

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 20/92

REPRESENTANTE: Deputada Estadual (SP) Célia Camargo Leão Edelmuth.

REPRESENTADOS: Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas, e o Prefeito do Município de Campinas, Sr. Jacó Bittar

Recorrente de ofício: Secretaria de Direito Econômico

Relator: Conselheiro MARCELO MONTEIRO SOARES

DECISÃO

À unanimidade, o Conselho negou provimento ao recurso, mantendo-se a decisão recorrida e, em consequência, arquivando-se a Representação.

Plenário do CADE, 24 de agosto de 1994.

RUY COUTINHO DO NASCIMENTO - Presidente

MARCELO MONTEIRO SOARES - Conselheiro-Relator

CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO - Conselheiro

NEIDE TERESINHA MALARD - Conselheira

JOSÉ MA TIAS PEREIRA - Conselheiro

Fui Presente:

JORGE GOMES DE SOUZA - Procurador-Geral Substituto

PARECER DO PROCURADOR JORGE GOMES DE SOUZA

EMENTA - Recurso de ofício da SDE. Decisão que arquivava o feito por inexistência de delito contra a concorrência. Competência do CADE. Inexistência de ilícito contra a concorrência. Provimento do recurso. Proposta de devolução do feito à SDE para encaminhamento a órgão de defesa do consumidor.

Cuida-se de recurso de ofício, interposto pelo Secretário de Direito Econômico, da decisão que determinou o arquivamento da representação feita pela Deputada Estadual por São Paulo, Célia Camargo Leão Edelmuth, contra

a empresa Municipal de desenvolvimento de Campinas, por infração ao disposto nos artigos 3º, inciso I, da Lei nº 8158/91 e 4º inciso VIII, da Lei 8137/90, em virtude de ter majorado de forma abusiva a tarifa das passagens de ônibus, bem assim, por centralizar o fornecimento de vales- transporte, constringendo o usuário à compra de lotes de passes em número pré-determinado.

Acolhendo nota técnica de fls. 74/75, dos autos, e por considerar que os aspectos jurídicos abordados não compreendiam a espécie abuso do poder econômico, o Secretário de Direito Econômico determinou, de plano, o arquivamento do feito, recorrendo de sua decisão ao Ministro da Justiça, em virtude do disposto no art. 21 da Lei nº 8.158/91.

Ocorre que a Lei n.º 8.158/91 foi revogada pela Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, que, a par de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia, transferiu ao novo órgão a competência para apreciar recursos da SDE que propõem o arquivamento de averiguações preliminares ou processos administrativos. É, pois, do CADE a competência para a apreciação do presente recurso.

Analisando a representação é de se ver a impossibilidade de se lhe dar curso, por inexistência de matéria compreendida no âmbito da defesa da concorrência, porquanto investe contra decreto municipal que estabelece valores de tarifa de passagem de ônibus, bem assim contra o sistema de reembolso dos vales-transporte, no preço dos quais está embutido um adicional em favor da administração, sem correlação entre o custo dos serviços prestados e sua justa remuneração.

Os elementos constantes da representação não retratam qualquer tipo de abuso do poder econômico que possa ser reprimido pela defesa da concorrência.

Face ao exposto esta Procuradoria-Geral é pelo provimento do recurso de ofício sugerindo a devolução dos autos à Secretária de Direito Econômico para encaminhamento a órgão de defesa do consumidor.

RELATÓRIO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES

Trata-se de representação protocolada na SDE, em 12.02.92, oferecida por Célia Camargo Leão Edelmuth, Deputada Estadual por São Paulo, contra Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas-EMDEC e o Sr. Jacó Bittar, Prefeito Municipal da cidade de Campinas, incursos os

Representados no art. 3º, inciso I da Lei nº 8.158, de 08.01.91, e no art. 4º, inciso VII da Lei nº 8.137, de 27.12.90.

Relata a Representante que a EMDEC é uma sociedade de economia mista, que vinha em processo de liquidação desde 1977. Em Assembléia Geral Extraordinária da Empresa, realizada em 14.11.89, prossegue a Representante, deliberou-se pela cessação do estado de liquidação em que se encontrava a Companhia, retornando a mesma ao seu estado anterior, bem como pela alteração parcial do objeto social da empresa, mediante a inclusão das atividades de gerenciamento e operação do transporte urbano do Município e do Trânsito.

Considerando tal fato, afirma a Deputada, o Executivo Municipal, através do Decreto nº 9.987, de 16.11.89, revogou o Decreto nº 6.294, de 07.11.80, que instituíra diretrizes básicas para o procedimento de extinção e liquidação da EMDEC e, através do Decreto nº 10.093, de 06.03.90, atribuiu competência àquela empresa para emissão, comercialização e controle dos passes.

Alega que há flagrante desvio de finalidade por parte da EMDEC, porquanto, para o desempenho de um serviço público, a sociedade de economia mista deveria possuir a autorização legislativa para tal desempenho, a qual, via de regra, se traduziria na própria lei que a criou (Lei nº 4.092, de 11.01.72), autorização essa não prevista na lei que instituiu a empresa.

Alega ainda a Representante que o Executivo Municipal estaria, através de decretos, majorando sucessiva e abusivamente as tarifas de transporte coletivo urbano de passageiros, conduta esta, que, no entendimento da Representante, não teria por fim somente a justa remuneração do serviço.

Relata que a Emdec, no processo de fornecimento dos vales-transporte e com a venda centralizada, passou a reembolsar as empresas permissionárias em um procedimento sem qualquer previsão legal. A partir de então, afirma a Representante, passou a existir entre a remuneração do serviço prestado pelas permissionárias e o valor pago pelos usuários um adicional em favor da administração (Emdec), completamente injustificado, deixando de existir a necessária co-relação entre o custo do serviço prestado e sua remuneração, constringendo o usuário a pagar este acréscimo tarifário que não corresponderia ao custo do serviço prestado. Acrescenta que tal adicional, sem qualquer destinação específica, constituiria forma ilegal de arrecadação.

Junto com a representação vieram os documentos de fls. 30/62.

Em 30.03.92, em nota técnica de fls. 63/75, o DPDE conclui que os aspectos jurídicos abordados na representação não se subsumem na espécie abuso do poder econômico disciplinado pela Lei nº 8.158/91, estando, entretanto, a afetar interesses difusos da coletividade campinense. Sugere que

a representação fosse encaminhada ao Ministério Público estadual, vez que, seria função institucional do órgão, entre outras, "promover inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, inciso III da Constituição Federal), diligência realizada a fls. 76.

Em 06.04.94 a representação é encaminhada à SDE, tendo o Diretor Substituto do DPDE acompanhado o entendimento constante da nota técnica de fls. 63/75 e sugerido que a representação fosse arquivada de plano, com base no artigo 40 do Regulamento da Lei nº 8.158/91, aprovado pelo Decreto nº 36, de 14.02.91 (fls. 77).

O Secretário de Direito Econômico, em despacho de 04.05.94, acompanhando o entendimento do DPDE, arquivou de plano a representação e, de ofício, recorreu ao Ministro da Justiça, "ex vi" do disposto no art. 21 da Lei nº 8.158/91 (fls. 78).

Através do Ofício nº 213/94/SDE/GAB, de 06.05.94, a representação foi encaminhada ao Ministro da Justiça (fls. 80) e, em seguida, à Consultoria Jurídica para exame e parecer (fls. 81).

A fls. 83 encontra-se o parecer da Consultoria Jurídica, emitido em 21.06.94, onde se manifesta no sentido de que, com o advento da Lei nº 8.884, de 11.06.94, a competência para decidir os recursos de ofício interpostos pelo Secretário da SDE teria sido expressamente transferida ao CADE, por força do disposto no artigo 70, inciso IV da citada lei. Sugere, pois, a remessa dos autos ao CADE.

Em 02.06.94 foi determinado o encaminhamento do processo ao CADE (fls. 84), cabendo a mim relatá-lo (fls. 85).

A fls. 90 o Procurador-Geral Substituto do CADE, Dr. Jorge Gomes de Souza, manifesta-se no sentido de que os elementos constantes da representação não retratam qualquer tipo de abuso do poder econômico que pudesse ser reprimido pela defesa da concorrência.

É o relatório.

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR MARCELO MONTEIRO SOARES

EMENTA: *Apreciação dos recursos de ofício interpostos de decisões da SDE: incompetência do Ministro da Justiça em razão do advento da Lei nº 8.884, de 13.06.94. Competência do CADE. Incompetência do CADE para examinar a matéria objeto da representação.*

1. Trata-se de recurso de ofício interposto pelo Secretário de Direito Econômico do despacho que determinou o arquivamento do processo, ao fundamento de que os aspectos jurídicos abordados na representação não se subsumem na espécie abuso do poder econômico disciplinado pela Lei nº 8.158/91 (fls. 78).

2. Acertado foi o entendimento da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, quando de sua manifestação pelo encaminhamento dos autos ao CADE.

De fato, com o advento da Lei nº 8.884, de 13.06.94, não mais compete ao Ministro da Justiça apreciar os recursos interpostos de decisões da SDE ou do CADE. As decisões do CADE não mais comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, as quais, de imediato, serão executadas (art. 50), e, de acordo, com o estabelecido no art. 14, inciso VII da Lei nº 8.884/94, compete à SDE recorrer "de ofício ao CADE, quando decidir pelo arquivamento das averiguações preliminares ou do processo administrativo.

3. A questão colocada pela Representante diz respeito aos atos administrativos praticados pelo Executivo Municipal de Campinas-SP e pela EMDEC, atos esses ligados ao sistema de transporte coletivo do Município, os quais, no entendimento da Deputada, teriam sido praticados com abuso de poder.

Não compete ao CADE o exame dos fatos narrados na representação, porquanto não se subsumem na espécie abuso do poder econômico disciplinado na legislação antitruste.

Correto o entendimento do DPDE e a providência adotada por aquele Departamento ao encaminhar cópia da representação ao Ministério Público estadual, com vistas ao cumprimento do art.129, inciso IU da Constituição Federal.

Por todo o exposto, voto pela manutenção da decisão recorrida.

É o voto.

Brasília, 24 de agosto de 1994

Marcelo Monteiro Soares

VOTO DO CONSELHEIRO CARLOS EDUARDO VIEIRA DE CARVALHO

Recorre de ofício o Secretário de Direito Econômico, de despacho que determinou o arquivamento do processo, ao fundamento de que os aspectos jurídicos abordados na representação não se subsumem na espécie

abuso do poder econômico, tal como disciplinada na legislação de defesa da concorrência.

02. Com efeito, relata o ilustre Conselheiro MARCELO MONTEIRO SOARES que, segundo a Representante, os Representados estariam, dentre outras condutas, majorando sucessiva e abusivamente as tarifas de transporte coletivo urbano, configurando atos que não teriam por fim somente a justa remuneração do serviço, este realizado sob a forma de permissão de serviço público.

03. Trata-se, como se vê, neste particular, de estabelecimento de preços em um regime de direito público, portanto não concorrencial, o que afasta a competência do CADE para julgar tais questões.

04. A providência cabível, segundo se lê nos autos, já foi adotada pelo DPDE/SDE, ao encaminhar cópia da Representação ao Ministério Público, para a adoção das medidas em sua área de atuação.

05. Acompanho, desta forma, o voto do ilustre Conselheiro-Relator, pela manutenção da decisão recorrida, negando provimento ao recurso interposto.

É o meu voto.

Brasília, 24 de agosto de 1994 Carlos Eduardo Vieira De Carvalho

VOTO DA CONSELHEIRA NEIDE TERESINHA MALARD

1. Este processo tramitou na SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO - SDE enquanto vigia a Lei nº 8.158/91. O Secretário de Direito Econômico determinou seu arquivamento e recorreu de ofício ao Ministro da Justiça, na forma do art. 21 do citado diploma.

2. Com a entrada em vigor da Lei nº 8.884/94, o CADE passou a ter competência para julgar a remessa oficial do Secretário da SDE. O citado diploma estabeleceu, ainda, que as pessoas jurídicas de direito público e de direito privado se submetem à sua normatividade, mesmo que exerçam atividade sob monopólio legal.

3. À primeira vista poder-se-ia pensar que a lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica também pudesse ser aplicada à atividade exercida sob o regime administrativo da concessão, permissão ou autorização de serviço público.

Mas não é bem assim. O sistema utilizado no direito administrativo para se colher o melhor preço não é certamente o do mercado, onde a oferta e a procura definem o que será produzido e a que preço.

Ali, a decisão de se prestar determinado serviço ou produzir determinado bem é política e não econômica, viabilizando-se os recursos necessários quando se estabelece a prioridade.

Enquanto que no regime da economia de mercado o agente só produzirá para auferir lucro, no regime público, o investimento visa o bem estar social, o interesse público. O preço é, pois, elemento secundário na decisão política de se prestar determinado serviço e, desde que haj a a necessária previsão orçamentária, a prestação pública será executada, dispondo a Administração de critérios próprios, previstos em lei especial, para escolher os executores.

O regime do contrato administrativo não é, pois, o regime privado, e nem a concorrência pública para escolha do melhor preço, é o regime de mercado. Essas são as razões básicas por que não se pode aplicar ao regime dos contratos administrativos as leis que protegem a concorrência do mercado, que pressupõe a existência de uma atividade econômica qualquer, exercida sob o regime da liberdade de iniciativa, sem controle do Estado sobre os preços, que deverão ser livremente fixados, segundo as condições de mercado.

Assim, qualquer abuso praticado por agente público na escolha dos contratantes ou na fixação das tarifas ou preços públicos, deve ser corrigido através dos instrumentos próprios de controle do ato administrativo, à disposição de qualquer cidadão ou prejudicado.

A Lei nº 8.884/94, apesar da expressão genérica "infrações contra a ordem econômica" nela utilizada, colhe apenas as práticas restritivas da concorrência, como se pode verificar da leitura do seu CAPÍTULO II, que trata das infrações.

Diante, pois, das irregularidades alegadas na representação, que consubstanciaram desvio ou excesso de poder, não há competência do CADE ou da SDE para instaurar o processo.

Voto, assim, com o ilustre Conselheiro-Relator, Dr. Marcelo Monteiro Soares, pelo arquivamento da representação, notificando-se a ilustre autoridade representante.

É o meu voto.

Neide Terezinha Malard

VOTO DO CONSELHEIRO JOSÉ MATIAS PEREIRA

1. Trata-se de representação, datada de 04 de fevereiro de 1992, formulada pela Deputada Estadual Célia Camargo Leão Edelmuth, contra a Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas-EMDEC e pelo Executivo Municipal de Campinas, por prática de atos administrativos ligados ao sistema de transporte coletivo do município de Campinas, os quais teriam sido praticados por excesso de poder, enquadrados nas Leis nº 8.158/91, 8.002/90 e 8.078/90 e demais disposições legais aplicáveis.

2. Tenho o entendimento, na linha adotada pelo il. Relator, que não compete ao CADE o exame dos fatos narrados na representação, visto que não subsumem na espécie abuso do poder econômico disciplinado na legislação que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

Isto posto, acompanho os termos do voto do il. Conselheiro-Relator, negando provimento ao recurso de ofício, determinando o arquivamento do processo.

Este é o voto.

Brasília - DF, 24 de agosto de 1994 José Matias Pereir