



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

ENRIQUE ARAUJO PAIM

**DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO DE PRODUÇÃO DE
CERVEJAS BRASILEIRO: Estudo de caso do Programa “Tô Contigo”, julgado
pelo CADE (2009).**

**BRASÍLIA
2021**

ENRIQUE ARAUJO PAIM

**DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO DE PRODUÇÃO DE
CERVEJAS BRASILEIRO: Estudo de caso do Programa “Tô Contigo”, julgado
pelo CADE (2009).**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/Bacharel em Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Gustavo Ferreira
Ribeiro

**BRASÍLIA
2021**

ENRIQUE ARAUJO PAIM

**DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO DE PRODUÇÃO DE
CERVEJAS BRASILEIRO:** Estudo de caso do Programa “Tô Contigo”, julgado
pelo CADE (2009).

Artigo científico apresentado como
requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito pela
Faculdade de Ciências Jurídicas e
Sociais - FAJS do Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Gustavo Ferreira
Ribeiro

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

**DIREITO CONCORRENCIAL E O MERCADO DE PRODUÇÃO DE
CERVEJAS BRASILEIRO: Estudo de caso do Programa “Tô Contigo”, julgado
pelo CADE (2009).**

Enrique Araujo Paim

RESUMO

O presente estudo pretendeu analisar o mercado de produção de cervejas brasileiro à luz do Direito Antitruste. Mais especificamente, foi realizado estudo de caso do processo julgado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) envolvendo a prática de programa de fidelidade denominado “Tô Contigo” por parte da Ambev, uma das maiores empresas do segmento do mundo. A partir disso, se demonstra a importância do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e da decisão do processo estudado no desenvolvimento do mercado, principalmente para pequenos e médios produtores.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Mercado de Cervejas Brasileiro. Programa “Tô Contigo”. CADE.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O Mercado de cervejas nacional. 2.1. Apresentação e dados sobre o mercado. 2.2. Parcela de mercado ocupada pelos agentes. 2.3. Características do oligopólio cervejeiro. 2.4. Método de constatação do poder de mercado. 2.5. Relatos de profissionais da área. 3. O programa “Tô Contigo”. 3.1. Dos requisitos formais para participação do programa. 3.2. Dos requisitos informais para participação do programa. 4. Processo no CADE. 4.1. Conclusões Finais do Conselho. 4.2. Infrações cometidas. 4.3. Condenação. 5. Considerações Finais.

1. INTRODUÇÃO

Ao estudar o ordenamento jurídico brasileiro e a Constituição Federal, é clara a preocupação voltada à ordem econômica fundada no trabalho humano e à livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹.

Neste contexto, o trabalho analisa a dinâmica econômica do mercado de produção de cervejas brasileiro sob a luz do Direito Antitruste. Mais especificamente, foi realizado um estudo de caso do processo que envolveu a implantação do programa de fidelidade “Tô Contigo” pela Ambev, a maior empresa do segmento em âmbito nacional.

O objetivo do estudo é evidenciar, principalmente, a importância do Direito Antitruste e da decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no processo estudado para o desenvolvimento de pequenos e médios produtores de cerveja artesanal. Bem como expor os efeitos do acúmulo de poder econômico por meio de condutas anticompetitivas.

Para tanto, a metodologia usada se baseou no estudo de dados do setor cervejeiro, bem como no estudo do processo julgado pelo CADE (Processo nº 08012.003805/2004-10), e principais autores em Direito Concorrencial além de entrevistas com profissionais do mercado².

A primeira sessão do trabalho é reservada à análise das características do mercado de cervejas, apresentando principalmente as posições ocupadas por grandes, médios e pequenos produtores e suas dinâmicas. A segunda sessão se dedica à apresentação do programa de fidelidade e como funcionava a dinâmica de vinculação da empresa com os pontos de venda. A terceira sessão analisa o processo julgado pelo CADE e a decisão condenatória. Na última

¹ Artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. Para outros casos, leia-se: MARTINS, Ciro Silva; DOS SANTOS, Laura Soares Miranda. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020.

sessão são apresentadas as considerações finais destacando a importância do CADE para o desenvolvimento do mercado de cervejas artesanais.

2. O MERCADO DE CERVEJA NACIONAL.

2.1. APRESENTAÇÃO E DADOS SOBRE O MERCADO.

O mercado de cerveja nacional vem passando por um interessante fenômeno durante as duas últimas décadas: a grande disseminação de pequenos e médios produtores de cerveja. De acordo com o Anuário da Cerveja, publicado pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), o Brasil contava com apenas 40 cervejarias no ano 2000. Já em 2020, foi atingido o número de 1.383 cervejarias, sendo também o primeiro ano em que cada Unidade da Federação passou a contar com ao menos uma cervejaria, a partir do registro da primeira cervejaria no Acre³.

Com relação a 2019, em 2020 houve um crescimento de 14,4% no número de registros de fábricas pelo MAPA, mesmo levando em conta fatores desestimulantes, como a insegurança jurídica e a atual pandemia causada pelo novo coronavírus⁴. Esse dado mostra que, mesmo em um momento de instabilidade econômica, os investimentos no Setor continuaram a ser crescentes.



³ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Anuário da cerveja: 2019. Brasília: MAPA/SDA, 2020. p. 8.

⁴ Ibidem. p. 9.

Imagem 1: Número de cervejarias registradas no Brasil

Fonte: <https://catalisi.com.br/o-numero-de-cervejarias-registradas-no-brasil-em-2020-com-infografico/>

Atualmente, as regiões Sul e Sudeste concentram o maior número de cervejarias, onde se encontram 85,6% destes estabelecimentos, sendo São Paulo a unidade federativa com maior número de fábricas, 285 até o momento. Porém, apesar da concentração nestes polos regionais, a região Nordeste foi destaque no número de registros de novos empreendimentos em 2020, tendo um crescimento de 41,4% em relação ao ano anterior. Estados como o Piauí obtiveram crescimento de 200%; Paraíba, 60% e Distrito Federal, 37,5%. Estes dados revelam que a realidade de crescimento se estende por todo o território nacional⁵.

O número de municípios que contam com cervejarias igualmente cresceu em 2020, chegando a 609 municípios, 5% a mais que no ano anterior. A densidade cervejeira chegou ao nível nacional de 153 mil habitantes por cervejaria⁶.

O ano de 2020 foi o primeiro a apresentar uma queda no número de registros de novos produtos desde 2008, 15% a menos que no ano anterior, impacto causado principalmente pela pandemia. Contudo, foram registrados 8.459 novos produtos brasileiros no Mercado, ultrapassando o número total de 33.963 registros de cervejas em território nacional. Em média, o país tem o registro de 24 novos produtos por cervejaria⁷.

A expansão das pequenas e médias cervejarias artesanais pode ser justificada pelo fato de os produtos oferecidos pelas grandes empresas apresentarem pouca diversificação. Apesar da presença de diversas marcas oferecidas por diferentes empresas, as cervejas vendidas em massa apresentavam pouca variabilidade entre si, em seus aspectos sensoriais (olfativo e gustativo). Um número significativo de consumidores também considera as bebidas oferecidas pelas Grandes Marcas como “insossas” e “repetitivas”. Movidos por esta constatação, este grupo passa a investir neste setor de

⁵ BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Anuário da cerveja: 2019. Brasília: MAPA/SDA, 2020. p. 9.

⁶ Ibidem. p. 11.

⁷ Ibidem. p. 13.

fabricação artesanal, motivado pelo redescobrimto da chamada “cerveja de verdade”⁸.

2.2. PARCELA DE MERCADO OCUPADA PELOS AGENTES.

Apesar dos números expostos na seção anterior apresentarem constante crescimento na última década, com atenção para os denominados produtores artesanais, a realidade é que o setor cervejeiro, assim como outros ramos fabris, também é alvo de uma tendência mundial: a concentração de mercado na mão de poucos agentes econômicos.

Essa tendência é, na verdade, um fenômeno histórico enfrentado pelo Brasil desde sua formação, e que traz, como consequência, o fato de sermos um dos países com pior distribuição de renda no mundo, segundo Salomão Filho:

“Nossa relação com os monopólios é simbiótica desde a colônia. De lá até agora, a desproporção de poder entre monopolistas e o resto da sociedade foi de tal porte a moldar a sociedade brasileira. Da economia, do Estado e da sociedade organizada em torno dos monopólios no Brasil colonial, passando aos governos formados por oligopólios (república café com leite) no Brasil independente, até os planos desenvolvimentos alicerçados ou em indústrias oligopolizadas ou monopolizadas (da indústria automobilista dos anos 50 e 60 do século XX aos campeões nacionais das primeiras décadas do século XXI), tudo intermediado por relevantes fases de neoliberalismo em que a não interferência do Estado e as privatizações permitiram ao monopólios expandir-se e operar livremente, a sociedade e o Estado brasileiros parecem não conseguir deles se desprender.”⁹

Verifica-se que, do total de 1.383 cervejarias com registro ativo, 96% são representadas por fábricas pertencentes a marcas independentes. Os outros 4% pertencem a grandes grupos do setor. A cada 100 cervejarias registradas, duas pertencem ao Grupo Ambev, uma ao Grupo Heineken e uma ao Grupo Petrópolis. Já quando se trata do volume de produção, de acordo com estimativas da CervBrasil, ocorre exatamente o inverso, 96% do total de litros produzidos vem destes três grandes grupos¹⁰.

⁸ Oliver, Garrett. A mesa do mestre-cervejeiro: descobrindo os prazeres da cerveja e das comidas verdadeiras / Garrett Oliver; com fotografias de Denny Tillman; tradução de Anthony Cleaver. – São Paulo: Editora Senac, 2012. p. 71.

⁹ FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. p. 485

¹⁰ FREITAS, Carlos Felipe. O número de cervejarias registradas no Brasil em 2020 (com infográfico). Catalise, 2021. Disponível em: <<https://catalisi.com.br/o-numero-de-cervejarias-registradas-no-brasil-em-2020-com-infografico/>>. Acesso em: Setembro de 2021.

De acordo com o Market Share do mercado cervejeiro, publicado pelo site Valor Econômico, no exercício de 2019, a participação no mercado em volume do Grupo Ambev foi de 59.4%, seguido do Grupo Heineken com 20.98% e do Grupo Petrópolis com 15.18%, e apenas 4.5% correspondem a quota de marcas independentes¹¹.

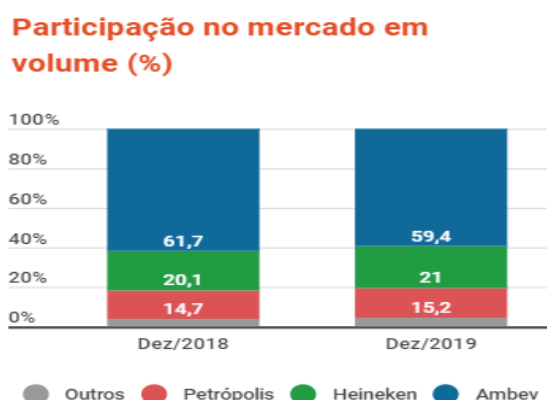


Imagem 2: Participação no mercado em volume (%) em 2019

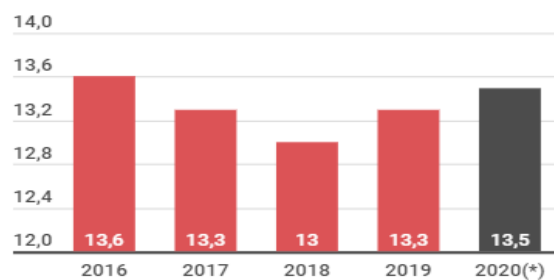
Fonte: <https://catalisi.com.br/infografico-market-share-do-mercado-de-cerveja-no-brasil-em2019/>

Ou seja, dos 13.3 bilhões de litros de cerveja vendidos no Brasil em 2019, aproximadamente 8 bilhões de litros foram vendidos pelo Grupo Ambev, 2.8 bilhões de litros pelo Grupo Heineken e 2 bilhões de litros pelo Grupo Petrópolis enquanto todas as demais marcas independentes venderam apenas 0,5 bilhão de litros¹².

¹¹ FREITAS, Carlos Felipe. Infográfico: Market share de vendas de cerveja no Brasil em 2019. Catalise, 2021. Disponível em: < <https://catalisi.com.br/infografico-market-share-do-mercado-de-cerveja-no-brasil-em-2019/>>. Acesso em: Setembro de 2021.

¹² Ibidem.

Vendas de cerveja em bilhões de litros



(*) Dados estimados

Imagem 3: Vendas de cerveja em bilhões de litros em 2019

Fonte: <https://catalisi.com.br/infografico-market-share-do-mercado-de-cerveja-no-brasil-em2019/>

Verifica-se então que apenas três grupos detêm a maior parcela de participação no mercado, destacando-se o Grupo Ambev.

2.3. CARACTERÍSTICAS DO OLIGOPÓLIO CERVEJEIRO.

As informações dispostas anteriormente permitem afirmar que o mercado cervejeiro nacional se organiza em uma estrutura de oligopólio, no qual poucas empresas detêm a maior parcela do mercado, mas a presença de empresas marginais passa a ser cada vez mais comum, ocupando relevante fatia do mercado.

Neste tipo de mercado, a concorrência ocorre principalmente pela diferenciação e não somente pelo fator preço, os esforços se concentram na realização de campanhas publicitárias, na comercialização e no desenvolvimento de pesquisas a fim de criar novos produtos¹³.

As empresas líderes do Mercado aplicam o que foi apelidado de “economia de escala”, em um processo que consiste em acumulação de capitais (inclusive capitais de empresas menores, por meio da aquisição destas). Mais especificamente, as empresas de grande porte, por meio da concentração de capital, passam a aumentar sua produção ao passo que conseguem diminuir o custo unitário do produto. Isto ocorre pelo investimento tecnológico, reorientação

¹³ FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. p. 154.

e, principalmente, pelo enxugamento dos processos produtivos dentro das fábricas¹⁴.

O resultado deste processo é uma maior eficiência da empresa líder, possibilitando que o custo unitário de seu produto seja menor do que o da pequena empresa, eliminando assim chances justas de concorrência em relação ao preço, especificamente. No mercado brasileiro, a Ambev realiza tal prática em uma de suas marcas, a Antarctica. Este rótulo corresponde ao menor preço praticado pela empresa, que em muitas regiões do país é vendida abaixo do preço de quaisquer outras concorrentes, inclusive locais¹⁵.

A aquisição de pequenas e médias cervejarias se justifica, igualmente, pelo objetivo das grandes empresas em investir em diferenciação de produtos. Observamos que, os fabricantes de cerveja artesanal se caracterizam principalmente pela inovação, contudo este único fator não é capaz de mantê-los competitivamente no mercado, tampouco concorrer com as grandes marcas. Desta forma, as mega empresas de bebidas passam a se inserir no ramo de cervejas especiais, aumentando a variedade e diferenciação de produtos, estratégia de capital essencial para a concorrência em um oligopólio diferenciado¹⁶.

Além disso, a partir do momento de aquisição, a empresa líder se depara com um ambiente de clientes e uma rede de distribuição já estabelecidos, podendo utilizar de seu grande capital para otimizar a produção e dos contratos exclusivos de vendas para escoamento dos produtos.

Exemplos clássicos desta nova estratégia adotada pelas grandes empresas foi a aquisição pela Ambev, em 2015, da Cervejaria Wals, de Belo Horizonte/MG e da marca Colorado, de Ribeirão Preto/SP.

O acúmulo de capital gera vantagens econômicas com relação à aquisição de matérias-primas. As empresas líderes compram em grande quantidade, possuindo enorme poder de barganha e, em casos como o da Ambev, a própria empresa possui duas maltarias nacionais, fundamentais para a produção de cerveja em larga escala: a Maltaria Navegantes, localizada em

¹⁴ SOUZA, Letícia Cristina Mesquita; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A CONCENTRAÇÃO NO SETOR DE BEBIDAS FRIAS. Revista de Defesa da Concorrência, 2019. p. 10

¹⁵ Ibidem. p 12.

¹⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHA, Weimar Freire. Concorrência e tributação no setor de bebidas frias. 1ª edição. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011. p.20.

Porto Alegre/RS, com potencial para produzir 122 mil toneladas de malte, e a Maltaria Passo Fundo/RS. Além disso, a multinacional possui outras quatro maltarias localizadas no Uruguai e Argentina. Juntas, essas seis produzem mais de 74 mil toneladas de malte por mês¹⁷.

2.4. MÉTODO DE CONSTATAÇÃO DO PODER DE MERCADO.

De acordo com a teoria Neoclássica, o poder de mercado, basicamente, se define quando um agente ou grupo de agentes, unilateralmente, é capaz de controlar preços através do controle de oferta de um determinado bem ou serviço. Nesta forma, o conceito de poder de mercado se iguala à simples capacidade de aumentar preços, em uma visão que leva em conta apenas a preocupação com o bem-estar do consumidor¹⁸.

Este ponto de vista encontra-se superado. Atualmente, para o Direito Concorrencial, a importância reside nas manifestações do poder e não em sua definição. Para tanto, foi desenvolvido um método teórico de acesso e medição do poder de mercado. Tal método é adotado pelo sistema jurídico brasileiro, conforme observa-se o disposto no art. 36, § 2º, da Lei Concorrencial (Lei 12.529/2011):

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.¹⁹

¹⁷ AMBEV VAI CONSTRUIR A MAIOR MALTARIA DO PAÍS NO RIO GRANDE DO SUL. Exame. Disponível em < <https://exame.com/negocios/ambev-vai-construir-a-maior-maltaria-do-pais-no-rio-grande-do-sul-m0162587/>>. Acesso em Outubro de 2021.

¹⁸ FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. p. 114.

¹⁹ Art. 36, § 2º, da Lei 12.529/2011

São levados em conta a definição do “mercado relevante”, mencionado pelo artigo acima citado, e o percentual de participação do agente no mercado estudado para a medição de seu poder econômico.

Para se definir o mercado relevante, são estabelecidos primeiramente aspectos geográficos e limites do produto, ou seja, para esta constatação é necessário o estudo hipotético das regiões englobadas por um produto “X” e possíveis produtos “Y ou Z” que possam vir a substituí-lo em caso de aumento exacerbado de preço, fazendo com que consumidores optem por diferentes opções²⁰.

Com relação ao percentual de participação do agente no mercado, a Medida Provisória Nº 542 de 1994 estabeleceu uma porcentagem de 20% de concentração para que se caracterize a manifestação de poder de mercado. Este critério se revela ineficaz para tal caracterização, e ainda não é capaz de diferenciar monopólios de oligopólios. Dessa forma, é preciso uma minuciosa análise estrutural de cada setor, levando em conta suas particularidades para que se identifique os reais casos de poder. Para Salomão, a definição deste critério meramente objetivo é uma das maiores omissões da Lei 12.529 de 2011²¹.

É clara a manifestação do poder econômico das grandes cervejarias nacionais, ao observar os dados de 2019 acima mencionados, utilizando-se do método descrito.

Porém, é de grande importância destacar que para o ordenamento jurídico brasileiro a “simples” concentração de poder econômico não pode ser considerada ilícito. Para que o Estado venha a interferir nas dinâmicas de mercado é necessário que uma empresa em posição dominante abuse de seu poder para atingir vantagens que venham a prejudicar a livre concorrência e o bem-estar social.

Uma das formas de abuso de posição dominante é a tentativa de controle dos pontos de venda e distribuição. Em janeiro de 2004, a AmBev lançou um programa de relacionamento denominado “Tô Contigo” que foi caracterizado como conduta abusiva segundo a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

²⁰ FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. p. 126.

²¹ FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021. p. 126.

2.5. RELATOS DE PROFISSIONAIS DA ÁREA²²

Visto o potencial e crescente importância do setor artesanal, o presente trabalho buscou a experiência de profissionais do ramo no Distrito Federal. Para tanto foi realizada entrevista com técnicos fabris de uma cervejaria de destaque no Centro-Oeste. As perguntas elaboradas visaram basicamente questionar se a concorrência com as grandes empresas e marcas realmente impacta nas atividades de pequenas e médias cervejarias, e em caso de resposta positiva, como ocorreria este impacto.

Primeiramente, um dos entrevistados, responsável pelos setores de qualidade e inovação da cervejaria, respondeu o seguinte:

"Do ponto de vista da inovação, é complicado e complexo de responder...

Logicamente, quanto menos espaço temos para expor nossos produtos enquanto cervejarias pequenas, menos pessoas estão potencialmente abertas a tomar cervejas artesanais, com estilos diferentes etc. Os contratos de exclusividade reduzem o acesso a produtos diferentes normalmente ofertados por cervejarias artesanais.

Por outro lado, é inegável que existem algumas ações promovidas pelas grandes empresas que acabaram inevitavelmente respingando nas cervejarias artesanais. Por exemplo, o caso da Skol Hops, que, querendo ou não, pautou a palavra lúpulo no cotidiano de um público que sequer sabia da existência dessa matéria prima.

Se trouxe impacto positivo para as microcervejarias independentes a médio, longo prazo, é difícil mensurar.

É muita coisa para divagar sobre esse assunto.

Outro caso que lembro é a cerveja da Colorado com goiabada (Do Leme ao Pontal) que atiçou a curiosidade de um público que ainda não tinha dimensão das possibilidades do universo da cerveja artesanal. Isso atrapalha as pequenas cervejarias? Não sei."

²² Profissionais entrevistados no período de outubro de 2021, que solicitaram não ser identificados para efeito de pesquisa.

Em seguida foi entrevistado o responsável pela comunicação da mesma cervejaria, que confirmou o impacto negativo exercido pelas grandes marcas na atividade das empresas de médio porte, inclusive dando exemplos concretos de como isso ocorre:

“Eu consigo te dar um caso real de como é predatória e desleal a presença dos grandes grupos cervejeiros no mercado: em 2020, durante o carnaval, fizemos o lançamento da lata da nossa Puro Malte. Esse formato da cerveja em lata (inérito para nós até então) foi lançado especificamente para essa data. Conseguimos colocar um preço competitivo (R\$ 10 a lata de 473ml) e fizemos o lançamento durante o carnaval. A nossa presença no espaço em questão estava previamente acordada. Não foi "do nada", encostamos ali e pronto. Foi derivada de um acordo. Nós tínhamos um stand, ponto de energia, tudo certinho.

Em menos de 48 horas, praticamente, fomos convidados a nos retirar do espaço ou a suspender a venda da cerveja Puro Malte. Razão: a Ambev, patrocinadora do evento (e que não tinha contrato de exclusividade com o No Setor, até onde sei), julgou conflitante a venda da nossa cerveja ali. Acho que na época eles estavam promovendo a Skol Puro Malte e, bom, no fim das contas, ou nós suspendíamos a venda da nossa Puro Malte, colocando outro produto (algo que não fazia sentido naquele momento, pois seria uma sabotagem ao lançamento da nossa primeira e única lata até então), ou deveríamos sair daquele carnaval.

Lembre-se de que estamos falando de empresas com capital gigantesco. Nós e a maioria das cervejarias artesanais do Brasil, em geral, não temos condições de fazer frente aos preços praticados por empresas como Heineken e Ambev (tirando este ou aquele produto de menor valor agregado, como no caso da nossa Puro Malte, por exemplo). Isso passa despercebido pela maioria dos clientes que, em última análise, são tão reféns quanto a gente nesse balaio todo, uma vez que sequer têm direito a consumir aquilo que gostariam ou poderiam gostar caso tivessem acesso, uma vez que quem acaba ditando o que deve ou não ser bebido é a própria Ambev/Heineken, percebe?

Afinal, se apenas o portfólio de uma empresa pode estar presente num estabelecimento, quão livre é a escolha do público que o frequenta?

Do ponto de vista da comunicação e das áreas que atuo mais diretamente, mais uma vez, a questão do capital investido nesses setores é absolutamente desproporcional e inatingível por grande parte das cervejarias artesanais do nosso país. Figuras públicas em publicidade, campanhas de veiculação nacional/internacional nas mais diversas mídias e suportes, patrocínio a grandes eventos (com contratos de exclusividade), agências inteiras por trás da divulgação de novos produtos ou novas marcas,

Esse tipo de coisa também acontece em menor escala, evidentemente, em festivais culturais, por exemplo, também englobados pelas grandes empresas e pela pressão de não conseguir viabilizar financeiramente esses eventos. Não é simples explicar a complexidade dessa cadeia de problemas.

Em suma, posso te dizer que o capital é a principal razão para essa concorrência desleal. Existem pequenas vitórias, claro, as artesanais têm incomodado bastante os grandes grupos (que já “sacaram” isso e estão comprando por aí algumas cervejarias), mas é uma batalha muito dura e desleal, com toda certeza. Isso sem entrar em méritos tributários, incentivos fiscais, entre outras razões de ordem financeira.”

3. O PROGRAMA “TÔ CONTIGO”.

3.1. DOS REQUISITOS FORMAIS PARA PARTICIPAÇÃO DO PROGRAMA²³.

Inicialmente, se faz necessário analisar as características do programa, isto é, as regras formais para participação descritas no folder de divulgação veiculado. Isto inclui os benefícios oferecidos aos pontos de venda (PDV's) e os meios formais de implantação, monitoramento e regulamento do programa.

Trata-se de um programa de relacionamento entre a AmBev e bares e restaurantes com o objetivo central de fidelizar estes pontos de venda por meio de um sistema de premiação equivalente a descontos no preço da caixa de

²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. fls. 48.928 – 48.934.

cerveja. Cada PDV, ao aderir ao programa, poderia acumular pontos de acordo com a quantidade de caixas de cerveja compradas. A cada caixa de cervejas 600ml um ponto era registrado.

Tais pontos poderiam ser cumulados e a qualquer momento (dentro do ano em que foram obtidos) serem trocados por uma série de prêmios. O limite máximo mensal de acúmulo era de 600 pontos, sendo um requisito mínimo para a participação a compra de 05 caixas ao mês. Dentre os prêmios oferecidos encontravam-se: isopores, mesas, cadeiras e guarda-sóis estampados com as marcas de cerveja oferecidas pela empresa, bicicletas, aparelhos de ar-condicionado, churrasqueiras, celulares, televisores, vídeo games, aparelhos de som e até mesmo motocicletas.

Se o programa se condicionasse apenas às regras acima descritas, não haveria nenhuma ofensa à concorrência. Durante o processo instaurado no CADE, pareceres e documentos favoráveis ao programa foram analisados. Tais documentos concluíam basicamente que:

- a) havia transparência;
- b) não se exigia exclusividade contratada de vendas por parte do ponto de venda;
- c) não existiu coação à preferência do produto AMBEV e não há compulsoriedade de negociação para a participação no programa;
- d) não houve imposição de produtos ou de marcas, isto é, o PDV é livre, a qualquer tempo, para comercializar marcas de cervejas concorrentes e se desligar do programa;
- e) não existiam mecanismos formais explícitos de indução endógena à exclusividade, pois não são concedidos descontos na aquisição de cervejas ou outros produtos AmBev ou a concessão de caixas de cervejas como prêmio;
- f) não houve desvantagens em termos de preço, prazos de entrega, ou desconto nos produtos entre os PDVs que participam e os que não participam do programa;
- g) não houve discriminação, pois oferece benefícios padronizados a todos os membros;

3.2. DOS REQUISITOS INFORMAIS PARA PARTICIPAÇÃO DO PROGRAMA²⁴.

Contrariando os pareceres favoráveis ao programa, as evidências colhidas pela antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) indicavam uma realidade bem diferente. A prática adotada pela AmBev não era simples programa de fidelidade por meio de bonificações aos PDV's.

Diversas evidências, entre elas depoimentos colhidos, concluíram que o programa demonstrava de maneira abrangente e irrestrita a percepção de exclusividade. Ou seja, para que pontos de venda participassem do programa era exigida, mesmo que não constasse nas regras escritas do programa, que bares e restaurantes apenas oferecessem cervejas de marcas oferecidas pela AmBev.

Ainda, em visitas realizadas pela SDE de maneira aleatória aos PDV's, demonstraram a exigência de exclusividade e, em parte dos casos, a limitação de compra de marcas rivais.

Vejamos um dos depoimentos colhidos e que constam nos autos:

“Que, para participar do programa Tô Contigo, foi exigido inicialmente do depoente que comercializasse apenas as marcas de cerveja da AMBEV. Que o depoente informou que dependia da comercialização da marca de cerveja Kaiser, para usufruir de descontos na compra de produtos Kaiser/Coca-Cola. Que depois dessa ocasião o distribuidor da AMBEV concordou que o depoente participasse do programa "Tô Contigo" com a condição de que só poderia estocar no máximo uma ou duas caixas de Kaiser" (depoimento prestado pelo Sr. Antônio de Freitas Barbosa, de Uberlândia/MG, fls. 2401 dos autos do processo administrativo de nº 08012.003805/2004-10)

Também foi colhida uma declaração escrita por Divina Maria Pereira, proprietária de um bar na cidade de Anápolis/GO:

“Eu estou no programa Tô Contigo da AMBEV, na compra de cada caixa de Skol, Antártica, Brahma e Boemia vale um ponto para concorrer a vários prêmios televisão, telefones, porta-garrafas, rádios, mesa, churrasqueira, bicicletas, guarda-sol e DVD, sendo obrigada a excluir todas as outras marcas de cervejas concorrentes e se eu pegar

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. fls. 48.935 – 48.942.

cerveja da concorrência eles aumentam o preço da minha cerveja e cortam os meus prêmios e também a AMBEV me proíbe de colocar material de propaganda da concorrente deles e a AMBEV tabela os meus preços de cervejas que eles determinam” (declaração de Divina Maria Pereira, fls. 2114 dos autos do processo administrativo de nº 08012.003805/2004-10)

Além destas evidências, foi realizada uma pesquisa pelo IBOPE que por meio de entrevistas constatou que dos PDV's participantes do programa 50% relatam a exigência de exclusividade de vendas e dentro desse número, 25% afirmam a imposição de limites para a compra de cervejas fabricadas por terceiros.

Fora verificado também que após a adesão ao programa os PDV's eram frequentemente visitados por equipes de venda da AmBev a fim de fiscalizar a venda de outras marcas de bebida e exigir exclusividade. Dentre as medidas adotadas pela empresa a fim de penalizar aqueles que não seguissem esta regra estavam ameaças verbais de desligamento do programa e até mesmo a perda de benefícios.

Esta condição de exclusividade poderia ser flexibilizada de acordo com o perfil do PDV, o que demonstra a não-linearidade do programa. Em média era exigido um share de 90% de marcas AmBev. Em outras palavras, 90% das cervejas vendidas por cada participante do programa deveriam ser das marcas oferecidas pela empresa. Se tal meta fosse alcançada eram oferecidos maiores benefícios e premiações.

4. PROCESSO NO CADE.

4.1. CONCLUSÕES FINAIS DO CONSELHO²⁵.

Concluiu-se que o “Tô Contigo” se constitui por um programa de descontos não-linear praticado por uma empresa de posição dominante no mercado, na época dos fatos a AmBev detinha 70% do mercado de cervejas

²⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. fls. 48.970 – 48.972.

nacional, tendo o capital e estrutura necessária para implementar o programa por todo o país.

Segundo a jurisprudência europeia, a não-linearidade se apresenta como um problema, pois ao não aplicar o sistema de descontos de modo uniforme se criam barreiras à entrada de novos agentes de mercado. Ao focar o programa nos PDV's adimplentes e excluir os inadimplentes o custo dos rivais aumenta significativamente pois apenas lhes resta fazer negócio com clientes com mau histórico de pagamento.

Entre as condutas listadas pela autoridade antitruste como proibidas praticadas pela AmBev estão: a exigência de exclusividade, a prática de descontos vinculados a metas de compras e a exigência de volume mínimo ou percentual das provisões do PDV.

4.2. INFRAÇÕES COMETIDAS²⁶.

Após a extensa análise o CADE concluiu que foram cometidas infrações aos artigos artigo 20, incisos I e IV, combinados com o art. 21 incisos IV, V e VI todos da Lei nº 8.884/94 vigente na época da decisão. Posteriormente esta lei fora revogada pela Lei nº 12.529, de 2011.

Vejamos primeiramente o enunciado do art. 20 (Lei nº 8.884/94):

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica independentemente de culpa atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

[...]

V - exercer de forma abusiva posição dominante.²⁷

O CADE concluiu pela expressão "independente de culpa" que estamos diante da esfera próxima da responsabilidade objetiva, em outras palavras, a empresa, ao atuar no mercado, responde pelas consequências

²⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. fls. 48.972 – 48.981.

²⁷ Art. 20 da Lei nº 8.884/94

anticompetitivas de suas ações, principalmente quando está em posição dominante como o caso da AmBev.

Após análise dos documentos da inspeção, obteve-se prova de que havia intenção de produzir os efeitos de limitação e falseamento da concorrência pela criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes nos PDV's e nos mercados. Por sua vez, a análise econômica demonstrou os efeitos anticompetitivos.

Além disso, o modo de execução do programa tinha o objetivo específico de limitar e prejudicar a livre concorrência de rivais tão eficientes quanto a AmBev, com o que se conclui ter a conduta o potencial de produzir os efeitos do inc. I do art. 20.

Em seguida, vejamos o enunciado do art. 21 (Lei nº 8.884/94):

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;
IV- limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
V- criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;²⁸

Com relação ao inciso IV, conclui-se que o programa desestimulou o acesso de novos agentes no mercado, aumentando custos de entrada e permanência significativamente. Já com relação ao inciso V, o programa criou dificuldades às empresas já existentes no mercado de cerveja e concorrentes diretas da AmBev, aumentando seus custos de marketing e diminuindo artificialmente as margens de faturamento. Por fim, com relação ao inciso VI, a exigência de contrapartidas pelo programa impediu o livre acesso aos canais de distribuição, dificultando a exibição de marcas concorrentes.

Resumidamente, no caso estudado a ação empresarial ultrapassa a esfera meramente privada interferindo diretamente em interesses públicos. Mesmo que a escolha de participação do programa seja responsabilidade dos próprios bares e restaurantes, tais contratos devem seguir os princípios

²⁸ Art. 22 da Lei nº 8.884/94

constitucionais descritos no art. 170 da CF que lista os fundamentos prevendo que “ordem econômica fundada no trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

4.3. CONDENAÇÃO²⁹.

As infrações cometidas pela empresa acarretaram a condenação ao pagamento de multa. Para isso fora aplicado o art. 23, I e art. 27, ambos da Lei 8.884/94 tendo como valor fixo o valor total do faturamento bruto obtido no ano anterior à implantação do programa.

Ao final da análise destes artigos, estabeleceu-se o percentual de condenação de 2% sobre o à base do faturamento definido, o total da multa corrigida foi de R\$ 352.693.696,58 (trezentos e cinquenta e dois milhões, seiscentos e noventa e três mil, seiscentos e noventa e seis reais e cinquenta e oito centavos).

Além disso, fora determinada a cessação imediata do programa e havendo continuidade fora fixada uma multa diária de R\$ 53.200,00 (cinquenta e três mil e duzentos reais).

Posteriormente, em 30 de julho de 2014, o CADE celebrou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com seis pessoas físicas participantes da elaboração e implementação do programa de fidelidade. O TCC foi proposto e negociado na Superintendência-Geral. Pelo acordo firmado com o CADE, as pessoas físicas se comprometeram a pagar contribuição pecuniária que soma R\$ 2 milhões.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos dados e relatos colhidos, fica evidenciado a importância da decisão no processo estudado, mesmo que não se trate diretamente do mercado

²⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009. fls. 48.972 – 48.981.

artesanal cervejeiro. A desigualdade de condições competitivas são um dos principais obstáculos enfrentados por cervejarias menores, dentre tantas outras como a alta carga tributária e o custo elevado da matéria-prima. Ainda assim, as cervejarias independentes brasileiras driblam tais desafios e crescem.

Comportamentos e condutas anticompetitivas como as praticadas no programa “Tô Contigo” são o objeto de análise do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Esta autarquia federal é responsável, no âmbito do Poder Executivo, por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial.

A fim de cumprir sua missão, o CADE dispõe de órgãos internos, cujos principais são o Tribunal Administrativo (TADE), a Superintendência-Geral (SG) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

Toda essa estrutura interna da autarquia foi fundamental para que o órgão atuasse com eficiência nas últimas décadas, de forma preventiva, repressiva e educativa, com o objetivo de manter a proteção da concorrência, garantindo melhores condições aos consumidores finais e a igualdade de condições competitivas no mercado brasileiro, principalmente em relação à pequenos e microempresários. Tudo pela promoção da livre concorrência.

Como visto anteriormente o mercado artesanal de cerveja (em sua maioria) atende a demanda do próprio lugar onde se encontram as pequenas e médias cervejarias, conseqüentemente gerando postos de emprego de forma a aumentar a distribuição de renda desses municípios. Segundo pesquisa realizada pela ABRACERVA (Associação Brasileira da Cerveja Artesanal) em 2017, o mercado gerou diretamente 37.176 postos de emprego, com conseqüente maior distribuição de renda com relação às grandes fábricas.

Dessa forma, as atividades do CADE são de extrema importância para evitar que o mercado cervejeiro artesanal sofra com as condutas anticompetitivas advindas do acúmulo de poder econômico nas mãos de grandes empresas ou conglomerados de bebidas. Para tanto, o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência se faz necessário para o desenvolvimento do ramo das cervejarias independentes em nosso país, colaborando assim para a ampliação deste mercado pungente.

- **REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA**

AMBEV VAI CONSTRUIR A MAIOR MALTARIA DO PAÍS NO RIO GRANDE DO SUL. Exame. Disponível em < <https://exame.com/negocios/ambev-vai-construir-a-maior-maltaria-do-pais-no-rio-grande-do-sul-m0162587/>>. Acesso em Outubro de 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.003805/2004- 10. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009.

BRASIL. LEI 12.529/2011. Regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União, 30 de novembro de 2011.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento. Anuário da cerveja: 2019. Brasília: MAPA/SDA, 2020.

FILHO, Calixto S. Direito Concorrencial. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2021.

FREITAS, Carlos Felipe. Infográfico: Market share de vendas de cerveja no Brasil em 2019. Catalise, 2021. Disponível em: < <https://catalisi.com.br/infografico-market-share-do-mercado-de-cerveja-no-brasil-em-2019/>>. Acesso em: Setembro de 2021.

FREITAS, Carlos Felipe. O número de cervejarias registradas no Brasil em 2020 (com infográfico). Catalise, 2021. Disponível em: <<https://catalisi.com.br/o-numero-de-cervejarias-registradas-no-brasil-em-2020-com-infografico/>>. Acesso em: Setembro de 2021.

MARTINS, Ciro Silva; DOS SANTOS, Laura Soares Miranda. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020.

Oliver, Garrett. A mesa do mestre-cervejeiro: descobrindo os prazeres da cerveja e das comidas verdadeiras / Garrett Oliver; com fotografias de Denny Tillman; tradução de Anthony Cleaver. – São Paulo: Editora Senac, 2012.

PESCADOR, Paula Cristina da Cruz et al. Marketing de relacionamento: estudo de caso da implantação dos programas de fidelidade da AmBev—Centro de Distribuição Florianópolis. 2004.

SOUZA, Letícia Cristina Mesquita; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. A CONCENTRAÇÃO NO SETOR DE BEBIDAS FRIAS. Revista de Defesa da Concorrência, 2019. p. 10