CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — CLÁUSULA DE PREFERÊNCIA — AGREGAÇÃO DE EMPRÊSAS

— A cláusula de preferência estipulada entre fabricantes e distribuidores ou revendedores não configura abuso de poder econômico, salvo quando visa à agregação de emprêsas.

CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 5 (*)

Representantes: Federação Nacional de Hotéis e Similares e o Sindicato de Hotéis e Similares de Belo Horizonte.

Representadas: — Cia. Antarctica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, Cia. de Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.

Relator: Conselheiro GRATULIANO BRITTO.

EMENTA — "A cláusula de preferência, ou mesmo exclusividade, para compra de produtos de uma determinada linha de fabricação, inserta em contrato de comodato, celebrado entre um fabricante e seus respectivos distribuidores ou revendedores, não configura abuso de poder econômico — salvo se a mesma se constituir em meio ou intrumento de agregação de emprêsas.

Interpretação do artigo 2.º, inciso IV, letra *b*, da Lei número 4.137, de 10.9.962.

DECISÃO

Resolvem os membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — em sessão de julgamento e entendendo que, no caso *sub judice*, não se acha devidamente configurado o abuso de poder econômico capitulado no artigo 2.º, item IV, letra *b*, da Lei n.º 4.137.62 — julgarem improcedente a representação de fls., por unanimidade no que se refere à Cia. Antarctica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, e por maioria, no que se refere à Cia. Cervejaria Brahma e à Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. Vencidos: o Conselheiro-Relator, Dr. GRATULIANO BRITO, e o Conselheiro-Presidente, Dr. TRISTÃO DA CUNHA, que votaram pela procedência da representação, no que toca à Cia. Cervejaria Brahma e à Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., entendendo estarem preenchidas, em relação às mesmas, todos os pressupostos de aplicabilidade do supra citado dispositivo

(*) Nota do Spb — Republicado por ter saído com incorreções no *Diário Oficial* de 12.6.69.

legal. Designado Relator para a Resolução, o Conselheiro RAUL DE GÓES.

Sala das Sessões, 6 de maio de 1969. — *Tristão da Cunha*, Presidente. — *Gratuliano Brito*, Conselheiro-Relator. — *Raul de Góes*, Conselheiro-Relator designado. — *Geraldo de Rezende Martins*, Conselheiro, — *J. C. de Mendonça Braga*, Conselheiro. — Fui presente: *Walter Geraldo Brunetta*, Procurador-Geral Substituto.

RELATÓRIO

1. O presente processo administrativo foi instaurado, por fôrça da decisão dêste Conselho, em sessão de 10 de julho de 1967, quando se resolveu, em virtude da existência de real motivo, processar a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., a Companhia Cervejaria Brahma e a Companhia Antarctica Paulista, pela prática de abuso do poder econômico consistente na subordinação da utilização de determinado serviço à compra de determinado bem com exclusividade (fls. 1).

2. Conforme a representação, que provocou o processo preliminar de averiguações, as indiciadas vêm exigindo, para manter chopeiras em bares e similares, exclusividade, por parte dos varejistas, na venda de seus produtos fls. 4).

A chopeira, em linhas gerais, é aparelho para extração do chope do barril.

3. Pela portaria n.º 769, de 18 de julho de 1967, após a competente distribuição, foi o signatário designado relator do vertente processo (fls. 52), em que as indiciadas foram apontadas como incursas no artigo 2.º IV, letra *b*, da Lei n.º 4.137-62.

4. Por despacho de 26 de julho de 1967, designei o dia 11.8.67, às 14 horas, para o interrogatório dos representantes legais das indiciadas, arrolando as testemunhas do CADE, e ordenando a notificação da Procuradoria-Geral para todos os efeitos legais (fs. 54).

5. O representante legal da Companhia Cervejaria Brahma foi interrogado às fls. 16 e da Companhia Antarctica Paulista, às fls. 86, e o da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., às fls. 101.

6. A defesa prévia da Companhia Cervejaria Brahma está às fls. 109, trazendo a colação dos documentos constantes de fls. 111-163, e da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., às fls. 166, com os documentos de fls. 168-189, e da Companhia Antarctica Paulista, às fls. 192-214, com os documentos de fls. 216-266.

Alegaram em suas defesas a falsidade da acusação, a inexistência de abuso e a falta de tipicidade, em razão da inexistência de grupo econômico.

7. Em 8.9.67, proferi despacho, designando dia para inquirição em Belo Horizonte das testemunhas do CADE, no mesmo indicadas (fls. 267).

8. As testemunhas do CADE foram ouvidas às fls. 296, 308, 315, 318, 321, 325, 329, 331, 334, 336, 343, 346.

9. Encerrada a audiência das testemunhas do CADE em Belo Horizante abri vista do processo à Procuradoria-Geral pelo prazo de 3 (três) dias, por despacho de 2.10.67 fls. 348-v.), que declarou nada ter a requerer nesta fase (fls. 349).

10. Em 9.10.67, ordenei a intimação, para prestar depoimento na sede do CADE, do ex-gerente da Cia. Antarctica Paulista em Belo Horizonte, e do atual gerente, e determinei a expedição dos ofícios às indiciadas para obtenção de informações complementares (fls. 349-v.).

1. Às fls. 365, ofício da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. juntando, por determinação do relator, relação dos estabelecimentos que vendem chope da Brahma, por distribuição da indiciada (fls. 365-7).

12. Às fls. 369, depoimento do exgerente da Cia. Antarctica Paulista em Belo Horizonte.

13. Às fls. 376, depoimento do

atual gerente da Antarctica em Belo Horizonte.

14. Às fls. 388, ofício da Distribuição de Bebidas Mineira Ltda., fornecendo, por ordem do relator, relação dos varejistas que recebem em Belo Horizonte produtos da linha de fabricação da Companhia Cervejaria Brahma, por seu intermédio (fôlhas 389-481).

15. Em 27.10.67, determinei o prosseguimento da instrução, designando data para realização da prova oral de defesa (fls. 482).

16. Foram ouvidas as testemunhas de defesa das indiciadas às fls. 504, 508, 511, 517, 520, 523, 526, 528, 531; 534, 537.

17. Às fls. 546-649, informações da Cia. Antarctica Paulista, trazidas ao processo por determinação do relator, contendo relação dos usuários de chopeiras, fornecidas pela filial — Belo Horizonte, e relação de todos os estabelecimentos comerciais da praça daquela cidade, que adquirem produtos da linha de fabricação da referida indiciada.

18. Às fls. 650, relação fornecida pelo gerente da Cia. Antarctica Paulista dos usuários de chopeira em Belo Horizonte, e relação dos estabelecimentos que adquirem produtos da Companhia Mineira de Cerveja.

19. Às fls. 749, promoção da Procuradoria-Geral requerendo exame pericial.

20. Às fls. 752-759, estudo do DEPEC sôbre as fabricantes de cerveja, e respectiva composição acionária.

21. Às fls. 760, proferi despacho deferindo requerimento da Procuradoria e determinando às sindicadas esclarecer que perícia pretendiam fôsse produzida.

22. Às fls. 764, informações da Cia. Cervejaria Brahma, a pedido do relator, contendo relação dos usuários de chopeira na cidade de São Paulo; relação dos revendedores na Guanabara; e relação dos revendedores na cidade de São Paulo.

23. Às fls. 806, relação da Antarctica dos bares e similares que trabalham com chope de sua produção na capital de São Paulo, na Guanabara e outras informações.

24. Às fls. 868, petição da Cia. Cervejaria Brahma, e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. afirmando não ter prova pericial a produzir, reservando-se a faculdade de nomear assistente técnico e apresentar quesitos, datada de 8 de março de 1968.

25. Às fls. 869, petição da Companhia Antarctica Paulista datada de 11 de março de 1968, declarando não ver necessidade de prova pericial, pela qual protestara *ad cautelam* em sua defesa prévia ressalvando o direito de indicar assistente técnico para a eventual perícia, e pela formulação de quesitos.

26. Às fls. 872, promoção da Procuradoria-Geral apresentando quesitos.

27. Despacho do relator, de 10 de junho de 1968, solicitando informações ao DARCO sôbre a situação geral da indústria de cerveja de baixa fermentação (fls. 885).

28. Às fls. 888-898 estudo do ... DARCO acêrca da indústria de cervejas de baixa fermentação, datada de 24 de julho de 1968.

29. Petição da Cia. Antarctica Paulista, data de 17 de julho de 1968, às fls. 899, indicando os contadores HÉLIO RAYNSFORD, e JOSÉ FIERITA, para funcionar, na perícia, como assistentes técnicos da indiciada.

30. Às fls. 901, ofício da Companhia Mineira de Cervejas, informando data da sua fundação, inauguração e lançamentos de seus produtos de 24 de junho de 1968.

31. Às fls. 901-v., despacho do relator, deferindo a perícia, indicando como peritos o Coronel do Exército DANTE LEAL DA SILVA, Chefe do Estabelecimento Central de Finanças do Ministério do Exército, Bacharel em Direito e Bacharel em Ciências Con-

tábeis, e o Sr. JÚLIO RAJA GABAGLIA TOLEDO, Bacharel em Ciências Contábeis, e funcionário estável do INPS, cuja indicação foi aprovada pelo plenário, pelo processo n.º 20.388-68 que se encontra arquivado na Secretaria dêste Conselho, conforme certidão de fls. 901-v., do presente processo. Indeferido, pelo dito despacho, o pedido de indicação de assistentes técnicos para a perícia, formulado pelas indiciadas.

32. Às fls. 902, datado de 2 de agôsto de 1968, têrmo de compromisso dos senhores peritos.

33. Às fls. 904, petição da Cia. Antarctica Paulista pedindo reconsideração de despacho que inadmitiu o funcionamento de assistentes técnicos indicados pelas partes datado de 5 de agôsto de 1968.

34. Às fls. 308, certidão de recondução do relator ao cargo de membro dêste Conselho, data de 9 de agôsto de 1968.

35. Às fls. 909, despacho do relator, datado de 14 de agôsto de 1968, mantendo o despacho anterior que indeferira a indicação de assistentes técnicos pelas indiciadas, com a fundamentação no mesmo aduzida, e esclarecendo o objeto da perícia, e designando o dia 26 de agôsto de 1968, às 14 horas, para início da diligência pericial.

36. Ofício da Companhia Mineira de Cerveja, às fls. 911, prestando as informações anteriormente solicitadas.

37. Em 26 de agôsto de 1968, formulei quesitos para a perícia (fls. 916).

3. Em 26 de agôsto de 1968, início da diligência pericial (fls. 917).

39. Às fls. 920-955, o laudo dos Senhores Peritos.

40. Às fls. 959-967, as alegações finais da Procuradoria-Geral, pedindo a condenação das indiciadas a uma multa a ser fixada em grau médio, e a assinarem têrmo de compromisso, no qual se obrigarão a cessar a prática de abuso descriminado, sob pena de reincidentes, arcarem com as sanções previstas, na forma da lei.

41. Às fls. 971-1.040, alegações finais da Cia. Antarctica Paulista, instruída com a documentação de fôlhas 1.041-2.424, pedindo seja reconhecida a improcedência da denúncia, por absoluta falta de apoio nos fatos e na lei.

42. Às fls. 2.425-2.432, as alegações finais da Cia. Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., com a documentação acestada, declarando não estar comprovada qualquer violação da lei, e pedindo o arquivamento do processo.

43. Às fls. 2.433, vista à Procuradoria-Geral, por 3 (três) dias, para conhecer dos documentos acestados às alegações finais das partes.

44. Às fls. 3.433v., promoção da Procuradoria-Geral, acusando ciência, e declarando nada ter a requerer.

45. A indiciada Cia. Antarctica Paulista distribuiu memorial aos Membros dêste Conselho, com pareceres dos juristas PONTES DE MIRANDA e OROSIMBO NONATO.

46. Por despacho de 11 de abril de 1969, foi pedido dia para julgamento.

47. O Exmo. Sr. Presidente, por despacho de 15 de abril de 1969, designou o dia 6 de maio de 1969, às 15 (quinze) horas, para julgamento, determinando o cumprimento, pela Secretaria, das formalidades previstas no art. 26 e seu parágrafo único, do Regimento Interno.

Essas formalidades foram cumpridas, como se vê da certidão de fls. 2.435v.

É o relatório.

VOTO

O mercado produtor de cervejas de baixa fermentação

A cerveja é a bebida obtida por fermentação alcoólica, produzida por fermentos selecionados de cerveja (saceha-remyees cerevisiae), no mosto constituído por uma mistura de cevada e outros cereais (arroz, trigo, centeio,

milho), adicionado do fermento e aromatizado com lúpulo, (fls. 721, 3.º volume, informação do Sindicato Nacional da Indústria de Cerveja de Baixa Fermentação).

A fermentação do mosto se classifica em baixa e alta, e as diferenças entre a cerveja de alta e baixa fermentação residem no seguinte: 1) tipo do levedo utilizado; 2) temperatura empregada na fermentação; 3 a de baixa fermentação é pasteurizada e seu processo de fabricação é mais demorado; 4) a de alta fermentação não é pasteurizada; 5) a de alta fermentação é de tipo escuro; 6) a de baixa fermentação é geralmente de tipo claro, (fls. 724).

No Brasil, como na maioria nos outros países, a quase totalidade das cervejas é de baixa fermentação. A produção das poucas fábricas de cerveja de alta fermentação em nosso país não chega a representar 2% (dois por cento) da produção total de cervejas, de modo que mais de 98% (noventa e oito por cento) da produção total de cerveja é do tipo baixa fermentação (fls. 724).

No presente processo, as indiciadas Companhia Antarctica Paulista e Companhia Cervejaria Brahma são emprêsas fabricantes de cerveja de baixa fermentação, e a outra indiciada, Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., é revendedora desta última.

Veja-se, em seguida, qual a posição do mercado produtor de cerveja de baixa fermentação no Brasil, conforme estudo realizado pelo DEPC a pedido do signatário, e que compreende a quase totalidade das unidades em atividade no ramo (fôlhas 752-759) e que não sofreu contestação por parte das indiciadas.

Refere o estudo que se tomando por base as informações acima, a produção de cervejas, no ano de 1966, ascendeu a litros 848.528.129, tendo cada uma das emprêsas contribuído com o seguinte percentual (fls. 758-758v.):

1.	Cia. Cervejaria Paulista	1,34%
2.	Cia. Cervejaria Caracu	1,70%
3.	Cia. Cervejaria Columbia S. A.	0,53%
4.	Cia. Antarctica Paulista	33,10%
5.	Cia. Cervejaria Brahma	48,58%
6.	S. A. Cervejaria Princeza	0,52%
7.	Cervejaria Cruzeiro Sociedade Anônima	0,15%
8.	Cia. Cervejaria Lusitânia	0,23%
9.	Cia. Mineira de Cervejas	9,08%
10.	Cia. Cervejaria José Weiss	0,24%
11.	Cervejaria Serramalte Ltda...	2,36%
12.	Maltaria e Cervejaria Londrina S. A.	0,47%
13.	Cia. Cervejaria Bohemia	1,10%
		100,00%

Note-se que a Companhia Antarctica Paulista tem o absoluto contrôle acionário da Cervejaria Colúmbia S. A. (fls. 755-755v.) e o absoluto contrôle acionário da Cia. Cervejaria Bohemia (fls. 758, *in fine*), devendo, portanto, acrescer-se a percentagem da Cia. Antarctica Paulista, no quadro transcrito, os números relativos a essas emprêsas controladoras, que são respectivamente da ordem de 0,53% e 1,10%. Tem-se, assim, em conclusão, que a Cia. Antarctica Paulista, em 1966, detinha 35,33% da produção total de cerveja no país, e a Cia. Cervejaria Brahma detinha 48,58% dessa produção total.

Dêsses dados referentes a 1966, pode extrair-se a conclusão de que essas duas emprêsas indiciadas são fabricantes de grande parte, que controlam pràticamente o mercado de produção e consumo de cerveja no país, sendo que ambas somam o total de 83,91% da produção global do Brasil.

É interessante observar que essa posição de domínio é absolutamente consolidado, e vem de longa data, e só recentemente têm surgido tentativas de novos investimentos no ramo da cerveja. Infere-se do estudo de mercado, que não reina de forma alguma uma "feroz... competição" entre essas duas emprêsas (como asseveram as alegações finais da Cia. Cervejaria Brahma, às fls. 2.426), mas sim um tranqüilo domínio de mercado produtor, e a segurança da absorção de tôda essa produção pelo mercado consumidor, sendo evidentemente, do interêsse dessas duas organizações que se não criam novos empreendimentos e novas emprêsas que pretendam disputar-lhes parte dêsse mercado.

E tanto não reina essa feroz competição, que, como se informa às fôlhas 894, e isso não foi contestado por quaisquer das depentendes, a Cia. Antarctica Paulista possui 40.000 ações da Cia Cervejaria Brahma, no valor de NCr$ 41.000,00 sendo 20.000 ordinários e 20.000 preferenciais, e que representa em números redondos 0,5% do capital da Cia. Cervejaria Brahma. Se essa percentagem, de um lado, é insignificante é, de outro lado, suficiente para revelar que inexiste uma feroz luta competitiva entre as duas organizações, e serve para alertar êste Conselho para o que, eventual e futuramente, possa vir a significar o início de um processo de aglutinação que, se efetivado, poderia ser altamente danoso à liberdade de comércio no ramo da cerveja.

O que os estudos constantes dêste processo evidenciam é que, antes de uma feroz luta competitiva entre os dois empreendimentos, o que aparece, em primeiro plano, é o interêsse da manutenção do *status quo*, que se consubstancia no domínio de mercado produtor. E, nesse passo, os interêsses das duas organizações são coincidentes, no sentido de evitar a constituição de novas emprêsas, que possam tentar instalar-se.

Os estudos do DARCO, datados de 24 de julho de 1968, realizados a pedido do signatário (fls. 888-895), revelam as seguintes datas de fundação: Cia. Antarctica Paulista — 1891; Cia. Cervejaria Bohemia (cujo contrôle é hoje da Antarctica) — 1898; Cia. Cervejaria Caracu — 1899; Cia. Cervejaria Brahma — 1904; Cervejaria Gazapina S. A. — 1908; Cia. Paulista — 1914; S. A. Cervejaria Princeza — 1931; Cervejaria Colúmbia (cujo contrôle é hoje da Antarctica — 1944; Cervejaria Pérola — 1950; Maltaria Cervejaria Londrina — 1952; Cia. Mineira de Cervejas — 1961.

Aduz o referido estudo, datado de 1968, que se destacm, em fase de instalação, a Cervejaria Paraense S. A., Cervejaria Astra S. A., Cervejaria Maranhense S. A., Cervejaria Cuiabana S. A., Cervejaria Brasília S. A.; Companhia Brasiliense de Cervejas, com sede respectivamente nos Estado do Pará, Ceará, Maranhão, Mato Grosso e as duas últimas em Brasília, tôdas longe, como se vê, dos centros de atuação mais intenso, tanto da Antarctica como da Brahma.

Noticia o estudo a formação de um grupo empresarial encabeçado pela Skol International Beer, adquirindo o acêrvo e o contrôle acionário da Cia. Cervejaria Cairu e da Cia. Cervejaria Caracu, sendo que esta última deterá 73% da Maltaria Cervejaria Londrina S. A.

O mesmo estudo observa que, na década de 1952-1962, surgiu apenas a Companhia Mineira de Cervejas, e sòmente a partir de 1964 é que se iniciaram novos investimentos no ramo da cerveja, representado pelo começo da instalação das fábricas já mencionadas.

Resumindo essas observações, temos que o mercado se caracteriza por um absoluto domínio da produção e consumo, por parte da Antarctica e da Brahma (e que é até mesmo público e

notório), sendo evidente que a instalação, implantação, criação e funcionamento de novas emprêsas fabricantes de cerveja de baixa fermentação não consultam, como é óbvio, os interêsses das ditas organizações.

Essa convicção, que é nossa, e resulta de meticuloso estudo da matéria e do processo, não pode, todavia, gerar contra as defendentes uma presunção da prática de tais atos, pois isso significaria intolerável inversão de ônus da prova. Somos, — o CADE — um corpo de cidadão destinados a exercer missão judicante, que se não pode exercer senão à luz dos elementares princípios da processualística penal, segundo o qual o ônus da prova é de quem produz o líbelo.

E é sob a inspiração dêsses princípios que passamos a focalizar o direito, os fatos e a prova do presente processo.

O Direito

As defendentes — Cia. Antarctica Paulista, Cia. Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Limitada —, foram processadas como incursas no art. 2.º, inciso IV, letra *b*, *da* Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, segundo o qual considera-se forma de abuso do poder econômico:

"IV — Formar grupo econômico, por agregação de emprêsas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) .....

b) subordinação de venda de qualquer bem a aquisição de outro bem ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem".

O procedimento ilegal das defendentes residiria no fato de as mesmas, para manter chopeiras em bares e similares, exigirem dos comerciantes exclusividade na venda dos artigos por elas fabricados (Antarctica e Brahma) e distribuídos (Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.).

A defendente Cia. Antarctica Paulista distribuiu memorial para esta assentada, consistente na reprodução das suas alegações finais, que se fizeram acompanhadas de pareceres de dois juristas do tomo, ou sejam OROSIMBO NONATO e PONTES DE MIRANDA.

PONTES DE MIRANDA, atendendo ao primeiro quesito da consulta que lhe foi formulada, responde, com a autoridade por todos reconhecida, que

"Qualquer infração do art. 2.º, IV, b), da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, sòmente ocorre:

a) se há ato ou atos de grupo econômico, que provenha de agregação de emprêsas que subordine a venda de qualquer bem à aquisição de outro bem;

b) se há ato ou atos de grupo econômico, resultante de agregação de emprêsas, que, com isso, subordine a venda de qualquer bem à utilização de determinado serviço;

c) se há ato ou atos de grupo econômico, resultante de agregação de emprêsas, que, com isso, subordine a utilização de determinado serviço à compra de determinado bem".

E prossegue o douto parecerista:

"O pressuposto de se tratar de grupo econômico, por agregação de emprêsas, é o pressuposto subjetivo e básico. Sem êle, não se pode cogitar de delito previsto no art. 2.º inciso IV, *b*, da Lei n.º 4.137. Depois há de existir, no suporte fáctico, ou a subordinação de venda de qualquer bem a aquisição de outro bem, ou a sobordinação de venda de qualquer bem à utilização de determinado serviço, ou a subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem. Basta um dêles, mas é elemento necessário".

O parecerista OROSIMBO NONATO transmite a mesma ação, respondendo ao primeiro quesito:

"A caracterização do abuso de poder econômico previsto na alínea citada está indesligàvelmente ligada ao prescri-

to no *caput* do dispositivo, sob o número IV, no que se refere a formar grupo econômico que se refere por agregação de emprêsas sendo o expediente previsto na letra *b* simples meio para alcançar o objetivo proibido pela Lei".

Os dois juristas, a seguir, demonstram a aplicação de princípios da reserva legal no domínio da repressão ao abuso do poder econômico, asseverando OROSIMBO NONATO que "em se tratando de caracterização de delitos, punidos com penas severas como as definidas na Lei n.º 4.137, para a sua ocorrência se exige rigoroso enquadramento da falta na definição legal, compreendida *ut verba sennant*, sem ampliações absolutamente inadmissível". PONTES DE MIRANDA endossa o entendimento, dizendo que assim se deve interpretar "regra jurídica penal, ou mesmo civil ou comercial, se contém pena ou multa, ou elemento disconstitutivo". E prossegue: quanto às figuras de delitos seria absurdo que, por exemplo, onde se fala de grupo econômico, por agregação de emprêsas, se entendesse que o crime pode ser praticado por uma só emprêsa, não ligada a outras".

Com a vênia dos ilustres juristas, é oportuno lembrar que a aplicação do princípio da reserva legal em matéria de repressão ao abuso do poder econômico já foi muito proclamada perante êste Conselho pelo signatário, como por exemplo, no processo (averiguações preliminares) número 20.463-66, em que era representante a Câmara Municipal de Oswaldo Cruz (São Paulo), e representada a Sociedade Anônima White Martins, quando, invocando o ensinamento de ENRIQUE R. AFTALION, em seu *Derecho Penal Económico*, págs. 29-31, sôbre a aplicabilidade dos princípios gerais do Direito Penal no Direito Penal Econômico, tivemos o ensejo de formular o princípio, aceito pelo plenário, à unanimidade, de que: "Não há delito de abuso do poder econômico sem lei anterior que o defina", dizendo, no voto que proferimos, na respectiva assentada, que o princípio da legalidade, ou da reserva legal, é em tudo e por tudo cabível, quando se esteja nos domínios do direito penal econômico.

Por fôrça dessas razões, entendemos que para incidência da disposição constante do art. 2.º, inciso IV, letra *b*, da Lei n.º 4.137-62, hão de estar presentes os seguintes requisitos.

a) formação de grupo econômico, por agregação de emprêsas; *b*) que êsse grupo se forme por meio de alguns dos expedientes aludidos na letra *b* do referido dispositivo legal; *c*) que êsse grupo se forme em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores.

O que resulta claro é que o bem jurídico protegido pela norma é a livre deliberação dos compradores ou vendedores.

É importante, de outro lado, deixar patente que, da circunstância de alguns dos fatos referidos na letra *b* do dispositivo, ser um dos requisitos que, ao lado de outros, deve estar presente para a aplicabilidade da norma contida no art. 2.º, inciso IV, letra *b* não se pode inferir que qualquer dêsses fatos não possa também, *per se*, caracterizar outras formas de abuso do poder econômico previstas em outros artigos da Lei como, por exemplo, o art. 2.º, inciso I, letra *g* da Lei n.º 4.137-62.

Atente-se para o fato de que o ato de subordinar-se a utilização de um determinado serviço à compra de determinado bem pode perfeitamente significar um limite à competição comercial, consubstanciando uma eliminação parcial da concorrência, por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa.

A leitura detida da Lei de regência e a atenção à sua sistemática, conduzem inelutàvelmente à conclusão acima firmada.

Outro, aliás, não é o resultado a que

chega BENJAMIN M. SCHIEBER, em seu livro *Abusos do Poder Econômico* (Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A.), edição *Revista dos Tribunais*, 1966 página 155, quando demonstra que êsses ajustes de vinculação ("ties is sales") são ilícitos *per se* consubstanciando acôrdos entre não-concorrentes celebrados em restrição da concorrência. Aliás, o ilustre professor da Lousiania se mostra excessivamente temeroso quando registra o seu receio de que a formulação do art. 2.º, inciso IV, letra *b*, da Lei n.º 4.137, feita de maneira infeliz, ponha em perigo qualquer execução da Lei Antitruste contra contratos de vinculação de vendas. E isso se verá mais adiante.

Fixadas essas premissas de direito, ponham-se em tela os fatos, e ao exame da prova produzida neste processo administrativo.

Análise da Prova Testemunhal, no que toca à Cia. Antarctica Paulista.

Antes de entrar na apreciação da prova testemunhal, vale referir que o representante legal da Cia. Antarctica Paulista, em seu interrogatório, às fôlhas 86, 1.º volume, Sr. HAMILTON PRADO, negou a acusação, afirmando (fôlhas 87) "que a Antarctica não exige exclusividade dos seus concessionários para a venda dos produtos da sua linha de fabricação.

Fixem-se, agora, os depoimentos testemunhais.

PIERINO C. E. FALCI (2.º volume fôlhas 296) — ... respondeu que confirma os têrmos da representação de fls. que assinou, como Chefe da Delegação da Federação Nacional de Hotéis e Similares no Estado de Minas Gerais ... que tomou conhecimento dos fatos dos quais resultou a representação que dirigiu ao CADE por fôrça de reclamação de diversos comerciantes desta cidade; que disseram ao depoente que se sentiam pressionados por Cias. produtoras de refrigerantes, cervejas e chope as quais as obrigavam a consumir sòmente os produtos de sua fabricação, sob pena de terem cancelados os fornecimentos que vinham recebendo dos mesmos fabricantes; que se recorda terem os reclamantes referidos mencionado expressamente os nomes das Cias. Brahma e Antarctica; que sendo estas duas referidas produtoras especialmente de chope as queixas se concentraram nelas duas; que no tocante a refrigerantes fizeram a mesma reclamação; que a grave distorção referida na sua representação se encerra no fato de não ser possível a um fabricante nôvo competir no mercado com as Companhias representadas". Aduz a testemunha que sempre foi hoteleiro jamais tendo sentido essa pressão; que percorreu com o Senhor JOÃO APRÍGIO DUARTE, presidente do Sindicato de Hotéis, também signatário da representação, mais de 20 estabelecimentos, tendo constatado o fato referido na representação. Entre as casas que percorreu cita o Restaurante Giratório, Churrascaria Camponeza, Casa do Chope, Bico do Lacre, Churrascaria Alhambra e Policano, Rei dos Sandwiches, Restaurante Pinguim e outros. Acrescenta que invariàvelmente nas casas onde se vende chope, naquela em que existia o produto da Brahma não era encontrado o produto da Antarctica e vice-versa; salientou que atribui ao fato de não ter chopeira em seu estabelecimento, a faculdade que tem de vender no seu Hotel todos os produtos de todos os fabricantes, de vez que a exigência de exclusividade incide sôbre os comerciantes que tem chopeira em seu estabelecimento, exclusivamente;

JOÃO APRÍGIO DUARTE (fls. 308-314) — Presidente do Sindicato de Hotéis e Similares de Belo Horizonte, também signatário da representação. Também dono do hotel, declara que seu estabelecimento não recebeu pressão. Afirma que visitou 4 estabelecimentos: Helio's Chopp; Banco do Chopp, Casa do Chopp e Gruta OK, procedendo a uma averiguação antes de apresentar a representação. Disse que a verificação

consistiu no seguinte: verificando a existência no estabelecimento do produto de uma fábrica, pedia o produto de outra e recebia então a afirmação de que o produto pedido ali não existia, e que não pode precisar no tocante a cada um dos estabelecimentos acima referidos qual a marca do produto que encontrou ou não encontrou;

CARLOS LEITE (fls. 315-17) — signatário do documento de fls. 6 — que teve conhecimento do fato ali narrado porque tendo freqüentado bares e restaurantes em companhia de sua família verificou que onde havia produto da Antarctica não encontrou da Brahma e vice-versa. Que recebeu essas informações dos respectivos garções. Que não identifica pelo nome as demais pessoas que assinaram com êle a declaração de fls. 6. Um seu conhecido de bar é que lhe pediu firmasse o documento.

ELIAS BISTENE (fls. 318-20) — Proprietário do bar Gruta OK — Utiliza quatro chopeiras, atualmente fornecidas pela Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. Disse que já trabalhou com a Antartica e que durante o tempo em que com ela trabalhou, inclusive com chopeira, tinha em seu estabelecimento chope e cervejas desta Companhia, e também chope engarrafado da Brahma e cerveja Brahma, e também a cerveja Weiss Export de Juiz de Fora.

ARI MARTINS DA COSTA (fls. 321-24) é sócio da firma — Comércio Camponeza Ltda., proprietário da Churrascaria Camponeza — Atualmente é suprido pela Brahma. De 1963 a 1966 (antes tinha dito 1965, depois retificou para 1966, o que se confirma com o documento de fls. 235-5, volume VIII, trazido à colação com as alegações finais da Antarctica) utilizou chopeira da Antarctica, e durante êsse período vendia livremente em seu estabelecimento produtos engarrafados de tôdas as emprêsas. Afirma que para a instalação da dita chopeira, a Antarctica não fêz qualquer exigência de exclusividade; que essa exigência foi feita posteriormente de maneira verbal, em 1966, pelo Doutor AVELINO, dirigente dos negócios da Antarctica em Belo Horizonte; que diante dessa exigência deixou de utilizar-se da chopeira da Antarctica, passando a servir-se da chopeira da Brahma; que quando recebeu a chopeira da Antarctica assinou um contrato, e dêste contrato não constava qualquer cláusula de exclusividade; que os usuários das chopeiras recebem assistência técnica dos respectivos fornecedores;

HINDEMBURG BRAGA (fls. 325-328) — (Rei dos Sandwiches) — comprou o estabelecimento em 1952, e ali já se utilizava chopeira da Antarctica, que continuou sendo usada, podendo o usuário comprar livremente produtos similares originários de outras emprêsas, até que em novembro de 1966, foi chamado por um nôvo gerente da Antarctica, que disse que a emprêsa estava adotando um nôvo ritmo de trabalho, e que de agora em diante para continuar recebendo chope, e utilizando a respectiva chopeira, êle tinha que ser cliente exclusivo da Antarctica, sob pena de ficarem cortadas às relações comerciais. Diante disso, o depoente tomou a iniciativa de procurar a Distribuição de Bebidas que passou a fornecer-lhe chope e chopeira sem exigência de exclusividade.

JOÃO EVANGELISTA ASSUMPÇÃO TEIXEIRA (fls. 329-30) — (estabelecimento: Casa do Chope — compra chope de barril, e é usuário de chopeira da Antarctica — Quando comprou o estabelecimento, êste já era usuário de chopeira da Antarctica. Declarou que, durante um ano, passou comprando produtos de concorrentes, que não o chope, pois êste sempre utilizava exclusivamente o da Antarctica. Disse que resolveu comerciar tão sòmente com chope e cervejas da Antarctica porque é reduzido o espaço de que dispõe, aufere maior margem de lucros: na ocasião em que resolveu trabalhar sòmente com os produtos da Antarctica não recebeu

dessa emprêsa qualquer exigência de exclusividade.

Dr. CARLOS AUGUSTO DE ANDRADE (fls. 331) — (estabelecimentos: Churrascaria Camponeza e Restaurante Giratório). Não utilizava chopeira, quando o depoente estava à frente dos mesmos, vendendo bebidas de tôdas as marcas. Acrescenta estar informado que a Antarctica e a Brahma, representada pela Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., quando fornecem chopeira, exigem que o respectivo usuário não venda em seu estabelecimento produtos similares aos da linha de produção da Companhia fornecedora da chopeira.

JOSÉ RODRIGUES CAMPOS (fls. 344-5). Restaurante Pinguim. Utiliza chopeira da Antarctica, afirmando que o faz sem nenhuma imposição de exclusividade.

MILTON ANTONIO DOS REIS (fls. 46-7) Bar e Restaurante Mangueiras Drive'in Ltda. — utiliza chopeira da Antarctica e vendia inclusive cervejas em garrafas das marcas Ouro Branco e Brahma; afirma ter quase certeza de que, no início de 1967, ter recebido a visita de um inspetor da Antarctica que dizia ao depoente ter êle que passar a trabalhar com a Antarctica em regime de exclusividade, só vendendo produtos dela sob pena de ser retirada a chopeira; diante disso afirma ter dito ao inspetor que podia levar a chopeira; ao receber a chopeira da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. não recebeu pressão para ser "exclusivista", e assinou um contrato com a mesma, que não leu, e que provàvelmente tem em casa; que não se recorda o nome do inspetor da Antarctica que falou ao depoente na exclusividade, nem da data em que isso ocorreu; que não ocorreram dificuldades entre o depoente e o gerente da Antarctica em Belo Horizonte relativamente ao atraso no pagamento de mercadorias fornecidas.

ERNANI MIRANDA LIMA (Fls. 369-74) — ex-gerente da Antarctica em Belo Horizonte — começou a trabalhar na Cia. em 1937; em outubro de 1960 foi transferido para Belo Horizonte; na qualidade de gerente comercial, onde permaneceu até outubro de 1966; de outubro de 1966 até 14-7-1967, ficou em disponibilidade remunerada, quando deixou de ser empregado, recebendo indenização; declarou que a primeira proposta que fêz à Cia. para deixá-la ocorreu há 16 anos; que durante o tempo em que foi gerente comercial não exigia exclusividade, e os usuários da chopeira trabalhavam com produtos engarrafados dos concorrentes; embora afastado por motivo de ordem de serviço, não liga o seu afastamento a essa circunstância; disse que o depoente tomou conhecimento do problema de ordem comercial entre a Churrascaria Camponeza e o Rei do Sandwiche, conversando com PIERINO FALCI, e depois em virtude de ser assistido a uma audiência dêste processo; depois que deixou a gerência não tomou conhecimento de modificações no sistema de vendas da Antactica em Belo Horizonte, notando, porém, maior agressividade na propaganda em tôrno dos seus produtos, inclusive por fôrça de lançamento de um nôvo produto, isto é a Cerveja Antarctica Tampinha Azul, notou sensível queda dos negócios da Antarctica na região por êle superintendida, atribuindo êsse decréscimo a queda geral dos negócios pela redução do poder aquisitivo, e não à presença da Companhia Mineira de Cervejas no mercado. Referiu o depoente os atrasos no pagamento dos fornecimentos em que incorria o Restaurante Mangueira's Drive'in Ltda. (depoimento MILTON ANTONIO DOS REIS — fls. 346) que culminaram com a ordem do depoente no sentido de ser retirada a chopeira da Antarctica do dito estabelecimento.

AVELINO DE LEMOS COUTO (Fls 376 a 382) — Gerente da Antarctica em Belo Horizonte — que começou a trabalhar na Cia. em maio de 1966, como assistente da gerência de vendas da matriz, em São Paulo; em outubro de 1966, foi designado para exercer as fun-

ções de gerente da filial de Belo Horizonte, que declarou desempenhar até a presente data; que essa sua designação se explica pelo fato de o antigo gerente estar, à época, em entendimentos para deixar a emprêsa; que quando assumiu a gerência existiam em Belo Horizonte de vinte a vinte e dois usuários de chopeiras na Antartica, número que atualmente chega a quarenta e quatro, declarou que tão logo assumiu as suas funções em Belo Horizonte, o depoente visitou tôda a freguesia, inclusive aquelas varejistas usuárias de chopeiras da Antarctica e a todos pediu colaboração para que apoiassem um nôvo lançamento que a emprêsa ia fazer; de todos recebeu apoio; do Sr. HINDEMBURG BRAGA, do Rei dos Sandwiches, que declarou não acreditar em cerveja boa em Belo Horizonte, e especialmente não acreditava na Cia. Antarctica: posteriormente êsse cliente solicitou a retirada da chopeira da Antarctica; que mesmo depois dessa retirada o Sr. HINDEMBURG fêz pedido de mercadorias, no que foi atendido; disse que o depoente não exige para fornenecer chopeira a varejistas exclusividade de consumo de produtos da Antarctica, por não ser essa exclusividade conveniente à emprêsa; que o depoente nunca recebeu instruções da emprêsa para exigir essa exclusividade; e não é verdadeira a declaração do senhor ARY MARTINS, da Churrascaria Camponeza de que o depoente exigiria dêle a exclusividade referida; que a respectiva chopeira foi retirada da Churrascaria Camponeza por solicitado do mesmo Sr. ARY; declarou que ao usuário de chopeira o fornecedor oferece as seguintes vantagens; assistência permanente, e gratuita, de conservação e limpeza do aparelho, mediante revisões quinzenais, fornecimento gratuito de gêlo, pronto atendimento no fornecimento dos barris de chope.

Os depoimentos acima, respingados os seu tópicos principais se referem a testemunhas que depuseram por iniciativa do CADE. Vejamos, agora, as testemunhas da defesa, arroladas pela defendente. Cia. Antarctica Paulista:

PEDRO PALHARCS DINIS (Fls. 517-19) — estabelecimento: Bar Pampulha — Irmãos Palhares Diniz; o depoente é usuário de chopeira da Antarctica, e afirma, que nunca foi procurado pela Cia. para que viesse a trabalhar com exclusividade na venda dos produtos da mesma, no tocante a cervejas e chope especialmente.

SALVIO SILVA (Fls. 520-21) — estabelecimento, Bigodealdo's Chopp — afirma que nunca recebeu da Antarctica qualquer insinuação no sentido de ser seu estabelecimento vendedor exclusivo da mesma, em matéria de cerveja; sente-se livre de comprar de qualquer outra fabricante, e só não o faz por conveniência própria.

NUNCIO GRASSO (Fls. 523-5) — Pizzaria Vesuvio — usa chopeira da Antarctica — disse que a Cia. nunca insinuou que o estabelecimento do depoente vendesse exclusivamente produtos de fabricação da Antarctica; sòmente compra desta companhia, por conveniência própria.

MANOEL AMARAL (Fls. 526) — Estabelecimento "O Caneco". Usuário de Chopeira. Afirma que jamais recebeu qualquer insinuação no sentido de exclusividade. Assevera que só vende produtos da Antarctica, por ser da sua conveniência: preço mais barato, fornecimento gratuito de gêlo e boa assistência.

HÉLIO VIEIRA SALOMON (Fls. 528) — Estabelecimento. Helio's Chopp — Usuário de chopeira. Vende, com exclusividade, chope e cerveja da Antarctica. Afirma que essa exclusividade decorre de conveniência própria.

JAIME JUAN VILLAR CASTRO (Fls. 531) — Estabelecimento: Frango Assado. Usuário de chopeira de Antarctica. Vende, com exclusividade, chope da Antarctica, e vende cerveja em garrafa de diversos fabricantes. A chopeira já foi instalada na gestão do nôvo geren-

te, e continuou a vender, como anteriormente fazia, com tôda a liberdade, cervejas de todos os fabricantes.

Essas as testemunhas que depuseram arroladas pela defendente Cia. Antarctica Paulista.

Em respaldo dessa prova testemunal, e em decorrência da limitação legal do número de testemunhas, essa defendente acostou às suas alegações finais, como documento n.º 1 (fls. 1.044-1.093), documento n.º 2 (fls. 1.102-1.385), documento n.º 3 (Fls. 1.389-2.289), declarações de todos os seus clientes em Belo Horizonte, na Guanabara, e em São Paulo, afirmando que a Cia. Antarctica Paulista não impõe exclusividade, sendo que as declarações referentes à Guanabara e São Paulo foram apresentadas aos respectivos Sindicatos de Hotéis e Similares, para que, em sistema de amostrage, fôssem submetidas a uma prova de veracidade tendo êsse Sindicatos oferecido relatório positivo, no sentido da autenticidade substancial dessas declarações. Êsses relatórios se encontram, no que toca ao Sindicato da Guanabara, às fls. 1.102 e 1.103, volume V, e no que se refere ao Sindicato de São Paulo, às fls. 2.248-2.250, volume VIII.

Essas declarações não podem substancialmente ser tidas como depoimentos testemunhais, por isso que não apresentam o requisito da *imediatidade* para com a autoridade judicante, e a Procuradoria, interessadas na interrogação direta dêsses informantes, mas não deixam por outro lado, de constituir um adminículo de interêsse para a apuração da verdade, a ser examinado com o conjunto da prova produzida, sobretudo se se considerar a limitação do número de testemunhas imposta pela lei, por força de razões de ordem puramente pragmática e de ordenação processual.

Da meditação em tôrno da prova testemunhal de acusado, relativamente à defendente em questão, se extrai a suposição de que, com a mudança do gerente em outubro de 1966, diante da confessada recessão dos negócios da Cia. Antarctica em Belo Horizonte, e diante do início de fucionamento de uma eventual concorrente, a Companhia Mineira de Cervejas, a emprêsa resolvera partir para uma política mais agressiva de preservação, e mesmo expansão, do seu mercado consumidor, e, com um dos itens dessa nova política, estaria presente uma mudança no sistema de vendas, quando a emprêsa teria resolvido submeter os seus clientes a um regime de exclusividade, impedindo-os de operar com produtos de outros fabricantes, o que se podia fazer mais fàcilmente com os usuários de chopeiras em razão do considerável lucro que a utilização dêsse aparelho traz ao estabelecimento manipulados, como se depreende do laudo pericial, às fls. 955, onde os técnicos afirmam que êsse aparelho enseja aos seus usuários um lucro médio de 280 (duzentos e oitenta por cento) de lucro bruto.

A prova testemunhal de acusação permite, porém, que essa suposição se convole em convicção.

Senão, vejamos.

Os signatários da representação PIERINO FALCI (fls. 296) e JOÃO APRÍGIO DUARTE (Fls. 308), bem examinados os seus depoimentos, não afirmam a existência de pressão no sentido da exclusividade. Registram o fato de que onde encontraram produto de uma emprêsa, não encontraram de outra, sendo de notar que êles referem estabelecimentos, como por exemplo o Helio's Chopp, cujo representante legal depôs às fls. 528, dizendo que operava só com produtora da Cia. Antarctica por conveniência própria, e não como resultado de qualquer pressão.

O depoimento de CARLOS LEITE (fls. 315-17) não oferece, evidentemente, credibilidade maior, tendo afirmado a declaração de fls. 6, a pedido de um conhecido de bar, não identificando os co-signatários.

ELIAS BISTENE (fls. 318-20), testemu-

nha de acusação, nega o próprio fato da exclusividade, em seu estabelecimento, "Gruta OK". Aliás expressamente referida por um dos autores da representação (JOÃO APRÍGIO DUARTE — fls. 378-14), como um daqueles estabelecimentos "exclusivistas".

DR. GERALDO AUGUSTO DE ANDRADE (fls. 331-338), também testemunha de acusação, nega que seu próprio estabelecimento (Restaurante Giratório), referido no depoimento de Pierino Falci (fls. 296, fôsse exclusivista.

JOSÉ RODRIGUES CAMPOS (Fls. 344-5), Restaurante Pingüim, afirma que o "exclusivismo" do seu estabelecimento decorre de conveniência própria.

MILTON ANTONIO DOS REIS *afls.* 346-7), Restaurante Mangueira's Drive'in Ltda., refere um inspetor da defendente que verbalmente teria feito a exigência de exclusividade, mas interpelado declara não se recordar do nome dêsse inspetor, nem saber quando ocorreu o fato. De outro lado, o ex-gerente afirma em seu depoimento que a chopeira da Antarctica foi retirada do estabelecimento em sua gestão e a causa do fato foram os atrasos e irregularidades nos pagamentos, e isso está comprovado, com o documento de fls. 2.358, acostado as alegações finais, e onde se prova que o cheque número 212.959, emitido pelo estabelecimento Mangueira's Drive'in Ltda., no valor de Cr$ 774.328, for devolvido por insuficiência de fundos.

JOÃO EVANGELISTA ASSUNÇÃO TEIXEIRA (fls. 329-30), testemunha de acusação, afirma que passou a abastecer-se exclusivamente com a defendente, não por pressão da mesma, mas por motivos próprios do seu estabelecimento, a Casa do Chopp.

Restam os depoimentos de ARY MARTINS DA COSTA (Churrascaria Camponeza) e HINDENBURG BRAGA (Rei dos Sandwiches, cujas afirmações, aliás são contestadas pelo gerente.

Vê-se portanto, que, em si a prova testemunhal de acusação não é suficiente para gerar uma convicção de que existe realmente uma imposição verbal de exclusividade, a partir da gestão do nôvo gerente. A dúvida da existência efetiva de uma exigência verbal de exclusividade por parte da Cia. Antarctica feita a seus clientes aumenta quando se considere a prova testemunhal de defesa por ela regularmente produzida sobretudo quando se analise essa prova com as centenas de declarações subscritas pelos seus clientes, e constantes dêsses alentados autos, como já referido.

À luz exclusivamente da prova testemunhal não se pode chegar à certeza de que realmente tenha havido por parte da Cia. Antarctica Paulista a alegada exigência de exclusividade.

Análise da prova testemunhal, no que toca à Cia. Cervejaria Brahma e à Distribuidora de Bebidas Mineira Limitada

Frise-se, inicialmente, que o representante legal da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., no interrogatório, às fls. 103, 1.º volume, nega a acusação, asseverando que diversos fregueses que têm chopeiras por ela fornecida vendem, com conhecimento do depoente, produtos de outras fábricas concorrentes da Brahma, e afirmando ainda que no comércio da revenda de que trata sua firma, não estabelece como condição indispensável que o varejista só venda produtos da Brahma, sendo que para êstes a firma pede sempre a preferência, mas não em caráter imperativo.

Quanto ao representante legal da Cia. Cervejaria Brahma, com seu interrogatório de fls. 76, êle não produz uma negação frontal de acusação, asseverando:

"que, de um modo geral não existe contrato-padrão entre revendedores e varejistas, a não ser quando se trata de venda de *chopp* em barril, hipótese em que há sempre um contrato de comodato

em relação à chopeira que normalmente existem dois intermediários entre a emprêsa fabricante e o consumidor: o revendedor e o varejista".

Depois de aludir ao fato de o revendedor não trabalhar com produtos similares aos produzidos pela Cia. Cervejaria Brahma, o interrogado afirma que esta determinação de exclusividade não constitui, como exigência da Brahma, uma norma de conduta comercial, dos revendedores para com os varejistas, acrescentando que o fato de o varejista expor em seu estabelecimento produtos similares aos da Brahma, de outros fabricantes não produz nenhuma conseqüência. Aduz ainda que a Brahma, freqüentemente, tem ciência de que varejistas vendem produtos similares aos de sua fabricação.

Vejamos a prova testemunhal de acusação.

Além dos depoimentos dos signatários da representação, que se referem, à evidência, indistintamente às três indiciadas, e ao de CARLOS LEITE (fôlhas 315), temos os seguintes depoimentos referentes à Cia. Cervejaria Brahma e à Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.

ELIAS BISTENE fls. 318-20), estabelecimento: Gruta OK Ltda., usuário atual de chopeiras fornecidas pela Distribuidora de Bebidas Mineira Limitada. Afirma que trabalha com produtos da Brahma e da Caracu exclusivamente porque está atendendo à preferência da sua freguesia. Acrescenta, ainda que a chopeira da Brahma lhe foi fornecida, ao que se recorda, sem nenhum contrato escrito.

ARY MARTINS DA COSTA (fls. 321-24) — Estabelecimento: Churrascaria Camponeza. Afirma que no seu estabelecimento só vende produtos da Brahma porque assumiu compromisso de "assim proceder para receber o chope da Brahma e a respectiva chopeira; que por esta razão não vende no seu estabelecimento produtos de outro fabricante; que o citado compromisso resultou de troca de cartas, não tendo o depoente guardado cópia; ...que certa vez para atender alguns fregueses adquiriu produtos de outros fabricantes que não a Brahma e foi advertido de que não deveria reincidir nesta prática, advertência que foi feita ao depoente Sr. GETÚLIO CLORO FLORES, sócio-diretor da firma Distribuidora Mineira de Cervejas, advertência verbal; que a condição de exclusividade acima descrita pelo depoente é praticada pela Distribuidora Mineira de Cervejas, não sòmente em relação à Camponeza, mas como uma praxe generalizada na praça de Belo Horizonte; que a Camponeza se entende e compra à Distribuidora Mineira de Bebidas; que quando se refere à Brahma tem em vista mais precisamente a Distribuidora Mineira de Bebidas; que quando fechou negócio com a Distribuidora Mineira de Bebidas assinou com a mesma um contrato, não está consignada a mencionada exigência de exclusividade que êle depoente fêz parte do Sindicato de Hotéis e Similares de Belo Horizonte.

HINDEMBURG BRAGA (fls. 325-8) — Estabelecimento: Rei do Sandwiche. É usuário de chopeira fornecida pela Distribuidora Mineira de Bebidas; afirma que se abastece de cervejas, chope em barril e em garrafa, fazendo suas compras ùnicamente à Distribuidora Mineira de Bebidas e ao representante das cervejas Caracu e Weiss; que a Distribuidora Mineira de Bebidas forneceu e fornece chope em barril, respectiva chopeira, sem exigência de exclusividade; que tem em seu estabelecimento outros produtos similares daqueles que lhe são fornecidos pela Distribuidora Mineira de Cerveja, podendo citar a cerveja Weiss e cervejas produzidas pela Companhia Mineira de Cervejas.

HARRY DAVID HUVEN (fls. 343) — Estabelecimento: Bar Tip - Top — Usuário de chopeira fornecida pela Brahma; afirma que vende chope em

barril pela mesma fornecido, cervejas em garrafa da Brahma e Caracu; ... que não vende chope em barril da Antarctica, nem da Cia. Mineira de Cervejas; que não vende bebidas da linha de produção da Antarctica, por uma questão de tradição nas ligações comerciais entre o Tip-Top de a Brahma; que se sente em condições de enviar pedidos à Antarctica e à Cia. Mineira de Cervejas, sem receio de represálias por parte da Brahma.

MÍLTON ANTONIO DOS REIS (fls. 346-348). — Estabelecimento: Mangueira's Drive'in Ltda. Afirma que é usuário de chopeira fornecida pela Brahma, e por isso vende chope de barris da Brahma e vende também exclusivamente cervejas da Brahma; ... que ao receber da Chopeira da Distribuidora de Bebidas Mineira Limitada assinou um contrato com a mesma que não leu e provàvelmente tem uma cópia em casa; que na ocasião em que resolveu trabalhar em chopeira da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. não recebeu pressão no sentido de ser o depoente exclusivista da Brahma; que também não recebeu da Brahma pedido nesse sentido.

Vejamos, agora, as testemunhas de defesa arroladas pela Cia. Cervejaria Brahma:

JOÃO GARRIDO PEREIRA (fls. 504-3) — Estabelecimento: Lanchonete Bariloche e Restaurante Sumaré, na Guanabara e Casa Havaí, em São João de Meriti. É usuário de chopeira da Brahma, e trabalha exclusivamente com os produtos da linha dessa emprêsa. Afirma que não existe nenhuma imposição da Brahma no sentido de que as firmas do depoente sòmente comprem produtos da linha de fabricação da Brahma; dá preferência a êsses produtos em razão da sua clientela; assinou contrato de posse relativos às chopeiras; depois de afirmar que não se recorda se tais contratos contêm cláusula de preferência ou exclusividade, assevera que não; diz que não pode comprometer-se a enviar ao CADE cópia dos mesmos porque não sabe se suas firmas ficaram com cópia dos mesmos.

PAULO ANTÔNIO SILVA FERREIRA MANSO (fls. 508-510) — Estabelecimento: Churrascaria Cajuti. Tem chopeira da Brahma, e trabalho com os produtos dessa emprêsa, e com cerveja preta Lusitânia; diz inicialmente não existir contrato algum regulando os negócios da Cajuti com a Brahma ou seus dias distribuidores; que a Brahma ou seu distribuidor não exigiram exclusividade; dá preferência aos produtos da Brahma porque recebe da parte dela o melhor atendimento. Em seguida se refere a um vale de posse assinado quando recebeu a chopeira, não se lembrando se contém cláusula especial, até mesmo porque o documento é devolvido à Brahma.

MANOEL DA SILVA ABREU (fls. 511-513) — Estabelecimento na Praça Mauá, matriz e duas filiais. A matriz recentemente encerrou os seus negócios. Só trabalha com chope e cerveja da Brahma, Lusitânia e Fábrica Triunfo, êstes últimos do tipo cerveja preta; assinou um contrato com a Brahma de devolução das chopeiras; que a Brahma nunca impôs exclusividade, e a razão da preferência está em diversos motivos: preferência do público, boa qualidade dos produtos, problemas de estocagem, falta de espaço; que não se recorda bem dos têrmos do papel que assinou, devendo ter em suas firmas cópia do mesmo.

Efetivamente, às fls. 541-2 o depoente trouxe ao processo o instrumento do contrato, em que, em compensação pelos serviços relativos à chopeira, êle se obrigava a dar preferência aos produtos da Brahma, sob pena de rescisão do contrato.

Ponha-se, em tela, as testemunhas de defesa da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.

MAURÍCIO DUARTE (fls. 534-536)) — Estabelecimento: Policano Chopp Li-

mitada, em Belo Horizonte. Utiliza chopeira da Brahma, e só vende cervejas da Brahma, e cerveja preta Caracu. Dá preferência aos produtos da Brahma por conveniência comercial, e não por imposição; quando recebeu a chopeira assinou um documento no qual o depoente acha que consta que o Policano deve dar preferência aos produtos da Brahma. Dizendo não se lembrar do documento, por não ter sido o depoente quem o assinou em nome da firma, diante da leitura do documento, de fls. 186, 1.º volume, do processo, êle reconheceu a autenticidade da sua assinatura no referido contrato. Nesse contrato o depoente se obriga a dar preferência aos produtos da Brahma.

Como se vê, também com relação à Companhia Cervejaria Brahma e Distribuidora Mineira de Bebidas Ltda., a prova testemunhal não permite a convicção de que essas indiciadas estejam impondo a exclusividade.

Apreciação da Procuradoria do CADE quanto à prova testemunhal produzida.

Aliás, nessa oportuidade, cumpre consignar que a Procuradoria, em sua petição de fls. 749 (3.º volume), depois de totalmente produzida a prova testemunhal afirma que "os depoimentos por motivos óbvios não se harmonizam".

É efetivamente, como bem afirmou o ilustre Procurador, a prova testemunhal não abre ensejo a que, em meticuloso exame, se chegue a qualquer conclusão segura.

O Laudo pericial

O laudo pericial se encontra às fôlhas 920-955, do IV volume.

Os zelosos técnicos em que se louvou o CADE, por indicação do signatário, na primeira parte do seu laudo, fizeram o estudo em cada um dos mercados: Belo Horizonte, São Paulo e Guanabara, e chegaram à seguinte conclusão:

"Procedida a definição e análise de cada mercado, itens I e II às fls. 2 a 28, apresentadas as conclusões de forma individualizada para cada um dêles no desenvolvimento das respostas aos quesitos formulados pela Procuradoria, destacam-se a seguir, como encerramento desta 1.ª parte do laudo pericial, os tópicos que evidenciam as análogas de conduta das indiciadas nos mercados das cidades de Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro: *a*(inexistência da venda, concomitante de chope de marcas diferentes, num mesmo estabelecimento comercial; *b*) suspensão das compras, por parte da maioria dos estabelecimentos usuários de chopeira de determinada Cia. de produtos similares aos da linha de fabricação desta Cia., desde o momento da instalação da referida chopeira, quando então, aquêles usuários passam a adquirir exclusivamente produtos da Cia. proprietária da chopeira, ou da Cia. fornecedora do chope naqueles que possuem aparelhos próprios; *c*) finalmente, não há transações, por parte da maioria dos usuários de chopeiras de determinada companhia, com produtos da linha de fabricação de Companhias correspondentes, quer se trate de chope, cervejas ou refrigerantes.

A pequena percentagem de estabelecimentos possuidores de aparelho de chope que, em determinados períodos de 1968 e 1967 e sob certas condições, vendem produtos similares de marcas diferentes, não chegou a modificar substancialmente, a prática da venda exclusiva, estabelecida pelas indiciadas em grande número de firmas que exploram êste ramo de negócio".

Nessa oportunidade, cumpre ter presente que o laudo pericial verificou um fato, que já fôra esboçado, senão contatado, através da prova testemunhal. Êsse fato é o de que na maio-

ria das casas, o que ocorre é que o usuário da chopeira, a partir do momento em que ingressa nessa condição, passa a trabalhar, não só com o chope da fornecedora da chopeira, mas, também, com a cerveja em garrafa dessa mesma fornecedora. A essa convicção nos permite chegar nosso zêlo de juiz. Todavia, o que o laudo não indica, e nem seria, em princípio, tarefa dos peritos indicar, é a causa eficiente dêsse fato; se isso acontece por uma imposição da companhia fornecedora da chopeira, ou por conveniência dos próprios usuários da mesma. E isso o laudo não esclarece, nem seria, em princípio função dos peritos esclarecer.

Assim sendo, apesar do laudo, persiste em nossa consciência de juiz a dúvida acêrca da razão determinante dêsse procedimento dos varejistas que passam a ser usuários de chopeiras.

Essas dúvidas, todavia, se desvanecem, quando se examinam outros subsídios recolhidos neste alentado processo administrativo, que soma 3 espêssos volumes, com 2.434 fôlhas, êsses subsídios são exatamente os próprios instrumentos contratuais, que as partes chamam de comodato.

Os Contratos ditos de Comodatos.

No que concere à Cia. Antarctica Paulista, os instrumentos de comodato não dirimem a dúvida relativamente à razão de ser do comportamento dos membros da chopeira, e isso porque êsses contratos não contêm qualquer cláusula impondo preferência, o que é o mesmo que estabelecer exclusividade. Os instrumentos da Antarctica são verdadeiros negócios jurídicos que consubstanciam empréstimos gratuitos de coisa infungível.

Dois dêsses contratos foram trazidos à colação: um às fls. 222 (1.º volume), celebrado com a Pataca Ltda., em 20 de maio de 1967, e outro às fls. 2.354 (2.º volume) celebrado com Comércio Camponeza Ltda., em 27 de novembro de 1953.

Se a prova instrumental não permite a certeza de que tivesse havido por parte da Cia. Antarctica Paulista a exigência verbal da exclusividade; se o laudo, como visto, também não oferece essa convicção, relativamente à causa do procedimento dos usuários das chopeiras, e se, finalmente, os instrumentos de comodato não contêm qualquer cláusula "impositiva da preferência", persiste a dúvida, e, não temos senão que julgar, relativamente, a essa indiciada, improcedente a representação, por falta de provas.

Já no que toca às outras indiciadas, a situação se apresenta de maneira diversa.

A dúvida nascida com a prova testemunhal, mantida diante do laudo, se desvanece e se transforma em convicção diante dos instrumentos contratuais, que, aliás, *per se*, mesmo abstraídos os demais elementos constantes do processo, constituem instrumento que configuram abuso do poder econômico.

Às fls. 112 (1.º volume), a própria Companhia Cervejaria Brahma, em sua defesa prévia, traz à colação o contrato padrão que adota para o fornecimento das choupeiras, e lá está dito com tôdas as letras que "como compensação obriga-se ademais o dito comodatário "a dar preferência no seu comércio aos produtos cervejas, chopes e refrigerantes de *qualquer tipo ou qualidade, produzidos* pela comodante, como a consumir, pelo menos, um barril de choupe por dia ou seja, 750 litros por mês, importando a infração de *qualquer destas condições* na imediata rescisão do presente contrato" .

De teor análogo, os contratos da Distribuidora Mineira de Bebidas Limitada, constantes às fls. 171, 180, 182 a 184 (1.º volume) nos quais está expressamente consignada a obrigação do usuário da chopeira de dar preferência aos produtos da fornecedora da mesma, inexistindo apenas a cláusula resolutória expressa, o que, como é sabido, não é necessário para que na in-

fração de qualquer das cláusulas ocorra a rescisão do contrato.

Aliás, a Distribuidora de Bebidas Mineiras Ltda., confessa em sua defesa prévia, às fls. 166, do 1.º volume, que "o empréstimo é formalizado num contrato de comodato, por prazo indeterminado, em que o varejista apenas (?) se obriga a dar *preferência* aos produtos da Brahma" (o grifo é do próprio texto).

É de observar-se em primeiro lugar, que êsses contratos chamados de comodato, na realidade não o são.

Senão vejamos.

PONTES DE MIRANDA, em seu *Tratado de Direito Privado*, tomo XLVI, edição Borsoi, 1964, p. 195, ensina que "o comodato é contrato gratuito. Não há vantagens, do lado do comodato, que permita pensar-se em onerosidade. Se o contrato se fêz oneroso, deixou de ser de comodato. Aí, a história e a lei não permitem discordâncias teóricas. O interêsse do comodante em comodar, êsse, se existe e é forte, apenas se há de ter como *motivo* mesmo se o comodante sòmente emprestou o cavalo gratuitamente porque o uso pelo comodatário melhoraria o passo e outros habilidades do animal. Se o que seria motivo se fêz *causa*, então o *contrato não é de* comodato. É, por exemplo, de locação ("deu-lhe o cavalo, mas tem de ensinar-lhe a saltar a altura tal"). No caso concreto, o contrato em tela é tudo, menos comodato, por ausência da gratuidade, por isso que está patente a vantagem do dito "comodato" consistente na obrigação do dito "comodatário" de dar preferência aos produtos do primeiro, e essa razão é só motivo, mas verdadeira causa, tanto que a inobservância da condição acarreta a rescisão do contrato, e de tôda a forma a condição está formulada em têrmos de obrigação.

Êsse negócio jurídico, é, na realidade, um contrato inominado, em que o fornecedor da chopeira presta igualmente serviços outros, inclusive de manutenção e reparo referentes à mesma, e como compensação recebe a obrigação de a outra parte comprar exclusivamente os produtos de sua linha de fabricação. E isso interessa ao fornecedor da chopeira porque incrementa o consumo dos seus produtos, e interessa ao usuário da chopeira, porque a sua manutenção é altamente rentável, como demonstrou a 2.ª parte do laudo de fls. 920-955.

Não se diga que na hipótese estariam atendidos os pressupostos de aplicabilidade do dispositivo legal, sob a invocação do qual se instaurou o processo administrativo. Senão vejamos:

a) Há a formação de grupo econômico por agregação de emprêsas. E quem esclarece a expressão "agregação de emprêsas" para os fins do artigo 2.º, IV, letra *b*, da Lei n.º 4.137, de 1962, é, ainda, PONTES DE MIRANDA, no parecer que deu no presente caso, em favor da Cia. Antarctica Paulista:

"A expressão agragação, que não é de boa terminologia científica, não abrange a *fusão* e a *incorporação*. Supõe o *contrôle*, o *consórcio*, o *cartel*".

E, quanto ao contrôle, ensina:

"Os dois meios principais para se chegar ao contrôle são o contrôle *diretorial* (mesmos diretores, ou alguns diretores, para as emprêsas cartelizadas ou consorciadas), o contrôle contratual, quanto à abstenção ou a atos positivos..."

Pois bem, no ajuste em causa, a fornecedora da chopeira exerce *contrôle contratual* sôbre o usuário da chopeira, obrigando-o ao ato positivo de sòmente comprar os produtos da sua linha de fabricação. Há uma "agregação" *contratual* entre a emprêsa fornecedora da chopeira e a emprêsa usuária da chopeira, e tudo isso em processo.

b) em detrimento da livre deliberação dos compradores, dos consumidores;

c) quanto ao último requisito, está êle presente, pois a fornecedora da chopeira, condiciona a prestação dos seus serviços, fornecimento da chopeira, manutenção, limpeza, reparação, etc...., à compra de determinados bens,

que são os produtos da sua fabricação. A chopeira é o elemento *vinculante*, os produtos do fornecedor da chopeira são os elementos *vinculados*.

Ainda que assim não fôsse, não se admitisse na hipótese a formação de grupo econômico, êsse "ajuste de vinculação" seria *per se* atentatório à livre concorrência, pois significaria um ajuste entre não-concorrentes, que elimina parcialmente a concorrência, por meio da criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de emprêsa, punível na forma do art. 2.º, I, letra *g*, da Lei n.º 4.137-62 (*iura noit curat*).

Cabe referir finalmente, que a existência de tabelamento oficial de preços no mercado de refrigerantes e cervejas, não obsta a caracterização de delitos de abuso do poder econômico, que nem sempre visam, em primeiro plano, reprimir preços excessivos, mais sim como, no caso, proteger a livre deliberação dos compradores.

Em face de tudo o que ficou exposto, julgamos improcedente a representação no que se refere à Cia. Antarctica no que se refere à Cia. Cervejaria Paulista, e procedente a representação Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., para o fim de proclamar os ditos contratos como consubstanciadores de abuso do poder econômico, e votamos no sentido de que se fixe, ouvida a Procuradoria na forma do artigo 43, da Lei n.º 4.137-62, o prazo de 15 (quinze) dias para que as indiciadas, através de seus representantes legais, cancelem formalmente de todos os contratos que mantêm com os varejistas a indigitada cláusula em todo o território nacional, reconhecendo-lhes a liberdade de adquirirem produtos de qualquer fabricante de cerveja, chope ou refrigerante, fixando o valor da multa aplicada a cada uma das indiciadas no montante correspondente a 200 (duzentos) vêzes o maior salário-mínimo vigente no país, na data desta decisão observado o disposto no art. 45 e seus parágrafos, da Lei n.º 4.137-62, combinado com o art. 66 e seus parágrafos do Decreto n.º 52.025, de 20 de maio de 1963.

Rio, GB, 6 de maio de 1969. — *Gratuliano Brito*, Diretor.

VOTO DO CONSELHEIRO MENDONÇA BRAGA

Com essa argúcia que sempre caracterizou os seus escritos, observou, de certa feita, mestre ALCÂNTARA MACHADO, que "tôda questão judicial, no seu máximo grau de simplicidade, se resume à apreciação de um fato à luz de um dispositivo legal. A Lei — desde que não seja estadual, municipal ou estrangeira — não precisa ser provada, pois que o Juiz não a pode ignorar. Aplicador da norma, distribuidor da razão mesma de sua alta função social, Justiça, o magistrado é obrigado, em a conhecer, com absoluta segurança, a lei que vai aplicar. Sucede, porém, o contrário com o fato: precisa ser provado porque o juiz só dêle toma conhecimento, indiretamente, através de que se integre no processo".

No caso *sub judice*, não se faz mercê a prova do teor e da vigência do dispositivo legal invocado: a lei é federal e muito nossa conhecida. Trata-se do art. 2.º (item IV, letra *b*, da Lei número 4.137-62, cujo texto é o seguinte:

"Art. 2.º Considera-se formas de abuso do poder econômico:

I — .....

II — .....

III — .....

IV — Formar grupo econômico, por agregação de emprêsa, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) .....;.....

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem, ou à utilização de determinado serviço; ou subordinação de determinado serviço à compra de determinado bem."

Como podemos constatar — e êsse aspecto foi devidamente acentuado pelo

Prof. ALBERTO VENÂNCIO FILHO, na sua monografia que publicou sôbre a intervenção do Estado na economia nacional — a Lei, no dispositivo em tela, não impõe a existência de um dolo específico, êste é, o propósito de atingir um certo resultado, ou fim especial e determinado nos atos por ela definidos; mas, se limita a determinar o meio específico de obtenção do resultado: a formação de grupo econômico, mento da livre deliberação dos compra- por agregação de emprêsa, em detridores, ou dos vendedores, é abusiva — e, pois, punível — quando lograda e mantida por meio de uma das 3 espécies de subordinação ali capituladas e definidas.

Desde logo, salta aos olhos que a agregação de emprêsa não é pressuposto subjetivo e básico, mas, apenas, um elemento necessário — isto é, um resultado indispensável à configuração de delito previsto na letra *b*, da alínea IV do art. 2.º, da Lei n.º 137.62. O pressuposto subjetivo e básico é, êste sim, o emprêgo de qualquer das três espécies de subordinação ali referidas, como meio para a obtenção daquele resultado. Em verdade, a formação de grupo econômico, por agregação de emprêsa, não constitui, *per se*, um abuso do poder econômico. Em face do disposto no preceito em tela, o abuso só se configura quando o grupo econômico resultante da agregação de emprêsas, se tenha formado e se mantenha por meio de qualquer das ações delineadas em lei. E êste entendimento do texto legal, em exame, é manso e pacífico e já deitou raízes em nossa consciência jurídica, pois, que apurado pelo Professor BENJAMIN M. SCHIEBER — autor da primeira e mais alentada monografia que até hoje se escreveu sôbre a legislação *antitruste* — à luz da história de sua respectiva tramitação parlamentar. De fato, às págnias 149 de sua monografia, intitulada significativamente, *Abuso do Poder Econômico*, escreveu mestre SCHIEBERT:

"O que está apontado como abuso do poder econômico, no preceito específico, é o ato ou estado de formar grupo econômico, por agregação de emprêsa, por meio de vinculação de vendas, e não o de interferir com a livre deliberação dos compradores ou dos vendedores."

Mas, é evidente que a fixação da ordem de precedência dos elementos constitutivos da prática abusiva não basta à perfeita compreensão dos textos legais. Cumpre-nos, também, precisar o exato alcance da expressão por agregação de emprêsas ali utilizada. *Ad initio*, fazemos nosso reparo do mestre PONTES DE MIRANDA, às fls. 6 do *Parecer* que elaborou a pedido de uma das indiciadas, a Companhia Cervejaria Brahma, e que está inserto nos presentes autos.

"A expressão "agregação... não é de boa terminologia científica."

No mesmo sentido, a opinião do Professor BENJAMIN M. SCHIEBER, que assim escreveu, às páginas 154, de sua esplêndida monografia sôbre a lei *antitruste* brasileira:

"Infelizmente, nas expressões do número IV do art. 2.º, "formar grupos econômicos, por agregação de emprêsas, não se colige sentido apreciável para o caso de vinculação de vendas. Também transparece a evidência de que as palavras foram insertas por inadvertência ou engano do legislador..."

Todavia, mais adiante, num capítulo dedicado especialmente ao estudo das diversas formas de concentração de emprêsas, o mesmo Mestre acaba de reconhecer que as agregações de emprêsas cogitadas no texto legal em exame correspondem ao que a doutrina norte-americana convencionou chamar de cartéis ou *ententes*.

Também o falecido Prof. FRANCISCO CAMPOS, ao fazer a análise gramatical e lógica do item IV do art. 2.º da Lei do CADE, em parecer incorporado aos autos do processo administrativo n.º 3, em curso neste Egrégio Conselho, afirmou com a autoridade que nunca se lhe foi contestada, que "a agregação de emprêsas", referida no citado

texto, era o *pool*, isto é, o cartel de quotas.

Não discrepou dêste entendimento antes o endossou mestre PONTES DE MIRANDA. De fato, às fls. 6 do parecer a que já nos referimos, escreveu o lustre jurisconsulto, nosso conterrâneo:

"A expressão agregação... não abrange a *fusão* e a *incorporação*. Supõe o *contrôle*, o *consórcio*, o *cartel*."

A esta altura e como todos estão acordes sôbre a identificação da expressão "por agregação de emprêsas" com o cartel, parece-nos oportuna e necessária uma definição autorizada e definitiva dêsse tipo de associação de emprêsa. Encontramo-la nos *Princípios de Economia Política*, do Prof. CHARLES GIDE, às páginas 179 e 180:

"O *cartel* é a forma mais simples de associação entre produtores. É um contrato, ou melhor, um tratado de aliança entre produtores colocados em pé de igualdade, mais com a independência conservada em tudo quanto não sejam os pontos especiais que formam o objetivo do pacto. Deixa, pois, a cada emprêsa a sua individualidade e se limita a agrupar a tôdas, tendo em vista a venda de seus produtos, nas melhores condições possíveis. Para isso, recorrem a diversos méétodos, que variam segundo os cartéis, mas tem o mesmo fim — impedir ou pelo menos regularizar a concorrência."

Às páginas 75 do volume 2.º de uma obra do Prof. A. B. BUYS DE BARROS, intitulada *Instituições de Economia Política*, deparamo-nos com mais algumas informações sôbre os cartéis quais sejam:

"As características principais dos cartéis são: por prazo determinado, independência financeira dos seus componentes e autonomia administrativa das emprêsas que os constitui. Ao contrário do que se verifica com os *trusts*, nos cartéis não há absorção de uma ou várias emprêsas por outras."

Assim esclarecidos sôbre a exata *mens* do dispositivo legal, invocado no processo *sub judice*, e já não tendo mais dúvida alguma sôbre os seus lindes, entendemos chegada a hora de passarmos à apreciação dos fatos.

Em suas Alegações Finais, de fôlhas 963, sustentou a Douta Procuradoria do CADE que "a existência do fato comprometedor é pública e notória e pode ser comprovada a qualquer hora do dia, ou da noite, em qualquer lanchonete de Belo Horizonte, em qualquer bar do Rio de Janeiro, ou em qualquer restaurante de São Paulo."

Mas, nós, como juiz que somos, limitar-nos-emos a tomar conhecimento dos fatos comprovados nos autos, nos quais estamos adstritos, por imposição de lei.

O primeiro fato comprovado nos autos é que pelo menos uma das indiciadas — no caso, a Companhia Cervejaria Brahma — impõe aos varejistas, comodatários de suas chopeiras e a título de compensação pelo uso das mesmas, uma preferência aos produtos de sua linha de fabricação, "sob pena de uma multa diária correspondente a 50% (cinqüenta por cento) do salário-mínimo vigente" e rescisão, "de pleno direito do contrato do comodato."

As cópias fotostáticas de fls. 717-18, devidamente autenticadas pelo 3.º Ofício de Notas desta Cidade-Estado, do contrato de comodato celebrado, em 24 de outubro de 1967, entre a Companhia Cervejaria Brahma e a firma Das Bier — Restaurantes Típicos S. A. é prova conclusiva e elide certos testemunhos em contrário. Aliás, a nossa longa experiência como Juiz de Direito e Chefe de Polícia, nos ensinou que a prova testemunhal é bastante deficiente e falível; mesmo quando as testemunhas são as mais idôneas e mais honestas, as mais sadias e mais dotadas de alto espírito público — como no caso em tela. De fato, nem sempre é possível às testemunhas realizarem o seu desígnio de só dizerem a verdade, tôda a verdade e nada mais que a verdade. Sobretudo, quando estão em jôgo os seus próprios interêsses e a possibilidade da ocorrência de prejuízos patrimoniais

nada desprezíveis, se disserem tôda a verdade que sabem ou supõem saber. De resto, como observou muito atiladamente, o professor MARK S. MASSEL, às páginas 300 do seu esplêndido livro sôbre *Competition and Monopoly*:

"... oral testimony... and... these conventional procedures have been for treating simple fact situations. However, they have required laborious modification to accomodate the complexities for economic analysis."

Quanto ao ato de o contrato — padrão de comodato de chopeiras pela outra indiciada, a Antarctica, nas suas relações com os revendedores dos produtos de sua linha de fabricação, ser inteiramente omisso a respeito de qualquer preferência — como podemos constatar pelo exemplar inserido às fôlhas 222 e 223 dos autos entendemos, em sã consciência, que o mesmo não afasta, por completo, a hipótese de uma exigência formulada verbalmente. Quer por cálculo, quer por desnecessária a sua fixação em letra de fôrma, em virtude de um maior contrôle, porventura exercido, pela indiciada em questão, sôbre os seus distribuidores e revendedores. Milita em favor desta última hipótese, o fato de ter sido possível à Antarctica obter de todos os seus revendedores de três dos seus mais importantes mercados — o do Rio de Janeiro, o de Belo Horizonte e o de São Paulo, declarações uniformes e peremptórias, em sentido contrário. Mas como já dissemos e cumpre-nos repetir, nenhuma prova conclusiva se produziu, na matéria que envolvesse a segunda indiciada, a Antarctica, apesar dos esforços despendidos pela Douta Procuradoria e pelos órgãos técnicos desta Casa.

O segundo fato comprovado nos autos é que as duas indiciadas, tomadas em conjunto, controlam cêrca de 50% de tôda a produção nacional de cerveja de baixa fermentação. Os dados apurados durante a perícia (Laudo de fôlhas 920 e 955) e as informações constantes do Relatório do Departamento de Auditoria e Revisão Contábil (DARCO) dêste Egrégio Conselho são decisivas e convincentes.

A questão agora é sabermos se esta percentagem basta para configurar o contrôle do mercado brasileiro como asseveram o DARCO e a Douta Procuradoria.

Preliminarmente, parece-nos oportunas as advertências do Prof. MARK S. MASSEL, às páginas 199, 236, 264 e 259 do seu estudo sôbre *Competition and Monopoly*, a que já nos referimos acima:

"A measurement of concentration — diz o Mestre norte-americano — is strougy dependent on the definition of the market. It is only one indicator of the competitive picture, though a very useful one. It does not provide a direct gauge of the degree of competition. While more active competition is generally associated with a large number of competitiors, this assumption is subjetet to considerable qualificiation, as the Court — êle se refere à Suprema Côrte dos Estados Unidos — pointed out in the "Brown Shoe Case". As a pratical matter, one market with a small number of competitors may contain more competition than another, with a larger number" (*opus cit*, p. 199).

.....

.....

"A central feature in competitice analysis in the problem of defining the market. This isessentian for any final evalution of a competitive situation" (*opus cit.*, p. 236).

.....

.....

"This concept of the market is a key element in the measurement of industrial concentration. In the general evaluation of the outstanding factos is the analysis of market shares. In such measurement, the definition of the market and the unit of measurement is a keystone." (*opus. cit.*, p. 254).

.....

.....

"The concept of the market is central to most types of antitrust enforcement — central and complex". (*opus cit.*, p. 259).

E essa análise do mercado de cerveja de baixa fermentação e produtos afins, conquanto necessária e, até indispensável, não consta dos presentes autos, em que pêsem o seu volume (oito tomos) e a sua minudência. Nem mesmo se precisou a percentagem de cada uma das indiciadas, naquele cômputo total.

De fato e como todos nós tivemos oportunidade de constatar, durante a leitura do Exmo. Sr. Conselheiro Relator, cuidou-se, em matéria de estudo do mercado, apenas em saber se tal ou qual bar ou restaurante vendia produtos de qualquer das Indiciadas, com exclusividade, ou não. Nada se fêz no sentido de analisar as condições gerais sôbre as quais a cerveja de baixa fermentação e os produtos congêneres são fabricados e comercializados. Não se explicou por que o mercado de bebidas é o que é; realmente, o que parece ser. Não se discriminou, nem se descreveu as quantidades econômicas que fazem com que êle seja o que é, — ou, pelo menos, o que êle parece ser. Em síntese, não se fêz a investigação da natureza das quantidades econômicas que participam do mercado de bebidas em nosso País; não se apurou a natureza das relações que entre elas existem, nem se identificaram as fôrças que as determinam.

Assim sendo — e a bem da verdade — temos de reconhecer que o fato de as duas indiciadas, tomadas em conjunto, controlarem cêrca de 50% de tôda a produção brasileira de cerveja de baixa fermentação não comprova, por si só, a existência de um domínio sôbre o mercado nacional respectivo, embora configure, com certa verossimilhança aquilo que o Professor EDWARD H. CHAMBERLIN houve por bem denominar de "monopolistic competion". Mas, ainda aqui, mercê se fazia uma análise prévia do mercado em questão, o que todavia, e como já dissemos, não se fêz.

Também não foi devidamente provado e, pois, ficou no terreno da simples alegação, a assertiva da Douta Procuradoria (fôlhas 8 de suas Alegações Finais), da existência de dois grupos econômicos, cada um dêles formado por uma das indiciadas, seus respectivos distribuidores autônomos e os comerciantes varejistas comodatários de chopeiras de sua propriedade.

Aliás, essa hipótese de duopólio, aventada pela Douta Procuradoria, se nos afigurou, desde logo e já no plano teórico — inteiramente despropositada. Não nos aferremos à doutrina tradicional de um conceito absoluto do monopólio: sabemos muito bem que a situação do monopólio verdadeiro e próprio nem sempre tem mais lugar na realidade econômica de nossos dias e que o duopólio pode ocorrer e ocorre, embora muito raramente, e se trate, sempre — como observou Mestre FRANCISCO VITO — de uma "situazione altamente instabile e precaria".

O que nos leva a rejeitar a hipótese formulada pela Douta Procuradoria, em suas Alegações Finais é a certeza da inexequibilidade de tal duopólio. Uma estrutura, como a imaginada pela Douta Procuradoria, não proporcionaria a qualquer das duas indiciadas, a Brahma e a Antarctica, os meios necessários e suficientes para o contrôle de uma parte notável do seu setor de atividade, nem lhes daria uma fôrça econômica bastante para lhes assegurar a preeminência em relação às demais indústrias de cerveja e o desempenho do papel de guia na política dos preços e da produção. De resto, não se provou qualquer vinculação de ordem financeira ou diretorial entre cada uma das indiciadas, seus respectivos distribuidores e a multidão de varejistas comodatários de suas chopeiras. Antes pelo contrário: com uma única exceção — que, por isso mesmo, confirma a regra e não a invalida — ficou patenteada a total independência financeira e gestiva não só

dos citados revendedores varejistas, mas também dos próprios distribuidores. As conclusões a que chegou o Departamento de Auditoria e Revisão Contábil — DARCO — dêste Egrégio Conselho, no seu Estudo, de fôlhas 888-895, são explícitas e não deixam margem a dúvidas.

Também não se comprovaram, adequadamente, "o agrupamento de interêsses" e "a unidade de decisões" que, no dizer da Douta Procuradoria, configurariam, com o contrôle do mercado, a existência dos dois grupos econômicos. Em verdade, dos presentes autos, muito pouco consta sôbre os interêsses das indiciadas e os de seus distribuidores e revendedores. E nada — absolutamente nada — consta sôbre a tal "unidade de decisões". O que consta sôbre os interêsses das indiciadas e os de seus distribuidores e revendedores é pouco, muito pouco e não basta para comprovar a existência de um "agrupamento de interêsses". Afinal o que se apurou foi que as indiciadas vendem à vista, seguindo, uniforme e indistintamente, os preços das tabelas fixadas pelo Govêrno Federal, através de seus órgãos competentes, e que os varejistas revendem os produtos ainda segundo o tabelamento oficial. Assim sendo para que se configurassem o tal "agrupamento de interêsses", mercê se faria que os lucros das duas fases de comercialização viessem parar nas mãos de um mesmo grupo de pessoas. Ora, isso não ocorre: a instrução processual comprovou que os revendedores varejistas e quase todos os distribuidores são absolutamente autônomos no que tange a contrôle acionário; inexistindo — pelo menos, aparentemente — qualquer ligação, quer entre as pessoas físicas, quer entre as pessoas jurídicas que participam de suas composições. É evidente, pois, que o que consta dos autos não basta, sequer, para configurar uma integração vertical, quanto mais para comprovar a existência de grupos econômicos, capitaneados pelas duas indiciadas, a Antarctica e a Brahma, e envolvendo seus respectivos distribuidores e revendedores varejistas.

Encerrando, aqui, êsse exame dos fatos — que já se vai alongando, por demais — achamos que não nos resta, senão apreciá-los à luz do disposto no art. 2.º, item IV, letra *b* da Lei n.º 4.137-62, cuja *mens* foi por nós fixada, no início do presente pronunciamento.

E, em fazendo essa apreciação, reconhecemos, desde logo, que os fatos argüidos e provados, no presente processo administrativo, não configuram o abuso do poder econômico previsto no referido dispositivo legal — que como tôda norma penal — e a Lei n.º 4.137-62, na sua parte substantiva, é éuma lei penal econômica — está sujeita à rígida tipicidade.

Realmente, não se tendo comprovado — como, na verdade não se comprovou — a formação de grupos econômicos, por "agregação de emprêsas", mediante subordinação da utilização de chopeiras à compra, com exclusividade, dos produtos de uma determinada linha de fabricação, não há que falar em violação da Lei do CADE, no seu art. 2.º, item IV, letra *b*.

Sem a existência comprovada do *cartel* — pois, como vimos, é manso e pacífico na doutrina que a expressão "agregação" de emprêsas" corresponde ao "cartel" — que desempenha o papel de resultado necessário e inafastável — o fato de uma das indiciadas — dizemos uma das indiciadas, porque, em relação à outra, a Antarctica, não se fêz a devida comprovação — exigir dos varejistas comodatários de chopeiras de sua propriedade, uma "preferência, no seu coméércio, aos produtos cerveja e refrigerantes, de qualquer tipo ou qualidade", de sua linha de fabricação, não basta para configurar o abuso do poder econômico capitulados no item IV, letra *b*, do art. 2.º da Lei n.º 4.137-62.

Para que houvesse abuso do poder econômico, no caso em tela, mercê, se faria que a Lei n.º 4.137-62 considerasse tal subordinação ilícita *per se*. E isso não acontece. Em face do referido dis-

positivo *antitruste*, a tal exigência de preferência por determinados produtos, a título de compensação pela utilização de chopeiras de determinada origem e propriedade, constitui-se numa prática perfeitamente legítima, desde que não sirva — como de fato não vem servindo, no caso *sub judice* — de meio para formar e manter a modalidade de grupo econômico a que se convencionou chamar de "cartel."

De resto, como observou, muito acertadamente. Mestre BENJAMIN SCHIEBER, às ps. 148-149, de sua excelente monografia, tantas vêzes já citadas aqui:

"... vinculação de vendas não é um instrumento para a formação de grupos econômicos por agregação de emprêsas. A vinculação de vendas não tem esta finalidade, e nisto diverge do acôrdo entre concorrentes em restrição da concorrência. É, isto sim, um meio de combate a concorrentes, "em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores". Mas o que está apontado como abuso do poder econômico, no preceito específico é o ato ou estado de "formar grupo econômico, por agregação de emprêsas", por meio de vinculação de vendas, e não o de interferir com a livre deliberação dos compradores ou dos vendedores."

Nestas condições e pelas razões acima expostas, somos servidos julgar improcedente a representação oferecida contra a Antarctica Paulista e a Cia. Cervejaria Brahma, e votamos pelo arquivamento do presente Processo Administrativo bem da justiça.

É o nosso voto.

Sala das Sessões, 6 de maio de 1969. — *J. C. de Mendonça Braga*, Conselheiro-Relator.

PROCESSO ADMINISTRATIVO
N.º 5

Emprêsa: Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Comércio e outras.

Voto do Conselheiro Raul de Góes

Segundo se apura do processo, tornou-se praxe comercial antiga, no comércio de bebidas, instalarem as fábricas de cerveja no estabelecimento de seus revendedores, determinados equipamentos denominados chopeiras, apropriadas à venda do *chopp* no varejo.

Essas "chopeiras" são entregues aos distribuidores sob o regime de comodato, na forma da lei civil, e, da natureza jurídica do comodato. Irrelevante, aliás, para o deslinde do caso, se o comodato, ai, não exsurge em tôda a sua pureza, porquanto não se cuida, no momento, de investigar o *nomens juris*, mas o fato econômico em si.

Acusa-se, porém, as representadas de como condição para essa cessão graciosa de equipamentos, exigirem dos comerciantes varejistas a exclusividade na compra de seus respectivos produtos, com o que estariam abusando do poder econômico, em detrimento da livre concorrência. Capitulou-se a prática no art. 2.º, inciso IV, alínea *b* da Lei n.º 4.137, de 10.9.1962.

Não se tem como demonstrado nos autos que a referida condição de exclusividade figure nos contratos de empréstimo das chopeiras, admitindo-se, apenas, emrelação à Cervejaria Brahma e à Dist. de Bebidas Mineira um compromisso de preferência que o revendedor daria ao industrial para aquisição de suas mercadorias. Ao contrário, existe no processo faria documentação elisiva dessa alegação, firmada por elevado número de revendedores, e que a Cia. Antarctica Paulista afirma serem todos os que a ela se vinculam. Seriam os próprios prejudicados, as próprias vítimas de abuso do poder econômico, a desmentirem o libelo.

Por outro lado, *data venia* dos que possam pensar, em contrário, a condição de exclusividade, no comércio em geral, não se revela inusitada, nem intringente da ética dos negócios, sendo até comum — *verbis gratia* — na venda das derivadas de petróleo (onde igual-

mente existe o comodato das bombas de gasolina), na representação de produtos farmacêuticos e outros ramos. É que, muitas vêzes, e industrial realiza investimentos imobiliários ou em maquinarias, ou em publicidade, em proveito de seu distribuidor, sendo razoável que, em contrapartida, para segurança da expansão de suas marcas, imponham a condição de exclusividade, não defesa em lei.

A representação buscou enquadramento da hipótese no art. 2.º, inciso IV,, letra *b* da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, que precentua:

"Art. 2.º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:

.....

IV — Formar grupo econômico por agregação de emprêsas, em detrimento da livre deliberação dos vendedores, por meio de:

a).....

b) subordinação de venda de qualquer bem a aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem."

Quer nos parecer que a disposição visa a reprimir, principalmente, a formação de grupo econômico pela aglutinação de emprêsas, com o fim de eliminar a livre concorrência. Esta a tipicidade da infração. Êste o ilícito econômico previsto. Mas, para que se caracterize a violência à lei, mister se torna que outros fatôres também ocorram, numa conjunção necessária, e que são aquêles indicados na letra *b* do preceito em foco. Assim, sem a "agregação de emprêsas", que impeça a "livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, *por meio*" dos processos mencionados na alínea *b* supra não se verifica a infração.

No caso dos autos, cuja denúncia partiu de pessoas nem tôdas seguras da acusação, algumas alheias ao ramo do negócio de bebidas, não se chega mesmo a asseverar que as representadas se agregaram entre si, ou se conciuíram para, a prática condenável do abuso do poder econômico. Ao revés, são conhecidas concorrentes, cada qual desejando propagar e cada vez mais vender os seus produtos. Não houve, por conseguinte, a formação de "grupo econômico" precisamente porque as emprêsas não se agruparam, não se firmaram, não se coligaram para a suposta prática incriminada. Conforme prelecinoa o Ministro OROSIMBO NONATO em parecer acostado aos autos e que me foi presente através dos memoriais dos dignos patronos das representadas, "a caracterização do abuso do poder econômico previsto na alínea citada subordina-se ao prescrito no *caput* do dispositivo, sob o número IV, no que se refere a "formar grupo econômico por agregação de emprêsas", sendo o expediente previsto na letra *b* simples meio para atingir o objetivo previsto na lei."

Isto pôsto, não encontrando nos autos elementos comprobatórios do delito econômico, eis que os fatos não induzem à capitulação legal pretendida, voto pela improcedência da representação.

Rio de Janeiro, sala das sessões, 6 de maio de 1969. — *Raul de Góes*, Conselheiro.

VOTO DO CONSELHEIRO TRISTÃO DA CUNHA

A agregação de emprêsas a que se refere o artigo 2.º n.º IV da Lei numero 4.137, de 10 de setembro de 1962, não, pooe ser entendida como agrupamento de emprêsas para a formação de trastes e cartéis porque, nesses dois casos, não há competição entre as emprêsas agrupadas, deixando de haver portanto interêsse dessa em forçar a venda dos seus produtos com exclusão de outros, de vez que o grupo, naquelas condições, ou goza de monopólio ou tem a sua quota garantida nas vendas.

Para que êsse artigo não seja letra morta no texto da lei, temos de ad-

mitir que a agregação a que ela se refere é dos produtores e vendedores, visando a forçar o consumidor, êsse eterno esquecido, a consumir um produto que não é o da sua livre escolha.

São do Economista LUDWIG ERHARD essas palavras lapidares.

"Liberdade de consumo e liberdade de atividade econômica devem ser sentidas na consciência de todo o cidadão como direitos fundamentais intangíveis.

A contravenção a tais direitos deveria ser punida como um atentado à nossa ordem social."

É essa liberdade de consumo e liberdade de atividade econômica que a prova dos autos mostra estarem sendo postergadas, quando a missão do CADE é justamente a de preservá-las.

Voto, portanto, pela procedência da representação, de acôrdo com as conclusões do Conselheiro-Relator.

Em 6 de maio de 1969. — *Tristão da Cunha*, Presidente.