
O CASO AMBEV – “TÔ CONTIGO”

Fernando Guimarães Furlan

O processo administrativo tinha como representada a Companhia de Bebidas das Américas (AmBev) e apurava, dentre outras condutas afastadas pelo voto-relator, os programas de fidelização “Festeja” e “Tô Contigo” passíveis, pelas suas características, de enquadramento em infração contra a ordem econômica prevista no artigo 20, inc. I, II e IV c/c com art. 21, IV, V, VI e XI, todos da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994.

No agregado do país, o *share* em volume nacional da Ambev se situa atualmente em cerca de 69,3% – dados ACNielsen de 2006 divulgados na imprensa¹, com menor penetração no Nordeste e maior parcela nos mercados do Sudeste e Sul – sendo que a participação em valor excede esse percentual. Observe-se que, caso fossem considerados apenas os canais tradicional e bar, a participação de mercado da Ambev seria ainda maior, devido a todas as questões já examinadas.

Tratava-se de programa de relacionamento entre a AmBev e os PDVs (pontos de venda) participantes (entre bares e restaurantes). O cerne do programa era um sistema de premiação equivalente a um desconto no preço da caixa de cerveja. Os PDVs acumulavam pontos de acordo com a quantidade de caixas compradas: uma caixa de garrafas de 600 ml equivalia a um ponto.

Os pontos eram trocados por prêmios a qualquer momento (dentro do ano em que eram obtidos) e havia prêmios ao longo de toda a faixa relevante de pontuação. Enquanto que o limite máximo de acúmulo era de 600 pontos por mês, o mínimo para participar do programa era de 05 caixas/mês.

Após a inspeção realizada pela SDE na sede da empresa Representada em São Paulo/SP, em 24.03.2005, as petições apresentadas aos autos passaram a fazer referência à existência de duas fases de implementação do Programa Tô Contigo: uma primeira fase, de outubro de 2002 a março de 2004, em que o programa teria sido dirigido apenas a PDVs que comercializavam espontaneamente somente as marcas de cerveja da AmBev; e, uma segunda fase, depois de março de 2004, na qual o programa teria sido estendido aos demais PDVs sem exigência de exclusividade formal.

Os prêmios de bonificação eram variados em termos de uso e de valor, conforme constava dos folders ilustrativos do programa.

As evidências que embasaram tal conclusão são de natureza variada. De início, constam os termos de depoimentos de PDVs tomados pela SDE (fls. 2395/2412) demonstrando que existia para esses a percepção de exclusividade. Além disso, também constava dos autos pesquisa IBOPE, confirmando que tal percepção era abrangente e irrestrita sobre a origem e região do ponto de venda. Ainda, a diligência que consta em relatório circunstanciado de visitas a bares aleatoriamente escolhidos pela SDE comprova que a exclusividade ou a limitação de compra de marcas rivais era exigida em parte dos casos. Todo esse quadro ajuda a dar credibilidade à parte das declarações de empresas concorrentes, devidamente relatadas.

1 Valor Econômico, 12/01/2006 “Ambev volta à fatia de 69,3% e reforça seu posto de líder”.

De fato, os depoimentos coletados pela SDE indicam que a exclusividade de vendas foi apresentada em diversas negociações com uma condição para a participação no Programa Tô Contigo, sendo que essa exigência podia ser flexibilizada, para alguns PDVs, por meio da permissão para que adquiram pequenas quantidades de marcas de cervejas concorrentes. Isso ficou claro, por exemplo, no depoimento prestado pelo Sr. Antonio de Freitas Barbosa, que declara que, *após alguma negociação, conseguiu permanecer no Programa Tô Contigo e estocar uma ou duas caixas de Kaiser.*

Assim, fazia parte da estratégia de implementação do “Tô Contigo” deixar os PDVs em dúvida quanto às limitações de compras de marcas rivais. Simplesmente a ausência de proibição de comercialização de marcas rivais não era esclarecida aos PDVs, em um primeiro momento, e esses se viam obrigados a buscar informações por outros meios, caso tivessem interesse ou necessidade de fazê-lo (por exemplo, tentar a central telefônica do Tô Contigo).

Destarte, a conclusão ao se avaliar os documentos apresentados (os depoimentos e a pesquisa IBOPE) é a de que havia a exigência não sistemática, mas também não aleatória, de exclusividade ou limitação de compras. De fato, a política comercial da AMBEV e o nível de detalhes nos bancos de dados sobre os volumes históricos e demandados dos PDVs, permitiam que houvesse atuação focada em pontos estrategicamente selecionados.

Para a sua implementação, os benefícios oferecidos pelo Programa Tô Contigo iam além dos prêmios de bonificação. Descontos nos preços das cervejas da Representada (*“preço especial na M3”, isto é na cerveja Antártica*) também estavam previstos para conseguir a adesão do ponto de venda ao programa ou a sua manutenção.

A não renovação do Programa era usada como forma de coerção de PDVs que não alcançassem os 90% de *“share de estoque”*. Por *share* de 90%, entende-se que do total de cervejas para comercialização no ponto de venda (estoque), 90% devem ser das marcas da AmBev.

Como visto, o Programa Tô Contigo oferecia benefícios em forma de descontos nos preços aos PDVs filiados, sendo que a realização de um exercício de comparação via preços efetivamente praticados no mercado, utilizando-se os dados fornecidos pela Representada, ficou impossibilitado. Por conservadorismo, como tampouco foi possível quantificar a exata dimensão desses descontos, os exercícios relativos à não linearidade do Programa foram feitos apenas com o desconto vinculado à pontuação². (fl. 4498). Ou seja, como os descontos eram concedidos conforme a resistência do PDV durante as negociações de entrada no Programa não

2 Para tentar dirimir dúvidas sobre a existência de preços diferenciados no âmbito do Programa Tô Contigo, a SDE solicitou e a Representada apresentou dados acerca dos preços praticados individualmente aos pontos não renovados seis meses antes e depois da sua desfiliação entre 2004 e 2005 e 2005 e 2006. No entanto, a SDE constatou, em diligência realizada em 17 e 18 de janeiro de 2007 junto a uma amostra escolhida por esta Secretaria de 45 PDVs, que, em um terço dos casos, os pontos ainda estavam filiados ao Programa Tô Contigo. Isso invalida a comparação de preços realizada pela Representada.

era viável calculá-los, mas se presumiu que para determinados PDVs os descontos reais pudessem ser bem maiores que 3%, o que aumentava o grau de fidelização.

Os resultados bastante expressivos da pesquisa IBOPE indicaram que, dos PDVs entrevistados participantes do Programa Tô Contigo, quase 50% entendia o Programa como requerendo exclusividade de vendas. Os PDVs eram excluídos do Programa Tô Contigo (ou não renovados) caso descumissem as obrigações de exclusividade de vendas ou de *share* Ambev de 90%.

Portanto, a política do Tô Contigo em termos abrangentes (regulamento, propaganda oficial, termo de adesão) não exigia a exclusividade; diferentemente da sua execução e operação em que a exclusividade ou *share* de 90% de produtos AMBEV eram usados de maneira seletiva.

Na sua mecânica de execução no micro-espço, havia assimetria de informação para o PDV, baixa transparência nas regras, predomínio de contatos informais e promessas ao PDV baseadas na confiança, e, sobretudo, tendenciosidade na implantação do programa. Enfim, falta de clareza proposital sobre em que consistia o programa, como mostram as pesquisas.

Ressalte-se que o *Paper DG-COMP*³ também propõe a discussão da incerteza como fator que induz a fidelidade. Faz grande diferença se os PDVs são deixados em estado de incerteza sobre o nível dos descontos e os patamares desejáveis. Para minimizar o risco de não obter os descontos, os PDVs eram induzidos à fidelidade. Foi considerado, assim, que existia dever da representada de bem informar os seus clientes de modo que a totalidade dos PDVs perguntados respondesse que não havia exclusividade ou quaisquer contrapartidas.

Havia, também, indicações de que esse comportamento foi sendo alterado ao longo do tempo. No início, a própria Representada não negou a exclusividade de vendas atrelada ao Programa Tô Contigo. Em sua defesa, afirma que se tratava de um programa direcionado para quem já era exclusivo na prática. O contrário foi constatado: os documentos copiados na inspeção apontavam para o oferecimento de adesão ao programa aos PDVs que comercializavam marcas de cervejas concorrentes com a condição de que passassem a ser exclusivos.

Em seguida (já em meados de 2004), os documentos copiados durante a inspeção do órgão de investigação e instrução, indicaram que o Programa Tô Contigo foi flexibilizado, buscando a exclusividade de vendas, mas aceitando, em certos casos/regiões, a adesão do ponto de venda desde que atendidos limites para a compra de cervejas de terceiros (no caso, *share* estoque superior a 90%) – o que continuava caracterizando a não-linearidade. Deixava-se assim a estratégia formal para adotar uma *estratégia mais flexível de exclusividade de vendas*.

3 EUROPEAN COMMISSION 2005 DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses

Assim sendo, verificou-se que a negociação de exclusividade de vendas (ou limitação de compras de cervejas rivais) em função da participação do Programa foi parte da sua mecânica, entendida ainda hoje por parte muito relevante dos PDVs. Seu descumprimento era parâmetro para a desfiliação ou não renovação (dependendo do período considerado).

O uso de outras iniciativas, como “enxoval”⁴, descontos de preço, desconto em determinada cerveja (M3), bonificações, eram utilizadas como forma de negociar a filiação ao Programa. Tais incentivos seriam altamente pró-competitivos se a entrada ao Programa não apresentasse, como contrapartida, limitações à compra de cervejas rivais. Portanto, a análise dos autos permitiu concluir que o Programa Tô Contigo exigia de forma não sistemática a exclusividade, embutia descontos adicionais caso o PDV não aceitasse e incluía a cessão de equipamentos como jogos de mesa e cadeira e freezers trimarca. Isso tudo levou a que se caracterizasse a potencialidade na produção de efeitos anti-competitivos.

Conjugando os documentos copiados durante a inspeção, a pesquisa do IBOPE e os depoimentos dos PDVs, considerou-se que o *standard* probatório foi atingido a ponto de ser possível afirmar que o Programa Tô Contigo embutia como contrapartida, mas não de forma sistemática, exigência de exclusividade de vendas ou limites à compra de cervejas de terceiros, caracterizando assim, por si só, não linearidade em sua execução.

É necessária uma breve contextualização teórica dos efeitos sobre a concorrência de práticas verticais, pois comumente uma prática pode ser vista como anti-competitiva e, no entanto, não ser sustentável do ponto de vista da racionalidade econômica. Uma determinada firma poderia se utilizar de contratos exclusionários para abusar de sua posição dominante, privando ou restringindo o acesso de competidores potenciais e efetivos a recursos indispensáveis. Contudo, em que pese o apelo intuitivo dessa argumentação, não se pode considerar como regra geral que firmas com posição dominante sempre terão incentivos a adotar tal conduta.

No debate sobre os contratos de exclusividade, contrapõem-se os argumentos da Escola de Chicago, que considera pouco plausíveis as chances de motivação exclusionária; e da análise pós-Chicago, cujos modelos demonstram que, de fato, podem surgir práticas de exclusão lucrativa em algumas circunstâncias.

A Escola de Chicago ressalta que não é racional a estratégia com fins anticompetitivos, que consiste no fabricante (menos eficiente que rivais) realizar contratos de exclusividade com empresas a jusante. Posner (1976) e Bork (1978) enfatizam que, para formalização de contratos dessa natureza, o vendedor beneficiado (fabricante) deve oferecer ao comprador (distribuidor ou revendedor) vantagens ou benefícios pelo acordo. Um comprador racional não aceitaria um contrato que o obrigasse a comprar

4 “Enxoval” parece significar o conjunto de cervegelas (suportes térmico de cervejas), jogos de mesa e cadeira e apliques e trilhos.

produtos de um único fornecedor (fabricante) ineficiente na presença de competidores mais eficientes interessados em entrar na indústria.

Considere-se o seguinte exemplo: há em um mercado um monopolista (fabricante), um potencial entrante (mais eficiente que o monopolista) e um único comprador (distribuidor) para os produtos. Se o comprador aceita um contrato de exclusividade nessas condições, o mesmo se obriga a pagar preço de monopólio pelos produtos, mesmo que ocorra a entrada do competidor potencial – isto eliminaria qualquer possibilidade de entrada. Por outro lado, caso rejeite o contrato, o comprador favorece a entrada do concorrente mais eficiente e se beneficia de preços mais competitivos.

Assim, o monopolista estabelecido teria que oferecer uma compensação suficiente para convencer o comprador (revendedor) a aceitar o contrato de exclusividade. Entretanto, o fabricante não estará disposto a pagar uma compensação superior ao lucro de monopólio. Por outro lado, o revendedor, caso aceite o contrato, deixará de se beneficiar do excedente do consumidor oriundo de preços potencialmente mais baixos⁵.

Dessa forma, ao contrário do que se poderia supor *à priori*, os contratos de exclusividade não estariam necessariamente vinculados a práticas anticompetitivas, chegando mesmo a se observar efeitos favoráveis do ponto de vista da concorrência.

Entretanto, mais recentemente, os críticos da escola pós-Chicago apresentaram exemplos onde podem sim existir efeitos anticompetitivos decorrentes dos contratos de exclusividade sob determinadas circunstâncias. Alternativamente à argumentação acima, pode-se considerar uma situação onde o monopolista estabelecido tenha efetivamente condições de oferecer uma proposta suficiente para convencer o revendedor a aceitar o contrato de exclusividade.

Essa circunstância está relacionada com externalidades entre compradores a jusante. Ocorre que o monopolista pode explorar tais externalidades para impedir a entrada de potenciais competidores mais eficientes via exclusividade. Com o fechamento do mercado, um potencial entrante não atingiria economias de escopo/escala necessária para cobrir seus custos de entrada. Assim, ao excluir o entrante, o monopolista teria condições de pagar uma recompensa suficiente para induzir o revendedor a formalizar o contrato de exclusividade, já que seu lucro, neste caso, seria maior.

Rasmusen et al. (1991) e Segal e Whinston (2000) também identificam uma circunstância onde os contratos de exclusividade podem ser utilizados como restrição à entrada. Supondo que existam vários revendedores com baixo poder de coordenação e que o entrante potencial (mais eficiente) precise garantir uma determinada quantidade destes para cobrir seus custos fixos, o monopolista estabelecido poderá

5 Que corresponde (com custos marginais constantes) ao lucro do monopolista mais a perda de peso-morto.

se aproveitar da assimetria de informação dos revendedores, que não levarão em conta as externalidades inerentes ao contrato de exclusividade: poucos revendedores “livres” da exclusividade seriam insuficientes para incentivar o entrante mais eficiente a se aventurar no mercado.

Pode-se considerar que uma firma possui poder de mercado quando não existem produtos substitutos para seu produto ou quando os produtos existentes não são considerados satisfatórios pelo consumidor.

Esse poder de mercado pode ser decorrente de barreiras à entrada como necessidade de escala mínima elevada, vantagens de custos para a firma já instalada, barreiras legais, marca, dentre outras, que impedem a livre entrada de novos concorrentes neste mercado. Outra possibilidade é a diferenciação do produto da firma dos demais, seja por meio de diferenciação estrita, seja por meio de propagandas que projetam a percepção de um produto distinto dos demais.

Na indústria produtora de cerveja, a marca constitui uma significativa barreira à entrada, pois para extrair renda extraordinária, a firma precisa ser conhecida e, para tal, faz-se imprescindível sua divulgação e posterior criação de uma imagem diferenciada frente aos consumidores. Os elevados investimentos em marketing constituem a principal forma de diferenciação de produto adotada pela indústria de cerveja, é desta forma que as preferências do consumidor são alteradas tornando a demanda mais inelástica. Como consequência o custo de entrada no mercado se torna maior e a firma dominante pode elevar seu preço com reduzidos riscos de contestação por rivais.

Embora a participação de mercado isoladamente não signifique que uma firma possua poder de mercado, sua associação com outros fatores pode caracterizar esta condição em uma indústria. Com participação de 69,3% no mercado de cerveja, conjugada a outros fatores já citados, a Ambev indubitavelmente possui poder de mercado neste segmento. Adicionalmente, Pesquisa de Opinião Pública do Ibope realizada em dezembro de 2006 em São Paulo com proprietários e gerentes de bares e restaurantes reforça esta conclusão.

Restou demonstrado claramente o poder de mercado de mercado da Ambev. Pode-se perceber que suas marcas, Skol, Brahma, Antarctica e outras marcas da Ambev possuem uma penetração bastante elevada nos PDVs. Suas três principais marcas podem ser encontradas em pelo menos 79% dos estabelecimentos pesquisados, sendo que a cerveja Brahma está presente em 97%, o que significa que os bares e restaurantes não podem prescindir dos produtos Ambev em razão do seu poder de mercado. Por meio do programa Tô Contigo a Ambev consegue induzir os estabelecimentos a não oferecerem outras marcas, pois há incentivos para que os estabelecimentos concentrem toda a sua demanda em marcas da Ambev. Os rivais tem seus custos elevados devido à necessidade de maiores investimentos em comercialização e marketing, tendo como consequência direta a redução de competitividade até mesmo para rivais eficientes, já que a demanda se torna mais rígida e tende a tornar-se inelástica.

Dentre as marcas de cerveja concorrentes nenhuma consegue chegar sequer aos 50% de penetração nos estabelecimentos, sendo a Kaiser a marca que obteve maior participação, com presença em 47% do universo abrangido pela pesquisa.

Percebe-se que as condições que contribuem fortemente para que as empresas utilizem contratos de exclusividade como forma de exclusão, impedimento à entrada ou limitação do acesso de rivais mais eficientes estão presentes no caso em tela.

A não-linearidade de preços, com a presença de uma empresa líder detentora de 70% do mercado, gera a necessidade de concessão de descontos pelos rivais muito superiores aqueles concedidos pela firma dominante, provocando uma assimetria no mercado deixando em desvantagens até mesmo competidores igualmente eficientes.

O poder de mercado da Ambev não permite que os estabelecimentos deixem de oferecer suas marcas. O programa Tô Contigo funciona, então, como um incentivo para que os PDVs concentrem toda a sua demanda em produtos da Ambev, assim, a consequência é novamente o aumento de custos dos rivais, que necessitam incrementar seu gasto em marketing e conceder descontos além daqueles oferecidos pela firma dominante, e têm sua capacidade de contestação do mercado reduzida.

CONCLUSÕES FINAIS

Por todo o exposto, considerou-se estar devidamente provado nos autos que o Programa Tô Contigo constituía um programa de descontos não-linear, carreado por empresa com posição dominante no mercado de cervejas.

A não-linearidade do programa restou devidamente provada na exigência de exclusividade ou na imposição de limites de compra de cervejas concorrentes (exigência de um *share* Ambev de 90%), demonstrada não somente nos documentos copiados durante a inspeção realizada na sede da Ambev, mas também nos depoimentos de PDVs juntados os autos e, por fim, na pesquisa de campo encomendada ao Instituto Ibope.

Não se tratava de imposição de exclusividade de vendas ou de limitação de compras de produtos concorrentes por meio de qualquer forma de coerção, mas da estrutura de benefícios e dos requisitos de participação do Programa Tô Contigo.

Da não-linearidade do Programa decorreu que a oferta de descontos e/ou prêmios vinculados requeria dos competidores descontos sensivelmente maiores que os ofertados pela empresa líder para re-estabelecer as condições iniciais do mercado e recuperar a participação perdida.

Nesse sentido, o *Paper DG-COMP* sugere observar as características de mercado e as características do desconto para analisar o possível efeito progressivo de fechamento de mercado e a criação a barreiras à entrada. Foi o que se tentou fazer.

No entanto, o valor real dos descontos necessários não pode ser calculado porque, além dos descontos de premiação do Programa Tô Contigo, existiam mecanismos adicionais de fidelização, como exposto acima. Assim, não é possível calcular os preços efetivos aplicados a cada um dos PDVs nem os preços médios efetivamente cobrados.

Nesse sentido, seguindo o raciocínio da Comissão Europeia, mesmo que o preço efetivo das cervejas adicionais compradas pelo PDV como exigência do programa estivesse acima do custo médio total (CMT), poderia haver possibilidade de fechamento do PDV e de criação de barreiras, caso houvesse certas vantagens não replicáveis ou se o sistema de descontos pudesse excluir entrantes que poderiam ajudar a melhorar a situação competitiva no mercado. Nessa situação, a AMBEV *poderia impedir ou eliminar concorrentes usando descontos enquanto que o preço efetivo continuava acima de seu CMT*. Esse desequilíbrio é tanto maior quanto maior for a assimetria de porte das empresas envolvidas, precisamente a situação do mercado de cervejas no país. Tais vantagens não replicáveis são claras quando se observa o portfólio de marcas e a rede de distribuição da AmBev.

Como demonstrado, políticas desse tipo proporcionam reduções no grau de contestação do mercado *downstream* (a jusante) por parte das demais empresas cervejeiras, com prejuízos à livre concorrência (e possíveis aumentos de preço ao consumidor final) ou, em um caso potencialmente mais agudo, a saída de competidores igualmente competitivos e/ou eficientes do mercado *upstream* (a montante).

Considerando o foco do Programa, as partes mais hipossuficientes da cadeia de cerveja, os consumidores, eram os mais prejudicados, principalmente aqueles que habitam as periferias das grandes cidades e que consomem o seu produto em pequenos PDVs, alvos das práticas da AMBEV. Não teriam eles a variedade, tampouco os preços desejados

A criação de barreiras à entrada por meio do exercício de posição dominante ficou mais evidente quando se aliou que o programa focava os PDVs adimplentes e excluía os inadimplentes, o que *a priori* seria justificável, mas diante do quadro geral observado, reforçava a estratégia de aumento do custo dos rivais, que só teriam à disposição os maus pagadores.

O *Paper DG-COMP* ressalta os problemas anticoncorrenciais caso a empresa dominante não aplique o sistema de descontos de modo uniforme, mas apenas seletivamente para uns e não para outros. De fato, está constatado que os compradores selecionados são particularmente importantes para as possibilidades de entrada e expansão dos competidores por meio da focalização.

Contatou-se que o Programa Tô Contigo não era implementado de forma uniforme junto aos PDVs, podendo ser flexibilizado em suas exigências para a adesão (exclusividade de vendas ou *share* Ambev mínimo de 90% etc.), em função do perfil do ponto de venda etc. Esse fator de não-uniformidade também dificultava o seu monitoramento pela autoridade antitruste.

A estratégia de seleção era, de fato, totalmente coerente com a “lógica anticoncorrencial” do programa Tô Contigo e de seu tamanho. Assim, não se considerou como argumento válido a alegação de que o alcance do programa não seria expressivo (20% do volume), pois seriam pontos estrategicamente selecionados, por meio de focalização específica e critérios de execução obscuros.

Além disso, a jurisprudência europeia citada encaminha-se no sentido de considerar programas similares ao da AMBEV como infrações à ordem comunitária devido às características apontadas⁶. As decisões da Comissão Europeia nos casos *Michelin*, *Coca-Cola* e *Intel* mostram que há pontos de contato com o Programa “Tô Contigo”, pois as condutas proibidas e condenadas praticadas *in casu* pela AmBev foram: (i) exigência de exclusividade; (ii) descontos vinculados a metas de compras; (iii) exigência de volume mínimo ou percentual das provisões do PDV.

Ainda que não houvesse explicitamente desconto por *performance* passada e que as regras de saída por parte do PDV fossem claras, os volumes históricos e a adimplência do PDV eram levados em conta para selecionar os “aptos” a participar do programa e não havia critérios explícitos para as exclusões por invasão.

Ressalte-se que não é produtor alegar que o Programa TC não teve como efeito aumentar o *market share* da AMBEV. Era sempre possível que tivesse por efeito conter ou evitar o aumento substancial do *market share* de rivais mais eficientes.

De todo modo, eram volumes regionais bastante significativos que deviam ser somados aos contratos de exclusividade formais celebrados pela Representada para avaliar a dimensão do mercado de fato não-contestada, ainda que não se comprovasse o efetivo fechamento do mercado *downstream*. Era necessário somar o valor pela razão simples de que tais PDVs já exclusivos não precisavam mais ser alvo do Tô Contigo, pois já tinham sido conquistados pela AMBEV e ofereciam menos resistência.

No entanto, para haver efeitos anticompetitivos, não era necessário que ocorresse a prática de fechamento de mercado⁷; bastava que se constatasse a não-linearidade em programa de empresa em posição dominante.

Por fim, ressalte-se que o tamanho do Programa Tô Contigo era totalmente determinado pela própria Representada e seu potencial de

6 A AMBEV adota a estratégia de dizer que as características das condutas não se enquadram nos precedente jurisprudenciais americanos e europeus. Esquivam-se quando citam precedentes de forma seletiva, quando fazem crer que não há oposição entre as práticas da União Europeia e dos EUA e quando caracterizam o programa pelos seus aspectos formais, não pela sua aplicação prática. Isto é, os pareceres jurídicos estrangeiros apresentados só têm relevância quando se adotam as hipóteses por eles mesmos definidas.

7 A SDE expressou a preocupação de que a negociação sistemática de contratos de exclusividade de vendas em mercados locais com as características verificadas no setor de cervejas traga, ainda que potencialmente, a redução na concorrência em diferentes mercados *downstream* através de uma estratégia de formação de *clusters* de venda exclusivos Ambev. E, por conseguinte, uma elevação potencial de preços relativos nesse mercado. No entanto, para a SDE embora as condições potenciais para essa sistemática se coadunem com a execução do Programa Tô Contigo e a Representada tenha consciência da potencial elevação de barreiras à entrada que tal prática pode ter, não se verificou *in loco* a estratégia de *clusterização* por parte da Representada que corrobore a suspeita.

expansão era significativo. Por exemplo, a análise dos dados constantes dos autos indicava um crescimento vertiginoso das adesões ao Programa Tô Contigo no ano de 2004 e uma estagnação a partir do ano de 2005, voltando a crescer em 2006. Em outras palavras, para a Representada, caso não houvesse atuação das autoridades antitruste, seria mais do que lucrativo ampliar tal programa para atingir em vez de 20 % do volume nacional, 40, 50 ou 60% do volume de todos os PDVs em território nacional. Ou seja, tal programa da forma como foi executado não poderia persistir pois traria danos irreversíveis à concorrência.

Em conclusão, a decisão sobre para quem oferecer filiação (ou desfiliação) era da Representada; o alcance e as condições do programa eram de difícil verificação e comprovação *in loco* por parte da autoridade antitruste. Por isso, o Programa Tô Contigo possuía potencial de arrefecimento da concorrência, fechamento de mercado e de elevação artificial dos custos de rivais.

O art. 20 da Lei 8.884/94 pune a potencialidade de efeitos dos seus incisos mesmo que não sejam produzidos; vejamos:

Art. 20. 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:

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

[...]

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A expressão “independente de culpa” mostra que estamos na esfera da responsabilidade objetiva, em outra palavras, a empresa, ao atuar no mercado, responde pelas consequências anticompetitivas perversas de suas ações, principalmente quando está em posição dominante.

Ora, o agente econômico, maximizador de lucros e minimizador de riscos, vai gastar tempo e recursos para diminuir o risco de produção de tais consequências (como em consultorias ambientais). Do mesmo modo, devem as empresas buscar consultoria antitruste que afirme que a partir de tal ação não é possível a produção de efeitos anticompetitivos. Destaque-se que a AMBEV tentou fazê-lo com a contratação de consultores para desenhar e avaliar seu programa de fidelidade. No entanto, a AMBEV esqueceu-se de avisar a tais consultores que, na mecânica de execução do programa, havia a contrapartida seletiva e não sistemática da exclusividade ou de *share* de 90%.

A análise econômica demonstrou os efeitos anticompetitivos potenciais e provou que eles são possíveis de ocorrer. De fato, os pareceres econômicos serviram para indicar o potencial de produção de efeitos. A possibilidade trata de algo que não é impossível de ocorrer e a prova da intenção apenas reforça que tais efeitos são possíveis.

Analisando-se os documentos da inspeção, têm-se prova cabal de que havia a intenção de produzir os efeitos de limitação e falseamento da concorrência pela criação de barreiras artificiais à entrada de concorrentes nos PDVs e nos mercados. De fato, ninguém melhor do que a própria AMBEV para saber quais ações excluiriam ou não os seus concorrentes.

De fato, o modo de execução do Tô Contigo teve o condão de *limitar e prejudicar a livre concorrência* de rivais tão eficientes quanto à AMBEV, com o que se concluiu ter a conduta o potencial de produzir os efeitos do inc. I do art. 20, da Lei n. 8.884/94.

Ainda, aos detentores de posição dominante, como a AMBEV, estão proibidas condutas que constituam abuso. Como visto, a AMBEV excedeu-se a dotar um programa não linear de preços junto aos PDVs. O risco de que condenações com essa punam condutas concorrencialmente agressivas e, portanto, positivas, é bastante mitigado. A Representada, atuante há anos no mercado brasileiro, sempre trabalhou no limite da agressividade/ilicitude.

O mercado tende a ficar um pouco mais disciplinado com definição dos limites por parte deste CADE. A condenação deve propiciar um aumento do monitoramento do nível de agressividade das condutas por parte dos administradores privados. Assim, a conduta trouxe como consequência a configuração do *exercício abusivo da posição dominante*, com o que se enquadra no inciso IV do art. 20.

A ação empresarial ultrapassa a esfera privada e interfere na esfera dos interesses difusos. De fato, há excesso da liberdade de contratar entre o PDV e a AMBEV. A funcionalização dos contratos também significa que tais contratos devem ser feitos com vistas aos princípios constitucionais do art. 170 dentre os quais, junto à defesa do consumidor e do meio ambiente, está a livre concorrência.

Tendo em vista o acima exposto, reforçado pelos argumentos econômicos apresentados na seção anterior, condeno a Companhia de Bebidas das Américas por infração do artigo 20, incisos I e IV, combinados com o art. 21 incisos IV, V e VI todos da Lei 8.884/94.

Assim, aplicando-se o percentual de condenação de 2%, o total da multa corrigida foi de R\$ 352.693.696,58, além da aplicação da sanção de publicação em jornal de grande circulação e da inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.