

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 121/92**

**Representante: Ministério Público do Estado de São Paulo - Centro de Apoio Operacional de Proteção ao Consumidor (CENACON)**

**Representados: Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo SIEEESP e Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP**

**DECISÃO**

*À unanimidade, o Conselho decidiu pela procedência da representação, por fato capitulado no art. 30, inciso XV da Lei n° 8.158/91, e com base no artigo 43 da Lei n° 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, no art. 4° da Lei n° 8.035, de 08 de janeiro de 1990, e na Resolução CADE n° 02, de 21 de outubro de 1992, condenou o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP ao pagamento da multa no valor de Cr\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de cruzeiros reais), a ser paga no prazo máximo de dez dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União. Decidiu, ainda, o Conselho, por unanimidade de votos, pelo retorno do processo à Secretaria de Direito Econômico - SDE para que sejam produzidas as provas requeridas pela Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP bem como ao indiciamento dos sindicatos afiliados a esta Representada.*

Plenário do CADE, 6 de junho de 1994

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente MARCELO MONTE IR O SOARES - Conselheiro Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MA TIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente

CARLOS ALBERTO NUNES - Procurador "ad hoc"

*PARECER DO PROCURADOR MARCELO CERQUEIRA*

1. Em 25 de agosto de 1992, o ilustre Procurador-Coordenador do CENACON/MPSP representou ao Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça para que este solicitasse providências ao CADE contra abusos do poder econômico que estaria sendo praticado pelo Sindicato de Estabelecimentos de Ensino do estado de São Paulo, prática que também seria adotada pela Federação Interestadual de Escolas Particulares (FIEP) no que se refere a mensalidades escolares e prestação de serviços educacionais.

2. Entendia, como entende, o denunciante, que estaria violado o art. 3º da Lei nº 8.158/91, na medida em que na Convenção projetada para se realizar no dia 17 de setembro de 1992, em Cuiabá, Estado do Mato Grosso, os sindicatos de 17 Estados da Federação, inclusive o de São Paulo, a FIEP recomendaria a adoção conjunta de critério de reajustes dos encargos educacionais com base na variação mensal dos índices econômicos, o que afrontaria a lei nº 8.170/91, que regula os reajustes de mensalidades escolares, quando determina que, uma vez fixada a primeira prestação devida ao estabelecimento de ensino pelo aluno ou responsável, quarenta e cinco dias antes do início do ano letivo, e vencida a fase de negociação prevista pelo art. 1º da referida lei, as mensalidades escolares somente poderão ser reajustadas na proporção de 70% do que for dado aos professores e pessoal técnico-administrativo como acordo salarial ou dissídio da categoria, e mais 30% da variação do INPC de janeiro a julho, inclusive, mas, apenas, em agosto de cada ano.

3. Tal ajuste, continua a representação do MPSP, implicaria, ainda, violação ao art. 4º, inc. "a", da Lei nº 8.137/90 (A denúncia compõe o 1º vol.).

4. Em seguida, o Diretor do DPDE (fls. 21 do 1º vol.), com base no Parecer de fls. 15/20, determina a instauração de processo administrativo, além da notificação das representadas para, querendo, apresentar defesa prévia e requerer as provas que, proventura, pretendam produzir. O Parecer acima referido, depois de bem relatar os fatos, conclui por considerar que a conduta das representadas contraria dispositivos da Lei nº 8.158/91 (art. 3º, ines. XV e XVII).

5. As representadas são regularmente citadas (fls. 27v e 29v) e o DNPE a elas solicita a apresentação dos documentos que relaciona (fls. 30 e 31).

6. Em seguida, o SDE oficia à Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda solicitando o competente parecer técnico (Decreto nº 36/91, art. 6º).

7. Adiante, o Sindicato representado (fls. 901202) oferece defesa prévia em que refuta os termos da denúncia do MP/SP negando a existência

de "normas orientativas, traçadas ao seguimento filiado". Relaciona provas que pretende produzir e requer o arquivamento da representação, afinal. Em abono à tese que defende, junta diversas decisões judiciais.

8. A FIEP inicia (e esgota) o 2º volume com a sua defesa prévia e documentos que acosta. Alega que a reunião, diferentemente do informado na representação, teria sido realizada, em Campo Grande e não em Cuiabá (fls. 206, vol. 2), como se a localização do conclave pudesse alterar a natureza dos fatos. Reproduz a documentação de sua já citada afiliada, com o que também esgota o volume. Sua linha de defesa é a mesma do Sindicato representado.

9. Abre-se o 3º vol. com ofício do CENACON acompanhado de "documentação relativa ao período de 5 (cinco) anos, durante os quais as entidades sindicais patronais, ora representadas sempre recomendaram aos seus filiados, à desobediência às normas vigentes em matéria de mensalidades escolares, vindo, então, em 1989, e até o presente, a recomendar a adoção de "contrato padrão" ou de adesão em manifesto confronto ao texto ora vigente...". As provas (fls. 347/696) são constituídas de recortes de jornais, inclusive de editais e manifestações oficiais das representadas, declaração à imprensa por seus representantes, "sempre no sentido de desrespeito à legislação vigente, além de cópias relevantes de processos judiciais em andamento, e especificamente noticiando o insurgimento deste órgão público contra a indexação das aludidas mensalidades (por exemplo, e como explicitado, pelo BTN, e mensal, para 1993, o ICV-FPE (V. fls. 344/345 segs).

10. Encerra o 3º vol. ofício do Diretor-Adjunto do DAP ao Secretário da SDE em que solicita cópia do contrato-padrão adotado pelas Escolas. O ofício (fls. 697) é de 02.12.92.

11. Merece relevo, já no 4º vol., a análise elaborada pelo Chefe de Divisão do DPDE (fls. 729/767) sobre a defesa prévia das representadas, que relata e examina. O Parecer rejeita as preliminares Argúidas pelas deferentes (fls. 757 e segs.), considera a influência das representadas "negativas para o mercado a que se dirige pois são lesivas à concorrência" (fls. 766). Sugere seja recomendado aos representados a não edição dos "contratos-padrão", ainda que "sob o título de orientativos ou qualquer outro documento que resulte a uniformização de conduta comercial devendo os Estabelecimentos de Ensino praticar reços de conformidade com os custos reais, utilizando de índice para o reajuste dos preços da mensalidade fixados por Lei - Lei nº 8.170/91 e 8.178/91 -, desconstituindo, por conseguinte, a conduta uniforme e acertada anteriormente" (fls. 766). E conclui por considerar subsistente a representação "sugerindo a adoção das providências ínsitas na alínea b do art.

60 da Lei nº 8.158/91, por enquadrarem-se as condutas denunciadas no item XV do art. 30 da citada norma legal" (fls. 767).

12. A fls. 769 o Diretor Interino do DPDE acolhe os termos do Parecer supra e encaminha o processo ao Secretário de Direito Econômico (fls. 769).

13. Em prosseguimento, os autos registram incidente processual bem resolvido (fls. 776/777).

14. A Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda oferece seu Parecer a fls. 785/789, que conclui terem as escolas, "por orientação do Sindicato" reajustado os preços "no índice de 235,07% acima do permitido pela legislação em vigor" (fls. 789).

15. Longas petições das representadas (fls. 790/845) requerem a nulidade do processo por alegado cerceamento de defesa e insistem no arquivamento da representação. O primeiro pedido não tem amparo legal e o pedido de arquivamento será objeto de apreciação ao final.

16. Voltam aos autos à Divisão do DPDE que, antes de se pronunciar sobre as defesas finais das representadas, sugere a adoção das medidas preconizadas no Parecer da Secretaria de Política Econômica (MF) quanto à abertura de procedimento de ofício contra todas as escolas cujos contratos de prestação de serviços educacionais constem deste processo administrativo, além de outras providências que sugere, todas pertinentes (fls. 846/848), e acolhidas a fls. segs.

17. Volta o Chefe de Divisão do DPDE e, em longo arrazoado (fls. 857/903), oferece novo relatório, examina as defesas das representadas e conclui pela precedência da denúncia e sugere finalmente, a remessa do processo a este CADE com fundamento no art. 70 da Lei nº 8.158/91. Parecer acolhido pela Coordenadora Geral Técnica (fls 904/906) em 25 de junho de 1993. Não é diferente o despacho do Diretor do DPDE, fls. 907.

18. A fls. 908 o bem lançado despacho do Secretário de Direito Econômico.

19. A fls. 916/958 as razões de recurso das representadas. Argüem, em preliminar, a "incompetência da autoridade julgadora, como o cerceamento de defesa", e, no mérito, sustentam a legalidade dos respectivos procedimentos. As preliminares continuam sem amparo legal e o mérito será afinal examinado.

20. A fls. 970, o MPSP, em ofício dirigido ao Secretário de Direito Econômico, comunica que a primeira representada, apesar do seu despacho (item 18 supra), reincide na prática condenada Junta prova.

21. Após correta solução de incidente processual suscitado pela parte, o Secretário de Direito Econômico encaminha o processo ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça (fls. 982), que, por sua vez, determina a oitiva do Consultor Jurídico deste Ministério sobre o incidente processual já referido, o qual se manifesta pela intempestividade dos apelos e opina pelo indeferimento dos recursos em função do perdimento de prazo, Parecer que é acolhido pelo Ministro de Estado que ainda remete o processo a este órgão, onde é distribuído ao ilustre Conselheiro Marcelo Monteiro Soares que, desde logo, a fls. 1000/1001, resolve consulta do ilustre Secretário de Direito Econômico.

22. Vêm-me os autos em 25 de novembro de 1993.

23. O Parecer do ilustre Secretário de Direito Econômico (já referido no item 18 acima), bem consolida o conjunto de manifestações dos diversos órgãos que se pronunciaram neste processo. A Nota Técnica de fls. 857/903 do DPDE, e a manifestação de fls. 904/906 da Coordenadoria Jurídica do Departamento, além do Despacho nº 171/93 do seu Diretor, demonstram cabalmente a imposição de conduta comercial uniforme ditada pelas Representadas. Por sua vez, o Parecer de fls. 784/789 do órgão técnico do Ministério da Fazenda conclui que as escolas, por orientação do Sindicato, reajustaram os preços acima do permitido pela legislação em vigor, o que viola a Lei nº 8.158/91.

24. A defesa das Representadas é espantosa quando sustenta (fls. 244, vol. 2, por exemplo) que "Nenhuma lei infraconstitucional é aplicável ou tem incidência na esfera de direito das escolas particulares de ensino deste País!" (A exclamação é também do original). E vai além quando também sustenta (mesma pago cit.) que "Cabe à Escola Particular estabelecer mês a mês o valor das mensalidades escolares, segundo as leis do mercado e de acordo com os ajustes". E arremata confundindo deontologia constitucional com capitalismo selvagem: "Ainda à condição de dogma constitucional, a liberdade do ensino particular abrange o direito de contratar e de fixar valores sem ingerência do Poder Público".

25. As leis anteriores a uma nova Constituição são por ela recepcionadas quando compatíveis com suas disposições. As leis novas ou são constitucionais ou não são constitucionais, cabendo ao Judiciário, pelo controle concentrado ou difuso, decidir da sua constitucionalidade por Arguição de qualquer dos legitimados ativos.

As leis sobre educação anteriores ao novo texto foram pela Constituição recepcionadas e em curso estão em plena vigência não se lhes negando eficácia. É o caso das leis que sustentam a ilegalidade dos procedimentos das entidades representadas.

26. Assim, a denúncia é rigorosamente procedente contra ambas as entidades. A prova da 'mação de cartel é inibidor da livre concorrência e insofismável. A prática do sindicato representado é lamentavelmente seguida em muitas unidades da federação. Agora mesmo, antes, durante e após a edição da MP n° 434, escolas, entre outros especuladores, têm abusado do aumento de preços, tornando incalculável o universo dos vitimizados. O ldicato representado, em especial, reincide na prática abusiva mesmo após sua condenação pelo SDE. As entidades associadas são também passíveis de enquadramento s itens XV e XVII, do art. 3° da Lei n° 8.138/91 e por isso devem ser processados. A todos estes os rigores da lei. É o Parecer.

Brasília-DF, 8 de março de 1994

Marcelo Cerqueira

Procurador

## **RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES**

Trata-se de representação oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - EEESP e a Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP, em que os Representados são acusados da prática das infrações previstas nos incisos XV e XVII do art. 3° da Lei n° 8.158, de 08 de janeiro de 1991.

Alega, o Representante que o SIEEESP estaria induzindo as escolas particulares, a ele filiadas, a adotarem contrato-padrão para prestação de serviços educacionais, ,strumento esse que resultaria em reajustes lineares as mensalidades escolares com base em índice econômico (fls. 02).

Diz o Representante que, desde 1989, o Sindicato vem elaborando contratosldrão eivados de ilegalidade. Em 1989, prossegue o Representante, o Sindicato já engendrava contratos para vigorarem em 1990, nos quais as mensalidades escolares eram indexadas pelo BTN, em desrespeito à Lei n° 7.799/89 e às deliberações 10 e 11/89 do Conselho Estadual de Educação, que expressamente vedavam esse reajuste. Em 1991, com a abolição do BTN, o Sindicato elegeu a TR como novo indexador, contrariando dessa vez, a Lei n° 8.170/91, onde se estabelece que após definido o valor da prestação devida ao estabelecimento de ensino pelo aluno, esta somente poderá ser reajustada na proporção de 70% do que for concedido aos professores e pessoal técnico-administrativo no acordo salarial ou dissídio da categoria, e mais 30% da

variação do INPC de janeiro a julho, inclusive, mas apenas, em agosto de cada ano (fls. 02/03).

Alega, ainda, o Representante que a FIEP, entidade que representa sindicatos que ongregam escolas de diversos Estados, pretendia realizar convenção com o objetivo recípuo de recomendar à adoção do critério de reajustes mensais dos encargos ducacionais, com base na variação de índices econômicos (fls. 02/03).

Com a representação vieram os documentos de fls. 07/10.

O DPDE, após solicitar informações aos Representados (fls. 12/14), manifestou-se em nota técnica, onde conclui que os Representados estariam, através do contrato-padrão, influenciando a adoção de conduta comercial uniforme entre as escolas particulares. Ao incluir nos contratos cláusulas de reajustes indexados a um índice econômico, que varia mensalmente, estariam os Representados contrariando as leis que regulam a prestação dos serviços de ensino e prejudicando os consumidores, os quais ficam tolhidos no seu direito de escolha (fls. 15/20).

Segundo, ainda, a nota técnica, em persistindo a conduta do Sindicato, restaria prejudicado o sistema de ensino particular, com perspectivas de agravamento, uma vez que a FIEP pretendia estender a prática para os sindicatos a ela filiados.

Conclui o DPDE pela instauração do processo administrativo, com base nos incisos XV e XVII do art. 3º da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991.

Instaurado o processo (fls. 21), os Representados foram notificados para oferecer defesa prévia (fls. 25/28) e fornecer documentos (fls. 29/30), que vieram aos autos às fls. 336/341.

O Secretário de Direito Econômico, "ex. vi" do disposto no art. 6º do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36/91, solicitou parecer técnico à Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda (fls. 32).

O Representante encaminhou ao DPDE, dentre outros documentos, modelos do contrato-padrão recomendados pelo SIEEESP às escolas particulares do Estado, referentes aos anos de 1990, 1991, 1992 e 1993 (fls. 35/88).

O Sindicato, em defesa prévia acostada às fls. 90/93 e 113/144, alega, em síntese: que não existe a adoção de contrato-padrão e, sim, normas orientativas traçadas às entidades filiadas, as quais não constituem infração ao art. 3º da Lei nº 8.158/91, nem ao art. 4º, inciso II, alínea "a" e ao art. 6º, inciso II, ambos da Lei nº 8.137/90; que os serviços prestados pelas escolas

não têm a mesma qualidade e nem o mesmo preço, sendo impossível, portanto, a sua cartelização; que o Ministério da Justiça e o Ministério Público não têm legitimidade para examinar a matéria tratada nos autos, visto não serem competentes para analisar a constitucionalidade das leis que estabelecem parâmetros para a fixação de encargos educacionais; que em decorrência do art. 1º, inciso IV; do art. 170, incisos II e IV, e do art. 209, incisos I e II da Constituição Federal, só é admissível a ingerência do Poder Público na delimitação do funcionamento das escolas e na avaliação de qualidade dos seus cursos, não podendo imiscuir-se na relação de direito material existente entre a escola particular e os alunos, que é de caráter financeiro e estritamente de direito privado; que o Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, consagra os valores sociais do trabalho e o princípio da livre iniciativa, o qual permite a cada um gerir a sua empresa de forma autônoma, ressalvada as proibições de ordem legal e constitucional; que o ensino particular constitui atividade autorizada pelo Poder Público, não ensejando a constitui-l o qualquer interferência na de fixação de preços, que o Poder Judiciário já decidiu que a interferência do Poder Público restringe-se ao controle pedagógico da escola e que, no tocante à ordem financeira, os estabelecimentos particulares têm total autonomia por tratar-se de matéria de direito privado; que a orientação do Sindicato quanto a prática de atualização mês a mês dos valores das mensalidades sugere apenas a recomposição mensal da moeda, corroída pela inflação; que a aplicação de índice oficial refere-se à correção monetária e não é reajuste, tendo sido respaldada por decisões judiciais; que a realidade das escolas particulares é estritamente regional, diversificada e heterogênea, não se podendo, pois, aglomerá-las, situando-as no mesmo nível e submetendo-as à legislação infra-constitucional, de modo a praticar e cobrar mensalidades no mesmo patamar de valores, que a relação jurídica existente entre as escolas e os alunos é exclusivamente privada, contratual, e que se algumas escolas particulares praticarem preços abusivos a questão deve ser dirimida junto ao Poder Judiciário; que a legislação editada pelo Poder Público, referente a abuso do poder econômico fere e viola os princípios constitucionais do contraditório e do exercício pleno do direito de defesa.

Protesta, ao final, pela produção de provas.

À defesa prévia do SIEEESP veio acompanhada dos documentos de fls. 94/112 e 143/202.

Às fls. 205/256 encontra-se a defesa prévia oferecida pela FIEP, na qual a Representada, reiterando os termos da defesa apresentada pelo Sindicato, alega, ainda, que a convenção que se realizaria na cidade de Cuiabá, no dia 17.02.92, não aconteceu e que, quando reunida com seus

afiliados, não apresentou qualquer contrato-padrão, tendo apenas recomendado que nos contratos de prestação de serviços educacionais, para o ano de 1993, fosse oferecida aos contratantes uma cláusula opcional que permitisse reajustes menores e mais frequentes, devendo as escolas observar a devida compatibilização dos preços com os custos. Protestou, ao final, pela produção de provas.

Com a defesa prévia da FIEP vieram os documentos de fls. 209/314.

Às fls. 315/316 está a correspondência enviada pelo Representante ao DPDE, que se faz acompanhar de documentos relacionados aos reajustes dos professores de São Paulo, no período de 1990/1992; do comunicado do SIEEESP, publicado no Jornal "O Estado de São Paulo", que instrui as escolas a repassarem 26,23% para as mensalidades escolares, percentual referente à variação mensal do ICV /FIPE, e do modelo de contrato-padrão exigido pelas escolas por recomendação do SIEEESP.

Às fls. 329/335 os Representados ofereceram o ról das testemunhas indicadas em suas defesas.

O Ministério Público Estadual, ainda em aditamento à peça vestibular, apresentou os documentos de fls. 344/694.

Às fls. 729/762 encontra-se a nota técnica elaborada pelo DPDE, concluindo que o comportamento dos Representados feria as normas de defesa da concorrência, pois os contratos-padrão nada mais seriam do que instrumentos que expressam a vontade uniforme da categoria.

Sugeriu o DPDE que, de ofício, fosse instaurado processo contra todos os estabelecimentos de ensino cujos nomes constassem dos autos, uma vez que a adoção dos contratos elaborados pelo Sindicato levava à prática de aumentos arbitrários de lucros.

Face à conclusão do DPDE, o Secretário de Direito Econômico determinou o prosseguimento do processo e a notificação dos Representados para que apresentassem suas defesas (fls. 771).

Às fls. 784/788 encontra-se o parecer da Secretaria Nacional de Economia, que conclui que as escolas, no ano de 1992, por orientação do SIEEESP, teriam reajustado os preços no percentual de 235,07% acima do permitido pela legislação em vigor.

Às fls. 790/817 e às fls. 818/845 encontram-se, respectivamente, as defesas finais do SIEEESP e da FIEP.

Os Representados, reafirmando os argumentos anteriormente apresentados, acrescentaram, em preliminar, que o processo administrativo padece de nulidade, porquanto não lhes foi permitido produzir a prova

testemunhal por que haviam protestado, cerceado, assim, o seu direito de defesa.

No mérito, alegam, em síntese que, no cumprimento de seu mister constitucional, apenas orientam seus associados, no que tange aos seus direitos e interesses; que a divulgação em jornais das deliberações tomadas em assembléia constitui a transparência das suas atividades e representa o direito constitucional de livre expressão do pensamento; que a livre iniciativa no ensino é assegurada expressamente na Constituição Federal (art. 5º, inciso XXXVI); que a Lei nº 8.170/91 estabeleceu um regime especial de fixação das mensalidades escolares, submetendo as escolas a um mecanismo de negociação, próprio de liberdade constitucional, admitindo o sistema de alinhamento definido contratualmente; que a Lei nº 8.170/91, apenas vedou o reajuste e não a atualização dos valores das mensalidades escolares.

No relatório final de fls. 856/903, o DPDE sugere o encaminhamento do processo ao CADE, na forma do art. 7º da Lei nº 8.158/91.

O Secretário de Direito Econômico, com base no art. 12 da Lei nº 8.158/91, adoto medida preventiva, determinando que os Representados se abstivessem de adotar a prática objeto da representação, e prevendo, para o caso de descumprimento, a multa diária no valor de vinte mil UFIRs. Determinou, ainda, que o DPDE acompanhasse, comportamento dos Representados (fls. 909).

Irresignados com a decisão do Secretário da SDE, o SIEEESP e a FIEP recorreram ao Ministério da Justiça, oferecendo as razões de fls. 922/958 e fls. 916/921 respectivamente.

O Representante, em correspondência dirigida à Secretaria de Direito Econômico, informou, mais uma vez, que o SIEEESP persistia em adotar a conduta considerada abusiva pela SDE, encaminhando, com a correspondência, publicações do Jornal "O Estado de São Paulo" sobre a matéria (fls. 959/972).

O Ministro da Justiça, em despacho de 16.08.93, decidiu pelo indeferimento dos recursos interpostos pelos Representados e pelo encaminhamento dos autos ao CADE, para julgamento (fls. 985).

Às fls. 986/989 encontra-se fax, enviado pelos Representados, no qual manifestam-se sobre a decisão do Ministro da Justiça, fazendo encaminhar os documentos de fls. 990/996.

À fls. 1010 encontra-se cópia do despacho exarado pelo Secretário de Direito Econômico, no qual, à vista do descumprimento da medida preventiva adotada contra o SIEEESP, aumenta, em dez vezes, o valor da multa diária imposta ao Representado.

Às fls. 1016/1020 está o parecer do ilustre Procurador do CADE manifestando pela procedência da representação.

Em 04.04.94 os Representados requereram que o processo fosse retirado da pauta de julgamento, ao argumento de que ignoravam os termos da manifestação do Consultor Jurídico acolhido pelo Ministério da Justiça, o que lhes foi deferido por este Conselheiro.

Em 14.04.94 os Representados em requerimento dirigido ao CADE, solicitam a suspensão da tramitação do processo, até que seja suprida a falha processual existente nos autos, caracterizada pelo não cumprimento do despacho do Ministro da Justiça às fls. 987, que determinou a manifestação do Consultor Jurídico sobre o pedido de reconsideração formulado pelos Representados, da decisão do Ministro da Justiça que considerou intempestivos os recursos por eles interpostos.

Constatada, por este Conselheiro, a falha processual elegada pelos Representados, encaminhei o processo à Consultoria Jurídica, na forma determinada pelo Ministro da Justiça.

Em 16.05.94 a Consultoria Jurídica manifesta-se pelo indeferimento do pedido, nantendo a decisão ministerial de fls. 985, que entendeu intempestivos os recursos hierárquicos interpostos pelos Representados, e submete o Despacho à apreciação do Ministro da Justiça.

Em 17.05.94 o Ministro da Justiça, mediante Despacho n° 190, aprova a manifestação da Consultoria Jurídica, e determina o encaminhamento dos autos para o CADE.

É o relatório.

Brasília, 01 de junho de 1994

Marcelo Monteiro Soares

## **VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES**

*EMENTA: Defesa da Concorrência. Lei 8.158/91. Fixação de critérios a serem observados na relação contratual entre escolas particulares e alunos. Elaboração de contratos-padrão e reajustes uniformes de mensalidades escolares. Prática que influencia a uniformidade do mercado. Procedência da representação quanto à conduta do SIEEESP.*

1. A Federação é acusada de recomendar aos sindicatos que representa, que influenciem seus respectivos afiliados, ou seja, as escolas

particulares, no sentido de adotarem contrato-padrão e de reajustarem, mensalmente, as mensalidades escolares.

O Sindicato é acusado de, mediante a elaboração de contrato-padrão, no qual é previsto desde índice econômico para reajustes das mensalidades escolares até multa para os casos de atraso no pagamento das mensalidades, estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência.

Os representados foram incurso no art. 3º, incisos XV e XVII da Lei nº 8.158, de 08 de janeiro de 1991, verbis:

Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza cuja finalidade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta Lei.

Segundo o Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, os reajustes previstos nos contratos-padrão elaborados pelo Sindicato, além de contrariarem a Lei nº 8.170, de 17 de janeiro de 1991, que estabelece regras para a negociação das mensalidades escolares, também prejudicam os alunos, porquanto estes não têm seus salários reajustados no patamar em que se dão os reajustes das mensalidades, e vêem-se sem opção, ficando obrigados, como meio de garantir suas vagas, a concordar com as cláusulas impostas.

2. Apesar das condutas dos Representados terem tido a mesma capitulação legal, serão apreciadas separadamente, iniciando-se pelos argumentos de defesa oferecidos pela Federação Interestadual das Escolas Particulares - FIEP.

A Federação Interestadual das Escolas Particulares - FIEP, entidade que representa sindicatos que congregam escolas de 14 Estados e de diversos Municípios, é acusada de recomendar a seus associados que influenciem seus respectivos afiliados, ou seja, as escolas particulares, no sentido de adotarem contrato-padrão e índices uniformes de reajustes das mensalidades escolares.

A acusação formulada pelo DPDE baseou-se na informação constante dos autos de que a Federação teria marcado convenção para o dia

17.09.92, em Cuiabá-MT, com o objetivo de discutir e recomendar aos seus associados que adotassem a mesma conduta adotada pelo SIEEESP.

Defende-se a Representada ao argumento de que, no dia marcado para a realização da convenção, reuniu-se, sim, na cidade de Campo Grande e não na de Cuiabá, tendo apenas recomendado aos seus afiliados que, nos contratos de prestação de serviços educacionais a serem firmados para o ano de 1993, fosse oferecida aos contratantes cláusula optativa que permitisse reajustes menores e mais frequentes, observada a dev compatibilização dos preços com os custos (fls. 206/207).

Conclui argumentando que sua conduta não constitui ilícito econômico, e que Federação não foi atribuída a prática de qualquer outro ato senão a de pretender realizar a referida convenção, com a finalidade de levar seus associados a adotarem a me: conduta adotada pelo SIEEESP.

A Federação, em sua defesa, requereu, como provas a serem produzidas, a exibição de certidão com o objetivo de comprovar a inexistência da reunião mencionada denúncia e o depoimento pessoal de todos os representantes sindicais a ela filiados (fls. 207).

O DPDE, ao indeferir a realização das provas requeridas pela Federação, e Sindicato, o fez ao argumento de que existiam nos autos provas materiais contra os Representados, ou seja, notas e editais, contratos-padrão e circulares encaminhadas às escolas. Indeferiu, ainda, argumentando que os Representados, ao serem notificados para apresentar provas, também o foram para fundamentá-las, o que não teria acontecido (fls. 900).

As informações trazidas aos autos que fazem referência à convenção, marcada FIEP são a representação oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 17) e recortes de jornais que noticiam que a convenção seria realizada, atribuindo, inclusive, ao Presidente da FIEP a declaração de que o sistema de adoção de contrato-padrão e de reajustes lineares das mensalidades escolares, que vigora no Estado de São Paulo, seria espalhado por todo o País. Atribui ainda ao Presidente daquela entidade a declaração de que essa posição seria comum aos sindicatos filiados, e que seria oficializada na convenção que se realizaria em Cuiabá (fls. 347, 349).

Certo é que tais informações não podem servir como prova contra a Federação, porquanto não traduzem, necessariamente, a verdade dos fatos, sendo passíveis de serem contestadas.

Restava, assim, ao DPDE deferir as provas requeridas pela Federação, até porque as provas materiais existentes nos autos, ou seja, notas, editais, contratos-padrão e circulares encaminhados às escolas, somente dizem respeito à conduta adotada pelo SIEEESP.

É que o DPDE, detendo-se em investigar a conduta do Sindicato, deixou de apurar a que se atribuía à Federação.

Considerou o DPDE para formulação da acusação contra a FIEP apenas as informações constantes da representação e dos recortes de jornais, sem contudo questioná-las sob o aspecto de sua prestabilidade como prova, ou se prestável, quanto a serem suficientes para a formação de um juízo positivo por parte daquele Departamento.

Houve, certamente, cerceamento do direito de defesa da Federação, porquanto as provas por ela requeridas eram necessárias à sua defesa.

Importante, ainda, é delimitar a conduta da Federação para melhor aferição de seus possíveis efeitos anticoncorrenciais.

Segundo consta da representação, a conduta adotada pelo SIEEESP estaria prestes a ser adotada em outros Estados, por intermédio de deliberação que seria tomada na convenção designada pela Federação (fls. 03).

Em outras palavras, a convenção seria realizada sob a direção da Federação, entidade representativa dos sindicatos, mas estes, uma vez presentes à convenção, é quem decidiriam por influenciar ou não as escolas particulares de seus respectivos Estados.

Vê-se, pois, que os efeitos anticoncorrenciais, se comprovados, da conduta da FIEP sobre o mercado em questão, seriam mediatos, porquanto os efeitos imediatos adviriam da conduta dos sindicatos, estes sim aptos a influenciarem, de forma direta, à adoção de conduta uniforme entre as escolas particulares.

Verifica-se, contudo, que os sindicatos não foram indiciados neste processo, não tendo sido, portanto, examinadas as suas condutas.

3. O Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP é acusado de, mediante a elaboração de contrato-padrão, no qual é estabelecido tanto o índice econômico para reajuste das mensalidades escolares quanto a multa, para os casos de inadimplência no pagamento dessas mensalidades, estar induzindo seus associados à índice econômico para reajuste das mensalidades escolares quanto a multa, para os casos de inadimplência no pagamento dessas mensalidades escolares quanto a multa, para os casos de inadimplência no pagamento dessas mensalidades, estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência.

Preliminarmente, o SIEEESP alega que a matéria relacionada aos contratos-padrão de 1990 e 1991 é objeto de ações civis públicas ainda não definitivamente julgadas, estando preventa e em litispendência junto aos tribunais que integram o Poder Judiciário (fls.791).

É de se ressaltar, porém, que os contratos-padrão que ora se examinam não se restringem àqueles referentes aos anos de 1990 e 1991, dizendo respeito, inclusive, aos de 1992 e 1993.

Diversamente do entendimento do Representado, o objeto das ações civis pública, em andamento no Poder Judiciário, é distinto do objeto do processo administrativo instaurado para apurar a prática de abuso do poder econômico. O processo administrativo tem por objeto a preservação do sistema concorrencial, da ordem econômica; as ações propostas junto ao Poder Judiciário têm por objeto o equilíbrio da relação contratual escola-aluno ou responsável, dentro de critérios estabelecidos por lei específica.

Acrescente-se, ainda, que sendo o mercado interno declarado pela Constituição Federal como patrimônio nacional (art. 219), a sua defesa e preservação devem ser asseguradas a partir de princípios compatíveis com a importância dada a esse mercado. Isso quer dizer que todo e qualquer ato, conduta ou prática de natureza econômica a partir do aumento que, potencial ou efetivamente, afete o mercado, deve ser apurado e reprimido nos termos da legislação antitruste. O fato de uma conduta ter sido objeto de ação penal, não obsta a propositura de uma ação civil, e muito menos o oferecimento de representação à SDE para que a conduta seja apreciada dentro do contexto concorrencial.

Sobre o tema, com propriedade preleciona o Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

..., a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização. Dentro desta concepção global, a repressão aos abusos do poder econômico está referida a atos da vida econômica usual (submetendo-se todos os agentes ao regime próprio das empresas privadas, diz o parágrafo 1º do art. 173) - atos que não são diferentes a ponto de serem classificados em virtude de uma natureza distinta (cf. José Frederico Marques, op. cit. p. 477). Portanto, os conflitos por elas eventualmente provocados podem e devem ser tratados por distintas legislações, não tendo cabimento distribuí-los de modo estanque pelos diversos ramos jurídicos. O mesmo ato e mesmo conflito pode ser enquadrado como concorrência desleal nos termos da legislação penal, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas ou infração administrativa a ser apreciada pelo INPI. É o ponto de vista da concepção global do mercado como patrimônio nacional (não patrimônio do Estado) que qualifica a competência da SDE ou do CADE (Parecer constante do Processo Administrativo nº 31/92, fls.).

Vê-se, portanto, que uma mesma conduta pode ser apreciada dentro de contextos distintos, e que sua apreciação pode ter diferentes objetivos.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada pelo Sindicato.

4. Também em sede de preliminar, argúi o Representado cerceamento de defesa, porquanto as provas por ele requeri das não foram produzidas, restando violado, portanto, o princípio do contraditório e ampla defesa (fls. 792).

No entendimento do Departamento de Proteção e Defesa Econômica - DPDE, a inquirição das testemunhas arroladas pelo Sindicato foi considerada desnecessária, tendo em vista a materialidade das provas existentes nos autos, ou seja, notas e editais publicados na imprensa, contratos-padrão e circulares encaminhados às escolas. Além do que, entendeu, o DPDE que o Representado ao ser notificado para apresentar provas também o foi para fundamentá-las, o que não teria acontecido (fls. 900).

De fato, à luz dos documentos constantes dos autos e do não esclarecimento quanto à necessidade da produção da prova requeri da, não vislumbro qualquer utilidade na inquirição das testemunhas, razão porque rejeito, também, esta preliminar.

5. Argúi o Sindicato, por fim, em sede de preliminar, a incompetência do Ministério da Justiça para apreciar a matéria contida nos autos, ao argumento de que a Lei nº 8.170/91, por normatizar todos os processos de fixação e reajuste de mensalidade lar, criou sistemática própria que afasta a matéria da competência do Ministério da Justiça, cuja participação no processo não foi prevista (fls. 937).

De certo que a lei nº 8.170/91 não previu a atuação do Ministério da Justiça nem de qualquer órgão integrante da estrutura dessa Pasta no processo de fixação e reajuste de mensalidade escolar.

A atuação do Ministério da Justiça, através do SDE, consubstanciada na instauração do presente processo administrativo, deu-se com base na Lei nº 8.158/91, diploma legal que institui normas para a defesa da concorrência, pois o que se imputa ao Representado é uma conduta inibidora da concorrência.

Rejeito, pois, também, esta preliminar.

6. A Lei nº 8.170, de 17.01.91, que estabelece regras para a negociação dos reajustes das mensalidades escolares, dispõe em seu art. 1º, verbis:

Art. 1º. A fixação dos encargos educacionais, referentes ao ensino nos estabelecimentos particulares de ensino de nível pré-escolar, fundamental, médio e superior, será objeto de negociação entre os estabelecimentos, os alunos, os pais ou responsáveis, a partir da proposta apresentada pelo estabelecimento, com base nos planejamentos pedagógicos e econômico-financeiro da instituição de ensino, procedendo, obrigatoriamente, a compatibilização dos preços com os custos, nestes incluídos os tributos e acrescidos da margem de lucro, até quarenta e cinco dias antes do início das matrículas, que será considerada acordada, no caso de não haver discordância manifesta, na forma desta Lei.

O art. 2º da referida Lei, com a redação que lhe foi dada pelo art. 14 da Lei nº 8.178, de 01.03.91, ao tratar, especificamente, do reajuste das mensalidades escolares, estabelece, verbis:

Art. 2º. - O valor dos encargos a que se refere o artigo anterior, uma vez acordado e homologado em contrato escrito, poderá ser reajustado pelo repasse de : I - até setenta por cento do índice de reajuste concedido à categoria profissional predominante na instituição de ensino, em decorrência de lei, decisão judicial, acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho. II - no mês de agosto de cada ano, até trinta por cento da variação do INPC entre os meses de março e julho.

Da leitura que se faz dos dispositivos legais acima transcritos constata-se, quanto ao primeiro, que os encargos educacionais devem ser objeto de livre negociação entre cada escola particular e os alunos, devendo aquela considerar, obrigatoriamente, a compatibilização dos preços a serem propostos com os seus custos. Quanto ao segundo, vê-se que os percentuais fixados, e com base nos quais poderão dar os reajustes das mensalidades escolares, representam níveis máximos estabelecidos pelo legislador que, mesmo regulando o setor, quis deixar a critério de cada escola a escolha do percentual que efetivamente correspondesse às suas necessidades econômico-financeiras, dentro do princípio estabelecido no art. 1º de que os preços apresentados pelas escolas devem ser compatíveis com seus custos.

É de se concluir, portanto, que a Lei nº 8.170/91, ao disciplinar o reajuste das mensalidades escolares, não inviabilizou a concorrência entre as escolas particulares. Ao contrário, possibilitou-lhes a livre negociação, com os alunos, dos valores das mensalidades bem como permitiu-lhes estabelecer o percentual de reajustamento dessas mensalidades, respeitando o nível máximo que fixou.

7. No mercado dos serviços educacionais prestados por escolas particulares do Estado de São Paulo figuram como demandantes, os alunos e, como ofertantes, as escolas, que celebram com aqueles contratos que têm por objeto a prestação de serviços natureza educacional.

Tais contratos são elaborados pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino do Estado de São Paulo - SIEEESP, entidade representativa das instituições privadas de ensino no Estado de São Paulo, após Assembléia Geral extraordinária, convocada mediante edital publicado pela imprensa local, com a finalidade de fixar critérios para a reserva e efetivação de matrícula, para a fixação do valor nominal das parcelas oriundas do contrato de prestação de serviços e sua atualização; para a rescisão contratual (normas regimentais e especiais); para fixação de multas e respectiva atualização, no caso de inadimplência (fls. 350).

A partir das deliberações tomadas na Assembléia acerca dos critérios que nortearão os contratos a serem celebrados entre as escolas particulares do Estado de São Paulo e os alunos, é que o Sindicato elabora os contratos-padrão, submetendo-os aos seus associados. Elaborados os contratos, passa o Sindicato a orientar seus afiliados quanto à forma como deverão reajustar as mensalidades escolares, elegendo, para tanto, o índice econômico que deverá ser utilizado como indexador.

As deliberações tomadas na Assembléia também são publicadas pela imprensa local (fls. 399 e 352).

8. Argumenta o SIEEESP, em sua defesa, que a relação jurídica existente entre as escolas particulares e os alunos é exclusivamente privada, contratual, devendo os conflitos dela advindos ser dirimidos pelo Poder Judiciário (fls. 143 ), sendo inadmissível, na livre iniciativa do ensino, qualquer ingerência do Poder Público que possa implicar em restrição do direito de contratar (fls. 118).

Inicialmente, é de fundamental importância registrar a relação de complementaridade existente entre os dois princípios consagrados pela Constituição Federal: o da livre iniciativa (art. 1º, IV) e o da livre concorrência (art. 170, IV).

A livre iniciativa, erigida em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV da Constituição Federal), caracteriza-se pela liberdade que tem qualquer pessoa, seja física ou jurídica, de escolher uma atividade econômica e exercitá-la, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, Parágrafo único).

Essa liberdade, entretanto, que não é ilimitada, encontra suas restrições no momento em que o agente passa a ter que compatibilizar seu comportamento com aqueles princípios constitucionais e com o objetivo da

ordem econômica que é o de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170).

O princípio da livre concorrência assegura ao agente econômico o direito de ingressar e permanecer no mercado, protegido dos comportamentos maléficis dos que detêm poder econômico e o exploram de maneira abusiva. Não há como se falar em livre iniciativa quando não se tem por assegurada a concorrência. Em mercados onde a concorrência não existe ou encontra-se prejudicada, o agente não consegue ingressar ou encontra dificuldades para nele permanecer, tendo, assim, por frustrado o exercício de seu direito de iniciativa.

Como afirma a Conselheira Neide Terezinha Malard, em seu voto no Processo Administrativo nº 31: "O princípio da livre iniciativa densifica-se na medida em que se lhe integra o princípio da livre concorrência, que não lhe é antagônico, complementando-o, ao contrário. Significa, como afirma o Professor Eros Roberto Grau, o direito a que o abuso da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados (fls. 2.174)" (fls.).

É, portanto, a concorrência, assegurada pelo Estado, que possibilitará o pleno exercício da livre iniciativa. As condutas abusivas que impedem ou obstam o adequado funcionamento dos mercados devem ser reprimidas por comando constitucional.

Com efeito, a Lei nº 8.158/91, em seu art. 3º, caput, dispõe, verbis:

Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.

Constata-se da leitura desse dispositivo que a repressão ao abuso do poder econômico alcança todo e qualquer ato que afete a concorrência, independentemente de sua natureza. A Lei não exaure os atos, condutas ou práticas passíveis de constituírem infração à ordem econômica, estabelecendo, contudo, que, para a caracterização do ilícito econômico, deva a conduta ter por objeto ou produzir o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros.

Assim, não é pelo fato de uma relação jurídica ter natureza privada, contratual, que os efeitos anticoncorrenciais advindos dessa relação devam ser ignorados. Toda e qualquer conduta que resulte efeito atual ou potencial no

mercado deve ser apurada pela SDE e, se for o caso, reprimida pelo CADE, órgãos legalmente incumbidos da defesa do mercado (art. 1º e 14 da Lei nº 8.158/91, e art. 8º da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962).

9. Alega o Representado ser impossível a prática de cartel por parte das escolas, posto que o serviço que prestam não têm a mesma qualidade e nem o mesmo preço (fls. 92).

Alega, ainda, o SIEEESP não haver conduta comercial uniforme ou concertada entre as escolas, porquanto os valores das mensalidades são estabelecidos individualmente pelos estabelecimentos de ensino de acordo com seus custos e capacidade de pagamento dos usuários, que contratam os serviços, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.170/91 (fls. 938).

De fato, os serviços oferecidos pelos estabelecimentos de ensino diferenciam-se uns dos outros, tanto em qualidade quanto em preço. Mas isto não afasta a uniformidade de comportamento adotada entre agentes econômicos que integram determinado mercado, que é uma das características do cartel.

Conforme ensina o estudioso inglês Richard Lewinson, em sua obra clássica "Trustes e Cartéis", "o princípio inicial da existência de um cartel é colocar os negócios no mesmo ritmo, utilizando-se de delimitações, regulamentações e de restrições", estabelecidas a partir de uma "união de interesses", de "uma ocorrência de vontades (Richard Lewinson - Trustes e Cartéis, Suas Origens e Influências na Economia Mundial - Edição da Livraria do Globo fls. 15, 16, 17, 229, 230, 231 e 232).

O Sindicato, ao elaborar contratos-padrão, segundo critérios previamente fixados em Assembléia, e ao orientar seus associados quanto à forma de reajuste das mensalidades escolares, não leva em consideração, certamente, o tamanho das escolas, a sua reputação perante a comunidade, o quadro de seus professores, as atividades extracurriculares oferecidas aos alunos e, muito menos a qualidade dos serviços prestados e os custos reais de cada estabelecimento de ensino.

Assim, as escolas particulares, ao adotarem o contrato-padrão elaborado pelo Sindicato com reajustes mensais das mensalidades, baseados em índice econômico eleito pela entidade representativa, desconsideram a sua efetiva realidade, qual seja, a sua própria eficiência, a qualidade dos serviços que presta, a sua própria estrutura de custos.

Ao fixar critérios ou orientações, que abarcam, todos os aspectos concernentes à relação jurídica entre escolas e alunos, e ao eleger índice econômico a ser utilizado nos reajustes das mensalidades escolares, o Sindicato nivela os estabelecimentos de ensino como se iguais fossem ou

como se prestassem serviços com os mesmos padrões de qualidade e eficiência, ou, ainda, como se apresentassem a mesma estrutura de custos.

Inegável é o fato de que os valores das mensalidades são estabelecidos individualmente pelas escolas. Entretanto, os índices de reajustes das mensalidades, ao invés de se basearem nos planejamentos pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino e na relação custo/preço/mercado, baseiam-se em critérios que, de forma alguma, refletem a necessidade e a realidade de todas as escolas particulares do Estado.

Por essa mesma razão, ou seja, diversidade de qualidade de ensino e variação dos custos, é que as escolas devem estar livres para escolher o índice que fará incidir sobre as mensalidades escolares, respeitado o valor máximo estabelecido em lei.

10. Argumenta o Representado que não há provas nos autos de que as escolas a ell filiadas tivessem adotado o mesmo contrato-padrão ou praticado os mesmos preços de mensalidade (fls. 793).

Improcede o argumento à vista dos documentos de fls. 40/62, quais sejam, as cópias de contratos firmados por diversas escolas particulares do Estado de São Paulo.

Ademais, irrelevante é o fato de terem as escolas adotado ou não o mesmo contrato-padrão, posto que o objetivo anticoncorrencial da conduta se manifestaria pela simples influência exercida pelo Representado sobre seus afiliados.

11. Diz o Representado que a Lei nº 8.158/91 não se lhe aplica, uma vez que não celebra qualquer contrato e não tem interesse de qualquer natureza nos ajustes firmados entre as escolas e os alunos. Prossegue argumentando que as orientações tomadas em Assembléia são mera atuação de um mister constitucional, como órgão representativo de uma categoria econômica, iniciando-se e terminando na própria Assembléia. Aduz que a divulgação aos associados dessas orientações em mídias decorre da necessidade de transparência das suas atividades e que seus afiliados não estão obrigados a cumpri-las.

Sendo assim, conclui que essas orientações não poderiam ser tipificadas como ato ilícito, cuja configuração exigiria que o Representado fosse o agente normatizador e soberano do regramento contratual entre as escolas e os alunos (fls. 793/796).

De certo que não se discute nos autos a legitimidade conferida pela Constituição Federal ao Sindicato para defender os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representa (art. 8º, III).

O que se questiona nestes autos é o comportamento do Sindicato face à concorrência.

Conforme dito anteriormente, o Sindicato, a partir das deliberações tomadas em Assembléia, elabora diversos modelos de contratos, ou orienta as escolas a elaborá-los estabelecendo, dentre outras, cláusulas que prevê reajustes mensais para as mensalidades escolares de acordo com índice econômico eleito pelo Sindicato. Para o ano de 1991, elegeu o Sindicato a Taxa Referencial (TR), ao argumento de que esse índice era o menor, além de manter constante o valor monetário das mensalidades (fls. 384). Para os anos de 1992 e 1993 o índice eleito foi o ICV - FIPE (fls. 322).

Tais contratos diferenciam-se uns dos outros apenas quanto ao seu aspecto formal, porquanto seu conteúdo, ou seja, as cláusulas que devem ser inseridas, já foram objeto de deliberação em Assembléia.

Em mercados concorrenciais, os agentes econômicos, incertos quanto ao comportamento de seus concorrentes, buscam oferecer seus serviços ou produtos com melhor qualidade e a preços mais baixos. Isto, certamente, não ocorrerá no mercado em apreço, pois as escolas estão cientes de que os contratos-padrão elaborados pelo Sindicato são submetidos a todos os estabelecimentos particulares do Estado de São Paulo que lhe são afiliados, os quais são induzidos a adotá-los. Na verdade, não existe para os agentes econômicos forma mais fácil de sobreviver. Sabedores do comportamento recíproco, não concorrem entre si.

Assim, por exemplo, não há porque determinada escola decidir por não adotar os reajustes ou por adotá-los de maneira diversa daquela orientada pelo Sindicato, quando se tem por certo que seus concorrentes seguirão a orientação da entidade. Também não há razão para que uma escola ofereça vantagens em seus contratos, como meio de atrair um maior número de alunos, uma vez que os contratos-padrão elaborados pelo Sindicato trazem para os afiliados a certeza de como será o comportamento dos concorrentes e quais as vantagens que serão oferecidas à clientela.

Os contratos-padrão elaborados pelo Sindicato, influenciam a adoção de conduta miforme entre as escolas particulares, eliminando a necessária incerteza que deve prevalecer no mercado, em relação ao comportamento dos agentes econômicos.

Essa influência não se exerce, porém, apenas sobre as escolas afiliadas, permeando todo o mercado de serviços educacionais privados do Estado de São Paulo, com inegáveis efeitos perversos sobre a concorrência.

Por outro lado, a divulgação em jornais das orientações definidas em Assembléia e os índices econômicos que serão utilizados nos reajustes das mensalidades escolares, ao invés de caracterizarem-se como meio salutar,

conforme alega o Representado, de se dar conhecimento aos associados de suas atividades, consubstanciam a forma mais eficaz de se propagar a uniformidade de uma conduta. Todas as escolas particulares do Estado de São Paulo, independentemente de serem sindicalizadas, tomam conhecimento de que deliberações serão tomadas na Assembléia no sentido de se fixarem critérios para a prestação de serviços educacionais, e, mesmo não estando presentes a essas reuniões, tomam conhecimento sobre o que nelas foi deliberado.

Seria ingênuo crer que tal procedimento tenha por finalidade apenas dar transparência e orientar os associados quanto ao índice de reajuste a ser utilizado.

A esse respeito, cabe registrar a posição da Suprema Corte Americana, cujo entendimento é o de que ..." o óbvio propósito e efeito de um esquema de disseminação de informações é o de permitir aos membros fixar preços, por força do conhecimento íntimo das atividades dos competidores, esse esquema é tido como infringente da lei antitruste".

As orientações tomadas em Assembléia Geral Extraordinária como também os contratos que nelas se baseiam demonstram a existência de um agente com poderes suficientes tanto para influenciar e induzir a adoção de conduta uniforme entre concorrentes, em detrimento do livre mercado e dos consumidores, esses últimos tolhidos no seu direito de escolha.

Diante de tal poder, nenhuma importância tem a alegação do Representado de que as escolas não estão obrigadas a cumprir as suas orientações. O caráter facultativo ou coercitivo dessas orientações é irrelevante face ao poder de influência que, indiscutivelmente, detém uma entidade representativa de qualquer categoria. Ademais, o ato de influenciar não requer para a sua caracterização o atributo coercitivo, impositivo, e nem que o agente que dispõe do poder de influenciar integre qualquer relação jurídica ou que nela tenha algum interesse direto, conforme alega o Representado.

É nesse sentido o conteúdo da norma constante do inciso XV, art. 3º da Lei nº 1, verbis:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

12. Outro argumento do Representado é o de que a atualização dos valores das mensalidades escolares nada mais é do que a correção monetária desses valores por um dos índices oficiais que medem a inflação, de sorte a

possibilitar a subsistência das escolas e o nível de qualidade do ensino ofertado e ministrado aos alunos (fls. 797).

Ocorre, porém, que existe lei que prevê a forma de reajustes das mensalidades escolares e a época em que eles poderão ocorrer (Lei nº 8.170/91). Assim, a conduta do Sindicato, orientando os seus associados quanto à utilização deste ou daquele índice econômico não se compatibiliza com as normas constantes daquele diploma legal.

Acrescente-se, ainda, que a subsistência de um agente econômico tem que ser alcançada mediante a adoção de estratégias próprias que lhe assegure um bom desempenho e o torne competitivo.

Nesse contexto, devem os agentes disputar por sua permanência no mercado, competindo com seus concorrentes, enfrentando os riscos inerentes a esse mercado, e obtendo justa remuneração pela comercialização de seus produtos ou pela prestação de seus serviços.

A conduta do Sindicato não apresenta qualquer motivo razoável que a justifique e nem é compatível com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja, a livre concorrência.

A atuação do Representado, influenciando a adoção de comportamento uniforme entre as escolas particulares do Estado de São Paulo, provoca, sem dúvida, efeitos anticoncorrenciais naquele mercado, porquanto o contrato-padrão por ele elaborado e, particularmente, a cláusula que prevê os reajustes impede a concorrência.

13. Isto posto, estando devidamente configurada e comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91, julgo procedente a representação e, com base no art. 43 da Lei nº 4.137/62, com a redação dada pelo art. 4º da Lei nº 8.035, de 08 de janeiro de 1990 e na Resolução CADE nº 02, de 21 de outubro de 1992, condeno o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo a pagar a multa no valor de Cr\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de cruzeiros reais), no prazo máximo de dez dias contados da publicação desta decisão no Diário Oficial da União.

Na fixação da multa, cujo valor se acomoda entre os limites estabelecidos nos dispositivos citados, levo em conta a natureza dos serviços prestados pelos estabelecimentos associados e o amplo alcance da atuação do Representado no mercado relevante de serviços educacionais da rede privada do Estado de São Paulo. Levo em conta, também, o não atendimento por parte do Sindicato das recomendações feitas pela SDE bem como o descumprimento da medida preventiva adotada por aquela Secretaria.

Outrossim, determino, nos termos dos arts. 43 e 44 da lei nº 4.137/62, a imediata cessação da prática abusiva, pelo que deverá o

Representado abster-se, a partir da publicação desta decisão, de elaborar contratos-padrão e de promover os reajustes das mensalidades escolares, bem assim, no prazo de quinze dias contados da publicação da decisão, comunicá-la a seus associados.

Deverá, também, o Representado, no prazo de trinta dias contados da publicação desta decisão, demonstrar ao CADE que cumpriu as suas determinações.

Fica, também, notificado o Representado para, no prazo de dez dias contados da publicação deste julgado, manifestar, nos termos do art. 45 da Lei nº 4.137/62, sua disposição de realizar as providências determinadas por este Conselho.

Determino, finalmente que estes autos retornem à SDE para que proceda ao indiciamento dos sindicatos filiados a FIEP, bem como para que produza as provas requeridas pela Representada, assegurando-lhe, assim, o amplo exercício do direito de defesa, nos termos expressos no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Dê-se ciência desta decisão ao egrégio Ministério Público do Estado de São Paulo. Brasília, 01 de junho de 1994

Marcelo Monteiro Soares

## **VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO**

Trata o processo de representação formulada contra o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP e Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP, por eventuais práticas anticoncorrenciais, assim previstas nos incisos XV e XVII do art. 30 da Lei nº 8.158, de 08-01-91.

02. O primeiro Representado, o SIEEESP, é acusado de elaborar contratos-padrão, a partir de deliberações havidas em Assembléia, e orientar suas associadas, instituições particulares de ensino daquele Estado, a adotarem referidos contratos, bem assim a observarem determinado índice econômico para reajuste das mensalidades escolares.

Ao assim proceder, o Sindicato estaria influenciando suas associadas à adoção de prática comercial uniforme, em detrimento do mercado.

03. Efetivamente, da prova colhida nos autos, cuidadosamente analisada pelo ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Monteiro Soares, em seu fundamentado voto, pôde ser constatado que a conduta adotada pelo

SIEEESP não encontrava explicação razoável, compatível com a manutenção da livre concorrência.

Ao contrário, nas diversas ocasiões em que se manifestou neste processo, não logrou o primeiro Representado afastar a ilicitude da sua prática, de modo a demonstrar que não objetivava, através da conduta uniforme por ele influenciada, qualquer prejuízo à concorrência.

De fato, os argumentos de defesa invocados pelo SIEEESP não se sustentam ante os elementos constantes do processo, os quais, conforme bem concluiu o Relator, o incriminam.

Assim, o argumento de que a Lei n° 8.170, de 17-01-91, regulou os processo de fixação e reajuste das mensalidades escolares, afastando a aplicação das leis de defesa da concorrência, não encontra qualquer amparo, eis que a lei citada não inviabilizou a concorrência entre as escolas particulares, até porque os percentuais ali citados representam níveis máximos estabelecidos pelo legislador.

De outra parte, a assertiva do primeiro Representado de que inexistem provas nos autos no sentido de que as escolas a ele filiadas hajam adotados o mesmo contrato-padrão ou praticado os mesmos preços de mensalidades, e, assim, não se configuraria a conduta anticoncorrencial, é improcedente.

Isto porque, constam dos autos cópias destes contratos firmados por diversas escolas particulares do Estado de São Paulo.

Além do mais, pouco importa, no caso, o fato de haverem ou não os estabelecimentos de ensino adotado a orientação do Sindicato, eis que o objetivo anticoncorrencial da conduta elencada no inciso XV do art. 3° da Lei n° 8.158/91 se manifesta pela mera influência exercida sobre seus associados.

Também, ao contrário do que afirma o SIEEESP, não é pelo fato de uma relação jurídica ser de natureza privada, contratual, que os efeitos anticoncorrenciais advindos dessa relação devam ser ignorados; como bem acentuado no voto do Relator, toda e qualquer conduta de que resulta ou possa resultar efeito nocivo ao mercado deve ser apurada pela Secretaria de Direito Econômico e, quando for o caso, reprimida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pois assim o determina a lei, em cumprimento a mandamento constitucional (art. 173, § 4°).

04. Assim sendo, e adotando em sua íntegra as razões de decisão do Conselheiro Marcelo Monteiro Soares, bem assim a sua fundamentação legal (art. 3°, inciso XV da lei n° 8.158/91), voto pela procedência da Representação e conseqüente aplicação da multa, tal como arbitrada, bem assim para que se cumpram as determinações também constantes da decisão.

05. De outra parte, faço referência à Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP, a qual também figura como Representada, neste processo, acusada que é de recomendar aos Sindicatos, que lhe são afiliados, que influenciem as escolas particulares no sentido de adotarem contratos-padrão e de reajustarem, linearmente, as mensalidades escolares.

Constatou, todavia, o Conselheiro-Relator, cerceamento de defesa da Federação, face ao indeferimento de provas requeridas e que se configuram como necessárias à sua defesa.

Ademais, verificou o Relator que os efeitos anticoncorrenciais imediatos adviriam da conduta dos Sindicatos, representada pela Federação, os quais não foram indiciados no processo.

Por isso, também neste particular, concordo com a decisão do Relator no sentido de que os autos sejam retomados à Secretaria de Direito Econômico, para a produção da prova requerida e chamamento ao feito dos Sindicatos afiliados à FIEP, assegurados, nos termos constitucionais, a ampla defesa e o contraditório.

É o meu voto.

Brasília, 1 ° de junho de 1994

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

### **VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD**

Acolho, igualmente, a preliminar de cerceamento de defesa Argüida pela :ação Interestadual de Escolas Particulares.

No mérito, firme nos fundamentos do parecer do ilustre Procurador ad hoc e nas :s expostas no voto do não menos ilustre Conselheiro Relator, Dr. Marcelo Monteiro Soares, tenho como procedente a representação, posto que caracterizada a infração à livre concorrência.

Deve, pois, ser aplicada a multa no valor estipulado pelo Conselheiro Relator, que :omoda nos limites legais e atende ao objetivo da repressão a que deve estar sujeito o infrator.

É o meu voto.

Neide Teresinha Malard

### **VOTO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA**

O Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP e a Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP são

acusados, neste processo administrativo pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, da prática das infrações previstas nos incisos XV e XVII do art. 3º da Lei nº 8.158/91, de 08 de janeiro de 1991, verbis:

Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como:

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVII - constituir ou participar de associação ou entidade de qualquer natureza inatividade ou efeitos configurem quaisquer das práticas vedadas por esta Lei.

01. É oportuno registrar que a Federação Interestadual de Escolas Particulares - FIEP, no processo administrativo ora em julgamento, é acusada de recomendar aos sindicatos que representa, que influenciem seus respectivos afiliados (ou seja, as escolas particulares), no sentido de adotarem contrato-padrão e de reajustarem, mensalmente, as mensalidades escolares.

As informações trazidas aos autos fazem referência à convenção marcada pela FIEP, contidas na representação oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 17) e recortes de jornais que noticiaram que a convenção seria realizado, atribuindo, inclusive, ao Presidente daquela entidade a declaração de que o sistema de adoção de contrato-padrão e de reajustes lineares das mensalidades escolares, que vigora no Estado de São Paulo, seria espalhada por todo o País. Atribui também ao Presidente da FIEP a declaração de que essa posição, seria comum aos sindicatos filiados, e que seria oficializada na convenção que se realizaria em Cuiabá (fls. 347/349).

Portanto, está claro para mim, em relação a representada FIEP, que tais informações não podem servir como prova contra ela, tendo em vista que não traduzem, necessariamente, a verdade dos fatos, sendo passíveis de serem contestados. Restava, assim, ao DPDE deferir as provas requeridas pela FIEP, até porque as provas materiais existentes nos autos, ou seja, notas, editais, contrato-padrão e circulares encaminhadas às escolas, somente dizem respeito à conduta adotada pelo SIEEESP.

Estou convencido de que o DPDE, detendo-se em investigar a conduta do Sindicato, levou em conta, em relação à acusação contra a FIEP apenas as informações constantes da representação e dos recortes de jornais, sem contudo questioná-las sob o aspecto de sua prestabilidade como prova, ou

se prestável, quanto a serem suficientes para a formação de um juízo positivo por parte daquele Departamento.

Acompanho, assim, o entendimento do Conselheiro-Relator, de que houve, certamente, cerceamento do direito de defesa da FIEP, porquanto as provas por ela requeridas eram necessárias à sua defesa. Necessário pois, que estes autos retornem à Secretaria de Direito Econômico deste Ministério, para que proceda ao indiciamento dos sindicatos filiados à FIEP, bem como para que produza as provas requeridas pela Representada, assegurando-lhe, assim, o amplo exercício do direito de defesa, nos termos expressos do art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Verifica-se ainda, nos autos, que a convenção seria realizada sob a direção da FIEP, entidade representativa dos sindicatos, mas estes, uma vez presentes à convenção, é que decidiriam por influenciar ou não as escolas particulares de seus respectivos Estados. Fica claro que os efeitos anticoncorrenciais, se comprovados, da conduta da FIEP sobre o mercado em questão, seriam mediatos porquanto os efeitos imediatos adviriam da conduta dos sindicatos, estes sim aptos a influenciarem, de forma direta, a adoção de conduta uniforme entre as escolas particulares.

02. Por sua vez o Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP é acusado de, mediante a elaboração de contrato-padrão (no qual é previsto o mesmo índice econômico para reajustes das mensalidades escolares, bem como a multa para os casos de atraso no pagamento das mensalidades), de estar induzindo seus associados à adoção de conduta comercial uniforme, em detrimento da livre concorrência.

Cumpra assinalar, desde logo, com base nos documentos constantes nos autos, fielmente descritos pelo ilustre Conselheiro-Relator Marcelo Monteiro Soares, que, em todas as fases, neste processo administrativo, foram sempre assegurados ao Representado Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo - SIEEESP, o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, cumprindo-se assim, em sua plenitude, o disposto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

A questão que se coloca de plano no caso em julgamento, e exposta de forma brilhante pelo Conselheiro-Relator no seu Voto, e com o qual estou de pleno acordo, é que a Lei nº 8.170/91, de 17.01.91, que estabelece regras para a negociação dos reajustes das mensalidades escolares, não inviabilizou a concorrência entre as escolas particulares. Ao contrário, possibilitou-lhes a livre negociação com os alunos, dos valores das mensalidades bem como permitiu-lhes estabelecer o percentual de reajustamento dessas mensalidades, respeitado o nível máximo que fixou.

Por outro lado, deve-se observar que o Sindicato, ao elaborar contratos-padrão, segundo critérios previamente fixados em Assembléia, e ao orientar seus associados quanto à forma de reajustes das mensalidades escolares, não leva em conta, certamente, o tamanho das escolas, a sua reputação perante a comunidade, o quadro de seus professores, as atividades extracurriculares oferecida aos alunos e, muito menos a qualidade dos serviços prestados e os custos reais de cada estabelecimento. Dessa forma, as escolas particulares, ao adotarem o contrato-padrão elaborado pelo Sindicato com reajustes mensais das mensalidades, baseados em índice econômico eleito pela entidade representativa, desconsideram a sua efetiva realidade (traduzida pela a sua própria eficiência, a qualidade dos serviços que presta, a sua própria estrutura de custos), nivelando os estabelecimentos de ensino como se iguais fossem ou como se prestassem serviços com os mesmos padrões de qualidade e eficiência, *ou*, ainda, como se apresentassem a mesma estrutura de custos.

Essa constatação leva-me a concluir, com base na existência de uma diversidade de qualidade de ensino e variação dos custos, que é recomendável para o mercado que as escolas estejam livres para escolher o índice que fará incidir sobre as mensalidades escolares, respeitado o valor máximo estabelecido em lei.

Estou convencido também que os contratos-padrão elaborados pelo Sindicato, influenciam a adoção de conduta uniforme entre as escolas particulares, eliminando a necessária incerteza que deve prevalecer no mercado, em relação ao comportamento dos agentes econômicos. Registre-se que essa influência não se exerce, porém, apenas sobre as escolas afiliadas, permeando todo o mercado de serviços educacionais privados do Estado de São Paulo.

Tenho a convicção de que, a atuação do Representado SIEEESP, influenciando a adoção de comportamento uniforme entre as escolas particulares do Estado de São Paulo, provoca, sem dúvida, efeitos anticoncorrenciais naquele mercado, tendo em vista que o contrato-padrão por ele elaborado e, particularmente, a cláusula que prevê os reajustes impede a concorrência.

Aproveito, ao concluir o meu voto, para levantar a indagação se a conduta do Representado, ao elaborar esses contratos-padrão e influenciar o comportamento de seus associados, seria, de alguma forma, justificável por motivos razoáveis, compatíveis com o valor supremo tutelado pelas leis de repressão ao abuso do poder econômico, qual seja a manutenção da livre concorrência. Está claro nos autos que não. O aluno não pagará em função da qualidade do serviço prestado nos diversos estabelecimentos escolares

existentes no mercado. Isto porque, o que ficou demonstrado é que esse fator não tem sido levado em consideração, e sim que os índices de reajustes das mensalidades baseiam-se em critérios que, de forma alguma, refletem a necessidade e a realidade de todas as escolas particulares do Estado de São Paulo. Afastam-se, com isto, os benefícios econômicos que se espera da concorrência, que é traduzida pela oferta de serviços de melhor qualidade e menor preço.

A ação coordenada da SIEEESP traz, sem dúvida, de imediato, vantagens para os seus participantes, que deixam de concorrerem entre si, neutralizando o estímulo da competitividade, com evidente prejuízo para o usuário. Claro está que os contratos-padrão foram elaborados apenas para beneficiar as escolas particulares afiliadas ao Representado.

Registre-se, ainda, que o Representado, em seus esclarecimentos ou na sua defesa, não conseguiu afastar a ilicitude de sua prática, demonstrando que não tinha o objetivo, através da conduta uniforme por ele influenciada, de provocar qualquer prejuízo à concorrência. Nisto não logrou êxito o Representado nas diversas ocasiões em que se manifestou nos autos.

Isto posto, estou convencido de que está configurada e devidamente comprovada a conduta anticoncorrencial capitulada no art. 3º, inciso XV da Lei nº 8.158/91.

Por assim entender e acompanhando em todos os seus termos o Voto do ilustre Conselheiro-Relator, o meu Voto é pela procedência da representação, com a condenação da Representada ao pagamento de multa no valor de Cr\$ 450.000.000,00 (quatrocentos e cinquenta milhões de cruzeiros reais), além do cumprimento das determinações mencionadas na parte final do referido voto.

Esse é o voto.

Brasília-DF, 01 de junho de 1994