

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

REPRESENTAÇÃO Nº 006/94

Representante: COPIAS HELIOGRÁFICAS AVENIDA CENTRAL
Representada: XEROX DO BRASIL LTDA.
Relator: CONSELHEIRO PAULO DYRCEU PINHEIRO

EMENTA: Licitação Pública - Competência do CADE - Inexistência de Abuso do Poder Econômico - Proposta de Arquivamento

Cópias Heliográficas Avenida Central Ltda., por carta de 04 de março de 1994 (fls.01/05), representou à então Secretaria Nacional de Defesa Econômica, contra Xerox do Brasil Ltda., que, *“abusando de sua condição de virtual detentora da tecnologia de reprografia, (...), passou a exercer práticas não equitativas, seja elevando desmesuradamente seus preços, seja condicionando a locação de equipamento à aquisição dos insumos imprescindíveis a seu funcionamento, estes sempre a preços e condições desfavoráveis, com reajustes acima das taxas inflacionárias .”*

2. Desde setembro de 1993, data na qual, por iniciativa da ora representante, formalizou-se denúncia do contrato que vinculava as duas empresas, a representada por isso mesmo teria desencadeado retaliações, *“às vezes veladas, às vezes ostensivas, como (...) a participação em concorrências e oferecendo preços inferiores aos que ela mesma, XEROX, cobra a seus usuários.”*

3. Em concorrência realizada pela PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S/A, em verdade o motivo da contenda levada ao crivo da hoje Secretaria de Direito Econômico – SDE, XEROX oferecera, ainda segundo o relato da representante, preços inferiores *“aos que cobra de seus usuários atuais e, por igual, inferiores, aos que resultariam dos preços que cobraria da ora Requerente, se vigente estivesse o contrato denunciado”*, tudo em decorrência de *“nítido propósito de vingança e retaliação, na clara tentativa de esmagar sua ex-contratada, a ora Requerente, pela ousadia de ter ela passado a utilizar a tecnologia KODAK, tecnologia essa capaz, por si só, de reduzir os preços que então praticava, quando utilizava a tecnologia XEROX.”*

4. Informa a representante que, em vista dos regramentos estipulados no edital, interpôs o devido recurso à Petrobrás, a qual recebera da XEROX pro-

posta com vícios, já que nela se contemplava fornecimento de insumos, papel, mão de obra e equipamento, caracterizando-se venda casada.

5. Antes de emitir parecer, o Departamento de Proteção e Defesa Econômica – DPDE, da Secretaria de Direito Econômico, cobrara da representada esclarecimentos, prestados, de par com histórico da empresa e arrazoado, em longo documento de que se enuncia o seguinte:

a) o pedido foi encaminhado a instância que não possui atribuições específicas para apreciá-lo. Só o poder judiciário pode anular ou suspender concorrência pública;

b) a SDE deve examinar condutas, práticas, escapando à sua competência a análise dos resultados de processos licitatórios. Menos, ainda, fazer qualquer suspensão, anulação ou modificação de resultado;

c) a diferença entre a proposta feita pela representada e a oferecida pela representante foi de 1,64% (hum, vírgula, sessenta e quatro por cento). Se houve abuso de poder econômico, a própria representante nele incorrera;

d) a representante afirma que foi cliente da XEROX desde sua constituição. Criou-se e muito cresceu, em todos esses anos, como cliente da empresa que agora denuncia;

e) o objeto da licitação (ampla gama de serviços de cópia) não configura venda casada, é uma terceirização, fenômeno moderno muito difundido e grande redutor de custos, além de ser inteiramente legal;

f) a representante alega a prática de preços abaixo do custo de produção. Não atenta para o fato de que tal acusação poderia, se verdadeira, facilmente reverter contra ela própria; seu preço é similar ao apresentado pela XEROX, está no mesmo patamar;

g) a representante quer fazer crer que a representada, por ser fabricante, não pode operar seu próprio equipamento. Será que a Xerox, porque não fornece mais equipamentos à representante, a pedido desta, ficou proibida de disputar mercado com ela? Isto é, ex-cliente da XEROX passa a ter imunidade licitatória plena e definitiva contra a empresa;

h) a própria inicial fala em prática de preços inferiores aos cobrados dos usuários. Ora, em uma concorrência não se adota preço de catálogo, sob pena de manter seus concorrentes previamente informados de suas propostas;

i) no tocante a preço, a participação em um processo de licitação, mediante a apresentação de propostas lacradas, pressupõe simplesmente o atendimento a sua finalidade precípua, ou seja, o da ampla competição, de modo que a Administração Pública possa escolher e optar pela proposta que lhe é mais vantajosa, entre aqueles habilitados para fornecer o objeto licitado;

j) não há qualquer dispositivo que proíba as empresas licitantes de cotar preços superiores ou inferiores aos cotados em outras licitações ou cobrados

de qualquer outro cliente ou que obrigue a manter sempre o mesmo preço cotado em várias licitações e clientes.

6. No seu parecer(fls. 210/8 e 223), enfim, a que deu assentimento a Sra. Secretária de Direito Econômico, Substituta, em despacho de 29.07.96 (fls. 226), o DPDE entende que não *“deva adentrar em questões oriundas de procedimentos licitatórios, (...), por se tratar de matéria da alçada da justiça comum”*, sem prejuízo de afirmar que a conduta da representada não configurou venda casada, porquanto esta *“não se caracteriza somente pelo fato de uma empresa fabricar seus equipamentos e insumos, utilizando-os como prestador de serviço.”*

7. Avança, ainda, na questão do preço, salientando que, *“se confrontadas as propostas da Representante e da Representada, somente em relação ao item ‘ACABAMENTO’, constata-se que procede a denúncia supra.”* Ressalva, no entanto, o DPDE que o certame *“englobava um pacote de produtos e serviços, que considerava como um todo, a locação dos equipamentos, os materiais e a mão-de-obra; em sendo assim, ter-se-á que levar em conta a totalidade dos itens, haja vista que a discrepância de preços é claramente perceptível em todos os itens, uns cotados a mais pela Representante e outros pela Representada.”*

8. Conclui o DPDE sua participação sustentando o arquivamento do feito, não sem ter consignado que a diferença de 1,64% entre os valores das duas propostas *“não sugere a prática de preços predatórios nos termos colocados pela Representante.”*

9. No CADE, o processo como de praxe tramitou pela Procuradoria, que registrou não ter esta Autarquia *“competência para se posicionar sobre o assunto, isto porque, o poder de revogar e anular a licitação é da competência exclusiva da PETROBRÁS”*, embora asseverando que *“não restou provado pela Representante cometimento pela Representada de infração à Lei.”*

É o relatório.

VOTO

10. Não é inédita a figuração da XEROX em processos cursados no CADE. Época houve em que, por exemplo, representações exitosas foram aqui apresentadas contra aludida empresa, a maior parte das quais versando sobre operações conhecidas como “venda casada”, especificamente imposição às então representantes, no papel de locatárias de máquinas de reprografia, de uso exclusivo de produtos de consumo fabricados com a marca XEROX.

11. Há nestes autos referências à prática, mas, como ressaltado de início, deseja a ora representante questionar e tornar sem efeito licitação efetuada por PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S.A.

12. Os processos de licitação impulsionados pela Administração Pública, aí também compreendidos entes paraestatais, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, são em regra suscetíveis de cancelamento, no plano administrativo, pelo órgão ou entidade que os deflagrou.

13. Digo de maneira geral, por enxergar tal prerrogativa inserta paralelamente na esfera de competência do CADE, na medida em que, consoante bem assinalado pelo ex-conselheiro Mauro Grinberg (“O Direito das Licitações e o Direito da Concorrência Empresarial” – Revista do IBRAC - vol. 3 - nº 5 - maio de 1996, fls. 44/51), *“a existência de uma infração contra a lei de licitações (...) pode implicar igualmente existência de uma infração concomitante contra a ordem econômica.”*

14. No articulado, o ilustre doutrinador não descarta hipótese de eliminação de concorrência por meio de escolha arbitrária de um único ofertante, ensinando que a *“violação pode ter como agentes não apenas o concorrente beneficiado como também e principalmente o Poder Público favorecedor da eliminação da concorrência.”*

15. Isso considerado, peço vênia de conseguinte para divergir em parte de nossa Procuradoria, uma vez que o CADE, sobretudo ao se valer de sua competência adjudicadora, pode determinar cancelamento de licitação da espécie, quando e se julgar que a seleção divulgada no edital pelo órgão ou entidade pública, já em andamento ou não, fere disposições da ordem econômica.

16. Entretanto, a interferência da Autarquia se circunscreverá a fundamentados expedientes que, dirigidos aos responsáveis pelo processo após detida análise em que se concluiu pela ocorrência de vícios insanáveis, irão conter declaração no sentido da necessidade de anulação – ou não realização, se ainda em fase de implantação – do processo competitivo. Defeso será, é bom esclarecer, aventar revogação, porque esta se constitui em ato de soberania do

órgão responsável pelo certame, praticado por razões de conveniência e oportunidade, as quais em qualquer caso não incumbe ao CADE aferir.

17. Quanto ao mérito propriamente dito da vertente representação, parece-me simples o desate da questão. Certo que as propostas consolidadas das duas contendoras diferiram em apenas 1,64% (hum, vírgula, sessenta e quatro por cento), não há cogitar em favorecimento a título algum. Deixo por outra parte de tecer comentários acerca da medida judicial noticiada nos autos e lembrada por nossa Procuradoria, tendo em vista inexistir informação atualizada sobre eventual desfecho.

18. Assim, conheço do recurso de ofício interposto pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, negando-lhe provimento, e sugiro o arquivamento do processo.

Brasília (DF),

Paulo Dyrceu Pinheiro
Conselheiro Relator

