



**Ministério da Justiça - MJ**  
**Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE**  
 SEPN 515 Conjunto D, Lote 4 Ed. Carlos Taurisano, 3º andar - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504  
 Telefone: (61) 3221-8472 - www.cade.gov.br

**Processo Administrativo nº 08012.007423/2006-27**

**Representante:** Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda.

**Representados:** Unilever Brasil Ltda. e Nestlé Brasil Ltda. (sucédida pela Froneri Brasil Distribuidora de Sorvetes e Congelados Ltda.)

**Advogados:** Claudio Lavacca, Ronaldo Lovisi Seco, José Inácio Gonzaga Franceschini, Cristhiane Helena Lopes Ferrero e outros.

**Relator:** Conselheiro João Paulo de Resende

**VOTO**

**VERSÃO PÚBLICA**

**RELATÓRIO**

1. Trata-se de Processo Administrativo instaurado em 4 de outubro 2013, por meio da Nota Técnica nº 343 da Superintendência-Geral, acolhida pelo Despacho nº 1005 (fls. 2096), em desfavor das empresas Unilever Brasil Ltda. (“Unilever”) e Nestlé Brasil Ltda. (“Nestlé”), a fim de apurar existência de infrações à ordem econômica, passíveis de enquadramento no artigo 20, incisos I, II e IV c/c artigo 21, incisos IV, V, VI e XI, ambos da Lei nº 8.884/94 (correspondentes ao artigo 36, incisos I, II e IV e §3º, incisos III, IV, V, VI e IX da Lei nº 12.529/2011).

**I. Da origem do processo administrativo**

2. A investigação teve início a partir de Representação realizada pela empresa Della Vita Grande Rio Indústria e Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. (“Della Vita”) em 2006 (fls. 2-33). A Representante alegou que estaria enfrentando obstáculos artificiais que dificultariam sua expansão no mercado de impulso (consumo imediato) de sorvetes, os quais supostamente tinham origem na existência de contratos de exclusividade, de diversas modalidades, estabelecidos entre as Representadas Kibon (Unilever) e Nestlé, de um lado, e estabelecimentos varejistas, de outro, em diversos locais nas cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo.

3. Instaurada a Averiguação Preliminar, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e, posteriormente, a Superintendência-Geral do CADE (SG/Cade), instruíram o feito e, posteriormente, em fundamentada Nota técnica nº 343/2013 (fls. 2047-2097), a SG/Cade concluiu haver indícios de que as Representadas estariam impondo aos pontos de vendas no mercado de sorvetes por impulso: (i) exclusividade de merchandising (ou exposição privilegiada); (ii) exclusividade de vendas; (iii) utilização exclusiva do interior do freezer para acondicionar os sorvetes; (iv) volume mínimo de vendas; e (v) tempo dos contratos.

4. A SG/Cade conclui ainda que as práticas investigadas poderiam gerar o efeito de fechamento de mercado e de aumento do custo dos rivais e que as eficiências postuladas pelas Representadas, embora relevantes como fator de análise, não necessariamente superariam os potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes de tais condutas. Diante dessas constatações, a SG/Cade determinou a instauração do presente Processo Administrativo.

**II. Da notificação dos Representados e apresentação de razões de defesa perante a SG**

5. Após a instauração, no mesmo despacho supramencionado, foi determinada a notificação das Representadas para que, devidamente cumpridos os requisitos legais de notificação, apresentassem as suas respectivas defesas acompanhadas da especificação e justificativa das provas que gostariam de produzir, no prazo de 30 (trinta) dias, a ser contado em dobro.

6. Ambas as Representadas foram devidamente notificadas e seus respectivos Avisos de Recebimento juntados aos autos (fls. 2100 e 2101), conforme disposto na Nota Técnica Final da SG e dentro do prazo estabelecido apresentaram suas razões de defesa (fls. 2158-2219 e 2408-2535). Posteriormente, reiteraram seus argumentos em sede de alegações finais (Nestlé (SEI 0362069) e Unilever (SEI 0362067)), os quais são resumidamente expostos na tabela a seguir:

Unilever	Nestlé

Unilever	Nestlé
<p>- Alega que em relação aos PDVs, individualmente, não restou comprovado que as cláusulas de cessão de freezer de uso exclusivo, exclusividade de merchandising, volumes mínimos e preferência na renovação de contratos são as principais razões para a maioria dos PDVs comercializarem apenas uma marca de sorvete;</p> <p>- As práticas não teriam o condão de acarretar qualquer risco de fechamento de mercado ou dificuldade aos concorrentes, uma vez que a extensão dessas práticas é pouco significativa (o número de PDVs da Unilever com esse tipo de contrato é de cerca de 10% do total de PDVs da empresa e de menos de 1% do total de PDVs que comercializam ou possam comercializar sorvetes);</p> <p>- Haveria importantes efeitos positivos decorrentes das práticas, uma vez que: a cessão de freezers pelos fabricantes seria responsável pela disseminação e aumento do mercado de sorvetes; o hipotético compartilhamento de freezers levaria a perdas de bem-estar, pois não necessariamente aumentaria a concorrência entre fabricantes e certamente elevaria os custos de transação dos estabelecimentos varejistas; os contratos de exclusividade de merchandising e volumes mínimos são contrapartida da bonificação exigida pelos PDVs para a colocação dos freezers e comercialização dos sorvetes; a bonificação é utilizada, em geral, para tornar os estabelecimentos mais atrativos aos consumidores, aumentando ainda mais as vendas e o tamanho desse mercado.</p>	<p>- Alega que não detém poder de mercado no setor, o qual se encontraria em franca expansão, com substanciais taxas de crescimento ano a ano;</p> <p>- As práticas da Nestlé seriam suportadas por racionalidade econômica indisputável. A empresa afirma que reage ao líder de mercado, sem qualquer ação de caráter predatório aos pontos de venda e com nítidos benefícios ao bem-estar do consumidor;</p> <p>- O número de contratos da Nestlé com cláusula de exclusividade de venda/ merchandising/ giro mínimo é ínfimo e, inclusive, decrescente, independentemente do corte metodológico que se lhe aplique. Além disso, a instalação de múltiplos freezers, em tamanhos diversos, nos pontos de venda (PDVs) é uma realidade do mercado, que evoluiu muito tecnicamente desde a sua origem, de modo que qualquer discussão sobre <i>market foreclosure</i> seria inaplicável à Nestlé.</p>

7. Após apresentação das defesas, em 28 de janeiro de 2014 a SG analisou os pedidos de produção de prova, bem como as preliminares processuais arguidas pelos Representados, por meio da Nota Técnica nº 26 (fls. 2934-2942), acolhida pelo Despacho do Superintendente-Geral nº 112 (fls. 2943).

### III. Da instrução pela SG e da Nota Técnica Final

8. Em 28/1/2014, esta Superintendência emitiu a Nota Técnica nº 26 (fls. 2934-2942), acolhida pelo Despacho nº 112, de 28/1/2014 (fls. 2943), que determinou (i) o indeferimento das preliminares arguidas; (ii) a manutenção da Unilever no polo passivo do presente processo administrativo; (iii) a manutenção da confidencialidade das informações prestadas pelos concorrentes nos autos; e (iv) o deferimento da oitiva da Sra. Marinélia Ghiggeri.

9. Na oportunidade, após fundamentada análise, a SG/CADE: (i) indeferiu todas as preliminares processuais arguidas; (ii) manteve a Unilever no polo passivo; (iii) manteve a confidencialidade das informações prestadas pelos concorrentes nos autos; e (iv) deferiu o pedido de oitiva da Sra. Marinélia Ghiggeri, determinando sua intimação.

10. Em 20 de fevereiro de 2014 foi realizada a oitiva da Sra. Marinélia Ghiggeri, nas dependências do CADE, conforme Termo de Audiência juntado às fls. 2964. Na oportunidade, a Sra. Marinélia Ghiggeri, Diretora Regional para América Latina de Projetos da consultoria *Canadean*, apresentou esclarecimentos sobre a metodologia de pesquisa utilizada pela empresa no mercado de sorvetes, entre outras informações.

11. Após a oitiva e o envio de diversos ofícios, a SG/CADE encerrou a instrução e emitiu a **Nota Técnica nº 25/2017/CGAA1/SGAI/CADE**, concluindo, resumidamente, que:

*“Quanto aos contratos de exclusividade de freezers, as Representadas trouxeram aos autos argumentos relevantes no sentido de demonstrar a racionalidade econômica da exigência de exclusividade do uso dos freezers. Sendo os equipamentos de propriedade das Representadas – que arcam também com os custos de instalação e manutenção, é razoável a exigência de tal contrapartida; do contrário, estaria aberta a possibilidade de comportamentos oportunistas de concorrentes que, sem terem realizado qualquer investimento nos freezers em questão, poderiam se beneficiar dos investimentos realizados por Unilever e Nestlé.”*

*“Quanto aos contratos de exclusividade de vendas/merchandising, ainda que as eficiências da prática não sejam evidentes, tem-se que a exclusividade nos limites praticados pelas Representadas, conforme por elas declarado, não parece fechar parcela relevante dos PDVs que comercializam sorvetes por impulso”.*

12. Em vista dessas considerações, a SG sugeriu o arquivamento do processo em relação a ambas as representadas.

### IV. Do tramite no Tribunal

13. Em 02 de agosto de 2017 o Processo foi distribuído para meu gabinete e enviado à Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE que, em 20 de outubro de 2017 emitiu o Parecer 39/2017 acompanhando o posicionamento da SG.

#### i. Das instruções complementares realizadas pelo Gabinete 1

14. Com vistas a esclarecer a amplitude das práticas supostamente adotadas, em 28 de novembro de 2017 meu gabinete enviou os ofícios nº 6355/2017 (SEI 0408411) e 6528/2017 (SEI 0413941) para a Unilever e para a Nestlé, respectivamente, solicitando as seguintes informações: (i) faturamento, no período de 2006 a 2016, decorrente da comercialização de sorvetes industriais de impulso do tipo self-service (excluídos sorvetes soft); (ii) valor, para o período de 2006 a 2016, das despesas totais com bonificações; (iii) A relação dos clientes que receberam bonificações para os anos de 2008, 2012 e 2016, especificando o valor total de vendas de sorvetes industriais de impulso do tipo self-service (excluídos sorvetes soft) para esses clientes e o valor pago a título de bonificação.

15. Tais informações foram devidamente apresentadas pelas Representadas, conforme documentos SEI 0428689 e 0431229.

#### ii. Dos parecer final da Procade

16. Em face das diligências realizadas, em 30 de maio de 2018 o processo foi reenviado à ProCade para a oportunidade de revisão do Parecer nº 39/2017 em face das novas informações juntadas aos autos.

17. A ProCade então exarou a Nota nº 6/2018 (SEI 0490893), na qual **manteve o entendimento exarado anteriormente**.

#### iii. Das alegações finais no Tribunal

18. Considerando as diligências realizadas pelo gabinete, foi aberto, em 16 de agosto de 2018, prazo de 15 dias úteis (contados em dobro) para apresentação de alegações finais pelas partes.

19. Em suma, ambas se manifestaram reiterando os argumentos anteriormente expostos e argumentando no mérito, em síntese (SEI 0518955 e 0531067):

Unilever	Nestlé
<ul style="list-style-type: none"> <li>• ausência de poder de mercado da Unilever e queda na participação de mercado desde o período da suposta conduta até hoje</li> <li>• impossibilidade de fechamento de mercado ainda que houvesse prática extensiva</li> <li>• forma e extensão da prática impossibilitam sequer indução de exclusividade de vendas</li> <li>• prática de exclusividade de freezers tem racionalidade econômica e não cria barreiras à entrada</li> <li>• impossibilidade de fechamento de mercado decorrente da prática de exclusividade de merchandising</li> <li>• ausência de evidências de fechamento de mercado em decorrência dos CLEs</li> <li>• ausência de contratos de exclusividade de vendas, mas apenas de exclusividade de merchandising e uso de freezers</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• ausência de poder de mercado independentemente da definição de mercado adotada</li> <li>• número extremamente reduzido de contratos de exclusividade</li> <li>• compete de forma justa, apenas reagindo à práticas da líder de mercado Unilever</li> <li>• racionalidade da conduta</li> <li>• ausência de fechamento de mercado</li> <li>• uso exclusivo de freezers não constitui exclusividade de venda ou merchandising</li> <li>• queda de participação da Nestlé desde o período da conduta até hoje demonstra a ausência de efeitos</li> </ul>

#### iv. Do parecer do MPF

20. No dia 04 de outubro o Ministério Público Federal juntou seu parecer (SEI 0533466), seguindo a mesma linha de raciocínio adotada nos pareceres anteriores.

21. Desta forma, reiterou a análise da SG e rejeitou todas às preliminares suscitadas pelas Representadas e, no mérito, entendeu que há ausência de provas de efeitos anticompetitivos, no tocante ao pagamento de bonificações em troca da celebração de contratos de fornecimento com cláusulas de exclusividade e/ou vendas, exposição favorecida de marca, giro mínimo de produtos e preferência contratual.

22. Já com relação aos contratos de exclusividade de utilização de freezer e à exclusividade de distribuidores, o MPF entendeu que essas práticas não produzem efeitos anticompetitivos, e correspondem à critérios razoáveis de racionalidade econômica.

É o relatório.

### VOTO

#### I. INTRODUÇÃO

23. Este é um caso que já tramita no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência SBDC há 12 anos. Nele é investigada a prática de fechamento de mercado de concorrentes (*vertical foreclosure*) por parte das Representadas fabricantes de sorvete Unilever (dona da marca Kibon, nome pelo qual me referirei à empresa a partir de agora) e Nestlé, ao oferecerem aos Pontos de Venda – PDV – descontos e bonificações em troca de exclusividade de vendas, de *merchandising* (exposição privilegiada) ou de uso dos refrigeradores.

24. Trata-se de conduta de fechamento de mercado via contratos de exclusividade *de facto* muito semelhante a algumas condutas já investigadas pelo SBDC. O caso mais famoso foi o do PA nº 08012.003805/2004-10, referente ao programa “Tô Contigo”, estratégia comercial da AMBEV em que a cervejaria oferecia aos PDV descontos e bonificações em troca de exclusividade de venda ou de redução na comercialização de produtos concorrentes. A AMBEV não adotava essa política de forma generalizada; ao contrário, escolhia criteriosamente os PDV em face de sua importância e volume de vendas. Pela prática, a empresa foi condenada em 2009 ao pagamento de multa próxima a 350 milhões de reais a valores de hoje<sup>[1]</sup>.

25. Outro caso de destaque foi a investigação contra as fabricantes de cigarros Souza Cruz e Phillip Morris no PA nº 08012.003303/98-25<sup>[2]</sup> por meio do qual se procurou investigar eventuais infrações à ordem econômica decorrentes de imposição de cláusulas de exclusividade de merchandising e de exposição nos contratos firmados entre as Representadas (Souza Cruz e Philip Morris) e os PDV. A SDE entendeu que, o *mix* de marcas e fidelidade do consumidor às marcas. A SDE concluiu que a conduta da Philip Morris tomada isoladamente não teria o condão de gerar efeitos anticompetitivos. No entanto, o fato da líder de mercado, Souza Cruz, praticar conduta similar, fazia com que também a conduta da Philip Morris potencializasse os possíveis efeitos danosos, aumentando os prejuízos à concorrência. Desta forma, recomendou a condenação da Souza Cruz e Philip Morris com relação aos contratos de exclusividade de *merchandising* e exposição. O caso não chegou a ser julgado porque as Representadas assinaram Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) se comprometendo, basicamente, a não mais empregar cláusulas de exclusividade nos seus contratos (vendas, *merchandising*, exposição de produto), permitir ao varejista o armazenamento de concorrentes no mostruário, informar os PDV acerca do acordo e pagar contribuição pecuniária.

26. Por fim, um caso semelhante também foi analisado pelo SBDC no mercado de *shopping centers*, mais recentemente no PA 08012.012740/2007-46. Ali se discutiu se consistiria infração à legislação da concorrência a prática de *shopping centers* de adotarem em seus contratos com lojistas de menor porte a obrigação de que tais lojistas não abrissem outra loja em um determinado raio de distância. Ou seja, se tratava de uma exclusividade, limitada apenas pelos parâmetros da cláusula contratual, exigida do lojista pelo *shopping center*. O CADE entendeu que tal conduta teria o potencial de fechar o mercado para novos *shopping centers* ou, pelo menos, reduzir a capacidade competitiva de concorrentes, em especial a depender da duração, do raio e do tipo de restrição imposta.

27. Como é sabido, todos esses casos tratam de condutas unilaterais de fechamento de mercado para concorrentes, passíveis de condenação pelo art. 36 da Lei 12.529/2011, em especial o inciso I do caput (*limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência*) e os incisos III, IV e V do §3º (*limitar o acesso de novas empresas ao mercado, criar dificuldades ao desenvolvimento de empresa concorrente e impedir o acesso de concorrentes a canais de distribuição*). Para que tais condutas possam ser reprimidas, no entanto, é preciso demonstrar que as Representadas detinham posição dominante, conforme o §2º do mesmo artigo, que não tinham razões legítimas ou eficiências para adotar tais condutas e que tais condutas teriam o potencial de prejudicar a concorrência.

28. Entendo que, para a Representada Unilever, todos esses elementos estão presentes: (i) a empresa detinha durante o período da conduta, e mesmo considerando as estimativas mais conservadoras, participação de mercado superior a 20%, (ii) as práticas por ela adotadas têm o potencial de prejudicar a livre concorrência e (iii) para a maior parte das práticas investigadas, não há razões legítimas que as justifiquem. Portanto, ao contrário dos pareceres opinativos, votarei pela condenação da Representada Unilever, mantendo o arquivamento em relação à Nestlé por essa não deter posição dominante.

29. Antes de descrever melhor meu entendimento sobre cada um desses pontos, enfrento as preliminares suscitadas pelas defesas das Representadas ao longo da instrução.

## II. PRELIMINARES

30. As preliminares suscitadas pelos Representados ao longo da instrução (em suas defesas apresentadas em 20 de dezembro de 2013 e nas em suas alegações finais - SEI 0362069) referem-se a:

- a) ausência de *conditio sine qua non* para a infração por inexistência de poder de mercado por parte da Nestlé;
- b) inversão do ônus da prova para a KIBON;
- c) substituição da KIBON no polo passivo;
- d) confidencialidade das respostas de concorrentes;
- e) violação à razoável duração do processo;
- f) ocorrência de prescrição material, considerando que a prescrição só se interrompe qual há acusação formal, a qual não ocorreu antes de 2013
- g) cerceamento de defesa decorrente do não acesso a determinadas respostas aos ofícios de concorrentes.

31. Todas essas alegações foram devidamente enfrentadas pela SG/Cade na Nota Técnica nº 25/2014, e reafirmadas pela Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE, cuja fundamentação, nesses pontos, passa a integrar minhas razões de decidir e que seguem sumarizadas no quadro abaixo:

Preliminar	Fundamentos para rejeição
Ausência de justa e adequada motivação e <i>conditio sine qua non</i> para a infração por inexistência de poder de mercado por parte da Nestlé	A SG/Cade entendeu que as preliminares se confundem com o mérito da causa, mas esclareceu que a instauração do processo foi devidamente motivada, conforme disposto no art. 50 da Lei nº 9.874/99 e que estão presentes indícios de infração à ordem econômica que embasaram a decisão.
Inconstitucionalidade do procedimento investigatório	O referido preceito não se aplica no presente caso, pois tanto a Superintendência Geral como o Tribunal do CADE possuem competências pré-fixadas em lei, não se constituindo em um Tribunal de exceção. Portanto, é equivocada a interpretação pretendida pela Representada, de que ninguém será processado senão pela autoridade competente, bem como ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, o que, contudo, não implica a obrigatoriedade de ser processado e sentenciado pela mesma autoridade.
Inversão do ônus probatório	A Representação apresentada à SG/Cade trouxe aos autos indícios da ocorrência de infração à ordem econômica perpetuada pelas Representadas. Desta forma, cabe às Representadas se defenderem das acusações levantadas, refutando os indícios apresentados, sendo este um direito a eles garantido.
Da substituição da Unilever no polo passivo	A Unilever solicitou a substituição, no polo passivo, pela empresa Gelados, pois teria transferido para esta o negócio de sorvetes. Entretanto, mesmo com a comprovação da transferência, a Unilever deve permanecer no polo passivo, em razão de, à época na qual supostamente se iniciou a conduta infrativa, ela estava à frente do negócio de sorvetes; Ademais, à luz do art. 33, da Lei 12.529/2011 são solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de um mesmo grupo econômico.
Cerceamento de defesa	O preceito foi arguido porque a Unilever entendeu que houve cerceamento de defesa em virtude da manutenção da confidencialidade das respostas de algumas concorrentes a ofícios encaminhados pela SG/Cade. Porém, os ofícios que a Representada faz referência foram juntados nos autos confidenciais pois possuem informações exclusivas.
Violação à razoável duração do processo	A SG/Cade apontou que é inadmissível sugerir que a Administração, ou qualquer um de seus agentes, retardou ou deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício ao instaurar o procedimento em momento não adequado ao interesse da

	Representada, e que procede suas diligências, de acordo com o interesse da sociedade e sempre com amparo da Lei.
Ocorrência de prescrição material	O artigo 46 da Lei nº 12.529/2011 estabelece que prescrevem em cinco anos as ações punitivas da administração pública federal objetivando apurar infrações da ordem econômica, contatos da data da prática do ilícito ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessada a prática do ilícito. A conduta analisada neste caso tem caráter permanente, pois prolonga-se no tempo, e não há indícios de que a prática tenha cessado até os dias de hoje, tendo, inclusive, as Representadas admitido a exclusividade de vendas e/ou de <i>merchandising</i> .

32. Na oportunidade de apresentação de novas alegações finais, já em 2018, concedidas às partes em virtude das diligências realizadas pelo Gabinete 01, a Unilever levantou outra questão preliminar: haveria cerceamento de defesa se não fosse dada a oportunidade às Representadas para que estas, querendo, se manifestassem sobre o Parecer do MPF.

33. Como é entendimento já fortemente assentado no CADE, os pareceres da PFE junto ao CADE e do MPF junto ao CADE são meramente opinativos e este, mais especificamente, constitui *custos legis*, cumprindo-se o papel de fiscal da lei. Portanto, não é necessária a manifestação após os referidos pareceres. Para além disso, no caso concreto, o parecer do MPF foi favorável às partes, e a abertura de novos prazos para alegações finais apenas retardaria um já demorado processo, fato do qual, aliás, reclamam as partes.

### III. PODER DE MERCADO

#### III.1 Mercado relevante

34. A Superintendência-Geral define o mercado relevante, na **dimensão produto**, como sendo o de **sorvetes industriais de impulso do tipo self-service (excluídos sorvetes soft)**. Não estão incluídos, portanto, sorvetes que o consumidor opta por adquirir para levar para casa, normalmente adquiridos em redes de supermercados. Também não estão incluídos os sorvetes do tipo *soft*, mais bem compreendidos como aqueles que não são embalados. O mercado relevante na dimensão produto foi definido, portanto, como os sorvetes e picolés disponíveis em *freezers* em PDVs como padarias, farmácias, restaurantes etc. Não tenho reparos a essa definição.

35. Em relação à **dimensão geográfica**, a SG/Cade trabalha com dois cenários, o municipal, analisando as cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, e o nacional. Com base em informações trazidas aos autos pelas Representadas, a própria SG/Cade pondera que a melhor definição seja, de fato, em nível mais restrito, tendo em vista a forte participação de marcas regionais em algumas localidades (por exemplo, a produtora Jundiá se apresenta como a líder da categoria impulso no interior do estado de São Paulo). Além disso, as próprias Representadas argumentam que não há razões econômicas (como escala, por exemplo) para que o mercado seja definido de forma excessivamente ampla, como em nível nacional. De fato, trata-se de um produto de baixo custo de produção e baixo valor, perecível, e cujo transporte em longas distâncias não se justificaria economicamente. Nada obstante, a SG/Cade opta por manter a análise usando tanto o cenário municipal quanto o nacional[3].

36. Neste ponto, discordo da Superintendência. Entendo não haver motivos técnicos ou econômicos que justifiquem a adoção de um cenário nacional, e que a sua adoção pode prejudicar a análise, porque os dados agregados em média nacional podem esconder mercados em que as Representadas teriam alto poder de mercado, pois são compensados com mercados em que há baixo poder de mercado. Por exemplo, se o mercado é verdadeiramente municipal, e se a empresa A é monopolista em um município enquanto a empresa B é monopolista em outro município de mesma demanda, um mercado que englobasse as duas revelaria uma média de 50% para cada, omitindo o fato de serem monopolistas.

37. Além disso, se avaliarmos o mercado pelo lado da demanda, a própria definição da dimensão produto nos revela que a dimensão geográfica é ainda inferior aos limites do município. Isso porque consumidores de sorvetes de **impulso** do tipo *self-service* não se deslocam de um bairro da cidade para outro para satisfazer seu impulso de tomar um sorvete. Provavelmente não se deslocam de um PDV para outro, além de um raio de poucos metros. E o que os leva ao ponto de venda raramente é o desejo de consumir um produto de impulso. A lógica desse mercado é “seduzir” os consumidores de algum ponto comercial, que por ali estão por algum outro motivo, para que consumam os produtos na forma de um impulso. Outra forma de enxergar a questão: um aumento pequeno, porém significativo e não transitório de preço de um sorvete (ou qualquer outro bem de impulso) por um ponto de venda não levaria o consumidor a visitar outro ponto de venda para comprar o produto. Na ausência de concorrentes no mesmo local, a elasticidade preço da demanda é bem baixa. Nesse sentido, não seria desarrazoado analisar a conduta com base no próprio PDV ou mesmo em um curto raio a partir de cada PDV.

38. Nada obstante, tal definição dificultaria a obtenção de dados para promover a análise e não seria compatível com uma análise de ato de concentração envolvendo empresas neste mercado. Assim, tendo em vista a jurisprudência do CADE, a funcionalidade da definição geográfica pelo lado da oferta e o fato de que a presente conduta é investigada apenas nos municípios de Rio de Janeiro e São Paulo, mantenho a definição da dimensão geográfica como sendo municipal.

#### III.2 Poder de Mercado

39. Segundo a fonte A. C. Nielsen, em 2005 (ano anterior ao da denúncia) a Kibon detinha [60-70%] e [80-90%] de participação em São Paulo e no Rio de Janeiro, respectivamente. A Nestlé detinha, nas mesmas cidades, [10-20%] e [0-10%].

[ACESSO RESTRITO]

40. Em nível nacional, as participações seriam de [60-70%] da Kibon e [10-20%] da Nestlé[4].

41. Esses dados não são aceitos pacificamente pelas Representadas, que alegam que a fonte Nielsen superestima suas participações por não considerarem as receitas oriundas de vendedores ambulantes em locais públicos, como praias e parques[5], ou sorveterias especializadas. A Kibon trouxe aos autos, em contraposição, dados da Canadean, que seriam mais fidedignos em relação à verdadeira dinâmica do mercado. A tabela abaixo reflete as participações de mercado segundo essa fonte:

**Tabela 1. Mercado de sorvetes por impulso no Brasil, por valor [ACESSO RESTRITO]**

42. A SG/Cade aceitou os argumentos trazidos pelas Representadas em favor da utilização dos dados da Canadean. Eu discordo dessa posição. Em primeiro lugar, porque não há nos autos dados de outras fontes em nível municipal. Os dados trazidos pelas partes das fontes Canadean, Euromonitor e ABIS são todos dados em nível nacional, o que impossibilita a análise, tendo em vista a definição de mercado municipal. Em segundo lugar porque, conforme discutido na seção anterior sobre a dimensão local do mercado relevante, vendedores ambulantes não concorrem diretamente com pontos de venda. Vendedores ambulantes trabalham em locais públicos de lazer, normalmente praias, praças e parques. O consumidor atraído a um estabelecimento comercial formal, como um restaurante, padaria, supermercado, shopping center, posto de gasolina etc., em raríssimas ocasiões deixaria de comprar para consumir, “mais tarde”, o produto em um local público. Sorveterias, por outro lado, normalmente não vendem sorvetes do tipo *self-service* e não representam um consumo por impulso: as pessoas se deslocam para as sorveterias para consumir.

43. Vale dizer, no entanto, que mesmo que considerássemos que os dados nacionais da Canadean melhor representam os mercados relevantes municipais ora em análise, chegaríamos ainda na mesma conclusão quanto à posição dominante das Representadas: enquanto a Kibon detinha posição dominante mesmo para condutas unilaterais[6], a Nestlé não detinha tal posição, nem com dados nacionais da Canadean, nem com dados municipais da Nielsen. Assim, entendo, como a SG/Cade, que não é possível afirmar com segurança que a Nestlé possui posição dominante, motivo pelo qual arquivou o processo, desde já, para essa Representada, me escusando, por economia processual, de enfrentar argumentos adicionais da defesa da Nestlé.

**III.3 Barreiras à entrada**

44. Entre os itens 84 e 101 da Nota Técnica nº 25/2017, a SG/Cade fez uma reflexão suficientemente aprofundada sobre a importância da marca e de uma escala/frequência mínima de distribuição para viabilizar um no entrante efetivo no mercado. Tais elementos constituiriam barreiras à entrada. Por concordar com a SG/Cade, e respeitando o princípio da economia processual, não reproduzirei toda a discussão ali travada neste voto. Faço apenas algumas breves ponderações.

45. Quanto à marca, aceito o argumento das Representadas de que a fidelidade a marcas no mercado de sorvetes é bem menor que no mercado de cigarros, em que há uma dependência química e os consumidores com frequência se deslocam para outro ponto de venda para obter sua marca favorita. Segundo a própria Nestlé, a mecânica de venda no mercado de sorvetes por impulso se caracteriza pela disponibilidade do produto (o que só confirma a importância de estar presentes nos principais pontos de venda):

*“No mercado de sorvetes, por outro lado, a mecânica de venda se caracteriza pela disponibilidade do produto, e não propriamente pela marca. Segundo a Nestlé, o consumidor adquire do PDV aquele produto que estiver disponível, independentemente de sua marca.”*

46. Nada obstante, a marca do produto de impulso ainda tem relativa importância, principalmente quando ao consumidor é dada a possibilidade de escolher entre dois sorvetes no mesmo ponto de venda. Os donos dos pontos de venda reconhecem isso, conforme constatou a SG/Cade: *“Diversos PDVs oficiados mencionaram que preferem comercializar Kibon ou Nestlé em razão, entre outros fatores, da marca mais conhecida”*.

47. Por fim, várias enquetes e surveys com consumidores confirmam a força dessas duas marcas na cabeça do consumidor, conforme os links a seguir, incluindo o do site da própria Kibon, em que eles mesmos se intitulam “a maior e mais querida marca de sorvetes do país”:

- <https://exame.abril.com.br/marketing/marcas-mais-lembradas-brasileiros-64-categorias/>
- <https://www1.folha.uol.com.br/topofmind/2015/10/1697126-kibon-omo-e-volkswagen-campeas-nos-25-anos-da-folha-top-of-mind.shtml>
- <https://www.kibon.com.br/walls-history.html>

48. Ou seja, para entrar e, principalmente, para crescer neste mercado é necessário estar acessível aos consumidores e, com o tempo, construir uma marca que desperte o interesse dos PDV de tê-la em seu estabelecimento. A marca reforça a presença nos PDV que por sua vez reforça a marca, em um ciclo não linear de crescimento.

49. Para além da marca, há também uma discussão sobre a existência de escala mínima viável. Segundo reconhecem as próprias Representadas, o desafio vai além de se ter um volume mínimo a ser produzido e distribuído, mas em se ter uma rota com vários PDV que justifique a saída do caminhão refrigerado da fábrica. As sorveteiras precisam ter um número mínimo de PDVs em uma determinada localidade para ganharem eficiência com a distribuição e com a escala de produção. Os custos de transporte de um produto perecível e que precisa estar constantemente refrigerado não são desprezíveis, provavelmente superando os custos de produção. Em relatório da consultoria Accenture para a Kibon, acostado aos autos e que será mais bem discutido a seguir, há evidência do ganho de escala com o aumento do número de estabelecimentos atendidos. Segundo o documento, a expansão de 87% do número de PDV permitiria à empresa reduzir de 31,8% para 28,6% seu custo de distribuição, conforme slide abaixo.

**[ACESSO RESTRITO À UNILEVER]**

50. Assim, entendo, em linha com a SG/Cade, que marca e, em especial, uma escala mínima, são barreiras à entrada relevantes no mercado de sorvetes de impulso do tipo *self-service*. Talvez por esse motivo as marcas que surgiram organicamente nos últimos anos, com exceção daquelas de grandes empresas e que exploram nichos específicos de demanda (alta renda, como Diletto e Häagen-Dazs[7]), são marcas regionais que cresceram muito lentamente e nas regiões em que operam, sem nenhuma expressão nacional, fato corroborado pelos dados da Canadean, que apontam que quase a metade do mercado nacional é atendido por marcas com menos de 0,3% de *share* nacional.

51. A dificuldade de entrada e a baixa rivalidade neste mercado podem ser inferidas, ainda, pela estabilidade dos dois líderes nas mesmas posições. Todos os dados trazidos aos autos demonstram a liderança da Kibon, com folgada margem, pelo menos desde 2006, seguida pela Nestlé. A liderança da Kibon, na realidade, está documentada pelo menos desde 1997, quando foi comprada pela Unilever.[8]

**IV. CONDUTAS****IV.1 Da existência da prática**

52. Como consignado na nota de instauração do presente PA, o Representante afirma que KIBON e Nestlé negociam exclusividade de vendas em troca de bonificações, ainda que a exclusividade não esteja expressa nos documentos contratuais. Nos casos em que haja previsão contratual, a exclusividade “geral” se manifestaria nas seguintes condições específicas dispostas ou no contrato de fornecimento do produto ou no contrato de comodato para uso de *freezers*:

- Exclusividade de vendas:** o PDV só pode vender produtos da Representada
- Exclusividade de *merchandising*:** em determinados locais de seu estabelecimento, o PDV só pode exibir a marca da Representada;



- c) **Giro mínimo:** o PDV deve vender uma quantidade mínima de produtos da Representada ao longo do prazo do contrato;
- d) **Exclusividade de freezers:** o PDV não pode utilizar o *freezer* da Representada, cedido em comodato, para abrigar ou exibir produto de concorrente.
- e) **Exclusividade de distribuição:** distribuidor não pode entregar sorvete de outra marca.

53. As Representadas não negam a adoção, em seus contratos, de dispositivos que impliquem a exclusividade de *merchandising*, de giro mínimo ou de exclusividade de *freezers*. Em suas defesas, argumentam apenas que tais práticas são comuns no mercado, que não são praticadas extensivamente, que possuem racionalidade econômica e que não prejudicam a concorrência (questões que serão enfrentadas mais à frente no voto). Por esse motivo, entendo desnecessário discutir aqui se tais práticas existem ou não.

54. Em relação à prática de exclusividade de vendas, a Nestlé reconhece o seu uso, enquanto a Kibon o nega. Tratemos inicialmente da Nestlé. A empresa alega que somente adota uma política de exigir exclusividade dos PDV em resposta à líder do mercado, Kibon, que define o padrão de concorrência nesse mercado ao fechar os pontos de venda. Isso está dito nos autos e foi repetido em reuniões ocorridas em meu gabinete ao longo da instrução. O mérito desse argumento exigiria a comprovação de que a Kibon de fato é líder de mercado e de que a Nestlé não possui posição dominante, o que será feito mais adiante. Por ora, basta destacar que a empresa não só admite a prática, como testemunha que a Kibon também a adota.

55. Em relação à Kibon, de fato não foram encontrados em seus contratos trazidos aos autos pela instrução cláusulas de exclusividade de vendas. No entanto, há que se ponderar alguns aspectos da ausência de exclusividade de vendas:

- a) A denúncia que deu início ao processo relatou que a exclusividade de vendas estaria ocorrendo mesmo que tal dispositivo não constasse de cláusulas contratuais, ou seja, haveria PDV informando o concorrente da Kibon que tinha exclusividade, ainda que não refletida em contrato;
- b) A principal concorrente, a Nestlé, afirma nos autos que só adota tais cláusulas como resposta à mesma prática da Kibon, ou seja, testemunha no sentido de que a Kibon pratica a exclusividade de vendas.
- c) Dos 18 PDV oficiados pela SG/Cade que afirmaram ter exclusividade com a Kibon, apenas 6 apresentaram contratos (quando solicitados no ofício pela SG/Cade). Ou seja, é possível que esses pontos acreditem ter exclusividade mesmo sem a assinatura de um contrato formal.
- d) Conforme já vastamente discutido na literatura, é possível obter exclusividade *de facto* com cláusulas que imponham condições que não permitam, na prática, a presença de concorrentes no mesmo PDV, como exclusividade de *merchandising*, de giro mínimo etc.

56. Veja-se, por exemplo, o seguinte diálogo decorrente de gravação em vídeo trazida aos autos pelo Representante:

#### Figura 1 – Diálogo entre Representante da Della Vita e PDV

[ACESSO RESTRITO ÀS REPRESENTADAS]

57. É nítida a percepção do PDV de que possui um contrato com a KIBON que gera exclusividade *de facto*.

58. Além desses indícios, é comum que as empresas, cientes do risco de infringir a legislação concorrencial em função de contratos de exclusividade, especialmente conhecendo a supracitada jurisprudência do CADE sobre o assunto, adotem estratégias mistas e redações imprecisas para fazer com que os PDV entendam que só podem vender seus produtos. Por exemplo, uma cláusula de exclusividade de *merchandising* combinada com a exclusividade do uso do *freezer* e o pagamento adiantado de uma bonificação facilmente podem levar o PDV, muitas vezes um comerciante de médio porte, a entender que possui um acordo de exclusividade. Isso explicaria as respostas obtidas de alguns PDV durante a instrução. Por exemplo, a Resposta ao Ofício nº 2147/2015/Cade (SEI nº 0056191):

5. Você entende que, como condição para a cessão de freezer para colocar picolés/sorvetes pela Kibon ou Nestlé, o seu estabelecimento não pode comercializar outras marcas de picolés/sorvetes? (marque com X)

Sim	Não
	X

- NÃO PELO FREEZER, É SIM PELO CONTRATO.

59. Veja-se, nesse sentido, cláusula de exclusividade de *merchandising* adota por uma das concorrentes do mercado, a Creme Mel, trazida aos autos pela Representada Nestlé como prova de que a prática é generalizada no mercado:

“Cláusula Terceira: A Compradora obriga-se a ceder espaço para *merchandising* exclusivo dos produtos fabricados pela Sorveteria Creme Mel, ficando, desde já, acordado que não será permitido qualquer tipo de *merchandising* de produtos concorrentes, sendo certo que por *merchandising* entende-se qualquer tipo de modalidade de exposição de marca.” (grifo nosso) (fls. 2274).

60. É evidente que, em se tratando de um mercado de produto de impulso, a cláusula de exclusividade de *merchandising* tem praticamente o mesmo efeito que uma cláusula de exclusividade de vendas: é difícil conceber um consumidor que, ao visitar um estabelecimento comercial e ver expostos o produto e a marca de uma empresa de sorvetes, e então sentir vontade de consumi-lo, irá perguntar a um funcionário do PDV se em algum outro ponto da loja existe um produto de outra marca. Assim como é desarrazoado crer que, ao não encontrar sua marca predileta, o consumidor irá se deslocar para um outro ponto de venda para adquiri-lo. Se assim o fosse, o mercado não poderia ser definido como sorvetes de impulso (como veremos a seguir) excluindo, acertadamente, os produtos de consumo doméstico (potes de sorvete, por exemplo).

61. Além disso, os contratos de giro mínimo impõem aos PDV obrigação de vender uma quantidade mínima de produtos em um determinado lapso temporal, sob pena de multa e devolução do valor adiantado na assinatura do contrato. Isso cria um efeito *lock-in* no PDV, que, para atender à meta de vendas acordada, se vê limitado para oferecer produto concorrente. Esse tipo de arranjo já foi vastamente discutido na jurisprudência do CADE, como, por exemplo, no próprio caso do programa “Tô Contigo”, da AMBEV e, mais recentemente, nos casos de restrição vertical envolvendo as credenciadoras de pagamentos eletrônicos (cartões de crédito).

62. Assim, não tenho dúvidas de que as Representadas adotam contratos ou dispositivos contratuais que impliquem, explícita, implícita ou operacionalmente, um acordo de exclusividade *de facto* com o PDV.

#### IV.2 Da extensão da prática

63. As Representadas alegam que, para os tipos de exclusividades que admitem praticar, assim o fazem com frequência e em dimensões limitadas, o que impediria que a conduta tenha o potencial de gerar algum fechamento de mercado, pois restaria um elevado número de PDV

disponíveis para que outras marcas se posicionassem. A Kibon argumenta que apenas 0-10% de seus PDV possuem contrato de exclusividade de *merchandising*, e que esses representariam apenas [ACESSO RESTRITO A UNILEVER] do total de PDV disponíveis no mercado nacional[9]. Argumenta também que o volume médio comercializado por cada PDV com contrato de *merchandising* é apenas [ACESSO RESTRITO A UNILEVER] superior ao volume médio comercializado pelos PDV sem contrato de exclusividade.

64. Algumas informações já presentes nos autos a partir da instrução da SG/Cade indicam que esses números são maiores. A SG/Cade oficiou 57 PDV que comercializavam sorvetes da Kibon. Desses, 18, ou 32%, afirmaram **ter exclusividade de vendas**, sendo que 14 disseram receber bonificação em dinheiro ou em produtos em troca da exclusividade (quatro disseram não receber qualquer benefício em troca). Ou seja, a instrução indicaria que um terço dos pontos da Kibon entendem que só podem vender produtos da Kibon, mesmo aqueles que, aparentemente, não possuíam contrato com a empresa ou nada recebem por isso, o que pode ser um indicativo de que a exclusividade seria simplesmente em troca da possibilidade de ter o produto na loja. Note-se que esse percentual é superior aos 25% dos PDV pesquisados pelo IBOPE no caso da AMBEV que afirmaram que o Programa Tô Contigo implicava exclusividade[10].

65. Além desse indício, foi solicitado às Representadas, por meio de instrução realizada no Gabinete 01, o envio de informações sobre os estabelecimentos comerciais com os quais elas possuem algum acordo comercial e que, em função desse acordo, os PDV recebem alguma bonificação. As Representadas alegaram não possuir tais informações para os anos de 2005 e 2006, quando da denúncia, mas enviaram dados mais recentes: a Kibon enviou os dados de 2013 a 2106 e a Nestlé enviou os dados de 2016[11].

66. A Kibon apresentou uma lista de mais de [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] pontos de venda que receberam alguma bonificação ou desconto entre 2013 e 2016. Como a empresa alega que apenas [ACESSO RESTRITO A UNILEVER] pontos possuíam contrato de exclusividade de *merchandising*, é possível que outros cerca de [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] recebam alguma bonificação mesmo sem esse tipo de contrato, o que reforça a tese de que alguns pontos acreditavam estar em uma relação de exclusividade mesmo sem um contrato formal.

67. Meu gabinete comparou, então, o total do faturamento da Kibon oriundo de PDV com quem possui algum acordo comercial, em especial contrato de exclusividade de *merchandising*, com o faturamento total da empresa no mercado relevante no ano de 2016, segundo informado pela própria Representada (SEI 0488689). Constatou-se que um elevado percentual (74,2%) do faturamento de [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] veio de PDV que receberam alguma bonificação em 2016. O mesmo exercício realizado com os dados informados pela Nestlé para o mesmo ano de 2016 revelou um percentual semelhante, de 60%.

68. Os dados mostram, portanto, uma realidade até então ainda não suficientemente documentada nos autos, mas bastante intuitiva: as sorveteiras certamente não se dão ao trabalho de firmar acordos de exclusividade de *merchandising*, de exclusividade de vendas ou de giro mínimo com toda a sua base de clientes; o fazem apenas com os pontos de maior potencial de vendas e que representam grande parte de seu faturamento. Essa é uma estratégia racional e, se não coibida, acertada: dado o custo de transação de se firmar contratos com centenas de milhares de pontos, e dado o baixo faturamento desses pontos, o custo não compensa o benefício. Além disso, talvez sequer seja necessário: os pontos de baixo volume de vendas tendem a ser os pontos de menor estrutura física, onde apenas um contrato de comodato com exclusividade de *freezer* é suficiente para impedir a entrada de outras marcas, pois o ponto simplesmente não tem espaço físico para abrigar outro *freezer* em seu estabelecimento. Em outras palavras, os PDV objeto da conduta são os de maior volume de vendas, localizados em pontos estratégicos da cidade, com grande fluxo de consumidores que, por impulso, optam por consumir o sorvete da primeira marca que virem à sua frente. Fecha-se contrato com o filé, não com o osso, naturalmente.

69. Relembro aqui que a Nota Técnica nº 25/2017 da SG/Cade recomendou o arquivamento do presente Processo Administrativo (PA), pois, apesar de deter poder de mercado, apesar da prática ter potencial de excluir concorrentes e apesar de não haver eficiências que justifiquem parte desses contratos (os de exclusividade de freezers foi a exceção), o órgão investigativo entendeu que a prática não era generalizada, se limitava a poucos pontos de venda, e que, por isso, não estava ocorrendo fechamento de mercado.

70. Vale ressaltar, ainda, que o entendimento da SG neste PA foi distinto do entendimento da SDE no PA que investigou o programa Tô Contigo, da AMBEV. Também naquela ocasião foi solicitado das Representadas que apresentassem o número absoluto e percentual dos PDV com que tinham contrato de exclusividade, por Estado. A AMBEV respondeu com a seguinte tabela:

**Quantidade de PDVs aderidos ao Tô Contigo, CE e Não Aderidos ao Tô Contigo e Não CE por Região - Setembro 2006**

Região	Item (a)		Item (b)		Item (c)		Estimativa TT Mercado	% TC Mercado	% CE Mercado
	Qtd. PDV TC	%	Qtd. PDV CE*	%	Qtd. PDV não TC e ou CE**	%			
AL	1,847	1.4%	95	2.1%	13,703	1.4%	15,645	12%	1%
AP	329	0.2%	8	0.2%	2,986	0.3%	3,323	9.9%	0.2%
BA	5,166	3.8%	493	10.9%	79,614	8.2%	85,273	6.1%	0.6%
CE	3,295	2.4%	486	10.7%	40,445	4.2%	44,226	7.5%	1.1%
DF	2,371	1.8%	311	6.9%	10,580	1.1%	13,262	17.9%	2.3%
ES	3,363	2.5%	117	2.6%	15,955	1.6%	19,435	17.3%	0.6%
GO	5,862	4.3%	119	2.6%	38,479	3.9%	44,460	13.2%	0.3%
MA	2,426	1.8%	0	0.0%	11,233	1.2%	13,659	17.8%	0.0%
MG	15,863	11.8%	473	10.4%	134,474	13.8%	150,810	10.5%	0.3%
MS	1,957	1.5%	69	1.5%	10,468	1.1%	12,494	15.7%	0.6%
MT	2,125	1.6%	72	1.6%	16,470	1.7%	18,667	11.4%	0.4%
PA	1,522	1.1%	20	0.4%	19,776	2.0%	21,318	7.1%	0.1%
PB	1,684	1.2%	30	0.7%	12,797	1.3%	14,511	11.6%	0.2%
PE	4,498	3.3%	85	1.9%	39,300	4.0%	43,883	10.2%	0.2%
PI	1,132	0.8%	0	0.0%	30,203	3.1%	31,335	3.6%	0.0%
PR	5,094	3.8%	210	4.6%	67,552	6.9%	72,856	7.0%	0.3%
RJ	22,717	16.8%	720	15.9%	71,338	7.3%	94,775	24.0%	0.8%
RN	1,589	1.2%	40	0.9%	11,608	1.2%	13,237	12.0%	0.3%
RO	0	0.0%	0	0.0%	3,770	0.4%	3,770	0.0%	0.0%
RS	7,059	5.2%	166	3.7%	53,514	5.5%	60,739	11.6%	0.3%
SC	3,291	2.4%	20	0.4%	38,163	3.9%	41,474	7.9%	0.0%
SE	1,858	1.4%	36	0.8%	6,173	0.6%	8,067	23.0%	0.4%
SP	39,917	29.6%	527	11.6%	224,025	23.0%	264,469	15.1%	0.2%
TO	0	0.0%	0	0.0%	8,911	0.9%	8,911	0.0%	0.0%
AM	0	0.0%	437	9.6%	9,725	1.0%	10,162	0.0%	4.3%
RR	0	0.0%	0	0.0%	1,670	0.2%	1,670	0.0%	0.0%
AC	0	0.0%	0	0.0%	1,375	0.1%	1,375	0.0%	0.0%

71. Note-se que o percentual de PDV participantes do programa e o percentual de PDV **declaradamente** com contrato de exclusividade não é superior aos números trazidos pela Kibon no presente processo. A linha de defesa adotada pela AMBEV foi precisamente a mesma adotada pela Unilever, negando a existência de exclusividade contratual e argumento que o número de PDV no programa era muito pequeno frente ao total do mercado, como se vê a seguir:



9. Inicialmente, cumpre destacar que, o **Tô Contigo, de modo algum, pode ser confundido com contratos de exclusividade. Trata-se de um negócio jurídico, por natureza, unilateral, no qual o PDV manifesta sua aceitação de participar do programa, mas não assume, por sua vez, qualquer obrigação ou ônus perante a AmBev.** Caso o PDV aceite participar do programa, somente a AmBev estará vinculada a cumprir as obrigações assumidas no Regulamento do Programa<sup>11</sup>. Também por essa razão o Programa não possui mecanismos de sanção ou coerção, seja direta ou indiretamente. Não há imposição de nenhuma obrigação ao PDV participante<sup>12</sup>.

10. Em segundo lugar, mesmo que, *ad argumentandum*, houvesse uma obrigação de exclusividade por parte da AmBev aos pontos de venda participantes do Tô Contigo, os números mostram que, no mundo dos fatos, essa possível exclusividade não ultrapassaria mais do que 2,4% do total de pontos de venda do mercado, apresentando-se, por definição, como incapaz de criar dificuldades ou excluir concorrentes do mercado<sup>13</sup>.

11. Com efeito, lançando mão, *ad argumentandum*, dos dados coletados e apresentados pelo IBOPE, especialmente daqueles referentes ao cruzamento dos números sobre "grau de presença de cerveja concorrente no ponto de venda" com aqueles sobre "solicitação de exclusividade para participação no Tô Contigo" (i.e. perguntas 01 versus 05 da pesquisa IBOPE), ter-se-ia que, de um universo de cerca de 135 mil pontos de venda participantes do programa, apenas cerca de 24 mil (i.e. 18% dos PDV participantes) venderiam cervejas apenas AmBev por uma suposta obrigação de exclusividade<sup>14</sup>.

12. Ora, 24 mil PDV, conforme o quadro ilustrativo anexo (v. Doc. 03), representam não mais do que ínfimos 2,3% do total de pontos de venda do mercado (i.e. 1.070 mil) ou, para ser ainda mais conservador, 2,4% do total de pontos de venda situados nos canais Tradicional e Bar (i.e. 1.008 Mil), notadamente, onde o Tô Contigo tem a sua maior presença, embora, repise-se sempre, também existam estabelecimentos do segmento AS (Auto Serviço) participando do programa<sup>15</sup>.

72. Apesar dos argumentos muito semelhantes, a SDE entendeu à época que o programa tinha capacidade, se não de fechamento de mercado, pelo menos de elevação do custo de rivais, devido ao fato de que os PDV fidelizados não são escolhidos aleatoriamente. Nas palavras da SDE conforme trechos selecionados abaixo:

que os cálculos apresentados pela Representada, em sua contestação dos resultados da Pesquisa Ibope, assumem uma seleção aleatória entre pontos de venda aderidos ao Programa e não aderidos. No entanto, assumindo que a Representada, ao implementar o Programa Tô Contigo, não busque pontos de vendas aleatórios mas somente aqueles com potencial de captura de *share* de concorrentes, o impacto poderia crescer para até CONFIDENCIAL. Essa suposição é sustentada pelos documentos copiados durante a inspeção, que mostram que a Representada adota diferentes políticas comerciais dependendo do perfil do ponto de venda. Assim, há evidências nos autos de que o Programa Tô Contigo não é implementado de forma totalmente aleatória; e

**Dada a enorme assimetria entre os elos alvo desta investigação de restrição vertical, parece-nos crível que a percentagem alcançada tenha potencial de redução da concorrência nos mercados *downstream* ou de elevação de custos a empresas rivais (ainda que não de fechamento de mercado).**

73. Assim, por todo o exposto, discordo da avaliação da SG/Cade de que a prática não tinha extensão para criar riscos concorrenciais de fechamento de mercado. Embora o percentual de PDV seja limitado, são escolhidos os pontos de maior e melhor acesso ao consumidor, e isso é fundamental em um mercado caracterizado pelo consumo de impulso. Além disso, parece haver, além dos contratos, uma prática velada de induzir o PDV a crer que está inserido em um arranjo de exclusividade, mesmo sem formalização do acordo comercial.

## V. POTENCIAIS EFEITOS CONCORRENCIAIS

74. A Representada Kibon argumenta que a conduta, mesmo que potencialmente danosa, não gerou efeitos no mercado. Apresenta, para tanto, a evolução dos *shares* das principais marcas ao longo dos anos, conforme tabela abaixo baseada em dados da Canadean, o que indicaria o crescimento de várias marcas.

### **Mercado de sorvetes por impulso no Brasil, por valor [ACESSO RESTRITO À UNILEVER]**

75. Traço algumas observações em relação a esses dados. Em primeiro lugar, como qualquer série histórica, é necessário, minimamente, controlar a evolução da série para outras variáveis que explicam esse mercado, construindo contrafactuais<sup>[12]</sup>. Explico: ainda que observemos uma

queda de participação da Unilever entre os anos de 2006 e 2008 (a partir de então, a líder se mantém oscilando em torno de 23%), é possível que, na ausência da conduta ora a ela imputada, essa queda teria sido ainda mais aguda. Por exemplo, os dados apresentados na tabela acima não abrangem o período da conduta investigada, que é anterior a 2006 (2005 mais precisamente). É possível que, com a instauração do PA em 2006 e tendo o SBDC sinalizado que as empresas poderiam vir a ser condenadas por uma conduta ilegal, a Representada tenha alterado sua política de contratos de exclusividade e, justamente por isso, perdeu mercado nos três anos seguintes.

76. Também há, nos dados, indícios indiretos de efeitos negativos sobre a trajetória de crescimento da concorrente Creme Mel. Hoje a terceira maior empresa de sorvetes do mercado brasileiro, seu crescimento é trazido aos autos como prova de ausência de efeitos alegados na denúncia. No entanto, conforme reporta matéria do site especializado Mundo do Marketing, de junho de 2015, “Com a união das duas companhias [Zeca’s], a abrangência da Creme Mel Sorvetes salta de 10 para 17 estados. A intenção é chegar a todo o Brasil, embora a presença em São Paulo seja tímida e no Rio de Janeiro, inexistente.” [13] Ou seja, a marca mais forte que conseguiu se consolidar na última década no Brasil ainda não havia logrado entrar nos dois principais mercados brasileiros, justamente os dois mercados alvos da denúncia que deu origem ao presente PA.

77. Tais teses, no entanto, são quase sempre muito difíceis de provar. Particularmente nos casos de fechamento de mercado, em que o risco analisado é o de que outros potenciais entrantes tenham desistido de entrar no mercado, ou dele saído, em função da falta de acesso a pontos de venda. Salvo raras exceções, não há como comprovar que empresas não entraram no mercado porque as oportunidades de venda estariam limitadas em função do fechamento do mercado. Justamente por isso a Lei 12.529/2011 é inequívoca ao considerar infração à ordem econômica condutas que “possam produzir” o efeito de limitar a livre concorrência, como impedir o acesso de concorrentes a canais de distribuição (art. 36 §3º inciso V). Ou seja, admite condenação mesmo quando a conduta não veio efetivamente a gerar efeitos, embora tivesse o potencial para tanto. E esse dispositivo está em perfeita harmonia com o art. 45 da mesma lei, que nos comanda a calcular o valor da multa conforme critérios de dosimetria que captam o efeito da prática, tais como a vantagem auferida, a consumação ou não, o grau de lesão e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado. Ou seja, no meu entendimento, a Lei nos comanda a punir condutas potencialmente lesivas, mas dosar, na dosimetria, a punição de acordo com os efeitos gerados.

78. Superada a questão de ter gerado ou não efeitos *de facto*, é preciso enfrentar também o argumento da Kibon de que a conduta **não teria o potencial** para fechar o mercado porque existiriam cerca de 1,2 milhão de PDV existentes no Brasil e que os contratos de *merchandising* da empresa abrangiam cerca de 1% desse total. Ou seja, 99% do mercado estaria aberto para a entrada dos concorrentes. Esses dados foram trazidos aos autos pela Representada e surgiram de um relatório produzido pela consultoria *Accenture*, a pedido da Kibon, no ano de 2012 [14].

79. Admitindo a fidedignidade do trabalho contratado pela própria Representada, a primeira constatação possível é que estão incluídos dentre os 1,2 milhões de pontos de venda locais pouco tradicionais, como academias de ginástica (onde as pessoas vão para emagrecer), cabelereiros, bancas de jornal, casas lotéricas e até mesmo motéis. Provavelmente por essa razão, a consultoria descarta 90% desses PDV, sugerindo à Kibon que haveriam, na realidade, apenas [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] pontos que valeriam a pena se tornar potenciais clientes para a Kibon, conforme imagem abaixo:

#### [ACESSO RESTRITO À UNILEVER]

80. Os demais pontos de venda são descartados ou porque não haveria fluxo de clientes (cerca de metade do total) ou porque os pontos não teriam interesse em ter esse tipo de produto [15] (a outra metade).

81. [ACESSO RESTRITO À UNILEVER]

82. O primeiro ponto é que não está claro, pelo material da consultoria, se esses PDV estão livres ou se já não pertenceriam à sua principal concorrente, a Nestlé, que declaradamente pratica cláusulas de exclusividade de vendas. Se já tomados, o número viável de PDV disponíveis para terceiros (excluindo os líderes Kibon e Nestlé) seria muito menor.

83. Mas mesmo que sejam pontos efetivamente livres, um outro elemento constante das informações da *Accenture* confirma a tese discutida acima, de que a estratégia de negócio da líder Kibon é selecionar os melhores pontos e fechar acordos de exclusividade (ou, pelo menos, de *merchandising*). Percebam, nos slides replicados abaixo, que embora os [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] novos pontos viriam a representar praticamente [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] número de PDV da Kibon, seu faturamento projetado aumentaria [16] [ACESSO RESTRITO À UNILEVER] e o volume de sorvetes vendidos (em milhões de litros) aumentaria [ACESSO RESTRITO À UNILEVER]. Isso significa que os PDV já contratados com a Kibon em 2012 eram os de maior volume de vendas. Ou seja, a empresa, naturalmente, escolhe entrar nos melhores pontos, por ela mesma denominados de VIPS, e dentre estes, escolhe os ainda melhores para firmar contratos.

#### [ACESSO RESTRITO À UNILEVER]

84. Além disso, apesar de apresentar oportunidades em 109 mil novos pontos, a consultoria decide focar sua análise apenas nos PDV situados na *Direct Area*, ou área direta. Não foi possível, a partir do material, identificar a diferença entre área direta e área indireta, mas suspeito se tratar de áreas onde já há a atuação da Kibon, ou seja, onde já haveria outros PDV que comercializassem produtos da empresa. O fato de a consultoria só ter analisado esse universo em suas simulações é claro indicativo da preponderância desses pontos sobre os demais, por viabilizar ganhos de escala e redução dos custos de distribuição. Assim, se considerados apenas esses pontos, o mercado disponível e viável para crescimento da Kibon em todo o Brasil seria de apenas 48.708 PDV. Com os 55.355 pontos em área direta que a empresa já possuía em 2012, temos aí um universo de 104.603 pontos em todo o Brasil com potencial para vender sorvetes de impulso de forma economicamente viável (alto fluxo de pessoas, em áreas diretas, dispostos a fechar contratos **com a líder do mercado**). A Kibon tinha [ACESSO RESTRITO À UNILEVER], ou seja, 10% do mercado. Ainda que esse número pareça baixo, ele representa, conforme mostrado anteriormente, 70% do faturamento da empresa no mercado relevante.

85. Ainda a substanciar o conjunto probatório, relembro que a instrução da SG/Cade oficiou (fls. 630/648) oito concorrentes das líderes Kibon e Nestlé, sendo que dessas oito, cinco relataram que enfrentavam dificuldades para colocar o produto no mercado em razão da celebração de acordos de exclusividade com PDV por parte das multinacionais ou falta de espaço nos estabelecimentos para comercializarem dos seus produtos.

86. Para mim, portanto, não há dúvidas de que, dada sua estratégia de negócios e sua posição dominante (caracterizadas por (i) elevada participação de mercado, (ii) liderança por décadas do mercado de sorvetes no Brasil, (iii) marca *top of mind* e (iv) escolha dos melhores pontos de venda), a imposição ou pagamento de bonificações por contratos de exclusividade com os **principais pontos** de venda das cidades de São Paulo e Rio de Janeiro teve o potencial de fechar mercado e de elevar a barreira à entrada para concorrentes de menor porte, principalmente aqueles sem condição de negociar contratos semelhantes.

### V.1.Efeitos gerais

87. O efeito de fechamento de mercado decorrente das práticas de exclusividade de vendas, *merchandising* ou por exigência de giro mínimo não se limita ao universo de PDV contratados com a líder de mercado. Conforme o presente caso ilustra muito bem, uma vez que a líder de mercado adota um comportamento como esse, a estratégia mais racional para as concorrentes é copiar a líder, adotando as mesmas práticas e

fechando ainda mais pontos de venda. As declarações da Nestlé, segunda maior sorveteira do Brasil e também Representada neste processo, foram uníssonas neste sentido. Argumenta que “é a líder Unilever (Kibon) que detém posição dominante e define os padrões de concorrência no mercado. A prática de exclusividade da Nestlé seria apenas uma reação à prática supostamente consolidada pela Kibon. Dessa maneira, a Nestlé não poderia ser punida por exercer um legítimo direito de defesa competitiva na busca por espaço no mercado. Argumenta ainda que não haveria razões para investigação contra a Nestlé apenas porque sua conduta, avaliada em conjunto com a líder do mercado, poderia causar prejuízos ao mercado. Se assim fosse, à luz da equidade, todas as fabricantes de sorvete que praticam exclusividade deveriam ter figurado no polo passivo do presente processo, tal qual a Creme Mel, cuja cláusula de *merchandising* com efeito claro de exclusividade foi discutida acima.

88. Ou seja, esse é um típico caso em que decisões individuais racionais resultam em alocação coletiva sub-ótima. O comportamento de um agente isolado pode até não ser tão nocivo, como, por exemplo, entendeu a SG/Cade ao concluir que a extensão da prática da Unilever não estaria produzindo fechamento de mercado. Contudo, a partir do momento que os outros agentes respondem com o mesmo comportamento, o potencial de fechamento de mercado é fortemente amplificado. Em uma estrutura hipotética em que um agente possui 30% de mercado e outros dois possuem 20% cada, a prática de exclusividade do líder, seguido pelos demais, implicaria fechamento de 70% do mercado. Esse pode perfeitamente ser o caso atual, com a Kibon liderando com 40%, Nestlé com 30% e Creme Mel com 10%. Nesse contexto, o corte de participação de mercado para a estimação de posição dominante precisa ser devidamente ajustado, para menor. Portanto, mesmo no cenário mais benéfico à Representada (em que o mercado relevante é bastante ampliado e a participação da Unilever em nível nacional é diluída para 29%<sup>[17]</sup>), os efeitos de suas práticas têm o potencial de prejudicar novos entrantes ou concorrentes da franja que buscam crescer organicamente.

89. Discussão semelhante foi travado por este Conselho no caso de investigação da prática de adoção de cláusulas de raio pelos *shopping centers*. Tais cláusulas configuram um tipo de relação de exclusividade do locatário com o locador, impondo restrições de natureza geográfica, temporal e material em benefício das administradoras de *shoppings*, de forma que, para o lojista se estabelecer em uma outra localidade dentro dos limites do raio, este deve rescindir seu contrato com o *shopping* ou obter autorização expressa do locador. Enquadram-se, assim, na definição de restrição vertical <sup>[18]</sup>. Conforme exprimi em meu voto à época, o dano causado pela imposição da cláusula de raio pode se efetivar de duas formas: i) por iniciativa isolada de um único *shopping center* locador de espaço comercial, ou ii) em decorrência da adoção generalizada da cláusula por diversos empreendimentos dessa natureza, ainda que a conduta exercida isoladamente não representasse ameaça à concorrência. No primeiro caso, o dano seria nítido na hipótese de um único *shopping center* fechar contratos contendo a cláusula de raio com todos os participantes de um mesmo mercado à montante que, além de oligopolista, também é de fundamental importância para a atratividade de um *shopping center*, como, por exemplo, com todas as operadoras de telefonia móvel ou com todas as lojas de departamento, que são âncoras para os *shoppings*. Poderíamos, portanto, considerar como política para o setor reprimir apenas os *shoppings* que adotassem a cláusula nas hipóteses específicas em que esse nível de fechamento de mercado fosse observado na prática. Nada obstante, ainda seria possível que, mesmo na ausência dessa hipótese, a adoção da cláusula gerasse dano à concorrência se, por exemplo, num cenário em que o mercado comportasse quatro *shoppings*, três deles fechassem, cada um, contrato de exclusividade com uma de cada três lojas de departamento existentes no Brasil. Em outras palavras, mesmo agindo isoladamente, sem coordenação explícita, a adoção de determinada prática pode implicar o fechamento de mercado para novos entrantes. Entendo que o presente caso de exclusividade de sorveteiras com PDV segue a mesma lógica.

## VI. EFICIÊNCIAS

90. Em relação à exclusividade de freezers, as Representadas alegam, em apertada síntese, que a prática se justifica pela necessidade de a empresa proteger o investimento realizado com relação ao ativo físico, bem como a imagem do fabricante e das marcas, para evitar comportamento oportunista (*free riding*) de concorrentes de usar instalação da Representada ou de enganar o cliente, levando-o a crer que estaria comprando um produto da Kibon ou da Nestlé. A SG/Cade concorda que essas são de fato eficiências e que elas justificam a imposição de contratos de exclusividade de *freezers*. Cita precedentes de que tais argumentos já foram aceitos pelo CADE, como no caso da AMBEV, e cita também a defesa que o prof. Massimo Motta faz dessa prática, ao analisar as decisões da Comissão Europeia. Eu acompanho a SG/Cade nesse sentido, também entendendo que há justificativas econômicas razoáveis para a exigência de exclusividade de *freezers* pelas Representadas e de que não há evidências contundentes de que tal exigência, por si só, tenha criado barreiras ao estabelecimento de novos concorrentes no mercado.

91. Em relação à exclusividade de vendas/merchandising, a Unilever argumenta, segundo a SG/Cade, que embora não haja vinculação contratual para a aplicação dos recursos repassados a título de bonificação “*tem conhecimento de que, em geral, o montante é investido na reforma inicial do estabelecimento. Assim, em alguma medida, a bonificação tende a aumentar o fluxo de pessoas no estabelecimento, refletindo positivamente na venda de sorvetes.*” Nesse contexto, a exclusividade de *merchandising* visa garantir que o PDV exponha adequadamente o material publicitário dos produtos Kibon, enquanto o prazo e volumes mínimos têm como objetivo assegurar o retorno do investimento realizado. Nas próprias palavras da Unilever:

“Na ausência de cláusulas desse tipo em contratos de fornecimento de sorvetes, obviamente a Unilever deixaria de realizar os investimentos em bonificações. Como resultado, é possível que muitos estabelecimentos deixem de comercializar sorvetes por impulso. Ou igualmente ruim, no caso de comercializarem sorvetes podem eles apresentar menor nível de vendas em função da menor atratividade dos estabelecimentos decorrente do menor investimento na ausência da bonificação.” (fls. 2528)

92. A Nestlé, por sua vez, não aponta qualquer eficiência para práticas de exclusividade de vendas, arguindo, tão somente, que, assim como outras concorrentes (Creme Mel) o faz em resposta à estratégia da líder, Kibon. Em reunião no Gabinete 01, a defesa da Nestlé chegou a afirmar que, para a empresa, a prática não resulta em nenhum ganho e que lhe gera custos de transação, mas que não tem como competir sem adotar a mesma estratégia que a líder.

93. A SG/Cade não enfrenta o argumento da eficiência levantado pela Unilever, afirmando apenas que a conduta teria o potencial de gerar fechamento de mercado caso abrangesse um número muito elevado de PDV, e que não há dependência dos estabelecimentos comerciais em relação à Kibon porque seus produtos representam pequena parcela do total de vendas desses estabelecimentos. Discordo dessa avaliação.

94. Quanto à dependência dos PDV em relação à Kibon, destaco que esse não foi um critério usado para as condenações nos casos investigados nas indústrias de cerveja e de cigarros (este último, inclusive, como é público e notório, mal gera lucro para o revendedor). Além disso, mesmo não havendo dependência, os valores oferecidos a título de bonificação para os estabelecimentos comerciais, embora representem pequeno percentual do faturamento das Representadas, são, em geral, bastante significativos para o PDV. No diálogo abaixo reproduzido na Figura 1 deste voto é possível perceber que o valor chega à casa de dezenas de milhares de reais, em 2005!

95. Quanto à tese de que a prática não ocorre em extensão e grau suficientes para gerar fechamento de mercado, mesmo não tendo sido esse, novamente, um ponto considerado na jurisprudência do CADE (cervejas e cigarros), conforme discutido anteriormente neste voto, as informações adicionais decorrentes da instrução realizada no Gabinete 1 permitiram constatar que, embora o número de PDV com contratos seja relativamente pequeno, eles representam um grande percentual ACESSO RESTRITO À UNILEVER] do faturamento da Representada, por se tratarem dos pontos VIP.

96. Por fim, o argumento de eficiência apresentado, ao contrário daquele referente à exclusividade do *freezer*, não merece prosperar. Não existe qualquer obrigação para que o PDV utilize a bonificação ou o desconto, **que muitas vezes são concedidos na forma de produtos**, para reformar seu estabelecimento e, assim, atrair mais clientes. E mesmo que existisse, não se trataria propriamente de uma eficiência, mas de um custo do processo produtivo dividido entre produtor e revendedor, transferido de um agente para o outro. Os consumidores finais não pagariam preços menores pelos produtos, e os concorrentes não teriam a mesma facilidade para negociar com o PDV sua entrada no local.



## VII. CONCLUSÃO

97. O processo investigou a conduta, por parte de vendedoras de sorvetes de impulso do tipo *self-service*, de adotar diversas diferentes formas de contratos que, na prática, implicariam uma exclusividade *de facto* na venda de sorvetes de impulso por estabelecimentos comerciais. Entendeu-se que a exigência de exclusividade de *freezer*, não atrelada ao pagamento de qualquer bonificação, possui racionalidade econômica e não deve ser coibida mesmo na hipótese de o fornecedor deter posição dominante. Em relação aos outros tipos de exclusividade (vendas, *merchandising* e giro mínimo), o CADE já deixou claro em outros processos administrativos (cervejas e cigarros) que, na hipótese de a firma ter posição dominante, essa conduta tem o potencial de fechar mercado e/ou criar barreiras à entrada de rivais. Não há motivos para entender de forma diferente no presente caso. Não há dúvidas, tampouco, quanto à posição dominante da Unilever, que, inclusive, estimula seus maiores concorrentes a adotarem a mesma prática, amplificando o efeito de fechamento do mercado para pequenos concorrentes e novos entrantes. Por fim, em relação à extensão da conduta, entendendo ter ficado suficientemente demonstrado que a exclusividade *de facto* aplicada aos PDV VIP é suficiente para, se não fechar o mercado, no mínimo criar barreiras a concorrentes.

98. Por todos esses motivos, voto pela condenação da Representada Unilever nos termos do dispositivo abaixo. Antes de tratar da dosimetria, ressalto que a condenação da Kibon e o arquivamento em relação à Nestlé se deu única e exclusivamente em função da posição dominante da primeira, que ficou suficientemente caracterizada nos autos, o que não foi o caso para a segunda. Nada obstante, detectada conduta semelhante pela Nestlé (ou por qualquer outra fabricante de sorvetes) em mercados onde seja possível caracterizar sua posição dominante, caberia a abertura de novo processo e eventual condenação. Afinal, não faz sentido punir e inibir a prática da líder simplesmente para que outra se torne líder e adote as mesmas condutas.

## VIII. DOSIMETRIA

99. Conforme defendo em todos os meus votos, entendo que, para que uma multa cumpra alguma função dissuasória, ela não pode ser inferior a alguma estimativa de quanto as Representadas tentaram ou lograram obter com a conduta. Caso esse valor seja inferior, a infração valeu a pena e outros agentes se sentirão estimulados a praticar a conduta infratora. Importante destacar que **o efeito dissuasório não depende de um cálculo ultra preciso da vantagem obtida ou dano causado**, mas de uma estimativa minimamente razoável que revele algum valor compatível com a gravidade da conduta. Assim o fazem as principais jurisdições antitruste do mundo e assim eu tenho feito em praticamente todos os meus votos em PA e em propostas de TCC.

100. No presente caso, é muito difícil fazer alguma estimativa de quanto a Representada Unilever teria ganhado com a conduta. Proponho, para se ter uma ideia de proporcionalidade, que consideremos o quanto ela pagou em bonificação para os pontos de venda como proxy de quanto pretendia ganhar. Pois bem, a denúncia se refere ao ano de 2005 [19]. Não temos os dados de vendas da empresa no mercado relevante para esse ano, mas temos os dados para o ano de 2006, no valor de R\$ 246,42 milhões. Sabemos, conforme discutido acima, que cerca de 70% do faturamento da Representada advém de PDV para os quais ela paga alguma bonificação, o que representaria R\$ 172,5 milhões a valores da época. Para obter esse faturamento, a empresa pagou, aproximadamente, 10% em bonificações e descontos a seus clientes, conforme planilha apresentada pelas próprias Representadas [20]. Ou seja, coisa de R\$ 17,2 milhões. Parece-me razoável supor que, se a empresa pagou à época 17,2 milhões para comprar a exclusividade dos PDV, ela tinha a expectativa de ganhar, pelo menos, esse mesmo montante com a prática. No entanto, esse número se refere a todo o Brasil, enquanto a conduta ora investigada se restringe às cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo. Pelos dados da Accenture citados acima, é possível inferir que cerca de 26,4% dos PDV da Kibon estão em São Paulo e que 13% estão no Rio de Janeiro [21]. Usando esses números como *proxy* para o percentual do faturamento da Kibon oriundo dessas cidades, chegamos ao valor de R\$ 6,8 milhões. Atualizado pela SELIC simples, esse valor chega a R\$ 9,131 milhões. Esta, para mim, seria uma estimativa razoável de quanto a empresa estaria buscando ganhar com a conduta em um ano [22] nos mercados relevantes objetos da investigação, e que deve ser considerado como multa-base para a presente infração, cabendo, ainda, considerar agravantes e atenuantes.

101. Entendo não haver fatores agravantes: a empresa não é reincidente e, embora a investigação tenha durado mais de uma década enquanto persistia a conduta, essa culpa não pode ser atribuída à Representada, mas ao SBDC. Como atenuantes, entendo que o grau de lesão à economia nacional ou aos consumidores é baixo, por se tratar de bem supérfluo e de alta elasticidade (justamente por ser um bem de impulso, e não de necessidade), e que os efeitos econômicos produzidos no mercado foram limitados, tendo em vista alguma perda de participação de mercado das Representadas (ainda que tenham permanecido líderes com folga) e o crescimento de alguns concorrentes locais ao longo dos últimos anos. Assim, aplico desconto de 20% em função do baixo grau de lesão e de outros 20% em função dos efeitos limitados, reduzindo a multa base em 40%, para o valor de R\$ 5,478 milhões.

102. Por fim, é necessário saber quanto esse valor representa do faturamento da Unilever no ramo de atividade no ano de 2012, ano anterior à instauração do PA, para averiguar se a multa aplicada está dentro dos limites impostos pela Lei. O ramo de atividade das Representadas, segundo a Resolução nº 3/2012, seria “19 - Fabricação de produtos derivados do leite, laticínios, sorvetes e outros gelados comestíveis”. Os dados de faturamento neste ramo de atividade não estão presentes nos autos, mas foi possível obtê-los Como no Ato de Concentração de nº 08700.00792/2015-35, do qual a Unilever era uma das Requerentes, mais especificamente em relação às CNAE 4637-1/06 e 1053-8/00, correspondentes a *comércio atacadista de sorvetes e fabricação de sorvetes e outros gelados comestíveis* para o ano 2012. O valor foi de R\$ 1,365 bilhão. Atualizado pela SELIC simples conforme *site* da Receita Federal, esse valor chega a R\$ 2,152 bilhões. Assim, em relação ao faturamento deste ano, a multa aplicada corresponde a percentual próximo a 0,25%.

103. Cabe também resgatar o precedente adotado pelo CADE na condenação da AMBEV no PA que investigou a conduta de exclusividade de PDV da empresa. A multa-base fixada foi no valor de 1,5% do **faturamento bruto total** (descontado impostos) do ano anterior à instauração do PA. Com relação a agravantes, o Relator entendeu que a Representada objetivava excluir concorrentes dos PDV com a consciência de que se tratava de conduta concorrencial ilícita, agravando a multa em 0,5%, totalizando 2%. Além disso, determinou a imediata cessação da prática e multa caso haja continuidade de conduta no valor de R\$ 53.200,00 (cinquenta mil e duzentos reais) por dia, correspondentes a 50.000 UFIR. Determinou, ainda, a publicação no jornal diário de maior circulação, por 3 semanas seguidas.

## IX. DISPOSITIVO

104. Pelas razões acima expostas, arquivar o presente Processo Administrativo contra a Representada **Nestlé Brasil Ltda.** e condeno a Representada **Unilever Brasil Ltda.** por infração à ordem econômica pela prática de limitar e prejudicar a livre concorrência ao dificultar ou impedir o acesso de concorrentes a canais de distribuição, conforme capitulado no inciso I do caput do art. 36 c/c o inciso V do §3º do art. 36 da Lei 12.529/2011.

105. À Representada **Unilever Brasil Ltda.** aplico multa no valor de **R\$ 5.478.000,00** (cinco milhões e quatrocentos e setenta e oito mil reais), a serem recolhidos em até 30 dias úteis.

106. Determino, ainda, que:

- a) Sejam aditados, em até 90 dias, todos os contratos da empresa com estabelecimentos comerciais, de modo a excluir qualquer cláusula de exclusividade de vendas, de exclusividade de exposição de marca e de contrato de giro mínimo.

- b) Que a empresa se abstenha de firmar novos contratos que contenham quaisquer cláusulas de exclusividade de vendas, de exclusividade de exposição de marca e de contrato de giro mínimo.
- c) Que a empresa se abstenha de exigir, por qualquer meio, exclusividade de vendas, exclusividade de exposição de marca e contrato de giro mínimo, ainda que não apenas por meio de previsão contratual expressa.
- d) Comunique os estabelecimentos comerciais com os quais tem relação comercial de revenda de seus produtos informando-os do teor desta decisão.
- e) O descumprimento de qualquer uma das obrigações de fazer estipuladas nos itens acima implicará pagamento de multa diária no valor de R\$ 100.000,00 por dia de descumprimento.

É o voto.

- 
- [1] O PA da AMBEV foi aberto apenas dois antes do PA dos sorvetes hoje em julgamento, mas foi concluído 9 anos antes, em 2009.
  - [2] O Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25 iniciou-se em 19.05.1998, a partir notícia de infração à ordem econômica em face da empresa Souza Cruz S.A. consistente na celebração de contratos com os pontos de venda de cigarros contendo cláusulas de exclusividade de vendas. Em 13.09.2000, foi firmado Termo de Compromisso de Cessação, cujo objeto abrange a cessação de práticas relacionadas à celebração de acordos de exclusividade de vendas de cigarros, de qualquer forma manifestados, expressos ou tácitos, entre a Souza Cruz S.A. e quaisquer estabelecimentos varejistas, incluídos aqueles que possam a vir comercializar cigarros. Em 21.06.2006 foi determinado o arquivamento do Processo Administrativo nº 08012.003303/1998-25, que deu origem ao TCC, com fulcro no art. 53, §2º da Lei nº 8.884/94. Contudo, este TCC anteriormente firmado pela Souza Cruz foi considerado não cumprido.
  - [3] Em respeito à jurisprudência, tendo havido outros casos em que o mercado foi definido em nível nacional.
  - [4] Dados trazidos aos autos pela própria Nestlé, também de origem da A. C. Nielsen, demonstrariam níveis ainda mais elevados de participação das Representadas em 2005, porém com trajetória decrescente ao longo dos anos seguintes.
  - [5] Os dados Nielsen são capturados por scanner de vendas em pontos fixos.
  - [6] 29% em valor para o ano de 2006
  - [7] Com as quais concorre a marca Ben & Jerry's, de distribuição da Unilever.
  - [8] Nesse ano, detinha aproximadamente 60% do mercado.
  - [9] Esse último número foi estimado a partir do *market share* da Kibon conforme computado pela Canadean que, como veremos a seguir, não disponibiliza dados para Rio de Janeiro e São Paulo, mercados relevantes sob investigação.
  - [10] Dos 52% que participavam do programa, 49% disseram que o programa exigia exclusividade, ou seja, 25% (52%\*49%)
  - [11] A Nestlé também enviou dados de 2012, porém esses estavam incompletos, apresentado um número irrealisticamente pequeno de PDV com bonificação.
  - [12] Há várias formas de fazer isso, como técnicas de DIF-DIF ou controle da série para variáveis independentes relevantes.
  - [13] <https://www.mundodomarketing.com.br/cases/33717/marca-de-sorvetes-sem-grande-presenca-no-sudeste-torna-se-a-3-ordf-do-pais.html>
  - [14] O relatório também foi anexado aos autos, à folha de número 587 do apartado de acesso restrito da Unilever.
  - [15] “*No success in the activation*”
  - [16] Isso num cenário otimista, pois a consultoria está tentando convencer a Kibon a ampliar sua rede.
  - [17] Dados Canadean para o ano de 2006, o mais próximo da data da denúncia.
  - [18] Definição muito bem resgatada pelo ex-Conselheiro Paulo Furquim, como sendo: a transferência, além do produto ou serviço objeto do contrato, de algum direito de decisão entre as partes, como, por exemplo, o direito de um ponto de venda decidir o escopo dos produtos que distribui ou o direito de um lojista decidir seu preço.
  - [19] Infelizmente a instrução não conseguiu amearhar indícios de que a prática ocorria a mais tempo, embora seja bastante provável.
  - [20] 10% é a média entre os anos de 2014 e 2016, que foi projetada para 2005, assim como o percentual do faturamento proveniente de PDV com bonificação.
  - [21] Na ausência de dados para a cidade do Rio de Janeiro, utilizo o percentual equivalente para o Estado do Rio de Janeiro.
  - [22] É muito provável que essa conduta tenha se iniciado muito antes de 2005 e certamente permanece ocorrendo até hoje, mas não temos provas nos autos para os anos anteriores e, não tendo sido editada medida preventiva, não podemos culpar a empresa pela delonga de 13 anos na análise deste processo.

Brasília, 16 de outubro de 2018

[assinatura eletrônica]

**João Paulo de Resende**

**Conselheiro-relator**



Documento assinado eletronicamente por **João Paulo de Resende, Conselheiro(a)**, em 22/10/2018, às 15:57, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.





A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [http://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](http://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0538246** e o código CRC **2DDE6EAC**.

---

Referência: Processo nº 08012.007423/2006-27

SEI nº 0538246