

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

PROCESSO ADMINISTRATIVO N.º 08000.019.862/96-89

Representante: ABRADIF
Representada: FORD BRASIL LTDA.
Relator: CONSELHEIRO LEÔNIDAS RANGEL XAUSA
Advogado: OSCAR SANT'ANA DE FREITAS E CASTRO

EMENTA

1) Representação de associação de revendedores contra montadora de veículos: fixação arbitrária de números e modelos; imposição de preços abusivos de peças e componentes; prática de “venda casada” condicionando a entrega de veículos à compra de ferramentas; operação triangular com banco controlado pela montadora;. Violação de normas ao promover vendas diretas a terceiros. 2) Cognição ampla e de ofício por parte do CADE. Inexistência da figura da decisão “extra” ou “*ultrapetita*”. 3) A instauração de processo administrativo independe de averiguações preliminares quando claros desde logo indícios suficientes de lesão à ordem econômica. 4) Aplicabilidade da Lei 8.884/94 mesmo: a) Na incidência de legislação especial, b) Na presença de convenções de marca ou contratos, 5) Cláusulas nulas, anuláveis ou considerados não existentes. 6) Ausência de investigação adequada e não ausência de prova. 7) Conhecimento do recurso de ofício e provimento para devolução à SDE e prosseguimento da investigação.

RELATÓRIO

1. O processo administrativo em epígrafe teve como origem denúncia promovida pela **ABRADIF- Associação Brasileira de Distribuidores Ford**, contra a **Ford Brasil Ltda.**, por abuso de poder econômico, em 31 de julho de 1996. A requerente se legitima ativamente no processo sob a proteção do art. 5º, inciso XXI da Constituição Federal.
2. A **Abradif** requer, desde logo, instauração de processo administrativo à vista dos indícios que apresenta e considera suficientes.

3. Mostra-se ainda, que a representação foi precedida de intensa e infrutífera tentativa de negociação. Previamente a Associação já promovera notificação judicial com alguns dos fundamentos aqui presentes.

4. Recebi e mandei juntar em apartado a título de informação correspondência e matéria jornalística, apresentadas por recém fundada Associação, que ilustra as consequências da conduta da Ford Ltda. , conduzindo à inadimplência e a suspensão dos contratos de cerca de quase uma centena de revendedores no Brasil.

5. A Representante acusa a denunciada pela prática das seguintes condutas, para efeitos de defesa assim fixadas na promoção do Sr Coordenador Jurídico do DPDE, e expressamente acolhidas por seu Diretor (fls. 168):

- a) *fixação arbitrária do número e modelos dos veículos que impõe a seus revendedores comprar, e antecipadamente creditando-se do preço de venda dos veículos, por força de um esquema bancário ao qual os distribuidores só tem acesso como pagadores;*
- b) *pática de venda “casada” , por obrigar seus distribuidores a comprarem peças e componentes em número e especificações por ela arbitrado, sob pena de não serem entregues os veículos;*
- c) *imposição de preços abusivos de peças e componentes de reposição;*
- d) *prática de venda casada, porquanto obriga seus distribuidores a comprarem ferramentas sob pena de não lhes entregar os veículos F-1000 e F-4000;*
- e) *abuso de poder econômico quando promove vendas diretas a terceiros, violando as normas aplicáveis. (fls. 167).*

6. Em suma *“a conduta da Ford Brasil Ltda e suas formas tem um objetivo: auferir lucros arbitrários à conta dos distribuidores de seus veículos”* (fls. 51).

7. A “dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros” se estaria a demonstrar - através dos tipos legais adiante referidos, não restando dúvida sobre o *“absoluto poder econômico, com relação que mantém com os distribuidores de veiculos, e dele vem abusando reiteradamente. Como repetidamente exposto, os distribuidores só podem comercializar produtos da marca Ford - não tem eles outro mercado à lhes suprir produtos para buscar vender ao consumidor final”* (fls. 55)

8. Em enérgico despacho de 21 de agosto (fls 132/133), cogitando inclusive de Medida Preventiva *inaudita altera pars*, o Sr. Inspetor Chefe propõe imediata abertura de processo administrativo, proposta na mesma data acolhida pelo Sr. Secretário de Direito Econômico que determinou a instauração respectiva.

9. Liminar intercorrente concedida pela Justiça Federal à Ford não teve o condão de cessar os efeitos da instauração, que é reformulada e reforçada

através de novo **despacho do Sr. Secretário (fls. 169 e seguintes) (DOU 4/10/96), ordenando a apuração das práticas retro enumeradas. Fundamentação: incisos V, XI a XIII, XX e XIV do art.21 da lei 8.884/94.** Contrariamente ao pedido da Ford Ltda., que alegava impossibilidade de supressão da fase de averiguações preliminares, o juízo não vislumbrou qualquer ilegalidade no ato, apenas determinando fundamentação e especificação dos fatos. Mais: a própria Ford **desiste** do Mandado de Segurança que na mesma petição é homologada pela MM julgadora.

10. A **defesa da Ford** (fls. 188 a 380) é resumida no próprio memorial, reduzindo-se essencialmente na obediência à Lei 6729/79, à Convenção da Marca e às disposições contratuais:

- a) A atividade de distribuição de veículos é disciplinada pela Lei nº 6729/79, sendo que os contratos e convenções representam a sua própria regulamentação;
- b) Em relação ao item “a” ,objeto do despacho do Sr. Secretário da SDE, tanto a fixação de quotas, quanto o pagamento o pagamento à vista estão previstos na lei 6729/79.
- c) Quanto ao item “b”, a prática tem relação com a necessidade de realização de reparos, em garantia, dos veículos.
- d) No tocante ao item “c”, os preços das peças e componentes de reposição são absolutamente competitivos com os praticados pelo mercado.
- e) No que tange ao item “d”, a Lei nº 6729/79 impõe obrigação da prestação de assistência técnica, que abrange o atendimento em garantia ou revisão.
- f) Por fim, a respeito do item “e”, trata-se de um caso isolado e que contou com a prévia concordância de sua rede de distribuição.

11. Solicitada pela Sr. Secretária a Bel. Adriana S. F. Carvalho produz alentado parecer (fls. 776/804) onde toda a controvérsia é resumida. E considerando o procedimento em fase “**instrucional**”, sugere desde logo, inúmeras providências.

12. É colhido, entretanto pelo despacho do Sr. Diretor do DPDE (fls. 807 a 815), origem dos argumentos que conduzem à decisão de arquivamento da Sra. Secretária Substituta em 13.05.97 (fls. 816/817), que determina o arquivamento do processo sob o fundamento de que “*as acusações de abuso do poder econômico atribuídos pela Ford, afiguram-se em questões meramente contratuais*”.

13. Nesta Casa, solicitei à SEAE pronunciamento sobre a proposta que, em parecer técnico de 12 de setembro, opinou pela deficiência da prova. Em despacho à parte o Sr. Secretário impugna a fundamentação do arquivamento.

14. Por economia processual, adoto relatório da Procuradoria do CADE, naquilo em que este foi omissis (fls. 869/873).

15. A Procuradoria, em resumo, concluiu pela necessidade do retorno dos autos à SDE, para que esta proceda eficaz instrução processual dos autos, e assim possibilite o adequado posicionamento quanto às condutas denunciadas.

16. Neste Conselho, já após o parecer da Procuradoria, a Representada impugnou-lhe a parte final, tida por “matéria nova” a saber: indícios de “venda casada” na triangulação com o **Banco Ford**. Aida, sustenta a ilegitimidade ativa da Abradif para representar perante a SDE.

É o relatório.

VOTO

Às razões da douta Procuradoria caberia aduzir ou enfatizar que:

1. A preliminar de ilegitimidade ativa da Representante, sob fundamento de falta de autorização da Assembléia da **Abradif**, não prospera. A própria defesa da **Ford** é expressa em reconhecer autorização para adoção de “medidas administrativas e judiciais, se necessárias, após esgotadas as negociações visando a defesa dos interesses da Rede”. Só que sustenta não constitui “medida administrativa” a Representação à SDE, o que é, à toda evidência, descaído.

2. Quanto à imputação de “matéria nova” pela douta Procuradoria reitera-se aqui *ex-abundantia* a tese de que os limites de cognição do CADE (ou da SDE) não se exaurem nos contornos e termos da representação ou da peça inicial do processo. A cognição é ampla e de ofício. Não existe a figura da decisão *ultra petita* na apreciação de ilícitos contra a ordem econômica.

2.1. Todavia, concedendo para argumentar assistisse razão ao investigado, é de ver que no despacho do Sr. Secretário (fls. 169/172) instaurando o processo, não se tipificam artigos de lei, mas se descrevem condutas a apurar.

E, à letra “a” está clara a referência à imposição “*a seus revendedores compras e, antecipadamente creditando-se o preço de venda dos veículos, por força de um esquema bancário ao qual as distribuidoras só tem acesso como pagadoras*”.

Ora, a discussão aqui é jurídica e não semântica. O “esquema bancário” descrito é precisamente aquela objeto da conduta à qual a doutora Procuradora atribui suspeita de “venda casada”. Não há, pois, “matéria nova”.

2.2. Mais. Mesmo suposta como “matéria nova”, mais razão assistiria à douta Procuradoria para postular seu aprofundamento.

2.3. De resto, a matéria foi objeto de discussão no Processo por parte da própria representada. Qualquer lesão ao direito de defesa, de consequência ou

ao devido processo legal, constitui alegação impertinente. De modo especial porque não deixa de aspirar a um caráter de prejudicial.

2.4. Por último, a existência de recentes Averiguações Preliminares na SAE, especificamente sobre o tema, não prejudica, mas reforça a necessidade da investigação. A forma processual singela é a da anexação do processo - impensável qualquer odor de uma “*litis pendência*” inexistente no procedimento.

3. Todavia, o **cerne da decisão do arquivamento** se endereça a “que as acusações de abuso do poder econômico atribuídos à **Ford**, afiguram-se em questões meramente contratuais, distantes dos princípios que regem a Lei 8.884/94. Sendo a matéria de “cunho jurídico e não econômico” entendeu o Sra. Secretária Substituta de encerrar desde logo o processo, aplicado subsidiariamente o CPC.

4. Aí reside, *data venia*, a fragilidade da decisão.

4.1. Em primeiro lugar, porque o julgamento antecipado do que seria a “lide”, castrando por antecipação o exame dos fatos, é que precisamente frustrou a produção da prova de que tanto se ressentia, por exemplo, o parecer da SEAE.

Não se cuida, pois, de ausência de prova, mas de ausência de investigação, ou seu prematuro encerramento.

A mesma SEAE, por exemplo, ao tangenciar o indigitado “esquema bancário”, desabafa que este “*carecia de investigação*”. E ainda que “*seria preciso examinar se, em dado caso hipotético, as condições de financiamento seriam desfavoráveis, do ponto de vista da concessionária, vis-à-vis outras alternativas de mercado*”.

Todo o pronunciamento da SEAE, em verdade, é dominado por incertezas e condicionalidades probatórias. O que não traz espanto, assim, a dificuldade de concluir pela existência de violação à lei.

4.2. Do ponto de vista substantivo, ainda, como reitera o parecer da douta Procuradoria, é entendimento assente neste Colegiado que **a incidência de legislação outra, não arreda aquela do abuso do poder econômico sobre ato ou fato jurídico.**

E com mais fortaleza, ainda, tem prevalecido aqui a certeza de que relações contratuais não expulsam a infringência às regras da Lei 8.884/94.

Tal abrangência é reconhecida pelo Ilustre Sr. Inspetor Chefe da SDE na manifestação preambular da Secretária, ao propor a imediata abertura de Processo Administrativo, “*por entender que o legislador brasileiro ao confeccionar a norma de proteção da concorrência quis dispor todo o aparato deste Órgão (...) à proteção, prevenção e repressão cometidas em defesa do Mercado Econômico, leia-se a Ordem Econômica*”. Isto é, como um todo, para mais além das meras relações comutativas. E elegendo a “coletividade” como titular dos bens jurídicos titulados pela Lei.

4.3. Finalmente, o despacho final (fls. 851) do Sr. Secretário da SEAE é devastadoramente explícito ao gizar o “caráter condicional” das opiniões de seus subordinados. E, definitivo, no desate da questão, em linha que antecede o presente voto, ao “*discordar da opinião, que permeia a decisão da SDE com relação a alguns aspectos da questão, de que estão em jogo relacionamentos contratuais, regidos por legislação específica, e como tais não passíveis de apreciação do ponto de vista concorrencial. Somos da opinião que a análise genérica empreendida na consecução da defesa da concorrência não deve encontrar barreiras na existência de legislações específicas - no caso, a Lei 6729/79. Nem tampouco compartilhamos da opinião de que ajustes formais entre partes, que hajam culminado na celebração de contratos, escapam à tutela das autoridades de defesa da concorrência. Aqui também, pelo contrário, somos de opinião que o espírito e a lei de defesa da concorrência podem por vezes justificar, e mais que isso, requerer a intervenção das autoridades para alterar determinados aspectos de relacionamentos contratuais que se afiguram contrários à lei (grifo nosso)*”.

5. Que constitua esta a sã doutrina, - nas implicações recíprocas econômicas e jurídicas da espécie “*sub-júdice*” - já se prevê no primeiro capítulo⁷³ da única monografia doutrinária e interpretativa da lei 6729/79, e constante da Nota Técnica do assessor Alexandre Gheventer, em anexo, que incorporo ao voto.

6. Mas já há quase dois séculos a crítica ao Código Napoleão desmitificava a idolatria ultra-liberal da rigidez dos contratos.

Quando **René Savatier** luminosamente desvela a crescente publicização dos direitos privados e seus abusos (“*Du Droit Privée au Droit Publique*”), não mais que sumariza toda a construção jurídica elaborada ao longo do século 19, e criadora de doutrinas limitadoras ao absolutismo dos contratos, tais como: **Teoria do Risco, Teoria da Imprevisão, Teoria do Abuso do Direito, dos Contratos de Adesão, das cláusulas leoninas**, e da cláusula “**rebus sic stantibus**”.

⁷³ Coelho, José Washington. *A Concessão Comercial de Veículos Automotores*; Ed. Resenha Universitária; São Paulo; 1981.

Não por acaso, os mais ferozes adeptos do absolutismo contratual através do brocardo “**Pacta sunt servanda**”, convenientemente olvidam que a frase completa é, precisamente **Pacta sunt servanda, rebus sic stantibus**, ou, livremente, “os contratos devem ser cumpridos, mas desde que mantidas as condições originais”.

Tão vetusta doutrina já fazia **Royer Collard**, há mais de 100 anos, alcinhar a legislação civil como a dos “Códigos do Patrão, do Credor e dos Proprietário”, a saber, sempre em defesa dos mais fortes.

7. À obviedade, contratos desta natureza, entre partes com desigual força, são especialmente vulneráveis à **vícios de vontade**.

E, não infreqüentemente, contém **cláusulas nulas, anuláveis ou consideradas não escritas**.

Tais os valores jurídicos-filosóficos que iluminam nossa ótica na análise do procedimento.

8. Em síntese, **a representação não teve sua fase probatória concluída**- que se impunha, à nosso juízo, por toda a fundamentação precedente. **Há evidentes indícios de infração à ordem econômica**.

A doutora Procuradora (fls. 874), desde logo, considera “*evidenciados nos autos os seguintes fatos que poderiam caracterizar infrações à ordem econômica conforme denunciado, dos quais podemos destacar, entre outros:*”

- Imposição pela Representada às distribuidoras de aquisição de ferramentas como condição para o fornecimento de veículos, conforme documentos de fls. 518, 520 e 522;
- Aumento arbitrário de preços em relação ao valor de mercado conforma documento de fls. 524;
- Venda direta a terceiros com preços inferiores menores que os preços praticados para os distribuidores, conforme se infere do documento de fls. 526/540.

E mais. Como visto, o final de seu despacho (fls. 875) suscita a hipótese de “venda casada” envolvendo serviços bancários, a demandar escrutínio rigoroso.

9. Há, pois, mais do que indícios firmes contra a representada que, de resto, não caminha isolada nas práticas discutidas e discutíveis. Há um padrão análogo às demais montadoras.

A investigação firme deste caso, portanto, envolve de alguma forma levantar o véu de todo o esquema de distribuição e comercialização de veículos no país. O que não é pequena coisa.

10. Pelo que conheço do recurso de ofício para provê-lo, modificar a decisão de arquivamento e determinar o prosseguimento da instrução - que tomará como ponto de partida as condutas enumeradas no despacho do Sr. Secretário que instaurou o processo (fls. 172), devendo ser adotadas, explicitamente as seguintes diligências sem prejuízo de outras como parte da investigação da SDE:

- apresentar cópias dos contratos de concessão;
- trazer aos autos relação das peças e componentes de reposição e ferramentas;
- trazer aos autos relação dos preços em vigor da Ford e das concorrentes para os itens acima;
- consultar a ANFAVEA e o INMETRO sobre a certificação do padrão de qualidade das peças e componentes de reposição e ferramentas, devendo a análise abranger pelo menos 25% do universo das peças;
- consultar o Banco Central sobre a regularidade do serviço bancário acima cogitado;
- investigar a influência da montadora na formação dos preços acima mencionados e o seu poder no mercado relevante;
- informar à SEAE/MF, em tempo, sobre a realização das diligências para fins do disposto no art. 38 da Lei nº 8.884/94;
- se o processo administrativo não for ultimado no prazo de 90 dias, solicite-se informar ao CADE a cada 60 dias sobre as providências em curso, permitindo-se ao Relator e/ou a Procuradoria do CADE observar a instrução.

Ainda, envie-se cópia do acórdão completo ao Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Distrito Federal) para acompanhar a instrução, querendo.

É o voto.

Bsb, 2 de dezembro de 1997

Leônidas Xausa
Conselheiro Relator