DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS — FINANCIAMENTOS

— A concessão de exclusividade para a comercialização de produtos, por si só, não constitui forma de abuso de poder econômico.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

DECISÃO

Resolvem os membros do CADE, em sessão de julgamento, acolher, por unanimidade, o voto do relator que, considerou não caracterizada a existência de abuso de poder econômico, por parte das empresas indiciadas, no que tange à prática dos fatos argüidos e apurados, recomendando que sejam submetidas a exame do Banco Central as operações de financiamentos e empréstimos, com cobrança de juros, para decidir sobre a licitude das mesmas.

Por maioria de votos, contra o voto do Presidente Conselheiro Gratuliano Brito, foi recusada a exceção de cousa julgada e foi recomendada a instauração de processo de investigação preliminar, por ter sido identificada a existência de ajustes, sem aprovação e registro pelo CADE, que estabelecem restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero.

Rio de Janeiro, 7.7.1975. Gratuliano Brito, Presidente: Guilherme A. Canedo de Magalhães, Relator; Geraldo de Rezende Martins, Conselheiro; Major Pereira de Oliveira, Conselheiro. Presente: Vicente Tourinho, Procurador-Geral.

RELATÓRIO

O presente Processo Administrativo foi instaurado em decorrência da decisão plenária de 7.11.1973 no Processo de Averiguações Preliminares nº 46, constituído em virtude da representação oferecida pela Companhia Alterosa de Cervejas contra as empresas Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., Companhia Brahma e Companhia Antarctica Paulista — Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos.

2. A aludida representação alegava:

"a) que, no comércio de bebidas, as empresas produtoras ou distribuidoras adotaram a prática de através de contratos rotulados de "comodato" ou "financiamento" fornecerem a seus revendedores equipamentos de venda, como sejam, chopeiras, geladeiras, engradados, vasilhames, etc., com a obrigação contraprestacional da exclusividade na venda do produto da comodante ou financiadora;

b) que, os varejistas comodatários ou financiados ficam sujeitos a conceder às representadas a exclusividade de venda de seus produtos, sob pena de multas pesadas e da rescisão pura e simples do contrato;

c) que, tais contratos, perante o art. 74 da Lei nº 4 137/62, não têm validade, de vez que objetiva estabelecer restrição da distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação das necessidades conexas;

d) que, para terem validade, esses contratos deveriam ser registrados no CADE, o que não foi feito apesar de existirem,

supondo-se serem eles secretos e ocultados à fiscalização do CADE e em desrespeito ao dispositivo legal citado, motivo pelo qual não pode resultar qualquer efeito válido;

e) que, em sendo esses ajustes clandestinos e ilegais, ocultados ao CADE, liquidam a liberdade de opção do consumidor e impossibilitam aos concorrentes menores a potencialidade de colocarem seus produtos à venda no comércio varejista;

f) que, a existência desses desajustes, emerge do Processo Administrativo nº 5 e, por isso mesmo, é do conhecimento do CADE;

g) que, é fato sabido e ressabido que a Brahma e Antarctica possuem o controle inconteste de mais de 80% da produção de cerveja consumida no País, praticamente em regime de duopólio e, em conseqüência, as indústrias de menor porte, mesmo fabricando bebidas de alta qualidade, perdem condição de subsistência, diante do abuso praticado;

h) que, finalmente, enquadram as representadas como violadoras das alíneas *a* e *g*, do inciso I, do art. 2º da Lei 4 137/62, combinado com o inciso IV, letra *b*, do mesmo art.

3. A ilustrada Procuradoria, manifestando-se sobre a representação, ressaltou:

a) que, de fato, o art. 2º, da Lei nº 4 137/62, entre outras formas de abuso do poder econômico, estabelece para o exercício de domínio dos mercados nacionais ou a eliminação total ou parcial da concorrência, na letra *g*, do inciso I, — a criação de dificuldade à constituição, ou funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;

b) que, esse domínio existe por parte das representadas, quer observado o fator lógico de penetração na preferência popular, decorrente do largo tempo de permanência no mercado (entre 70 e 80 anos), quer pela prática de publicidade maciça;

c) que, quanto aos fatos aludidos na representação, a representante não os provou, sob a alegação de que os contratos de comodato ou de financiamento, com a vinculação da exclusividade, são de natureza particular e por isso de difícil publicidade;

d) que, contudo, a sindicância processada pela Inspetoria Regional do CADE em Belo Horizonte, indicou a existência real de estabelecimentos que vendem cervejas, chopp e refrigerantes, com exclusividade, de uma ou de outra denunciada, como retribuição por financiamento, fornecimento de móveis, chopeira, instalações, etc.;

e) que, por isso, atende-se esse fato como indício da existência, em tese, das circunstâncias indicadoras da presença do ilícito reprimido pela lei antitruste, sendo certo que, em averiguações preliminares, basta o vislumbre dessas circunstâncias indicadoras para que se configure o real motivo para a instauração do respectivo processo administrativo."

4. No processo de averiguações preliminares nº 46, que deu origem a este processo Administrativo, o ilustre Conselheiro Wanor Pereira de Oliveira, que funcionou como Relator, reportou-se ao julgamento do Processo Administrativo nº 5, em que eram as mesmas empresas indiciadas, salientando que o enquadramento era diverso, pois aquele Processo Administrativo baseava-se no inciso IV, letra *b*, do art. 2º da Lei nº 4 137, 1962, enquanto, agora, o fundamento é o inciso I, letra *g*, do art. 2º da Lei, e tanto excluía a hipótese de cousa julgada.

Outrossim, o ilustre Relator arguiu a existência de um alegado contrato de comodato ou outro ajuste qualquer, que não foi junto aos autos, e a prevalecer a existência de tais contratos os mesmos não são válidos.

Concluiu o eminente Conselheiro Relator o seu voto pela instauração de processo administrativo, dada a existência de veementes indícios de abuso do poder econômico a ser apurado, bem como o exame dos contratos referidos, afirmando que os indícios emergem das investigações sumárias realizadas pela inspetoria do CADE em Belo Horizonte e encampadas pela douta Procuradoria.

O eminente Conselheiro Dr. Gratuiliano Brito proferiu voto, que foi vencido, arguindo que a imputação era idêntica à do Processo Administrativo nº 5, não se aduzindo fato novo, pouco importando que seja invocada a incidência em outro dispositivo da lei que regula a repressão ao abuso do poder econômico. E acrescentou ao seu voto que relativamente aos contratos, cuja eficácia e validades dependiam de registro no CADE, a matéria não é de processo administrativo devendo ser objeto de consideração em apartado.

5. O ilustre Conselheiro Dr. Geraldo de Rezende Martins proferiu voto em separado, manifestando-se pela instauração do presente Processo Administrativo, sob a alegação de que as decisões do CADE não fazem coisa julgada e de que, nos autos, havia real motivo para abertura do processo.

6. Ficou, assim, decidida a instauração deste Processo Administrativo, tendo a Resolução como ementa:

Ementa: — Abuso do poder econômico apura-se em processo administrativo (art. 26 da Lei nº 4 137/62)

— Averiguações Preliminares visam a existência de real motivo para a instauração do processo administrativo (art. 27).

— Constitui real motivo para o processo, a verificação de indício de restrição da concorrência, existente em contrato de concessão de venda com exclusividade.

7. Foi o processo, na sessão de 8.11.73, distribuido, por sorteio, ao então Conselheiro Dr. Olympio de Abreu, o qual, no prazo estabelecido no art. 51 do Regulamento da lei do CADE e na forma do art. 32 da Lei nº 4 137/1962, exarou o seu despacho inicial, constando às fls. 19-21 o rol de testemunhas oferecido pela ilustrada Procuradoria.

8. Em 10.12.1973 foi iniciado o interrogatório das empresas indiciadas, tendo nesse dia sido inquiridos o representante legal da Companhia Antarctica Paulista e o da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., e em 4.2.1974 foi inquirido o representante legal da Companhia Cervejaria Brahma, em virtude do adiamento solicitado pela empresa para o interrogatório, que foi deferido (fls. 23).

9. A Companhia Antarctica Paulista, interrogada, disse (fls. 30/32):

"a) que fornece a seus clientes chopeiras, geladeiras, engradados e vasilhames mediante comodato celebrado por escrito;

b) que não financia de modo direto seus clientes para instalação e renovação do estabelecimento, mas que concede crédito a alguns clientes cuja idoneidade tanto justifique;

c) que não impõe condições de exclusividade na venda de seus produtos, visando a eliminar concorrência;

d) que assumiu o controle acionário de indústrias similares, tais como Cervejaria Polar e Perola no Rio Grande do Sul e Cerman, de Manaus;

e) que na área do Estado de Minas Gerais não realizou qualquer negócio que visasse à encampação da Companhia Itacolomi de Cervejas, mas o controle acionário da Itacolomi foi adquirido pela Inorbe, subsidiária da Companhia Antarctica Paulista, na Bahia;

f) que as marcas tradicionais da Antarctica são também fabricadas por aquela subsidiária;

g) que não tem conhecimento de discriminação de área para nenhum tipo dos produtos fabricados pela Antarctica;

h) que a Antarctica tem participação relevante na fabricação de cervejas, sendo maior a sua participação na produção nacional de refrigerantes;

i) que não ocorre em Minas Gerais a circunstância de restaurantes e bares que fornecem produtos da Antarctica não forneçam também produtos de outras procedências;

j) que desconhece qualquer tentativa por parte da Antarctica no sentido de participar ou exercer o controle acionário ou promover a encampação da Cia. Alterosas de Cervejas;

l) que admite haver contratos de comodato celebrados também na área de Belo Horizonte;

m) que a comercialização dos produtos da Antarctica se faz agora freqüentemente através de empresas distribuidoras;

n) que o controle acionário da Antarctica continua sendo exercido na ordem de 58,74% pela Fundação Antonio e Helena Zerrenner, Instituição Nacional de Beneficência."

10. A Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., interrogada, disse (fls. 36/37):

"a) que distribui com exclusividade produtos da Companhia Cervejaria Brahma, não tendo, porém, contrato escrito;

b) que a exclusividade decorre de seu interesse próprio, porque não dispõe de tempo nem de espaço para distribuir outros produtos sejam ou não os produtos da Brahma;

c) que exerce o seu comércio há 16 anos, cobrindo a área metropolitana de Belo Horizonte, cidades vizinhas, estendendo-se para o Norte do Estado até a cidade de Montes Claros;

d) que os clientes da Brahma preferem tratar, às vezes, com a Distribuidora, ao invés de procurar a própria fabricante;

e) que atribui a preferência de bares e restaurantes por produtos da Brahma com exclusividade, ao próprio interesse dos revendedores;

f) que concede facilidades aos revendedores, consistindo, inclusive, na concessão de créditos em dinheiro, embora de modo restrito, obedecendo à tradição do revendedor e às ligações de amizade;

g) que concede as facilidades aos seus clientes, sem repassar recursos oriundos da Brahma;

h) que o fornecimento de chopeiras e outros implementos necessários ao varejo de cerveja e chopp, não gera nenhuma retribuição por parte do beneficiado;

i) que os contratos de comodato escrito só são firmados com os usuários em nº de 33 e são revendedores de chopp;

j) que os contratos de comodato não impõem exclusividade, mas simples preferência;

l) que protesta provar que tem consentido que seus clientes vendam produtos da Cia Alterosa de Cervejas;

m) que não tem conhecimento de tentativas feitas por grupos concorrentes para adquirir o controle acionário da Companhia Alterosa de Cervejas".

11. Companhia Cervejaria Brahma, interrogada, disse (fls. 75/76):

"a) qu não exige do comércio varejista a que atende em Belo Horizonte exclusividade para venda de seu produtos;

b) que fornece a seus clientes chopeiras, mediante contrato de comodato, mas não exige em contrapartida exclusividade de venda de seus produtos, mas, apenas, a preferência;

c) que, em certos casos, concede crédito a alguns clientes para melhoria e renovação de suas instalações, para amortização parcelada e sempre mediante apenas a solicitação de preferência na venda de seus produtos;

d) que em três casos assumiu o controle acionário de empresas similares, que são a Cervejaria Cibepe, Cuiabana e Cebrasa, limitando-se à participação do capital, em outros casos;

e) que nas empresas similares em que ocorreu a participação da Brahma, os produtos de sua fabricação trazem a marca da Brahma;

f) que detém aproximadamente 58% do mercado nacional de cervejas;

g) que poucos casos ocorreram em que o cliente favorecido pelo empréstimo descumpriu o contrato, deixando de reembolsar o valor dos empréstimo;

h) que no caso de comodato de chopeira se o o cliente utiliza esse implemento para vender produto de outra procedência, é rescindido o comodato, fazendo retirar o material emprestado."

12. A Companhia Alterosa de Cervejas, às fls. 38, requereu fosse admitida como Assistente da Procuradoria, tendo às fls. 46 o Dr. Procurador opinado pelo deferimento do pedido.

13. As empresas indiciadas ofereceram, no prazo legal, a sua defesa prévia, constando às fls. 48/50 a da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., às fls. 57/43 a da Companhia Antarctica Paulista e às fls. 118/123 e da Companhia Cervejaria Brahma, tendo todas oferecido rol de testemunhas e documentos.

14. Às fls. 183/184, a digna Procuradoria ratificou o seu rol de testemunhas.

15. Às fls. 185 o Relator, nos termos do art. 49 do Regulamento da lei do CADE, delegou ao Inspetor Regional do Centro, em Belo Horizonte, competência para presidir a instrução do processo, quando à inquirição das testemunhas arroladas pela Procuradoria.

16. Remetida a 1ª via do processo à Inspetoria Regional em Belo Horizonte, foi, em 17.4.1974, iniciada a prova testemunhal, tendo sido indeferido o pedido da Companhia Antarctica Paulista no sentido de que, na oportunidade, fosse tomado o depoimento do representante legal da empresa denunciante — Companhia Alterosa de Cervejas.

17. Foram ouvidas 18 testemunhas da Procuradoria, em Belo Horizonte (fls. 191/251) e, devolvido o processo à Inspetoria Regional do Centro foi ouvida, nesta cidade, mais uma testemunha (fls. 279/281).

18. Em 11.7.1974 prosseguiu a tomada de depoimento das testemunhas arroladas pela Procuradoria, tendo o então Conselheiro Dr. Olympio de Abreu se deslocado para Belo Horizonte, onde ouviu mais 35 testemunhas da Procuradoria.

19. Em 5.8.1974, ocorrendo o termino do mandato do Relator, Conselheiro Dr. Olympio de Abreu, ficou suspenso o andamento do processo.

20. Em 17.9.1974 foram os autos conclusos ao Sr. Presidente do CADE e na sessão de 25.9 foi sorteado o signatário deste sorteado para funcionar como Relator do presente processo.

21. Em 30.9.1974, encaminhei o processo à douta Procuradoria, para dizer se insistia ou não na tomada dos depoimentos das testemunhas ainda não ouvidas, tendo às fls. 410 sido manifestada a desistência.

22. Às fls. 411 determinei o prosseguimento da instrução do processo, com a tomada do depoimento do representante legal da denunciante Companhia Alterosa de Cervejas, depoimento admitido às fls. 191, e o depoimento das testemunhas arroladas pelas empresas indiciadas, delegando atribuição ao Sr. Inspetor Regional de Belo Horizonte para essa tarefa.

23. A Companhia Antarctica Paulista, às fls. 414, solicitou a substituição de 3 testemunhas constantes do rol oferecido com a defesa prévia, pedido que mereceu pronunciamento contrário da Procurado-

ria (fls. 417/418), tendo sido indeferido às fls. 419.

24. Expedidas as notificações às testemunhas da defesa, o Relator resolveu pessoalmente presidir a instrução do processo em Belo Horizonte, cancelando, assim, a delegação anteriormente dada à Inspetoria Regional.

25. O representante legal da Companhia Alterosa de Cervejas apresentou atestado médico dizendo da impossibilidade de seu comparecimento (fls. 451), tendo o advogado de Companhia Cervejaria Brahma e da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. levantado questão de ordem no sentido de que as testemunhas de defesa não fossem ouvidas antes do depoimento da denunciante. A questão de ordem não foi acolhida pelo Relator, após ser ouvida a Procuradoria (fls. 428).

26. Foram ouvidas 8 testemunhas arroladas pelas empresas indiciadas (fls. 428/445), tendo sido negada a substituição de 3 testemunhas da Companhia Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. e admitida a substituição de uma, por não ter sido negada a substituição de 3 testemunhas da Companhia Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda. e admitida a substituição de uma, por não ter sido notificada (fls. 448) e negada, também, a substituição de mais 2 testemunhas das citadas empresas indiciadas (fls. 450).

27. Às fls. 488, as empresas indiciadas desistiram da tomada de depoimento das demais testemunhas arroladas, o que foi deferido.

28. Às fls. 508/517 consta o termo do depoimento do representante legal da Companhia Alterosa de Cervejas.

29. Pelo ofício de fls. 502, o Relator indicou, para a prova pericial, os srs. Professor Reynaldo de Souza Gonçalves e Coronel Claudionor Lino Tavares Filho, como peritos, oferecendo o *curriculum vitae* de cada um deles às fls. 505/507.

30. Na sessão ordinária de 8.11.1974, o plenário aprovou a indicação dos peritos feita pelo Relator (fls. 529/530) e às fls. 533 os peritos assinaram o termo de compromisso.

31. Foi designado o dia 11.12.1974 para o início da prova pericial, tendo a ilustrada Procuradoria apresentado os quesitos às fls. 539/541, a Companhia Antarctica Paulista os quesidos de fls. 538 e a Companhia Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., apresentado diretamente aos srs. peritos os quesitos de fls. 545/546.

32. Foi a perícia iniciada na sede da Companhia Cervejaria Brahma, no Rio de Janeiro, conforme termo de fls. 544, e prosseguida em Belo Horizonte e em São Paulo, na sede das empresas indiciadas.

33. Em 11.1.1975, os srs. peritos solicitaram dilatação de prazo para conclusão da perícia, o que foi deferido (fls. 547), tendo às fls. 550 sido solicitada nova dilatação e, pelas razões ali invocadas, o Relator concedeu o prazo de 15 dias para a apresentação do laudo.

34. Em 11.3.1975, os srs. peritos apresentaram o seu laudo pericial (fls. 551/564), com a resposta a todos os quesitos propostos, fazendo anexar ao laudo os documentos de fls. 565/763.

35. Pelo despacho de fls. 767, foi concedido o prazo de 5 (cinco) dias para a Procuradoria oferecer as suas alegações e igual prazo, em seguida, às empresas indiciadas, para o mesmo fim.

36. Por petição de fls. 768, a Companhia Cervejaria Brahma solicitou que os srs. peritos esclarecessem resposta dada ao quesito nº 4, por ela apresentado, pedido que foi indeferido às fls. 770, porque o pretendido esclarecimento implicava em formulação de um quesito complementar,

que, na ocasião, não poderia mais ser admitido.

37. O ilustre Dr. Procurador Geral, em exercício, ofereceu às fls. 771/793 as suas alegações finais.

38. Nas alegações finais, a ilustrada Procuradoria analisa a prova colhida nos autos e aponta os fatos que infringem a lei, ressaltando os seguintes:

"a) que com a perícia vieram exemplares de vários contratos de financiamento e de doação celebrados com varejistas da Brahma, mediante, em vários casos, a retribuição de juros a 12% anuais;

b) que o comerciante, por seu lado, compromete-se, de forma irrevogável e irretratável a cumprir uma série de condições, tais como dar prioridade à mutuante/contratante para no interior de suas dependências, bem como na parte externa das mesmas, fazer propaganda dos produtos da Cia. Cervejaria Brahma, conceder à Companhia Cervejaria Brahma preferência na aquisição dos produtos de sua fabricação, fazer com que os produtos da Companhia Cervejaria Brahma sejam consumidos com preferência;

c) que a indiciada Companhia Antarctica Paulista, agindo mais cautelosamente, não firmou contrato com qualquer referência à obrigação de exclusividade ou preferência, mas faz incluir no contrato cláusula que faculta a rescisão de locação de móveis e equipamento, a qualquer tempo, independentemente de indenização;

d) que a condição referida no item anterior equivale a uma exigência de preferência ou exclusividade;

e) que quer pelos documentos que comprovam a cessão de equipamentos e utensílios, quer por outros que consubstanciam empréstimos ou doações, em dinheiro, está provado que as Cia. Antarctica Paulista e a Cia. Cervejaria Brahma, ao lado da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., continuam a praticar o ilícito de impedir a entrada nos pontos de venda das empresas concorrentes de menor capacidade financeira;

f) que a exclusividade — sob capa de preferência — é exigida e mantida sob os mais variados processos, entre os quais com os apontados empréstimos e cessão de equipamentos;

g) que, como explicitou o Presidente da Cia Alterosa de Cervejas, em seu depoimento, a sua empresa jamais conseguiu vender a sua produção de cerveja, por não ter plena capacidade de comercialização, diante das barreiras opostas pelas empresas denunciadas;

h) que há, na espécie, a eliminação parcial da concorrência pela criação de dificuldades ao deseenvolvimento da empresa representante, como estabelece o art. 2º, nº 1, letra *g* da Lei antitrutes, sendo tal fato imputado à Cia. Antartica Paulista e à Cia. Cervejaria Brahma, ao lado da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.;

i) que, quanto à exigência de exclusividade para propaganda publicitária, com a colocação de letreiros e placas alusivas aos nomes e produtos das indiciadas em estabelecimentos comerciais consumidores, o que implicaria em concorrência desleal, na forma do inciso V, letra *a*, art. 2º da Lei nº 4 17/62 não se convenceu de sua caracterização, tanto pela prova documental, como pela testemunhal;

j) que as indiciadas fizeram e fazem subordinar a utilização de determinado serviço à compra de determinado bem, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos revendedores, comportamento que se enquadra na proibição constante do inciso IV, letra *b*, do art. 2º da Lei nº 4 137;

l) que a Cia. Cervejaria Brahma fugiu das suas finalidades realizando empréstimos a terceiros, com cobrança de juros,

sendo tal prática ato privativo de entidade financeira;

m) que a tese de coisa julgada levantada na fase da defesa prévia não é de ser admitida.

39. Concluindo, a ilustrada Procuradoria entende, na hipótese dos autos, violado o art. 29 em seu inciso I, letra *g* e inciso IV, letra *a* e requer a remessa ao Banco Central de cópias de documentos relativos a empréstimos feitos a terceiros pela Cia. Cervejaria Brahma, com cobrança de juros para exame e providências cabíveis.

40. Pela petição de fls. 796/797, datada de 24.4.1975, quando já em curso o prazo de vista dos autos às indiciadas, para alegações finais, a Companhia Antartica Paulista requereu esclarecimento complementar, e ser prestado pelos srs. peritos, quanto a quesitos da Procuradoria.

41. Às fls. 815 indeferi o pedido da Cia. Antartica Paulista, quanto ao desejado esclarecimento complementar a quesito do laudo, uma vez que tanto importava em formulação de novo quesito, inadmissível na fase do processo.

42. A Companhia Cervejaria Brahma e a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., às fls. 798/811, ofereceram, tempestivamente, as suas alegações finais e apreciando as provas dos autos, dizem esperar:

"a) que seja acolhida a exceção de coisa julgada e, em conseqüência, arquivado o processo, que é mera repetição do processo nº 5;

b) que seja arquivado o processo por falta de incidência do art. 29, IV, *b*, da Lei nº 4 137, uma vez que não há agregação de empresas para prática do abuso do poder econômico;

c) que seja arquivado o processo por improcedência da denúncia porquanto está provado que em nenhum momento as dependentes exigem dos seus revendedores exclusividade de seus produtos;

d) que seja determinada a remessa das peças do processo ao Dr. Procurador para que, em face da confissão do Presidente da Representante, seja, contra ela instaurado o competente inquérito administrativo."

43. A Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, às fls. 818/915, apresenta, tempestivamente, as suas razões finais, anexando 15 (quinze) documentos, e apreciando as provas dos autos, alega:

"a) que é absolutamente falsa, totalmente improcedente, a acusação formulada contra a defendente, em face, do que se apurou no curso da instrução probatória;

b) que a matéria do presente processo é renovação de questão já julgada pelo CADE;

c) que, em face da posição do CADE e da natureza das suas decisões, não seria admissível arguir-se que as decisões administrativas são sempre revogáveis ou modificáveis, pois, no caso, a matéria julgada não constitui simples ato administrativo, mas decisão proferida em processo a que se empresta a natureza de processo penal;

d) que nunca exigiu exclusividade ou preferência, consoante ficou demonstrado neste processo;

e) que tendo a defendente 85 anos de vida, prezando muito a sua reputação e em homenagem a este Conselho insiste no propósito de examinar o caso detidamente para não deixar sombra de dúvida sobre a lisura do seu comportamento, pelo que aprecia o consumo do mercado e o percentual das chamadas revendedoras exclusivistas, o suprimento do mercado na área de Belo Horizonte, a representação da Cia Alterosa de Cervejas e o seu procedimento, tudo em face do que consta dos autos;

f) que a análise da prova testemunhal evidencia a improcedência das alegações e a análise do laudo pericial confirma a prova testemunhal colhida e, ainda, que a

análise do depoimento do Presidente da Cia Alterosa de Cervejas corrobora as alegações da defendente;

g) que tem reparos a oferecer sobre as razões finais da Procuradoria, contraditado-as;

h) que espera, afinal, seja confirmado o pronunciamento unânime verificado no processo administrativo nº 5."

É o relatório.

VOTO

No caso dos autos foi argüida *exceção de coisa julgada,* que, como preliminar, passo a apreciar.

A exceção é manifestada sob fundamento de que a matéria dos autos já foi julgada pela decisão proferida no Processo Administrativo nº 5, cuja ementa reza:

"A cláusula de preferência, ou mesmo exclusividade, para a compra de produtos de uma determinada linha de fabricação, inserta no contrato de comodato celebrado entre um fabricante e seus respectivos distribuidores ou revendedores, não configura abuso do poder econômico, salvo se a mesma se constituir em meio ou instrumento de agregação de empresas.

Interpretação do art. 2º, inciso IV, letra *b*, da Lei nº 4 137, de 10.9.1962."

Os requisitos de identidade de coisas, causa e pessoas são essenciais para a caracterização da exceção de coisa julgada, vedando que, no Judiciário, o objeto de uma ação possa ser renovado entre as mesmas partes, sob a mesma relação de direito.

Se a matéria do presente processo administrativo constituisse uma ação judicial, os pressupostos para a ocorrência da exceção oposta não se apresentavam de forma a constituir plenamente a sua caracterização, pois que faltaria a identidade de coisa.

E assim é porque o julgado anterior invocado não proclamou que a cláusula de preferência ou de exclusividade, para a compra de produtos, inserida em contrato, não configura abuso do poder econômico, pois ressalvou a hipótese dela vir a constituir um meio ou instrumento de agregação de empresas.

Faltaria, assim, a identidade de coisa, uma vez que caberia, no caso, examinar se a hipótese ressalvada no julgado ocorreu, o que constitui matéria de mérito no processo.

Mas, embora fosse admitida a existência plena dos pressupostos para a caracterização da coisa julgada, a exceção não poderia prosperar, uma vez que decisões administrativas não constituem coisa julgada, consoante um princípio geral de Direito Administrativo.

A administração pode rever as suas decisões ou atos, decretando a sua revogação ou anulação, e o Poder Judiciário pode apreciar atos ou decisões administrativas, face ao princípio do controle dos atos administrativos.

A doutrina e a jurisprudência consagram o princípio de que as decisões em processo administrativo não têm efeitos de coisa julgada.

Não cabe, na hipótese dos autos, arguir que a decisão anterior do CADE resultou em direito que se incorporou ao patrimônio jurídico individual, pois não foi decidido, genericamente, que a cláusula de preferência ou de exclusividade não constitui abuso de poder econômico, dada a ressalva feita, como se disse. Assim, não tendo sido reconhecido um direito, de forma ampla, a decisão administrativa, embora se revista de caráter judicante, pode voltar a ser examinada, sem qualquer ofensa à intangibilidade da *res judicata.*

Cumpre, ainda, ser salientado que o espírito da lei Antitruste repele o efeito

da coisa julgada, pois o próprio Regulamento da lei do CADE expressamente admite sejam, até renovadas, com base na mesma infração, representações já arquivadas, desde que fundadas em outras provas, antes não oferecidas (§ 2º art. 46).

E, no caso dos autos, se pudesse ser admitida a exceção, ela estaria prejudicada pela prevalência de outro julgado — o que determinou a instauração do presente processo administrativo.

Efetivamente, ao ser julgado o processo de averiguações preliminares nº 46, que deu origem a este processo administrativo, foi objeto de apreciação a coisa julgada no Processo Administrativo nº 5, e, por maioria de votos, foi a mesma repelida.

Por todos esses fundamentos, voto pelo não acolhimento da exceção oposta.

Não tendo sido acolhida pelo Plenário a preliminar argüida, passo ao exame da matéria do processo.

O presente processo administrativo foi instaurado, como o relatório registra, em virtude das Averiguações Preliminares nº 46, levadas a efeito, por representação, terem indicado a existência de "veementes indícios de abuso do poder econômico a ser apurado".

A representação apontava lesão das letras *a* e *g* do inciso I e da letra *b* do inciso IV, do art. 2º da Lei nº 4 137, de 1962, além de argüir infração ao art. 74 da citada lei.

Prescrevem os dispositivos legais citados:

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

I — Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:

a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades:

b) .....

c) .....

d) .....

e) .....

f) .....

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

II — .....

III — .....

IV — Formar grupo econômico, por agregação de empresas, 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 utilização de determinado serviço à compra de determinado bem."

"Art. 74 — Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

a) equilibrar a produção com o consumo;

b) regular o mercado;

c) padronizar a produção;

d) estabilizar os preços;

f) estabelecer uma restrição de distribuição;

g) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo genero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas".

As hipóteses dos autos, face aos dispositivos legais transcritos, são portanto as seguintes:

1 — abuso do poder econômico por domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência, e por formação de grupo econômico, pela agregação de empresas;

2 — existência de contratos, que objetivem estabelecer restrições da distribuição de produtos dos competidores, sem a devida aprovação e registro pelo CADE.

As hipóteses foram argüidas sob a alegação de que as empresas indiciadas adotaram a prática de fornecimento a seus revendedores de equipamentos de vendas, tais como chopeiras, geladeiras, engradados, vasilhames, etc., com a obrigação, em contraprestação, de garantirem a exclusividade na venda dos produtos da comodante ou financiadora, como bem resume a ilustrada Procuradoria, nas suas alegações finais.

As empresas indiciadas Companhia Antarctica Paulista e a Companhia Cervejaria Brahma, por seus representantes legais, confessaram que fornecem aos seus revendedores equipamentos de vendas dos seus produtos, mediante comodato celebrado por escrito, não impondo condições de exclusividade visando a eliminar concorrência, a despeito da facilidade creditícia que concedem aos seus clientes, tendo a Companhia Cervejaria Brahma esclarecido que a contrapartida do comodato é, apenas, a preferência na venda de seus produtos e a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., esclarecido que distribui, com exclusividade, produtos da Companhia Cervejaria Brahma, concedendo facilidades creditícias aos seus clientes e estabelecendo, também, apenas, a preferência, no comodato quanto ao fornecimento dos implementos necessários ao varejo de cerveja e chopp.

A prova testemunhal colhida confirmou o fornecimento do equipamento de vendas dos produtos das indiciadas por elas feito, mediante o contrato de comodato, negando a existência da contrapartida da exclusividade, no contrato, embora, na maioria, os revendedores ouvidos tivessem afirmado que somente efetuavam a venda dos produtos das empresas indiciadas com que firmaram o comodato.

A prova pericial apurou que "na escrituração das indiciadas existem contas e lançamentos referentes à compra, empréstimos, em comodato e aluguel de móveis e utensílios, como mesas, geladeiras, chopeiras, vasilhames, engradados, etc., de propriedade das mesmas" (resposta ao quesito I da ilustrada Procuradoria fls. 552).

Os senhores peritos afirmam que não puderam comprovar a exclusividade, face aos contratos de comodato (resposta ao quesito II da Procuradoria — fls. 552) e informam que "os contratos de financiamentos ou de empréstimos examinados não possuem a imposição de exclusividade de venda de produtos das indiciadas", havendo, contudo, contratos com a cláusula de pagamento de juros, pelo empréstimo ou financiamento obtido (resposta ao quesito III da Procuradoria — fls. 552).

Informam, ainda, os senhores peritos que os laudos das auditorias, verificadas anualmente, "não fazem nenhuma referência a vendas com exclusividade" (resposta ao quesito VIII da Procuradoria — fls. 554).

Os peritos anexaram ao seu laudo os contratos de comodato e de financiamento ou de empréstimo, firmados pelas empresas indiciadas com os estabelecimentos comerciais que vendem os seus produtos (fls. 592 - 763).

Nas considerações finais do laudo (fls. 557), os senhores peritos informam que "numerosos contratos trazem cláusula de preferência para a compra dos produtos das empresas, que emprestam ou locam seus aparelhos ou que financiam reformas ou instalações das lojas dos fregueses" e reafirmam que a "cláusula de exclusividade de venda dos produtos das indiciadas não foi encontrada nos contratos examinados".

E, afinal, registram os senhores peritos:

"Embora a cláusula de preferência, ou a de quantidade expressa, ou a que justifique o investimento, declarada nos contratos, possa se transformar, em termos práticos, em exclusividade de fato, na medida em que os interessados agissem nesse sentido, os peritos não conseguiram, objetivamente, perceber ou assinalar casos, em que essa transformação, em Minas Gerais, se fizesse por pressão ou manobra irresistível dos fabricantes, ou por legítimo e voluntário interesse dos revendedores, ou por simples preferência do próprio mercado consumidor, o que talvez pudesse contribuir, para elucidar o problema constante do Processo CADE nº 12/73.

Finalmente, para melhor esclarecimento do problema levantado pelo Processo CADE nº 12/73, é preciso lembrar que a produção de cerveja ainda não consegue satisfazer, mormente, no período do verão ou do calor, às necessidades do mercado consumidor".

O digno Dr. Procurador Geral, em exercício, nas suas alegações finais, apreciando a prova colhida sustenta:

"Enfim, quer que documentos que comprovam a cessão de equipamentos e utensílios, quer por outros que consubstanciam empréstimos ou doações, em dinheiro, está provado que a Cia. Antarctica Paulista e a Cia. Cervejaria Brahma ao lado da Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., continuam a praticar o ilícito de impedir a entrada nos pontos de venda das empresas concorrentes de menor capacidade financeira.

A exclusividade — sob capa de preferência — é exigida e mantida sob os mais variados processos, entre os quais, como os apontados empréstimos e cessão de equipamentos, sendo de notar que a prova testemunhal, já apreciada, corrobora o exercício dessa exclusividade com a sistemática afirmativa de que "só vende chopp e cervejas da Companhia tal..."

E, mais adiante, acrescenta:

"Como explicou o Presidente da Cia. Alterosa de Cervejas, em seu depoimento, a sua empresa jamais conseguiu vender a sua produção de cerveja, pois embora tenha plena capacidade de produção não há plena capacidade de comercialização, diante das barreiras opostas pelas empresas denunciadas. Há, na espécie, a eliminação parcial da concorrência pela criação de dificuldades ao desenvolvimento da empresa representante, como estabelece o art. 2º no I, letra *a*, da Lei Antitruste, sendo tal fato imputado à Cia. Antarctica Paulista e à Cia. Cervejaria Brahma, ao lado da Distribuidora de Bebidas Mineira S.A.

No que se refere à exigência de exclusividade para propaganda publicitária, com a colocação de letreiros e placas alusivas aos nomes e produtos das indiciadas em estabelecimentos comerciais consumidores, o que implicaria em concorrência desleal na forma do inciso V, letra *a* (art. 2º), da Lei número 4 137/62, não nos convencemos de sua caracterização, tanto pela prova testemunhal colhida quanto pela prova documental".

E, finalmente, conclui o digno Procurador Geral:

"Pelo exposto, entendemos violado o art. 2º em seu inciso I, letra *g*, e inciso IV, letra *b*, deixando de mencionar a infração da letra *a* do citado inciso IV, por ausência de provas".

Outrossim, ponderando que a Cia. Cervejaria Brahma, fugindo de suas finalidades, realizou empréstimos a terceiros, com cobrança de juros, sendo tal prática ato privativo de entidade financeira, a douta Procuradoria requer a remessa de cópia das transações ao Banco Central para exame e providências, se cabíveis.

As empresas indiciadas, nas suas alegações finais, contestam a existência do ilícito, no que se refere ao abuso do poder econômico, aduzindo razões de direito e reportando-se às provas dos autos.

A Companhia Cervejaria Brahma e a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda, nas alegações que, em conjunto, apresentaram, sustentam que o abuso do poder econômico tem por base a agregação de empresas, formando grupo econômico, em detrimento da livre concorrência, o que, no caso dos autos, não ocorreu, uma vez que é notória a concorrência entre as duas empresas indiciadas — a Brahma e a Antarctica. E sustentam que a representação da Companhia Alterosa de Cervejas argüiu que a agregação era das empresas produtoras com os seus revendedores, o que não constitui fato para a caracterização do ilícito, na exegese da lei Antitruste, e sobre o assunto invocam parecer do eminente jurista Pontes Miranda, que transcrevem.

Aludem as citadas empresas, nas suas razões finais, à circunstância de que a empresa autora da representação usa do mesmo sistema adotado pelas indiciadas, como apuraram os srs. peritos, registrando no laudo:

"As empresas Cias. Cervejaria Brahma e Antarctica Paulista e a Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., bem como a Cia. Alterosa de Cervejas e a Portal Distribuidora de Bebidas Ltda., estabelecem modelos de contratos, para operações auxiliares da comercialização de seus produtos.

Os modelos desses contratos, em sua essência ou em suas linhas gerais, são semelhantes" (resposta ao quesito XVII), da Procuradoria - fls. 556).

Apreciando a prova colhida, as indiciadas sustentam que as testemunhas ouvidas não deixaram dúvidas quanto à inexistência de cláusulas de exclusividade, na comercialização dos produtos de sua fabricação e afirmam que a perícia, também, o mesmo apurou.

A Companhia Antarctica Paulista, nas suas alegações finais, oferece longas considerações, apreciando o caso dos autos, nos diferentes ângulos. Sustenta a indiciada que "o simples cotejo dos dados apresentados pelos peritos no laudo demonstra que não há nenhuma posição de domínio da defendente e evidencia que o mercado não está sujeito a qualquer submissão monopolística, distribuindo-se, ao contrário, as vendas pela capacidade de produção das fábricas e pela preferência do público pelos diferentes produtos que lhe são oferecidos".

Afirma a Companhia Antarctica Paulista que não exige exclusividade, preferência, ou qualquer compensação nos contratos de comodato, o que, efetivamente está comprovado nos autos. Analisando esse fato, a ilustrada Procuradoria tanto reconhece, mas, diz que a dita empresa fez incluir no contrato a cláusula:

"Os contratantes poderão, a qualquer tempo, rescindir a parte rescindente, no entanto, obrigada a promover o aviso prévio no prazo de 10 (dez) dias."

E essa condição, diz o digno Dr. Procurador, "equivale a uma exigência de preferência ou exclusividade", com o que, data vênia, não concordamos, pois que se trata de cláusula usual em contratos de prazo indeterminado.

Apresenta, ainda, a empresa indiciada considerações acerca da Companhia Alterosa de Cervejas, autora da representação que deu origem ao presente processo, para dizer que a dita empresa, nos seus relatórios, sempre fez registrar a sua prosperidade, não se devendo o insucesso de que se queixa agora "a qualquer razão anormal ou abusiva dos concorrentes, mas, sim, exclusivamente a ela própria e a mais ninguém".

Registra a Companhia Antarctica Paulista, nas razões finais, que o malogro comercial da Companhia Alterosa de Cervejas resultou dos seus erros, dizendo que "em matéria comercial ou industrial não basta produzir, e nem mesmo vender: é preciso que o negócio seja conduzido, em todos os seus aspectos, com técnica, organização, prudência, recursos e instrumentos complementares para garantir resultados compensadores".

E, aludindo ao depoimento prestado pelo Presidente da Companhia Alterosa de Cervejas em 20.12.1974, diz que ali é feita inequívoca retratação quanto à Antarctica, face ao que consta no trecho:

"Que relativamente à Antarctica o depoente não tem conhecimento desses contratos, sabendo apenas da existência de contrato de comodato...; que com referência à Antarctica não é do conhecimento do depoente a concessão de vantagens no que se refere a empréstimos."

E de se registrar que, na sua representação, a Companhia Alterosa de Cervejas apontou a prática do ilícito por parte da Companhia Antarctica Paulista, de forma categórica.

Com o propósito de tudo ser devidamente apurado, foi indagado ao representante legal da Companhia Antarctica Paulista, em 10.12.1973, se cogitava da compra da Companhia Alterosa de Cervejas o que foi negado expressamente, com a declaração:

"Desconhece qualquer tentativa por parte da Companhia Antarctica no sentido de participar ou exercer o controle acionário ou promover a encampação da Cia. Alterosa de Cervejas." (fls. 31).

O Presidente da Companhia Alterosa de Cervejas ao ser ouvido em 20.12.1974, também declarou:

"Que a Companhia Alterosa de Cervejas não está à venda; que a Companhia Alterosa não foi oferecida à venda mas foi procurada por pessoas ligadas à indústria cervejeira e outras pessoas sem poder identificar os pretendentes até o momento; que ultimamente tem havido uma grande procura para a obtenção do controle acionário da Cia. Alterosa por grupos não identificados, tendo a procura na maioria das vezes sido feita por elementos de instituições financeiras" (fls. 516).

Não obstante essas declarações, a *Gazeta Mercantil*, de São Paulo, na sua edição de 9 de junho passado, sob o título "Antarctica negocia compra da Alterosa", divulgou que estava para efetivar-se uma transação entre as duas empresas, tendo *O Globo*, na sua edição de 29 de junho, também divulgado que a Alterosa foi adquirida pela Antarctica.

A Companhia Antarctica Paulista, no entanto, no *O Globo* e no *Jornal do Brasil*, na edição de 4 de julho corrente, vem a público reclarar que "não adquiriu o acervo da Cia. Alterosa de Cervejas ou qualquer ação da mesma sociedade".

Expostos, assim, os fatos, com a análise da prova testemunhal e do apurado pela perícia, e apreciadas as alegações da douta Procuradoria, bem como as razões finais oferecidas pelas empresas indiciadas, com as observações que entendemos de conveniência fazer, cabe-nos concluir, face às hipóteses dos autos.

Está provado, de forma plena, que a Companhia Cervejaria Brahma e a Distribuidora Mineira Ltda., nos contratos de comodato firmados com estabelecimentos para a comercialização dos seus produtos, estabelecem a contrapartida de preferência na venda de produtos pelos mesmos distribuidos, inexistindo essa contrapartida nos contratos firmados pela Companhia Antarctica Paulista.

A cláusula de preferência estabelecida não é, data vênia do entendimento da ilustrada Procuradoria, idêntica à de exclusi-

vidade, pois a primeira não elimina a venda de produtos de outros fabricantes.

Mas, embora se admita, como sustenta o digno Dr. Procurador, que, no caso, a cláusula de preferência tem as características de exclusividade, tanto, por si só, não constituiria o ilícito.

Inicialmente seria preciso distinguir a cláusula de exclusividade nos dois sentidos em que ela pode ser estabelecida: em um, o fabricante assegura a comercialização dos seus produtos a uma única empresa, em outro impõe a diversas empresas, sediadas em locais ou regiões diferentes, a comercialização unicamente de seus produtos.

No caso dos autos, a dita cláusula de preferência inserta nos contratos de comodato firmados pela Companhia Cervejaria Brahma e Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda., ou a cláusula de denunciação do contrato de comodato, a qualquer tempo, mediante o aviso prévio de 10 (Dez) dias, como estabelecido pela Companhia Antarctica Paulista, teriam, segundo a ilustrada Procuradoria, como foi dito, a equivalência de exclusividade, tomada a expressão na segunda alternativa indicada no parágrafo anterior.

Como bem ressalta o Prof. Rubens Requião, da Universidade Federal do Paraná, no estudo "O contrato de concessão de venda com exclusividade" (*Revista Forense*, v. 239. jul./set., 1972), sob o estrito senso jurídico, a concessão de venda com exclusividade é um contrato de fundo monopolístico, o que, efetivamente, pode ocorrer, com o conseqüente domínio do mercado.

Mas, quando essa venda com exclusividade é largamente distribuída em diversos pontos, em diversos locais, em variadas regiões e quando tanto é livremente assegurado a todos os fabricantes de um determinado produto (e, no caso, tanto ocorre, pois até a autora da representação usa essa prática), desaparece o fundo monopolístico, e a livre concorrência em nada é afetada.

A inserção de preferência, ou exclusividade ou de outra condição equivalente, no contrato de comodato, por parte das indiciadas, não constitui, assim, um domínio de mercado ou uma eliminação de concorrência, e tanto é o que constituiria um abuso do poder econômico.

Se a medida adotada (a inserção da cláusula no contrato) criou dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de uma empresa, não é esse fato que, isoladamente, vai caracterizar o abuso do poder econômico.

O ilícito estaria caracterizado se por meio da criação de dificuldades ao funcionamento ou ao desenvolvimento de uma empresa viessem as indiciadas dominar o mercado ou eliminar a concorrência.

Existe, sem dúvida, um domínio do mercado, por parte das indiciadas, mas esse domínio decorre da capacidade de produção, pois, como registrou a perícia, a capacidade de produção de cervejas, em 1974, somente no que se refere às fábricas instaladas no estado de Minas Gerais, foi para a Brahma de 600 000 hectolitros, para a Antarctica 1 500 000 e para a Alterosa 60 000, e é de se atentar, também, para o fato de que a Brahma está constituída desde o ano de 1904, a Antarctica tem 85 anos de atividades e a Alterosa foi fundada em 1968, tendo sido iniciada a sua produção de cervejas em fevereiro de 1973.

Outrossim, a concorrência não foi eliminada total ou parcialmente com a prática adotada pelas indiciadas, pois que a mesma prática adota a própria empresa autora da representação, o que evidencia a sua possibilidade de concorrer no mercado, com as limitações decorrentes, é óbvio, do seu capital social, da sua capacidade de produção e do seu tempo de

atividade, em comparação com as empresas indiciadas.

Não ocorre, na hipótese, a formação de grupo econômico, por agregação de empresas, por meio de subordinar a utilização de determinado serviço à compra de determinado bem, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, como previsto na letra *b* do inciso IV, art. 2º da lei Antitruste.

Não há, inicialmente, formação de um grupo econômico, por agregação de empresas, porque os estabelecimentos comerciais que se sujeitam, por força da cláusula contratual, a venda com exclusividade de um determinado produto, não ficam agregados às empresas fabricantes.

A agregação de uma empresa a outra implica em subordinação, representando o passo inicial para que elas se unam com o surgimento da fusão, operação prevista no Dec.-lei nº 2 627, de 1940.

Quanto ao meio indicado na lei do CADE para caracterizar a formação de grupo econômico, não consta nos autos qualquer prova no que se refere à sua ocorrência, uma vez que nem o comodato e nem os financiamentos concedidos traduzem serviços que levem à compra do produto, em detrimento da livre deliberação dos compradores.

No Processo Administrativo nº 5, o ilícito apontado nestes autos foi objeto de amplo exame e de judiciosas ponderações.

A Companhia Antarctica Paulista, na oportunidade, ofereceu pareceres da lavra de Pontes de Miranda e Orozimbo Nonato, aos quais, aliás, se reporta nestes autos.

Pontes de Miranda, com o seu reconhecido saber jurídico sustentou:

"O pressuposto de se tratar de grupo econômico, por agregação de empresas, é o pressuposto subjetivo e básico.

Sem ele, não se pode cogitar de delito previsto no artigo 2º, IV *b*, da Lei 4 137. Depois há de existir, no suporte fáctico, *ou* a "subordinação" 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 deles, mas é elemento necessário."

E o hoje saudoso Ministro Orozimbo Nonato afirmou:

"A caracterização do abuso do poder econômico previsto na alínea citada está indesligavelmente ligada ao prescrito no *caput* do dispositivo, sob o nº IV, no que se refere a "formar grupo econômico por agregação de empresas" sendo o expediente previsto na letra *b* simples meio para alcançar o objetivo proibido pela lei."

O eminente relator do citado Processo Administrativo nº 5, Conselheiro Gratuliano Brito, que, hoje, dignifica este Colegiado na sua Presidência, apreciando os fundamentos dos doutos pareceres, pronunciou-se em sentido contrário, sustentando com o brilho de sua inteligência e saber:

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

E, adiante, acrescenta:

Ainda que assim não fosse, não se admitisse na hipótese a formação de grupo econômico, esse "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 empresa, punível na forma do art. 2º, I, letra *g*, da Lei nº 4 137/62 *jura novit curia*)."

Esse judicioso pronunciamento foi acompanhado, de forma incisiva, pelo saudoso Presidente Tristão da Cunha, que honrava na Presidência este Conselho:

"Para que esse artigo não seja letra morta no texto da lei, temos que admitir que a agregação a que ela se refere é dos produtores e vendedores, visando a forçar o consumidor, esse eterno esquecido, a consumir um produto que não é o da sua livre escolha."

Mas esses pontos de vista não foram acolhidos pela maioria deste Conselho, tendo o então Conselheiro Mendonça Braga ressaltado a não existência do *cartel*, o que corresponderia, ao seu ver, a agregação de empresas, e concluído no seu voto:

"Para que houvesse abuso do poder econômico, no caso, em tela, mercê se faria que a Lei nº 4 137/62 considerasse tal subordinação ilícita *per se*. E isso não acontece. Em face do referido dispositivo *antitrust*, a tal exigência de preferência por determinados produtos, a título de compensação pela utilização de chopeira 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*.

E o então Conselheiro Raul de Góes, no seu voto, sustentou:

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

Ficou, assim, firmada uma exegese do art. 2º, inciso IV, letra *b*, da lei nº 4 137, de 1962, válida de forma genérica, mas suscetível de ser examinada, em cada caso concreto, face à prova colhida, para bem apurar a ocorrência dos pressupostos que até serviram de fundamento aos votos vencidos.

E, no caso dos autos, como foi salientado, a análise da prova não indica a existência daqueles pressupostos.

Outrossim, não ficou caracterizada a infração prevista no inciso V, letra *a*, do art. 2º da Lei nº 4 137 — exercer concorrência desleal por meio de exigência de exclusividade para propaganda publicitária — e isto ressalta o digno Procurador Geral, nas suas alegações finais, com base tanto na prova testemunhal como na prova ducumental.

Cabe, no entanto, ser ponderado que ficou provado nos autos, a existência de um contrato de comodato entre as indiciadas e estabelecimentos vendedores de seus produtos, com cláusula expressa impondo a preferência na venda (relativamente à Companhia Cervejaria Brahma e à Distribuidora de Bebidas Mineira Ltda.) e cláusula que faculta a rescisão do comodato, a qualquer tempo (relativamente à Companhia Antarctica Paulista).

Tais cláusulas, indiscutivelmente, implicam estabelecer restrições na distribuição dos produtos dos competidores, e ajustes que tenham esses efeitos estão sujeitos à aprovação e registro pelo CADE, como expressamente prescreve o art. 74, letra *f*, da Lei nº 4 137, de 1962.

Não se cuidou de apurar no presente processo se houve a aprovação e registro

do ajuste, e, no caso negativo, a razão pela qual tanto não foi feito, e não se cuidou do assunto porque este processo administrativo tinha uma destinação específica — apurar a existência ou não do abuso do poder econômico.

O Regulamento da Lei do CADE, no parágrafo único do art. 99, estabelece que identificada a existência de ajustes não levados à aprovação, será iniciada investigação preliminar, para constatar se há real motivo para abertura do processo administrativo, que é um processo diverso do instaurado para apurar o abuso do poder econômico.

Cabe, ainda, ser ponderado que a perícia apurou a concessão de empréstimos ou financiamentos pela Companhia Cervejaria Brahma, com a cláusula do pagamento de juros (resposta ao quesito 3º da Procuradoria — fls. 552).

E, relativamente a esse fato, bem ponderou o Dr. Procurador que, com zelo, dedicação e inteligência, funcionou nestes autos e ofereceu como Procurador Geral, em exercício, as razões finais:

"Ocorre que a Companhia Cervejaria Brahma, fugindo de suas finalidades, pelos documentos de fls. 261 e 598-647, realizou empréstimos a terceiros, com cobrança de juros, o que está em desacordo com a finalidade prevista em seu estatuto. Sendo tal prática ato privativo de entidade financeira, parece-nos, em tese, haver possibilidade de infração às normas atinentes, vez que os empréstimos em dinheiro não correspondem à venda de produtos de sua produção.

A prova das transações está em processo público, como é o presente, e não nos resta outra alternativa senão requerer a remessa de cópias ao Banco Central para exame e providências, se cabíveis."

Finalmente, quanto ao noticiário da imprensa, a que aludi, em referência a uma transação que teria sido efetivada entre a Alterosa e a Antarctica, a matéria comportaria considerações, se não fosse o incisivo desmentido da Cia. Antarctica Paulista, em declaração pública às vésperas do julgamento do presente processo.

Em face das razões expostas e dos fundamentos aduzidos e tendo em vista tudo quanto consta do processo.

VOTO no sentido de:

a) não considerar caracterizada a existência de abuso de poder econômico, por parte das empresas indiciadas, no que tange à prática dos fatos argüidos e apurados, face ao estabelecido na Lei nº 4 137, de 1962;

b) recomendar que seja levado a efeito processo de investigação preliminar, como prescreve o parágrafo único do art. 99 do Regulamento da lei do CADE, aprovada pelo Decreto nº 52 025, de 20.6.1963, pela infringência ao art. 74 da Lei nº 4 137, de 1962, por ter ficado apurada a existência de ajuste que estabelece restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero;

c) recomendar que sejam extraídas cópias do laudo pericial de fls. 552/564 e dos documentos de fls. 598/637 para encaminhamento ao Banco Central, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, examine a licitude das operações ali referidas — concessão de financiamentos e de empréstimos — para as providências cabíveis.

É o meu voto.

Rio de Janeiro, 7.6.1976. *Guilherme A. Canedo de Magalhães.* Relator.