

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA CADE

Ação independente em prol da concorrência

Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25 (Compromisso de Cessação de Prática)

Representante: Philip Morris Brasil S/A

Representada: Souza Cruz S/A

Relator: Conselheiro Mércio Felsky

ACÓRDÃO

Recurso de Ofício em Processo Administrativo. Cláusulas de exclusividade de venda nas cadeias de distribuição e de varejo. Mercados relevantes de produto: cigarro-varejo e cigarro-atacado Mercados relevantes geográficos do cigarro-varejo: cada área ("shopping center", aeroporto, conjunto de quadras) coberta pelos pontos de venda objeto de acordo de exclusividade. Mercados relevantes geográficos do Cigarro-atacado: o município. Mercados concentrados. Padrão de concorrência Via diferenciação de produtos. Nível de barreiras à entrada elevado, tanto no "mercado de origem" quanto nos mercados "alvos". Posição dominante. Existência de poder de mercado. Índícios de expressivos graus de "fechamento". Presentes as condições para o exercício abusivo de poder de mercado. Art. 21, Incisos V, VI e XI c/c art. 20, Incisos I a IV, da Lei nº 8.884/94. Compromisso de Cessação de Prática (Art. 53 da Lei nº 8.884/94). Suspensão do processo.

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 unanimidade, aprovar o Compromisso de Cessação de Prática. Participaram do julgamento o Presidente João Grandino Rodas, os Conselheiros Mércio Felsky, João Bosco Leopoldino, Hebe Romano, Thompson Andrade, Celso Campilongo e Afonso A. de Mello Franco. Presente o Procurador-Geral Amauri Serralvo.
Brasília, 13 de setembro de 2000 (data do julgamento).

JOÃO GRANDINO RODAS
Presidente do Conselho

MÉRCIO FELSKY
Conselheiro-Relator

RELATÓRIO

Em 19 de maio de 1998, foi protocolizado na SDE Representação na qual a empresa Philip Morris Brasil S/A acusa a empresa Souza Cruz S/A de praticas contra a ordem econômica, cometendo as infrações previstas no art. 20, incisos I a IV, c/c. o art. 21, incisos V, VI e XI, da lei nº 8.884/94, em prejuízo da livre concorrência e dos consumidores.

Quanto aos fatos, a Representante afirma que a Souza Cruz vêm adotando cláusula de exclusividade nos contratos que celebra com os pontos de venda de cigarros, que, anteriormente, também vendiam produtos da Philip Morris. Essas cláusulas estabeleceriam, expressamente, a proibição de venda de cigarros de outros fabricantes, prevendo, inclusive, penas para o seu descumprimento.

Alega a Representante que a adoção de cláusulas de exclusividade que tenham por objeto apenas o *merchandising* é prática legal e regular, tratando-se do comércio de cigarros, entretanto, salienta que a Denunciada não se limita à exclusividade de *merchandising* adotando também cláusulas de exclusividade de vendas de sua marca, que, dessa forma, impedem que os pontos de venda possam comercializar qualquer marca de cigarro que não seja a fabricada pela Souza Cruz.

Segundo a Representante, visando obter a exclusividade dos pontos de venda, a Denunciada paga aos comerciantes "importâncias substanciais", que variam de acordo com certas características dos pontos de venda como a localização e tipo do estabelecimento, bem como a classe social da clientela e o volume de vendas. Além do pagamento pela exclusividade, a Representante afirma que a Representada oferece outras vantagens aos pontos de venda exclusivos, tais como aumento do prazo para pagamento, descontos diferenciados e bonificações em produto.

A Representante classifica a relação entre os pontos de venda revendedores e os fabricantes de cigarros como sendo vertical, afirmando não haver competição entre estes dois níveis da cadeia de produção, contudo, salienta que acordos de exclusividade como o ora analisado têm repercussão negativa na concorrência horizontal entre os fabricantes.

Na caracterização do mercado relevante, quanto ao produto, a Representante afirma que o mercado é o da fabricação de cigarros em geral, pois o fumante de cigarros não o substitui por charuto, cachimbo, cigarrilha ou qualquer outro produto. Em relação ao mercado geográfico, a Representante afirma que o mercado relevante é o território nacional, pois a importação do cigarro estrangeiro corresponde a apenas 6,9% das vendas internas. E, com relação ao índice de concentração, a Representante classifica o mercado nacional de cigarros como um duopólio, pois a Representante e a Representada detêm conjuntamente 99,1 % do mercado brasileiro, sendo que somente a Souza Cruz possui quase 85% do mercado (dados de 1997) (fls. 09 e 67).

Quanto à concorrência no mercado relevante, a Representante alega que a rígida regulamentação do setor favorece a Souza Cruz, na condição de empresa dominante, pois a concorrência quanto ao preço é muito limitada. A legislação concernente à matéria, segundo a Representante, obriga a manutenção de uma diferença de preços não inferior a 12% entre uma classe e outra de cigarros. E, como a diferenciação quanto a qualidade e modelo também é alvo de uma severa regulação, a concorrência é feita basicamente extra-preço, destacando-se a propaganda neste contexto. Logo, continua a Representante, as concorrentes travam verdadeira guerra de *merchandising* e de publicidade, que depende sobremaneira do sistema de distribuição, pois quanto maior o número de pontos de venda, maior será a divulgação do produto. Destaca que a Souza Cruz tem posição dominante e poder de mercado e que os contratos de exclusividade revelam-se como verdadeiras barreiras à entrada.

A Representante argumenta que os pontos de venda -a cadeia varejista - constitui o mercado do consumidor final, ao qual se dirige o fumante para comprar o cigarro de sua preferência. Para ela é especialmente neste nível da cadeia produtiva -varejo -que a exclusividade se manifesta de forma mais hostil tanto para o fabricante concorrente quanto para os consumidores. Para o primeiro porque é excluído definitivamente do acesso ao destinatário final de seu produto, por motivos alheios à sua vontade, ao seu desempenho ou à sua eficiência. Os consumidores, por seu turno, são privados da marca de sua preferência, ou submetidos ao desconforto de procurá-la, situações que afetam seu soberano direito de escolha. A única alternativa para a Representante seria também a adoção de cláusulas de exclusividade de venda, estratégia economicamente inviável, porém, pois implicaria elevação dos seus custos com consequente redução da sua participação no mercado e dos seus lucros, em benefício de seu concorrente e em detrimento dos consumidores (fls. 12)

Afirma que em tais circunstâncias, o pacto de exclusividade da Representada com os revendedores tem conteúdo anticoncorrencial, eis que materializa a

exclusão de concorrentes dos pontos de venda exclusivos, reforçando o poder de mercado desta, dando ao mercado uma configuração monopolista e violando o direito de escolha dos consumidores. Desta forma, a Representante conclui que a prática limita e prejudica a concorrência à medida em que fecha parte substancial do segmento varejista do mercado de cigarros aos produtos das concorrentes; resulta em domínio do mercado relevante, constituindo tentativa de monopolização; aumenta arbitrariamente os lucros da Representada, em decorrência da prática restritiva em desfavor dos concorrentes; e, constitui abuso da posição dominante, na medida em que não gera qualquer benefício ao mercado ou aos consumidores (fls. 14).

Diante do exposto, pediu a Representante:

- a) que fosse instaurado o processo administrativo para apurar a conduta;
- b) que fosse adotado medida preventiva visando a rescisão imediata dos contratos de exclusividade de venda existentes, e não mais pactuasse, expressa ou tacitamente, quaisquer outros acordos exclusivos com revendedores de cigarros, sejam atacadistas ou varejistas;
- c) que fosse convocada a Representada para celebrar, com a SDE, compromisso de cessação, nos termos do art. 53 da Lei 8.884/94, para assegurar o normal funcionamento do mercado; e,
- d) que frustrada a tentativa do compromisso, ao término das investigações fosse proposto ao CADE, a condenação da Representada por prática infrativa da ordem econômica.

Instaurado o devido processo legal, abriu-se o contraditório convocando-se a Representada para apresentar os esclarecimentos de praxe. Segundo a Souza Cruz, o número total de pontos de varejo com os quais mantinha contratos de exclusividade de venda, em 1998, era 2.491 em todo o território brasileiro, o que representava 1,4% do total de varejos por ela atendido diretamente, ou 0,8% do total de varejos- que vendem cigarros. Isso, entre outras razões alegadas, demonstraria a inexistência de substancial prática de exclusividade de vendas que possa significar qualquer barreira para o ingresso ou desenvolvimento de concorrentes. Diligências foram feitas, pareceres de especialistas na matéria foram apresentados, tanto pela Representada quanto pela Representante, e apresentou-se as alegações finais. A SDE concluiu a instrução do processo e, nos termos legais, recorreu de ofício ao CADE.

No CADE, tão logo o processo fora a mim distribuído, a Representada, em petição protocolada em 16.12.99, manifestou sua disposição de iniciar negociação com o CADE, com vistas à celebração de Compromisso de Cessação de

Prática. Sobre este pedido deliberei somente depois de dar vistas dos autos à Procuradoria do CADE.

Vale mencionar, ainda que *en passant*, as conclusões dos pareceres exarados nos autos, tanto pela SDE e SEAE, quanto pela Procuradoria do CADE, com o único intuito de se ter uma melhor compreensão da conduta que deu origem à investigação, possibilitada pelas análises já feitas da conduta investigada. Em verdade, tendo decidido pela via da negociação para a celebração de um compromisso de cessação, as conclusões sobre o mérito da prática, exaradas nos pareceres, têm apenas um caráter subsidiário para a autoridade ao estabelecer as condições e alcance desse compromisso. O que interessa é a disposição da Representada de cessar o quanto antes a prática objeto de investigação.

O Senhor Secretário da SDE, em seu despacho, concluiu que a *atuação da Representada, ao impor cláusula de exclusividade nos contratos que celebra com os pontos de venda a varejo de cigarros cria potenciais dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, bem como restringe seu acesso aos canais de distribuição desse produto, incorrendo nas condutas descritas, respectivamente, nos incisos V e VI do art. 21 da Lei nº 8.884/94, configurando as infrações previstas no art. 20, incisos I, II e IV, do mesmo diploma legal.*

O Senhor Secretário da SDE, então, recomendou a proibição da prática de exclusividade de venda da Souza Cruz com estabelecimentos localizados em aeroportos e shopping centers, se limitando, no entanto, a recomendar algumas restrições aos contratos de *merchandising* da Souza Cruz com os pontos de venda localizados fora desses locais, inclusive com o atacadista Makro, admitindo a existência da exclusividade de venda com esses estabelecimentos.

O Parecer da SEAE, foi protocolado direto no CADE, e por mim juntado aos autos em 18.01.2000 (fls. 1.836/1.860). Na avaliação dos efeitos positivos e negativos dos acordos de exclusividade nos mercados relevantes considerados a SEAE considera que o efeito líquido da prática é negativo tanto nos mercados de cigarro- varejo quanto nos mercados de cigarro-atacado. Para a SEAE, no mercado de cigarros, nem mesmo a proteção contra o *free riding* constitui uma justificativa para a adoção de acordos de exclusividade, avaliando ainda que os investimentos feitos na implantação de novos varejos, que segundo a Representada justificariam a existência da exclusividade de venda, têm um custo com o qual arca, em última instância, o consumidor.

Conclui, então, a SEAE que, *por não gerar benefícios aos consumidores e por restringir a concorrência, a prática de acordos de exclusividade de vendas com distribuidores de cigarros no atacado e no varejo deve ser proibida.*

É importante ressaltar que, nas análises dos efeitos da conduta feitas, tanto pela SDE quanto pela SEAE, as definições dos mercados relevantes de produto delimitados são praticamente coincidentes. Embora a SDE afirme ser o **cigarro em geral** o produto relevante, no decorrer da análise ela distingue o segmento varejo do segmento atacado. A SEAE distingue, já, de imediato, dois mercados relevantes de produto: o **cigarro-varejo** e o **cigarro atacado**.

Na dimensão geográfica dos mercados relevantes definidos pelas duas secretarias ocorrem, porém, divergências significativas. Para a SDE, os mercados relevantes geográficos para fins de investigação da prática de exclusividade de vendas no varejo são: (i) *nas áreas urbanas e não-residenciais, o raio de 500 m a partir de um ponto fixo, que é o local onde está o consumidor demandante do produto;* (ii) *os shopping centers;* e (iii) *os aeroportos do país.* Para o caso da mesma prática em redes atacadistas e distribuidores, o mercado relevante geográfico é o município, para as cidades de grande porte (acima de 500 mil habitantes); e o **município e seus arredores**, para as cidades de pequeno e médio porte (até 500 mil habitantes).

A SEAE define os mercados geográficos como *o conjunto dos produtos- localidades em que a conduta ocorre: cigarro-varejo em cada área (shopping/aeroporto/conjunto de quadras) coberta pelos pontos de venda objeto de acordos de exclusividade e cigarro-atacado em cada um dos estabelecimentos Makro.*

A Procuradoria do CADE, em seu parecer (fls. 1885/1931), entende que a prática, quanto ao atacado não é abusiva nem prejudicial ao mercado, entretanto, quanto ao varejo entende que deve ser proibida nos aeroportos e *shopping centers* e que deve ser condicionada nos mercados abertos, nos moldes propostos pela SDE.

Opina, ainda, a Procuradoria, pela aplicação da Medida Preventiva de forma a fazer cessar a infração, declarando a falta de eficácia da cláusula restritiva e determinando à Representada que se abstenha de praticar atos que objetivem lhe dar validade ou que tenham por fundamento aquela cláusula em aeroportos e *shopping centers*, até o julgamento do feito pelo CADE. Caso não se aplique a Medida Preventiva, sugere, a Procuradoria, **o imediato julgamento do feito, opinando pela condenação da Representada por prática de ato**

abusivo e prejudicial à livre concorrência, com a consequente aplicação da multa prevista no art. 23, inciso I, da Lei nº 8.884/94.

Quanto ao compromisso de cessação de prática requerido pela Representada, opinou a Procuradoria pelo seu indeferimento, pois entende não ser conveniente a celebração de tal contrato no momento de conclusão de julgamento (*sic*), após quase dois anos de tramitação e instrução do processo que resultou em dispêndio de recursos públicos. Além disso, salienta a importância do presente julgamento para a criação de um parâmetro nas relações sujeitas a contratos de exclusividade.

Ocorre que a Lei nº 8.884/94 estabelece em seu art. 53 que em "*qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pelo SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada*".

Assim, pelo Despacho nº MF/19/2000 de 19 de abril de 2000 (fls. 1939/1944) publicado no Diário Oficial da União nº 78-E, de 24 de abril de 2000 (Seção 1, pág. 3 e 4), deferi o pedido da Representada abrindo e tornando público o procedimento de negociação para a celebração do Compromisso de Cessação com o CADE, previsto no art. 53 da Lei supra.

Apesar do pedido de celebração de compromisso de cessação e de ver atendido esse pedido, a Representada requereu, com fundamento no Art. 5º incisos LIV e LV, da Constituição Federal, a reabertura do prazo para apresentação de alegações finais tendo em vista a juntada nos autos do Parecer da SEAE (fls. 1932). O pedido foi atendido, em respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal e do amplo contraditório que deve ser observado nos processos administrativos (fls. 1945).

Estabeleci uma "Pauta dos Procedimentos" para a formalização do compromisso de cessação de prática (fls. 1949), notificando, ao mesmo tempo, a Representada para que apresentasse suas sugestões de cláusulas e condições que devessem constar do termo de compromisso (fls. 1948/50).

O aditamento às alegações finais foi apresentado no prazo assinalado, reivindicando-se que tal aditamento fosse apreciado pela Procuradoria do CADE (fls. 1956/2021). A Representada apresentou também as sugestões de cláusulas e condições para o termo de compromisso solicitadas (fls. 2028/2056). Atendi, ainda, o pleito da Representada, de uma reunião com o Conselheiro-Relator para apresentação de suas alegações, para a qual convidei também os

membros do plenário, os representantes das d. secretarias, SDE e SEAE, e da Procuradoria do CADE, tudo, com o intento de garantir à Representada a ampla observância dos princípios do processo administrativo. A presença do Procurador-Geral do CADE, nessa reunião atendeu, em princípio, a reivindicação de vistas do aditamento pela Procuradoria. Ainda assim, informei aos presentes na reunião que quando o Termo de Compromisso de Cessação de Prática fosse à Procuradoria para sua manifestação, solicitaria ao i. Procurador que apreciasse também o aditamento às alegações finais apresentado. Nessa reunião, a Representada apresentou suas alegações, teceu considerações sobre o negócio de cigarros, sobre mercado relevante, e manifestou suas discordâncias com pontos dos pareceres constantes dos autos, em especial, do Parecer da SEAE. A degravação do que foi falado nessa reunião consta às fls. 2048 a 2104 dos autos.

Seguindo a pauta de procedimentos, após o recebimento das sugestões da Souza Cruz, foi elaborada uma proposta de termo de compromisso pelo Relator, e enviou-se cópia do mesmo aos advogados da empresa, convocando-os com a devida antecedência para discuti-la em reunião (fls. 2108/2115). A Representada, por seus advogados, requereu o adiamento da reunião agendada com o argumento de que isso possibilitaria o comparecimento à mesma dos novos membros deste conselho que seriam nomeados. Indeferi o pedido, visto que ao Relator cabe conduzir e proceder às negociações, independentemente de estar ou não completa a composição do Plenário, ainda mais, em se tratando de negociações preliminares (fls. 2116).

Realizada a reunião no dia e horário marcado, com a presença de um representante da Procuradoria do CADE, discutiu-se o alcance das condições contidas na proposta do Relator. Os representantes legais da Souza Cruz se propuseram a apresentar, por escrito, as alterações que desejavam fossem feitas, todavia, sem o compromisso do Relator de aceitá-las (fls. 2117/8).

De posse da minuta de termo de compromisso apresentada pela Souza Cruz, juntada em apartado confidencial (fls. 2121), o Relator confeccionou nova minuta acolhendo várias sugestões apresentadas, rejeitando, porém, outras, e marcou-se nova reunião com os representantes legais da empresa. Essa reunião ocorreu em 20.07.00, sem contudo se chegar a uma minuta final de termo de compromisso (fls. 2134).

Novamente, a despeito do processo de negociação do compromisso de cessação em andamento, peticionou a Representada, solicitando nova reunião com os membros do Plenário. Para justificar o pedido argumentou que com aposse de quatro novos conselheiros, a reunião anteriormente havida não teria sido

por eles aproveitada. Contra esse pedido, protestou com veemência a Representante, qualificando-o de manobra protelatória e requerendo o seu não atendimento (fls. 2137/47). Mesmo tendo como superada a fase do contraditório tendo em vista o pedido de celebração de compromisso da própria Representada, mas considerando que a reunião poderia ser oportuna para o esclarecimento de todos os membros do plenário, assenti, deferindo, ainda uma vez, o pedido, sem prejuízo do prosseguimento da pauta de negociações já estabelecida (fls. 2135/2136).

Para essa segunda reunião, distribuí com antecedência ao Senhor Presidente do CADE, aos ilustres Conselheiros e ao Procurador-Geral, um dossiê dando-lhes todas as informações básicas do processo, bem como informando-os do estágio das negociações para a celebração do termo de compromisso. A reunião da Souza Cruz com os ilustres membros do Plenário ocorreu em 16.08.00, e a ata da mesma consta dos autos às fls. 2148.

Nova reunião dos representantes da Souza Cruz com o Relator ocorreu em 22.08.00, tendo-se chegado, então, a uma minuta de termo de compromisso cuja cópia foi distribuída aos ilustres membros do Plenário e ao Procurador-Geral (fls. 2162/7).

Tendo estabelecido de comum acordo com a Souza Cruz, uma minuta de termo de compromisso de cessação, abri vistas dos autos à Procuradoria do CADE e determinei que cópia dessa minuta ficasse disponível, por oito dias úteis, na Secretaria de Apoio ao Plenário, para que quaisquer interessados tivessem acesso ela e pudessem apresentar sugestões ou comentários, por escrito, de forma que, depois de analisados, pudessem ser consideradas pelo Relator na elaboração da minuta final. Estes atos foram objeto do Despacho nº MF/34/2000, de 23.08.00, que foi referendado por este plenário e publicado no Diário Oficial da União nº 165, de 25.08.2000, Seção 1, pág. 3. Cópia desse despacho foi encaminhada ao Ministério Público Federal, por meio do Ofício Gb/CADE nº 2384/2000, de 25.08.00, assinado pelo Senhor Presidente do CADE.

A Procuradoria do CADE, manifestando-se sobre a celebração do compromisso de cessação com a Souza Cruz, no Parecer nº 504/2000, observou que estando atendidos os requisitos jurídico-formais de celebração do citado compromisso, previstos nas alíneas do § 1º do art. 53 da Lei nº 8.884/94, opina favoravelmente à sua aprovação pelo E. Plenário desta Autarquia.

É o relatório.

Brasília, 04 de setembro de 2000.

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

VOTO

1. A CONDUTA DA REPRESENTADA

Na representação, a Philip Morris Brasil S.A. (Philip Morris) alega que a representada, Souza Cruz S.A. (Souza Cruz), vem se conduzindo de forma lesiva à concorrência, por adotar cláusula de exclusividade de venda nos contratos que celebra com os pontos de venda de cigarros, que anteriormente também comercializavam suas marcas, em especial, os localizados em locais estratégicos, em *shopping centers* e aeroportos. Além disso, segundo a representação, a Souza Cruz havia celebrado contrato de exclusividade com o Makro, a maior rede atacadista do Brasil do tipo "*pegue e pague*" e uma das principais fontes de abastecimento dos pontos de venda em todo o território nacional. Assim, segundo a Philip Morris, a Souza Cruz, através da exclusividade pactuada, estaria bloqueando o acesso de sua mais importante concorrente a uma *parte substancial/ dos canais de distribuição*.

Em conformidade com o art. 30 e seguintes, da Lei nº 8.884/94, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça -SDE promoveu averiguações preliminares. Convocada a representada para prestar esclarecimentos, afirmou ser a representação nada mais que uma disputa comercial entre concorrentes, que deveria ser resolvida pelo mercado, e acusou a representante de adotar a mesma prática. Segundo a Souza Cruz, a Philip Morris, ao acertar a exclusividade de vendas com o varejo, acorda condições comerciais mais agressivas do que aquelas oferecidas por ela (fls. 226/8).

Comprovada a materialidade da conduta, foi instaurado o processo administrativo, de acordo com o art. 32 da referida Lei. A motivação do Despacho nº 352, do Secretário da SDE, de 30.09.98 (fls. 218), determinou que se apurasse a nocividade à concorrência da adoção, pela representada, de cláusulas de exclusividade de vendas nos contratos de *merchandising, nas cadeias de distribuição e de varejo*, tendo em vista a possibilidade de limitação ou impedimento de acesso de novas empresas ao mercado, bem como de desenvolvimento da única concorrente efetiva, ou, então, se essa atuação seria razoável frente às especificidades do mercado em questão. A conduta da representada, segundo o mencionado despacho, constituía indício de infração da ordem econômica e poderia ser alcançada pelo art. 20, inc. I/IV c/c art. 21, inc. V, VI e XI, da Lei nº 8.884/94.

2. ASPECTOS ESTRUTURAIS DO MERCADO DE CIGARROS NO BRASIL

2.1 Estimativa das participações nos mercados nacional e regionais de cigarros

De acordo com o parecer da SDE (fls. 1761/1827), o mercado brasileiro de cigarros é um **duopólio**, em que a Souza Cruz detém 77,7% da oferta nacional e a Philip Morris, 16,5% (dados de 1998). Os restantes 5,9% estão divididos entre empresas de pequeno porte, que atuam principalmente na classe de preços A, que é a de menor preço.

A evolução das participações de mercados das empresas participantes, tanto no mercado nacional quanto nos mercados regionais, com base em dados *Nielsen*, no período 1994/1997, são apresentadas nas tabelas abaixo:

Brasil				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	67,4	70,6	74,7	77,0
Philip Morris	21,5	18,8	15,9	14,3
Outros	11,1	10,7	9,4	8,7
Cat C/G				
Souza Cruz	82,3	81,7	81,7	80,4
Philip Morris	17,7	18,3	18,3	19,6

Nordeste				
Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	73,7	78,0	82,5	83,0
Philip Morris	3,7	1,6	0,3	0,1
Outros	22,5	20,5	17,3	16,8
Cat C/G				
Souza Cruz	99,7	99,9	99,7	98,7

Philip Morris	0,3	0,1	0,3	1,3
---------------	-----	-----	-----	-----

Sul/Sudeste Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+ B				
Souza Cruz	66,0	68,9	72,5	74,8
Philip Morris	24,3	22,0	19,2	18,0
Outros	9,7	9,1	8,3	7,2
Cat C/G				
Souza Cruz	80,7	79,9	79,7	78,3
Philip Morris	19,3	20,1	20,3	21,7

Centro-Oeste Market Share (%)				
	1994	1995	1996	1997
Cat A+B				
Souza Cruz	81,9	83,6	90,6	93,8
Philip Morris	5,0	4,5	4,1	2,0
Outros	13,1	11,9	5,2	4,3
Cat C/G				
Souza Cruz	94,3	91,5	92,2	91,9
Philip Morris	5,7	8,5	7,8	8,1

Fonte: Nielsen/Souza Cruz, fls. 17 apartado.

Nos últimos anos, o mercado brasileiro de cigarros vem assistindo ao crescimento do mercado informal, estimulado pelos ganhos elevados, proporcionados pela sonegação fiscal, especialmente por meio do retorno, via contrabando, do cigarro exportado legalmente pelas empresas brasileiras, e também pelas falsificações. Para inibir o retorno dos produtos ao país, por contrabando, o governo federal criou uma alíquota de 150% para vendas a países fronteiriços.

Entre 1990 e 1997, a produção brasileira de cigarros aumentou 5,52%. Entretanto, em 1998, os dados indicam que a produção caiu para níveis inferiores ao de 1990 (170 bilhões de unidades). No mesmo período, as vendas internas de cigarros diminuíram em 40%, o que foi compensado pelo bom desempenho das exportações. O principal motivo para a redução nas vendas, segundo a

Abifumo (Associação Brasileira da Indústria de Fumo), tem sido o crescimento do mercado informal.¹

A elevada tributação e a rigidez da regulamentação da comercialização de cigarros no país deixam pouca margem para uma competição por preço no mercado formal entre as empresas fabricantes.

O cigarro é comercializado em todo o território nacional nos mais diversos pontos de venda: bares, tabacarias, padarias, bancas de jornais, mercearias, supermercados, casas noturnas, restaurantes, lojas de conveniência etc. Segundo dados da *Nielsen*, cerca de 340.000 pontos de varejo comercializam cigarros regularmente no país.

A capacidade das empresas de colocar os seus produtos no maior número possível de pontos de venda, de forma constante, ou seja, a capilaridade do sistema de distribuição de cigarros, é de suma importância para a competitividade de cada uma delas, devido, entre outros fatores, ao baixo valor específico do produto, o que implica que os consumidores não tendem a se deslocar longas distâncias para adquiri-lo.

A pequena margem bruta do fabricante, de 18%, obriga-o a reduzir ao máximo seus custos de produção, embalagem, distribuição e *marketing*, o que exige uma rede de distribuição eficiente e capilar. Uma tal rede é, portanto, essencial para a competitividade no mercado de cigarros e se constitui numa importante barreira à entrada de novos fabricantes no setor. Sobre este ponto voltarei mais adiante quando tratar das barreiras à entrada nos mercados de cigarro.

2.2 Os mercados relevantes

Na dimensão do produto, a SDE entendeu que o mercado relevante é o de **cigarros em geral**, dado que *é de conhecimento público que os consumidores, em geral, não substituem o cigarro pelo charuto, cachimbo, cigarrilha ou qualquer outro produto*. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do

¹ Gazeta Mercantil, Panorama Setorial " A Indústria do Fumo", Maio de 1999, p. 114. Segundo essa fonte. *"De maneira geral, o consumo de cigarros tem diminuído em 1,5% ao ano nos países de economia desenvolvida e aumentado, nessa mesma taxa nos países periféricos. Essa nova distribuição da demanda de cigarros começou a ser delineada na década de 70, quando se tornaram mais agressivas as campanhas antitabagistas nos Estados Unidos e Europa, contribuindo para a queda no consumo em alguns países europeus e nos Estados Unidos"*.

Ministério da Fazenda- SEAE, por sua vez, entendeu que devem ser definidos dois mercados relevantes distintos: o de *cigarro-varejo* e o de *cigarro-atacado*. A distinção entre esses dois mercados foi motivada pela percepção de que é diferente a demanda de cada produto: a compra de cigarros no atacado é destinada a posterior comercialização, principalmente, ou ao consumo próprio, mas não imediato, em menor medida, enquanto a compra de cigarros no varejo é destinada ao consumo próprio e imediato.

De qualquer forma, os mercados relevantes de produto delimitados tanto pela SDE quanto pela SEAE, são, como se vê, praticamente coincidentes, pois, embora a SDE afirme ser o *cigarro em geral*, o produto relevante, no decorrer da análise ela distingue o segmento varejo do segmento atacado. Já a SEAE distingue de imediato os dois mercados relevantes de produto.

No que se refere às dimensões geográficas dos mercados relevantes nas definições dadas pelas duas secretarias (SDE e SEAE), tanto no caso do cigarro-varejo quanto no caso do cigarro-atacado ocorrem divergências significativas, que inclusive se refletem na avaliação de cada parecer quanto aos efeitos da prática nos mercados relevantes.

Para a SDE, os mercados relevantes geográficos, para fins de investigação da prática de exclusividade de vendas no varejo são: (i) nas áreas urbanas *abertas*, o **raio de 500 m**, a partir de um ponto fixo, que é o local onde está o consumidor demandante do produto; (ii) **os shopping centers**; e (iii) **os aeroportos do país**. Já para a SEAE, os mercados geográficos são o conjunto dos produtos- localidades em que a conduta ocorre: **cada área (shopping/aeroporto/conjunto de quadras)** coberta pelos pontos de venda objeto de acordos de exclusividade.

Portanto, embora as definições dos mercados relevantes geográficos adotadas pelas duas secretarias tenham, conforme pode ser visto nos seus pareceres, seguido o mesmo princípio da delimitação restrita dos mercados, as mesmas resultam, todavia, em diferentes dimensões em alguns desses mercados. A definição da SEAE abrange espaços geográficos substancialmente menores – *“poucos metros” dos pontos de venda onde o contrato de exclusividade foi celebrado*, -em comparação com o raio de 500 metros (aparentemente muito grande), definido pela SDE. O resultado é que, dentro de cada mercado geográfico delimitado pela SEAE provavelmente haverá um número de pontos de venda bem menor do que em cada mercado definido pela SDE. Tal metodologia faz com que, dado um certo número de pontos de venda submetidos a contrato de exclusividade em uma certa região, exista um número maior de

mercados relevantes com um grau de "fechamento" para os produtos da Philip Morris maior do que haveria se fosse adotado o procedimento proposto pela SDE. Esta foi a razão pela qual a SEAE vislumbrou efeitos anticompetitivos potenciais da prática de exclusividade da Souza Cruz nas áreas urbanas *abertas* que, para a SDE, não existiam, salvo aqueles derivados das cláusulas de renovação automática e de preferência escritas nos contratos de *merchandising*.

Já no caso do cigarro-atacado, também ocorrem divergências significativas nas dimensões geográficas dos mercados relevantes definidos pelas duas secretarias.

Para a SDE, no caso da prática de exclusividade em redes atacadistas e distribuidores, o mercado relevante geográfico é o **município**, para as cidades de grande porte (acima de 500 mil habitantes); e o **município e seus arredores**, para as cidades de pequeno e médio porte (até 500 mil habitantes). Para a SEAE, os mercados relevantes geográficos, nesse caso, devem ser definidos como compreendendo cada estabelecimento da rede Makro, separadamente. Esta delimitação da SEAE para os mercados geográficos é sustentada por uma pesquisa da Marplan, que indica que 92% dos varejistas que adquirem cigarros em uma loja do Makro, ali vão para comprar outros produtos e aproveitam para adquirir os cigarros, o que permite concluir, segundo a SEAE, que os varejistas que não são atendidos pela distribuição direta dos fabricantes não recorrem a outros estabelecimentos atacadistas para comprar as marcas de cigarros que não encontram no Makro. Assim, o fator decisivo para a SEAE é que os demandantes de cigarros em uma loja Makro não passarão a comprar o produto em outro atacadista, se seus preços sofrerem um pequeno aumento, ou uma determinada marca não for encontrada.

Portanto, também no caso do cigarro-atacado, o critério de delimitação do mercado relevante geográfico foi fundamental para aquilatar se o contrato de exclusividade da Souza Cruz com o atacadista Makro teria efeitos anticompetitivos no mercado. Para a SDE, a prática da Souza Cruz no mercado de cigarro-atacado não prejudica a concorrência, enquanto para a SEAE, a mesma prática é danosa à concorrência.

A Procuradoria do CADE define o mercado relevante por meio da fusão de argumentos empregados pela SDE e pela SEAE nos seus pareceres. De acordo com a Procuradoria, são os seguintes os mercados relevantes: (i) mercado de cigarro-varejo em cada *shopping center*; (ii) mercado de cigarro-varejo em cada aeroporto; (iii) mercado de cigarro-varejo para mercados abertos em um

raio de 500 metros a partir do estabelecimento com contrato de exclusividade; e (iv) mercado de cigarro-atacado em nível municipal/regional.

A definição do mercado relevante constitui um elemento fundamental para a avaliação dos efeitos anticompetitivos da prática objeto de investigação. Na definição de **Paula Forgioni** (*Os Fundamentos da Análise Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 201), citada pela SDE, "o mercado relevante geográfico é a área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada como restritiva"². De acordo com a Resolução CADE nº 20/99, o mercado relevante -em suas dimensões produto ou geográfica - constitui o espaço no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. É importante enfatizar este ponto porque a dimensão nacional do mercado relevante, sugerida tanto pela representada quanto pela representante, não permitiria que os possíveis efeitos da prática fossem identificados e avaliados. O mercado relevante, nesse caso, é a área na qual o acordo de exclusividade produz seus efeitos³. E um dos efeitos dos acordos de exclusividade de venda, como veremos mais adiante, é o "fechamento" do mercado aos produtos dos concorrentes, que não é, em geral, avaliado diretamente pelo *market share* da empresa que a pratica.

Dada a importância da correta definição do mercado relevante geográfico permito-me alongar um pouco mais nas minhas considerações sobre este tema.

No caso do cigarro-varejo, embora não exista um estudo empírico quantitativo que permita dimensionar a substituíbilidade da demanda entre os cigarros disponíveis ao consumidor em diferentes localidades, os argumentos expostos nos pareceres da SDE e SEAE tornam razoável assumir que o consumidor médio considera custoso se deslocar geograficamente para adquirir sua marca preferida, *mesmo em distâncias relativamente pequenas*. Essa hipótese adotada, tanto pela SDE quanto pela SEAE, é apoiada pela doutrina econômica. De acordo com Scherer, F. & Ross, D. (*Industrial Market Structure and Economic Performance*. Boston: Houghton Mifflin, 1990, p. 7), bens de conveni-

² Sobre esse ponto, também já manifestou a i. ex-Conselheira do CADE Lucia Helena Salgado, referindo-se à definição de mercado relevante para a análise de atos de concentração, para quem, na definição do mercado relevante geográfico, a questão é saber, *onde o poder de mercado, se existente, pode ser exercido, ou seja, onde tem efeito a operação* ("O Conceito de Mercado Relevante" in Revista de Direito Econômico (CADE), nº 26 (Ago./Dez. 1997), pp. 37-46).

³ Cf. Bellamy e Child (Vivien Rose, Ed.). *Common Market Law of Competition*. London: Sweet & Maxwell, Fourth Edition. 1993, p. 98.

ência, tais como pasta de dente, lâmina de barbear e cigarros são itens adquiridos em pequenas compras nos arredores porque os custos da busca de comparação de preços superam os benefícios (tradução livre).⁴

Assim, na falta de estimativas que calculem a elasticidade-preço da demanda, a pesquisa da Marplan constante dos autos pode mesmo indicar, como afirma a SEAE, que os consumidores simplesmente aceitariam o aumento de preço, dado que não estariam dispostos a 1º) substituir o cigarro por outro produto naquele momento; e que 2º) comprá-lo em outro lugar importaria elevado custo de busca *vis-à-vis* o preço unitário de um maço de cigarros. Há, portanto aqui, convergência nas conclusões da SDE e SEAE, com o que também estou de acordo, que nas áreas "fechadas" é factível a possibilidade de abuso do poder de mercado, em decorrência da prática de exclusividade de venda.

Esse raciocínio, válido para o âmbito dos *shopping centers* e aeroportos, também pode ser aplicado às áreas urbanas "abertas" em geral. No caso dessas áreas, tais custos estão certamente presentes, mas existe uma dificuldade em dimensionar seu efetivo impacto em termos da distância que os consumidores estariam dispostos a se deslocar para adquirir o cigarro da marca preferida. Portanto, embora exista um elemento de subjetividade na fixação dessa distância, entendo que mesmo em distâncias curtas (menores que os 500 metros definidos pela SDE), o custo de busca do cigarro para consumidores que não o adquirem em grandes quantidades para estocá-lo é muito superior ao seu preço unitário. Assim, a possibilidade de exercício abusivo de poder de mercado, nesses pontos de venda com exclusividade, é plausível, considerando-se que também nessas áreas "abertas" ocorrem barreiras à entrada como adiante será discutido.

No caso do *cigarro-atacado*, as dimensões geográficas dos mercados relevantes, ambas as definições da SDE e da SEAE, embora divergentes, estão embasadas em argumentação técnica razoável que justifica as respectivas opções metodológicas, não merecendo aqui qualquer crítica. Entretanto, nem a SDE nem a SEAE se preocuparam em verificar o poder de mercado do Makro nas cidades em que esta rede tem lojas.

A SEAE concluiu que os efeitos líquidos da prática da representada nesse mercado seriam negativos, pois, sendo cada estabelecimento Makro um mercado relevante em si, e, sendo o contrato de exclusividade de venda, pactuado

⁴ No original: "*Convenience goods, such as toothpaste, razor blades, and cigarettes, are items purchased with little shopping around because the costs of obtaining price comparisons outweigh the benefits*".

com a própria rede Makro, o grau de "fechamento" do mercado relevante de cada estabelecimento, será, obviamente, de 100%. Como já mencionado, a SEAE fundamentou sua definição geográfica de mercado na pesquisa da Marplan, que indica que a maioria dos clientes do Makro não recorrem, como regra, a outros estabelecimentos para a compra de cigarros.

Já a SDE concluiu que a prática da representada em *redes atacadistas* não se enquadraria no art. 20 da Lei 8.884/94, tão somente com base nos seguintes argumentos: i) há um grande número de atacadistas disponíveis "no mercado" para as concorrentes distribuírem seus produtos; ii) o atacadista é mais um intermediário que não é interessante para o fabricante; e iii) a extensão da prática seria limitada devido ao elevado preço pago ao Makro pela representada.

Também nesse ponto tenho que discordar da SDE, pois, entendo que a rede Makro, por seu porte, capilaridade e modo de operação, não é um atacadista qualquer, e por isso, a instrução do processo não poderia prescindir de uma análise mais aprofundada em cada mercado relevante onde se localizam as lojas dessa rede.

Algumas considerações sobre as condições concorrenciais nos mercados de cigarros, no entanto, serão ainda expandidas, sem me preocupar, obviamente, com uma definição mais precisa dos mercados relevantes.

2.3 Análise das condições concorrenciais efetivas e potenciais nos mercados relevantes

2.3.1 Padrões de concorrência nos mercados de cigarros

Conforme o parecer da SDE, o mercado brasileiro de cigarros é um oligopólio diferenciado, termo utilizado pela literatura de Organização Industrial para referir-se a mercados concentrados em que não prevalece a concorrência via preços, mas a concorrência por diferenciação de produto. A exceção a esse padrão concorrencial ocorreria nas classes de menores preços (A e B), nas quais concorrem as empresas de pequeno porte, com recursos limitados para investir em publicidade.

A elevada tributação e a rigidez da regulamentação da comercialização de cigarros no país não deixam margem para uma competição via preço no mercado formal entre as empresas fabricantes de cigarros, com exceção, como já dito, das classes de preço A e B. Em razão da carga tributária incidente sobre

o cigarro, menos de um quinto de um aumento de preços do produto seria apropriado pela empresa fabricante.

O grau de fidelidade dos consumidores à sua marca habitual de cigarros está em torno de 76%.⁵ Cálculos citados pela SDE evidenciaram baixa elasticidade-preço do produto, consistente com a percepção de que os consumidores de cigarros não reagem às variações de preço, no curto prazo. Assim é que a Souza Cruz e a Philip Morris fazem investimentos vultosos em *marketing* para diferenciar seus produtos dos demais, estando entre os principais anunciantes do País.

Os recursos investidos em *marketing* são direcionados, em sua maior parte, para propaganda nos meios de comunicação de massa, mas além dos gastos publicitários nas mídias eletrônica e impressa, as empresas recorrem à promoção em pontos de venda. As duas principais fabricantes utilizam os canais de venda em suas promoções de *marketing*, disponibilizando *displays* e material promocional para serem colocados nos locais. Daí o interesse das empresas nos contratos de exclusividade de *merchandising* que celebram com os pontos de venda considerados estratégicos, em especial, por ser a propaganda nos meios de comunicação altamente regulamentada, e, num cenário de ampliação das restrições à propaganda do produto. Como reconhece a própria representada nos esclarecimentos iniciais prestados à SDE "[O] *que de fato existe é uma acirrada competição entre a Souza Cruz e a Representante, no que se refere à disputa por determinados pontos de venda localizados em situações estratégicas para a difusão de suas marcas*" (fls. 229).

A força das vendas dos fabricantes está centrada no pequeno varejo. Os canais mais representativos nas vendas da Souza Cruz são os bares, restaurantes, mercearias, lanchonetes, cafés, tabacarias e bancas de jornais, que representam 80% dos pontos de venda e 65% do volume vendido. Supermercados e atacadistas representam apenas 3% do total das vendas.⁶

Um dos pareceres trazidos aos autos pela representada⁷ mostra que a exclusividade, embora praticada pelas concorrentes em segmentos distintos da cadeia de distribuição, está presente na estrutura do mercado de cigarro, com o objetivo principal de reforço para a comunicação da marca. Segundo tal parecer,

⁵ Dados da Marplan colhidos em pesquisas contínuas (citado pela representada, fls. 333).

⁶ Dados da Gazeta Mercantil, Panorama Setorial A Indústria do Fumo. Maio 1999. P. 102.

⁷ Parecer do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, às fls. 397/408.

“... a exclusividade, na estrutura concentrada do mercado brasileiro de cigarros tem características diferentes conforme as estratégias das empresas.

A Souza Cruz, por adotar um sistema de distribuição direto (empresa/varejista) limita seus acordos de exclusividade aos pontos em que a competitividade é mais acesa, por conta do sistema adotado por sua maior concorrente.

A Philip Morris opta por um sistema também direto, porém focado em áreas urbanas e varejos mais representativos, tendo em vista a força (mundial) da marca Marlboro, trabalhando também, em algumas regiões, com um sistema de distribuição conjunta de cigarros com outros produtos do grupo, como chocolates e balas, por meio de micro-distribuidores, com os quais mantém acordos de exclusividade de promoção, comercialização, representação ou distribuição direta ou indireta do conjunto dos produtos, embora, em menor escala, faça também, ela própria, uso da exclusividade em varejos ”

Assim, de acordo com o parecerista, o contrato de exclusividade das empresas do setor, com a *"função promocional"*, seria, no caso da Souza Cruz, com o varejista, enquanto, no caso da Philip Morris, com o micro-distribuidor e o varejista. Lembra, ainda, esse parecer, que tais contratos buscam continuar a força dos portfólios de marcas das empresas junto aos demais elos da cadeia e aos consumidores, já que ambas operam primordialmente com o sistema de distribuição direta.

2.3.2 Aferição do grau de rivalidade entre os participantes nos mercados relevantes

A Souza Cruz S.A. é uma empresa brasileira, fundada em 1903, que atua na produção e comercialização de cigarros industrializados. Produz também fumo que utiliza para a fabricação dos seus cigarros e para exportação. Dentre as principais marcas de cigarros lançadas pela Souza Cruz no mercado brasileiro, destacam-se *Hollywood, Minister, Belmont, Carlton, Free e Derby*.

A empresa é subsidiária do grupo inglês **British American Tobacco (BAT)**, ao qual se associou em 1914. A **BAT** atua mundialmente no mercado de cigarros. Seu faturamento bruto, no exercício de 1997, foi de US\$ 39,8 bilhões, sendo R\$ 6,1 bilhões no Brasil, por meio da Souza Cruz. Em janeiro de 1999, a BAT adquiriu o controle acionário da **Rothmans International B.V.**, em-

presa também atuante no mercado de cigarros. Juntas passaram a deter 16% do mercado consumidor de cigarros no mundo, ficando atrás apenas do grupo Philip Morris.

A Philip Morris Brasil S.A. é uma empresa brasileira, que atua na produção e comercialização de cigarros industrializados no país, desde 1973. As principais marcas de cigarros que comercializa no Brasil são *Marlboro*, *L & M Lights*, *Dallas*, *Galaxy*, *Parliament*, *Benson & Hedges*, *Lark* e *Chancellor*.

A empresa é subsidiária do grupo **Philip Morris (Philip Morris Companies Inc.)**, que atua mundialmente não apenas no mercado de cigarros, em que é líder mundial, com 18,2% do mercado consumidor, mas também no mercado de alimentos e de cerveja (Miller). No Brasil, atua no mercado de alimentos, através da empresa Kraft Lacta Suchard Brasil S.A., líder do mercado de chocolates e confeitos. Atua também no mercado de bebidas em pó e goma. Dentre as marcas de grande consumo popular do grupo no país, destacam-se *Sonho de Valsa*, *Bis*, *Laka*, *Tang* e *Ping Pong*. Possui a segunda marca mais valiosa do mundo (*Marlboro*) e trabalha com uma estratégia mundial de fabricação, distribuição, tecnologia e propaganda. O faturamento global do grupo, no exercício de 1997, foi de US\$ 72 bilhões. Considerando apenas a sua atuação no mercado de cigarros no Brasil, seu faturamento foi de US\$ 2,2 bilhões.

No negócio de cigarros, é a maior empresa de fumo do mundo, com 17% do volume mundial. Em termos de negócio de cigarro, sua participação, nos EUA, era, em 1997, de 48%, na Europa, de 31% e na América Latina, de 28%. No Brasil, em 1996, era a 28ª empresa do País em faturamento, sendo que, de 1973 . até 1990, sua participação no mercado de cigarros atingiu 16,2%, com a compra, naquele ano, da **R.J. Reynolds**.

A **British American Tobacco**, controladora da Souza Cruz, tem uma participação expressiva no mercado brasileiro de cigarros (77, 7%), no qual atua já há anos. Comparado com a Philip Morris, porém, seu potencial concorrencial não é insuperável.

Em operação no Brasil há 97 anos, a Souza Cruz conquistou um conhecimento do consumidor brasileiro que lhe deu excelentes condições estratégicas. Desenvolveu marcas brasileiras, atendendo desejos específicos. Desde os anos 30, *Continental* e *Hollywood* mantêm significativas participações no mercado.

A Souza Cruz soube acompanhar as tendências do mercado com a marca *Minister*, mas a Philip Morris tem a marca avaliada como a mais valiosa do

mundo, a *Marlboro*, estimada em US\$ 44,6 bilhões, que desde sua introdução no Brasil, apresenta um crescimento contínuo sendo a marca que mais cresce.

A Souza Cruz demonstra uma boa administração em suas promoções, o que constitui um fator importante de competição no mercado de cigarros. Tem capital expressivo para disputar o segmento dos cigarros *premium*, que requer investimentos altíssimos em mídia, eventos, campanhas promocionais e colocação do produto no ponto de venda. Todavia, a Philip Morris, no seleto grupo de gigantes do tabagismo mundial, é a líder absoluta e a 6ª empresa em termos de valor de mercado do mundo.

No mercado brasileiro, o grupo Philip Morris possui empresas de expressão em outros setores. Diante disto, embora, no País, apresente, em relação à Souza Cruz, uma paridade de força baseada em capital, a Philip Morris conta com um suporte de capital substancialmente maior, amparado em uma poderosa *holding*, o que, certamente, lhe dá uma grande potencial idade competitiva.

As duas maiores fabricantes, Souza Cruz e Philip Morris, administram diretamente a distribuição dos seus cigarros, sendo responsáveis pelas vendas e pelo transporte. Possuem equipes de vendas cobrindo o mercado brasileiro, que estabelecem um ativo vínculo com os canais de distribuição.

A Souza Cruz é considerada um exemplo de eficiência na área de distribuição e logística. Para cobrir todo o território brasileiro, possui depósitos e dependências em todos os estados. Nos principais centros de consumo, a operação é feita dentro do conceito de Centro Integrado de Distribuição, que reúne e coordena, a partir de um mesmo local, e de forma automatizada, as diversas operações da área de logística.

Já a Philip Morris tem nove centros de distribuição no País, e a partir de 1997, passou a adotar uma nova forma de distribuição e vendas. Os canais de vendas passaram a ser segmentados por tipo de canal e não mais por produto. Assim, eles foram segmentados em quatro tipos: supermercados, atacadistas, distribuidores e pequeno varejo. Em alguns mercados selecionados, como os dos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, as vendas de seus produtos alimentícios e tabaco também foram unificadas, oferecendo, os vendedores, todo o portfólio da empresa.

2.3.3 Barreiras à entrada

Conforme o parecer da SDE, *as barreiras à entrada no mercado brasileiro de cigarros são elevadíssimas*, dadas sobretudo, pelos investimentos necessários em publicidade e na rede de distribuição do produto.

A tecnologia de produção no mercado de cigarros é bastante difundida e o acesso ao fumo, a principal matéria-prima utilizada na fabricação do produto, é amplo. No entanto, a Souza Cruz e a Philip Morris auferem vantagens absolutas de custo em relação às demais empresas participantes do mercado por adquirirem as matérias-primas em grandes quantidades. Vale observar que a Souza Cruz é a maior exportadora de fumo do mundo, e ambas, Philip Morris e Souza Cruz, são grandes exportadoras de cigarros.

Outro tipo de barreira à entrada, ainda conforme o Parecer da SDE, é a fidelidade dos consumidores marca, e baixa elasticidade-preço do produto no curto prazo, evidencia a presença de elevados custos irrecuperáveis (*sunk costs*) ligados à diferenciação do produto pela marca. Marcas como *Marlboro*, *Dallas*, *Hollywood*, *Carlton* e *Free* constituem ativos valiosos para suas proprietárias. As empresas do duopólio fazem gastos vultosos em *marketing* para diferenciar seus produtos dos demais e garantir a fidelidade dos consumidores. Conforme aponta o parecer da SDE, essa é, sem dúvida, uma das maiores barreiras estruturais à entrada no mercado de cigarros.

O baixo valor específico do cigarro torna essencial a capacidade das empresas de colocar os seus produtos no maior número possível de varejos, o que eleva os custos relacionados à distribuição, pela complexidade logística envolvida. Como já observado, uma rede de distribuição eficiente e capilar é de suma importância para os custos e para a competitividade das empresas no mercado de cigarros. A participação relativa das empresas, por região do país, conforme apresentado no item 2, mostra como a participação da Philip Morris é incipiente no nordeste, região em que a rede de distribuição da empresa não é forte. A rede de distribuição se coloca assim como uma das maiores barreiras à entrada no mercado de cigarros, principalmente quando se considera as fortes economias de escala associadas à atividade.

Assim, ao contrário do que afirma a representada (fls. 334), o nível das barreiras à entrada é elevado no mercado de cigarros, tanto no "mercado de origem", o que foi demonstrado acima, quanto nos mercados relevantes "alvo" (revenda de cigarros no atacado e no varejo), tendo em vista, sobretudo, a presença de *economias de escopo* consideráveis, como veremos a seguir.⁸

⁸ As expressões "mercado de origem" e mercado "alvo", são empregadas na literatura antitruste para indicar o mercado onde se origina o poder de mercado manifestado na

Segundo a análise da SDE, as barreiras à entrada para a revenda de cigarros, nos *shopping centers* e aeroportos (áreas "fechadas") seriam elevadas, o mesmo não acontecendo com as áreas urbanas "abertas". Embora nessas áreas "abertas" não existam limitações formais e de espaço físico à abertura de novos pontos de vendas de cigarros, ao contrário dos *shopping centers* e aeroportos, entendo, como também aponta a SEAE, que podem existir, nessas áreas, outras limitações de natureza econômica. Entre estas devem ser consideradas: (i) a difícil viabilidade econômica de um estabelecimento comercial especializado apenas na venda de cigarros (a única exceção seria a dos vendedores ambulantes, se é que venderiam somente cigarros) e (ii) a saturação de certas regiões em termos não necessariamente .de cigarros, mas do *conjunto* de produtos com ele comercializados, fato que impede a abertura de novos bares, novas bancas de jornais, e outros estabelecimentos que tipicamente comercializam cigarros nessas áreas. A revenda de cigarros é uma atividade que envolve economias de escopo, e, além disso, nem todos os estabelecimentos comerciais vendem cigarros.

Do mesmo modo, nos mercados relevantes de cigarros no atacado ocorrem economias de escopo, o que gera barreiras à entrada consideráveis (seja no mercado mais restrito, definido pela SEAE, ou no âmbito de municípios, como realizado pela SDE).

Tenho, portanto, dificuldades em concordar com a conclusão da SDE, de que a prática de exclusividade de venda nas áreas "abertas" e no caso do cigarro-atacado não restringe o acesso do consumidor ao produto de sua preferência nem bloqueia o acesso de concorrentes aos pontos de venda, tendo em vista as condições de entrada nesses mercados relevantes acima delineadas.

3. ANÁLISE DA CONDUTA

Os acordos de exclusividade ocorrem quando os compradores de determinado bem ou serviço se comprometem a adquiri-lo com exclusividade de determinado vendedor (ou vice-versa), ficando assim proibidos de comercializar bens dos rivais.

Em linhas gerais, pode-se dizer que os acordos de exclusividade correspondem a uma espécie de "integração vertical contratual", e, como tal, é razoável que sejam tratados de forma análoga aos atos de integração vertical, isto é,

prática vertical, e o mercado onde os efeitos do exercício desse poder de mercado, consubstanciado na prática restritiva, se dão.

pela "regra da razão", confrontando riscos anticoncorrenciais da mesma natureza, como a criação de barreiras à entrada e os riscos de fechamento do mercado ("foreclosure") para os concorrentes que já atuam no mercado, com possíveis "eficiências" tipicamente associadas a custos de transação.⁹

O fechamento do mercado para competidores existentes e potenciais ocorre quando: (i) a empresa que implementa a prática aumenta seu poder de mercado, ao dificultar o acesso dos consumidores aos produtos dos competidores; e (ii) as barreiras à entrada se elevam com a implementação do acordo, já que um eventual entrante teria que investir em duas etapas da cadeia produtiva ou incorrer em custos de coordenação para garantir a entrada simultânea de novos distribuidores. De acordo com o Anexo 1-B da Resolução CADE na 20/99, as duas situações implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada para competidores potenciais, seja por elevarem os custos dos competidores efetivos.

Para que tal efeito de fechamento do mercado se verifique e ocorram danos significativos à concorrência, é necessário que estejam presentes duas condições: (i) **existência de poder de mercado (posição dominante) por parte da empresa que implementa a exclusividade**; e (ii) **que a parcela do mercado atingida pela prática tenha uma extensão significativa**.

Por conseguinte, um elemento importante na avaliação dos efeitos anticompetitivos dos acordos de exclusividade está no "grau de fechamento" do mercado -ou seja na proporção de clientes potenciais cujo acesso para outras empresas é impedido.¹⁰

Quanto às eficiências/benefícios que os acordos de exclusividade geralmente trazem ao mercado, a Resolução CADE nº 20 aponta as seguintes: economias de escala no mercado "alvo", proteção de ativos contra condutas oportunistas

⁹ Para Claudia Curiel, citada pelo Parecer da SDE (fls. 1786), as práticas restritivas verticais "*tienden a afectar la estructura del mercado, por cuanto constituyen formas alternativas o parciales de integración entre empresas; pero al mismo tiempo implican aspectos conductuales, relevantes a los fines de resguardar el grado de competencia em el mercado*" ("Análisis de Competencia Respecto a Diferentes Modalidades de Restriciones Verticales", Brasília, 1998, p. 1, mimeo).

¹⁰ Os acordos de exclusividade com distribuidores podem, também, ser um fator que facilita a implementação de condutas concertadas entre os fabricantes. Se os distribuidores comercializam produtos de diferentes fabricantes, suas iniciativas no sentido de procurar obter descontos nos preços podem dificultar a manutenção de um acordo de preços.

(*free riding*), e estímulo à prestação de serviços pré e pós venda. Essas possíveis "eficiências" foram consideradas, no caso em tela, tanto pela SDE quanto pela SEAE.

A propósito, cabe mencionar que poucas vezes o colegiado do CADE se manifestou formalmente sobre os efeitos da prática de exclusividade de vendas em mercados específicos.¹¹

No caso em apreço, considerou-se que o mercado de cigarros no Brasil é concentrado -um duopólio. A empresa dominante, a Souza Cruz, tem um *market share*, em termos nacionais, de 77, 7% (dados de 1998). A Philip Morris, detém somente 16,5% de participação nesse mercado.

Como se pode verificar das tabelas de *market share* apresentadas no item 2, tanto a nível nacional, quanto a nível regional, a Philip Morris vem perdendo participação de mercado, nas classes de cigarro de menor preço (A+B), en-

¹¹ No caso Valer Alimentação/ACATS (PA 32/92), julgado em 22.04.93, o Conselho decidiu pelo arquivamento do processo, por inexistir o objetivo de dominar o mercado ou prejudicar a concorrência, *quando o empresa for de pequeno porte* (Revista do IBRAC, V. 2, n° 2, p. 1-18). Também no caso de contratos de exclusividade de empresas seguradoras com seus corretores de seguros, o CADE decidiu em 02.08.2000 que não seria ilícito tais contratos, no caso em que a empresa "*pretende entrar no mercado*" (Consulta 048/99, Vera Cruz Seguradora S.A.). No caso do mercado de cerveja, cuja exclusividade de venda seria, de certa forma, similar à do cigarro, por duas vezes a questão foi abordada em Plenário (julgamento do Pedido de Reapreciação do AC n° 58/95, *Brahma/Miller*, e no AC n° 08012.005846/99-12 (AMBEV). No entanto, a questão, no primeiro julgamento, ficou dependendo de um "estudo" a ser contratado pelo CADE sobre o sistema de distribuição de cerveja, e, no segundo caso, embora este Relator, tenha sido enfático no seu voto quanto à necessidade de proibição, da AMBEV, de praticar a exclusividade de venda no varejo, dado o poder de mercado a ela conferido pela concentração, fui vencido, neste ponto particular. A necessidade de um estudo para investigar os efeitos da exclusividade de venda no mercado de comercialização de veículos e peças originais e de reposição foi também levantada no julgamento do PA n° 08000.019862/96-89 (ABRADIF/FORD) e do PA n° 89/92 (Volkswagen do Brasil). No mercado de distribuição e revenda de combustíveis, a questão da exclusividade de venda das distribuidoras para os postos foi direta para o Judiciário e o Juiz Rubens Alexandre Calixto (13 Vara Federal de Franca, SP) concedeu liminar que suspende por um ano as cláusulas de exclusividade dos contratos de distribuição de combustíveis. A alegação do pedido era que a exclusividade, nesse mercado, viola o princípio constitucional da livre iniciativa, com prejuízos aos consumidores (Jornal Gazeta Mercantil, de 10.03.2000). No mercado de cartões de crédito, consta o PA n° 08000.022500/96-66 (Visa/American Express), sobre o qual o CADE ainda não se manifestou.

quanto a Souza Cruz vem conquistando os pontos percentuais perdidos tanto pela Philip Morris, quanto pelas outras empresas. Em compensação, nas classes de maior preço (*C/G*), também, tanto no mercado nacional como em todos os mercados regionais, a Philip Morris vem conquistando parcelas que antes pertenciam à Souza Cruz.

Se considerarmos as vendas de cigarros como um todo, sem distinção de classes, os dados indicam que a Philip Morris vem perdendo mercado para a Souza Cruz. Enquanto a participação nacional da Philip Morris caiu de 19,4% em 1994 para 17,2% em 1997, a Souza Cruz aumentou sua participação de 75,6% para 78,8%, no mesmo período. Destaque-se, todavia, que os dados dos autos indicam que a Philip Morris vem ganhando mercado da Souza Cruz na capital e interior do Estado de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, mercados esses em que a sua distribuição é mais eficiente (fls. 429), e, paradoxalmente, onde se concentra, aproximadamente, 60% do volume total de vendas feitas por pontos de venda com exclusividade da Souza Cruz (fls. 16 dos autos apartados), o que pode indicar que a queda de *market share* alegada pela Philip Morris não tem relação de causa e efeito com a exclusividade de venda utilizada pela Souza Cruz.

De qualquer forma, observa o Parecer da SDE, que **a participação de mercado da Souza Cruz, superior a 65% em todas as regiões do país (Estado de São Paulo: 66,9%, em 1998 (fls. 429), aliada às elevadas barreiras à entrada no mercado de cigarros, conferem à empresa um incontestável poder de mercado.**

Quanto aos graus de "fechamento", observe-se que esses dependem, evidentemente, da definição dos mercados relevantes na dimensão geográfica. Mas mesmo com o uso de uma delimitação mais ampla dos mercados relevantes para áreas abertas, no caso do cigarro varejo, e dos cigarros no atacado (como fez a SDE), os graus de "fechamento" devem ser expressivos em um número não insignificante de mercados relevantes, em função da posição dominante da Souza Cruz. Tal situação é agravada pelo elevado nível das barreiras à entrada em todos os mercados relevantes considerados, conforme já demonstrado.

Cabe ainda considerar as análises das secretarias sobre as "eficiências" da prática da Souza Cruz no mercado. A SDE, embora tenha reconhecido a existência de algumas eficiências, como *vantagens comerciais para os varejos, redução nos custos de transação no atacado e me/horias no abastecimento*, não constatou resultados líquidos positivos, nos casos em que identificou uma real restrição à concorrência -aeroportos e *shopping centers* (fls. 1821/2). A

SEAE não reconheceu nenhuma eficiência, e para ela, *o efeito líquido da prática foi negativo* (fls. 1852).

Neste ponto do meu voto, cabe mencionar, então, alguns pontos conclusivos:

- as conclusões dos órgãos de instrução sobre os efeitos da conduta nos mercados relevantes não são unânimes ou convergentes, com exceção dos *shopping centers* e aeroportos;
- o mercado de cigarros no Brasil é caracterizada por um duopólio a concorrência não se dá por preço, mas por diferenciação de produto, sobressaindo-se a importância dos contratos de *merchandising* nos pontos de venda, na disputa pelo mercado;
- a exclusividade, tanto de *merchandising* quanto de venda de produto, está presente na estrutura do mercado brasileiro de cigarros, e é uma estratégia utilizada tanto para a conquista quanto para a defesa de posição no mercado, porquanto há efetiva rivalidade entre as empresas do duopólio;
- o nível das barreiras à entrada é elevado, tanto no "mercado de origem" quanto nos mercados "alvo" (revenda de cigarros no atacado e no varejo);
- a Representada detém posição dominante no mercado, com 77, 7% (1998), e a presença de barreiras à entrada lhe confere poder de mercado - condição para a existência de efeitos anticoncorrenciais na conduta de exclusividade de venda;
- há indícios de expressivos graus de "fechamento", não só em *shopping centers* e aeroportos (como demonstrou a SEAE), mas também nos outros mercados relevantes localizados nas áreas urbanas "abertas" e no segmento atacadista (Makro).
- as análises da SDE e SEAE sugerem que os efeitos líquidos da prática são negativos.

Esses pontos, que resultaram de uma análise abreviada dos autos e dos pareceres das secretarias, me levaram a considerar que a via do Compromisso de Cessação de Prática, pleiteada pela representada, não deveria ser ignorada, e, ao contrário, sua adoção surgia como o caminho mais responsável e recomendável, do ponto de vista do princípio da eficiência que rege a Administração Pública (Art. 2º da Lei nº 9.784/99).

4. COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

4.1 A motivação do compromisso

Como consta do relatório, já na petição inicial, a representante pedia a aplicação da medida preventiva prevista no art. 52 da Lei nº 8.884/94, ou o chamamento da representada para celebrar o COMPROMISSO DE CESSAÇÃO previsto no art. 53 do mesmo diploma. Embora nada obstasse a adoção de uma ou outra medida pelo Secretário da SDE, nenhuma das duas foi merecedora de consideração durante os 15 meses que durou a instrução.

Não tendo a autoridade agido nessa direção, atendo-se à investigação e à análise da nocividade da conduta ao mercado, tão logo foi emitido o parecer da SDE pela ilegalidade de parte da conduta (nos *shoppings centers* e aeroportos) e interposto o recurso de ofício a este Conselho, nos termos da Lei, a própria representada solicitou ao Relator a celebração do Compromisso de Cessação com o CADE.

Embora pudesse ser considerada tardia a adoção dessa providência, como também observou a Procuradoria do CADE em seu parecer, ainda assim, considerei ser oportuno o momento para a celebração do compromisso, pelas razões já discutidas e por outras que mais adiante serão apontadas, sendo a primeira delas a perspectiva razoável de que a cessação espontânea da prática seria mais abrangente e mais eficaz para a restauração da concorrência no mercado do que o seria as medidas sugeridas pela SDE. Por outro lado, o parecer da SEAE, emitido após o término da instrução, continha divergências profundas com o parecer da SDE, defrontando-se, assim, o Relator com duas alternativas distintas: dar o processo por instruído e optar pelas medidas de intervenção recomendadas por uma das Secretarias, ou prosseguir na busca de informações e análise, o que resultaria em mais demora para uma resposta ao mercado e em maior demanda dos já escassos recursos disponíveis.

Chama a atenção nos autos o fato de que embora o ato instaurador do processo administrativo, em decorrência do princípio da oficialidade, não tenha se limitado aos aspectos da conduta suscitados pela representante, mas especificado, em caráter abrangente, a apuração dos fatos nas “*cadeias de distribuição e de varejo*”, as investigações e análises, tanto na SDE quanto na SEAE, praticamente se limitaram aos casos de exclusividade de venda citados pela representante. Certamente isso aconteceu pelo fato de que, em toda a representação, a Philip Morris tenha alegado sempre que a prática se manifestava de forma mais hostil e prejudicial para o mercado no caso do contrato de ex-

clusividade com a rede atacadista Makro, e nos acordos com os "pontos de venda" estratégicos -no segmento *varejista* da cadeia produtiva.

Para cumprir à risca a apuração dos fatos especificados no ato do Secretário da SDE, as investigações teriam que ter levantado informações e analisado os efeitos líquidos da prática de exclusividade na distribuição de cigarro da representada em todos os canais de distribuição que não fosse a distribuição direta -distribuidores e atacadistas, -e no varejo, nos supermercados e no varejo tradicional, nos seus respectivos mercados geográficos. Segundo os autos (fls. 935), são em número de 5 os atacadistas com os quais a Souza Cruz tem contratos de exclusividade, incluindo a rede Makro, e, no segmento varejista, ocorrem contratos com 4 redes de supermercados e redes de lojas de conveniência, e não apenas com bares, padarias, cafés etc. (dados de 1998; fls. 55 e 58, dos autos apartados). Por outro lado, poderia justificar o enfoque dado às investigações a informação da Souza Cruz (fls. 934) de que, na sua estrutura de distribuição, a participação do segmento atacadista é de apenas 9,26%, representando a venda direta 80% do volume total. Do total de intermediários na distribuição de cigarros no mercado brasileiro, cerca de 2.800, entre atacadistas, supermercados e revendedores, apenas 10, segundo a Souza Cruz, possuem contrato de exclusividade de vendas com ela (fls. 848, 936 e Apresentação SC/CADE, Maio 2000).

Todas essas razões e mais as que adiante aduzirei, me levaram a decidir pela aceitação do pedido da representada para que fosse celebrado o compromisso de cessação de prática.

Como mencionei no despacho que instaurou as negociações para a celebração do compromisso de cessação, referendado por este Plenário, a efetividade desse instituto jurídico no sentido de restaurar de pronto as condições concorrenciais do mercado é tal, que o legislador de nenhuma forma limitou o momento da adoção do remédio. Isto significa dizer que, até que o Plenário do CADE decida sobre o processo, a conduta pode ser objeto de compromisso de cessação. Entenda-se que a lei, ao estabelecer que o compromisso poderá ser celebrado pela autoridade, impôs a esta o dever de celebrá-lo toda vez em que se faça presente a oportunidade para sua adoção. A oportunidade, certamente, está intrinsecamente ligada a duas questões: a primeira diz respeito à natureza da conduta -a conduta há que estar em curso, sob pena de não ter o que cessar e, conseqüentemente, não ter o que remediar com o instrumento;¹² a segunda

¹² Segundo o ilustre ex-Procurador-Geral Substituto do CADE, *Dr. Jorge Gomes de Souza*: "... não tem sentido usar o instituto jurídico se não houve início de conduta punível ou se esta já tiver cessado. ...Ao contrário, a impossibilidade da prática

questão está afeta ao consentimento da representada -enquanto a autoridade pública tem o dever de restaurar de imediato a saúde da concorrência no mercado, a Representada tem o direito de não desejar transigir com o órgão, optando pela continuidade do processo.

Contudo, há que se deixar claro, para o bom e correto entendimento do instituto, bem como de sua aplicação, que a continuidade e delongas de um processo não se resumem à esfera administrativa, percorrendo, às vezes, a lide, com muito mais demora, a esfera judicial, até que se chegue à decisão definitiva. Isto quer dizer que, por mais legítima que possa ser, de parte aparte, a contenda de interesses públicos e privados, o mercado, bem juridicamente tutelado pela lei, e a coletividade, tutora desse bem, se vêem impedidos de auferir as vantagens de uma cessação espontânea da prática objeto de processo administrativo. Entretanto, é importante considerar que, toda vez que a autoridade atuar, deverá fazê-lo nos limites da finalidade legal, sob pena de ser arbitrária sua atuação. Não foi por outra razão que o legislador ordinário atribuiu competência ao CADE e à SDE (*ad referendum* do CADE) para que celebrem compromisso de cessação de prática em qualquer fase do processo administrativo.

Com efeito, como ressalta o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1998, 23ª ed.), *"Os poderes e deveres do administrador público são os expressos em lei, os impostos pela moral administrativa e os exigidos pelo interesse da coletividade. Fora dessa generalidade não se poderá indicar o que é 'poder' e o que é 'dever' do gestor público..."* (p. 91), e *"O poder administrativo, (...) é atribuído à autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o 'poder de agir' se converte no 'dever de agir' "* (p. 92), e ainda, *"poder tem para o agente público o significado de dever para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo ..."* (idem). Idêntica é a doutrina exposta por Carlos Maximiliano, ao sustentar que *"para a autoridade, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o poder se resolve em dever"* (in Direito Administrativo Brasileiro, 14ª ed., pg. 85). A doutrina é caudalosa nesse ponto, citando-se também Odete Medauar (Direito Administrativo Moderno, 1998, 2ª ed. rev. e atualizada, pp. 115/116) e Celso Antonio Bandeira

ilícita impede a formalização do compromisso, tornando ilegal a atividade dos órgãos de defesa da concorrência, que estariam promovendo acordos sem base fática" (citado no voto da Conselheira-Relatora do PA nº 08000.012720/94- 74).

de Mello ("Legalidade Motivo e Motivação do Ato Administrativo, in RDP-90, pp. 57/69).

O objetivo da Lei 8.884/94 é a *prevenção* e a *repressão* às infrações da ordem econômica (art. 1º). O que se busca com o Compromisso de Cessação de prática, como o próprio nome indica, é a cessação da prática denunciada, sem maiores aprofundamentos da investigação, ou se esta já estiver sido feita, sem maiores delongas na atuação da autoridade. Assim, o Compromisso de Cessação é fundamentalmente ligado ao objetivo preventivo da Lei, no atendimento ao interesse público, e por isso, estabelece o art. 53 que *em qualquer fase do processo administrativo*, poderá, a SDE ou o CADE, celebrar o compromisso de cessação, na presença, é claro, das condições já mencionadas.

"Qualquer fase", obviamente, significa que pode ser tanto na fase instrutória, quanto na fase decisória do processo. A Lei e a doutrina não deixam margem à dúvida de que o compromisso pode sim e deve ser celebrado até a decisão sobre o mérito da conduta, que ocorre com o julgamento. Não cabe à autoridade restringir o momento de celebração do compromisso de cessação a esta ou àquela fase do processo administrativo. A lei dá o direito ao administrado de pleitear a celebração desse compromisso em qualquer momento do processo. Entendo, portanto, que o CADE tem o dever de proceder às negociações visando à celebração do compromisso, quando a oportunidade se faz presente. Evidentemente, cabe ao Conselheiro-Relator do processo, com o *referendum* do Plenário do CADE, definir o alcance, as condições e a abrangência do compromisso, tendo em vista o restabelecimento das condições originais de concorrência no mercado. À representada caberá avaliar, mesmo depois de solicitada a transação com o CADE, se aceita, finalmente, o compromisso definido pelo Colegiado, ou se preferirá submeter-se ao julgamento, incorrendo ou não, nas penas da Lei .

o compromisso de cessação que ora proponho, se aprovado pelo e. plenário, será uma demonstração para todo o mercado, que o CADE não tolera práticas que atentem contra o bom funcionamento do mercado, para que o mesmo tenha condições concorrenciais praticáveis. Esta decisão é um alerta a todos os agentes do mercado aqui analisado que, de alguma forma, têm condições ou potencial para, com suas práticas comerciais, causar danos à concorrência, que procurem adequá-las à lei, porque a ninguém é permitido descumpri-la. Não é demais "lembrar que uma mesma prática que seria infração para um agente não o será para outro, a depender das condições e do poder de mercado desses agentes. .

4.2 O instituto

A liberdade de iniciativa não pode prescindir da intervenção do Estado, sendo a defesa da concorrência uma forma de assegurar o livre exercício da atividade econômica. Conforme já proclamado pelo CADE:

“... a economia de mercado é o pilar de sustentação do sistema capitalista. A livre iniciativa, princípio consagrado na Constituição, requer para a sua concreção indivíduos livres que possam exercer a atividade econômica de sua escolha, evidentemente, nos limites da lei. Mas não existe liberdade sem tutela. Aliás, foi precisamente para resolver o problema da liberdade do homem que foi criado o Estado. Renunciando cada indivíduo uma parcela de sua liberdade, pode-se instalar a liberdade de todos.

De uma concepção liberal da liberdade, passou-se a uma concepção social, que transformou o Estado de guardião da propriedade privada e do contrato livremente pactuado em promotor do interesse público. Conta-se, assim, a história da intervenção do Estado na atividade econômica, não só como agente regulador mas, também, como indutor de desenvolvimento, atuando ele próprio em atividade produtiva, não apenas com intenções sociais, mas com objetivos nitidamente econômicos, visando à própria sustentação do sistema capitalista que, certamente teria sucumbido se tivesse prevalecido o "laissez-faire", tão candidamente proclamado nos primórdios do sistema.

A defesa da concorrência é o único mecanismo possível de se assegurar a livre iniciativa e conter o abuso do poder econômico. Este não é algo ruim, sendo às vezes até indispensável. Mas pode ser perverso, tanto na origem, em razão dos métodos utilizados para sua obtenção, quanto depois de consolidado, pelos artificios de que se vale para se manter.¹³

Como ensina José Afonso da Silva ¹⁴,

¹³ Voto condutor do acórdão no P.A. nº 08000.012720/94-74 (ASSOCI-TRUS/BASCITRUS e outros). Cf. também, José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: Malheiros Editores, 8º edição revista, 1992, pp. 666-667.

¹⁴ Ob. Cit., p.673.

“A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170 da C.F. como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que 'assegura todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei’”

E prossegue, esse autor:

“É certamente o princípio básico do liberalismo econômico...No início (...) a liberdade de iniciativa econômica significava garantia aos proprietários da possibilidade de usar e trocar seus bens; garantia, portanto, do caráter absoluto da propriedade; garantia de autonomia jurídica e, por isso, garantia aos sujeitos da possibilidade de regular suas relações do modo que tivessem por mais conveniente; garantia a cada um para desenvolver livremente a atividade escolhida”

“Ora, a evolução das relações de produção (...), o mau uso dessa liberdade e a falácia da “ harmonia natural dos interesses ”do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de condicionamento da iniciativa privada em busca da realização de justiça social. ..”

E, então, inspirado em ampla doutrina de berço italiano¹⁵, esse experiente constitucionalista conclui:

“Assim, a ‘liberdade de iniciativa econômica privada’, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (...) não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário” (grifei).

O Compromisso de Cessação de Prática, ao qual a lei brasileira dedicou um capítulo, foi inspirado no “*consent decree*”, nome que tem o compromisso de

¹⁵ Cf. sua citação de rodapé: Vittorio Ottaviano, “ Il governo dell'economia: i principi giuridici”, in *Trattrato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia. v.1º La Costituzione Economica.*

cessação no sistema jurídico do país de maior tradição jurídica no direito antitruste, os EUA. Enquanto lá esse procedimento, empregado em aproximadamente 92% dos casos levados aos órgãos antitrustes, é realizado no Poder Judiciário, no Brasil, a lei deu ao CADE a competência final de sua aprovação, observado, por óbvio, o princípio da revisão judicial.¹⁶ Vale a pena transcrever um trecho do voto condutor do acórdão no PA nº 08000.061384194-11, quando se celebrou um dos poucos compromissos de cessação no CADE:

"É sobretudo a natureza político-econômica da lei de concorrência, e não a natureza penal, que permitiu fosse acolhido em seu bojo o compromisso de cessação, que busca, nitidamente, conciliar as vantagens almejadas pelo agente econômico e o bem-estar social.

Percebe-se o novo enfoque dado à concorrência a partir da Constituição de 1988, que alçara a livre concorrência à categoria de princípio da ordem econômica (art. 170), tratando a repressão ao abuso do poder econômico como mero instrumento legal de realização do princípio. Essa nova abordagem constitucional veio privilegiar em vez da repressão, a ação do Estado em busca de resultados vantajosos para o mercado, (...).

Esse novo enfoque constitucional estava a reclamar modificações no regime da concorrência, exigindo do Estado, a par da função repressora, uma atuação preventiva, visando adequar o comportamento dos agentes econômicos aos padrões concorrenciais do novo modelo que se pretendia para o País (...).

Na verdade, fazia-se necessária uma legislação que pudesse descaracterizar a natureza penal que pretendia imprimir à Lei nº 4.137/62 (...).

A Lei 8.884/94 trouxe, no entanto, a inovação esperada. Prevê expressamente em seu art. 53 o compromisso de cessação e declara não importar ele confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento da ilicitude da conduta. Falou das condições gerais do termo, da suspensão do processo durante a vigência do compromisso e de sua exequibilidade judicial. Nada disse sobre as normas de pro-

¹⁶ Cf. McDavid, Janet L.; Sankbeil, William A.; Schmidt, E. C.; Brelt, J. Barry. "Antitrust Consent Decrees: ten years of experience under the Tunney Act. in *Anti-trust Law Journal* 52, n. 4, (Fall, 1983) pp. 883-916.

cedimento, deixando por conta do CADE, na parte de sua competência, ditar a norma regulamentadora. (...).

O compromisso de cessação é um dos instrumentos mais eficazes na política de proteção ao mercado, e tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as 'démarches' das ações judiciais. Ao comprometer-se a cessar a prática ou abster-se de condutas anticoncorrenciais tem direito o agente a que o processo fique suspenso e, finalmente, dando mostra de que se portou de acordo com os padrões concorrenciais, será o processo arquivado. Ao contrário, se descumprir o acordo, o processo seguirá. (...)

Discrepa [o compromisso de cessação] das formas normais de por termo ao processo administrativo -arquivamento ou condenação - em função de uma realidade econômica a exigir uma solução imediata, da qual se beneficia toda a coletividade. Ganha maior relevo à medida em que os resultados almejados pelos mecanismos representores levam tempo e nem sempre se concretizam. (...)

*Com muita precisão salienta **Izabel Vaz**, referindo-se ao espírito dos objetivos a serem alcançados pela Ordem Econômica, que não é mais o de reprimir os agentes econômicos por sua ação abusiva, mas de convocá-los a exercer uma ação positiva. **"Trata-se de uma missão de cunho positivo e eminentemente ativo, onde mais do que reprimir, o Estado se propõe a orientar, persuadir e a convocar os agentes econômicos para contribuir com a efetivação da democracia econômica"** (Direito Econômico da Concorrência, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1993, p. 273).*

*O compromisso de cessação, como bem realçado pelo i. [ex] Procurador-Geral Substituto [do CADE] **Jorge Gomes de Souza**, **"vem no bojo de uma legislação que privilegia o sentido preventivo sobre o repressivo, (...)"***

*Trata-se de um instrumento a serviço do Estado para compor os conflitos concorrenciais. A sanção administrativa é substituída pela transação, esta, como realça **Georges Ripert**, tem caráter de contrato com força executória em proveito do Estado (Aspectos Jurídicos do Capitalismo Moderno, Editora Livraria Freitas Bastos, São Paulo, 1947). Em proveito do interesse público que o Estado representa.*

Por isso mesmo, a transação há de pautar-se pela lei, pois o poder concedido ao CADE para transigir deve ser exercido com o único propósito de defender os interesses da coletividade, o interesse público, que é a finalidade legal do compromisso. E, como não poderia deixar de ser, deve obedecer aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade”

A propósito, Senhor Presidente, creio ser oportuno sugerir a V. Excia. que o CADE proceda, sem mais tardar, à discussão de uma resolução, com o apoio de especialistas, que discipline as negociações e os procedimentos de celebração do compromisso de cessação, para que tão útil instituto não fique apenas na letra da lei.

4.3 Os procedimentos no CADE

As negociações para a celebração do termo de compromisso que ora submeto ao Conselho desenvolveram-se na mais absoluta transparência. Todas as versões do , termo de compromisso foram enviadas à representada, com quem todas as cláusulas foram discutidas.

As reuniões foram convocadas mediante despacho publicado no Diário Oficial da União, e as atas respectivas constam no processo. De todas as reuniões participou um representante da Procuradoria do CADE.

A pauta das reuniões, assim como as diferentes versões do termo de compromisso, foram encaminhadas aos ilustres Conselheiros.

Procurando suprir a falta de norma interna disciplinando os procedimentos de compromisso de cessação, no CADE, procurei cumprir com as normas do processo administrativo dadas pela Lei nº 9.784/99, que prevê em seu art. 31, consulta pública, quando a matéria do processo envolve interesse geral. Assim, a versão que ora submeto aos membros do plenário ficou à disposição do interessado na Secretaria do CADE, para eventuais manifestações, conforme despacho publicado no Diário Oficial da União nº 165, de 25.09.00 (seção 1, p. 3). Também foi dado conhecimento ao Ministério Público Federal, mediante ofício Gb/CADE nº 2384/2000, de 25.08.00.

Enfim, tudo que se fez durante este processo de negociação acha-se devidamente documentado nos autos.

4.4 O Termo de Compromisso de Cessação

O Termo de Compromisso que a seguir apresento para aprovação do Colendo Colegiado contém, na cláusula primeira a disposição sobre a presunção legal de que a celebração do instrumento, conforme expresso no art. 53 da Lei nº 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada.

A cláusula segunda estabelece o objeto do termo -manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais do mercado relevante de cigarros, especialmente nas cadeias de distribuição e varejo. As demais cláusulas buscam o preenchimento das regras básicas estabelecidas pela Lei, nos parágrafos do referido art. 53.

As obrigações da compromissária dividem-se em principais e acessórias, como no Direito Tributário, e em positivas e negativas, como as obrigações do Direito Privado. Na verdade, conforme **Washington Peluso Albino de Souza**,¹⁷ há uma simbiose de institutos do Direito Privado e do Direito Público no Direito Econômico.

No rol das obrigações negativas constantes da cláusula terceira, consta uma série de abstenções que visam, basicamente, garantir que a compromissária deixe de exigir, imediatamente, a partir da assinatura do termo, a exclusividade de venda de seus produtos ou celebrar acordos que contenham qualquer disposição ou combinação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários e, ainda, com os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.

Essas cláusulas visam, sobretudo, assegurar não infringência dos inc. V, VI e XI do art. 21, tendo em vista o poder de mercado da compromissária e seu potencial para causar os efeitos previstos no art. 20.

Quanto a esse aspecto, a Lei é meridianamente clara, em especial no inc. VI do art. 21, *verbis*:

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:

¹⁷ Citação extraída do voto condutor do acórdão no PA 08000.012720/94- 74

...

VI- impedir o acesso de concorrentes (...) aos canais de distribuição;

Contudo, admite-se o acordo de exclusividade de venda dentro de condições específicas, no caso de varejos especiais, em que o patrocínio de marcas, além de ser um importante recurso de *marketing* para a empresa contratante, é também uma fonte de recursos necessária para a viabilização desses estabelecimentos que chamei de "especiais", como casas de show, espetáculos, boates etc.

No rol das obrigações positivas constantes da cláusula quarta, o que se busca, é a cooperação da representada no sentido de rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários. Neste caso, devido a questões de ordem operacional, dada a grande quantidade de contratos a serem alterados, concedeu-se o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo, para que a compromissária altere todos os seus contratos que disponham sobre exclusividade de venda de cigarro. No prazo máximo de 90 dias, os contratos alterados deverão ser apresentados ao CADE.

Buscou-se também a cooperação da compromissária no sentido de dar publicidade ao que foi acordado no compromisso com o CADE, assegurando a transparência das novas relações de mercado. Assim, deverá a compromissária dar conhecimento ao mercado das novas condições de relacionamento entre ela e seus parceiros comerciais. Trata-se de obrigações de informar.

Previu-se, na cláusula quinta, a obrigação solidária da compromissária, com relação aos atos dos prepostos e entidades filiadas ou associadas e terceiros contratados.

Cuidou-se, na cláusula sexta, de estabelecer a obrigação das compromissárias prestarem informações ao CADE, semestralmente.

Na forma do disposto na lei, tratou-se, na cláusula sétima, da suspensão do processo durante o período de vigência do compromisso de cessação, sem qualquer decisão de mérito, bem como a sua continuidade no caso de descum-

primento de qualquer das obrigações, sem prejuízo da execução judicial de que trata o § 4º do art. 53, da Lei nº 8.884/94.

Conforme determina o § 1º do art. 53, alínea "a", da lei de regência, previu-se, cláusula oitava, multa diária, para o caso de descumprimento do compromisso.

Fixou-se o prazo de 3 anos para a vigência do compromisso, período que entendendo suficiente para que o CADE acompanhe a normalização das condições concorrenciais no mercado (Cláusula Nona), e o arquivamento do processo administrativo se verificada a efetiva cessação das práticas (Cláusula Décima).

Previu-se, por fim, a publicação na sua íntegra do termo de compromisso de cessação no Diário Oficial da União, e obrigando-se, ainda, a compromissária, a mandar publicar às suas expensas um extrato do termo, dentro de 15 dias, em, no mínimo, 02 (dois) jornais de grande circulação nacional.

4.5 Propostas apresentadas para o termo de compromisso

Tendo o termo de compromisso permanecido na Secretaria do Plenário, por oito dias úteis, para consulta pública, somente a representante apresentou comentários e solicitação de alteração de algumas cláusulas da minuta do termo. Na sua petição manifestou preocupação e dúvidas quanto ao prazo de cumprimento das obrigações de cessação constantes na minuta. Segundo a representante, *"os prazos para a representada formalizar providências junto aos seus contratantes (sic) e informá-los ao CADE não devem confundir-se com a cessação da prática propriamente dita. Os primeiros devem sim seguir uma cronologia, enquanto a última deve ocorrer de imediato, assim que assinado o termo de compromisso"*.

Alegou, a representante, que a concessão dos prazos para rescindir os acordos (obrigações positivas) entra em frontal contradição com o disposto nas cláusulas que tratam das obrigações negativas.

Efetivamente, não são os mesmos os prazos para a cessação da prática e para as providências contratuais necessárias. Como está claro nas cláusulas das obrigações negativas, o prazo para o respectivo cumprimento é imediato. A compromissária não mais fará acordos de exclusividade de vendas com os estabelecimentos mencionados, a partir do momento de assinatura do compromisso com o CADE, ou seja, cessará de imediato a prática de exclusividade de venda. Para alterar os seus contratos, a representada terá 60 dias a contar

da assinatura e mais 30 dias para comprovar isso ao CADE que efetivamente promoveu as alterações determinadas.

Entretanto, para evitar que dúvidas como essa manifestada pela representante ocorram, invertei a ordem em que estavam originalmente as cláusulas. Assim, as obrigações no sentido de cessar a prática passam a constar na cláusula terceira; enquanto as obrigações relativas às providências de fazer cessar a prática passam a constar na cláusula quarta.

Além disso, a representante solicitou ao Relator as seguintes alterações na redação das cláusulas abaixo indicadas:

a) Substituição, nas cláusulas 2a e subcláusulas 4.1 e 4.2, da seguinte expressão: “... *quaisquer estabelecimentos varejistas (...), e, ainda os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.*” pela expressão “... *quaisquer estabelecimentos, sejam estes atacadistas, distribuidores e/ou varejistas em geral (...), bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com toda e qualquer espécie de estabelecimento que possa vir a comercializar cigarros*”.

Rejeitei tal alteração porque os distribuidores e atacadistas à exceção da rede Makro, não são objeto deste termo de compromisso. O compromisso de cessação de prática abrange todo e qualquer tipo de varejo, mas no atacado, só alcança o Makro, onde pelas características próprias do estabelecimento, causou preocupações quanto à possibilidade de dano ao mercado.

b) inclusão da alínea "c" na subcláusula 4.1.1 (isenção), com a seguinte redação: “(*c*) *não exista em um raio de 3 km outro ponto de venda que tenha contratado a exclusividade de 'merchandising' e conte com a exceção prevista nesta cláusula 4.1.1*”.

Entendi cabível a sugestão porque afasta a possibilidade de "fechamento" de mercado, mesmo no caso da exceção aberta para a exclusividade de venda de produtos. Entretanto, tendo em vista as outras condições cumulativas expressas nas alíneas “a” e “b”, que já constavam da referida subcláusula, incorporei parcialmente essa sugestão, adotando 500 metros como dimensão desse raio.

c) Inclusão da subcláusula 3.4, obrigando a Compromissária a “...*abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quais-*

quer cominações, inclusive as de caráter rescisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que sejam tornados sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes.”

Também acolhi esta sugestão, por entender que a mesma garante a imediata eficácia do compromisso, alcançando inclusive eventuais litígios que viessem a ocorrer em função do cumprimento imediato do termo de compromisso.

Após o término do período de negociações com a representada, esta ainda requereu, em reuniões com o Relator, as seguintes mudanças:

a) Substituir, na subcláusula 3.2: "Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos mencionados nas subcláusulas 3.1, 4.1 e 4.2 comercializem ou venham a comercializar, ou exponham em local visível ao consumidor, marcas concorrentes de cigarros", a expressão "*exponham em local visível ao consumidor*", pela expressão "*exponham ao consumidor*".

Assenti com a substituição solicitada, tendo em vista que a palavra "*expor*" já tem o significado "*pôr à vista*". Portanto, a alteração não importaria em mudança do conteúdo e nem do objetivo buscado com essa disposição.

Por todas as razões apresentadas, considero que o compromisso de cessação que ora submeto ao plenário é o caminho mais eficaz para restabelecer de imediato as condições concorrenciais nos mercados relevantes de cigarro, e sugiro, portanto aos meus ilustres pares que o aprove, para que se alcance, assim, de imediato o objetivo proposto que, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.884/94, pertence a toda a coletividade.

É o meu voto.

Brasília, 13 de setembro de 2.000.

Mércio Felsky
Conselheiro-Relator

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA-CADE
Ação independente em prol da concorrência

TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO

O **CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONOMICA - CADE**, doravante designado **CADE**, neste ato representado por seu Presidente, João Grandino Rodas, conforme disposto no inciso VII, do artigo 8º, da Lei nº 8.884/94, de 11 de junho de 1994 e **SOUZA CRUZ S/A**, com sede na Rua Candelária, 66, na cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, registrada no CNPJ sob o nº 33.009.911/0001-39, doravante denominada **COMPROMISSÁRIA**, neste ato representada, na forma de seu Estatuto Social, por seus diretores Flavio de Andrade e Marcio Eduardo Tenório da Costa Fernandes, na qualidade de Representada no Processo Administrativo nº 08012.003303/98-25, em que lhe são imputadas as práticas previstas no artigo 21, incisos V, VI e XI c/c o artigo 20, incisos I a IV, da Lei 8.884/94, conforme despacho proferido pelo Sr. Secretário de Direito Econômico em 30 de setembro de 1998,

considerando que a **COMPROMISSÁRIA** requereu a celebração de Compromisso de Cessação da prática objeto de investigação no referido processo administrativo, e que o Conselheiro-Relator do processo deferiu o pedido por meio do Despacho nº MF/19/2000, de 19.04.00, publicado no Diário Oficial da União nº 78-E, de 24 de abril de 2000; .

considerando que o **CADE**, na forma de suas competências legais, pode celebrar compromisso de cessação de prática sob investigação em qualquer fase do processo administrativo, conforme o disposto no art. 53 da mencionada Lei.

considerando que as conclusões do relatório circunstanciado da Secretaria de Direito Econômico, enviado ao **CADE**, na forma do art. 39 da Lei nº 8.884/94, não exaure a instrução nem vincula o **CADE** de qualquer forma, podendo o Conselheiro-Relator realizar novas diligências quando entender insuficientes seus elementos de convicção;

considerando que o Conselheiro-Relator pode dispensar ou suspender, quando iniciar com a Representada discussões sobre o conteúdo do termo do compromisso de cessação da prática sob investigação, as diligências complemen-

tares que viessem a ser necessárias para formar sua convicção, incluindo-se a delimitação mais precisa do mercado relevante;

considerando que nenhuma decisão de mérito foi tomada pelo CADE no referido processo administrativo; e

considerando que o compromisso de cessação tem por objetivo manter, :, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais no mercado de distribuição de cigarros no atacado e no varejo, no território nacional, assumindo para tanto, a COMPROMISSÁRIA, ainda que não reconheça a ilicitude da conduta investigada em qualquer dimensão, obrigações positivas e negativas que assegurem de forma mais ampla e abrangente padrões de concorrência, de sorte a proporcionar aos agentes econômicos e aos consumidores plena satisfação de seus direitos e interesses,

resolveram celebrar o presente Termo de Compromisso de Cessação, aprovado pelo Plenário do CADE na 1798 Sessão Ordinária, realizada no dia 13 de setembro de 2000, cuja ata faz parte integrante deste instrumento, de acordo com as cláusulas e condições seguintes.

CLÁUSULA PRIMEIRA -DA PRESUNÇÃO LEGAL

A celebração deste Termo de Compromisso de Cessação, conforme expresso no artigo 53 da Lei nº 8.884/94, não importa confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta investigada.

CLÁUSULA SEGUNDA -DO OBJETO

O presente Termo de Compromisso de Cessação tem por objeto a cessação de práticas relacionadas à celebração de acordos de exclusividade de vendas de cigarros, de qualquer forma manifestados, expressos ou tácitos, entre a COMPROMISSÁRIA e quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles estabelecimentos expressamente indicados nas cláusulas seguintes, bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com os mesmos tipos de estabelecimentos que possam vir a comercializar cigarros.

CLÁUSULA TERCEIRA -DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS NEGATIVAS

Para a consecução do objeto deste instrumento, a COMPROMISSÁRIA assume, a partir da assinatura deste Termo de Compromisso, de forma definitiva, independentemente do prazo de vigência constante na Cláusula Nona, as seguintes obrigações de não fazer:

3.1 Abster-se de exigir ou celebrar, por qualquer meio, expresso ou tácito, verbalmente ou por escrito, qualquer tipo de contrato ou acordo que contenha qualquer disposição ou combinação sobre exclusividade de venda de cigarros, com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários e, ainda, os estabelecimentos da rede Makro Atacadista S.A.

3.2 Abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos mencionados nas subcláusulas 3.1, 4.1 e 4.2 comercializem ou venham a comercializar, ou exponham ao consumidor, marcas concorrentes de cigarros.

3.3 Não praticar qualquer ação que resulte em boicote dos seus produtos aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarros produzidas por seus concorrentes legalmente estabelecidos no território brasileiro.

3.4 No que se refere à proibição e/ou restrições à comercialização de produtos, abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quaisquer cominações, inclusive as de caráter rescisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que sejam tornados sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes.

CLÁUSULA QUARTA -DAS OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS POSITIVAS

A COMPROMISSÁRIA assume, ainda, as seguintes obrigações positivas:

4.1 Rescindir as cláusulas que disponham sobre exclusividade de venda de produtos nos contratos de *merchandising*, ou em quaisquer outros acordos que contenham tais cláusulas, celebrados com quaisquer estabelecimentos varejistas, incluindo aqueles localizados em *shopping centers*, aeroportos ou terminais rodoviários e ferroviários, no prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da assinatura deste termo.

4.1.1 O disposto nesta subcláusula não se aplica aos contratos de exclusividade de venda ou às cláusulas de exclusividade acessórias aos contratos de *merchandising*, DESDE QUE estejam presentes, cumulativamente, as seguintes características:

(a) o estabelecimento junto ao qual tenha sido ou venha a ser celebrado referido contrato ou cláusulas tenha como ramo de atividade o entretenimento noturno, tenha música ao vivo e palco, ou música eletrônica e *disc-jóquei* e, ainda, exista controle de entrada e saída dos clientes;

(b) o pagamento, pelo contratante, da exclusividade de *merchandising*, ou o valor do patrocínio, seja superior a 100.000 UFIR/ano, para estabelecimentos localizados em capitais, e 50.000 UFIR/ano, para estabelecimentos localizados em outras cidades;

(c) não tenha, a COMPROMISSÁRIA, celebrado contrato com cláusulas de exclusividade de venda com estabelecimentos varejistas ou do mesmo ramo de atividade situados num raio de 500 metros do estabelecimento com o qual se pretenda contratar.

4.2 Tornar sem efeito, no prazo de 60 dias da assinatura deste termo, as cláusulas do "Acordo Comercial de Fornecimento e Outras Avenças" celebrado com o Makro Atacadista S.A. , que façam qualquer referência a exclusividade de venda de cigarros nos estabelecimentos dessa rede em todo o território nacional, que estejam funcionando atualmente ou que vierem a ser abertos ao público, especialmente as constantes das cláusulas 1; 2.3; 3.1 e 3.2, do referido Acordo.

4.3 Inserir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que contenham cláusulas de exclusividade de venda em vigor, disposição contratual que indique expressamente que a exclusividade de *merchandising* não importa a exclusividade de venda de produtos, no mesmo prazo estabelecido na subcláusula 4.1.

4.4 Incluir nos contratos de exclusividade de *merchandising* que vierem a ser firmados, a mesma disposição contratual prevista na subcláusula 4.3.

4.5 Enviar, no prazo de 15 dias a contar da assinatura deste termo, cartas com aviso de recebimento conforme o modelo do anexo I, a todas as pessoas físicas ou jurídicas com as quais tenha contrato de exclusividade de *merchandising*, esclarecendo o teor do presente termo, bem como informando tais pessoas da liberdade de venda de marcas concorrentes de cigarro, e da inexistência de qualquer tipo de retaliação ou penalidade por conta do exercício dessa liberdade pelo contratado.

4.5.1 Das cartas mencionadas nesta subcláusula, deverá constar os telefones do CADE, bem como a explicação de que os interessados poderão esclarecer

dúvidas quanto ao teor e abrangência do presente instrumento junto a este Conselho e comunicar eventuais condutas da COMPROMISSÁRIA que contrariarem os termos do presente compromisso de cessação.

4.5.2 A relação completa dos números e destinatários dos Avisos de Recebimentos relativos às cartas mencionadas na subcláusula 4.5, deverão ser enviados pela COMPROMISSÁRIA, ao CADE, no prazo de 30 dias a contar da assinatura deste termo.

4.6 Enviar ao CADE cópia autêntica do termo de revogação da cláusula de exclusividade de venda e do aditamento referidos nas subcláusulas 4.1, 4.2 e 4.3, relativos a cada um dos contratos alterados por termo ou aditamento, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da assinatura deste termo.

CLÁUSULA QUINTA -DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

5.1 A COMPROMISSÁRIA assume as obrigações aqui estabelecidas em seu nome, de seus prepostos, terceiros contratados e empresas subsidiárias, cujos atos sejam de sua responsabilidade, contratual ou legal supervisionar, controlar ou deles ser informada, dando-lhes, para tanto, ciência do inteiro teor deste Termo de Compromisso.

5.2 A responsabilidade solidária da COMPROMISSÁRIA, com relação a terceiros contratados não existirá quando a mesma instruir devidamente o terceiro contratado.

CLÁUSULA SEXTA -DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DE INFORMAÇÃO AO CADE

6.1 A COMPROMISSÁRIA deverá enviar ao CADE, a cada período de 06 (seis) meses, a contar da data da assinatura deste termo, até o 15º dia depois de decorrido esse período, cópias dos contratos de *merchandising* com cláusulas acessórias de exclusividade de venda que tenham sido celebrados, no respectivo período, com os estabelecimentos previstos na subcláusula 4.1.1.

6.2 No caso de não ter sido celebrado qualquer contrato de *merchandising* nas condições estabelecidas na subcláusula 4.1.1, a COMPROMISSÁRIA deverá, para cada período previsto na subcláusula 6.1, prestar essa informação ao CADE, por escrito, no mesmo prazo estabelecido na subcláusula 6.1.

6.3 As informações, documentos e relatórios que, de acordo com este Termo de Compromisso, devam ser enviados ao CADE serão entregues, na sede da

Autarquia, em envelope fechado, com a inscrição "confidencial", assegurando-se o sigilo em seu recebimento e guarda, endereçado ao Presidente do CADE.

CLÁUSULA SÉTIMA -DA SUSPENSÃO DO PROCESSO

O processo ficará suspenso durante o período de vigência do Compromisso de Cessação, sem qualquer decisão de mérito, podendo ter continuidade se a COMPROMISSÁRIA deixar de cumprir qualquer das obrigações aqui estipuladas, sem prejuízo da execução judicial de que trata o parágrafo 4º, do artigo 53, da Lei nº 8.884/94.

SUBCLÁUSULA ÚNICA

O descumprimento das obrigações assumidas neste Termo será apurado pelo CADE, que adotará as providências cabíveis, de acordo com o § 4º do art. 53 da Lei nº 8.884/94.

CLÁUSULA OITAVA -DAS MUL T AS

8.1 Pelo descumprimento das obrigações principais assumidas neste Compromisso, a COMPROMISSÁRIA ficará sujeita a multa diária, enquanto perdurar eventual descumprimento, no valor de 10.000 (dez mil) Unidades Fiscais de Referência -UFIR -ou padrão superveniente, nos termos do artigo 25 da Lei 8.884/94.

8.2 O atraso na entrega dos relatórios e informações ao CADE, na forma estabelecida na Cláusula Sexta, sem justa causa ou consentimento prévio, será apurado pelo CADE, respeitado o direito de defesa, sujeita a COMPROMISSÁRIA, à multa diária de 5.000 UFIR, ou padrão superveniente.

CLÁUSULA NONA -PRAZO DE VIGÊNCIA

As obrigações acessórias pactuadas no presente instrumento serão cumpridas pela COMPROMISSÁRIA durante o prazo de 03 (três) anos, contados da data de assinatura, sem prejuízo do cumprimento das obrigações principais nos prazos estabelecidos, em caráter definitivo.

CLÁUSULA DÉCIMA -DO ARQUIVAMENTO

Terminado o prazo assinalado na Cláusula Nona, e verificada a efetiva cessação das práticas de que trata o presente termo, o processo administrativo indi-

cado no preâmbulo será arquivado, sem qualquer decisão sobre o mérito da representação, obedecidas as normas regimentais do CADE.

CLÁUSULA DÉCIMA-PRIMEIRA -DA PUBLICAÇÃO

Este Termo de Compromisso será publicado na íntegra no Diário Oficial da União. Da mesma forma, a COMPROMISSÁRIA fará publicar, às suas expensas, extrato deste termo, em até 15 dias da sua assinatura em, no mínimo, 02 (dois) jornais de circulação nacional.

E, por estarem de acordo, assinam o presente Termo de Compromisso em 2 (duas) vias de igual teor e forma.

Brasília, 13 de setembro de 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA -CADE

João Grandino Rodas

SOUZA CRUZ S/A

Flavio de Andrade
Diretor Presidente

Marcio Eduardo Tenório da Costa Fernandes
Diretor

Testemunhas:

.....
.....

ANEXO I

Rio de Janeiro, [●] de 2000
Souza Cruz S. A.
Rua Candelária, 66 -3º andar
Rio de Janeiro –RJ
20092-900

Ao
Sr.(a) [●]

Ref: [●] (Inserir Título do Contrato)
Prezado (a) Senhor (a),

A presente carta tem como objetivo cumprir compromisso assumido com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica -CADE, consoante o disposto no Termo de Compromisso de Cessação de Prática ("TCC") firmado nos autos do Processo Administrativo n.O 08012.003303/98-25, e esclarecer o quanto segue:

No dia 13 de setembro de 2000, em conformidade com o artigo 53 da Lei n.o 8.884/94¹, foi firmado o mencionado TCC entre a Souza Cruz S.A. ("Souza Cruz") e o CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

¹ **Art.53.** Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato. nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

§ 1º O termo de compromisso conterá, necessariamente, as seguintes cláusulas:

- a) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido;
- b) valor da multa diária a ser imposta no caso de descumprimento. nos termos do art. 25;
- c) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado. mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização.

§ 2º O processo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso de cessação e será arquivado ao término do prazo fixado. se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo.

§ 3º As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo CADE, se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica.

Como consequência da assinatura do referido TCC, a Souza Cruz esclarece, contudo, que o contrato de exclusividade de *merchandising* em epígrafe, doravante, não compreenderá exclusividade de venda de produtos, estando V. S^a livre para a comercialização de outros produtos concorrentes, sem que o mesmo acarrete qualquer tipo de represália, multa ou cominação de penalidade, por parte da Souza Cruz, em função de alteração do mencionado contrato.

Informamos, ainda, que todas as dúvidas sobre a presente carta poderão ser esclarecidas através do Serviço de Atendimento ao Varejista -SA V da Souza Cruz telefone 0800 [●] ou através do e-mail [●] .

Por último, informamos que o CADE está aparelhado para esclarecer os termos do TCC e para receber eventuais denúncias de quebra do mesmo, por parte da Souza Cruz, o qual poderá ser acessado por meio dos telefones (61) 327 0742 e (61) 3289455 ou por meio do fax n° (61) 3285523.

Continuamos à disposição para esclarecimentos suplementares que se façam necessários.

Cordialmente,

Souza Cruz S.A .

§ 4º O compromisso de cessação constitui título executivo extrajudicial. ajuizando-se imediatamente sua execução em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização, na forma prescrita no art. 60 e seguintes.

