

**PROCESSO ADMINISTRATIVO****Nº 08012.0003303/2003-25**

Representante : PhilLip Morris do Brasil S.A.

Advogados: José Del Chiaro Ferreira da Rosa e outros.

Representada: Souza Cruz S.A.

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães e outros.

Relator: Conselheiro Mércio Felsky.

Publicação no D.O.U.: 21.01.2005

**REF.: TERMO DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA****DESPACHO Gb nº 10/05**

Acolho a Nota Técnica CAD-CADE nº 09/2005, integrando suas razões à presente decisão, bem como sua motivação e determino o encaminhamento do feito a apreciação do Plenário.

Brasília, 19 de janeiro de 2005.

**ELIZABETH M. M. Q. FARINA***Presidente do CADE***NOTA TÉCNICA CAD-CADE Nº 09/2005**

Senhora Presidente,

1. Esta Nota Técnica tem por objetivo avaliar o cumprimento das obrigações firmadas em Termo de Compromisso de Cessação de Prática – TCC, firmado em 13.09.2000 por Souza Cruz S.A. (Compromissária) perante o CADE. O TCC, nos termos da Cláusula 7º, tem por efeito a suspensão do Processo Administrativo no 08012.003303/2003-25 (PA). Trata-se apenas de informar as evidências do cumprimento das obrigações aceitas voluntariamente pela Compromissária, para subsidiar decisão do Plenário do CADE quanto ao cumprimento do referido Termo. A mensuração de eventuais danos à concorrência e a avaliação das circunstâncias agravantes ou atenuantes das condutas relatadas nos autos estão fora do escopo do presente informe, podendo ser tratadas no âmbito do Processo Administrativo, caso o Plenário determine o prosseguimento de seu curso.

2. Para retomar o contexto em que o TCC foi firmado, fazemos na primeira seção desta Nota Técnica um breve histórico do PA, enfocando o objeto da investigação, nos termos do despacho de instauração e do relatório da SDE. A sessão seguinte apresenta as obrigações constantes do TCC e indica, para cada uma delas, as evidências de cumprimento ou descumprimento trazidas aos autos. A terceira sessão apresenta, com base em parecer da Procuradoria do CADE (ProCADE), as possibilidades de encaminhamento do Processo Administrativo suspenso com o TCC. Finalmente, a última sessão resume as anteriores e faz considerações sobre as alternativas que se colocam ao Plenário do CADE.

**1. BREVE HISTÓRICO**

3. Em 19.05.1998, a empresa Phillip Morris protocolou na SDE representação contra Souza Cruz solicitando investigação de condutas nas relações com distribuidores de cigarros, amparadas por contrato denominado “Contrato de locação de espaço, no caráter de exclusividade, para instalação de peças publicitárias e outras avenças” (Contrato de Locação). Conforme o próprio Contrato, seu “objeto [...] é a locação de espaço interno e externo no estabelecimento da locadora para a instalação, pela locatária, com caráter de exclusividade, de peças publicitárias e material de merchandising. Igualmente constitui-se objeto deste pacto a exclusividade de venda de fabricação da locatária, sob as penas previstas neste contrato.”

4. A SDE instaurou Averiguação Preliminar e, durante a instrução, coligiu informações tanto sobre contratos de exclusividade de merchandising quanto de exclusividade de vendas (Ofício nº 1989/98/IG/SDE, de 17.06.1998).

5. Com base nas informações levantadas na Averiguação Preliminar, o Secretário de Direito Econômico determinou a abertura de Processo Administrativo para apurar possíveis infrações tipificadas no art. 21, incisos V, VI e XI, em conexão com os Contratos de Locação, por meio do Despacho da SDE nº 352, de 30.09.1998 (publicado no D.O.U. em 01.10.98), in verbis : “(...) Determino a instauração de processo administrativo, com fulcro no art. 32 da mencionada Lei nº 8.884/94, presentes que estão, como neste ato evidenciado, os indícios de infração à ordem econômica (prática de contratos, com cláusula combinadas de exclusividade de merchandising e de vendas, celebradas nas cadeias varejistas e de distribuição), suficientes para motivar esta decisão (art. 30 do citado diploma legal), e que poderão ser alcançados pelas disposições da mencionada lei (art. 20, I/IV c/c21, V, VI e XI) (...)” (fls. 218/220).

6. Tendo, portanto, como objeto “a prática de contratos com cláusulas combinadas de exclusividade de merchandising e de vendas, celebrados nas cadeias varejista e de distribuição”, a SDE apresentou em Nota Técnica (fls. 1.761/1.827) as evidências colidas e suas conclusões. Dentre as preocupações daquela Secretaria estavam não apenas restrições à venda de

produtos concorrentes, mas também eventuais restrições a atividades conexas à venda em si. Assim, a Nota Técnica afirma que “[n]as diligências realizadas por técnicos da SDE à cidade de São Paulo, (...) pôde-se verificar exemplos de pontos de venda que, por possuírem contrato de exclusividade de merchandising com uma empresa de cigarros, expõem os produtos de sua concorrente em seu estabelecimento comercial de forma pouco visível ...” (grifo nosso)

7. A SDE considerou ainda na mencionada exordial, três mercados relevantes: (i) os distribuidores “atacadistas” que fornecem para o pequeno varejo em lojas de auto-serviço; (ii) o varejo em áreas urbanas “abertas”; e (iii) o varejo em áreas fechadas, como shopping centers e aeroportos.

8. Quanto à exclusividade de vendas com distribuidores atacadistas (fl. 1.795) a SDE concluiu “que a prática de exclusividade de vendas da representada em redes atacadistas não prejudica a concorrência nem tem potencial para fazê-lo, não se enquadrando no art. 20 da Lei nº 8.884/94.” (grifo no original)

9. O mercado relevante nas áreas urbanas “abertas” foi definido como o conjunto de pontos de vendas de cigarros em um raio de 500 m de um determinado ponto de venda. Calculou-se, para alguns mercados em áreas urbanas “abertas”, índices de fechamento do mercado, que é “a porcentagem do mercado relevante “fechado” pelos acordos de exclusividade de vendas”. Os pontos fechados representam pequena parcela das vendas e do faturamento da Souza Cruz (em geral, menos que 1,5%). Em algumas áreas específicas citadas, como as avenidas Brigadeiro Faria Lima e Paulista no município de São Paulo, os índices de fechamento chegam a 10,9% e 10,5%, respectivamente (fls. 1.798 e 1.799). A SDE concluiu que: “Os índices de fechamento assim calculados mostram que os contratos de exclusividade de vendas da Souza Cruz não impedem o acesso do consumidor ao produto e dos concorrentes efetivos aos varejistas nessas duas áreas urbanas “abertas”, nas quais a representada concentra seus contratos de exclusividade” (grifo nosso) (fl. 1.800).

10. Segundo a SDE, as barreiras à entrada para um ponto comum de vendas numa área urbana “aberta” começar a vender cigarros ou mesmo se instalar são relativamente baixas, o que diminui sensivelmente o potencial de dano à concorrência da prática em tela, em termos de restrição do acesso do consumidor ao produto e de fechamento do mercado aos concorrentes efetivos ou potenciais. O pequeno número de contratos de exclusividade de vendas da representada, e o fato de o cigarro ser vendido em numerosos e diversos pontos de venda (bares, tabacarias, padarias, bancas de jornais, mercearias, supermercados, casas noturnas, restaurantes, lojas de conveniência), levaram a SDE à convicção de que a prática de exclusividade nas áreas urbanas “abertas” não se tipifica como infração à ordem econômica. Além disso, apurou-se que o custo da exclusividade pode chegar a 18% do faturamento nos pontos exclusivos, o que constituiria “*um limite à extensão da exclusividade de vendas para um número expressivo de pontos de venda no país*” (fl. 1.802).

11. Sobre os mercados em áreas urbanas fechadas, como aeroportos e shopping centers, o relatório da SDE observa que “a simples disponibilização do cigarro em um local de venda privilegiado como um shopping center ou um aeroporto, já se caracteriza como um importante fator de posicionamento desse produto na preferência do consumidor” (grifo nosso) (fl. 1.805).

12. Os contratos de locação de espaço e exclusividade de *merchandising* foram considerados como contratos de prazo indeterminado, pois combinavam cláusulas de renovação automática com cláusulas de preferência na renovação para a atual locatária. A SDE sugeriu retirar tais cláusulas dos contratos vigentes e por celebrar, conferindo maior grau de concorrência no mercado de locação de espaço para *merchandising*.

13. Concluiu a SDE:

(i) a proibição de Contratos de Locação não é necessária para garantir a livre concorrência em áreas urbanas abertas [...] observadas algumas restrições contratuais, especialmente quanto ao prazo de vigência dos contratos e à supressão das cláusulas de renovação automática e de preferência na renovação (fl. 1.809);

(ii) fechamento de lojas em *shopping centers* por parte da Souza Cruz varia entre 50% e 100%; nos aeroportos, vai de 0% a 100% (fl. 1.811);

(iii) a prática de exclusividade de vendas da representada provoca uma restrição efetiva da concorrência nos locais fechados, ensejando, portanto, a caracterização da conduta como infração à ordem econômica nos termos do art. 20, I, II e IV (fl. 1.813) Os custos da exclusividade de vendas são elevados, comparados aos lucros proporcionados pelo ponto de venda. Como as margens são baixas, a relação custo-benefício do “fechamento” do ponto de venda aos demais concorrentes é desfavorável. Conseqüentemente, infere-se que a racionalidade econômica da prática do fechamento dos pontos de venda não reside no aumento de lucros das operações com o ponto “fechado”, mas nos efeitos da demonstração do produto e da marca em pontos de venda estratégicos, que os consumidores, sobretudo os que ainda não têm preferências arraigadas, valorizam positivamente, associando o local em que está o ponto de venda com lazer, consumo e “status”. Esse é o caso dos *shopping centers* e aeroportos;

(iv) não há evidências de que as práticas associadas aos Contratos de Locação tragam ganhos de eficiência ou qualquer benefício para o consumidor.

14. O relatório apresentado pela SEAE, objeto do Despacho MF/19/2000, conclui que a exclusividade de vendas fora de shopping center e aeroportos não limita o acesso dos consumidores ao produto, mas limita o acesso dos concorrentes aos pontos estratégicos de vendas; a exclusividade nos shoppings e aeroportos limita ambos.

15. Por meio de petição datada de 16.12.1999, a Representada solicita abertura de negociações para celebração de TCC. Sobre esse pedido, manifestou-se desfavoravelmente a ProCADE, nos seguintes termos: “O presente caso, no nosso entendimento, não deve ser sujeito ao Compromisso de Cessação de Prática, pois já foram colhidas provas suficientes de condutas anticoncorrenciais por parte da Representada” (fl. 1.929).

16. Contrariando o parece da ProCADE, com o fundamento no art. 53 da Lei nº 8.884, que admite o TCC em qualquer fase do Processo Administrativo, deu-se início às negociações sobre o texto do Termo. Em 14.06.00, o CADE encaminhou, para revisão da Souza Cruz, minuta do texto do TCC, que foi objeto de reunião, lavrada em ata, às fls. 2.108/2.115 e 2.116 dos autos (vale ressaltar que, no que se refere às obrigações – tanto positivas, quanto negativas – da Compromissária a minuta não difere da versão final, assinada).

17. Em 13.09.2000, o TCC foi aprovado, por unanimidade, pelo Plenário do CADE.

## 2. DO OBJETIVO E DAS OBRIGAÇÕES PACTUADAS NO TCC

18. O TCC firmado pela Souza Cruz tem “por objetivo manter, preservar, estabelecer e proteger as condições concorrenciais no mercado de distribuição de cigarros no atacado e no varejo, no território nacional [...]” e por objeto “a cessação de práticas relacionadas à celebração de acordos de exclusividade de vendas de cigarros, de qualquer forma manifestados, expressos ou tácitos, entre a compromissária e quaisquer estabelecimentos varejistas [...], bem como a proibição da celebração de acordos de tal natureza com os mesmos tipos de estabelecimentos que possam vir a comercializar cigarros.” No TCC ficaram estabelecidas obrigações principais, classificadas como positivas (de fazer) e negativas (de não fazer), e obrigações acessórias, que se referem à prestação de informações para permitir o monitoramento do cumprimento do Termo.

19. As obrigações principais negativas (cláusula terceira) são:

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

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

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

(iv) No que se refere à proibição e/ou restrições à comercialização de produtos, abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas e/ou verbalmente pactuadas, com os pontos de venda, bem como abster-se da cobrança de eventuais multas por inadimplemento, e de aplicar quaisquer cominações, inclusive as de caráter recisório, durante o prazo que antecede a rescisão formal, ou até que seja tornado [sic] sem efeito os acordos, ou as condições contratuais impeditivas da comercialização de produtos concorrentes. (grifos nossos)

20. Constituem as obrigações principais positivas (cláusula quarta):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.5.1 Das cartas mencionadas nesta subcláusula, deverá constar os telefones do CADE, bem como a explicação do que os interessados poderão esclarecer dúvidas quanto ao teor e abrangência do presente instrumento junto a este Conselho e comunicar eventuais condutas da COMPROMISSÁRIA que contrariem os termos do presente compromisso de cessação.

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

4.6 Enviar ao CADE cópia autêntica do termo de revogação da cláusula de exclusividade de venda e do aditamento referidos nas subcláusulas 4.1., 4.2 e 4.3, relativos a cada um dos contratos alterados por termo ou aditamento, no

prazo de 90 (noventa) dias, a contar da assinatura deste termo.

21. Como exceção à cláusula 4.1, admitiu-se na subcláusula 4.1.1 a exclusividade de venda apenas nos casos em que cumulativamente (a) o ramo de atividade do estabelecimento contratado fosse o de entretenimento noturno, com música ao vivo e palco, ou música eletrônica e *disc-jóquei* e, ainda, exista controle de entrada e de saída dos clientes, (b) o pagamento pela exclusividade ou o patrocínio fosse superior a 100.000 UFIR/ano, para estabelecimentos localizados em capitais, e a metade desse valor para os demais estabelecimentos, e (c) não se houvesse celebrado acordo semelhante com outro estabelecimento num raio de 500 metros do estabelecimento contratado.

22. As obrigações acessórias referem-se ao compromisso de enviar ao CADE, a cada 6 meses, cópias dos contratos de exclusividade de *merchandising* firmados nos termos da subcláusula 4.1.1.

23. A cláusula quinta do TCC trata da responsabilidade solidária da Compromissária por atos relacionados ao TCC praticados por seus prepostos, terceiros contratados e empresas subsidiárias.

24. A vigência do TCC foi limitada a 3 anos, contados de 13.09.2000, quando o Termo foi assinado pela Compromissária. Terminado o prazo, o PA seria arquivado sem exame de mérito, desde que cumpridas integralmente as obrigações e cessadas as práticas indicadas no TCC.

### 3. DO CUMPRIMENTO DO TCC

25. O acompanhamento do cumprimento do TCC ficou a cargo da Comissão de Acompanhamento das Decisões do CADE (CAD-CADE), que elaborou Notas Técnicas – NT para informar ao Plenário do CADE quanto ao cumprimento do TCC.

26. A NT 96/2001, de 21.12.2001 (fls. 11.544/11.550), confirma o cumprimento das obrigações positivas ( 4.1 a 4.5, exceto 4.3, parcialmente cumprida). O cumprimento parcial da cláusula 4.3 se justificou pela impossibilidade material de cumprimento em alguns casos (encerramento das atividades do varejista; recusa a assinar o termo aditivo; alienação do ponto de venda; proprietário do estabelecimento se encontrava fora do país). Essa NT sugeriu alterações no aditamento ao contrato com Makro Atacadista (cláusula 4.2), cujo cumprimento foi confirmado pela NT 08/2002, de 19.02.2002 (fls. 11.579/11.581).

27. Por denúncia apresentada pela Phillip Morris em audiência reservada realizada em 25.03.2003, a CAD-CADE tomou conhecimento de contratos firmados pela Souza Cruz com a rede de franquias Ipiranga AM/PM e com a Infraero, nos quais se proibia a exposição de cigarros produzidos por concorrentes nos pontos de venda, em desacordo com a cláusula 3.2 do TCC .

28. A NT 23/2004, de 13.07.2004 (fls. 13.634/13.666), tornada pública por despacho do presidente na sessão de 14.07.04, constata o cumprimento das obrigações acessórias durante a vigência do TCC e, ainda, que o único contrato firmado nos termos da exceção aberta pela sub-cláusula 4.1.1 atendeu as condições previstas naquele dispositivo.

29. Referida NT conclui também que:

(i) “(...) foram celebrados diversos contratos de concessão de uso com a Infraero, durante o período de vigência do TCC, garantindo a exclusividade de exposição de produtos, o que já se constitui em violação à cláusula 3.2 do TCC (...)”

(ii) Nas diligências feitas in loco nos aeroportos se verificou que, de 12 estabelecimentos, 4 vendiam exclusivamente Souza Cruz, sendo que ao menos 01 estabelecimento afirmou possuir contrato de exclusividade de vendas, o que é vedado pelo TCC;

(iii) (...) existem elementos suficientes que demonstram a existência de relações contratuais entre AM/PM e Souza Cruz que tem acabam (sic) por dificultar a exposição de marcas concorrentes. Foi apurada a existência de contrato, firmado em 11 de julho de 2000, e válido até o dia 29 de setembro de 2003, onde a AM/PM concede à Souza Cruz, em regime de exclusividade, o direito de expor cigarros (Cláusula 1.1 do Contrato de Cessão de Espaço de Merchandising e Fornecimento de Produtos e Outros Pactos”).

30. No que se refere às conclusões acima reproduzidas, constam dos autos os contratos entre a Compromissária e a Infraero e a Compromissária e a AM/PM, que serão a seguir analisados:

31. Em 01.09.01, a Compromissária assinou com a Infraero “Contrato de Concessão de Uso de Área Sem Investimento Publicidade”, nº 2.01.61.078-7 e respectivo anexo denominado “Condições Especiais Anexas ao TC nº 2.01.61.078-7 sem Investimento Publicidade” (Contrato de Concessão) (fls. 12.411/12.422). O referido Contrato de Concessão tem por objeto “(...) a locação, em caráter de exclusividade, de espaços internos dos pontos de venda, para exploração de produtos do CONCESSIONÁRIO, bem como para o desenvolvimento de ações promocionais e atividades de merchandising através dos meios permitidos pela legislação em vigor”.

32. A cláusula 3.1.12 (das obrigações do concessionário) estende ainda para novos pontos de publicidade a exclusividade de venda, exposição e merchandising , objeto do contrato (“3.1.12. No caso de abertura de novos pontos de publicidades nos Aeroportos cujo objeto seja idêntico ao do presente Contrato, o CONCESSIONÁRIO terá exclusividade quanto a merchandising, exposição de produtos e promoções (...).

33. Assim, fica demonstrado que tal contrato que vigorou até 29.09.2003, dentro da vigência do TCC, portanto, colide frontalmente com as obrigações assumidas, dispostas nas Cláusulas 3.1 e 3.2 do TCC<sup>1</sup>.

34. No que concerne a relação com a AM/PM, a Compromissária assinou, em 11.07.00, “Instrumento Particular de Contrato de Cessão de Espaço para Merchandising e Fornecimento de Produto e Outros Pactos” (fls. 13.390/13.398) (Contrato de Cessão), que tinha por objeto a concessão, pela AM/PM em regime de exclusividade, na totalidade das lojas de conveniências am/pm e am/pm Express já existentes, constantes do Anexo I, bem como nas que vierem a ser inauguradas durante a vigência deste instrumento, o direito de: (i) expor em facing (planograma) cigarros; (ii) exibir peças de merchandising; (iii) realizar atividades promocionais de lançamento e sampling de produtos no segmento de tabacaria no interior das lojas de conveniências e em locais previamente ajustados pelas partes”.

35. Adicionalmente, a cláusula 1.3 esclarece que “a exclusividade prevista no item 1.1 desta cláusula refere-se apenas à EXPOSIÇÃO de produtos, realização de PROMOÇÕES e a EXIBIÇÃO de peças de merchandising, podendo a am/pm promover a comercialização de quaisquer outros produtos concorrentes no segmento de tabacaria, nas lojas de conveniências am/pm e am/pm Express” (grifos no original).

36. Percebe-se dos textos acima transcritos que o próprio Contrato de Cessão trata da exclusividade de exposição de produtos, cuja prática a ora Compromissária se obrigou a abster de fazer, na Cláusula 3.2 do TCC.

37. Mister relatar que, em 10.09.2003, a CAD-CADE encaminhou o Ofício nº 2.187 à Compromissária solicitando encaminhamento de “ cópia autenticada de todos os contratos de venda e/ou merchandising atualmente vigentes ” nas lojas AM/PM dos postos Ipiranga no Plano Piloto (Brasília-DF) e no Aeroporto Internacional de Brasília (fls. 12.049). Em 20.10.2003, a Compromissária encaminhou cópia de nova versão do mesmo “Contrato de Cessão de Espaço para Merchandising e Fornecimento de Produtos e Outros Pactos”, assinado com a AM/PM e Distribuidora de Produtos de Petróleo Ipiranga S.A. (denominada em conjunto AM /PM) em 29.09.2003 , posterior, portanto, ao recebimento2 do ofício da CAD-CADE, cujo objeto é:

#### “CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

1.1. O objeto do presente Contrato consiste na celebração de parceria comercial entre AM/PM, DPPI e SOUZA CRUZ para desenvolvimento de planejamento conjunto de atividades de venda, marketing e merchandising, com o intuito de promover conjuntamente seus respectivos negócios e incrementar volume de vendas e receita para ambas as partes.

1.2. Acordam as partes que na consecução do objeto deste contrato as atividades acima descritas deverão ser acima exercidas nas lojas am/pm (próprias ou franqueadas) e nas lojas am/pm Express, ou outra denominação que venha a substituir ou integrar as referidas lojas, atuais e as que vierem a ser inauguradas na vigência deste contrato, em caráter de exclusividade de merchandising, que compreende a comunicação e a exposição organizada dos produtos da SOUZA CRUZ . (grifos nossos)

(...)”

38. Com isso, não só a Compromissária manteve-se inadimplente ao TCC, durante sua vigência, como ainda, quando da renovação do Contrato de Cessão com a AM/PM, referente a todas as lojas am/pm e am/pm express, presentes e futuras, manteve a exclusividade de exposição expressamente proibida pela Cláusula 3.2 do Termo.

39. A título de complementação do já exposto, consta dos autos (apartado) relatórios de visitas a pontos de vendas, realizadas pela SDE em que se relatam restrições à exposição e à venda de produtos. Vale esclarecer que o Relatório da SDE foi gerado no âmbito do Procedimento Administrativo nº 08012.006849/2003-11, que tinha por objeto justamente a investigação do cumprimento do TCC, por aquela Secretaria.

40. A NT 89/2004, de 18.11.2004 (fls. 82/93, do 37º vol.), reitera o descumprimento da cláusula 3.2 do TCC. Vale deixar claro de que referido documento não foi acolhido pela Presidência, tampouco submetido à homologação pelo Plenário.

41. Por meio de Despacho da Presidente nº 097/04, de 23.11.04 (fl. 119), o processo foi encaminhado à ProCADE para manifestação acerca da referida Nota Técnica, bem como de Memorial apresentado pela Souza Cruz, às fls. 98/118.

42. A ProCADE se manifestou por meio do Parecer PROCADÉ Nº 716/2004 e do Despacho ProCADE nº 825/2004, explicitando, basicamente, que “ o descumprimento da cláusula 3.2 do TCCP d e verá ser objeto de aplicação da penalidade nele prevista, qual seja, multa diária de 10.000 UFIR ” (grifos nossos). Sugere, ainda, que a multa seja computada em dobro, uma vez que se constatarem dois casos de violação. A ProCADE ressalva o previsto na Resolução nº 24/2002, que estabelece o limite de 90 dias para a apuração do valor das multas.

43. Sugere ainda, quatro alternativas quanto ao não cumprimento do TCC:

“1) arquivamento do processo (após o pagamento da multa), por se considerar cumprido o principal e adequadamente sancionado o descumprimento parcial das obrigações secundárias;

2) tornar sem efeito a suspensão do processo, retomando-se seu curso normal em relação aos pontos inadimplidos do TCCP, julgando-se a Representada pela conduta não cumprida, desde que devidamente instruídos os autos nesse sentido;

3) reconhecer o cumprimento das obrigações principais e determinar à SDE abertura de novo processo, para apuração das condutas objeto das obrigações secundárias, não devidamente instruídas no processo principal; ou, finalmente,

4) tornar sem efeito a suspensão do processo, restituindo-se os autos à SDE, a fim de que se complemente a instrução, nos limites da Portaria de Instauração.”

44. A primeira e a terceira opções acima indicadas implicam o arquivamento do Processo Administrativo, o que não nos parece adequado, vez que o descumprimento refere-se exatamente a uma das obrigações principais (abster-se de criar obstáculos para a comercialização e exposição dos produtos de concorrentes), faltando ainda indícios quanto ao cumprimento de outras cláusulas principais (abster-se de exigir exclusividade de vendas e abster-se de exigir o cumprimento de obrigações referentes a restrições à comercialização de produtos concorrentes). Quanto as segunda e quarta alternativas, entendemos serem mais adequadas, em observância à Cláusula Sétima do TCC, que determina a continuidade do processo se a Compromissária deixar de cumprir qualquer das obrigações do TCC, cabendo a decisão, entre elas, ao Conselheiro-Relator do feito.

45. Além das violações indicadas nas NT 23 e 89/2004, acima relatadas, encontram-se nos autos indícios de outras violações (fls. 13.571 a 13.631), trazidas pela própria Compromissária. Trata-se de quatro ações judiciais, movidas pela Compromissária contra estabelecimentos de varejo, para ressarcimento de perdas decorrentes do inadimplemento de contratos de locação de espaço para *merchandising* , com caráter de exclusividade. Ainda que o TCC não proíba tais contratos, há indícios de que tais contratos podem dar suporte às práticas caracterizadas nas cláusulas 3.1 e 3.2 do TCC, a saber, a exclusividade de vendas e a criação de obstáculos à comercialização e à exibição de produto concorrente.

46. Cabe ainda avaliar se as referidas ações ferem a cláusula 3.4 do TCC4, pela qual a Compromissária se absteria de promover, por quaisquer meios, o enforcement de obrigações firmadas, por contrato ou verbalmente, que implicassem restrições à comercialização de produtos. A questão aqui é se a exclusividade de merchandising constitui ou está associada a restrição à comercialização de produtos. Como afirma a Compromissária em uma das ações referidas (fl. 13.578) “ quem perde espaço publicitário, perde no volume total de vendas ”.

47. De todo o acima relatado, entende esta Comissão ter havido descumprimento do TCC, especificamente em sua Cláusula 3.2, por conta da vigência de contratos entre a Compromissária e a AM/PM e a Compromissária e a Infraero, durante o período de vigência do Termo em tela.

48. A fim de consolidar toda análise feita dos autos e relatada nesta NT, apresentamos abaixo um quadro relativo à avaliação do cumprimento do TCC, como segue na página seguinte.

### Quadro Resumo do Cumprimento do TCC

CLÁUSULA	CONTEÚDO	SITUAÇÃO	DOCUMENTO
<b>3.</b>	<b>Obrigações principais negativas</b>		
3.1.	abster-se de exigir [...] <b>exclusividade de venda</b> de cigarros [de] quaisquer estabelecimentos varejistas.	<b>cumprimento incerto</b>	NT 89/2004 traz declarações de varejistas sobre exclusividade.
3.2.	abster-se de criar obstáculos para que os estabelecimentos [...] comercializem ou venham a comercializar, ou <b>exponham ao consumidor</b> , marcas concorrentes de cigarros.	<b>descumprida</b>	NT 23/2004. NT 89/2004.
3.3.	não praticar qualquer ação que resulte em <b>boicote dos seus produtos</b> aos clientes varejistas que desejarem adquirir para revenda outras marcas de cigarros produzidos por seus concorrentes legalmente estabelecidos no território brasileiro.	cumprida*	NT 23/2004. NT 89/2004. * não se registrou denúncia de descumprimento.
3.4.	abster-se de exigir, por qualquer meio, o cumprimento das obrigações contratuais firmadas com os pontos de venda [...]	<b>cumprimento incerto</b>	Parágrafos 28 e 29 desta NT.
<b>4.</b>	<b>Obrigações principais positivas</b>		
4.1.	rescindir as cláusulas em contratos com terceiros que disponham sobre exclusividade de venda, no prazo de 60 dias.	cumprida	96/2001.
4.2.	tornar sem efeito cláusulas do acordo firmado com Makro Atacadista, no prazo de 60 dias.	cumprida	NT 08/2002.
4.3.	inserir nos contratos de exclusividade de <i>merchandising</i> vigentes dispositivo explícito segundo o qual a exclusividade de <i>merchandising</i> não implica em exclusividade de venda.	cumprida	96/2001.
4.4.	incluir a cláusula descrita no item 4.3 nos contratos de exclusividade de <i>merchandising</i> que vierem a ser firmados.	cumprida	96/2001.
4.5.	enviar cartas com AR a todas as entidades com quem mantenha contrato de exclusividade de <i>merchandising</i> esclarecendo o teor do TCC.	cumprida	96/2001.
4.6.	enviar ao CADE cópias dos aditivos contratuais indicados nas cláusulas 4.1 e 4.2.	cumprida	96/2001.
<b>6.</b>	<b>Obrigações acessórias de informação ao CADE</b>		
6.1.	enviar ao CADE cópias dos contratos de <i>merchandising</i> com cláusula de exclusividade de vendas em períodos e prazos determinados.	cumprida	NT 23/2004.
6.2.	informar explicitamente ao CADE, caso não se tenham celebrado contratos descritos na cláusula 6.1.	cumprida	NT 23/2004.
6.3.	define procedimento para entrega de documentos ref. cláusulas 6.1 e 6.2.	cumprida	NT 23/2004.

#### 4. CONCLUSÃO

49. Restou demonstrado o flagrante descumprimento do TCC, Cláusula 3.2, pela contratação da Compromissária, em caráter de exclusividade de exposição de produtos, constante dos objetos dos Contratos firmados com as empresas AM/PM e INFRAERO.

50. Diante da constatação do descumprimento, impõe-se a conseqüente aplicação da sanção prevista no próprio TCC, em sua Cláusula Oitava, que determina multa diária de 10.000 (dez mil) UFIR, observada ainda, a regulamentação da matéria, que restringe o cômputo da multa diária a 90 dias.

51. No que se refere ao Processo Administrativo, entendemos estar presente a hipótese de continuidade do mesmo, nos termos da Cláusula Sétima do TCC.

52. Nesse caso, entendemos ser a decisão de remeter os autos à SDE ou de levá-lo a julgamento no âmbito do CADE de competência exclusiva do Conselheiro Relator, devendo, portanto, o Processo Administrativo ser encaminhado à distribuição.

53. Assim, esta Comissão sugere: 1) a aplicação da multa diária prevista no TCC, de 10.000 UFIR, limitada a 90 dias; 2) a continuidade do Processo Administrativo; e 3) distribuição do Processo administrativo a um novo Conselheiro-Relator.

Sendo o que tínhamos a informar.

Brasília, 18 de janeiro de 2005.

**Rubens Nunes**

*Assessor – CAD/CADE*

**Patrícia Agra Araújo**

*Assessora da Presidência*