço parece-me bastante plausível. Entretanto isso não justifica a inclusão desses produtos no mesmo mercado relevante. Para tanto, seria necessário que tal migração fosse resultado de alteração de preços relativos.

Conforme já mencionado anteriormente, de acordo com a literatura econômica – destacando-se aqui o artigo de Rubinfeld (2000)(4) – o instrumento ideal para avaliar o grau de substitutibilidade entre diferentes produtos é o cálculo das elasticidades. Dentre os estudos apresentados pelas requerentes, dois continham esses cálculos: o estudo da Ipsos e o da LCA. Entretanto, ambos apresentaram problemas metodológicos, que já foram suficientemente discutidos no voto do Conselheiro-Relator.

Nota:

(4) *Op. cit.*

Ainda assim, vale a pena destacar alguns pontos referentes ao modelo utilizado pela Ipsos: o *Price Elasticity Model* (PEM) . Em primeiro lugar, o Instituto trabalha apenas com as hipóteses de substitutibilidade entre categorias de produtos e não entre marcas de produtos. Isto é, no seu estudo foram estimadas as elasticidades entre sucos, isotônicos, chás prontos, dentre outros. Essa forma de modelagem resulta, em geral, em uma superestimação dos coeficientes e pode levar a uma definição demasiadamente ampla do mercado relevante. Esse problema se intensifica no caso de produtos diferenciados, como é o caso do Gatorade e do Marathon. É essencial que se analise o grau de substituição entre as marcas das categorias. O segundo ponto crítico é a forma como são coletados os dados: a técnica é chamada de *Choice-Based Measurement*. Essa metodologia, que está descrita no voto do Conselheiro-Relator, tende a interferir na escolha dos consumidores, em geral, levando-os a comparar produtos que podem não ser comparados na hora da compra.

A LCA procurou estimar as elasticidades com informações fornecidas pela AC Nielsen, que audita pontos de venda. Os dados desse instituto constituem uma amostra mais fiel do que de fato é o mercado. Entretanto, a LCA não conseguiu encontrar relações estatisticamente significantes entre a variação do volume demandado de marcas de isotônicos e os preços de outros possíveis concorrentes. Uma possível razão para a diferença entre os resultados desse estudo e os que apresentarei a seguir podem decorrer da forma de se tratar o tradicional problema de endogeneidade que surge na estimação de equações de oferta e demanda.

A base de dados AC Nielsen fornecida pelas Requerentes continha dados bimestrais de valor e volume das marcas de isotônicos artificiais (de 1998 a 2003), sucos prontos (de 2001 a 2003) e chás prontos (de 1996 a 2003). Com esses dados, procurei detectar as relações entre as principais marcas dessas categorias de produtos com objetivo de subsidiar a definição de mercado relevante(5).

Nota:

(5) A principal dificuldade em se usar esses dados é o fato de que a maioria das marcas é descontinuada em algum ponto da amostra ou foi lançada após o início do período. Isso faz com que se perca graus de liberdade na estimação, o que impacta a eficiência dos estimadores. Um menor número de graus de liberdade aumenta o desvio padrão dos coeficientes e, logo, reduz a probabilidade de se encontrar coeficientes estatisticamente significantes, já que a estatística t de Student (que fornece o nível de significância) é o resultado do valor da estimativa do coeficiente estimado dividido pelo seu desvio padrão.

As marcas selecionadas para serem incluídas nos modelos foram aquelas que apresentam importante participação em seus segmentos de mercado ao longo do período de análise. No caso de sucos, as marcas analisadas foram Del Valle, Tampico e Parmalat. No caso de chás, focou-se no Mate Leão, Lipton Ice Tea. Por fim, os isotônicos selecionados foram Gatorade, Marathon, Energil Sport e Sportade. Essa seleção é consistente com os produtos mais citados nos pareceres da SDE e Seae.

Ao se estimar as equações de demanda para as diferentes marcas de isotônicos, não encontrei relações estatisticamente significantes entre esses e outras marcas de sucos ou chás. Entretanto, ao contrário dos resultados encontrados pela LCA, percebe-se que há influência das variações de preços entre Marathon e Gatorade, conforme demonstram as equações de demanda(6) do Marathon e Gatorade abaixo.

Nota:

(6) Cada equação de demanda contém no seu lado esquerdo as variáveis tradicionais que afetam a quantidade demandada de um produto, quais sejam, (i) o próprio preço do produto, (ii) preços de outros bens que espera-se que afetem a demanda do produto em questão, (iii) a renda dos consumidores e, por fim, (iv) variáveis que capturem efeitos de sazonalidade. Quando estimamos a equação de demanda do Gatorade, o coeficiente do seu preço nos fornece a elasticidade-preço própria e o coeficiente dos preços dos demais produtos fornecem as elasticidades cruzadas. A inclusão da variável renda tem como objetivo identificar a demanda, afinal o que temos são dados sobre quantidade e preço de equilíbrio e não de quantidade e preço de demanda. Portanto, a renda funciona como um deslocador de demanda. As variáveis de volume defasadas e as dicotômicas de sazonalidade têm como objetivo resolver o problema de autocorrelação. Se há autocorrelação nos resíduos, os desvios padrões dos coeficientes são estimados de forma errada e não permitem que

se infira quais variáveis exógenas são estatisticamente significantes.

Equação de **Demanda do Gatorade** (7):

Nota:

(7) O modelo está na forma log-log – isto é, todas as variáveis estão em logaritmos –, pois com essa especificação a estimação já fornece diretamente os valores das elasticidades cruzadas e próprias.

$$\text{Log}(Q_G) = 3.85 + 0.60\text{log}(Q_{G,t-1}) - 1.84\text{log}(P_G) + 1.01\text{log}(P_M) + 0.88\text{log}(P_L) + 0.02\text{log}(\text{PME}) + 0.051\text{D2} - 0.16\text{D3} - 0.33\text{D4} - 0.23\text{D5} - 0.05\text{D6}$$

Equação de **Demanda do Marathon** :

$$\text{Log}(Q_M) = -10.68 + 1.13\text{log}(Q_{M,t-1}) - 1.85\text{log}(P_M) + 2.13\text{log}(P_G) + 1.35\text{log}(\text{PME}) + 0.09\text{D2} - 0.19\text{D3} - 0.17\text{D4} + 0.12\text{D5} + 0.06\text{D6}$$

Onde:

$Q_{i,t}$  = volume da bebida  $i$  no período  $t$ .

$i = G$  (Gatorade),  $M$  (Marathon),  $L$  (Mate Leão).

(8) As variáveis dicotômicas de sazonalidade – as conhecidas *dummies* – têm valor 1 para o bimestre em questão e 0 para todos os outros bimestres. Como é possível observar nas equações, os bimestres mais frios obtiveram coeficientes negativos. Esse resultado era esperado já que o bimestre de dezembro e janeiro foi usado como base. O consumo de bebidas isotônicas em meses mais quentes é mais alto do que em meses mais frios.

**PME** = Rendimento de Pessoal Ocupado da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE.

**Di** = variáveis dicotômicas que captam os efeitos sazonais(8).

A tabela abaixo mostra o nível das significâncias dos coeficientes estimados:

EQUAÇÃO DE DEMANDA DO GATORADE										
Constante	$Q_{G,t-1}$	$P_G$	$P_M$	$P_L$	PME	D2	D3	D4	D5	D6
0,1598	0,0040	0,0263	0,1227	0,1417	0,9640	0,4296	0,1410	0,0001	0,0016	0,3859

EQUAÇÃO DE DEMANDA DO MARATHON										
Constante	$Q_{M,t-1}$	$P_M$	$P_G$	PME	D2	D3	D4	D5	D6	
0,0208	0,0000	0,0939	0,0379	0,0817	0,3975	0,1061	0,1520	0,3068	0,5863	

Na equação do Marathon, tanto a elasticidade própria quanto a elasticidade cruzada com o Gatorade foram estatisticamente significantes, além das variáveis de renda e *dummies* de sazonalidade. Já na equação do Gatorade, apenas a elasticidade própria foi significativa, além das variáveis de renda e *dummies* de sazonalidade.

As elasticidades-preço da demanda por Gatorade e por Marathon ficaram em torno de -1,8, como mostram as equações. O sinal negativo significa que, quando há um aumento do preço, o consumidor responde reduzindo a quantidade demandada. Esse é o resultado esperado para um bem normal(9). A magnitude da elasticidade-preço, maior do que um em módulo, indica que a demanda por Gatorade e por Marathon é bem sensível a variações de preços, pois o consumidor reduz a quantidade de demanda mais do que proporcionalmente à variação de preços.

Nota:

(9) Bem normal é aquele que apresenta efeito substituição negativo e efeito renda positivo.

O segundo resultado importante é a significância da elasticidade cruzada entre Gatorade e Marathon na equação de demanda do Marathon. O coeficiente estimado é positivo, o que indica que os produtos são substitutos. O interessante é o fato de que a magnitude, em módulo, da elasticidade cruzada com o Gatorade é maior do que a elasticidade-preço própria do Marathon. Em outras palavras, a variação de preços do Gatorade afeta com maior intensidade o consumo de Marathon do que a variação de preços do próprio Marathon. Isso reflete a fidelidade à marca líder, Gatorade, como também destacou o parecer da SDE.

Ao incluir outros isotônicos, sucos ou chás na demanda do Gatorade e Marathon, não se encontrou mais nenhum coeficiente significativo. Na equação do Gatorade apresentada acima é possível notar que a elasticidade cruzada entre Gatorade e Mate Leão é estatisticamente insignificante(10).

Nota:

(10) Outras marcas de isotônicos, chás e sucos foram incluídas nas equações de demanda. Entretanto, não se pode incluir todas em uma só equação, por conta do baixo número de graus de liberdade. Mas o resultado foi sempre o mesmo, não se encontrou outras relações significantes para a demanda de Gatorade e Marathon.

Esses resultados corroboram as definições da dimensão produto dos órgãos instrutores e do Conselheiro-Relator. Portanto, sigo com a definição de mercado relevante de isotônicos artificiais.

## II.2 – Dimensão Geográfica

Quanto à dimensão territorial, não houve divergências entre os pareceres proferidos pelos órgãos instrutores (SDE e Seae) e votos dos Conselheiros Miguel Tebar Barrionuevo – relator – e Fernando de Oliveira Marques – que pediu vista do processo. Todos entenderam que o mercado relevante deve ser nacional.

Tanto os isotônicos produzidos pelas requerentes quanto pelas concorrentes são produzidos em uma única fábrica e distribuídos para todo o país. Isso é possível pelo baixo grau de perecibilidade do produto e pelo seu alto valor unitário, que permite que o produto seja transportado por longas distâncias.

Assim, sigo com a definição de dimensão geográfica nacional.

## III – DA VERIFICAÇÃO DAS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS NO ART. 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94

A alta concentração no mercado relevante indicado e a efetiva redução das condições de rivalidade, uma vez que o mercado passará a ser estruturado com apenas um agente econômico com posição dominante, indica que a operação em questão incide na vedação estabelecida no caput do art. 54 da Lei nº 8.884/94, a seguir reproduzido:

*“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.”*

Os dados constantes do processo, indicados no presente voto, demonstram que a presente operação limita severamente a livre concorrência, pois a empresa CBB, após o licenciamento, terá substancialmente ampliada participação de mercado, reduzindo-o a um quase-monopólio, alterando as condições de rivalidade até então existentes, potencializando, assim, a sua dominação de mercado. Ademais, verificou-se um aumento significativo no grau de concentração do mercado, já anteriormente concentrado, que culminou no percentual de 94,25% (noventa e quatro vírgula vinte e cinco pontos percentuais) de dominação no momento do fechamento da operação.

Nesta hipótese, incide o dever do CADE em proibir o ato de concentração, tal como ele se apresenta. Neste contexto, a operação somente poderia, em caráter excepcional, ser autorizada caso presentes, de forma cumulativa, as condições estabelecidas no § 1º do art. 54(11). Incumbe, assim, verificar se elas se fazem presentes no caso concreto analisado.

Nota:

(11) 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.

§ 1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam as seguintes condições:

I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; 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.”

#### IV.1 – Das eficiências não comprovadas

Nota-se que ao longo do processo não houve a preocupação das requerentes em demonstrar – e conseqüentemente, quantificar – a existência das eficiências elencadas no inciso I, § 1º, do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Igualmente merece ênfase a circunstância de que não houve a demonstração de que as eventuais eficiências (insista-se, não comprovadas e sequer estimadas) não poderiam ser alcançadas de modo menos restritivo à concorrência.

Ausentes, assim, as condições estabelecidas nos incisos I e IV do § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94.

Consigno, no entanto, que, mesmo que eventualmente estivessem presentes tais condições, o que, insista-se, não ocorre no presente caso, elas não seriam suficientes (embora necessárias) para conduzir à aprovação do ato de concentração, pois faz-se imprescindível a cumulativa presença das condições estabelecidas nos incisos II e III do § 1º, do art. 54, o que será a seguir analisado.

#### IV.2 – Análise da condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54

A análise a ser feita neste momento consiste em se verificar se está presente a condição estabelecida no inciso III do § 1º do art. 54, ou seja, se ocorreu ou não, através da licença concedida pela PEPSICO à CBB, a eliminação de parcela substancial do mercado relevante. Caso tenha ocorrido a supressão da concorrência de parcela substancial do mercado relevante, o ato de concentração não pode ser aprovado, salvo se ocorresse a hipótese do art. 54, § 2º, o que não ocorre no caso sob análise.

Com efeito, caso tenha ocorrido tal supressão, sequer devem ser analisadas supostas eficiências geradas, uma vez que não haverá como repassar tais benefícios aos consumidores ou usuários finais, pois a ausência completa de condições de rivalidade retira os incentivos econômicos para que a empresa fusionada repasse aos preços as eficiências auferidas.

Partindo-se do *market share* alcançado pela CBB através da presente operação, e da ausência de rivais capazes de lhe fazer frente, a possibilidade de elevação de barreiras estratégicas à entrada e à expansão das firmas existentes são factíveis. Sobressaem-se entre essas barreiras estratégicas aquelas decorrentes da “vantagem de ser o primeiro”. Este tipo de vantagem ocorre em muitas situações estratégicas em setores dominados por uma grande empresa que geralmente lidera na tomada de decisões fundamentais no mercado(12).

Nota:

(12) PINDYCK, R. S. & RUBINFELD, D. L. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 571. Os autores observam que nestes casos o modelo de Stackelberg é o mais apropriado para descrever o mercado. Nesse modelo, uma empresa toma sua decisão de produção antes que sua concorrente o faça. No equilíbrio de Stackelberg (que é também um equilíbrio de Nash), cada empresa estará fazendo o melhor que pode em função da decisão tomada por sua concorrente (p. 615).

Toda aquisição de poder econômico excessivo não se harmoniza com o princípio da liberdade de concorrência. É por isso que a lei procura prevenir as operações que geram concentrações tendentes à eliminação substancial da concorrência ou à dominação do mercado. A presente operação significa a eliminação de um concorrente importante do mercado ao mesmo tempo que reforça ainda mais a posição dominante do outro que já detinha parcela substancial do mercado, com evidentes prejuízos à concorrência.

Conforme já observou o i. Conselheiro Celso Campilongo, a experiência internacional, a exemplo da lei brasileira, não autoriza operações que provoquem reduções substanciais da concorrência. Conforme consta das “Guidelines” das agências norte-americanas de defesa da concorrência, “...eficiências quase nunca justificam uma fusão que conduza a situações de monopólio ou quase monopólio”(13).

Nota:

(13) Seção 4 das *Horizontal Mergers Guidelines* (revisada e atualizada em 1997), citada no Voto no Ato de Concentração n. 08000.020471/97-70 (Kellog)

do Brasil e Nutribom), julgado em 21.03.2001.

A Comissão Européia também estabeleceu que operações que provoquem graus de concentração com participação de mercado superior a 50% não autorizam mais o exame das supostas eficiências compensatórias(14).

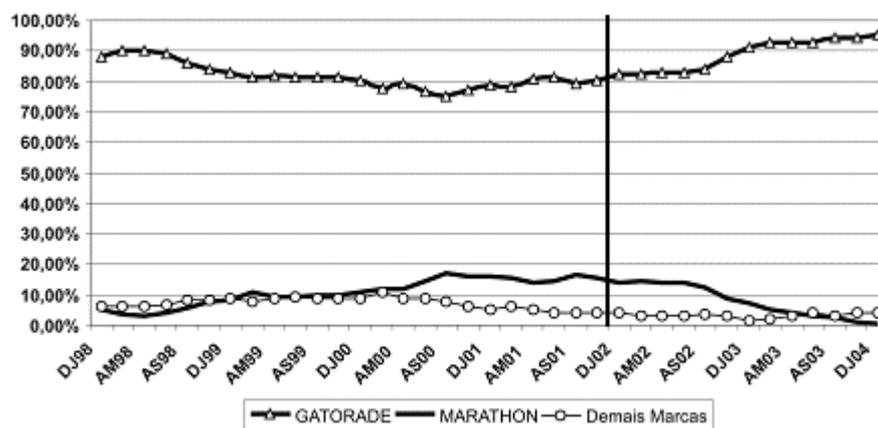
Nota:

(14) Conselheiro Celso Campilongo, *idem* .

No caso em questão, há substanciais elementos que autorizam a conclusão de que houve, efetivamente, a eliminação de parcela substancial da concorrência nos mercados relevantes. Tais circunstâncias traduzem-se, primordialmente, na significativa concentração operada no mercado relevante tal qual definido, que, na presente operação alcança o estrondoso patamar de 94,25%. O fato de o mercado já se encontrar concentrado não representa justificativa plausível capaz de amenizar os efeitos decorrentes do contrato firmado entre as requerentes, haja vista estarmos tratando das duas únicas empresas com participação relevante no mercado nacional de isotônicos artificiais.

O gráfico a seguir mostra a evolução da concentração nesse mercado. A coluna em dezembro de 2001 marca o momento da operação.

### Evolução Percentual - Valor - Mercado Isotônico



Fonte: Dados Ac Nielsen fornecidos pelas requerentes.

Importante observar, inclusive, que antes da fusão a Marathon vinha apresentando um resultado positivo, com demonstração de elevação de sua participação no mercado. Assim, possuía as seguintes participações nos anos a seguir descritos:

PRODUTOS	PARTICIPAÇÃO DE MERCADO (%)				
	1997	1998	1999	2000	2001
GATORADE	77,38	79,11	76,83	72,70	76,83
MARATHON	7,97	10,46	11,87	16,94	17,42

Nota:

(15) Fls. 998, autos públicos.

Fonte: Parecer Seae(15).

Apenas após a operação é que a participação de mercado da Marathon veio a apresentar perfil flagrantemente declinante, fruto provável do desinteresse que passou a AmBev a ter na utilização simultânea de duas marcas refletido no inegável declínio da utilização da verba publicitária, eloqüentemente demonstrada no voto de vista do i. Conselheiro Fernando Marques.

Em outras palavras, a presente operação significa a concentração da marca líder com a única marca que possuía participação de mercado acima de 10%, constituindo, a partir de então, um quase monopólio. Impossível, neste contexto, deixar de constatar que houve, efetivamente, supressão da concorrência de parcela substancial do mercado relevante, estando, assim, ausente a condição estatuída no art. 54, § 1º, III, da Lei nº 8.884/94.

Ademais, a circunstância de que não resta no mercado nenhum outro agente econômico capaz de ameaçar a posição dominante ocupada pela CBB no mercado pós-operação retira a necessidade de que se avalie o grau de rivalidade existente no mercado de isotônicos artificiais. Esse ponto é corroborado pelas equações de demanda estimadas e apresentadas anteriormente, que refletem o grau de fidelidade à marca líder. Ainda assim, deixo claro que o grau de rivalidade remanescente no mercado após a operação é ínfimo.

### **IV.3 – Análise da possibilidade de repasse dos benefícios advindos das eficiências aos consumidores e ao mercado**

Estabelece o inciso II do § 1º do art. 54 que operações restritivas da concorrência somente poderão ser aprovadas caso “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Assim, não basta que a operação traga eficiências econômicas, sendo igualmente necessário a garantia de que os benefícios econômicos decorrentes sejam repassados para a sociedade. Sobre este aspecto, mister que se façam algumas considerações.

Em primeiro lugar, entendo que a possibilidade de repasse dos benefícios econômicos depende da existência de concorrência no mercado relevante alvo da fusão. Com efeito, sem que haja concorrentes (efetivos ou potenciais) capazes de contestar aumentos de preços, inexistirá incentivo econômico para que a empresa distribua ao menos parte dos benefícios advindos das eficiências econômicas aos consumidores e ao mercado.

Em segundo lugar, as eficiências econômicas específicas da operação devem ser de tal magnitude que incentivem a empresa a efetivamente repassá-las aos consumidores ( *v.g.* por intermédio do aperfeiçoamento da qualidade, melhora do processo produtivo ou diminuição de preço). Assim, faz-se imprescindível que o grau das eficiências específicas seja elevado o suficiente para compensar a redução da rivalidade existente e ainda assim trazer racionalidade econômica para o repasse de benefícios advindos da operação. Obviamente, o grau de eficiências econômicas específicas da operação dependerá de cada caso concreto analisado e será tão mais intenso quanto maior for a redução da rivalidade acarretada pela operação.

Portanto, em suma, o repasse equitativo das eficiências econômicas dependerá da existência de concorrência no mercado relevante (que, assim, não poderá ser dele substancialmente suprimida após a operação) e de um elevado grau de benefícios, para que haja incentivo à sua distribuição.

No presente caso, conforme já ressaltado, houve a supressão de parcela substancial do mercado relevante e que alçou as requerentes à condição de virtuais monopolistas. Neste contexto, não há como se auferir a factibilidade de incentivos às requerentes para distribuir eventuais ganhos de eficiência como os consumidores.

Fica assim patente a ausência da condição estabelecida no art. 54, § 1º, inciso II.

## **V – DO CONTROLE ESTRUTURAL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRÊNCIA**

Estabelece o art. 170, V, da Constituição Federal que a livre concorrência é um princípio conformador da ordem econômica. Desta maneira, a liberdade de iniciativa, fundamento da ordem econômica, não é absoluta, mas deve obedecer aos limites circunscritos pela observância dos princípios conformadores da ordem econômica, dentre os quais se encontra a já citada livre concorrência. Ademais, a livre concorrência é necessária, inclusive para que efetivamente haja liberdade de iniciativa. O objetivo de tal princípio(16) é o de garantir as condições propícias para que os agentes econômicos – fornecedores e consumidores – tomem as suas decisões em um ambiente de efetiva concorrência. Assim, a defesa da livre concorrência visa a beneficiar, em última instância (objetivo mediato), os consumidores. Beneficia, de modo imediato, os agentes econômicos de um dado mercado relevante, que ficam protegidos contra condutas anticoncorrenciais, tendo garantido que a concorrência ocorrerá dentro das regras do jogo(17).

Nota:

(16) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos deDireitoAdministrativo*. 1. ed. São Paulo: RT, 1980, p. 230 define princípio como sendo “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá o sentido harmônico”.

(17) Neste contexto, cumpre transcrever a seguinte definição de livre concorrência esposada por Ana Maria Nusdeo: “liberdade de atuar nos mercados buscando a conquista de clientela, com a expectativa de sua aplicação levar os preços de bens e serviços, fixados pelo jogo dos agentes em disputa pela clientela, a níveis razoavelmente baixos, chegando, no caso extremo de concorrência perfeita, a se igualarem ao custo marginal do produto”.

O poder econômico consiste na posição de preponderância da empresa no mercado em que se insere, influenciando na conduta das demais concorrentes ou, ainda, subtraindo-se à influência dessas últimas, por meio de uma conduta indiferente e delas independente em alto grau(18). Isso gera uma situação de sujeição dos demais concorrentes e consumidores perante aquele que detém esse poder econômico.

Nota:

(18) AMATO, Giuliano. *AntitrustAnd the Bounds ofPower. TheDilemma ofLiberalDemocracy in theHistory of theMarket* , p. 67.

O que a Constituição Federal determina reprimir não é o poder econômico em si, mas sim o seu uso abusivo, que ocorrerá sempre que ele visar à dominação de mercado, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros (19).

Nota:

(19) NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

No que tange à dominação dos mercados, cumpre destacar o entendimento de Calixto Salomão Filho, que, abraçando a teoria finalista, defende que o termo está relacionado a qualquer limitação efetiva ou potencial da concorrência. Nesse sentido, não importa o grau da limitação e nem é preciso definir, econômica ou matematicamente, o significado do termo, já que, a seu ver, haverá dominação do mercado toda vez que existir risco de lesão (limitação ou eliminação) da concorrência (20).

Nota:

(20) SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial:As condutas* . 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 121.

Em concretização aos princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico foi editada a Lei nº 8.884/94, que em seu art. 1º deixa clara a sua matriz constitucional ao estabelecer que ela “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

O controle estrutural visa a fiscalizar atos que importem em concentração econômica, que ocorre quando duas empresas que antes eram independentes passam a atuar em conjunto. A lógica por trás dessa atribuição dos órgãos de controle da concorrência é a de que determinadas concentrações excessivas podem: a) acarretar a extinção de um padrão concorrencial, implicando na eliminação de parcela substancial da concorrência; b) acarretar na dominação de mercado ou; c) gerar condições extremamente propícias para a prática daquelas condutas contra a livre concorrência. Em tais situações, a aquisição de empresas, **pode adquirir contornos de abusividade** , quando esse ato, que inicialmente é uma expressão da liberdade de iniciativa, acabar ocasionando a eliminação da concorrência, dominação do mercado e/ou aumento arbitrário dos

lucros.

Neste contexto, como já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, concentrações excessivas podem ser acoidadas de abusivas, na medida em que possam eliminar a livre concorrência, bem como resultar na dominação de mercado relevante (21).

Nota:

(21) RE 199517/SP, Min. CARLOS VELLOSO, Rel. p/o Ac. Min. MAURÍCIO CORRÊA, J.04.06.98, Tribunal Pleno, DJ 13.11.98, p. 15, Ement vol. 01931-03, p. 608.

Cumpra, então, analisar qual deve ser a solução ao caso concreto, para o que é imprescindível o estudo das normas que regem a desconstituição de atos apresentados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A primeira norma a ser analisada é a contida no art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/94, que estabelece essa possibilidade de operação e dá instrumentos jurídicos para tornar efetivo o controle pelos órgãos de defesa da concorrência:

*“§ 7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo Cade no prazo estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados”.*

Resta claro pela leitura de tal parágrafo que a eficácia do ato não é plena com a realização do negócio. Para ele tornar-se válido, surtir efeitos plenos, vai depender de aprovação do CADE. Assim, tais atos ficam subordinados a uma cláusula resolutiva tácita, porque ultrapassada essa condição imposta, que é a aprovação do CADE, sem a necessidade de nenhum ato ulterior são convalidados todos os atos praticados. Por outro lado, se o CADE não aprovar aquele ato, ele resolve-se automaticamente como inválido.

Por seu turno, o § 9º do art. 54 constitui o corolário lógico da supracitada cláusula resolutiva tácita, estabelecendo o dever do CADE, ao não aprovar determinado ato de concentração, determinar a sua desconstituição:

*§ 9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do Cade, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.*

Não resta nenhuma dúvida que o legislador preconizou como dever do CADE, na hipótese de não aprovar o ato, a determinação de sua desconstituição, que poderá ser total ou parcial, dependendo das características de cada caso concreto (22).

Nota:

(22) Precedentes do CADE que, ao apreciarem operações que se apresentavam sem o atendimento das condições elencadas no § 1º do art. 54, determinaram a desconstituição do ato no que se refere aos mercados relevantes em que se identificou a impossibilidade de aprovação: a) **Ato de Concentração nº 06/94** (Eternit-Brasilit), o CADE considerou inexistentes as eficiências que justificariam a aprovação da operação face à eliminação da concorrência entre as duas empresas e decidiu, por unanimidade, **negar autorização para a fusão pretendida**; b) **Ato de Concentração nº 12/94** (Rhodia-Sinasa), o CADE, entendendo que o ato examinado, na parte relativa ao mercado de fibras sintéticas de poliéster e acrílicas, não atendia as condições estabelecidas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, decidiu por aprovar parcialmente a transação, determinando às requerentes, nos termos do § 9º do citado artigo, no que diz respeito à parte da transação não aprovada, a sua desconstituição.

Nesse contexto, a nossa lei encontra-se acorde com a experiência secular do direito antitruste norte-americano que vem demonstrando ser o desinvestimento ( *divestiture* ) o remédio de maior aptidão a eliminar problemas relacionados a altas concentrações de mercado decorrentes de processos de fusão ou aquisição. A medida estrutural, além de ser a única solução adequada para o caso presente é também vista como o mais importante dos remédios antitrustes. No caso Dupont (EUA, 1961) considerou-se que a ordem de desinvestir “ *é simples, relativamente fácil de administrar, e segura* ” (23).

Nota:

(23) Citação no voto do Conselheiro Celso Campilongo já mencionado.

Tradução livre do original em inglês: “is simple, relatively easy to administer, and sure”.

Ademais, a *Federal Trade Commission – FTC* – finalizou, em 1999, estudo<sup>(24)</sup> no qual chegou às seguintes conclusões: 1) a ordem de desconstituição do negócio tende a criar concorrentes viáveis nos mercados afetados; e 2) ordens de venda envolvendo um negócio inteiro, que seja organicamente independente e sustentável, tendem a ter mais sucesso do que ordens de venda de determinados ativos selecionados. O estudo ainda faz uma série de recomendações, tais como a necessidade da aprovação do comprador pela Comissão; reduzir ao máximo os períodos de cumprimento da ordem de venda; a indicação de um auditor independente para gerenciar o desinvestimento, dentre outras.

Nota:

(24) FTC, Bureau of Competition, “ *A Study of the Commission’s Divestiture Process* ” (1999) [www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6](http://www.ftc.gov/os/1999/9908/index.htm#6). A menção a este estudo baseou-se no voto do Cons. Celso Campilongo no caso Kellog do Brasil-Nutribom já citado.

Concluo, desta forma, a exemplo do Conselheiro-Relator e do Conselheiro Fernando Marques, na linha dos pareceres das secretarias e da Procuradoria do CADE, que a solução de desinvestimento seja aquela que efetivamente se impõe.

## VI – CONCLUSÃO

Por todos os motivos expostos, bem como os demais elementos contidos nos autos, voto pela alienação, a um concorrente, da marca Marathon, nos termos do § 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, devendo ser elaborado, no prazo de 20 dias a contar da publicação do acórdão, um Termo de Compromisso de Desempenho, obedecidas as seguintes condições:

- a) A alienação da marca Marathon deverá se dar a uma empresa que não possua qualquer correlação direta ou indireta com o Grupo CBB, por intermédio de leilão público, o qual deverá receber ampla divulgação.
- b) Caberá à empresa compradora a opção pela compra da marca Marathon juntamente com os seus ativos, ficando esta opção exclusivamente a seu critério.
- c) Da maior proposta de compra válida e aprovada após a análise do CADE, seja subtraído o subinvestimento que a Representante proprietária da marca Marathon ocasionou entre os anos de 2001 e 2003 à marca, haja vista que esta política está ensejando o enfraquecimento evidente da marca, como pontuado no voto de vista do Conselheiro Fernando Marques. O valor do subinvestimento deverá ser calculado de acordo com a metodologia exposta no aludido voto do Conselheiro Fernando Marques.
- d) As empresas deverão facultar à empresa adquirente a utilização de sua linha de distribuição pelo prazo de 06 (seis) meses após a aquisição, caso a compradora entenda necessário para o início de suas atividades.

No eventual descumprimento das obrigações estabelecidas, a presente decisão deverá ser executada judicialmente nos termos dos arts. 60 a 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive multa diária mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, quando da análise do eventual inadimplemento pelo CADE.

Adoto as demais considerações e recomendações, não conflitantes com aquelas estabelecidas por mim neste voto, contidas no voto do Conselheiro-Relator e também no voto-vista proferido pelo Conselheiro Fernando Marques, mormente no que tange ao envio de ofícios à SDE e Ministério Público, para eventual abertura dos competentes processos administrativos.

É como voto.

Brasília, 30 de junho de 2004.

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

*Conselheiro do CADE*

### **Aditamento ao Voto do Conselheiro**

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

Durante a 326ª Sessão de Ordinária de Julgamento ocorrida em 14 de julho de 2004, foi reiniciada a votação do presente ato, após a leitura do voto de vista do Conselheiro Cleveland Prates.

Conforme degravação anexa, após voto proferido pelo Conselheiro Thompson Andrade desaprovando a operação, e da manifestação do Conselheiro Fernando Marques, ratificando o conteúdo do seu voto, apresentei uma proposta de voto médio, a fim de que o Conselho chegasse a um mínimo de consenso quanto à questão apresentada, chegou-se ao seguinte

entendimento:

## **I – DA ALIENAÇÃO DA MARCA MARATHON**

O Plenário aprovou, por maioria, determinando-se a alienação da marca Marathon a um terceiro em Leilão Público, vencido neste tocante o Conselheiro Thompson Andrade, que votou pela desaprovação integral da operação.

## **II – DA ALIENAÇÃO DOS ATIVOS**

Os ativos correspondem ao maquinário, aos equipamentos necessários para a fabricação do produto. A divergência, neste tocante, estaria na obrigatoriedade de o comprador da marca adquirir também os ativos a ela inerentes. Estabeleceu-se, ao final, que a aquisição será facultativa, ou seja, ficará a critério da empresa interessada na marca a opção de compra também dos ativos, ficando esta opção exclusivamente a seu critério. Porém, as requerentes deverão obrigatoriamente, ofertar, em leilão, os ativos em conjunto com a marca, ficando a opção de aquisição a critério da compradora.

## **III – DA DISTRIBUIÇÃO COMPARTILHADA**

A questão ficou resolvida da seguinte forma: as empresas deverão facultar à empresa adquirente a utilização de sua linha de distribuição pelo prazo de 06 (seis) meses após a aquisição, caso a compradora entenda necessário para o início de suas atividades, vencido neste tocante o Conselheiro-Relator, que determinava o compartilhamento pelo prazo de dois anos.

## **IV – DO DESINVESTIMENTO**

A imposição de que fosse subtraído da maior proposta de compra, válida e aprovada após a análise do CADE, o subinvestimento na marca Marathon que a Representante proprietária da marca Marathon ocasionou entre os anos de 2001 e 2003 à marca, estabelecidas nos votos do Conselheiro Fernando Marques e no meu próprio ficam sem efeito, sendo retirada do voto.

## **V – DA ELABORAÇÃO DE UM TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO**

Deverá ser elaborado um Termo de Compromisso de Desempenho, nos termos do voto do relator e do Conselheiro Fernando Marques, o qual incorporará, dentre outras verificações, a efetiva revitalização da marca, sendo que o comprador deverá se obrigar a efetivamente entrar no mercado em questão.

## **V – DA MULTA POR DESCUMPRIMENTO**

No eventual descumprimento das obrigações estabelecidas, a presente decisão deverá ser executada judicialmente nos termos dos arts. 60 a 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive multa diária mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, quando da análise do eventual inadimplemento pelo CADE.

## **VI – DA REMESSA DE OFÍCIOS PARA SDE**

Por maioria de votos, vencido o Conselheiro Fernando Marques, não será determinada a remessa de ofícios.

## **VII – CONCLUSÃO**

Pelos motivos expostos no debate oral havido, bem como os demais elementos contidos nos autos, adito o meu voto, no qual deverá constar, a partir de agora, a seguinte conclusão:

Por todos os motivos acima, voto pela alienação, a um concorrente, da marca Marathon, nos termos do § 9º do art. 54 da Lei nº 8.884/94, devendo ser elaborado, no prazo de 20 dias a contar da publicação do acórdão, um Termo de Compromisso de Desempenho, obedecidas as seguintes condições:

- a) A alienação da marca Marathon deverá se dar a uma empresa que não possua qualquer correlação direta ou indireta com o Grupo CBB, por intermédio de leilão público, o qual deverá receber ampla divulgação.
- b) Caberá à empresa compradora a opção pela compra da marca Marathon juntamente com os seus ativos, ficando esta opção exclusivamente a seu critério.
- c) As empresas deverão facultar à empresa adquirente a utilização de sua linha de distribuição pelo prazo de 06 (seis) meses após a aquisição, caso a compradora entenda necessário para o início de suas atividades.
- d) A empresa compradora deverá assumir o compromisso de efetivamente entrar no mercado.

No eventual descumprimento das obrigações estabelecidas, a presente decisão deverá ser executada judicialmente nos termos dos arts. 60 a 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive multa diária mínima de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.884/94, quando da análise do eventual inadimplemento pelo CADE, sem prejuízo do disposto no art. 55 da mesma Lei Federal.

É o voto.

Brasília, 15 de agosto de 2004.

**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**

Conselheiro do CADE

## VOTO-VOGAL DO CONSELHEIRO CLEVELAND PRATES TEIXEIRA

Pedi vistas do presente processo para analisar os resultados econométricos apresentados no voto do Conselheiro Roberto Pfeiffer.

Para facilitar a minha exposição, utilizarei alguns gráficos que se encontram no voto do Conselheiro Pfeiffer e que me parecem importantes para a definição de meu posicionamento.

Inicialmente devo destacar que esse é um caso que reputo *sui generis*, porquanto os dados que foram apresentados são, a meu ver, de certa maneira contraditórios.

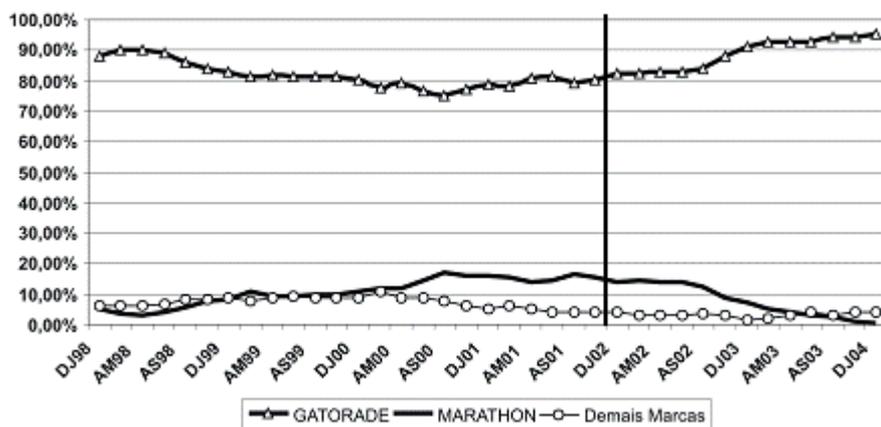
Relembro que a análise em atos de concentração, realizada neste Conselho, tende a ser basicamente estruturalista. Em síntese, os passos são aqueles contidos no Guia Seae/SDE: definição de mercado relevante, cálculo do grau de participação de mercado, avaliação das condições de entrada e da possibilidade de importação, análise da rivalidade remanescente e, finalmente, comprovação das eficiências líquidas alegadas. Entretanto, em alguns casos, é importante também observar questões adicionais que podem ser bastante relevantes, como será destacado ao longo deste voto.

No que se refere à definição do mercado relevante, não tenho nenhuma divergência em relação ao que foi exposto pelo Conselheiro Roberto Pfeiffer. Isso porque ele consolidou, por meio de um estudo econométrico, aquilo que já se desconfiava.

Quanto ao grau de concentração de mercado, não resta dúvida de que a participação da nova empresa se elevou substancialmente com a operação. Entretanto, dado o tempo de análise desse processo, pode-se perceber que tal situação não permaneceu a mesma. No Gráfico 1, o momento da operação está representado pelo traço desenhado na vertical.

**GRÁFICO 1**

**Evolução da Concentração no Mercado de Isotônicos  
(a coluna em dezembro de 2001 marca o momento da operação)**



Fonte: dados Ac Nielsen fornecidos pelas requerentes.

Como se nota, a participação do Gatorade vinha se reduzindo até próximo a data da operação. Posteriormente, observa-se que a participação deste produto se elevou de forma considerável.

O Marathon, por sua vez, produto que pertencia à Ambev, teve movimento oposto (aumento da participação de mercado e, posteriormente à operação, uma queda muito grande). Várias podem ser as razões para essa situação: redução no investimento em *marketing*; questões relacionadas a canais de distribuição, etc.(1)

Nota:

(1) Segundo as requerentes, a combinação de duas marcas, uma forte e outra fraca, no mesmo canal de distribuição poderia fazer com que houvesse um privilégio pela venda da marca mais forte.

Em que pese tais ponderações, o fato é que, em termos de evolução pós-operação, o Marathon perdeu mercado. Não pretendo com isso fazer nenhuma acusação ou crítica quanto ao que foi feito. Estou apenas demonstrando um fato que está presente neste caso.

Ainda observando o Gráfico 1, é facilmente possível se concluir que a rivalidade foi bastante reduzida. Basta notar que a soma das duas marcas ultrapassou os 90% do mercado relevante. Some-se a isso os argumentos já exaustivamente discutidos nos votos que me antecederam.

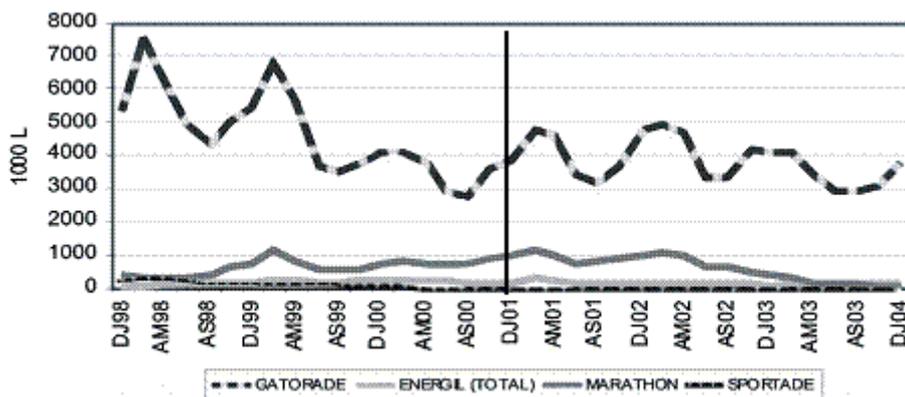
Também está muito claro, principalmente nos pareceres da Seae e da SDE, que a possibilidade efetiva de importação é quase inexistente nesse mercado.

Portanto, tendo sido o grau de rivalidade reduzido, e a importação não sendo um antídoto eficiente para restringir um eventual poder de mercado, restaria, então, uma análise mais detida das condições de entrada no mercado de isotônicos.

Em primeiro lugar, há que se perceber que o volume de vendas de isotônicos nos últimos anos vem se reduzindo consideravelmente, conforme pode ser observado no Gráfico 2.

**GRÁFICO 2**

**Volume de Vendas de Isotônicos no Brasil**

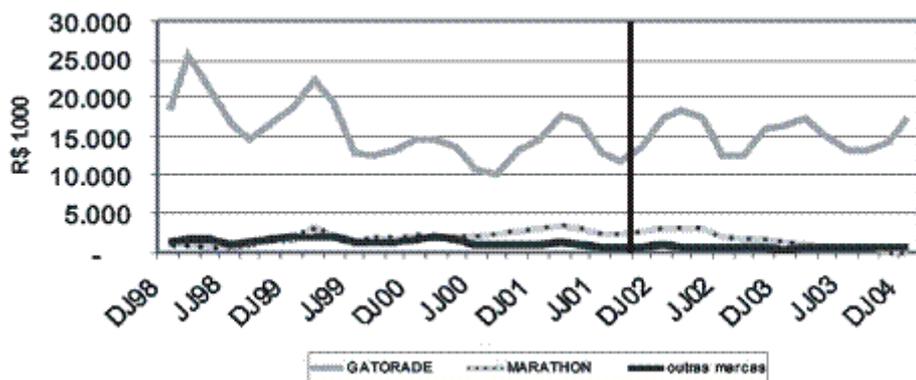


Fonte: Ac Nielsen.

Mesmo se considerarmos a evolução do mercado em termos de valor, houve também um decréscimo nos ganhos gerais dessa indústria, conforme pode ser observado no Gráfico 3.

**GRÁFICO 3**

### Evolução do Mercado de Isotônico em Termos de Valor



Fonte: Ac Nielsen.

Independentemente da sazonalidade, que de fato está presente neste caso, o que se observa é que há uma tendência de queda no tamanho do mercado de isotônicos. Novamente, chamo a atenção para o traço vertical contido no gráfico, que indica o momento em que foi realizada a operação. Note-se que a partir desse instante o processo de queda na quantidade vendida não se estancou.

Quando associada essa queda a outros dados do processo, é possível perceber que as oportunidades de venda nesse mercado têm se reduzido e, conseqüentemente, as oportunidades de entrada. Por sua vez, em função das divergências em relação aos dados de escala mínima viável informados no processo, não há como se afirmar com certeza que os resultados previstos pela Seae sobre as condições de entrada estão totalmente corretos.

De toda forma, em que pese alguns possíveis exageros, o fato é que se observarmos, em termos de tendências, parece pouco provável que um empresário se arriscaria a entrar nesse mercado de forma comprometida, evitando possíveis aumentos de preços por parte das requerentes. Em outras palavras, mesmo que se atenda a condição de probabilidade (lucratividade), em tese, dificilmente estaríamos atendendo à condição de suficiência. Na realidade, os dados apresentados ao longo dos votos e dos pareceres indicam que a entrada pode até ocorrer, mas dificilmente ela seria suficiente para inibir o poder de mercado da “nova empresa formada”. Entretanto, há que ressaltar, como se verá mais à frente, que mesmo após dois anos de operação os preços dos isotônicos vêm se reduzindo em termos reais.

Por fim, chamo a atenção de que não observei nos autos nenhuma comprovação das eficiências alegadas. Contudo, não há como se desconsiderar que esta operação tem algumas especificidades que devem, a meu ver, ser consideradas. Note-se que não estou, com isso, afirmando que as eficiências suplantariam a possibilidade de dano à concorrência. Mas se lembrarmos como essa operação ocorreu, há algum tipo de racionalidade que tende a naturalmente levar a uma redução de custos para a nova forma de operação.

Em primeiro lugar esta operação deriva de outra ocorrida no exterior, na qual a Pepsi Co adquiriu a Quacker e várias das suas fábricas e produtos, inclusive os ativos no Brasil. Vale lembrar que a CBB era a dona da segunda marca do mercado, a Marathon, e só passou a produzir e comercializar o Gatorade, depois que a Pepsi Co comprou a Quacker nos EUA. Dentro do pacote de produtos da Quacker veio o Gatorade. Não há como se negar isso. Como a CBB já industrializava e comercializava a Pepsi, Pepsi Light, Teem, Diet Teem, Seven-up, Diet Seven-up e Soda Rainha – *soft drinks* da Pepsi Co – nada mais natural, imagino eu, sob o ponto de vista empresarial, do que fazer o mesmo com o Gatorade que foi adquirido passando a ser distribuído por esta estrutura, que é eficiente, não há como se negar isso. Assim, o Gatorade passou a usufruir de economias de escopo e escala da produção e comercialização de *soft drinks* realizadas pela CBB. Parece-me que, do ponto de vista de estrutura de governança, este é um arranjo eficiente.

Novamente, não pretendo com isso afirmar que as eficiências foram comprovadas. Apenas entendo que existe um indício de que algumas eficiências poderiam emergir dessa operação.

Dito isso, passo a tratar de um ponto que reputo de extrema importância na análise do caso em tela, os estudos econométricos apresentados no Voto-Vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer, que reproduzo a seguir:

Equação de **Demanda do Gatorade** (2):

Nota:

(2) O modelo está na forma log-log – isto é, todas as variáveis estão em logaritmos –, pois com essa especificação a estimação já fornece diretamente os valores das elasticidades cruzadas e próprias.

$$\text{Log}(Q_{G,t}) = 3.85 + 0.60\text{log}(Q_{G,t-1}) - 1.84\text{log}(P_{G,t}) + 1.01\text{log}(P_{M,t}) + 0.88\text{log}(P_{L,t}) + 0.02\text{log}(PME) + 0.051D2 - 0.16D3 - 0.33D4 - 0.23D5 - 0.05D6$$

Equação de **Demanda do Marathon** :

$$\text{Log}(Q_{M,t}) = -10.68 + 1.13\text{log}(Q_{M,t-1}) - 1.85\text{log}(P_{M,t}) + 2.13\text{log}(P_{G,t}) + 1.35\text{log}(PME) + 0.09D2 - 0.19D3 - 0.17D4 + 0.12D5 + 0.06D6$$

Onde:

$Q_{it}$  = volume da bebida  $i$  no período  $t$ .

$i = G$  (Gatorade),  $M$  (Marathon),  $L$  (Mate Leão).

Nota:

(3) As variáveis dicotômicas de sazonalidade – as conhecidas *dummies* – têm valor 1 para os do bimestre em questão e 0 para todos os outros bimestres. Como é possível observar nas equações, os bimestres mais frios obtiveram coeficientes negativos. Esse resultado era esperado já que o bimestre de dezembro e janeiro foi usado como base. O consumo de bebidas isotônicas em meses mais quentes é mais alto do que em meses mais frios.

**PME** = Rendimento de Pessoal Ocupado da Pesquisa Mensal de Emprego do IBGE.

**Di** = variáveis dicotômicas que captam os efeitos sazonais(3).

Gostaria de lembrar que este estudo foi elaborado basicamente para se concluir qual seria o mercado relevante em questão.

Em primeiro lugar, eu destacaria que algumas das estatísticas não se mostraram significativas. Esses foram os casos da elasticidade-cruzada do Gatorade com relação a Marathon e com relação ao Chá, indicando que a variação de preços desses dois produtos tem pouco ou quase nenhum impacto sobre a demanda de Gatorade.

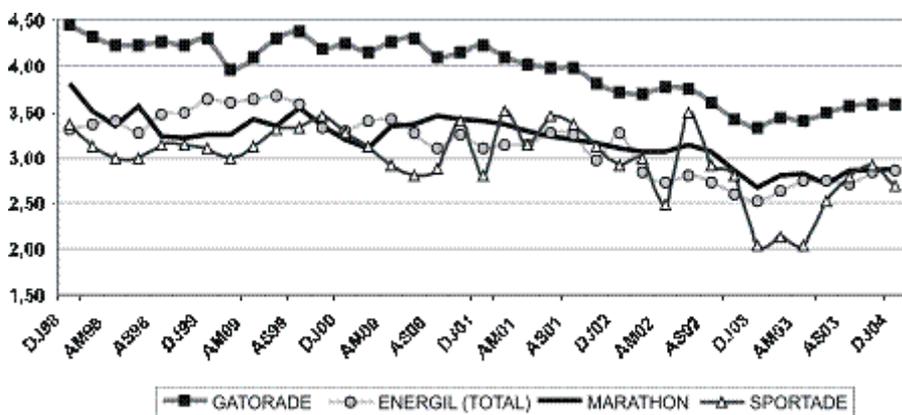
Já se analisarmos a segunda equação, os resultados são mais robustos. O que se observa, neste caso, é que, em primeiro lugar, um aumento do preço do Marathon, da ordem de 1% provocaria uma queda da demanda desse produto em torno de 1,85%. Note-se que este resultado é muito similar ao que aconteceria no caso de um aumento de preço da Gatorade sobre sua demanda. Ou seja, um aumento de preço da Gatorade provocaria uma queda de 1,84% na sua demanda. Esse é um indício de que a capacidade de aumento de preços da *joint venture* criada estaria de certa maneira reduzida, posto que um aumento de preços de cada produto provocaria uma queda mais do que proporcional nas suas respectivas demandas. É claro que nós sempre podemos fazer várias qualificações a estudos econométricos, mas não há como se desconsiderar os dados aqui apresentados.

Outra informação bastante relevante é a de que a elasticidade cruzada da demanda de Marathon com relação a Gatorade mostra que uma diferença no preço do Gatorade provoca uma variação mais do que proporcional da demanda de Marathon (da ordem de 2,13%). Também é interessante observar que o valor da elasticidade preço cruzado da demanda de Marathon com relação a Gatorade, é superior à elasticidade preço da demanda de Marathon com relação ao seu próprio preço. Isso, de certa forma, indica um alto grau de fidelidade à marca Gatorade. Em outras palavras, a marca Gatorade interfere muito mais fortemente nas decisões comerciais da Marathon, do que vice-versa.

Esses dados ganham mais força se observamos a evolução de preço dos produtos isotônicos, conforme Gráfico 4.

**GRÁFICO 4**

**Evolução do Preço de Isotônicos em Termos Reais \***



Fonte: Ac Nielsen.

\* Deflacionado pelo INPC alimentos e bebidas.

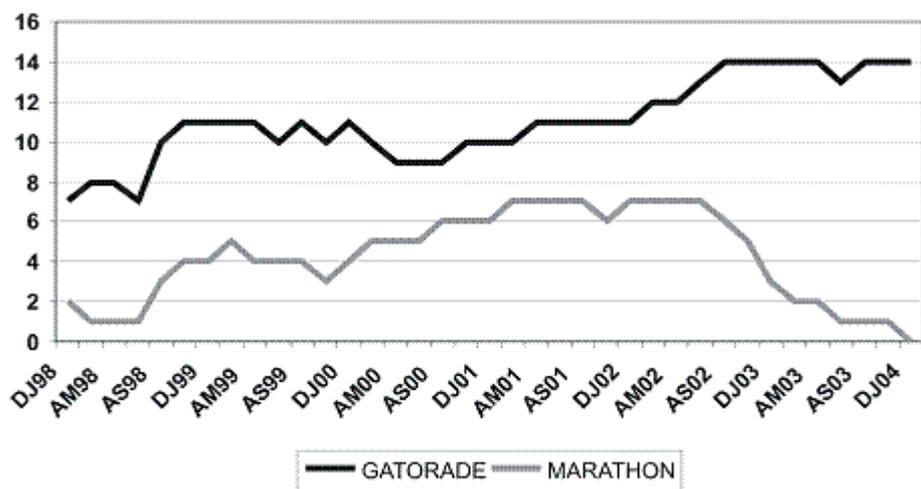
Desde 1998, o preço real dos isotônicos vinha apresentando trajetória declinante. Além disso, como já destacado, as vendas desse mercado têm caído tanto em termos de valor quanto de volume. No caso de sucos e chás prontos, a trajetória dos preços é bem semelhante. Entretanto, esses mercados continuam se expandindo, como mostrado no voto do Conselheiro

Roberto Pfeiffer.

Se, por um lado, a redução de tamanho de mercado implica menos espaço para a entrada de novos concorrentes potenciais, conforme já sugeri, por outro, esse fato também dificulta o exercício de poder de mercado por parte da *joint venture* (especialmente em um mercado que apresenta alta elasticidade da demanda (-1,8). Note-se que a estratégia típica de uma firma que consegue exercer seu poder de mercado é restringir a quantidade comercializada de forma a que o preço se eleve no mercado, maximizando seus lucros. Contudo, não é isso que se observa nesse mercado, pois tanto preços quanto quantidade estão caindo.

Por fim, existe um outro ponto que me parece crítico na análise deste caso, a suposta estratégia da retirada da marca Marathon do mercado depois da operação. Nesse sentido, vale observar que esse produto passou de um movimento crescente à perda de participação de mercado após a operação, como mostra o Gráfico 1. E mais, o Gráfico 5, de distribuição numérica dos isotônicos, demonstra nitidamente que a CBB foi gradualmente reduzindo o número de pontos de venda para os quais vendia o Marathon, enquanto aumentava o de distribuição do Gatorade.

**GRÁFICO 5**  
**Distribuição Numérica de Isotônicos**

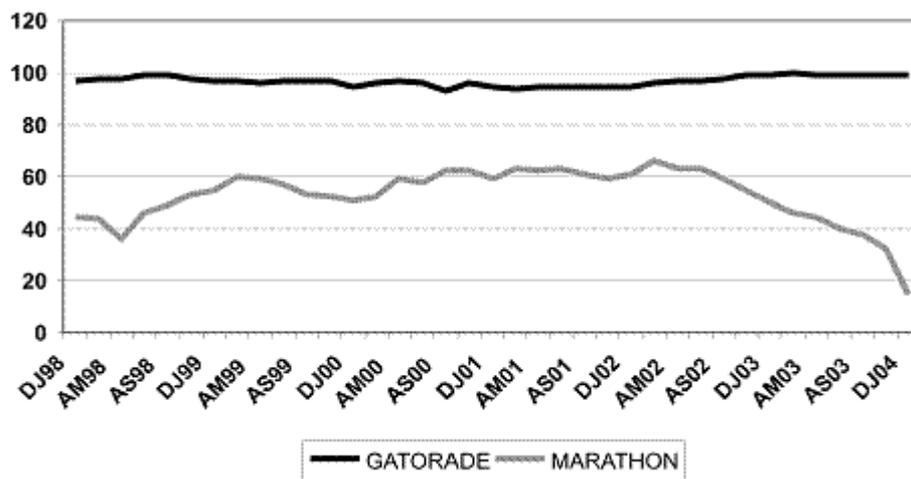


Fonte: Ac Nielsen.

Apesar de restar clara a estratégia da CBB de retirar o Marathon do mercado, é preciso avaliar seus impactos em termos de bem-estar social, ou mais especificamente, do resultado sobre o consumidor – que deve ser o norte da análise antitruste. É fato que existe um custo para a empresa manter duas marcas do mesmo produto; afinal, é preciso que sejam feitos investimentos em ambas para atender, em tese, os mesmos consumidores. Nessa linha, seria preciso que houvesse incentivos do mercado para que uma empresa mantenha tal estratégia. No entanto, os dados de mercado apresentados mostram que a demanda tem caído para a categoria de isotônicos. Ademais, como indicam os cálculos de elasticidades-cruzadas, existe um elevado grau de fidelidade à marca Gatorade. Como já destacado, a demanda pelo Marathon é mais sensível a variações no preço do Gatorade do que a variações do seu próprio preço. Assim, do ponto de vista da produção, não resta dúvidas de que a estratégia ótima é ficar apenas com o Gatorade. Mas ainda é preciso analisar o impacto do ponto de vista do consumidor. Nesse sentido, o único argumento que poderia ser levantado nesse caso seria o de que o consumidor perdeu uma alternativa de escolha. Entretanto, apesar da participação reduzida, ainda permanecem outras marcas de isotônicos no mercado. O fato é que essas outras marcas não têm, ou não tiveram, o investimento capitaneado ao longo dos anos para crescer até algo em torno de 10% de mercado. Ademais, entendo que a estratégia adotada pelas requerentes parece ser uma resposta às próprias preferências dos consumidores.

Por sua vez, o Gráfico 6 da distribuição ponderada corrobora a tese de que mesmo as vendas da marca líder vêm perdendo força na sua comercialização. Embora, a distribuição numérica tenha aumentado, a ponderada se manteve mais ou menos no mesmo patamar. Isto significa que apesar de um esforço da CBB para aumentar a capilaridade de sua distribuição, as vendas não responderam na mesma intensidade.

**GRÁFICO 6**  
**Distribuição Ponderada de Isotônicos**



Fonte: Ac Nielsen.

Em outras palavras, apesar de ter aumentado o número de estabelecimentos em que o Gatorade está presente, em termos de valor, o produto permaneceu mais ou menos no mesmo patamar. Isso apesar de ter passado a ser distribuído pela Ambev, cuja estrutura é considerável, como todos conhecem.

O que resta saber, nesse caso, é como sopesar o resultado obtido de uma análise clássica, contida na metodologia tradicional de análise de atos de concentração utilizada pelo SBDC, com os resultados dos estudos econométricos aqui apresentados. Se observarmos pelo ponto de vista do modelo econométrico, deveríamos puramente aprovar a operação – ainda mais se considerada a evolução dos preços dos isotônicos após a operação. Entretanto, existem outras questões contidas nos votos dos conselheiros que me antecederam que não me permitem votar pela simples aprovação. A meu ver, dado o elevado grau de concentração nesse mercado, seria prudente que este Conselho decida pela alienação da marca Marathon, em que pese o efeito limitado que esta opção teria na estrutura atual desse mercado. Tal decisão teria duas vantagens. Em primeiro lugar, manteria uma opção de escolha a mais para o consumidor. Na linha da argumentação das requerentes, a manutenção das duas marcas em um único canal de distribuição faria com que a marca mais fraca acabasse naturalmente se extinguindo. Em segundo, não representaria um ônus excessivo para as empresas requerentes, mesmo porque, o que se observa é uma estratégia clara de não priorizar a marca a ser alienada.

Diante do quanto foi exposto, voto pela alienação da marca Marathon.

É o voto,

Brasília, 14 de julho de 2004.

**Cleveland Prates Teixeira**  
Conselheiro do CADE

## TERMO DE COMPROMISSO DE DESEMPENHO

### PRESTADO POR:

Companhia de Bebidas das Américas – **AMBEV**, empresa brasileira, sediada na cidade de São Paulo, Capital, à Rua Dr. Renato Paes de Barros, nº 1017, 3º andar, parte cj. 31 e 32, Itaim Bibi, CEP 04.530-000, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.808.708/0001-07, doravante denominada **AMBEV** ou **COMPROMISSÁRIA**, neste ato representada por Maria da Graça Britto Garcia, brasileira, inscrita no CPF sob o nº 376.756.051-87 e na OAB/DF, nº 7.450, representante legal constituída nos termos da procuração anexa;

Vale dizer que a Companhia Brasileira de Bebidas – **CBB**, Requerente no Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30, foi totalmente incorporada pela Companhia de Bebidas das Américas – **AMBEV**.

### TENDO COMO INTERVENIENTE ANUENTE:

**PEPSICO INC.**, com sede na 700 Anderson Hill Road, Purchase, NY 10577, Estados Unidos da América, doravante denominada **PEPSICO** ou **INTERVENIENTE**, neste ato representada por Maria da Graça Britto Garcia, brasileira, inscrita no CPF sob o nº 376.756.051-87 e na OAB/DF, nº 7.450, representante legal constituída nos termos da procuração anexa.

**PERANTE:**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**, doravante denominado **CADE**, autarquia federal instituída pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com sede em Brasília/DF, no endereço SCN 02 Projeção C, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 00.418.993/0001-16, neste ato representado por seu presidente substituto Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, conforme disposto no inciso VII do art. 8º da Lei nº 8.884.

CONSIDERANDO a aprovação condicionada à celebração de Compromisso de Desempenho do Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30, pelo Plenário do CADE, na 326ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de julho de 2004;

A COMPROMISSÁRIA celebra o presente Termo de Compromisso, com fundamento no art. 58 da Lei nº 8.884/94, cujo teor foi devidamente aprovado pelo Plenário do Conselho na 354ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de setembro de 2005.

**DAS DEFINIÇÕES**

Para o presente Termo de Compromisso de Desempenho, os conceitos abaixo têm o significado que lhes é atribuído:

- a) MARCA: a marca MARATHON®, de propriedade da COMPROMISSÁRIA;
- b) PRODUTO: as diversas formas de apresentação do produto, embalagem e sabores do isotônico artificial que emprega a MARCA;
- c) MERCADO: mercado brasileiro de isotônicos artificiais tal como definido no voto condutor do acórdão no Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30;
- d) LEILÃO PÚBLICO: certame licitatório, com prévia e ampla divulgação pública, para oferta a terceiros interessados na MARCA;
- e) ADQUIRENTE: empresa vencedora do LEILÃO PÚBLICO, que não detenha participação acionária ou qualquer outro vínculo societário, ainda que minoritário, com a COMPROMISSÁRIA, ou com quaisquer de suas coligadas, controladas, controladoras ou associadas, ou ainda qualquer empresa ou grupo de empresas da qual a COMPROMISSÁRIA tenha participação, ainda que minoritária. A ADQUIRENTE deverá submeter-se aos termos do ANEXO I do TCD e à aprovação pelo Plenário do CADE, nos termos do §1º da subcláusula 2.9;
- f) ANEXO I: documento integrante do TCD, que dispõe acerca das obrigações da ADQUIRENTE;
- g) ATIVOS: os ativos tangíveis correspondentes ao maquinário e aos equipamentos utilizados para a fabricação do PRODUTO, de acordo com a listagem trazida aos autos do Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30 às fls. 202 a 206 do apartado confidencial, que passa a ser parte integrante deste TCD, sem prejuízo da lista elaborada pela empresa de auditoria, conforme laudo referido na cláusula 2.2, § 1º, § 2º e § 3º;
- h) REDE DE DISTRIBUIÇÃO: a rede atualmente utilizada pela COMPROMISSÁRIA para distribuição de seus produtos isotônicos artificiais, incluindo o Gatorade, no MERCADO;
- i) REMUNERAÇÃO: valor pago à COMPROMISSÁRIA pela prestação do serviço de distribuição do PRODUTO por intermédio da REDE DE DISTRIBUIÇÃO;
- j) CONTRATO VINCULANTE: instrumento contratual a ser firmado entre a COMPROMISSÁRIA e a ADQUIRENTE, relativo à alienação da MARCA e dos ATIVOS, estes últimos a critério da ADQUIRENTE.
- k) EFETIVA ENTRADA: a efetiva entrada da ADQUIRENTE no MERCADO ocorrerá quando o PRODUTO estiver disponível para o consumidor final no ponto de venda.

**DO OBJETO**

**Cláusula Primeira**: O presente Termo de Compromisso de Desempenho é parte integrante da decisão adotada pelo Plenário do CADE no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30 e tem por objeto, consoante o art. 58 da Lei nº 8.884/94, preservar, nos termos da decisão Plenária, as condições de concorrência no mercado nacional de isotônicos artificiais.

**DAS OBRIGAÇÕES DA COMPROMISSÁRIA**

**Cláusula Segunda**: A COMPROMISSÁRIA deverá alienar todos e quaisquer registros, pedidos e direitos inerentes à MARCA e suas extensões, assim como todos os demais elementos de propriedade intelectual, relativos a esse signo distintivo.

**2.1.** A alienação que se refere a cláusula segunda acima deverá se dar por meio de um LEILÃO PÚBLICO, para empresa que não detenha, direta ou indiretamente, por meio de suas coligadas, controladas, controladoras ou associadas, participação societária, mesmo que minoritária, com a COMPROMISSÁRIA.

**2.2.** Fica a critério da ADQUIRENTE a opção de aquisição dos ATIVOS.

**§ 1º** A opção de que trata esta cláusula deverá ser exercida pela ADQUIRENTE no momento em que esta for declarada a vencedora do LEILÃO PÚBLICO, devendo o preço dos ATIVOS ser estabelecido de acordo com o laudo técnico abaixo mencionado.

**§ 2º** A COMPROMISSÁRIA deverá auditar o valor dos ATIVOS, bem como atestar que estes se encontram em bom estado de conservação e utilização, por meio de laudo técnico, que deverá ser encaminhado ao CADE previamente à realização do LEILÃO PÚBLICO.

**§ 3º** O referido laudo deve ser elaborado por empresa de auditoria independente, que não preste serviço direta ou indiretamente, para a COMPROMISSÁRIA ou qualquer empresa que com ela tenha relação direta ou indireta, por meio de suas controladoras, coligadas, controladas, ou associadas, às expensas da COMPROMISSÁRIA e deverá constar como Anexo II ao presente Termo.

**2.3.** Fica também a critério da ADQUIRENTE a utilização da REDE DE DISTRIBUIÇÃO, o que se facultará por um prazo máximo de 6 (seis) meses, a partir da primeira distribuição realizada pela COMPROMISSÁRIA.

**2.4.** Na hipótese da ADQUIRENTE optar pela utilização da REDE DE DISTRIBUIÇÃO, nos termos da subcláusula 2.3, a COMPROMISSÁRIA deverá disponibilizar-lhe a REDE DE DISTRIBUIÇÃO com igualdade de condições em todos os aspectos da distribuição, bem como a oferta de seu PRODUTO a todos os pontos de venda do MERCADO servidos pela REDE DE DISTRIBUIÇÃO.

**§ 1º** Pelo uso da REDE DE DISTRIBUIÇÃO, a ADQUIRENTE pagará à COMPROMISSÁRIA a REMUNERAÇÃO, a ser estabelecida mediante laudo técnico, que deverá ser encaminhado ao CADE previamente à realização do LEILÃO PÚBLICO, e deverá constar como Anexo III ao presente Termo.

**§ 2º** O referido laudo deve ser elaborado por empresa de auditoria independente, que não preste serviço, direta ou indiretamente, para a COMPROMISSÁRIA ou qualquer empresa que com ela tenha relação direta ou indireta, por meio de suas controladoras, coligadas, controladas, ou associadas, às expensas da COMPROMISSÁRIA e deverá constar como Anexo III ao presente Termo.

**2.5.** A COMPROMISSÁRIA deverá elaborar um Edital para a realização do LEILÃO PÚBLICO da MARCA, a ser publicado com o intuito de convocar eventuais adquirentes, e submetê-lo à aprovação do CADE, ao qual deverá estar anexado o presente TCD, juntamente com seu ANEXO I, II e III, e cujo conteúdo deverá obrigatoriamente explicitar as seguintes disposições:

**I.** Que fica a critério da empresa vencedora do LEILÃO PÚBLICO a opção de aquisição dos ATIVOS usados na fabricação do PRODUTO;

**II.** Uma relação (lista) dos ATIVOS empregados na fabricação do PRODUTO e os seus valores, conforme laudo auditado nos termos do § 1º, do § 2º e do § 3º da subcláusula 2.2;

**III.** Que se faculta à empresa vencedora do LEILÃO PÚBLICO a utilização da REDE DE DISTRIBUIÇÃO da alienante pelo prazo de 6 (seis) meses, a partir da primeira distribuição realizada pela alienante;

**IV.** Que a empresa ADQUIRENTE estará vinculada às obrigações constantes do presente Termo de Compromisso de Desempenho, naquilo que lhe couber, bem como de seu ANEXO I.

**V.** Que a empresa ADQUIRENTE deverá assumir o compromisso de efetivamente entrar no mercado, nos termos do § 1º, § 2º e § 3º da subcláusula 1.2 do ANEXO I, em um prazo máximo de 6 (seis) meses, a contar da assinatura do CONTRATO VINCULANTE

**VI.** Que o CADE irá monitorar a entrada da ADQUIRENTE no mercado, nos termos do ANEXO I;

**VII.** Que a ADQUIRENTE deverá apresentar-se ao CADE, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após a realização do LEILÃO PÚBLICO, para a assinatura de declaração, por intermédio da qual esta se vinculará ao cumprimento das obrigações dispostas no ANEXO I.

**2.6.** O Edital a que se refere a subcláusula 2.5 deverá ser encaminhado pela COMPROMISSÁRIA à Comissão de Acompanhamentos de Decisões do CADE (CAD-CADE) para referendo do Plenário, juntamente com um cronograma de atividades para a alienação da MARCA, no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona.

**2.7.** A COMPROMISSÁRIA providenciará, às suas expensas, publicação do Edital a que se refere a subcláusula 2.5, uma vez por semana, por duas semanas consecutivas, em ¼ de página de jornal de grande circulação nacional, em seu primeiro caderno, no prazo máximo de 30 (trinta) dias a contar da sua homologação pelo Plenário do CADE.

**2.8.** Não poderá haver, no LEILÃO PÚBLICO, lance mínimo para o valor da MARCA.

**2.9.** A COMPROMISSÁRIA deverá, no prazo de 3 (três) meses a contar da publicação de que trata a Cláusula Nona deste TCD, firmar CONTRATO VINCULANTE com a ADQUIRENTE, relativo à alienação da MARCA, dos ATIVOS e da utilização da REDE DE DISTRIBUIÇÃO, estes dois últimos no caso da ADQUIRENTE exercer a opção de que tratam os § 1º, § 2º e § 3º da subcláusula 2.2 e os § 1º, § 2º da subcláusula 2.4.

**§ 1º** A COMPROMISSÁRIA deverá submeter o nome da vencedora do LEILÃO PÚBLICO à aprovação do Plenário do CADE, no prazo máximo de 15 dias após sua realização.

**§ 2º** Uma minuta do CONTRATO VINCULANTE deverá ser encaminhada ao CADE no prazo de 30 dias após a realização do LEILÃO PÚBLICO.

**2.10.** Caso não se efetive a alienação da MARCA no prazo estabelecido na subcláusula 2.9, o CADE reverá, por no máximo três vezes, as condições do LEILÃO PÚBLICO, de modo que a COMPROMISSÁRIA cumpra a obrigação prevista na Cláusula Segunda.

**Parágrafo único:** Se mesmo após as revisões pelo CADE não for efetivada a alienação da MARCA, a COMPROMISSÁRIA deverá detalhar os motivos que a impediram de aliená-la e o Plenário do Conselho deliberará acerca da matéria.

## DA RESPONSABILIDADE

**Cláusula Terceira** : A COMPROMISSÁRIA assume seus respectivos compromissos aqui estabelecidos, em seu nome e no de suas controladas, dando-lhes, para tanto, ciência do inteiro teor do presente Termo de Compromisso de Desempenho e de seus respectivos Anexos.

## DAS ALTERAÇÕES

**Cláusula Quarta** : Poderá ser pleiteada qualquer alteração ao presente Termo de Compromisso, desde que justificadamente, de forma a complementar, acrescentar ou modificar cláusulas e condições que exijam revisão ou emenda, o que deverá ser previamente aprovado pelo Plenário do CADE.

## DA FISCALIZAÇÃO DO COMPROMISSO

**Cláusula Quinta** : O CADE fiscalizará o cumprimento do presente TCD, nos termos do art. 47 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com a nova redação que lhe foi dada pelo art. 78 da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995.

**5.1.** As informações e os documentos solicitados no âmbito deste Termo de Compromisso deverão ser protocolados no CADE, em envelope fechado, endereçado à Presidência do CADE, sendo assegurado o sigilo em seu recebimento e guarda, nos termos do art. 10 do Regimento Interno do CADE (Resolução nº 12).

## DAS PENALIDADES

**Cláusula Sexta** : Nos termos do acórdão publicado no Diário Oficial da União em 18/02/2005, no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30, o descumprimento de quaisquer obrigações assumidas neste Termo prevê que a decisão do CADE seja executada judicialmente em conformidade com os arts. 60 e 68 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive multa diária de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), a qual poderá ser aumentada, consoante o art. 25 da Lei nº 8.884/94, sem prejuízo, ainda, de revisão do mencionado Ato de Concentração, conforme art. 55 da Lei nº 8.884/94.

**6.1.** A recusa, omissão, enganiosidade ou retardamento injustificado na entrega de informações ao CADE, na forma estabelecida neste Termo, ou de informações adicionais solicitadas pelo Conselho, sujeitará a COMPROMISSÁRIA à multa mínima diária de R\$ 6.384,60 (seis mil e trezentos e oitenta e quatro reais e sessenta centavos), nos termos do art. 26 da Lei nº 8.884/94.

## DAS DENÚNCIAS DE DESCUMPRIMENTO

**Cláusula Sétima** : Durante e após o período de vigência do presente TCD qualquer denúncia versando sobre o descumprimento das obrigações ora avençadas pelas COMPROMISSÁRIAS será apurada com observância do devido processo legal, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

## DA DURAÇÃO DO TERMO

**Cláusula Oitava** : As obrigações pactuadas neste Termo de Compromisso de Desempenho serão extintas quando o CADE julgar cumprida a alienação prevista na Cláusula Segunda.

**8.1.** O Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30 será arquivado somente com a extinção total das obrigações constantes do presente Termo, bem como de seu ANEXO I.

## DA PUBLICAÇÃO

**Cláusula Nona** : A celebração deste Termo de Compromisso de Desempenho será tornada pública mediante divulgação do seu extrato no Diário Oficial da União.

E assim, por estarem justas e de acordo, assinam as partes o presente instrumento em três vias de igual teor e forma, na presença das duas testemunhas abaixo:

Brasília, 23 de setembro de 2005.

## CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

P. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

### COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS (AMBEV)

P. Maria da Graça Britto Garcia

### PEPSICO INC.

P. Maria da Graça Britto Garcia

#### Testemunhas:

1) \_\_\_\_\_ 2) \_\_\_\_\_

Nome:

Nome:

RG:

RG:

CPF:

CPF:

## ANEXO I

CONSIDERANDO que a vencedora do LEILÃO PÚBLICO, de que trata o Termo de Compromisso de Desempenho firmado no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30, deverá assumir perante o CADE obrigações das quais já teve ciência antes da participação no LEILÃO PÚBLICO, por intermédio de seu Edital;

A ADQUIRENTE assume os seguintes termos:

**Cláusula Primeira** : das obrigações da adquirente:

**1.1.** A ADQUIRENTE deverá apresentar-se ao CADE, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após a realização do LEILÃO PÚBLICO, para assinatura de declaração que a vinculará ao cumprimento das obrigações dispostas no presente ANEXO I.

**1.2.** A ADQUIRENTE assume o compromisso de efetivamente entrar no mercado no prazo máximo de 6 (seis meses) contados da assinatura do CONTRATO VINCULANTE, sob pena de multa diária no valor de R\$ 5.320,50 (cinco mil trezentos e vinte reais e cinquenta centavos).

**§ 1º** Para a demonstração da atuação da ADQUIRENTE no mercado, esta se compromete a entregar ao CADE 2 (dois) relatórios. O primeiro deverá ser entregue em até 3 (três) meses a contar da assinatura do CONTRATO VINCULANTE e deve conter um cronograma das intenções de atuação da ADQUIRENTE no MERCADO. O segundo relatório deverá ser entregue no prazo de 1 ano, a contar da assinatura do CONTRATO VINCULANTE, contendo uma descrição de suas atividades durante o período.

**§ 2º** Aos relatórios será assegurado, sempre que cabível, seu estrito sigilo, nos termos do art. 10 do Regimento Interno do CADE (Resolução nº 12).

**§ 3º** O CADE poderá, enquanto da vigência do ANEXO I, solicitar informações adicionais para o acompanhamento do cumprimento das obrigações, estando a ADQUIRENTE sujeita aos termos do art. 26 da Lei nº 8.884/94.

## DA ALTERAÇÃO

**Cláusula Segunda** : A qualquer tempo, a ADQUIRENTE poderá pleitear junto ao CADE modificações, revisões ou emendas no presente Anexo, que serão apreciadas pelo Plenário do CADE.

**2.1.** Caso a ADQUIRENTE queira alienar a MARCA durante o prazo de vigência do presente, a operação necessitará da prévia aprovação deste Conselho.

## DA DURAÇÃO

**Cláusula Terceira** : O presente Anexo terá validade de 1 (um) ano, a contar da assinatura da declaração mencionada na subcláusula 2.5, item VII, do Termo de Compromisso de Desempenho.

**3.1.** Após a entrega dos relatórios a que se refere o § 1º da subcláusula 1.2 do presente Anexo, a Presidência do CADE se manifestará sobre o cumprimento das obrigações da ADQUIRENTE, por meio de Nota Técnica submetida ao Plenário, que, as julgando adimplidas, determinará o arquivamento do presente Anexo I, juntamente com o Termo de Compromisso de

Desempenho e o Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30.

Este documento é parte integrante do TCD assinado entre AMBEV e o CADE, tendo como Interveniente Anuente a PEPSICO.